

CAPÍTULO 3

EL POSITIVISMO JURÍDICO EN LA HISTORIA: LAS ESCUELAS DEL POSITIVISMO JURÍDICO EN EL SIGLO XIX Y PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX

Andrés BOTERO-BERNAL*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Positivism jurídico: Generalidades*. III. *La exégesis*. IV. *Las escuelas de jurisprudencia alemanas y la reacción anti-formalista francesa*. V. *El positivismo inglés*. VI. *La teoría pura del derecho*. VII. *El funcionalismo o realismo*. VIII. *Reflexiones finales*. IX. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Escribiremos un texto docente. Y no crea, amable lector, que esto es una tarea fácil. Por el contrario —y todo aquel que escribió algo así sabrá a lo que nos referimos—, no hay cosa más difícil en tanto que con este tipo de libro se desea transmitir toneladas de información decantada durante años por manos más expertas, en dosis personales, minúsculas, de fácil entendimiento. Entonces, es esta doble perspectiva, la del experto y la del estudiante, la que hace que este tipo de textos sea de lo más difícil si se quiere hacer con seriedad. Se trata, dicho con otras palabras, de intentar escribir para estudiantes sabiéndose que los ojos del experto están bien abiertos a cuanto se escribe.¹

* Profesor e investigador de la Universidad de Medellín (Colombia).

¹ Ante dichos ojos, podríamos hacernos con las palabras de Russell cuando hace el prefacio de su *Historia de la filosofía occidental*: “si se quieren escribir obras que abarquen un amplio sector, es inevitable, puesto que no somos inmortales, que quienes emprendan esta tarea inviertan menos tiempo en cada tema que el que se limita únicamente a un autor en su rígida autoridad o a un período breve. Habrá quien, en la rigidez de su austeridad universitaria, juzgue que los libros que comprenden un amplio sector no deberían escribirse en modo alguno, o, cuando menos, deberían componerse de monografías escritas por una multitud de autores. Sin embargo, con la colaboración de muchos autores se pierde algo esencial”: la perspectiva amplia que permite entender las ondas de largo aliento que atraviesa el conocimiento. Russell, Bertrand, *Historia de la filosofía occidental* (1961), Tomo I, trad. Julio Gómez y Antonio Dorta, Madrid, Espasa-Calpe, 1978, p. 7.

No en balde sugiere Ludwig² que un buen texto es aquel que se escribe pensando tanto en el principiante como en el más ávido e informado de los lectores, pero justo por eso, por la dificultad que esto entraña: los buenos textos en el mundo docente se reducen a muy pocos.

No obstante, aceptamos el reto, no solo como forma de atender la generosa invitación de los queridos amigos organizadores de esta empresa, no solo como corresponde al honor que nos implica escribir al lado de tan queridos y prestigiosos colegas, sino especialmente, muy especialmente, por el deber que creemos recae sobre el investigador: la comunicabilidad del conocimiento más allá del par-experto. Esto es, que al investigador no solo le cabe, creemos, la tarea de imaginar nuevos mundos de sentido, sino también de transmitirlos adecuada y claramente a espacios-tiempos más amplios, en especial, a los estudiantes. Como bien dice Ortega y Gasset [1883-1955]: “Siempre he creído que la claridad es la cortesía del filósofo... Pienso que el filósofo tiene que extremar para sí propio el rigor metódico cuando investiga y persigue sus verdades, pero que al emitirlas y enunciarlas debe huir del cínico uso con que algunos hombres de ciencia se complacen, como Hércules de feria, en ostentar ante el público los *bíceps* de su tecnicismo”.³ Entonces, saber comunicarse, transmitir y enseñar ante estudiantes en temas tan áridos es un compromiso pedagógico del investigador, en este caso del iusfilósofo, que bien cabe en su calidad, antes que nada, de profesor. Por eso no podemos rechazar como medio científico el texto docente.

Ahora, para poder abarcar, en pocas páginas, la historia del positivismo como movimiento iusfilosófico (es decir, sin referirnos al positivismo filosófico de Comte [1798-1857], ni al positivismo científico, que si bien está

² Aunque para tal sugerencia, que achaca a Rathenau, utilice palabras fuertes: “cuando se escribe hay que pensar a un tiempo en el lector más listo y en el lector más tonto”. Ludwig, Emil, *Autobiografía de un biógrafo*, trad. de Agustín Caballero, Madrid, Aguilar, 1953, p. 251.

³ Ortega y Gasset, José, *¿Qué es la filosofía?*, 10ª. ed., introducción de Ignacio Sánchez Cámara, Madrid, Calpe, 1999, p. 39. Ludwig culpa a la tradición académica alemana por aquel prejuicio que considera que solo lo oscuro en la redacción es profundo en cuanto su inteligencia. Entonces, fundado en aforismos de Leonardo y Miguel Ángel, concluye que un buen escritor es el que muestra como fácil lo que es difícil de adquirir. Ludwig, Emil, *op. cit.*, nota 2, pp. 285-286. Nussbaum (criticando a la filosofía analítica) dice: “No hay razón para que la filosofía rigurosa no pueda ser bien escrita, adaptada para comunicar verdades importantes a la gente ocupada por los asuntos prácticos” Nussbaum, Martha, “El uso y abuso de la filosofía en la enseñanza del derecho”, Trad. María Alegre, *Academia: Revista sobre Enseñanza de Derecho*, año 7, núm. 14, 2009, pp. 31-57.

relacionado con nuestro objeto de estudio, en especial el rechazo a una metafísica previa, no pueden, sin embargo, igualarse),⁴ solo podremos recurrir, obviamente, a generalidades. No obstante, como sucede con cualquier observación más minuciosa, todo tiene matices y excepciones que no deben ser obviados por y para el especialista,⁵ lo que exigirá, para quien desee alejarse de los tópicos comunes y asumir este viaje con mayor detenimiento, ahondar en la bibliografía que a lo largo del texto se irá exponiendo. Dicho con otras palabras, y haciéndonos cargo de una metáfora muy recurrente, hay quienes en un viaje de placer (como lo es conocer la historia de la iusfilosofía) se contentarán con conocer los sitios comunes, los monumentos que, por ser tales, le permiten decir al turista que “aquí estuve”, “por aquí pasé”; pero no faltará quien desee ir más allá para lograr que un viaje se convierta en una vivencia, y justo en eso, en la vivencia, es que García Morente [1886-1942] afincó el conocimiento de la filosofía, puesto que solo sabe algo de la filosofía quien ha decidido asumirla como una vivencia,

⁴ Piénsese, por ejemplo, que la recepción de estos movimientos fue diferente en el mundo hispanoamericano y que no necesariamente un positivista filosófico tiene que ser un positivista jurídico. En Hispanoamérica, por decir algo, no fue del todo extraño que la escolástica, como iusnaturalismo católico favorecido por el Estado y por muchas instituciones educativas en pleno siglo XIX, se articulara con el positivismo filosófico y científico como lo deja en claro: Soto Posada, Gonzalo, “Positivismo y república (siglo XIX)”, *Revista Universidad de Medellín*, 31, 1980, pp. 95-112.

Además, para dar otro caso, Carpintero deja en claro como ante el empirismo del positivismo científico a finales del siglo XIX (esto es, considerar que es ciencia el estudio de hechos y fenómenos experimentables), una parte del positivismo jurídico (el normativismo del que más adelante hablaremos) reaccionó con la exaltación de la norma —que no es experimentable— como el objeto de la ciencia jurídica, y con un método diferente al de las ciencias naturales. Carpintero Benítez, Francisco, “Voluntad, Ausencias, y normas: el sustrato histórico del positivismo en el Derecho”, *Dikaosyne*, Mérida, Venezuela, Universidad de los Andes, 15, 2005, pp. 29-57 (especialmente 47-48).

⁵ Y esta es, fundamentalmente, la misión del iushistoriador, en general, y del historiador de la filosofía del derecho, en especial: historizar (que supone de un lado matizar y del otro hacer memoria de) los dogmas, en tanto que “el derecho *no tiene* historia, porque *es* historia”. Caroni, Pio, *La soledad del historiador del Derecho: Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente* (2005 en alemán, 2009 en italiano), trad. de Adela Mora y Manuel Martínez, Madrid, Universidad Carlos III, 2010, p. 118. De esta forma, la historia no puede ser un medio de simple erudición vanidosa del dogmático y del iusfilósofo, puesto que su objeto (el derecho positivo), su contexto (la cultura jurídica) y su propio saber disciplinario (el derecho como ciencia) son historia. Al respecto ver: Petit, Carlos, “De la historia a la memoria. A propósito de una reciente obra de historia universitaria”, *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*, núm. 8, 2005, pp. 237-279 (especialmente, pp. 251-252). Más específico: Botero, Andrés, “Filosofía del Derecho e Historia del Derecho: espacios para el encuentro”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm. 22, Tomo II, 2010, pp. 1315-1335.

fruto de viajes, cada vez más detallados, por sus relieves, por su historia.⁶ Por eso la importancia de las notas de pie de página. Entonces, bien puede decirse que en nuestro escrito hay dos rutas a seguir: las generalidades del texto principal, propias para quien está de paso; y la bibliografía y los comentarios en las notas que permitirán vivencias más detalladas para quien desee afincarse en la iusfilosofía matizando esos mismos juicios generales que de otra manera fácilmente podrían caer en el absolutismo propio del anacronismo.⁷

Otro aspecto tiene que ver con el ámbito de circulación del presente escrito docente. Atendiendo pues la idea pedagógica que hay detrás, hemos preferido citar, hasta donde nos sea posible, trabajos en español, para facilitar la labor de búsqueda del lector hispanoamericano, especialmente del estudiante de jurisprudencia, si este desea hacer de la iusfilosofía algo más que la observación de vastos panoramas.

También tenemos que aclarar desde el inicio, y que seguro un buen lector ya se habrá percatado, del uso de la primera persona del plural. Esto es algo consciente, primero porque no creemos, no es posible pretender en la actualidad, que el conocimiento se gesta en la soledad sino que, por el contrario, surge de redes, ya sea de conversaciones con colegas, trabajos con equipos de investigación, lecturas de autores (vivos o muertos) que dejaron sus voces en sus letras, etc. Escribir en primera persona del plural es una forma de recordar que, antes que nada, la academia es un ejercicio comunitario. En segundo lugar, porque este texto en concreto ha pasado por varios ojos, lo que hace que no sean solo mis pensamientos y mis palabras los que aquí se reflejan. Es, entonces, un acto de honestidad intelectual reconocer que todo escrito recoge ideas y pensamientos de tantas proce-

⁶ García, Morente, Manuel, *Lecciones preliminares de filosofía*, 8ª. ed., Buenos Aires, Losada, 1962, pp. 1-5.

⁷ Sin embargo, reconocer la importancia de la historia como una forma de matizar los juicios dogmáticos, supone no pocas tensiones entre la iushistoria y la iusfilosofía, puesto que la primera observa los conceptos desde los contextos logrando así relativizar sus contenidos, mientras que la segunda suele creer que los conceptos pueden atravesar periodos históricos sin verse modificados por los usos contextuales, permitiendo en no pocas oportunidades la absolutización de sus contenidos. Esto marca, por demás, una tarea aún pendiente en la historia de la filosofía del derecho: una historia (más (ius)histórica que (ius)filosófica) de sus conceptos, tal como ya lo ha hecho para bien de su propia disciplina el derecho civil (asunto que nos narra, por ejemplo: Macario, Francesco, “Recuperare L’Invisibile: una riflessione sulla storicità del diritto civile. Leggendo “La solitudine dello storico del diritto”, di Pio Caroni”, *Rivista di diritto civile*, Padova, Anno LVII, núm. 2, Marzo-Aprile, 2011, pp. 195-229).

dencias que un autor ha sistematizado. En tercer lugar, porque es mucho más amable con el estudiante esta persona gramatical puesto que lo incluye, como debe ser, en un viaje, panorámico por demás, como el que ahora se brindará.

Igualmente, escribiremos, hasta donde sea pertinente, en presente. Y esto porque creemos que muchas de las ideas positivistas no han perdido validez a pesar de los años. Kelsen, por ejemplo, nos sigue hablando por medio de sus obras. Entonces, referirnos a un autor en pasado puede inducir al lector a creer que las tesis que se expongan ya han sido superadas con el paso del tiempo, asunto que no es del todo cierto.

Sobre la organización del trabajo este se dividió, para mejor comprensión del lector, de la siguiente manera: se inicia con aclaraciones y generalidades básicas sobre qué puede entenderse por positivismo jurídico. Luego se entra a explicar la primera de las escuelas positivistas, que predominó a lo largo del siglo XIX occidental: la exégesis. Con posterioridad se habla de otros modelos positivistas decimonónicos como las escuelas de jurisprudencia alemanas, la reacción antiformalista en la propia Francia y el positivismo inglés, modelos que bien pueden considerarse, en un sentido lato, positivistas, aunque varios de ellos con una marcada orientación anti-exégeta. Se continúa con la teoría pura del derecho, que marcó un hito difícil de olvidar para el positivismo jurídico contemporáneo. Más adelante se dan algunas orientaciones básicas del funcionalismo o realismo jurídico, que a pesar de su abierta oposición al normativismo es considerado una rama del iuspositivismo. Por último están unas reflexiones finales y la bibliografía. Obviamente, hay vacíos importantes, algunos motivados por la filosofía misma de un texto docente (que parte de generalidades), y otros fruto del marco temporal escogido, pues queremos dejar para otras manos la explicación del positivismo analítico hartiano así como de las escuelas positivistas más recientes.

Además, optamos por una exposición más histórica del discurso positivista que dogmática, pero más que del discurso, de los autores que son, a fin de cuentas y parafraseando muy a nuestro gusto a Gilson [1884-1978], los que determinan la realidad misma de la (ius)filosofía, esto es, que “[l]a filosofía no tiene existencia propia fuera de los filósofos”.⁸

Para finalizar queremos agradecer, especialmente, a los profesores del área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Medellín, John Restre-

⁸ Gilson, Etienne, *El amor a la sabiduría*, trad.de Rafael Tomás Caldera, Caracas, Ayse, 1974, p. 41.

po, Mario Ossa, Hernán Benítez, Felipe Osorio y Mauricio Gallo, quienes hicieron sugerencias relevantes. Igualmente, a mis estudiantes y auxiliares (varios de los cuales ya se habrán graduado cuando salga este texto publicado) María Isabel Mesa, Estefanía Acosta, Juliana Osorio, Juan Camilo Martínez, Quevin Estiven Zapata, Santiago Lora, Sebastián Blandón y Camilo Palacio, por su ayuda en la recolección de información así como por sus aportes, materiales y formales, para este texto. También a los editores, quienes no dejaron de hacer observaciones pertinentes a lo largo de su escritura. Claro está que las opiniones aquí emitidas solo comprometen a su autor.

II. POSITIVISMO JURÍDICO: GENERALIDADES

Antes de nada debemos partir de algunos puntos en común, unos tópicos en su sentido más estricto (forma de organizar el pensamiento y forma de convencimiento del auditorio),⁹ que permitan encauzar la comprensión que debemos tener del positivismo jurídico.

En primer lugar, este nombre, positivismo jurídico, realmente no nos dice nada. Dentro del positivismo encontramos tantas escuelas, tantos movimientos, incluso profundamente encontrados entre sí, que mal se haría en considerar que hay una esencia suprasensible de lo que es el positivismo o, peor aún, de ser positivista. Hay, no obstante, ciertos aspectos que, generalizando, podrían permitir alguna identificación de las escuelas iuspositivistas, aunque no son criterios últimos ni definitivos: i) el rechazo, por algunos, o la no consideración, por otros, de las teorías metafísicas dentro del discurso científico del derecho; ii) la opinión generalizada de que el derecho válido no está necesariamente relacionado con el derecho justo; iii) el énfasis en la consideración del Estado como única o principal, según el caso, fuente del derecho válido (aunque esta característica no aplique plenamente

⁹ Concepto de origen aristotélico, con un largo recorrido filosófico, puesto nuevamente en escena en el siglo XX, entre otros por Perelman, Chaïm, *El imperio retórico: retórica y argumentación*, trad. de Adolfo Gómez, Bogotá, Norma, 1997 y con un amplio uso en el pensamiento jurídico contemporáneo (en especial gracias a: Viehweg, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, 2ª. ed., trad. de Jorge Seña, Barcelona, Gedisa, 1997), aunque por su afán de erudición no siempre se haya hecho un buen uso de este concepto (ver, para tal efecto, el análisis crítico hecho por: García Amado, Juan Antonio, “Tópica, Derecho y método jurídico”, *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 161-188).

te para el realismo sociológico); iv) la aceptación del monismo (solo un derecho válido) en vez del dualismo jurídico (un derecho positivo y otro natural, ambos con validez); y v) la reivindicación de la expresión lingüística determinable, en especial de la palabra escrita, como la *forma* propia del derecho, para así diferenciar lo jurídico de la moral, que no se agota en el lenguaje, y precisar los alcances de la norma. De esta manera, podemos considerar que las diversas escuelas del iuspositivismo giran fundamentalmente en torno a estos tópicos, pero con acentos variados, como lo iremos viendo a lo largo del texto.

Incluso, aceptando que no hay un positivismo sino que este es el nombre con el que se designa a una gran variedad de escuelas, ya podemos plantear nuestras críticas a muchos movimientos contemporáneos que son ora iusnaturalistas, ora no-positivistas, que aluden con términos muy peyorativos al positivismo, cuando en verdad quieren enfocar sus críticas a una de las escuelas del mismo, esto es, a la exégesis.¹⁰ Por tanto, digámoslo de una vez, no todo positivista es un exégeta, aunque un exégeta es un positivista.

Otra generalidad que no podemos dejar de lado se refiere a que, pedagógicamente hablando, sin pretender crear categorías *a priori*, suele dividirse a las escuelas iuspositivistas en dos grandes grupos: funcionalistas (o realistas) y estructuralistas (o normativistas),¹¹ aunque, hay que decirlo, se suele identificar el positivismo con los segundos, mientras que a los primeros se les considera, generalmente, como “realistas”, sin más. Incluso, el propio Bobbio [1909-2004], en su *Teoría general del derecho*, diferencia a los positivistas (que son los estructuralistas) de los realistas (o funcionalistas);¹² pero a ambos los opone a los iusnaturalistas. No obstante, los funcionalistas o realistas, de los que más adelante hablaremos, serían integrantes, con los matices respectivos, del positivismo jurídico.¹³ En términos generales, mien-

¹⁰ Presente, por ejemplo, en: Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge Señal, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 159-177. Igualmente, Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995, pp. 21-45 y 93-130. Una crítica a esta mirada reduccionista del positivismo jurídico, en: Botero, Andrés, *Ensayos jurídicos sobre teoría del derecho*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires y La Ley, 2010, pp. 197-210.

¹¹ Clasificación que encontramos, por ejemplo, en Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, trad. de Eduardo Rozo, Bogotá, Temis, 1987, pp. VIII-X.

¹² *Ibidem*, pp. 20-38.

¹³ No puede confundirse el “realismo jurídico”, que es un movimiento positivista, con el “realismo jurídico clásico”, este último defendido, entre otros, por Finnis [1940-] (Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cristóbal Orrego, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000) y Hervada [1934-] (Hervada, Javier, “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”, *Dikaion*, Bogotá, Revista Universidad de la Sabana, núm. 2, 1988, pp. 7-19), y que corres-

tras el funcionalismo se centra más en la pregunta por el derecho eficaz (ya sea ante los jueces o ante la sociedad), el estructuralismo se centra más en la pregunta por la validez de la norma a partir del ordenamiento jurídico. De esta forma, un funcionalista se pregunta por la función del derecho en campos judiciales o sociales, mientras que el estructuralista define el derecho mismo desde la norma jurídica y desde el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, las fronteras entre funcionalismo y estructuralismo no son del todo claras, puesto que, como bien lo demostró Guibourg [1938-],¹⁴ ninguna ha podido prescindir por entero de la otra al momento de explicar la complejidad del derecho. Kelsen [1881-1973], por ejemplo, consideró que la eficacia determina la validez de la norma (ya en sentido individual o del ordenamiento jurídico) en tres casos: i) la costumbre (pues solo puede ser costumbre la que es eficaz en un entorno social); ii) la revolución (solo puede modificar una norma fundamental y, por ende, la constitución que fundamenta todo un sistema jurídico, la revolución victoriosa, esto es, la eficaz); iii) el desuso (*desuetudo*) o costumbre negativa (si una norma o un ordenamiento no son aplicados durante un buen período de tiempo y de forma generalizada, aquélla o aquél llegan a perder su validez).¹⁵ Entonces, nunca podrá perderse de vista que las clasificaciones, en especial en lo que estudiamos, son más propuestas basadas en acentos y con fines pedagógicos, que cualquier otra cosa, pero sin ellas, creemos, las cosas serían más difíciles de comprender.

ponde más con el iusnaturalismo. Incluso, con este nombre (realismo jurídico clásico) se aglutina muy buena parte del iusnaturalismo actual argentino, en especial, y el latinoamericano, en general. Véanse los trabajos de Massini y Vigo, respectivamente, presentes en: Botero, Andrés (Coord.), *Filosofía del derecho argentina*, Buenos Aires, Temis, 2008, pp. 117-194.

¹⁴ Guibourg, Ricardo A, *Derecho, sistema y realidad*, Buenos Aires, Astrea, 1986. Una versión actualizada de este texto, se publicó recientemente en Botero, Andrés (Coord.), *Filosofía del derecho*, Medellín, Universidad de Medellín, 2012, pp. 331-373. En adelante se seguirá citando la versión argentina de 1986.

¹⁵ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 14^a. ed., trad. de Roberto Vernengo, México, Porrúa, 2005, pp. 217-225. Mejía, por su parte, comenta: “Ya en Kelsen la validez del sistema jurídico dependía de un mínimo de eficacia sin la cual aquella quedaba totalmente en entredicho. Pero la eficacia suponía, a su vez, un mínimo grado de aceptación que el sistema tenía que lograr entre la ciudadanía, es decir, un mínimo nivel de justificación, en otras palabras, de legitimidad. Aunque el énfasis era la validez, visto desde una óptica epistemológica, esta estaba supeditada, en últimas, a la legitimidad general del mismo”. Mejía Quintana, Oscar, “Legitimidad, validez y eficacia en las ciencias sociales y el derecho en Colombia”, en Mejía Quintana, Oscar y Encinales Ariza, Natalia, *Elementos para una historia de la filosofía del derecho en Colombia*, Bogotá, Ibáñez, 2011, p. 70 (pp. 13-74).

Otra generalidad importante para ser tenida en cuenta tiene que ver con la clasificación, bien conocida, del positivismo propuesta por Bobbio y de la que podemos hacernos cargo parcialmente. Este autor italiano consideró que existían tres positivismos: i) el ideológico o como ideología que, sintetizando, considera al derecho válido (especialmente si es válido por ser fruto de la voluntad de un órgano representativo-democrático) como justo y sabio. La validez jurídica sería algo así como la garantía de la justicia y la sabiduría de una norma. Se refiere, pues, Bobbio,¹⁶ a la idea más expandida, aunque no del todo correcta como lo veremos más adelante, de la exégesis decimonónica. ii) El teórico o como teoría que, resumiendo, considera que el derecho válido, por tanto el que obliga y el que es coercible, es el que es fruto del Estado por lo que termina por identificar positivismo jurídico con la teoría estatal del derecho. iii) El metodológico o como modo de acercarse al estudio del derecho que, *grosso modo*, señala que el discurso científico legítimo del derecho no es otro que el que se ocupa del estudio del derecho positivo o válido, y no del derecho que debería ser derecho, es decir, derecho ideal, por lo que la elección determinada y consciente del objeto de estudio es lo que lo hace un positivismo, dejando de lado otras facetas que si bien igualmente pudieron ser estudiadas se dejan en manos de otras disciplinas diferentes a la jurídica.

Sobre la exégesis ya hablaremos más adelante, incluso retomando a Bobbio, pero lo que más nos interesa por este momento es ver que el positivismo implica una doble perspectiva, que puede ser complementaria o excluyente desde el punto de partida del observador. Una forma de positivismo es la que se pregunta por el derecho positivo, ya sea porque es el válido por ser fruto de un ordenamiento jurídico estatal (tesis central del estructuralismo), ya sea porque es el eficaz, y esto incluso, para muchos, lo hace considerar como el válido en tanto es el que cumple una función real dentro de un sistema social (en relación –de cooperación o de resistencia– con el Estado) o judicial-estatal concreto (tesis central del funcionalismo). Pero también es posible hablar de un positivismo como una forma de asumir el discurso científico del derecho. Se puede ser, y este es el mérito de la clasificación del autor italiano, positivista teórico (considerar que el derecho obligatorio es el real o positivo) y positivista metodológico (considerar que solo compete al discurso científico del derecho el estudio del derecho positivo). Por regla general uno conlleva al otro, pero es posible ser positivista

¹⁶ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Coyoacán, Fontamara, 1999, pp. 37-66.

metodológico sin ser teórico, como sería quien piense que el derecho no se agota en la teoría estatal del derecho pero que solo es científicamente legítimo estudiar ese derecho fruto de la teoría estatal. En fin, las posibilidades son más variadas de lo que inicialmente podemos creer. Aquí intentaremos dar cuenta de ambos positivismos a lo largo de la exposición de las principales escuelas del iuspositivismo.

Y siendo consecuentes con lo anterior, llegamos a otra generalidad a ser tenida en cuenta y tiene que ver con que el positivismo jurídico, por las circunstancias en las que nació y se desarrolló es, hasta el momento, una postura vinculada con la teoría estatal, todo lo cual correspondió con el racionalismo y el positivismo filosófico que consideraron como útil y necesario para el bienestar del nuevo modelo socio-económico un gobierno científico, reglado y planificado de la conducta humana. En este sentido el positivismo jurídico puede ser leído tanto en clave liberal (es decir, en un liberalismo político moderno) como en clave totalitaria (esto es, entender el Estado como una nueva forma de absolutismo político). En clave liberal puede entenderse el positivismo como una forma de articular la voluntad (el Estado y la política) con la razón (los derechos y el ordenamiento jurídico), esto es, el Estado de derecho. Según el liberalismo político, el Estado no debe ser de hombres sino de leyes, por lo que la voluntad debe estar regida por la razón, aunque es derecho, en últimas, lo que la voluntad determine según un procedimiento que garantice la democracia representativa de la soberanía, popular o nacional.¹⁷ Entonces, la prédica de que el derecho es obligatorio porque es fruto del representante del soberano (es decir, el Parlamento que representa al soberano, esto es, a los electores) es una manera en la que se pretendió limitar la voluntad, la política, protegiendo así la democracia decimonónica moderna. Considerar que la ley del Parlamento elegido por la mayoría es superior a la voluntad del poder ejecutivo y, en especial, de los jueces, fue una forma en la que se creyó, en pleno siglo XIX, como garantizada la democracia de órganos no democrá-

¹⁷ Contamos con una muy buena historia, aunque muy general por sus alcances pedagógicos, sobre cómo la modernidad liberal ha girado en torno a la tensión entre voluntad y razón: Costa, Pietro, *Democrazia politica e stato costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2006. Para fortuna de los brasileiros, ya fue traducida al portugués, en Costa, Pietro, *Soberania, representação, democracia: Ensaio de história do pensamento jurídico*, trad. de este capítulo Érica Hartman, Curitiba, Juruá Editora, 2010, pp. 235-284. Un análisis de esta obra, en: Botero, Andrés, “O poder e os direitos: uma história florentina sobre tensões e fracassos”, trad. de Alberto Arbex, *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba (Brasil), Universidade Federal do Paraná (UFPR), núm. 51, 2010, pp. 101-135.

ticos (el ejecutivo –aunque pueda ser elegido, siempre buscará doblegar al derecho pues trabaja con la lógica de gobierno unipersonal y con estructura jerárquica–, y los jueces porque no son fruto de procesos electorales sino de designaciones burocráticas). En fin, desde la perspectiva liberal, el positivismo fue el fruto de una apuesta por un modelo democrático en concreto, y una forma de articular la voluntad y la razón dentro de los proyectos modernos dominantes, más o menos, en Occidente a partir de las revoluciones atlánticas (francesa, estadounidense e hispanoamericana).¹⁸

Sin embargo, el positivismo también puede ser vinculado a proyectos totalitario-estatalistas, al momento de considerarse que el derecho emitido por el Estado –especialmente cuando no es demócrata o, siéndolo, termina por ser un perverso caso de populismo y depravación moral– debe ser siempre obedecido por ser precisamente emanación del Estado. Efectivamente, no han faltado argumentos en esta línea que han permitido a los críticos del positivismo denunciar el uso que de dichas posturas se ha hecho en sistemas políticos totalitarios. Pero aquí el positivista podría replicar, aunque no podemos decir que siempre con rotundo éxito, de la siguiente manera: 1) el medio no es responsable de la finalidad del uso que se da (como en el caso de un arma, esta no es la culpable del homicidio que se comete con ella); 2) que el positivismo –especialmente el decimonónico– defendía la democracia representativa frente al despotismo ilustrado que ponía el derecho en el criterio absoluto del príncipe y de la fe; 3) que no es una tesis exclusivamente positivista la idea del obedecimiento ciego a la ley (ya defendida, por ejemplo, por varios autores del iusnaturalismo); 4) que si bien agentes del Estado pueden ser transgresores de los derechos humanos, igualmente lo pueden ser otras fuerzas –legales o no– que solo el Estado podría controlar; 5) que justo el totalitarismo se enfrenta al espacio vivo entre los hombres que está delimitado por las leyes positivas¹⁹ y que en muchos casos de Estados totalitarios no se ha optado tanto por el iuspositi-

¹⁸ Un texto muy pertinente para estudiar la influencia de las revoluciones estadounidense y francesa en el estatismo (en la que se encuadraría el positivismo), es: Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, 2a. ed., trad. de Manuel Martínez, Madrid, Trotta, 1998, especialmente pp. 25-53. Sin embargo, no menciona este autor las implicaciones de la revolución hispanoamericana de independencia en el proceso de construcción del estatismo. Sobre esto último, para el caso colombiano: Escobar, Juan Camilo y Maya, Adolfo León, *Ilustrados y republicanos: El caso de “La ruta de Nápoles” a Nueva Granada*, Medellín, Universidad Eafit, 2011.

¹⁹ Idea tomada de: Arendt, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, trad. de Guillermo Solana, Madrid, Alianza, 2009, p. 624. Este texto, por demás, es un excelente estudio sobre qué entender por totalitarismo en la modernidad.

vismo sino por ciertas variantes de un iusnaturalismo o de ideas metafísicas que, supuestamente, están por encima del derecho positivo y guían su acción;²⁰ 6) que en el derecho nazi, por seguir el ejemplo más fácil de Estado totalitario, se consideraba que el derecho del Estado estaba al servicio de una pureza racial que actuaba como si fuese un derecho natural aunque no racionalista ni teológico. En este sentido, incluso, podría decirse que los juristas más destacados del nazismo no pasaron por el positivismo, y si alguna vez usaron sus ideas, fue más cuando era de su provecho circunstancial;²¹ 7) que Eichmann [1906–1962], el planificador de la *Solución final* (exterminio de judíos, opositores políticos, miembros de grupos étnicos considerados inferiores, etc.), afirmó que sus acciones se fundamentaron en el actuar por deber (es decir, en el respeto a la ley válida) y que siempre trató de vivir acorde con su interpretación (errada para algunos²² y correcta para otros)²³ del imperativo categórico kantiano,²⁴ que es uno de los fundamentos del iusnaturalismo racionalista-ilustrado.

²⁰ Véase, para mayor claridad, la defensa que Bobbio hace del positivismo ideológico (a pesar de las críticas que le hace) presentes en: Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 16, pp. 51-55.

²¹ Sobre las relaciones entre el iusnaturalismo y el nazismo, puede verse, por ejemplo: Aguilar Blanc, Carlos. “Los orígenes iusnaturalistas de la filosofía jurídica nacionalsocialista en la obra política escrita de Adolf Hitler y Alfred Rosenberg”, *Revista Internacional de Pensamiento Político* - I época, Vol. 8, 2013, pp. 187-210. Para entender la mentalidad iusfilosófica de los juristas nazis, es pertinente la lectura de García Amado, Juan Antonio, “¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?”, en Montoya Brand, Mario y Montoya Restrepo, Nataly (Eds. y Comps.), *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín, Eafit, 2011, pp. 19-93. Igualmente, Silva-Herzog Márquez, Jesús, “Carl Schmitt. Jurisprudencia para la ilegalidad”, *Revista de Derecho*, Vol. XIV, Julio de 2003, pp. 9-24.

²² Por ejemplo, Arendt, Hannah, *Eichmann en Jerusalén*, 2ª ed., trad. de Carlos Ribalta, Barcelona, Debolsillo, 2006, pp. 198-203. Este texto, por demás, da muy buenas claves para entender cómo funcionaba y cómo se enseñaba el derecho nazi.

²³ Onfray, Michel, *El sueño de Eichmann*, trad. de Alcira Bixio, Barcelona, Gedisa, 2009.

²⁴ Sobre este concepto descansa la moral kantiana, que se puede expresar de la siguiente manera: Obra de tal modo que la máxima de tu voluntad que rige tu acción pueda valer, al mismo tiempo, como un principio de validez universal. Este imperativo categórico implica, (i) considerar a la humanidad como un fin en sí mismo y nunca solo como un medio, (ii) defender el establecimiento de máximas de la conducta dentro del reino universal de los fines y (iii) adoptar solo máximas que puedan ser universales. Kant, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, edición bilingüe, trad. Dulce María Granja, México, Fondo de Cultura Económica, UAM y UNAM, 2011, p. 35 (párrafo 7), entre otras. Kant, Immanuel, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Trad. R. Rodríguez Aramayo, Madrid, Alianza, 2002. Segundo Capítulo “Tránsito de la filosofía moral popular a una metafísica de las costumbres”.

En fin, el positivismo, en su relación con una teoría del Estado, puede ser visto tanto como una propuesta democrática como una propuesta totalitaria (asunto sobre el que volveremos más adelante), existiendo ejemplos históricos que dan razón a unos y otros. Empero, hay que decirlo, hoy día, en plena época de crisis de la razón jurídica hasta ahora dominante²⁵ y, por ende, del positivismo, las versiones críticas²⁶ (incluso algunas ya muy exageradas) pululan más que las benignas.²⁷

²⁵ No obstante, hay que decirlo, de la crisis del derecho siempre se ha hablado, y desde muy antiguo, como un motivo, fundado o no, para buscar su reforma. Claro está que la crisis de la ley que tanto se ha hablado desde finales del siglo XIX era fundamentalmente la crisis de la ley que supuso una crisis del derecho (puesto que la ley pasó a ser la principal fuente de derecho), la cual ahora implica también una crisis de la soberanía estatal en momentos de globalización económica y resurgimiento de los localismos (asunto que es denominado como glocalización). Incluso, ya son muchas las voces que señalan que la autoridad (simbólica o real) del Estado —y de su derecho— depende cada vez más del resultado que arroje la actual tensión que este tiene, más evidente incluso en momentos de crisis económica, con el sistema financiero internacional.

Sobre la crisis contemporánea del derecho, sugerimos la lectura de Passaglia, Paolo, “La ‘crisi della legge’ come riflesso della crisi della sovranità statale”, *La crisis de la ley: memorias del II Encuentro de claustros docentes Pisa, 2006*, México, Escuela Libre de Derecho, 2007, pp. 111-177. Igualmente: Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 10, pp. 9-20, donde se afirma que hemos pasado de la soberanía del Estado-Ley a la soberanía del Estado-Constitución, lo que refleja la crisis del primero y el buen momento del segundo. También: Grossi, Paolo, *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, trad. de Clara Álvarez, Madrid, Marcial Pons, 2011. Este último plantea cómo el derecho entró en crisis al verse reducido a la ley del Estado, crisis que se evidenció en Occidente a finales del siglo XIX y principios del XX. Señala, además, que el siglo XX es un siglo de transición del derecho, en especial por efecto de la globalización actual.

²⁶ Además de las de autores neoconstitucionalistas como Alexy o Zagrebelsky, ya citados, están igualmente, las del maestro de la Escuela de Florencia, Grossi [1933-]. Por ejemplo: Grossi, Paolo, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995. Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. de Manuel Martínez, Madrid, Trotta, 2003. Esta crítica al estatismo y, por ende, al positivismo —especialmente su vertiente decimonónica— es una constante en la Escuela de Florencia. También está el trabajo de Zannoni para quien la crisis de la razón jurídica es, fundamentalmente, una crisis de los positivismos. Zannoni, Eduardo A, *Crisis de la razón jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 1980, especialmente pp. 53-101. Igualmente, encontramos a Prodi quien, al plantear la historia de la distinción occidental entre normas jurídicas y morales, entre lo ilegal y lo pecaminoso, señala cómo el exceso de derecho positivo pone en crisis, con efectos peligrosos, la ética en la regulación de la vida individual. Prodi, Paolo. *Una historia de la justicia: de la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y Derecho*, trad. de Luciano Padilla, Barcelona, Katz, 2008.

²⁷ Como la de Hoerst, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón, Barcelona, Gedisa, 2000, especialmente pp. 9-27. Sobre la pertinencia actual del positivismo jurídico, ver: Escudero, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico: un debate sobre la incorporación de la moral*, Civitas y Universidad Carlos III, 2004. Laporta, Francisco J., *El imperio de la*

Ahora, ya con estas generalidades a ser tenidas en cuenta, podemos pasar a explicar los aspectos más básicos de la primera de las escuelas positivistas, y justo la que más negra fama se ha granjeado en los últimos años: la exégesis.

III. LA EXÉGESIS²⁸

Fioravanti,²⁹ en un texto ya citado, expone que, básicamente, hay tres modelos de la historia de las cartas (constitucionales) de los derechos. El primero es el historicismo que, *grosso modo*, señala que el fundamento de los derechos está anclado en la historia misma del sistema jurídico-político, concretamente en la costumbre ratificada judicialmente. Este modelo fue el predominante en el Antiguo Régimen y no puede entenderse por fuera del iusnaturalismo, especialmente escolástico y la visión italiana (o mejor boloñesa) de entender el derecho romano (también conocido como *mos italicus*)³⁰ en el campo continental, aunque este logró sobrevivir, *mutatis mutandis*, a los tiempos modernos en el sistema jurídico anglo-sajón. Aquí, como todos sabrán, el fundamento de los derechos no está en una ley ni en el individuo mismo sino en la interpretación (y actualización) judicial de costumbres y textos antiguos que se han convertido en hitos (¿o mitos?) del sistema jurídico. Pero el historicismo, con su carga de Antiguo Régimen, generó una reacción en su contra: el iusnaturalismo racionalista que progresivamente enfiló sus baterías contra el modelo político dominante —fundado

ley: una visión actual, Madrid, Trotta, 2007. Jiménez, Roberto M, *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

²⁸ Este apartado se publicó, con algunos cambios, en Botero, Andrés. “Matices a la interpretación tradicional de la exégesis”, *Revista Jurídicas*, Manizales (Colombia), Facultad de Derecho de la Universidad de Caldas, núm. 9, 2012, pp. 120-135.

²⁹ Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 18.

³⁰ En este escrito haremos referencia tangencial a los tres principales modelos de comprender o leer el derecho romano: *italicus*, *gallicus* y *germanicus*. El primero predominó en la universidad de Bolonia y en las que esta logró una amplia influencia especialmente entre siglos XII y XV. La segunda la encontramos en la universidad de París y en las instituciones sobre las que esta logró cierto control ideológico, muy asociado al humanismo (al que también mencionamos en este escrito), presente fundamentalmente entre los siglos XVI al XVII, con fuerte ascendencia en el iusnaturalismo racionalista e ilustrado. La tercera se ubica especialmente en el siglo XIX alemán, como reacción al movimiento exegético francés. Al respecto, puede verse: Valencia Restrepo, Hernán, *Derecho privado romano*, 3ª. ed., Medellín, Señal editora, 1998, pp. 213-222.

en las costumbres y en la sociedad estamental— para plantear la necesidad de reubicar el derecho ya no en torno a disposiciones morales heredadas que reflejaban el *orden objetivo del mundo*, sino en torno al *sujeto* cartesiano que se desligaba de aquel para luego dominarlo.³¹ Esto, con el tiempo, dio lugar a que lo público girase cada vez más alrededor de los Estados-Nación que de las monarquías —con un marcado acento absolutista a partir del siglo XVI—, las cuales, aunque les sirvieron bien a aquellos, poco a poco se convirtieron en estorbos ideológicos para el advenimiento de períodos menos personalistas y más institucionales. Y quien llegó al punto crucial de esta propuesta fue la Ilustración, la cual consideró que el soberano ya no es la costumbre (a fin de cuentas, la costumbre es la enemiga de todo aquel que desea cambios), sino el individuo en estado de naturaleza. Sin embargo, el individuo, para poder vivir en sociedad, cede su soberanía en virtud de un juramento-voto³² al pueblo con voluntad general (Rousseau [1712-1778])³³

³¹ Asunto clarísimo en Heidegger, Martin, “La época de la imagen del mundo”, trad. Helena Cortés y Arturo Leyte, en Heidegger, Martin, *Caminos de bosque*, Madrid, Alianza, 1998, pp. 63-90.

³² Analizado por Prodi, Paolo, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Bologna, Il Mulino, 1992, pp. 469-471. El fundamento de la adscripción del individuo a lo colectivo, según Rousseau está más del lado de un juramento-voto (como el de adscripción unilateral a un grupo iniciático como los masones) que a un juramento-contrato (donde juro obedecer e integrarme a lo colectivo fruto de un acuerdo de voluntades con el que recibe el juramento de fidelidad). Por demás, Prodi le baja el tono, con su propuesta del juramento-voto como base del sistema político moderno, a la continua discusión sobre si en Rousseau predominan las ideas del individualismo o del estatismo (discusión presente, por ejemplo, en Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 18). Agreguemos que para el autor ginebrino (ver: Rousseau, Jean-Jacques, *Emilio o la educación* (1762), trad. Cardona Castro, Barcelona, Bruguera, 1971), así como para Kant, el individuo es perfectible, por su propia *naturaleza*, por medio de la educación, la cual, obviamente, debe estar bajo supervisión prioritaria del Estado. De esta forma el individuo ilustrado (por y para el Estado) puede articularse a la voluntad general mediante un juramento.

³³ Rousseau, Jean-Jacques, *Contrato social* (1762), Trad. Fernando de los Ríos, Madrid, Calpe, 2007. Frente a este autor hay que diferenciar lo que él dice de lo que sobre él dice la tradición político-jurídica. En primer lugar, mucho se ha especulado si él es estatista o individualista (por ejemplo, Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 18, pp. 35-46), asunto que se mencionará más adelante. Por el momento valga decir que la tradición estatista hace hincapié en lo suyo (para lo cual parte de la lectura de los libros segundo, tercero y cuarto del “Contrato social”), y la individualista en lo propio (fundada especialmente en el libro primero de la misma obra). Agreguemos que, para Rousseau la soberanía es el ejercicio de la voluntad general de un ser colectivo: el pueblo. Pero la soberanía, según él, es inalienable (Libro II, cap. I), indivisible (Libro II, cap. II), indestructible (Libro IV, cap. I), que no puede soportar sociedades parciales que representen intereses grupales pues el ciudadano debe expresarse por sí mismo para evitar diferencias al momento de formarse la voluntad general

o a la nación (Sieyès [1748-1836]) entendida como una unidad consolidada que trasciende a los individuos y al tiempo mismo. Veamos.

Por soberano podemos entender, por el momento, aquel que, por tener el máximo poder, no tiene por qué rendir cuentas a nadie, salvo a sí mismo, y es fuente constituyente de los demás poderes. En este sentido, en el historicismo, la soberanía radica, fundamentalmente, en manos de la divinidad que se expresa entre los hombres mediante un derecho natural ratificado por la historia. Es la historia, la costumbre, la que pone en evidencia la sabiduría de lo que ha sobrevivido entre los hombres tanto tiempo. Esto explica, además, por qué para el Antiguo Régimen, la norma entre más antigua, más sabia, y la razón por la que los monarcas, en términos generales, se mostraban frente a los súbditos más como jueces y recopiladores del derecho antiguo y de las buenas costumbres, que unos legisladores de derecho nuevo.³⁴ Ahora, como la divinidad no podía ejercer por su propia cuenta el gobierno de los hombres, asunto que por demás violaría el libre albedrío que se les concedió a estos, el derecho natural, respaldado por la costumbre, termina por delegar en el príncipe y en la Iglesia tal función, lo cual generó continuos roces entre ambos poderes (piénsese, por ejemplo, en los continuos conflictos entre el emperador del Sacro Imperio Romano-Germánico con el Papa) y procesos de continua centralización política dentro de cada uno de estos dos órdenes (desde el Bajo Medioevo se dieron procesos de paulatina centralización del poder en torno al príncipe y al Papa que los terminaron por cimentar, ya a inicios de la Edad Moderna, como las cabezas visibles del gobierno civil y del eclesiástico respectivamente). Así las cosas, el mando del príncipe y del Papa siempre se justificó en la teología y en las costumbres, aunque, hay que decirlo, ya en épocas de la

(Libro, II, cap. III), etc. En consecuencia, no puede afirmarse tajantemente que el soberano, para Rousseau, es simplemente una sumatoria de individuos-ciudadanos, pues esto supondría mínimamente que la soberanía sería divisible; pero tampoco podría considerarse que los ignora pues la soberanía recae en ellos inicialmente y, luego del contrato, son ellos los que integran la colectividad que forma la voluntad general. En fin, la tradición político-jurídica ha querido ver a Rousseau como el padre de la soberanía popular, donde el soberano es una colectividad de individuos-ciudadanos, oponiéndola a la soberanía nacional de Sieyès, pero estamos convencidos que estas ideas deben ser matizadas, asunto que aquí no hacemos del todo por motivos de espacio.

³⁴ Nada mejor para entender el funcionamiento del sistema jurídico medieval que: Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 18, pp. 25-35. Grossi, Paolo, *L'ordine...*, *op. cit.*, nota 26. Hespanha, António Manuel, *Cultura jurídica europeia: síntese de um Milénio*, Florianópolis (Brasil), Boiteux, 2005.

monarquía ilustrada o despótica, los príncipes empezaron a fundar su propia soberanía en sí mismos, aunque nunca faltó como respaldo de su poder la voluntad sobrenatural.³⁵

Fue contra este modelo que se levantaron diversos movimientos que, en términos generales, dieron lugar al iusnaturalismo racionalista. Encontramos así a los humanistas,³⁶ luego a los racionalistas en sentido estricto³⁷ y con posterioridad a los ilustrados, quienes pretendieron un nuevo fundamento de los derechos y, por ende, un nuevo soberano: el poder constituyente. Según la tradición, para Rousseau, por poner un ejemplo, el soberano sería inicialmente el propio individuo (tesis central del segundo modelo enseñado por Fioravanti: el individualismo),³⁸ dueño de sus derechos, quien, en un acto de integración al pueblo —entendido fundamentalmente como una unión de (la voluntad de los) individuos—, da lugar, mediante un “contrato social”, al Estado. Todo esto nos deja en claro que el poder constituyente es previo a la organización política constituida, y que el “contrato social”, por ser justo un contrato, parte de la igualdad formal de las partes intervinientes, es decir, de los individuos y el Estado.³⁹ Podemos agregar

³⁵ Por ejemplo, en 1680 apareció en Inglaterra una obra de Robert Filmer denominada “Patriarcha” que señalaba que el príncipe gobierna en nombre de Dios, por lo cual su mandato es absoluto. Fue Locke, en su “Primer Tratado sobre el Gobierno Civil” (1690), quien se opuso a tal argumento, pues según él si Dios concedió la autoridad real a Adán y este lo transmitió a sus herederos, significa que el hombre no nació libre. Pero este debate lo que deja en claro es la continua presencia de discursos monarcómanos, incluso con posterioridad a la Edad Media, y la presencia de una oposición propia del modelo racionalista. Quien desee mejores noticias sobre la centralización del poder desde el Bajo Medievo, remítase a: García Pelayo, Manuel, *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Madrid, Revista de occidente, 1968, pp. 97-140.

³⁶ Íntimamente relacionados con el *mos gallicus* o forma especialmente francesa de leer el derecho romano en el siglo XVI. Cfr. Hespanha, António Manuel, *op. cit.*, nota 34, pp. 255-258.

³⁷ *Ibidem*, pp. 293-297.

³⁸ Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 18, pp. 35-46.

³⁹ Consideramos crucial la lectura de los cuatro primeros capítulos del libro II (Rousseau, Jean-Jacques, *op. cit.*, nota 33, pp. 55-63) para que el lector entienda las dificultades en la interpretación de Rousseau, pues es constante en él articular, y no siempre de forma clara, los conceptos de “voluntad general” (que no es necesariamente la “voluntad mayoritaria”), “Estado”, “pueblo” e “individuo”. Los expertos, movidos por sus largos estudios, hacen matices diferenciadores entre estos conceptos, sin poder negar que la forma en que nuestro autor los asimila es harto compleja. Más clara, sin embargo, ha sido la tradición que ha visto a Rousseau como el padre de la soberanía popular. No obstante, por efectos pedagógicos y generales de este texto, debemos pasar por alto estos matices diferenciadores, pero esperamos que nuestro lector no se quede aquí, en las superficies. Igualmente, por motivos de espacio, no pudimos tratar la forma en que Rousseau concibe la religión del pueblo como

que se le conoce como “contrato social”, primero, porque es un contrato que surge de la sociedad y, segundo, porque con él se constituye una nueva persona jurídica, esto es, un “contrato societario”. De esta manera, Rousseau, al momento de apelar al derecho en su forma contractual que supone la voluntad de sujetos, deja de lado la fuerza, la tradición y la divinidad como los fundamentos del poder.

Este contrato tiene cuatro características fundamentales: i) crea una persona jurídica llamada Estado; ii) cede al Estado (que en esta línea, es más una creación decimonónica) la soberanía otrora de los individuos; iii) consolida el pueblo en tanto que así se manifiesta como una voluntad general, pero una vez cede la soberanía, se auto-restringe en la medida que el Estado pasa a ser el centro del poder y el fundamento de los derechos (tesis central del tercer modelo expuesto por Fioravanti: el estatalismo⁴⁰ que pronto se convertirá, por lo menos como idea, en la representación de un nuevo absolutismo),⁴¹ y iv) constituye una representación, donde el Estado representa y, por ende, compromete al pueblo ante los demás pueblos y Estados (esto es, en el derecho internacional).

Sin embargo, el Estado, en sí mismo, es una entelequia política que requiere de otros para ser real, por lo que entra aquí el tema de la división de poderes ya planteado por Locke [1632-1704]⁴² y Montesquieu [1689-1755],⁴³ entre los autores más reconocidos.⁴⁴ Según la lectura tradicional

un medio del Estado para el cumplimiento de los fines políticos. Quien desee profundizar sobre esto último, puede remitirse, entre otros textos, a: Garzón, Iván. “Rousseau: ¿Religión política o instrumentalización política de la religión?”. *Revista de Derecho*, Barranquilla, Universidad del Norte, núm. 33, 2010, pp. 197-221.

⁴⁰ Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 18, pp. 46-53. Según este texto, el estatalismo no acepta un poder constituyente previo a la organización política constituida y defiende, en vez de un “contrato social” basado en la igualdad de las partes, un “pacto social de dominación” mediante el cual los individuos reconocen el poder soberano del Estado, dueño, de entrada, del derecho y de los derechos.

⁴¹ Sobre cómo el Estado se convirtió en una mitología jurídica moderna, en una manifestación del absolutismo, ver: Grossi, Paolo, L'ordine..., *op. cit.*, nota 26. Grossi, Paolo, *Mitología jurídica...*, *op. cit.*, nota 26.

⁴² Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil (1690)*, trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza, 2000, capítulos 11-13 (pp. 141-163).

⁴³ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes (1748)*, Versión castellana de Nicolás Estévez, Tomo I, París, Garnier, 1926, especialmente Libro XI, capítulo VI (pp. 224-239) donde queda en claro la importancia de Locke para el autor francés.

⁴⁴ Sobre la historia de las ideas jurídico-políticas en torno a la división de poderes, puede consultarse: García Pascual, Cristina, *Legitimidad democrática y poder judicial*, Valencia, Edicions

de la división de poderes (que no necesariamente corresponde con lo literalmente dicho por los autores aquí mencionados),⁴⁵ las ramas del poder público en las que circula la soberanía son tres: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. ¿Pero cuál de ellos recibe privilegiadamente la soberanía depositada en el Estado?

El ejecutivo, según la mayoría de los planteamientos de los ilustrados del XVIII, se basaría en una doble función: una activa de control del orden público según la ley, y una pasiva de ejecutar la ley, pero en ambas siempre estaría, por lo menos en teoría, supeditado a la ley, por lo cual no sería un poder soberano. Y no lo sería pues el ejecutivo estaría liderado por el príncipe, quien recibiría esta potestad no por la soberanía del pueblo (pues el príncipe no es elegido por él) sino por la dinastía (que a su vez puede articularse, según los gustos, al querer de la divinidad por medio de la unión religiosa como requisito para acceder al trono). Entonces, al no recibir la soberanía plena, su potestad se encuentra limitada y, en este sentido, podría exigírsele alguna responsabilidad en caso de violación del contrato social o de la ley. Incluso, tal mirada limitativa se podría extender a los funcionarios en la medida que estos tampoco son elegidos por el pueblo, no reciben la soberanía en el contrato social y, por ende, están supeditados en el cumplimiento de sus funciones administrativas a la ley, aunque, en verdad, constituyesen el gran poder del nascente Estado.⁴⁶ Además, estas limitaciones del poder ejecutivo se mantuvieron una vez la cabeza de este ya era fruto del sufragio, pues bien se tenía en claro el riesgo que implicaba darle la soberanía plena a quien tenía el control de la administración y de

Alfons el Magnànim, 1996, pp. 29-53. Este texto tiene la virtud de explicar no solo el pensamiento de Locke y Montesquieu al respecto, sino también la evolución que la interpretación de estos autores ha tenido hasta la actualidad.

⁴⁵ Por ejemplo, Locke (*op. cit.*, nota 42, pp. 151-153) habla fundamentalmente de tres poderes: legislativo, ejecutivo y federativo del Estado. Montesquieu (*op. cit.*, nota 43) se refiere, al momento de analizar el sistema inglés, al legislativo, al ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes y al ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil. Pero bien podría hablarse de un poder judicial independiente en Montesquieu cuando señala, por ejemplo, que “no hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo” (*Ibidem*, p. 225).

⁴⁶ Sobre la historia del poder ejecutivo, en especial de la administración, y de su responsabilidad jurídica, véase: Mannori, Luca y Sordi, Bernardo, *Storia del diritto amministrativo*, 2ª ed, Roma-Bari, Laterza, 2003. Martínez, Faustino, *De responsabilitate*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2008. Sobre la forma casuística en que se configuró el ejecutivo durante las Cortes de Cádiz (con reflexiones que podrían extenderse a Hispanoamérica), ver: Martínez, Faustino, “Un poder nuevo en el escenario constitucional: notas sobre el ejecutivo gaditano”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo LXXXI, 2011, pp. 257-376.

las armas de la república. No en balde, el ejecutivo, por su estructura unipersonal y jerárquica de la administración, siempre fue, es y será un gran riesgo para el republicanismo.⁴⁷

Los jueces, por su parte, deben ser reconstruidos en su función y organización para adaptarlos a las nuevas circunstancias modernas.⁴⁸ En primer lugar, en el Antiguo Régimen es claro que juzgar es gobernar,⁴⁹ lo que supone, pues, un fuerte maridaje entre funciones que hoy día podríamos, con cierta claridad, distinguir. Quien gobernaba juzgaba, y quien juzgaba gobernaba. Así, se hizo necesario predicar la separación entre la rama ejecutiva y la judicial (no hablemos de función legislativa en el Antiguo Régimen, puesto que ya explicamos que la costumbre, y no la ley nueva, era la principal fuente de derecho, por el marcado acento historicista). En segundo lugar, la justicia no era estatal (pues aún no existía Estado en un sentido estricto, moderno), ni toda estaba centralizada en cabeza del príncipe o de la Iglesia, ya que había justicias por estamentos o corporaciones (de artes y oficios, universidades, municipios, etc.). En tercer lugar, la justicia no era necesariamente letrada (esto es, integrada por expertos en derecho positivo); incluso, buena parte de los jueces eran legos (hasta analfabetos había), y para muchos jueces (en especial los que estaban alejados de los centros

⁴⁷ Esto ha merecido varios estudios, por ejemplo: Arendt, Hannah, *op. cit.*, nota 19. Weber [1864–1920] estudia estos riesgos bajo el nombre de democracia plebiscitaria (“La democracia plebiscitaria –el tipo más importante de la democracia de jefes– es, según su sentido genuino, una especie de dominación carismática oculta bajo la *forma* de una legitimidad derivada de la voluntad de los dominados y solo por ella perdurable. El jefe (demagogo) domina de hecho en virtud de la devoción y confianza *personal* de su séquito político”). Weber, Max, *Economía y sociedad*, trad. de J. Medina et. al., México, Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 215). Otro autor lo analiza con el concepto de democracia delegativa (O’Donnell, Guillermo “Delegative democracy”, *Journal of Democracy*, 5 (1), 1994, pp. 55-69). Para el caso de Colombia: Vázquez Alfredo, *El poder presidencial en Colombia: la crisis permanente del derecho constitucional*, 2ª. ed., Bogotá, Enrique Dobry, 1979. Más recientemente: García, Mauricio y Revelo, Javier Eduardo, “La concentración del poder en Colombia”, en García, Mauricio y Revelo, Javier Eduardo, (Codirs.), *Mayorías sin democracia: desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*, Bogotá, Dejusticia, 2009, pp. 328-371. Botero, Andrés, “Una presidencia sin ejecutivo y sin Estado: la concentración del poder público colombiano en la contemporaneidad”, *Ambiente Jurídico*, núm. 13, 2011, pp. 156-181.

⁴⁸ Para la mayor comprensión de este asunto, nada mejor que la lectura de García Pascual, Cristina, *op. cit.*, nota 44, pp. 29-113.

⁴⁹ Lo que es conocido como el paradigma del Estado jurisdiccional, que aclara que la principal función del poder del Antiguo Régimen era juzgar. Al respecto, nada más ilustrativo que: Grossi, Paolo, *L’ordine...*, *op. cit.*, nota 26. Igualmente, Costa, Pietro, *Iurisdictio, semantica del potere politico nella giurispubblicistica medievale*, Milán, Giuffrè, 1969.

políticos) no era necesario un abultado conocimiento de las normas escritas ni de la doctrina de los especialistas, pues bastaba con saber las costumbres, respaldadas por las representaciones colectivas de la base social, que eran, en fin, una importantísima fuente de derecho.⁵⁰

En consecuencia, el estatalismo (como reacción al historicismo) implica replantear las relaciones de los jueces con el legislativo y el ejecutivo, así como centralizar y burocratizar de una vez por todas (pues ya hubo intentos en esa línea, en especial en el siglo XVIII) la rama.⁵¹ Pero lo que nos interesa, por el momento, es ver que los jueces tampoco reciben la soberanía plena porque no lo contempla así el contrato social, porque no son re-

⁵⁰ Sobre la tensión entre la justicia foral-lega con la justicia letrada, propia del derecho común en pleno proceso de expansión durante la baja Edad Media, puede verse: Alonso Romero, María Paz, *Historia del proceso penal ordinario en Castilla: siglos XIII-XVIII*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1979, pp. 10-19. Montero Aroca, Juan, “La ley de enjuiciamiento civil española de 1855: la consolidación del proceso común”, en Giuliani, Alessandro y Picardi Nicola (a cura di), *L'Educazione giuridica. VI – Modelli storici della procedura continentale. Tomo II – Dall'ordo iudiciarius al codice di procedura*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, pp. 349-353. Sobre esta dualidad, que generó no pocos roces, entre justicia letrada y lega en el ámbito hispanoamericano, ver: García-Gallo, Alfonso, *Jueces populares y jueces técnicos en la Historia del Derecho Español*, Madrid, Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1946. García-Gallo, Alfonso, “Alcaldes mayores y corregidores en Indias”, en García-Gallo, Alfonso, *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, pp. 695-741. Pugliese, María Rosa, *De la justicia lega a la justicia letrada*, Buenos Aires, Junta de Estudios Históricos de San José de Flores, 2000, pp. 113-154. Uribe, Víctor, “Colonial Lawyers and the Administration of Justice”, en Zimmermann Eduardo (ed.), *Judicial Institutions in Nineteenth-Century Latin America*, London, University of London, 1999, pp. 30-45. Botero, Andrés, “La tensión entre la justicia lega y la justicia letrada durante la primera mitad del siglo XIX: el caso de Antioquia (Nueva Granada)”, *Iushistoria*, Buenos Aires (Argentina), Centro de Estudios e Investigaciones, Universidad del Salvador, núm. 7, 2010, pp. 65-88.

⁵¹ García Pascual, Cristina, *op. cit.*, nota 44, pp. 67-113. Claro está que la juridificación burocrática no fue un proceso exclusivo de la rama judicial, sino que corresponde más bien a la nueva forma en que el jurista logra cimentarse como agente de relevancia social y política por, entre otras cosas: i) su egreso de facultades de derecho a tono con el nuevo modelo liberal; y ii) la adscripción profesional a un campo disciplinario en creciente juridificación –o tecnificación, incluso en el lenguaje usado por estos profesionales–, auspiciando la centralización del poder en el Estado (racionalidad burocrática), dejando atrás aquellas cosmovisiones propias del Antiguo Régimen que consideraban que la autoridad del abogado provenía, por ejemplo, de su vinculación a dinastías o a corporaciones cargadas de tradiciones. Al respecto, ver: Bourdieu, Pierre, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, en Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther, *La fuerza del derecho*, Bogotá, Universidad de los Andes, Instituto Pensar y Siglo del Hombre Editores, 2000, pp. 153-220. Sobre el concepto de “juridificación” del Derecho, véase: Blichner, Lars Chr y Molander, Anders, “Mapping juridification”, en *European Law Review*, Vol. 14, núm. 1, January, 2008, pp. 36-54.

presentantes del pueblo ni de su voluntad y porque están sometidos en su función —justo por la ausencia de soberanía— a la ley. Por tanto, si los jueces no son soberanos en sentido pleno entonces están sometidos a una autoridad mayor, y sus decisiones pueden ser ratificadas o revocadas dependiendo de su cercanía o lejanía con esa autoridad plenamente soberana. A esto hay que agregar que los jueces en el Antiguo Régimen eran escogidos por el príncipe, la Iglesia o las corporaciones (es decir, por los principales opositores de la Revolución), y por la vaguedad de las fuentes jurídicas tenían una amplísima discrecionalidad, lo que incrementó la desconfianza que estos generaban en los ideólogos del Estado moderno.

De esta manera, solo quedaba el legislativo, primero porque sería el único que tendría la capacidad de guiar al pueblo hacia lo que el pueblo quiere:

El pueblo, de por sí, quiere siempre el bien; pero no siempre lo ve. La voluntad general es siempre recta; mas el juicio que la guía no siempre es claro. Es preciso hacerle ver los objetos tal como son, y algunas veces tal como deben parecerle; mostrarle el buen camino que busca; librarle de las seducciones de las voluntades particulares; aproximar a sus ojos los lugares y los tiempos; contrarrestar el atractivo de las ventajas presentes y sensibles con el peligro de los males alejados y ocultos. Los particulares ven el bien que rechazan; el público quiere el bien que no ve. Todos necesitan igualmente guías. Es preciso obligar a los unos a conformar sus voluntades a su razón; es preciso enseñar al otro a conocer lo que quiere. Entonces, de las luces públicas resulta la unión del entendimiento y de la voluntad en el cuerpo social; de aquí el exacto concurso de las partes y, en fin, la mayor fuerza del todo. He aquí de donde nace la necesidad de un legislador.⁵²

Segundo, porque aparece como el órgano representativo por excelencia, en la medida que recibe la soberanía de forma privilegiada por el contrato social (lo que le permite expresar la recta y justa voluntad general del pueblo), por lo que no está supeditado a la ley, pudiendo discutirla, modificarla o, incluso, remplazarla. Tercero, porque está legitimado mediante sistemas de elección (no necesariamente de sufragio universal) del pueblo (que no es la totalidad de los individuos, sino los considerados como los más “aptos” para comprender y expresar la voluntad general). De esta forma el voto aparece como una manifestación de la voluntad que ratifica la cesión de la soberanía, que da lugar a un contrato de mandato con posibilidad de ser revocado, según los más cercanos a Rousseau, o a una representación (como la de un incapaz) con mayores dificultades de ser revocada, según los

⁵² Rousseau, Jean-Jacques, *op. cit.*, nota 33, p. 68 (Libro II, capítulo VI).

más proclives a Montesquieu, todo lo cual generó un fuerte debate entre quienes consideraban que la revocatoria era una forma de ratificar el poder soberano del pueblo, a la vez que un control al elegido, y los que señalaban que esta impedía la estabilidad política, a la vez que daba poderes excesivos a la masa.

En consecuencia, si el único que recibe la soberanía de forma privilegiada por el contrato-social, de un lado, y por el contrato-mandato o por la representación, del otro, es el legislador, asunto que un ilustrado defendería al considerar esto como *racional*, se explica en todo su sentido la expresión de que la ley es soberana (el individuo cede la soberanía al pueblo, este al Estado, quien, a su vez, la entrega –en lo que respecta a la potestad de crear normas– al legislador, el cual hace la ley; *ergo*, la ley es soberana), racional y sabia (pues al ser soberana no puede ser juzgada, ya es el límite mismo del poder y de la moral; además, al ser fruto de los representantes elegidos, cabe suponer que lo que estos hacen goza de la aquiescencia moral de los electores), y solo puede ser aplicada mas no interpretada por los demás órganos (ya diría Montesquieu, según la mirada tradicional, que “los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”).⁵³ Nace, pues, la exégesis, como respu-

⁵³ Montesquieu, *op. cit.*, nota 43, p. 234 (Libro XI, capítulo VI). Según la visión tradicional, con esta cita se pone en evidencia que el juez, una vez sometido a la ley, deja de ser discrecional, por lo que ya no es más un motor estamental a la usanza del Antiguo Régimen, sino un agente sometido al texto legal, esto es, a la voluntad estatal. No obstante, es importante decir que esta cita ha sido interpretada por fuera de contexto, en la medida que el autor francés, con base en ella, está planteando las ventajas de que parte del legislador, en ciertos casos, actúe como tribunal (como sucede en el Reino Unido) para mitigar aquello que los jueces ordinarios no pueden hacer, todo esto dentro del marco de la monarquía inglesa según la visión que de ella da Locke y que sigue muy de cerca Montesquieu. Por demás, la visión (ya mítica, incluso) que del modelo inglés circuló en el constitucionalismo europeo continental e hispanoamericano (finales del siglo XVIII y primera mitad del siglo XIX) se basó, especialmente, en la dada por “El Espíritu de las Leyes”, asunto que podría explicar (junto al desconocimiento de las fuentes tal como lo vimos en la visión tradicional) cómo la cita en comentario pasó de ser una característica atribuida (con razón o sin ella) al sistema inglés (al supuesto “objetivismo” del juez inglés que generó las críticas de Bentham y Austin que más adelante se verán) a ser una del Estado liberal decimonónico tanto europeo-continental como hispanoamericano (por ejemplo, Varela relata cómo en las Cortes de Cádiz, de la cual surgió la Constitución de 1812, se anhelaba seguir parcialmente el modelo inglés valiéndose de la interpretación que de él hizo Montesquieu: Varela, Joaquín, *Tres ensayos sobre historia constitucional*, Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2008, p. 87; Martínez, Un poder..., *op. cit.*, nota 46, pp. 295-297).

ta política al planteamiento del iusnaturalismo —especialmente racionalista— de un Estado y de una democracia representativa.⁵⁴

Ahora, con Sieyès, en la interpretación tradicional,⁵⁵ las cosas no cambian mucho, salvo que el soberano no es el conjunto de los individuos integrados en un pueblo con voluntad general, sino que es la nación, que inicialmente se concebía como la mayoría excluida por la diada Alto Clero-Alta Nobleza —esto es, el tercer estado—, pero que luego se comprendería como un todo, como una entidad mayor que trasciende las generaciones, pues recoge no solo el pasado sino el presente y el futuro de Francia, a diferencia de la concepción de pueblo que solo concibe a la generación viva, la presente, como soberana. De esta manera, si la nación es la soberana y por tanto solo en ella se deposita la voluntad general, los representantes que integran el legislativo, si bien son elegidos por el pueblo, no representan a este sino a la nación, por lo que solo la nación podría revocarles el mandato, pero esto, realmente, no es posible (¿cómo haría tal cosa la nación si, según la interpretación tradicional, es más una entealequia socio-política?).

Pero ya sea con Rousseau, padre de la soberanía popular según esta interpretación, o con Sieyès, promotor de la soberanía nacional, el Estado es, en últimas, el que recibe la soberanía y la ejerce para su principal cometi-

⁵⁴ También: Garriga, Carlos, “Legislación y códigos”, en Lorente, Marta y Vallejo, Jesús (Coords.), *Manual de Historia del Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 407-449 (en especial, pp. 407-410).

⁵⁵ Una cosa es la interpretación histórica o tradicional que se hace sobre un autor o una escuela, y otra es lo que dice realmente dicho autor o escuela. Quien lea directamente “El Tercer Estado” de Sieyès se preguntará si es correcta la interpretación histórica que hace ver a esta obra, más panfletaria que “El contrato social”, como la fuente de la soberanía nacional. Al respecto, ver, por ejemplo: Chevallier, Jean-Jacques, *Las grandes obras políticas: Desde Maquiavelo hasta nuestros días*, Bogotá, Temis, 1997, pp. 163-172. Gaviria, Carlos, “¿Qué es el Tercer Estado? De Sieyès y el constitucionalismo colombiano”, *Revista Estudios Políticos*, Medellín, Universidad de Antioquia, núm. 1, 1992, pp. 29-33. Pero sea cierta o no dicha interpretación, ya ha hecho carrera que Sieyès confronta el modelo soberano de Rousseau, lo que puede verse, claramente, en el -ya clásico- trabajo de SÁCHICA (Sáchica, Luis Carlos, *Esquema para una teoría del poder constituyente*, 2ª ed, Bogotá, Temis, 1985), aunque este autor considera que la visión tradicional, de talante eurocéntrica, se quedó corta para explicar el poder constituyente hispanoamericano.

Finalmente, consideramos que la visión tradicional también se ha quedado atrás al reducir las teorías de la soberanía a Rousseau y Sieyès. Ha faltado, por ejemplo, la teoría de la soberanía nacional-estatal de Vattel [1714-1767], que fue, según Armitage, uno de los mayores fundamentos para la independencia y la construcción de Estado en los Estados Unidos (Armitage, David, *The declaration of Independence: A global History*, Cambridge, Harvard University Press, 2007).

do: crear normas generales, impersonales y abstractas para todos los individuos, garantizando así la libertad (pues al aclararse la órbita de lo que puedo y no puedo hacer, se podrá ser libre sin temor a la represalia), la igualdad formal (en tanto las normas son iguales para todos, se eliminan las jerarquías estamentales del Antiguo Régimen: un solo derecho y una sola jurisdicción para todos) y la fraternidad (pues en la medida que todos conozcan las normas se sabrá hasta dónde puedo actuar sin transgredir los derechos del otro, surgiendo la hermandad en pos de la realización de la voluntad general). Y estas normas, siendo esto el *quid* del asunto, se constituyen en la razón que, a su vez, gobierna la voluntad del pueblo o de la nación, representada en el Estado, por lo que este, a pesar de ser soberano, estará siempre limitado en tanto solo puede actuar si el derecho se lo permite. El Estado, si bien es soberano, se encontraría limitado en tanto es de derecho. De esta forma, con una visión restrictiva del derecho —exégesis—, se tendrían varios efectos políticos: i) el Estado, que representa generalmente los intereses de las mayorías (y por tanto, sometido al querer-verdad del mayor número de personas “racionales”)⁵⁶ pues estas, por su contrato-mandato determinan la composición especialmente del poder legislativo, quedaría controlado a beneficio de los derechos que el mismo Estado entrega mediante normas generales; ii) se prescinde paulatinamente de una justificación iusnaturalista para la protección de los derechos en la medida que es la misma norma positiva la que limita al Estado; iii) se instaura un control de la administración y del propio juez (aunque no del legislador pues este recibe la soberanía)⁵⁷ para garantizar por parte de estos —proclives en su momento a la defensa de la aristocracia— su sumisión a la norma soberana fruto de la voluntad general y por ende la realización del ideario político del Estado de derecho como forma de resolver la tensión entre voluntad (del Estado, de las mayorías) con la razón (las libertades fundamentales en particular y el derecho en general), lo que explica, por demás, el apoyo que la exégesis recibió con ocasión de la reforma universitaria

⁵⁶ No olvidemos que estamos en momento en que se considera más razonable creer en la “verdad” sostenida por muchos que en la sostenida por pocos. No en balde, el propio Aristóteles señaló que los hombres tienen una tendencia natural a la verdad que alcanzan en muchas ocasiones, por lo que una verdad compartida siempre tendrá un mayor peso retórico y demostrativo que un juicio rechazado por muchos. Cfr. Aristóteles, *La retórica*, trad. de Alberto Bernabé, Madrid, Alianza, 1998, p. 49 (I, 1, 1355a).

⁵⁷ Sobre la historia de la responsabilidad y de los controles del Estado y sus ramas, véase: Martínez, *De responsabilitate, op. cit.*, nota 46, pp. 9-51.

napoleónica;⁵⁸ y iv) se estructura una dualidad Estado-sociedad, donde el primero, a partir de lo jurídico, desea formar al segundo, en pos de valores como el patriarcado, la familia y la propiedad privada, entre los más importantes.

Como ya podemos intuirlo, estas propuestas, que van más allá de lo jurídico y defendidas, en diferentes intensidades, por personajes tan variados –y varios de ellos declarados iusnaturalistas– como *Pothier* [1699-1772], *Portalis* [1746-1807], *Delvincourt* [1762-1831],⁵⁹ *Toullier* [1752-1835], *Rogron* [1793-1871], *Demolombe* [1804-1887], entre otros, se autodebilitaron porque estaban basadas, especialmente, en un modelo de autolimitación del Estado, en tanto que las normas que lo controlaban eran producidas por él mismo. ¿Es viable moral y políticamente un modelo donde el que recibe la soberanía, el máximo poder, se autolimitará para no abusar de él? Además, habría que sumar que en siglo XIX, gracias, entre otros, a los filósofos idealistas alemanes, el concepto de “pueblo” evolucionó de una concepción voluntarista-contractual a una histórico-romántica, superán-dose de alguna manera la supuesta oposición entre estos dos modelos, lo que terminó debilitando todo contrapoder al Estado en la medida que el pueblo ya no era concebido como una parte del contrato social con derechos y obligaciones frutos de su voluntad, sino como una entelequia histórica llena de leyendas y mitos fundadores, moldeable por el poder público, en especial por el Ejecutivo y su Administración.⁶⁰ Pero este crecimiento del Estado, a costa de un pueblo-sociedad debilitado, pudo haberse controlado si los legislativos hubiesen asumido esa función mediadora y moderadora de la voluntad de las mayorías y del sistema político, y si hubiesen sido los baluartes de la racionalidad y de la moralidad tal como los ilustrados desearon, cosa que en realidad no sucedió y, tal vez, no

⁵⁸ Asunto que se enuncia en: Botero, Andrés, “Un marco de comprensión del avance de la investigación jurídica en Colombia”, *Academia*, Argentina, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Año 5, núm. 10, 2007, pp. 35-70.

⁵⁹ Considerado, por muchos, como el verdadero fundador de la Escuela, gracias especialmente a lo que expresa en el “Avertissement” sobre la forma en que debía enseñarse el derecho civil (con total apego a la letra de la ley): Delvincourt, Claude Etienne, *Institutes de droit civil français*, Paris, P. Gueffier, 1808. Aunque ya en el desarrollo de su trabajo aligera su afirmación al valorar la actividad del jurista, quien con base en los principios, corrige y completa el derecho.

⁶⁰ Gaviria, Carlos, *op. cit.*, nota 55, pp. 31-33; Garriga, Carlos, *op. cit.*, nota 54, pp. 408-418.

podía suceder. Agréguese que la hipercentralidad de la ley general, en especial de los códigos,⁶¹ lograría un formalismo jurídico que, con el paso del tiempo, generó, entre otros, tres efectos peligrosos: desconocimiento de las circunstancias concretas de cada caso, de cada conflicto; una rápida obsolescencia de las normas positivas que exigía un legislador acucioso en la actualización de las mismas, asunto que no se dio al nivel que se requería; una concentración del poder, gracias al derecho, en el Estado, en general, y en el Ejecutivo, con el paso del tiempo, en particular.⁶²

Entonces, ya es posible ir sacando algunas conclusiones, aunque sean parciales y, obviamente, aceptando que partimos, como es normal en los textos docentes, de generalidades, máxime la gran variedad de autores y los diversos momentos en que escribieron: i) La exégesis fue un nombre dado por la doctrina antiformalista francesa, muy *a posteriori*, a un grupo de juristas, fundamentalmente franceses, que durante el siglo XIX se centraron en la interpretación del código civil y defendieron el legicentrismo y el estatismo, aunque entre ellos existiesen profundas diferencias teóricas y prácticas. ii) Este nombre de exégesis surgió, especialmente, de cierto paralelismo que los antiformalistas quisieron poner en evidencia entre aquella escuela formalista francesa con la exégesis teológico-católica dominante en aquel entonces, esta última contraria a la hermenéutica protestante alemana. Así, la exégesis jurídica entronizaba al Estado y a sus normas de forma similar a como eran entronizados Dios y la Biblia por la interpretación católica. Esta relación, a su vez, pudo evidenciarse con la ritualidad, casi religiosa, que rodeaba la entrada del código en las clases universitarias o con la terminología sacralizada usada por el exégeta que reflejaba su sumisión ante la ley válida. Sin embargo, es exagerado creer que la actividad del exégeta era sólo comentar, puesto como ya lo mencionaremos, el jurista formalista consideró que su papel implicaba, en muchos casos, ir más allá del texto

⁶¹ La ley era entendida, fundamentalmente, en dos vías, como derecho de policía (ley administrativa) y como codificación (ley-código). La exégesis defendió la hipercentralidad de la ley en ambos sentidos, pero las estrategias de consolidación de una y otra variaron. Por tanto, la actitud del exégeta y del liberal decimonónico frente al código civil, por dar un ejemplo, no fue la misma frente a los asuntos de la administración pública. En este último caso, defendían, por decir algo, una mayor rotación, mutación y flexibilización normativa, pues los pormenores de la administración variaban según el espacio y el tiempo. Al respecto, ver: Simon, Thomas, “¿Qué es y para qué sirve la legislación?”, trad. de Andrea Macía, *Universitas*, Bogotá, Colombia, núm. 119, 2009, pp. 371-394.

⁶² Sobre cómo el Ejecutivo cooptó al Legislativo (por ejemplo, gracias a la dificultad de diferenciar claramente la ley del reglamento), véase: Garriga, Carlos, *op. cit.*, nota 54, pp. 413-418. Igualmente: nota 47.

para armonizar, en un sistema interpretativo reglado, la norma legislada (ver la nota de pie de página 96). iii) La exégesis estaba articulada, inicialmente, a una teoría estatal del derecho, en este caso, al Estado liberal de derecho, más que a una teoría tiránica unipersonal, aunque en el fondo pudo abrir camino a una tiranía de la mayoría si esta se radicalizaba en sus opiniones o terminaba por identificarse con líderes mesiánicos; pero esto último ¿hasta qué punto es responsabilidad directa de la exégesis, en especial, y del positivismo, en general?⁶³ iv) La exégesis fue hija legítima del iusnaturalismo ilustrado por lo que no es posible, en modo alguno, pretender que haya oposiciones radicales entre una y otro; esto queda claro cuando se observan, en las páginas iniciales de las obras de la mayoría de los exégetas (especialmente de los fundadores), las alusiones constantes al derecho natural, incluso al escolástico, aunque en dichas obras, al momento de plantear sus soluciones jurídicas a una institución en concreto, predomina, progresivamente, el modelo positivista. v) La exégesis, en cuanto discurso, fue legicentrista en el plano jurídico (hipercentralidad de la ley-código dentro del derecho,⁶⁴ aunque dicha centralidad no implicó, como la leyenda negra cree, la exclusión de otras fuentes como la doctrinaria),⁶⁵ estatista en lo político (con alguna posible simpatía hacia la democracia representativa),⁶⁶ y burguesa en lo socio-económico (al ayudar a romper los moldes político-económicos previos y al colaborar en la cimentación de los nuevos).⁶⁷ vi) Sin embargo, una vez cimentado el poder del Estado, si este se convierte en un régimen totalitario (especialmente si este es producto y expresión del querer de las mayorías), la exégesis podría constituirse en una

⁶³ Incluso, ¿podría pensarse en una propuesta jurídica donde se descarte, de plano, la tragedia que supone el choque entre lo que el derecho ordena con lo que creemos el derecho debería ordenar? Ni siquiera en épocas de iusnaturalismo dicha oposición pudo eliminarse, antes bien, se acrecentaba por la vaguedad de lo que se entendía ordenaba el propio derecho natural. Por ejemplo, ¿no podría fundarse la postura de Creonte, en la tragedia de Antígona, con argumentos de derecho natural?

⁶⁴ Simon, Thomas, *op. cit.*, nota 61. Garriga, Carlos, *op. cit.*, nota 54.

⁶⁵ Ver: Hespanha, Antonio Manuel, “Tomando la historia en serio. Los exégetas según ellos mismos”, trad. Andrés Botero, *Forum*, Universidad Nacional Sede Medellín, núm. 3, 2012; pp. 13-52. Este texto es una traducción de la ponencia presentada por el autor portugués en el “V Congresso Brasileiro de História do Direito: As formas do direito, ordem, razão, decisão”, realizado entre 29 agosto y 02 de septiembre de 2011, en Curitiba, Brasil.

⁶⁶ Cosa que ya dijo Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 16, pp. 46-49 y 51-55.

⁶⁷ Cfr. Marí, Enrique E. “La interpretación de la ley. Análisis histórico de la escuela exegética y su nexa con el proceso codificador de la modernidad”, en Marí, Enrique E., *et al.*, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, pp. 163-207.

estrategia de dominación⁶⁸ (aunada a las concepciones metafísicas y absolutistas que sustentan el discurso totalitario), lo que explicaría, en alguna medida, la mirada negativa que en la actualidad se sigue dando en torno a esta escuela y, peor aún, la continua y muy equivocada concepción que suele atribuir los peligros de la exégesis a todo positivismo. vii) La exégesis, en tanto legicentrista y estatalista, conllevó, igualmente, una visión de lo que debería ser el discurso académico-universitario del derecho (pero este ideal no se logró plenamente, puesto que en las facultades de jurisprudencia existieron, a la par del exégeta, profesores que criticaron el modelo, especialmente en la segunda mitad del siglo XIX): la reproducción (no necesariamente pasiva) de la norma en tanto que el profesor de Derecho debe, con su inteligencia, desentrañar el sentido sabio y racional de la norma soberana para permitir su adecuada aplicación sin menoscabar su letra, su literalidad, lo que, por demás, supone que en la exégesis, el jurista – como doctrinario y como juez letrado – siempre se concibió, en la práctica, a pesar de las diferentes normas decimonónicas que prohibían o limitaban la interpretación, como intérprete autorizado de la voluntad de la ley, que reemplazó a la voluntad general. viii) La exégesis dio un impulso crucial para la juridificación del derecho, esto es, que el derecho pasó a ser propiedad de un discurso-saber-experto: el de los abogados, de manera tal que este ya no es un atributo de las cosas, de las necesidades del hombre, ni de las comunidades, sino que es un discurso progresivamente técnico elaborado por juristas para interpretación de los mismos; se logró así la instauración definitiva del abogado como intermediario necesario entre la ley y la sociedad (lo que implicó, por demás, una pérdida progresiva del valor simbólico tanto del juez-lego como de los jurados-ciudadanos, en tanto se les consideraba poco idóneos para comprender y, por ende, aplicar el derecho positivo).

Por último, es importante señalar, aunque no podamos dedicarle mayor tiempo, que una cosa fue la exégesis como teoría o ideal regulativo, otra diferente fue el discurso elaborado tradicionalmente sobre la exégesis (donde encontramos la leyenda negra que de dicha escuela se ha elaborado) y otra bien distinta la forma como circuló efectivamente dicho discurso en diversos entornos jurídico-políticos prácticos. Nos referimos, pues, a la distancia que hay entre el discurso de un autor o de una escuela con la forma

⁶⁸ Los que nos remite a los estudios sobre cómo el derecho (en especial el penal) se convierte, en la modernidad, en un sistema de dominación (es decir, como panóptico socio-político). Entre ellos: Foucault, Michel, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión* (1975), trad. de Aurelio Garzón, México, Siglo Veintiuno Editores, 1976.

como dicho discurso circula y afecta la realidad del derecho (verbigracia, los procesos judiciales, la enseñanza del Derecho o la forma como se crean las normas por parte del Estado). Pues bien, como todos sabemos, generalmente la pureza del discurso disminuye ante la necesidad de adaptarlo a las circunstancias del momento. En este sentido, y refiriéndonos a la exégesis, se tendrían que hacer, incluso en la propia Francia, varios matices sobre cómo se concibieron a sí mismos los exégetas o la real influencia que dicha escuela ejerció en la academia, en el Estado y en los jueces, lo que daría por resultado denunciar muchas exageraciones (aunque puedan tener algo de realidad) que encontramos en la leyenda negra, la cual fue creada fundamentalmente con ocasión de la crisis de la (credibilidad de la) ley, como principal fuente de derecho, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX.⁶⁹ ¿Y por qué esta leyenda negra que dista de lo que realmente dijo la exégesis? Porque la historia que se hace no está exenta de las ideologías políticas, tanto de la época sobre la que se escribe como de la época de quien escribe, lo que obliga a un buen historiador de la filosofía del derecho a estar atento a todo lo que hace para reducir así las posibilidades de trasladar al pasado prejuicios propios o ajenos.⁷⁰

Además, no puede creerse que la exégesis fue un movimiento exclusivamente francés, pero sí habría que reconocer que su recepción en otros contextos implicó una transformación del ideal regulativo. Fue el caso de América Latina que al recibir la exégesis, justo en momentos de codificación (Bello [1781-1865] en Chile, Freitas [1816-1883] en Brasil y Vélez Sársfield [1800-1875] en Argentina), esta tuvo que hacerle concesiones (sin juzgar aquí si fueron debidas o no) a las tradiciones jurídicas previas a la Independencia, a la escolástica y a las escuelas alemanas antiexégetas, algo que ha sido conocido como *formalismo jurídico latinoamericano*.⁷¹ De esta manera, la exégesis circuló mundialmente, pero siempre con matices que no pueden perderse de vista.

⁶⁹ Al respecto, véase: Hespanha, Antonio, *op. cit.*, nota 65.

⁷⁰ Obligación en la que insiste el maestro florentino al momento de analizar el uso anacrónico que, desde la academia, se le ha dado al término Estado: Grossi, Paolo, *Derecho, Sociedad, Estado: una recuperación para el derecho*, trad. de Ramón Narváez, México, Escuela Libre de Derecho, Colegio de Michoacán y Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2004, pp. 15-33.

⁷¹ Asunto que analiza muy bien López, Diego, *La teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Universidad de los Andes, Legis y Universidad Nacional de Colombia, 2004, pp. 129-233. López, Diego, *La letra y el espíritu de la ley*, Bogotá, Universidad de los Andes y Temis, 2008, pp. 1-42.

IV. LAS ESCUELAS DE JURISPRUDENCIA ALEMANAS Y LA REACCIÓN ANTI-FORMALISTA FRANCESA

La exégesis no solo decayó por problemas históricos y sociales ya vistos, sino también por la presión ejercida por la reacción alemana. Resulta que durante el siglo XIX alemán surgieron varias escuelas, entrelazadas entre sí por las redes de profesor-discípulo, de colegas, que surgieron con ocasión del modelo universitario adoptado en dicho país.⁷² En primer lugar, como reacción al modelo profesionalizante en términos generales y exegético en concreto para las facultades de jurisprudencia, modelo planteado en la universidad napoleónica,⁷³ se sugirió en tierras germanas la imperiosa necesidad de una universidad científica, esto es, para lo que nos atañe (las facultades de derecho), un modelo universitario donde derecho antes que norma positiva era el discurso de los profesores encaminados especialmente a la construcción de un código civil según el *espíritu del pueblo alemán* o *Volksgeist*.⁷⁴ Esto suponía, pues, que mientras en Francia las facultades de jurisprudencia giraban en torno a los códigos previamente creados por el sistema político (primero la ley y luego el discurso académico), en Alemania se consideró que los códigos no debían ser previos sino posteriores a la actividad académica (primero el discurso académico de los profesores y luego la ley codificada), de forma tal que, el discurso jurídico-científico autónomo, que tiene más que nada su cuna en las facultades de derecho decimonónicas germanas⁷⁵, tendría fines políticos claros: la creación de una unidad

⁷² Algunas explicaciones sobre cómo el discurso científico del derecho no puede ser entendido por fuera de los modelos universitarios decimonónicos, en Botero, Andrés, *op. cit.*, nota 58.

⁷³ Sobre los modelos universitarios, Borrero, Alfonso, *La universidad desde 1800 hasta 1945. Los modelos universitarios. Simposio Permanente sobre la Universidad: XIX Seminario General Nacional*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

⁷⁴ Este concepto ya existía en el medio culto alemán, pero que Savigny [1779-1861] llevó con gran impacto al mundo jurídico, considerando que el derecho debe obedecer a una historia que liga a las generaciones transmitiendo una conciencia común del pueblo alemán que debe determinar cualquier intento codificadorio. Al respecto, Savigny, Friedrich Karl von, *Sistema del Derecho romano actual* (1839), trad. del alemán por Ch. Guenoux y vertido al español por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Granada, Comares, 2005.

⁷⁵ Bueno, con fuertes reinterpretaciones de la tradición humanista-romanista. Sugerimos para entender el sustrato interpretativo de la naciente ciencia del derecho alemana, la lectura de: Tuori, Kaius, *Ancient roman lawyers and modern legal ideals: Studies on the impact of contemporary concerns in the interpretation of ancient Roman legal history*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2007. Igualmente, sobre la re-construcción del derecho romano que se hizo en el siglo XIX, ver: Morales de Setién Ravina, Carlos, “La invención del derecho privado moderno”, en

jurídica en pos de una construcción nacionalista-germana emulando para ello el molde de los “grandes sistemas” propio de los filósofos modernos (como Kant [1724-1804] o Hegel [1770-1831], entre otros). En segundo lugar, esto llevó a que la universidad alemana, que puede ser comprendida si se le ve como fruto de la tensión con el modelo francés, incentivara la ciencia del derecho, pero, al momento de interpretar qué era ciencia jurídica las diferentes escuelas variaban de criterios. En tercer lugar, estas escuelas surgieron, por su propia especificidad, como un modelo anti-exégeta, reivindicando una nueva manera de comprender el derecho romano (*mos germanicus*), pero esto no impidió que en ciertos contextos, como el latinoamericano, influyeran en los procesos codificatorios. Piénsese, por ejemplo, en la fuerte influencia de Savigny [1779-1861] así como de Ihering [1818-1892], por mencionar dos casos, en Bello,⁷⁶ Freitas⁷⁷ y Vélez,⁷⁸ que produjo así esa mixtura de la que ya hablamos, conocida por muchos como *formalismo jurídico latinoamericano*, fruto del eclecticismo cultural que lleva a que ingredientes viejos se mezclen con nuevos generando una gran variedad de

Monateri, P.G y Geoffrey, Samuel, *La invención del derecho privado (Estudio preliminar de Carlos Morales de Setién Ravina)*, Bogotá, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana y Siglo del Hombre editores, 2006, pp. 15-93.

Sobre la concepción de ciencia del derecho en Savigny, que articula al modelo universitario alemán, véase su obra -justo en momentos en que era actor fundamental en la consolidación de la naciente Universidad de Berlín-: Savigny, Friedrich Karl von, *Metodología jurídica (1815)*, trad. de J.J. Santa-Pinter, Buenos Aires, Depalma, 1979. Igualmente: Vilches Fuentes, Hugo, “Notas biográficas y obra de Friedrich Karl von Savigny. Una mirada al fundador de la escuela histórica del derecho”, *Corpus Iuris Regionis*, Iquique, Chile, 11, 2011, pp. 257-288.

⁷⁶ El eclecticismo en las fuentes usadas por Andrés Bello para su código civil chileno de 1855 (que logró una gran trascendencia en Suramérica) está analizado y documentado en: Guzmán Brito, Alejandro, *Andrés Bello codificador: Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile. Tomo I*, Santiago de Chile, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982, pp. 254-263 y 413-431.

⁷⁷ Muy claro en este sentido Rabinovich-Berkman, Ricardo, *Un viaje por la historia del derecho*, Buenos Aires, Quorum, 2002, pp. 284-286.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 286-289. Incluso este autor analiza los tres grandes movimientos codificatorios suramericanos en el siglo XIX, unidos por sus fuentes (entre ellas las obras de Savigny), para concluir que hay más elementos que los une si se compara con los que los separan, dando lugar así a un sistema jurídico más o menos común en este subcontinente a finales del XIX y principios del XX. Rabinovich-Berkman, Ricardo, *Principios generales del derecho latinoamericano*, Buenos Aires, Astrea, 2006, pp. 209-216. Sobre el proceso de codificación en Argentina, y su relación con el resto de América, ver: Tau, Víctor, *La codificación en la Argentina (1810-1870): Mentalidad social e ideas jurídicas*, 2ª ed., Buenos Aires, Librería Histórica, 2008, especialmente pp. 275-283 y 357-368.

sabores, algunos buenos y otros no tanto. En cuarto lugar, es difícil considerar a estas escuelas como positivistas en su sentido más estricto, puesto que en ellas abundan alusiones a un derecho natural o a la justicia, así como construcciones de gran valor político que le hacen decir a Kelsen que estas posturas, por su marcado nacionalismo y por sus ideas políticas de lo que debe ser el derecho, no son propias de un positivismo puro⁷⁹. Sin embargo, no pueden pasarse por alto, en tanto que constituyen la base del discurso científico-jurídico moderno, lo cual tuvo una clara repercusión, como era de esperarse, en el positivismo metodológico. Claro está que, a pesar de estos aspectos, es común encontrar igualmente referencias de esos mismos autores frente a una teoría positivista alemana y, ya ha hecho carrera en el plano académico, considerarlos como movimientos positivistas (por su particular defensa de un modelo científico-jurídico) pero anti-formalistas. Igualmente, siguen siendo posturas profundamente asociadas a una teoría del Estado, en tanto este es la concreción del espíritu del pueblo alemán, es decir, una realización (incluso idealista en el pensamiento ilustrado germano, con Hegel como su máximo representante)⁸⁰ de una nación que se consideraba con el derecho incluso de ser la pedagoga del mundo.

Ahora bien, estas escuelas las podemos resumir de la siguiente manera.⁸¹ La primera de ellas fue la escuela histórica, movimiento romántico, antiliberal y positivista-científico, cuyo máximo exponente fue justo uno de los iniciadores del *mos germanicus* y de la pandectística, Savigny, quien consideraba que el derecho de cada Estado-nación debía responder a su propio espíritu (de ahí su romanticismo), de manera tal que el Código Civil napoleónico de 1804, fruto del odiado ideario revolucionario (donde ubicamos su antiliberalismo), no podría ser recibido en Alemania en tanto que no respondía al espíritu del pueblo alemán. En consecuencia, para poder con-

⁷⁹ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, p. 15 (I, 1).

⁸⁰ Para entender cómo el “espíritu” (según la interpretación hegeliana que no dejó de tener efectos en la visión de “espíritu del pueblo” de la Escuela Histórica) se desenvuelve dentro del “Estado”, ver: Hegel, Guillermo Federico, *Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho. Introducción de Carlos Marx (1844)*, 2ª. ed., trad. de Angélica Mendoza, Buenos Aires, Claridad, 1939. Esta versión es la que más ha circulado en los ámbitos académicos latinoamericanos (su primera edición data de 1937). Sin embargo, no es traducción directa del alemán.

⁸¹ Una exposición para efectos estrictamente pedagógicos, puede encontrarse en: Blanco González, Antonio, “El positivismo jurídico. Las doctrinas anti-formalistas”, en Blanco González, Antonio, et. al., *Filosofía del derecho. Las concepciones jurídicas a través de la historia*, 2a. ed., Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000, pp. 195-205. Igualmente, Restrepo, John Fernando, “Escuelas jurídicas del siglo XIX”, en Botero, Andrés (Coord.), *Filosofía del derecho*, Medellín, Universidad de Medellín, 2012, pp. 161-186.

tar con un código civil sería necesario, antes que nada, descubrir en la historia el espíritu del pueblo germano, todo con el fin de poder plantearle normas jurídicas positivas que le sean adecuadas. Una forma de acceder a este espíritu sería por medio del saber erudito y autorizado de los profesores (esto es, mediante el positivismo científico), quienes debían indagar en la historia, en especial, por medio del profundo conocimiento de los dos baluartes sobre los que el alemán creía que se fundamentaba su papel preponderante en la política europea: a) una supuesta pureza étnica (estamos en épocas de teorías de la raza aplicadas a todo tipo de discursos y de construcción de una identidad nacional a partir de la mitología germana) que daba energías sin límite para cualquier empresa, y b) una particular asimilación de la cultura –jurídica– latina y de la cultura –filosófica– griega.⁸² Por tanto, el naciente discurso científico del derecho debía conocer la historia de la cultura jurídica alemana (lo que obliga a remontarse de nuevo al derecho romano, a retornar a las fuentes que habían sido silenciadas o, peor aún, interpretadas por fuera del nuevo canon, por parte del *mos italicus* y del *mos gallicus*), para poder, en un futuro de acumulación de conocimientos, proponer corpus normativos acordes con dicho espíritu y con la plena logicidad que debe gozar el sistema jurídico (no olvidemos que Savigny es, también, un defensor del derecho entendido como un sistema lógico y armónico; estamos en épocas donde los pensadores buscaban exponer sus ideas como grandes sistemas omnicomprendivos). De esta forma, Savigny jugó un rol fundamental no solo en la reinterpretación del derecho romano como sistema-base del discurso científico y del futuro derecho privado, sino que, además, sus conceptos jurídicos atravesaron el Atlántico, como ya lo dijimos al momento de hablar de los procesos codificatorios suramericanos, llegando a ser considerados como dogmas imprescindibles para una ade-

⁸² Contamos con un buen trabajo de Vano donde se explica, por ejemplo, cómo operaba, bajo la férrea dirección de Savigny, la escuela histórica justo en su labor de “reconstruir” (o, incluso, de “construir”) las fuentes jurídico-romanas para permitir hacer sobre ellas ciencia del derecho. Resalta la autora, entre otras cosas, la forma articulada en la que trabajaba esta red de agentes-profesores en su tarea (re)constructiva, sabiendo ellos que se trataba de un proyecto de largo aliento, y el afán editorial de dicha Escuela. Vano, Cristina, “Las Novelas y la escuela. Vida de textos y biografía (colectiva) de la *Historische Rechtsschule*”, en Conde, Esteban (ed.), *Vidas por el Derecho*, Madrid, Carlos III de Madrid, 2012, pp. 243-261 (disponible en Internet: <http://hdl.handle.net/10016/13565>, consultado el 02-03-2012). Otros datos en: Vilches, Hugo, *op. cit.*, nota 75. Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad., Marcelino Rodríguez, 2ª ed. española de la 4ª ed. alemana, Barcelona, Ariel, 1980, pp. 31-38.

cuada hermenéutica del derecho civil. Igualmente, encontramos en esta escuela a juristas tales como Zachariae *von Lingenthal* [1769-1843], quien tuvo gran interés por el Código Civil francés, Biener [1787-1861] y Wenck [1796-1828], entre otros.

Claro está que la propuesta de Savigny encontró serias oposiciones, la más relevante de las cuales fue la planteada por Thibaut [1772-1840]. Este último sostuvo, esencialmente, el progresismo democrático-representativo contra la visión romántico-conservadora alemana defendida por el padre de la escuela histórica. Thibaut criticó con fuerza a la tradición romanista-iusnaturalista en especial porque la creía poco interesante para los litigantes e improductiva para el derecho que se requería en el siglo XIX. De esta manera, propuso, de un lado, la existencia de un código civil que tomase lo que le sirviera de códigos previos, como el francés, pero sugirió, al mismo tiempo, que dicho código incluyese en su texto tanto las normas sustantivas como las procesales; esta codificación, pensaba, ayudaría a la unificación, tanto jurídica como política, de Alemania. Del otro lado, planteó la supremacía del legislador al momento de establecerse qué es derecho y, en especial, al momento de promulgarse un código. Savigny, en cambio, como ya lo dijimos, desconfiaba del código francés y, especialmente, de su metodología política de creación, por lo que sostuvo la primacía del profesor-científico sobre el legislador mismo, pues era aquel el que debía desentrañar el espíritu del pueblo que determinaría lo justo de la cultura alemana y, por ende, lo que debía establecerse en dicho contexto como derecho o como código.⁸³

A la escuela histórica le siguió la jurisprudencia de conceptos. En primer lugar, en el mundo jurídico hispanoamericano se presenta una polivalencia del término “jurisprudencia” que hace llegar a conclusiones erradas para quien no es consciente de dicho aspecto. El concepto antiguo de jurisprudencia (*prudentia iuris*), fruto de una interpretación casi mítica del *ius respondendi* del que gozaban los jurisconsultos romanos,⁸⁴ se reconfiguró en pleno siglo XIX como el derecho a una disciplina científico-jurídica autónoma, de manera tal con el nombre de “jurisprudencia” se designó al naciente discurso científico-universitario del derecho. Así, jurisprudencia de conceptos, también conocida en el plano de la historia de las escuelas jurídicas

⁸³ Igualmente, debatieron en torno a otros temas, como el concepto mismo de ciencia del derecho. En fin, no puede dejarse de consultar: Thibaut, Anton Friedrich y Savigny, Friedrich Karl von, *La codificación: una controversia programática basada en sus obras*, trad. de José Díaz, Madrid, Aguilar, 1970.

⁸⁴ Tuori, Kaius, *op. cit.*, nota 75, pp. 181-194.

como dogmática, sería el discurso científico que consideraba que la principal labor del académico era la formulación (o mejor: el descubrimiento) de los conceptos, de los dogmas básicos sobre los que se cimentaría, en un futuro, el derecho alemán y se diferenciaría esta ciencia de otras similares, lo que explica su aplicación del método lógico-deductivo, aunado al modelo hermenéutico que fue tomado por los juristas al ver los avances de éste en facultades y disciplinas afines (filosofía, teología e historia).⁸⁵

Dicho con otras palabras, el derecho fue concebido por esta escuela como una unidad lógico-formal y plena (no hay un caso que no pueda ser decidido desde lo jurídico), que va desde lo general hasta lo particular, de manera tal que los conceptos abstractos y generalismos, presentes en la historia y descubiertos por el científico, permiten subsumir y resolver los casos concretos. El derecho se presenta pues como un organismo o máquina lógica, de manera tal que sólo puede ser estudiado desde parámetros igualmente lógicos, de un lado, y que esta misma esencia ordenada (de lo general a lo especial) da lugar, por medio de la deducción, a presuponer las nuevas normas que se entienden propias del organismo, del otro.

Reiteramos que esta postura no choca, para la mayoría de sus autores, con el concepto de historia tan querido por la Escuela Histórica: el pasado garantiza la sabiduría del derecho, en la medida que la historia es, también, desentrañable por la razón formal. Entre sus mayores representantes tenemos a Puchta [1798-1846], Windscheid [1817-1892] y a Ihering [1818-

⁸⁵ Sintetizando, ante la exigencia de ser científico propia del discurso académico-universitario alemán del XIX, las facultades de filosofía-historia (especialmente con Droysen [1808-1884] y Dilthey [1833-1911], entre otros), teología (con Schleiermacher [1768-1834], por mencionar un nombre) y derecho (en alguna medida con Savigny pero ya más claro con sus discípulos), plantearon como salida metodológica la hermenéutica, lo que les permitiría adquirir el estatus de ciencia sin necesidad de equipararse con las ciencias naturales que partían de metodologías más experimentales. Sobre la historia de la hermenéutica en el campo científico alemán del siglo XIX, nada mejor que: Wright, Georg Henrik von, *Explicación y Comprensión* (1971), Madrid, Alianza Universidad, 1997. En el campo filosófico: Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método, I* (1975), 7ª. ed., trad. de Ana Agud y Rafael de Agapito, Salamanca, Sígueme, 1997, pp. 225-330. En el campo jurídico, aún faltan mayores estudios sobre la forma en que se apropió la jurisprudencia (entendida como discurso científico-jurídico) de la hermenéutica, pero, por el momento, puede rastrearse algo al respecto en: Londoño García, Carlos Andrés, “La hermenéutica gadameriana en el ámbito interpretativo jurídico”, *Ambiente Jurídico*, Universidad de Manizales, Num. 11, 2009, pp. 147-175; Botero, Andrés, “El modelo investigativo en la hermenéutica gadameriana”, *Uni-pluri/versidad*, Vol. 1, núm. 3 (2001), pp. 65 – 77; Botero, Andrés, *op. cit.*, nota 58; Marí, Enrique, *op. cit.*, nota 67, pp. 163-173.

1892], aunque este último, ya maduró, se enfrentaría a esta escuela. No obstante, ya para finalizar con este movimiento, por su énfasis en la formación abstracta de conceptos y por la entronización de la lógica deductiva sobre otros métodos, la jurisprudencia de conceptos fue considerada como formalista (mas no como lo era la exégesis francesa) en tanto hizo del derecho un ejercicio esquemático, metódico y sistemático, pero justo por ello.⁸⁶ De esta manera, bien puede decirse que la jurisprudencia de conceptos es antiformalista pues enfrenta a la exégesis, pero se constituye a sí misma como el representante más fuerte del formalismo positivista alemán.

Fue en este contexto donde ubicamos, justamente, el debate que Kirchmann [1802-1884] planteó en 1847 contra la jurisprudencia al considerar que la dogmática jurídica no cumplía con las características que debe tener cualquier discurso para ser ciencia,⁸⁷ esto es, la formulación de leyes universales, el estudio sobre objetos inamovibles y el uso del método experimental.⁸⁸ Pero, en el fondo, está la crítica de este jurista alemán a la poca practicidad y pertinencia social de un discurso abstracto, progresivamente tecnicista, más enfocado en la revisión de bibliotecas y en la erudición que en las indagaciones de los intereses sociales. Claro está que aquel famoso debate planteado por Kirchmann no solo fue contra el discurso cientificista (y dogmático) al interior del derecho, sino también contra la existencia de la profesión misma, asunto que catalogaba como característica de una “sociedad bárbara”. Civilización y progreso estarían asociados a la prohibición de la profesión (y de los científicos) del derecho, pues se permitiría así que el ciudadano y el pueblo accedieran directamente a la ley, en un sentido amplio, para la defensa de sus propios derechos. Es por esto que hoy día, los mayores críticos del derecho como saber-experto se fundan, consciente o inconscientemente, en Kirchmann,⁸⁹ quien, a su vez, podría ser visto como

⁸⁶ Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. Marcelino Rodríguez, 2ª ed. española de la 4ª ed. alemana, Barcelona, Ariel, 1980. p. 44.

⁸⁷ Debate muy citado aunque pocas veces bien leído, tal como lo afirma: Ross, Alf, *Teoría de las fuentes del derecho* (1929), trad. de José Muñoz, Aurelio de Prada y Pablo López, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 266-267.

⁸⁸ Argumentos poco convincentes, puesto que si se tomara como cierto lo dicho por Kirchmann ninguna ciencia (ni siquiera la física) podría tener tal estatuto. Igualmente, es un acto de ingenuidad creer que el sentimiento del pueblo basta para distinguir lo que es bueno de lo que es malo tanto en la moral como en lo jurídico. Al respecto: *Ibidem*, pp. 267-278. Calsamiglia, Alberto, *Introducción a la ciencia jurídica*, 3ª. ed., Barcelona, Ariel, 1990, pp. 45-72.

⁸⁹ Una de las más relevantes y famosas críticas al derecho y a la profesión de los abogados, que en mucho se asemeja a la expresada por Kirchmann en 1847, está en: Bourdieu, Pierre, *op. cit.*, nota 51.

un buen antecesor del funcionalismo sociológico (escuela que comentaremos luego).

Más adelante encontramos la jurisprudencia de intereses, como un movimiento que reacciona contra el formalismo academicista y rechaza la falta de practicidad de la jurisprudencia de conceptos. Esta escuela propone una reconceptualización de lo que debe ser la dogmática;⁹⁰ para ello aprovecha la fortaleza que acumulaban en aquel momento las ciencias del espíritu y encauza, de tal manera, varios reclamos sociales de reformas jurídico-políticas que atiendan las necesidades comunes. De esta forma, plantea que el discurso científico del derecho ya no debe estar anclado en la lógica deductiva, a su vez afinada en un amplio conocimiento del derecho romano (herencia, sin duda alguna, de la escuela histórica), sino en la identificación actual e histórica de las necesidades (intereses) sociales y, particularmente, económicas para propender así a la protección de las aspiraciones y los valores sociales que deben expresarse, con la ayuda del jurista, en la interpretación del derecho. Justo por ello consideraron que la actividad interpretativa es eminentemente creativa. Se trata, pues, de una formulación académica que llevaba al campo jurídico muchos de los planteamientos —muy en boga en dichos momentos— de la nueva ciencia empírica —la sociología—, por lo cual, en cierta medida, la jurisprudencia de intereses es ya una especie de sociología jurídica, todo lo cual explica su rechazo al abstraccionismo de la dogmática y al deduccionismo que suponían el derecho romano y los conceptos abstractos aplicados al Estado-nación alemán. Esta escuela, por sus principios fundadores, tendrá una notable repercusión en la propuesta de entramados normativos que respondiesen a intereses sociales concretos como los servicios públicos y el derecho social (forma en la que se estaba gestando el derecho laboral).⁹¹

⁹⁰ Idea presente en: Ihering, Rudolf von, *La dogmática jurídica*, trad. de Enrique Príncipe y Satorres, Losada, Buenos Aires, 1946. Este texto fue escrito en alemán en 1883.

⁹¹ La historia del derecho laboral parte, de un lado, de la lucha de ciertos juristas para lograr la autonomía de su disciplina jurídica frente al dogmatismo del saber tradicional y frente a los códigos decimonónicos y, del otro, de su resistencia ante el Estado liberal (que hoy día, en pleno siglo XXI, vuelve a aparecer con fuerza), todo con el fin de dar respuestas a necesidades sociales. Esto los hizo ver, en un inicio, como anti-positivistas, si por positivismo entendemos dogmatismo o códigos liberales; pero una vez la ley (social) acogió sus pretensiones de reforma jurídica, pasaron a encuadrarse como defensores de la legalidad y se gestó, incluso, una dogmática laboral. En cierto sentido, esos proto-laboralistas fueron los precursores del siglo XX (el del Estado social y el del contrato de trabajo reglado, que hoy día se encuentran amenazados por el resurgir del liberalismo económico). Cfr. Cazzetta,

Entre sus principales exponentes encontramos a Phillip Heck [1858-1943], Max von Rumelin [1861-1931] y, con primacía, al segundo Ihering. Sobre este último, mucho se ha escrito que su obra de ruptura con el dogmatismo,⁹² escuela en la que militó en sus primeras décadas de labor docente, se debió a la obra *La lucha por el derecho* (1872);⁹³ sin embargo, podríamos dejar mucho más en claro esta ruptura analizando un pequeño cuento de dicho autor alemán denominado *En el cielo de los conceptos jurídicos*⁹⁴ presente en su obra *Jurisprudencia en broma y en serio* (1884), en la que se expone, graciosamente, cómo sería el cielo para los dogmático-romanistas, con juegos de palabras absurdos para las demás almas no privilegiadas y que, en el fondo, plantea lo abstracto (aquí sirve de mucho la metáfora del cielo) del dicho de los dogmáticos, y lo muy complejo y sofisticado, pero poco útil, de sus ejercicios académicos.

Y siguiendo esta línea constructiva, pues una escuela supone metodología y sustancialmente lo dicho por la precedente –aunque sea para negarla–, sigue la jurisprudencia del derecho libre, liderada, entre otros, por Bülow [1837-1907], Ehrlich [1862-1922] y Kantorowicz [1877-1940]. Esta escuela, haciendo una síntesis, planteará un profundo desencanto contra el formalismo (estamos en épocas de la “crisis del derecho” de la que hablamos antes) que había tomado el derecho positivo planteando como solución al mismo una apertura de los textos normativos con expresiones ambiguas que le dieran mayor maniobrabilidad al juez (como buena fe, causa justa, fuerza mayor, abuso del derecho, buen padre de familia, etc.), a la vez que propiciar el relativismo jurídico custodiado por los profesores de jurisprudencia, esperando de esta manera que el derecho positivo se acercara a la realidad por medio de jueces más libres en la aplicación del derecho y de académicos pendientes de las expectativas sociales.

Giovanni, *Estado, juristas y trabajo: itinerarios del derecho del trabajo en el siglo XX*, trad. de Clara Álvarez, Marcial Pons, Madrid, 2010.

⁹² Por ejemplo (que resaltamos por su valor): Larenz, Karl, *op. cit.*, nota 86, pp. 45-48.

⁹³ Contamos con una versión en español desde 1881, recientemente reeditada: Ihering, Rudolf von, *La lucha por el derecho*, trad. de Adolfo Posada, México, Porrúa, 2006. Este texto plantea, entre otras cosas, la necesidad de que la justicia presida cualquier interpretación del derecho, y que este prime sobre la violencia como forma de asumir el conflicto social.

⁹⁴ Nos valemos de la siguiente edición: Ihering, Rudolf von, “En el cielo de los conceptos jurídicos. Una fantasía”, en Ibáñez, Gustavo (compilador), *La picaresca jurídica universal*, Bogotá, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 1993, pp. 63-119.

Paralelo a esta escuela aparece un autor, con gran impacto en Estados Unidos e Hispanoamérica: François Géný [1871-1938].⁹⁵ Géný, padre de la “libre investigación científica”, inspirado entre otros por la jurisprudencia del derecho libre, se enfrenta a los rezagos del formalismo exégeta en su país natal, Francia, considerando que la manera de enfrentarse a la excesiva formalización y a la consecuente desactualización de los textos normativos que quedaron petrificados en el tiempo (como el Código Civil) era por medio de una revolución en las fuentes jurídicas y en el método de aprehensión de las mismas, en especial revitalizando los principios jurídicos extraídos de la naturaleza de las cosas, que debe sobreponerse a la ley que deja de ser fuente última para ser fuente accesoria en el cumplimiento de los fines de este iusnaturalismo principialístico, y el legislador (que no actualizó la ley o al hacerlo no lo hizo conforme a la técnica enconada de los juristas)⁹⁶ va perdiendo así terreno frente a un juez más

⁹⁵ Sobre su recepción transatlántica, ver: Petit, Carlos, “‘A contributor to the method of investigation’. Sobre la fortuna de Géný en América”, *Quaderni fiorentini*, núm. 20, 1991, pp. 201-269. Bernuz Beneitez, María José, *François Géný y el derecho: la lucha contra el método exegético*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

⁹⁶ Incluso, muchos juristas exégetas desconfiaban de la capacidad de los legisladores para expedir derecho, produciéndose una tensión entre la idea de la democracia representativa que descansaba en un Parlamento elegido y el saber experto de los juristas quienes, en últimas, terminaron por redactar los textos jurídicos más encumbrados del positivismo decimonónico: los códigos, a su vez interpretados por juristas (doctrinantes y jueces). Es, pues, una paradoja que los textos exégetas fuesen hechos por juristas aunque, en su idea básica, eran adjudicados al legislador que representa al soberano-pueblo en su mayoría lego. De esta manera, el jurista se consideró el único autorizado para exteriorizar la “voluntad del Legislador” de manera tal que ya no es sacerdote de la justicia, sino de la ley, que viene a ser justa, además. Ver: Hespanha, António Manuel, *op. cit.*, nota 34, pp. 376-383 (especialmente pp. 379-380). Igualmente, Ross, Alf, *op. cit.*, nota 87, pp. 95-99.

Pero no todos reaccionaron igual ante el reconocimiento de la inoperancia del legislador (que en la práctica fue más un órgano político que jurídico) ante la obsolescencia creciente de la ley y los códigos decimonónicos. Algunos plantearon, desde el positivismo, la apertura de una nueva disciplina encargada de auspiciar al legislador en su tarea de creación y actualización de la ley y, por tanto, del derecho. Nos referimos a la Técnica Legislativa que ha tenido en Argentina algún desarrollo relevante. Por ejemplo: Clavell Borrás, Javier, *Introducción a la técnica legislativa*, Buenos Aires, Fundación Banco de Boston, 1984. En esta línea está un trabajo de nuestra autoría que plantea soluciones muy concretas sobre cómo posibilitar la creación y actualización del derecho por parte del Estado, pero ya no por medio del legislador sino por comisiones de expertos con participación indirecta del Parlamento: Botero, Andrés, “La antigua ilustración: lo que está de más y lo que no fue (propuestas neoilustradas para el sistema jurídico)”, en Suñé Llinás, Emilio (coord.), *Filosofía jurídica y política de la Nueva Ilustración*, México, Porrúa, 2009, pp. 3-33.

libre ante la ley en tanto intérprete y aplicador de principios propios de lo dado.⁹⁷ Es en este particular sentido que puede considerarse a Géný como un antiformalista.

Pero en este escenario Géný no fue el único que reaccionó contra la exégesis en su propio país natal; otro caso memorable es la propuesta de Duguit [1859-1928] y de Lambert [1866-1947]. Este último propuso, siguiendo un texto de Brocher de la Fléchère de 1877,⁹⁸ la importancia y, por ende, la necesidad de revitalizar las costumbres –avaladas o creadas por los jueces– como forma de superar el anquilosamiento y el formalismo propios del legicentrismo;⁹⁹ pero, con el paso del tiempo, consideró que la mejor salida de la crisis del legalismo sería el derecho comparado,¹⁰⁰ disciplina que supo cultivar muy bien y a su gusto en Lyon.¹⁰¹ No obstante, estas posturas recibieron fuertes críticas en su momento, a pesar de que ya era algo general el reconocimiento de que la ley se había anquilosado, puesto que aumentar el poder interpretativo del juez implicaba, de suyo, replantear el esquema de división de poderes y se corría el riesgo de convertir al poder judicial en un poder legislativo, y ya todos sabemos el valor simbólico que Francia (y, por ende, los países donde fue recibido su modelo de derecho civil codificado) le da a los idearios de la Revolución Francesa, con código a bordo; caso distinto en la cultura del “*common law*”, donde las posturas de un juez más libre (incluso con un amplio poder de control de constitucionalidad de las leyes) no solo fueron mejor recibidas en su seno sino que no chocaban con el eje central de su cultura jurídica, basada en un juez corporativo más aplicador de sus propias costumbres que de normas expedidas por un legislador en representación de mayorías. Esto explica, por demás, el efecto histórico opuesto que se provocó a ambos lados del

⁹⁷ Mayor profundidad sobre este autor, en: Bernuz Beneitez, María José, *op. cit.*, nota 95, pp. 105-193. Marí, Enrique, *op. cit.*, nota 67, pp. 199-205.

⁹⁸ Ross, Alf, *op. cit.*, nota 87, p. 98. Este autor narra la crisis del modelo exégeta en la propia Francia de finales del siglo XIX y principios del XX (pp. 97-123).

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 58-59.

¹⁰⁰ Para lo cual fue fundamental su relación con Saleilles [1855-1912] (defensor del método histórico y de un derecho natural histórico-relativista), otro enconado crítico del modelo legalista de finales del siglo XIX. Juntos, Saleilles y Lambert fueron los motores más importantes para el Primer Congreso de Derecho Comparado realizado en París en 1900, del que surgieron importantes movimientos académicos. Ver: *Ibidem*, pp. 99-100. Jamin, Christophe, “Saleilles’ and Lambert’s Old Dream Revisited”, *American Journal of Comparative Law*, 50 (4), 2002, pp. 701-718.

¹⁰¹ Analizado, por ejemplo, en: Petit, Carlos. “Harvard en Lyon: Lecturas de Roscoe Pound en el Institut de Lambert”, en Durand, Bernard y Mayali, Laurent (eds.), *Excerptiones iuris. Studies in Honor of André Gourevitch*, Berkeley (Ca.), 2000, Robbins Collection, pp. 503-554.

Atlántico con la obra de Lambert *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*.¹⁰² En Estados Unidos, este famoso libro de 1921 fue interpretado por la mayoría de los juristas como un análisis crítico del papel conservador de la Suprema Corte, mientras que en Europa continental fue interpretado como una denuncia de la intromisión del poder judicial en los asuntos propios del legislador. Este ejemplo, por demás, nos recuerda que una cosa es lo dicho en una obra y otra bien distinta su recepción (es decir, cómo es recibida e interpretada) en otras culturas jurídicas.

Ahora bien, estas escuelas, que podrían ser calificadas, aunque con un sentido amplio, como positivistas, salvo la excepción de Géný, ponen en evidencia que buena parte de las críticas contra el legicentrismo que suponía la exégesis se hicieron dentro del positivismo mismo. No obstante, la teoría estatal del derecho seguía cumpliendo un rol configurante del positivismo jurídico, y, en este caso más específico, una teoría del Estado armonizada con las pretensiones de un discurso científico-positivista que reclamaba para sí un juego relevante en la determinación del derecho vigente, sueño que se vio en buena medida cumplido cuando en 1900 entra a regir el *Bürgerliches Gesetzbuch*, código civil alemán, que recoge, sustancialmente, un siglo de producción académica alemana. Se cumplió así, en parte, el sueño de Savigny de códigos hechos por una academia jurídica cultivada en las universidades, con un marcado acento nacionalista.

De esta forma, sin las escuelas alemanas, no sería posible hablar de un discurso científico del derecho, positivista o no, fundamental para la configuración del derecho actual. Igualmente, estas escuelas fueron el sustento sobre el que se construirá tanto el estructuralismo como el funcionalismo del siglo XX, aprovechando ahora el impulso que implicaba la conexión establecida como necesaria a principios del siglo XIX entre derecho, ciencia y universidad.

V. EL POSITIVISMO INGLÉS

El positivismo, como movimiento iusfilosófico, también tiene sabor anglosajón. Antes de nada, no olvidemos que el sistema jurídico anglosajón debe mucho, en su sistematización y presentación, a Edward Coke [1552-

¹⁰² Ya contamos con una versión en español: Lambert, Edouard, *El gobierno de los jueces* (1921), *Estudio preliminar de Luis Pomed*, trad. de Félix de la Fuente, Madrid, Tecnos, 2010.

1634],¹⁰³ Matthew Hale [1609-1676] y, especialmente, William Blackstone [1723-1780]. Este último, por ejemplo, concibió el *Common Law* como un producto espontáneo del derecho natural (es decir, proveniente de la divinidad y expresado en valores morales que, por estar inscritos en la naturaleza de las cosas, son universales) que se manifiesta en la historia (costumbres),¹⁰⁴ el cual debe ser descubierto por los jueces para plasmarlo en sus sentencias, por lo que el derecho no es el resultado de la voluntad de un autor en concreto. Entonces, el derecho se manifiesta a partir del carácter vinculante de la costumbre judicial o sistema de precedentes que, repitamos, no se puede atribuir a una voluntad en específico, sistema que existe con anterioridad a los jueces, pero estos, de manera inconsciente, dan forma al mandato pero siempre atendiendo a la justicia expresada en el tiempo y según las necesidades de la comunidad. Por tanto, dado que la doctrina que encontramos en el precedente pre-existe al pronunciamiento del juez, su validez no depende de las circunstancias del caso presente, aunque los jueces, mirando dichas circunstancias, puedan atemperar su aplicación (esto es, la equidad entendida como medida o enderezamiento de la justicia

¹⁰³ Quien consideraba en su obra “*Reports*” (parte XII, núm. 65), que el derecho no era asunto de una razón natural que descansaba en la generalidad de los hombres, sino de una razón artificial que descansaba en los expertos, para lo cual se requería estudio y experiencia. De esta forma, Coke consideraba que el Rey no estaba en condiciones de ser juez.

¹⁰⁴ Obsérvese la cercanía del modelo historicista (Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 18) con la forma en que se concebía el *Common Law* en aquel entonces. A fin de cuentas, el modelo jurídico anglosajón no hizo la ruptura con el historicismo que sí hicieron otras tradiciones constitucionales en los siglos XVIII y XIX. Dice así David: “La concepción inglesa de la ley, como ya lo hemos visto, reposa sobre un sentimiento o un prejuicio, que se explica por la historia: el *common law* está considerada en Inglaterra como el baluarte de las libertades inglesas, mientras que la ley escrita, por las posibles arbitrariedades que puede llevar consigo, viene a ser fácilmente el arma de la tiranía. Por esta razón la ley está considerada en Inglaterra como una disposición excepcional que se interpreta restringidamente”. David, René, *Tratado de Derecho Civil comparado*, trad., Javier Ossset, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, p. 297. De allí que no haya constitución escrita: “y la verdadera razón por la cual Inglaterra, seguramente la más constitucional de las naciones europeas modernas, ha permanecido también la única cuya constitución no se ha plasmado en un documento formal, no es porque no tenga constitución, como a veces gustan de decir los franceses, sino más bien porque la convicción de la necesidad de limitaciones sobre el gobierno arbitrario esta tan firmemente arraigada en la tradición nacional que ningún tipo de amenazas contra dicha convicción se ha considerado lo bastante peligroso para justificar la adopción de un código formal. Desde que las constituciones escritas se pusieron en boga a finales del siglo XVIII, Inglaterra no ha experimentado ninguno de los cambios violentos que apartaron a Francia de su abultada serie de constituciones escritas durante el siglo XIX”. McIlwain, Charles Howard, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, trad., Juan José Solóabal, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 31.

general o legal cuando se aplica a un caso concreto)¹⁰⁵ con el fin de garantizar el cumplimiento de los valores morales que inspiran al derecho.

Además, al ser criterios preexistentes, el juez debe aprehenderlos por medio de la razón (en especial por medio del uso de la analogía —con todo el valor que esta tiene en el Antiguo Régimen—) y de su conciencia (pues una vez descubierto el precedente, la conciencia ilumina poniendo el sistema de valores trascendente como criterio último de validación de la norma). Ya de esta manera queda claro cómo para Blackstone, correspondiendo así con la esencia del modelo judicial inglés, el derecho positivo no solo es expresión del tiempo, que es, a su vez, casa del derecho natural, sino también como algo *a posteriori* a la conducta. Y justo aquí encontramos una fuerte diferencia del rol o función de la norma positiva en el sistema jurídico-continental (tanto el romano-germánico como el codificado) con el del *Common Law*: para el primero la norma, antes de nada, es una guía para la acción, para el comportamiento futuro, por lo que sus destinatarios, especialmente en la teoría demo-liberal, son los ciudadanos que requieren pautas que determinen *a priori* su comportamiento, para lo cual se basan en juicios (exégetas para unos, hermenéuticos para otros)¹⁰⁶ sobre el sentido mismo del enunciado presente en la norma; mientras que para el segundo la norma es establecida por y para el juez, de forma tal que pueda así juzgar una conducta ya acaecida, *a posteriori*, siendo pues el juez su principal destinatario, con lo cual el ciudadano, si quisiese derivar su comportamiento a futuro con base en la norma, debe hacer un juicio de predictibilidad de lo que haría un juez si esa conducta que desea hacer le fuese sometida a este último.

Pero con Blackstone, que contribuyó en mucho a la sistematización de la doctrina obligatoria de los precedentes judiciales, no terminó la historia. Uno de sus estudiantes, Jeremy Bentham [1748-1832], ya reconoció por ser un gran crítico de las instituciones de su tiempo y por su denuncia al rol tradicional de los juristas, retomó la tradición de Thomas Hobbes [1588-

¹⁰⁵ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, trad. de Patricio Azcárate, Buenos Aires, Losada, 2007, Libro V, capítulo X (pp. 197-199).

¹⁰⁶ Exégesis y hermenéutica jurídicas, como métodos planteados en el siglo XIX, no son iguales. Basta con señalar el fuerte acento francés y codificado que rodeó al planteamiento de la exégesis como medio de acercamiento a la norma, a diferencia del acento alemán y académico-científico propio de la propuesta hermenéutica. Ver, por ejemplo, la nota 85 de este trabajo.

1679]¹⁰⁷ para sugerir el camino, sin que fuese realizado por completo este ideal, de la codificación y la sistematización del derecho (incluso más allá de Inglaterra),¹⁰⁸ doctrina que influiría en mucho en la teoría de John Austin [1790-1857]. Bentham, y pedimos perdón por reducir su vasto pensamiento, consideraba que el mayor problema del *Common Law*, representado especialmente en la obra de Blackstone, radicaba en que se presentaba como una doctrina iusnaturalista-consuetudinaria cuando en verdad consistía en el arbitrio —y a veces en la arbitrariedad— judicial, de manera tal que lo que es derecho sí es fruto de la voluntad (de los jueces, actuando de forma corporativa o individual, según el caso) y no de una supuesta razón (natural) expresada en el tiempo. De esta manera, el supuesto iusnaturalis-

¹⁰⁷ En especial del contractualismo que deriva en un fuerte estatalismo, presente en: Hobbes, Thomas. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil* (1651), Trad. Manuel Sánchez, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, parte II (pp. 137-304). Consideramos fundamental la lectura de este texto pues ya se constituye en un clásico imprescindible en cualquier reflexión tanto política como jurídica, especialmente de la parte II que deja en claro por qué muchos han considerado a Hobbes como un precursor del positivismo.

¹⁰⁸ Pues ejerció notable influencia en Europa y América Latina. Para la Nueva Granada véase: McKennan, Theodora (Sister O.P.), *Santander and the vogue of Benthamism in Colombia and Nueva Granada*, Dissertation for Degree of Doctor of Philosophy, Loyola University (USA), 1970. Williford, Miriam, *Jeremy Bentham on Spanish America: an account of his letters and proposals to the New World*, Baton Rouge and London, Louisiana State University Press, 1980. Ramírez, Gonzalo, “Los artículos sobre libertad de imprenta de Bentham y Miguel Antonio Caro: Divergencias y eventuales correspondencias”, *Revista derecho del Estado: nueva serie*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Num. 22, Junio de 2009, pp. 159-182. Sobre la influencia de Bentham en la frustrada reforma de los estudios legales a inicios de la República neogranadina: Cajas Sarria, Mario Alberto. “Usos locales de *Tratados de Legislación Civil y Penal* de Jeremy Bentham en los inicios de la República”, *Revista de Derecho, División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, Num. 34, julio-diciembre de 2010, pp. 21-41. En fin, Bentham fue un gran publicista de su propia persona, como queda claro cuando leemos su comunicación epistolar con los más variados líderes mundiales, a los que no dejó de ofrecerse como un legislador o codificador extranjero (por ejemplo, en carta a Bernardo O’Higgins de 1821 o 1822 donde se ofrece como redactor de un código de leyes para Chile: Guzmán Brito, Alejandro, *Andrés Bello codificador: Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile. Tomo II*, Santiago de Chile, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982, pp. 14-20). Fernández narra la importancia del positivismo benthamista entre los liberales moderados en el trienio liberal (1820-1823). Fernández Sarasola, Ignacio, “La Constitución española de 1812 y su proyección europea e iberoamericana”, *Fundamentos*, Num. 2, Oviedo-España, 2000, II-5 (pp. 359-466). Otros datos al respecto, son mostrados por: Petit, Carlos, “España y el Code Napoléon”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 61, fasc. IV, 2008, pp. 1804-1805 y 1818 (pp. 1773-1840). Igualmente, Petit, Carlos, “Derecho civil e identidad nacional”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 3, 2011, pp. 18-21 (pp. 1-36), disponible en http://www.indret.com/pdf/843_es.pdf

mo terminaba siendo una excusa de los jueces para justificar su gobierno aristocrático y autárquico. Además, la voluntad judicial, que bajo una jerga naturalista se mostraba como “objetiva”, caía en el subjetivismo que una sociedad moderna, ilustrada y liberal no podía permitir. Es por ello que consideró necesario reconceptualizar la norma para afirmar que esta es un conjunto de signos declarativos emitidos por la voluntad soberana estatal respecto a la conducta que dicha voluntad desea sea observada por los ciudadanos. Y por soberano entiende aquel cuyo querer es habitualmente obedecido por una comunidad política. Además, propone objetivar lo que es derecho mediante un código fruto del legislador soberano –es decir, del Estado–, para implantar ya no la “justicia” sino la felicidad pública basada en el utilitarismo (no olvidemos que Bentham, influido por Hume [1711–1776], es uno de los grandes exponentes de esta teoría moral), para que así el juez, vinculado generalmente a las élites tradicionales, no impusiera su propia voluntad amparado en el falaz argumento de que así seguía “objetivamente” la tradición iusnaturalista aprehendida mediante la “razón” y la “conciencia”.¹⁰⁹

Con base en Bentham, Austin, conocedor de primera mano de los cambios jurídicos que se gestaban en Alemania a principios del siglo XIX, tal como queda patente en su libro *“The Province of Jurisprudence Determined”* (1832), se centra en la “voluntad racional”, aprehensible por medio del lenguaje y de los “enunciados” del derecho.¹¹⁰

Austin, resumiendo, plantea tres grandes aspectos que darán lugar al positivismo inglés decimonónico:

i) El derecho, como sistema positivo, puede ser explicado, racionalmente, como un diálogo de voluntades y no como un fruto histórico tal como lo entendería Savigny. Pero, consecuente con el empirismo inglés (Berkeley)¹¹¹

¹⁰⁹ Más información en: Tamayo y Salmorán, Rolando, “La teoría del derecho de Jeremías Bentham”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 50, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, pp. 553-570. Marí, Enrique, *op. cit.*, nota 67, pp. 182-195.

¹¹⁰ Circuló ampliamente en el mundo hispanoamericano un texto suyo, editado luego de su muerte, del que puede servirse el lector para profundizar las ideas generales que aquí se expondrán: Austin, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia (1861)*, México, Editora Nacional, 1974.

¹¹¹ Especialmente: Berkeley, George, *Tratado sobre los principios del conocimiento humano (1710)*, trad. Concha Cogolludo, Madrid, Gredos, 1990.

[1685-1753] y Hume,¹¹² entre otros), la voluntad guía racionalmente la conducta a partir de lo que conocemos como experiencia, lo que le permite al hombre hacer generalizaciones o construir ideas o creencias (jurídicas, en lo que nos ocupa) con base en lo que cree experimentar, en lo que es a partir de juicios de utilidad que son los que demuestran, según él, la racionalidad impresa en la voluntad, por lo cual hay que alejarse de la jerga pseudo-científica de abstracciones y supuestas deducciones que, por ser distantes del carácter empírico de la ciencia del derecho, son indemostrables y solo son acatadas no por su racionalidad sino por la fuerza que en ellas imprime quien las emite.

ii) Concibe al derecho a partir del concepto de suprema autoridad o soberanía, de manera tal que el derecho, que no tiene por qué identificarse con la moral, es válido en tanto sea fruto del soberano. ¿Y qué hace que una voluntad sea soberana? Generalizando, una voluntad tiene tal característica si es la voluntad suprema o superior dentro del sistema, si es una voluntad independiente frente a otras voluntades externas al sistema, y si está en condiciones para imponer fines en sus mandatos y para amenazar a la población en general para que dichos mandatos sean cumplidos. Claro está que, según este autor inglés, el soberano no siempre actúa por su propia cuenta, por lo que ciertos súbditos pueden imponer estos mandatos y hacer las amenazas respectivas, las cuales tendrán el carácter de jurídicos si quienes los expiden lo hacen en nombre del soberano y si se consideran, en la experiencia habitual, como órganos que le obedecen. Así, el diálogo de voluntades es, en el fondo, una dependencia entre una voluntad soberana y una sociedad en estado de sujeción que persigue los fines que le fueron dados obedeciendo el mandato. Entonces, obedecer es una forma de manifestarse la voluntad racional en la medida que así se evita un mal (la sanción), a la vez que es una forma en la que se determina la conducta a partir de generalizaciones hechas con base en la experiencia del individuo (esto es, por ejemplo, que alguien, por su experiencia juzgue que si no obedece le acarrearía un mal que pudo haber evitado) que terminan por convertirse en hábitos. Por tanto, la mejor forma de determinar la soberanía es por medio del reconocimiento empírico del obedecimiento por parte de alguien

¹¹² Nada mejor que la lectura del “Tratado de la Naturaleza Humana” en tres tomos; pero el interesado en conocer el carácter empirista de Hume, que parte de la “creencia” - ante la imposibilidad de una demostración- de que el conocimiento humano se funda en la experiencia, puede remontarse a un texto de madurez de este autor: Hume, David, *Investigación sobre el entendimiento humano* (1748), trad. Magdalena Holguín, Bogotá, Norma, 1992, especialmente Sección II y III, pp. 25-35.

y la presencia de una amenaza por parte de otro, entre los cuales, por tal situación, se genera un diálogo de voluntades. Concluyendo, el derecho, para Austin, está compuesto por órdenes generales –respaldadas por amenazas– habitualmente obedecidas, emitidas por el soberano o por los súbditos que le obedecen.¹¹³

iii) La ciencia del derecho se ocupa de la “voluntad racional” y, por ende, de lo que “es” derecho, por lo que no puede igualarse a la moral que se centra en lo que “debe ser” derecho según los valores que la cimientan (lo que lo lleva a separarse de Blackstone por la relación que este establece entre religión y costumbre con lo que es derecho). Así encontramos un discurso de distinción entre el ser y el deber ser del derecho, que dará pie para todo tipo de discursos en esta misma línea dentro del positivismo jurídico. De esta manera, si bien es posible juzgar moralmente una norma,

¹¹³ Contra esta concepción de derecho se enfrentaron Kelsen y Hart. El primero señala que Austin no diferencia entre “mandato” y “mandato obligatorio jurídicamente”, puesto que Austin se queda con el criterio de “soberanía”, que remite a una fuerza habitualmente obedecida, y no incluye el de “competencia”, esto es, la capacidad otorgada por el propio derecho para crear mandatos obligatorios. Entonces, si bien el derecho es un mandato, no todo mandato es derecho. Además, sigue Kelsen, las normas jurídicas no dependen tanto de la fuerza de la voluntad como cree Austin, puesto que la norma positiva no siempre presupone que quien manda tiene un poder real, actual y continuo sobre quien se manda, como es el caso del testamento donde la validez del acto no se cuestiona por la muerte del testador, o el contrato que sigue siendo válido aunque una de las partes pierda su juicio y su voluntad con posterioridad al acuerdo, o la ley que sigue siendo válida aunque ya no exista la voluntad de quien la engendró. El segundo, Hart, considera, entre otras cosas, que el concepto de órdenes respaldados por amenazas no es suficientemente claro para diferenciar una norma jurídica del mandato de un asaltante, que no diferencia con exactitud el rol de autoridad dentro del derecho, que el concepto de “hábito general de obediencia” es muy impreciso, que este concepto no da cuenta de la variedad de mandatos que pueden percibirse en el análisis lingüístico, etc. Ver: Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pp. 23-32. Hay otras críticas de Hart que las resume Rodríguez: “si las normas jurídicas son órdenes expedidas por un soberano y habitualmente obedecidas por los ciudadanos, ¿cómo se explica la persistencia del derecho, es decir, el hecho de que las normas sigan vigentes después de que quien las expidió ha abandonado su cargo?; ¿cómo se explica el hecho de que existan normas que limitan las potestades legislativas del soberano?; ¿cómo es posible que existan normas emanadas de la costumbre y no de un acto explícito de legislación?; ¿de qué manera encajan en el modelo propuesto las normas que no imponen sanciones sino que otorgan potestades a los individuos para regular jurídicamente sus relaciones sociales, como las relativas a la formación de los contratos y el otorgamiento de testamentos?”. Rodríguez, César, “Estudio preliminar”, en Hart, H.L.A. y Dworkin, R., *La decisión judicial*, Bogotá, Siglo del hombre y Universidad de los Andes, 1998, p. 24 (pp. 15-88).

entendida esta última como mandato general del soberano, este juicio no es obligatorio para quien emite su voluntad en la norma, de manera tal que la norma injusta sigue siendo norma, aunque pueda ser desaprobada por la religión (derecho natural) o por la opinión pública (costumbre).

Siguiendo con Austin, de la racionalidad de la voluntad surge el lenguaje de los enunciados del derecho, que podría definirse, por el momento, como las órdenes que una voluntad emite sobre otra, esto es, un diálogo lingüístico de voluntades para la concreción de fines y el establecimiento de sus respectivos medios. Pero como se trata de una voluntad que se impone sobre la otra, surge la necesidad de que esté respaldada por la amenaza, con lo cual el receptor del mensaje opta por cumplir el fin del mandato para evitarse un mal, pero para que pueda el receptor actuar para prevenir el mal, la amenaza tiene que considerarse como real —esto es, que se considere como posible (generalización), a partir de la experiencia (empirismo), el acaecimiento del mal prometido en caso de incumplimiento—, lo cual evita, según Austin, abstracciones dentro de la concepción de lo que es derecho. Entonces, si hay una norma que no esté aparejada a una amenaza, no podrá ser jurídica, sino que será de otro tipo, es decir, religiosa o moral. Es por esto que nuestro autor consideraba al derecho internacional, teniendo en cuenta el desarrollo que este tenía en esa época, como un sistema normativo que no era jurídico, sino moral.

De esta forma, Bentham y Austin contribuyeron, desde facetas algo diferentes pero con conexiones igualmente relevantes, al levantamiento del positivismo en Inglaterra, pero un positivismo que se acerca a los procesos codificatorios (Bentham), al realismo jurídico —del que hablaremos más adelante— y al positivismo analítico que encontrará en Hart [1907-1992] su mayor exponente en la segunda mitad del siglo XX. Tristemente el espacio que nos fue asignado no nos permite seguir explorando el camino que une Austin con Pound [1870-1964] (al que aludiremos en las páginas finales de este trabajo), gracias al quehacer de muchos otros juristas, como Henry Sumner Maine [1822-1888],¹¹⁴ pero con estas simples ideas el lector ya podrá, por su cuenta, iniciar esta exploración.¹¹⁵

No obstante, y esperamos haber sido muy claros con el lector, el positivismo que tanto se le achaca a Bentham y a Austin, puede considerarse antiformalismo en tanto es una reacción a las formas tradicionales de ejer-

¹¹⁴ Maine, Henry Sumner, *Ancient Law: Its Connection With the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas* (1861), Arizona, The University of Arizona Press, 1986.

¹¹⁵ Para esta búsqueda, sugerimos: Lobban, Michael, *The Common Law and English Jurisprudence, 1760-1850*, Oxford (Inglaterra), Clarendon Press, 1991.

cerse el derecho inglés –basado en abstracciones de derecho natural y en costumbres que camuflaban, según ellos, la voluntad de los jueces–, aunque es bien diferente al antiformalismo (y a la vez formalismo, como ya lo explicamos) de la jurisprudencia de conceptos (que tenía por enemigo a cierto tipo de codificación, el francés por ejemplo, que implicaba un derecho formal y escrito más dependiente del sistema político que del actuar de los académicos), al antiformalismo de la jurisprudencia de intereses (que se enfrentaba al formalismo que representaba, en su contexto, la jurisprudencia de conceptos), al antiformalismo de la jurisprudencia libre (pues quería librar al juez de las formalidades jurídicas que lo ataban), o al antiformalismo francés de la segunda mitad del siglo XIX y la primera del siglo XX (que reclamaba una superación del código con un posible viraje al derecho natural en el caso de Géný). Sin embargo, tanto Bentham como Austin pueden considerarse también como formalistas en la medida que defienden la norma, establecida en formas determinadas por la voluntad soberana, como derecho válido. Dicho con otras palabras, se enfrentan al formalismo conocido para proponer en su remplazo uno nuevo.

VI. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

Escribir sobre un iusfilósofo de la talla de Kelsen no es fácil. Escribir pocas páginas, para estudiantes pero con el rigor del académico, sobre este autor austríaco, parece tarea imposible. Por tanto, aquí se darán únicamente ciertos rasgos generales de la teoría pura del derecho (en adelante TPD), tal como fue planteada por Kelsen, pero sin llegar a creer que la escuela se reduce a su padre, dado que fueron muchos los que la cultivaron, sugiriéndole así al lector curioso que complementa su lectura con las obras reseñadas en las notas de pie de página.

Antes de nada, Kelsen es fruto del modelo cientificista universitario que fue desarrollado a lo largo del siglo XIX. Incluso, la comprensión de la TPD exige claridad en los desarrollos iusfilosóficos al interior de las escuelas antiformalistas, fundamentalmente alemanas, del siglo XIX y principios del XX. Es el propio Kelsen, en el prólogo de su primera edición, quien llama la atención al respecto: La TPD “[p]uede ser entendida como la continuación de tesis que ya se anunciaban en la ciencia jurídica positivista del siglo XIX”.¹¹⁶ A pesar de ello, y como ya lo habíamos dicho, el propio

¹¹⁶ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, p. 7.

Kelsen no dejó de criticar estas escuelas al considerar que había en ellas muchos elementos ideológicos y políticos, como el nacionalismo, que impedían que estas se expresaran adecuadamente como teorías positivistas. Por ejemplo, escribió de una de ellas:

La doctrina de la escuela histórica del derecho es, sin embargo, ella misma una disfrazada doctrina jusnaturalista en tanto que declara al *Volksgeist* como la fuente del derecho del único derecho verdadero y eficaz, y hace provenir de este el derecho de la misma manera que la doctrina jusnaturalista hacía provenir el derecho natural de la razón ... la escuela histórica del derecho es una doctrina jusnaturalista conservadora y antirrevolucionaria.¹¹⁷

Y este juicio no era para menos, si se tiene en cuenta que Kelsen, emulando de esta manera la metodología crítica de Kant frente a la razón pura y práctica, considera como positivista solo a quien pida credenciales de legitimidad a la razón jurídica para encontrar de tal manera la esencia fundamental y diferenciadora de lo jurídico, esto es, limpiar la casa de cualquier componente extrajurídico, vale decir, “liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños”,¹¹⁸ en especial de los juicios morales conocidos con el nombre de derecho natural.¹¹⁹

Ahora bien, para iniciar nuestra exposición, los aportes de Kelsen, reduciéndonos especialmente a su *Teoría pura del derecho*, obra que cuenta con dos ediciones básicas, (y decenas de reimpresiones en diferentes idiomas), una de 1934¹²⁰ y otra de 1960-1962, podemos anclarlos en los tres frentes

¹¹⁷ Kelsen, Hans, “La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico” (1961), *Academia: Revista sobre enseñanza del derecho*, año 6, núm. 12, 2008, p. 197.

¹¹⁸ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, p. 15.

¹¹⁹ Las críticas de Kelsen al derecho natural radican, fundamentalmente, en que si hay normas naturales estas obedecen al principio de causalidad, en tanto corresponden a la lógica de si A es B, mientras que en el derecho opera el de imputación a partir de postulados del deber ser, esto es, A debe ser B. También en la falacia naturalista, que se le adjudica a Hume, mediante la cual se señala que es un paso indebido el deducir normas (deber ser) de la naturaleza (ser). Igualmente, considera que el derecho natural es una ideología moral y religiosa relativa (no universal). Estas y otras críticas, en: Kelsen, Hans, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, trad. de Francisco Ayala, Buenos Aires, Losada, 1946, pp. 13-52. Sobre la “falacia de Hume” y las interpretaciones históricas que esta ha recibido a lo largo de la historia de la iusfilosofía, ver el excelente análisis de: Finnis, John, *op. cit.*, nota 13, pp. 70-82. Este autor sugiere que Hume ha sido malinterpretado, incluso por Kelsen, aunque comparte el criterio que no es posible derivar el “deber ser” del “ser”.

¹²⁰ Ya contamos con una nueva versión en español de la primera edición. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho* (1934), trad. de Gregorio Robles y Félix Sánchez, Madrid, Trotta, 2011.

planteados por Bobbio: i) Positivismo metodológico; ii) Positivismo teórico; iii) Rechazo del positivismo ideológico.

Sobre el positivismo metodológico, Kelsen planteó que el discurso científico del derecho, si quería ser tal, debía ser puro, esto es, partir del rechazo de cualquier ideología (moral, política, etc.) o cualquier elemento de interpretación extrajurídico (como la sociología, la teoría política, la economía, la teología, la historia, etc.). De esta forma, el jurista científico podría aspirar, mediante el uso metodológico de la pureza, a la objetividad de sus descubrimientos y a la neutralidad en su acción, requisitos fundamentales para alcanzar el estatuto de científicidad.

Todo esto conlleva varios efectos, pero solo mencionaremos algunos: i) La ciencia del derecho, entendida como dogmática, queda restringida fundamentalmente a la interpretación analítica y sistemática de las normas válidas, esto es, las positivas (que son mutables, pues dependen especialmente de la voluntad estatal); y la validez de las normas depende de que se respete (salvo el caso de la revolución) la jerarquía y se cumpla así con el procedimiento establecido por otras normas positivas que regulan la creación normativa de los órganos jurídicos (lo que Kelsen denomina, en términos generales, como nomo-dinámica). ii) Los enunciados de la dogmática no pueden confundirse con los de la norma jurídica, de manera tal que la ciencia del derecho emite proposiciones sin validez jurídica que describen, analizan e interpretan las normas válidas. iii) La filosofía del derecho asumiría un rol de guardián de la pureza metodológica y de los fundamentos de la dogmática, y, a su vez, estudiaría aquello que, dentro de los ordenamientos jurídicos, se mantiene estable (lo que Kelsen denomina la nomo-estática), en especial, la estructura jerárquica, la lógica deóntica (especialmente en términos de filosofía analítica o filosofía del lenguaje)¹²¹ y los sis-

¹²¹ Por motivos de espacio no podrá ahondarse en la fuerte relación entre filosofía analítica, lógica deóntica, filosofía del lenguaje y TPD (en especial en su segunda edición). Al respecto sugiero la lectura, entre otros textos, de: Carrió, Genaro, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973. Esta fuerte ligazón determinó el rumbo del positivismo analítico que tuvo en Inglaterra (con Hart, entre otros), Finlandia (Georg Henrik von Wright [1916-2003]) y Argentina (con el positivismo analítico, con autores tan relevantes como Carrió [1922-1997], Alchourrón [1931-1996], Bulygin [1931-], Vernengo [1926-], Guibourg [1938-], Guarinoni [1944-], etc.). Sobre el positivismo analítico argentino, que tanta influencia ha generado en la iusfilosofía especialmente hispanoamericana, véase la obra que más ha sido referenciada al respecto: Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1971 en inglés y 1974 en español), Buenos Aires, Astrea, 1974. Igualmente, los textos de R. Guibourg ("Una concepción analí-

temas normativos. iv) El discurso científico del derecho se restringe en su objeto de estudio por una mirada fragmentadora de los saberes (cada cual a lo suyo), lo que no implicaría negar la existencia y la legitimidad de otros saberes que se pueden ocupar, igualmente, de normas, sino a considerarlos como ciencias innecesarias e impertinentes para hacer una buena dogmática. Entonces, para dar un ejemplo, no se trata del rechazo a la existencia de la sociología del derecho, sino de rechazar la consideración de que la sociología jurídica es ciencia del derecho o de que la sociología del derecho es necesaria para hacer dogmática. v) La aceptación de una teoría de roles expresada en la labor del científico, en tanto este, mientras actúe como científico del derecho, no puede hacer valoraciones en torno al derecho positivo, objeto central de su ciencia, pero una vez abandone ese rol y asuma otros, como el ser ciudadano, tal postulado de pureza no rige, en tanto es solo metodológico (científico), por lo que el ciudadano juzgará moral y políticamente, según sus propios pareceres, el sistema jurídico-político. Se trata pues de un ejercicio de clarificación de la postura desde la que se habla; así se evita que la “arraigada costumbre de defender exigencias políticas en nombre de la ciencia del derecho, invocando, pues, una instancia objetiva, exigencias políticas que solo poseen un carácter supremamente subjetivo aun cuando, con la mejor fe, aparezcan como el ideal de una religión, una nación o de una clase”.¹²² Y vi) que la TPD no puede reducirse simplemente a una postura iusfilosófica, por lo menos no desde la distinción acabada de plantear, puesto que no solo es una teoría de la ciencia del derecho, sino que es, al mismo tiempo, una teoría general de las normas jurídicas, con lo cual la TPD termina ejerciendo como condición unificadora y trascendental entre categorías diferenciadas: la dogmática, la iusfilosofía y el derecho positivo.

En lo que respecta al positivismo teórico, esto es, a sus afirmaciones ya no tanto en torno a lo que debe ser la ciencia del derecho sino a lo que es el derecho positivo, afirmará, entre otras cosas, que la norma adquiere su validez no en virtud de sistemas de referencia extrajurídicos (como la religión, la moral, la naturaleza, etc.) sino en virtud del ordenamiento mismo (lo que explica que esta teoría sea estructuralista o normativista). Y el ordenamiento, que valida sus propias normas, es un entramado jerárquico (las normas, entre sí, tienen diferentes jerarquías que determinan su validez,

tica del Derecho”) y R. Vernengo (“Conocimiento científico del Derecho”) sobre sus posturas iusfilosóficas, presentes en: Botero, Andrés, *op. cit.*, nota 13, pp. 3-37 y 38-46, respectivamente.

¹²² Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, p. 8 (prólogo a la primera edición).

tanto formal –en el procedimiento y competencia de creación– como material –en cuanto al contenido de las normas inferiores–) que funciona en torno a relaciones de imputación y no de causalidad, esto es, que una norma imputa una consecuencia jurídica a una descripción estipulada por la misma norma, pero no en virtud de relaciones de causa-efecto sino de imputaciones efectuadas por el agente aplicador del derecho, fruto de su interpretación tanto de la norma, como del ordenamiento jurídico y de los “hechos probados” considerados como tales conforme a las normas. De esta manera, si el derecho se rigiera por la causalidad, siempre que se produjera un hecho considerado como hurto se daría una sanción penal de hurto, pero el derecho no actúa así por lo que es posible que un hecho no sea interpretado jurídicamente como hurto, que ese hurto no lleve a la aplicación de una consecuencia jurídico-penal, y que a quien se le aplique una consecuencia penal no necesariamente sea quien hurtó en el mundo de la vida (puesto que el juez, al momento de condenar o absolver, trabaja, igualmente, en juicios de imputación y esquemas de interpretación, lo que no excluye la posibilidad del error mirado desde el plano fenomenológico).

Esto lleva, además, a otra consideración bien relevante en el autor austríaco: el juez, como principal agente aplicador del derecho, es, también, un creador de derecho (asunto que es conocido como discrecionalidad judicial).¹²³ Esto se explica, en Kelsen por los siguientes motivos: i) la profunda igualdad entre aplicar derecho y crear derecho;¹²⁴ ii) porque el juez es el responsable de ingresar al ordenamiento jurídico la norma particular denominada sentencia, por tanto es un creador de normas particulares;¹²⁵ iii) porque el juez, así como todo agente aplicador, a partir de su interpretación del sistema jurídico y de los fenómenos que el mismo sistema llama para dicho momento (como es el caso de los “hechos probados”), determina el contenido de lo que aplicará, y crea así una norma jurídica particular y concreta, labor esta de determinación de contenidos que se vuelve necesaria en la función judicial, puesto que debe interpretar no solo un enunciado aislado sino mandatos obligatorios entrelazados jerárquica-

¹²³ Sobre este concepto, véase el pedagógico texto de: Jiménez, Roberto M, “Discrecionalidad judicial”, en *Diccionario Histórico Judicial de México*, México, Ideas e instituciones, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tomo I, A-F, 2010, pp. 432-439.

¹²⁴ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado* (1945), trad. de Eduardo García Máynez (1949), México, UNAM, 1979, pp. 156-158 (Acápiteme: “g) Creación y aplicación del derecho”).

¹²⁵ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, p. 354.

mente, dado que los enunciados normativos que son la materia prima de su construcción particular suelen presentarse en forma indeterminada, fruto de la ambigüedad de una palabra, la generalidad de un texto, etc.¹²⁶ Esto ya nos pone en camino para entender por qué Kelsen no puede ser reducido a un exégeta, como la leyenda negra, de la que se hablará más adelante, lo ha pretendido hacer ver.

Igualmente, si la pureza es la forma de garantizar la científicidad de la dogmática, el derecho positivo debe, de la misma manera, buscar su independencia de criterios de validación extrajurídicos, por lo que cualquier contenido establecido por la voluntad competente puede ser derecho, siempre y cuando sea posible como regulación de la conducta humana (no podría ser norma una prescripción imposible). Esto lleva, obviamente, a considerar cierta separación entre voluntad, propia de la política, y razón, que se manifiesta en este caso como TPD, aspecto que exige varias aclaraciones. Kelsen parte de la voluntad como el determinador del contenido de las normas jurídicas, pero no una voluntad psicológica, continua y real, asunto que ya le había criticado a Austin (ver la nota de pie de página 113). Por ejemplo, si la voluntad psicológica, es decir, la voluntad que opta por algo que quiere y, por tanto, que conoce es el fundamento del derecho, no podría ser válida una ley aprobada por un legislador que desconocía su contenido, aspecto que sabemos no es cierto. Entonces, la voluntad que está detrás de la creación de la norma va más allá de una que conoce y quiere el contenido de la norma; se trata, simplemente, de una voluntad como acto creador de mandatos obligatorios, esto es, de derecho positivo. Pero el asunto no termina aquí, puesto que Kelsen señala, de un lado, que el derecho positivo no se agota en la voluntad, de manera tal que la voluntad, *per se*, no hace derecho, e incluso puede una norma continuar su vida jurídica aunque haya desaparecido la voluntad que le dio origen; y, del otro, que esa voluntad, como objeto, no hace parte de lo que legítimamente puede estudiar la ciencia del derecho. En conclusión, la voluntad no se iguala a la norma positiva y no es parte del objeto de estudio que la TPD preceptúa como legítimo para la dogmática.

Pero a pesar de estas precisiones, por la afirmación de que cualquier contenido o voluntad puede ser derecho si se cumplen con los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico, han surgido dos interpretaciones sobre supuestos contenidos políticos en la obra de Kelsen. La primera señala que la TPD termina por legitimar al derecho autoritario ya que cual-

¹²⁶ *Ibidem*, p. 350-351.

quier contenido, incluso el más aberrante, podría ser obligatorio. Sin embargo, esta interpretación es errónea puesto que, como ya dijimos, el positivismo no puede identificarse sin más con el totalitarismo, que la TPD no sirvió a los intereses nazistas y estalinistas (aspecto que desarrollaremos dentro de pocas páginas) y que esta interpretación termina por plantear la igualdad entre voluntad política y derecho positivo. La segunda, por su parte, indica que la TPD tiene una clara postura política crítica, puesto que al separar el derecho de la voluntad permite poner en evidencia los fundamentos míticos de los Estados que se han valido impunemente del sistema jurídico para implantar la dominación sobre los administrados; de esta manera, gracias a la TPD se desvelan estos juegos perversos en contra de una democracia real y participativa.¹²⁷

Desde esta perspectiva, Kelsen, en tanto señala su intención de dejar a un lado la voluntad, es un formalista, puesto que él diseña un modelo de comprensión de cualquier sistema jurídico estatal desde sus formas estructurantes y no desde los contenidos establecidos por sus normas.

También, como ya dijimos, la validez de la norma, lo que determina que sea positiva, es a fin de cuentas su adscripción a un ordenamiento jurídico. Es el propio ordenamiento lo que da validez a cada una de sus normas puesto que el ordenamiento es jerárquico y sus elementos están interrelacionados. De esta manera, la norma superior valida a la inferior, hasta llegar a la norma más básica de aplicación, la sentencia. Esto ha sido explicado mediante el concepto de “orden escalonado del derecho” y gracias a la metáfora de la pirámide que se atribuyen a Merkl [1890-1970] –incluso, que podríamos remontar, *mutatis mutandis*, hasta la “pirámide de conceptos”, elaborada conforme a la lógica deductiva, por Puchta—¹²⁸ pero que Kelsen no tardará en continuarla en sus escritos.¹²⁹ Pero algo relevante en

¹²⁷ Línea interpretativa que encontramos, por ejemplo, en: Correas, Óscar, “Presentación”, en Correas, Óscar (comp.), *El otro Kelsen*, 2a. ed., México, UNAM y Coyoacán, 2003, pp. 9-17.

¹²⁸ Una clara explicación de la postura de Puchta en torno a la pirámide de conceptos, en: Larenz, Karl, *op. cit.*, nota 86, pp. 39-44.

¹²⁹ Es mucho lo que el positivismo, en general, y la TPD, en particular, le debe a Merkl, como por ejemplo la teoría de la jerarquía normativa escalonada con su representación metafórica ya conocida. También se destacó en el campo del derecho administrativo. Una reseña sobre los aportes de Merkl a la TPD en: Kucsko-Stadlmayer, Gabriele, “La contribución de Adolf Merkl a la Teoría Pura del Derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 244, 2005, pp. 243-258. Kucsko-Stadlmayer aclara, por demás, las razones por las cuales Kelsen no citó asiduamente a Merkl: a) era común en aquella época estos “pres-

esta descripción visual de la jerarquía del sistema es que incluye la constitución como norma jurídica y jerárquicamente superior que fundamenta todo el sistema jurídico, pero la constitución se funda, a su vez, en una *Grundnorm*, entendida (i) como una norma hipotética fundamental, si seguimos la visión que Kelsen da en su obra *Teoría pura del derecho*, que no tiene contenido y que es indemostrable en su existencia (por ello su carácter de hipótesis); o (ii) concebida como una ficción o presupuesto epistemológico no verificable, por tanto en algo que no “es” pero que se toma “como si” existiese, si nos atenemos a sus últimos escritos. Pero, para poder garantizar la supremacía y el carácter fundante de la constitución es necesario un modelo concentrado de control de constitucionalidad, que supone un órgano especializado que, en el fondo y analizando sus efectos, podemos decir es tanto jurídico como político: el tribunal constitucional (en adelante TC). Este, según la visión del padre de la TPD, es jurídico por sus funciones eminentemente de legislador negativo (capacidad de derogar una norma inconstitucional); y, en cierto sentido, político (a pesar de las advertencias que hizo Kelsen en contra de considerar al TC como un órgano estrictamente político, formuladas en su debate con Schmitt) pues sus decisiones son fruto de la voluntad (esto es, del criterio político de sus miembros) de sacar una norma del ordenamiento jurídico y, por esta vía, termina por imponer una interpretación válida de la norma acusada, así como de la propia norma superior.¹³⁰

tamos” conceptuales sin la respectiva citación entre discípulos y maestros; b) la Escuela de Viena -a la que ambos pertenecían- se concibió como fruto de una obra colectiva, por lo que se consideraba que los desarrollos logrados por uno de sus miembros era para beneficio del grupo en general. Para finalizar, sobre los aportes de Merkl al derecho público en general, véase: Fuerte, Mercedes, “Adolf Julius Merkl: un jurista tan citado como desconocido”, *Revista de Administración Pública*, núm. 146, Mayo-Agosto, 1998, pp. 419-428.

¹³⁰ Hoy día, la mayor parte de la academia jurídica acepta una faceta política tanto de la norma constitucional, como del TC, lo que ha generado varios interrogantes frente a este órgano: ¿es posible encauzar el carácter político de los TC? Algunos señalan, con gran eco, que la teoría de la argumentación es la mejor opción (por ejemplo: Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, CEC, 1989). Otros, por el contrario, se muestran más pesimistas, señalando que los TC pueden terminar por doblegar lo jurídico ante los intereses político-económicos que estos órganos defienden (podrían enlistarse cientos de autores en esta línea, pero para ilustración del lector sugerimos: Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996). Incluso, hay quienes plantean la necesidad de volver a la distinción entre lo jurídico (normas jurídicas tipo reglas y principios), lo político (directrices) y lo axiológico (valores), como forma de limitar la actividad política del TC (como lo propone, verbigracia: Estrada, Sergio, “Filosofía del derecho y neoconstitucionalismo”, en Botero, Andrés (Coord.), *Filosofía del derecho*, Medellín, Universidad de Medellín,

Por último, no puede pasarse por alto en esta breve enunciación de lo dicho por Kelsen en torno al positivismo como derecho válido, que el ordenamiento adquiere, a su vez, su validez, su estatus, en tanto es fruto del Estado de derecho. Claramente para el autor austriaco no hay dualidad ni oposición posible entre derecho y Estado, en la medida que el primero regula al segundo, y el segundo crea al primero, a la vez que le da coactividad.¹³¹ Sin embargo, el modelo de Estado que Kelsen tiene en ciernes va mucho más allá del Estado liberal decimonónico, pues en él se sientan las bases del Estado constitucional, en la medida que la ley deja de ser la principal fuente de derecho.

Pasando a su rechazo al positivismo ideológico, es claro que Kelsen no puede ser considerado como tal, mucho menos como un exégeta, por las siguientes razones: i) Parte de que la norma jurídica siempre debe ser interpretada y que aplicación y creación del derecho son dos caras de la misma moneda, aspecto que rechazaría el ideario teórico de la exégesis. ii) Considera que el juez es, además de un interpretador del derecho, un creador del mismo y un determinador de los diferentes sentidos que la norma puede tener. iii) Rechaza, dentro del ámbito de la ciencia jurídica, cualquier vinculación entre ideología con derecho, de forma tal que no puede considerarse en el plano científico-jurídico cualquier afirmación que crea que la norma, por ser fruto de un proceso democrático, es justa y sabia. iv) Al ubicar la constitución (validada formalmente por una norma hipotética fundamental o por una ficción inverificable, pero materialmente por una revolución o por otra constitución precedente), por encima de la ley se enfrenta a cualquier legicentrismo decimonónico, aunque él siga siendo un estatista, postura que se ve incluso respaldada por la férrea defensa que el austriaco hace de los TC como órganos de control del sistema representativo (es decir, órganos contra-mayoritarios pues deben controlar las decisiones del parlamento, que es elegido por las mayorías y actúa conforme al principio de mayoría). v) Cuando plantea que el derecho no se agota en la ley, también afirma que no todas las normas positivas son generales, por lo que existen normas positivas personales y concretas, lo que contradice lo defendido en su momento por el positivismo decimonónico: si la ley es la norma jurídica por excelencia en tanto es la misma para todos, esta solo

2012, pp. 511-574). En fin, este es uno de los grandes debates jurídicos contemporáneos, que involucra, por tanto, una gran cantidad de autores y estudios que aquí no podemos enlistar.

¹³¹ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, pp. 291-321.

puede ser general, impersonal y abstracta. vi) Considera la igualdad formal (fundamento de la voluntad liberal) como un principio ideológico que busca la legitimación del sistema político existente, sea cual fuere,¹³² a pesar de ser este un valor crucial en la configuración del modelo positivista del Estado liberal. vii) Señala que la seguridad jurídica y la certeza del derecho, supuestos frutos del positivismo ideológico, son otra ideología rechazable por la TPD, en tanto no hay una interpretación correcta o un único sentido de la norma.¹³³

En estos momentos, sin creer que conocemos bien a Kelsen, pues apenas le hemos dado un vistazo general, podríamos recalcar el sentido de su estatalismo que es bien diferente al del positivismo decimonónico; es decir, aparecen en escena con este autor las bases de un positivismo internacionalista, de un lado, y constitucionalista, del otro. Frente al primer aspecto, el internacionalismo de Kelsen, este concibe al derecho internacional como derecho positivo en sentido estricto, a la vez que la base del sistema jurídico estatal:

... una norma del derecho internacional general faculta a un individuo, o a un grupo de individuos, con fundamento en una constitución eficaz, a producir y aplicar un orden coactivo normativo, en tanto gobierno legítimo; esa norma legítima así al orden coactivo, para el dominio territorial en que cuenta con fáctica eficacia, como orden jurídico válido, y a la comunidad constituida mediante ese orden coactivo, como un Estado en el sentido del derecho internacional; sin atender a que ese gobierno haya logrado el poder conforme a una constitución ya existente o por vías revolucionarias. Ese poder tiene que ser visto, según el derecho internacional, como un poder jurídico. Ello significa que el derecho internacional legitima la revolución triunfante como un procedimiento de producción de derecho.¹³⁴

Y la norma fundante básica del derecho internacional, que “es el fundamento de validez mediato del orden jurídico estatal”,¹³⁵ es igualmente una norma presupuesta basada en la costumbre de los Estados que reza así: “los Estados —es decir, los gobiernos estatales— deben comportarse en sus relaciones recíprocas, o bien la coacción de un Estado contra otro, debe ejercerse bajo las condiciones y en la manera que corresponda conforme a una costumbre interestatal dada”¹³⁶. Entonces, el derecho internacional fundamenta la validez de los sistemas jurídicos nacionales, asunto que se deno-

¹³² *Ibidem*, pp. 105-117 (parágrafos 23-25).

¹³³ *Ibidem*, pp. 349-356 (parágrafos 45-47).

¹³⁴ *Ibidem*, pp. 226 (parágrafo 34, h).

¹³⁵ *Ibidem*, p. 226.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 227.

mina monismo internacionalista, pero sin llegar al extremo de considerar que una norma nacional violatoria de otra internacional es, por este mero hecho, inválida de forma inmediata, en tanto que Kelsen considera que la norma estatal debe presuponerse (presunción *iuris tantum*) como respetuosa del derecho internacional hasta que no sea declarada nula por el órgano competente.¹³⁷ Todo esto implica, *prima facie*, considerar que el positivismo no se agota en el estatismo, llegando así a esferas internacionales,¹³⁸ pero igualmente, aunque así no lo pareciera, también conlleva para el momento histórico en el que vive el autor que comentamos un reforzamiento de la teoría estatista, con los matices ya vistos, puesto que el Estado, como conjunto normativo, no solamente es válido en virtud de su propia norma fundamental, sino también gracias al derecho internacional a pesar de que este tenga su propia norma básica que no es otra cosa que la propia costumbre de los Estados en sus relaciones con otros Estados.

En lo que atañe al segundo aspecto, el constitucionalismo contemporáneo, nada mejor que seguir las enseñanzas de Costa.¹³⁹ Según la clara lectura de este autor italiano, Kelsen intentó con su TPD superar la dualidad de voluntad-Estado y razón-derecho(s) basado en los siguientes motivos: i) En Kelsen el Estado y el derecho se unifican en el concepto mismo de ordenamiento jurídico. ii) La ley, expresión de la voluntad de las mayorías representadas en el parlamento, deja de ser soberana mientras que la soberanía ya radica en una constitución que fundamenta al derecho, inclusive a la ley. Por tanto, la voluntad de la ley está sometida a la razón de la constitución –respaldada por la acción garante de un TC– que es, entre otras, la que consagra los derechos de los individuos, de manera tal que ya no es el Estado mediante la ley el que consagra y limita los derechos, sino que es el Estado mediante la constitución el que cumple tal fin. iii) Si aplicar y crear son dos caras de la misma moneda, la voluntad, asociada a la capacidad de

¹³⁷ Por tanto, es un monismo internacionalista moderado. Cfr. Valencia Restrepo, Hernán, *Derecho internacional público*, 3ª. ed., Medellín, Comlibros, 2008, pp. 144-145.

¹³⁸ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 16, pp. 44-46. Para este autor, el positivismo, especialmente el metodológico, no se agota en una teoría estatal del derecho, lo que queda en claro cuando se alude al derecho internacional. En este sentido, la identificación del positivismo con el estatismo obedece más a razones históricas, por lo que es posible que, en un futuro, el Estado deje de ser la principal fuente de normas aplicadas por los juristas como vigentes sin que ello implique la negación del positivismo.

¹³⁹ Costa, Pietro, *op. cit.*, nota 17, pp. 253-257. Igualmente, ver la reseña analítica de este texto, en Botero, Andrés, *op. cit.* nota 17, especialmente pp. 31-34.

creación y la razón relacionada con la capacidad de declaratoria o aplicación pasan a ser, igualmente, fenómenos perfectamente compatibles.

Sin embargo, sigue en su análisis Costa,¹⁴⁰ el estatismo-constitucionalista de Kelsen, que deja clara una postura política a pesar de su pretendida neutralidad científica, presenta algunos riesgos a punto tal que los discursos autoritarios solo tendrían que afinar un poco más sus estrategias para lograr su cometido pero sin tener que llegar a renunciar a su meta. Y es que si bien la voluntad de la ley se subordina a la razón de la constitución, esta última puede ser fruto de manipulación política (voluntad) por las mayorías, ya no representadas en un parlamento sino camufladas como poder constituyente. De esta forma, se corre el riesgo de autoritarismo si fuerzas despóticas se apoderan, aprovechándose del parlamento (cuando este es poder constituyente derivado) o de los mecanismos populares de reforma (poder constituyente primario), de la propia constitución. A esto se suma, obviamente, que Kelsen, por su convicción positivista, no cree en contenidos intocables, indecibles, puesto que ello implicaría aceptar objetividades ideológicas en lo que puede ser dicho o no como derecho, por tanto, cualquier contenido puede llegar a ser derecho, incluso constitución. Esta ausencia de contenidos con validez jurídica *a priori*, como sí lo sostendría un iusnaturalista, facilita aún más que las mayorías autoritarias puedan modificar la constitución según su propia voluntad, por lo que los derechos no encuentran un límite claro de protección y la razón, una vez más, está en amenaza.

Para finalizar nuestro resumen de la TPD podemos remontarnos, a la vez que complementamos, lo escrito por Guibourg¹⁴¹ para quien son doce las ideas principales allí expresadas: 1) El derecho es un orden coactivo de la conducta humana, por lo cual no es un fenómeno natural, sometido a la causalidad, sino uno cultural, sometido a la imputación. 2) Una verdadera ciencia jurídica solo puede considerar las normas jurídicas positivas, aunque los enunciados de la ciencia jurídica no son iguales a los enunciados normativos. 3) Estas normas pueden ser legisladas, es decir, de creación estatal, o consuetudinarias. Pero incluso la costumbre adquiere su fuerza normativa gracias al propio Estado, dado que es este, mediante sus normas, quien señala el proceso mediante el cual una costumbre pasa a ser válida jurídicamente. Así las cosas, a pesar del reconocimiento de la costumbre como fuente de normas, esto no se opone a la afirmación kelseniana de que

¹⁴⁰ Costa, Pietro, *op. cit.*, nota 17, pp. 253-257.

¹⁴¹ Guibourg, Ricardo A, *op. cit.*, nota 14, pp. 16-19.

el Estado y el derecho se identifican entre sí. 4) La validez es el modo específico de existencia de las normas jurídicas. 5) La eficacia es diferente de la validez. La eficacia puede darse por el cumplimiento de la obligación (eficacia primaria) o por vía de la aplicación de la sanción para quien incumpla con la obligación (eficacia secundaria). 6) El ordenamiento jurídico es escalonado o jerárquico, y puede representarse gráficamente como una pirámide, para el pensamiento tradicional, o como redes de relaciones sistémicas entre normas con valor diferenciado entre sí, para posturas menos ortodoxas. Sin embargo, lo importante es que las “normas de un orden jurídico (...) no configuran un conjunto de normas válidas situadas una al lado de otra, sino una construcción escalonada de normas supra y subordinadas”.¹⁴² 7) La jerarquía nace de una derivación dinámica, donde la norma superior valida la inferior. De esta forma, la jerarquía otorga unidad al ordenamiento. 8) El vértice de la pirámide, el fundamento de la constitución, sería una norma hipotética fundamental, si nos atenemos a lo dicho en la obra *Teoría pura del derecho* o una ficción jurídica, si seguimos sus últimos escritos. En el primer caso, la norma básica sería una norma estrictamente jurídica, supuesta y neutra, una hipótesis necesaria para poder darle unidad coherente lógicamente al ordenamiento. Sin embargo, en 1963, Kelsen señaló que si toda norma es el fruto de una voluntad, la norma básica no puede ser una norma jurídica en sentido estricto puesto que es un mero presupuesto del pensamiento. En consecuencia, la norma básica sería a lo sumo una norma ficticia, dada por una voluntad ficticia. Además, replanteó el carácter hipotético que le atribuyó inicialmente a la norma básica fruto de replantear el concepto mismo de hipótesis: si por hipótesis se entiende algo que puede ser demostrado pero que aún no lo ha sido, la norma básica no puede ser hipotética puesto que no puede ser verificada en ningún momento, justo por su carácter ficcional. Sin embargo, la renuncia a la “norma hipotética fundamental” no implicó una renuncia general de su teoría positivista; incluso puede considerarse como una precisión menor, puesto que Kelsen sigue considerando que el fundamento de la constitución es una norma (jurídica o ficticia) presupuesta, sin contenido alguno e inverificable.¹⁴³ Y esto debe ser así, ya que si la norma que valida

¹⁴² Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, p. 208.

¹⁴³ Ya Kelsen se había planteado desde muy temprano el tema de las ficciones jurídicas: Kelsen, Hans, “Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas con especial énfasis en la filosofía del “como si” de Vaihinger” (1919), en Kelsen, H., Fuller, L. F. y Ross, A., *Ficciones jurídicas*, México, Fontamara, 2003, pp. 23-56. Sobre el cambio de postura de 1963,

la constitución fuese política, el sistema no podría ser neutro políticamente ni mucho menos podría dar lugar a una dogmática pura. En consecuencia, la norma fundante, que es una suposición del jurista, es neutra, para que así el derecho y la jurisprudencia (ciencia) puedan ser puros. 9) Si bien validez y eficacia son diferentes, la eficacia general y duradera es condición necesaria aunque no fundamento de la validez, tanto de una norma como del ordenamiento jurídico. 10) Por tanto, una norma puede perder validez por el desuso, condición a priori que no puede ser desechada por el legislador. 11) Los jueces crean derecho necesariamente en tanto interpretan. 12) Los jueces eliminan los posibles conflictos entre normas, pero la contradicción es inevitable, por lo que la certeza y la seguridad jurídicas son meras ideologías pero no realidades del sistema.

Continuando con nuestro pequeño estudio de Kelsen, solo falta mencionar que, dado el tamaño que cobró su obra, sobre él se ha gestado primeramente una leyenda blanca, blanquísima, que generó mucho daño en la comprensión de sus ideas. Efectivamente, a mediados del siglo XX y especialmente en América Latina,¹⁴⁴ Kelsen fue observado como un objeto de culto, pero dicha mistificación trae un efecto relevante: sus ideas fueron re-adaptadas a los gustos del lector. Había que ser kelseniano a toda costa, lo que exigía trasplantar en él aquello que gustaba al lector, o interpretar de forma muy extensiva apartados de su obra, para de esta manera lograr considerar como *obvios* los dogmas propios fruto de eliminar todo aquello que estorbaba en su teoría. La teoría pura ya no era tal, sino impura.¹⁴⁵

Como reacción a esta mistificación está apareciendo, cada vez con mayor fuerza, una leyenda negra que le achaca a Kelsen los males de la sociedad contemporánea o lo interpreta como si este hubiese sido un exégeta o, peor aún, un legitimador del nazismo. Solo, para poner un ejemplo, en una

véase: Ross, Alf, *Lógica de las normas* (1967), trad. de José S.P. Hierro, Madrid, Tecnos, 1971. pp. 146-147.

¹⁴⁴ Kelsen tuvo una notable influencia en América Latina, lo que motivó un viaje suyo a Argentina en 1949 (véase: Sarlo, Oscar, “La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949. El “frente sur” de la teoría pura”, *Ambiente jurídico*, Manizales, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Manizales (Colombia), núm. 12, 2010, pp. 401-425; además, la nota de pie de página 182), y otro a México en 1960 (Flores, Imer B., *Una visita a Hans Kelsen en México*, Documento de trabajo núm. 169, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012). Para el caso de Colombia, ver: López, Diego, La teoría..., *op. cit.*, nota 71. González Zapata, Julio, “Hans Kelsen en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia” en Montoya Brand, Mario y Montoya Restrepo, Nataly (Eds. y Comps.), *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín, Eafit, 2011, pp. 227-237.

¹⁴⁵ Este proceso de re-adaptación, fruto de una leyenda blanca, exagerada, que se gestó sobre el autor, fue bien analizado por: López, Diego, La teoría..., *op. cit.*, nota 71.

reciente conferencia del profesor Mario Bunge, denominada “Elogio de la sistémica”, pronunciada el 27 de agosto de 2011, se oyó decir que “el positivismo jurídico (aludiendo a Kelsen), a diferencia de la doctrina del derecho natural, sirve al *statu quo* al igualar justicia con legalidad. No en vano el positivismo jurídico fue la filosofía jurídica oficial tanto en la Alemania nazi como en la Unión Soviética”.¹⁴⁶

En fin, caemos ahora en una leyenda negra de Kelsen que hace énfasis en tres aspectos que o parten de exageraciones injustificadas en la academia, o nacen del desconocimiento de la obra del autor austríaco, o son simplemente fruto de la necesidad de achacar las culpas propias a otro para aliviar cargas de conciencia. En este sentido, apoyándonos en García Amado,¹⁴⁷ son fundamentalmente cuatro las falsedades que se oyen en dicha leyenda negra de la TPD: 1) que es una extensión del positivismo decimonónico, por lo que sostiene que el juez subsume, aplica mecánicamente la norma; 2) que confunde derecho con moral, por lo que invita a la obediencia al derecho válido pues este es bueno, asunto que señalaba el positivismo ideológico del que ya se habló; 3) que la pureza metodológica acarrea la defensa del derecho injusto; 4) que es una teoría propia del autoritarismo estatalista, por lo que se prestó con facilidad a los designios nazistas (y, agregamos, estalinistas).

Para responder estas críticas de la leyenda negra, ya comunes en escenarios anti-positivistas, podría citarse al propio Kelsen:

Pero con no menor frecuencia cabe oír que la *Teoría pura del derecho* no estaría de manera alguna en condiciones de satisfacer sus exigencias metódicas básicas, siendo ella misma nada más que la expresión de una determinada actitud axiológica política. Pero, ¿cuál? Los fascistas la explican como un liberalismo democrático; los demócratas, liberales o socialistas, la tienen por una avanzada del fascismo. Desde el lado comunista es descalificada como ideología del estatismo capitalista; desde el lado del capitalismo nacionalista, es descalificada como un craso bolchevismo o, de pronto, como un disimulado anarquismo. Por su espíritu —aseguran algunos— estaría emparentada con la escolástica católica, mientras que otros creen reconocer en ella las notas características de una doctrina protestante del Estado y del derecho. Y tampoco faltan aquellos que quisieran estigmatizarla como atea. En suma: no hay orientación política alguna

¹⁴⁶ Agradezco al profesor Ernesto Grün (Universidad de Buenos Aires), el envío de la ponencia del maestro Bunge. El texto entre paréntesis es nuestro.

¹⁴⁷ García Amado, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 21, p. 20.

de la que la *Teoría pura del derecho* no haya sido sospechada. Pero justamente ello demuestra, mejor de lo que yo podría hacerlo, su pureza.¹⁴⁸

Agréguese que la teoría de la justicia de Kelsen no es, en modo alguno, su igualdad con la ley; por el contrario: su pretensión era la separación entre lo que es válido jurídicamente con lo que es justo moralmente, entendiendo pues que la justicia es fundamentalmente lo que un individuo (subjetivismo) y una cultura (relativismo) construyen e interpretan como justo.¹⁴⁹ Entonces, dado que científicamente no es posible determinar un contenido objetivo ni universal de la justicia, la mejor alternativa moral termina siendo la tolerancia, y la decisión política óptima sería la democracia,¹⁵⁰ pero no cualquiera sino aquella alejada del absolutismo.¹⁵¹ De esta manera, Kelsen se separa del iusnaturalismo, pero también del positivismo decimonónico que creía que lo que el Estado hace, en tanto representa al soberano, es justo *per se*.

Recuérdese, además, que Kelsen fue expulsado de la Alemania nazi¹⁵² por su ascendencia judía y por su clara defensa de la democracia, del relativismo ético y del pacifismo,¹⁵³ y fue prohibida su obra en los estudios de

¹⁴⁸ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, p. 9 (Prólogo a la primera edición).

¹⁴⁹ Las opiniones de Kelsen sobre la justicia están presentes en: Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?* (1953), trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2001. Como era de esperarse, este texto mereció una réplica fuertísima de: Ross, Alf, *Nota al libro de Kelsen ¿Qué es la justicia?* (1957), trad. de Genaro Carrió, en Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. de Genaro Carrió y Osvaldo Paschero, Buenos Aires, Centro editor de América Latina, 1969, pp. 33-46. Ross [1899-1979] le critica a Kelsen que es un iusnaturalista camuflado, que no hay pauta lógica posible para responder por la esencia de un valor, que confunde la justicia con la aspiración moral de un mejor derecho, que es ambiguo en su conceptualización de la justicia, que termina por defender valores generales como la tolerancia a partir de su propuesta científica, etc.

¹⁵⁰ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 149, pp. 75-83 (capítulo IX).

¹⁵¹ Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, trad. de Rafael Luengo y Luis Legaz, Granada, Comares, 2002.

¹⁵² Fue destituido de su cargo de profesor en la Universidad de Colonia poco tiempo después de que Hitler tomara el poder en 1933. Sabía que tenía que salir de Alemania rápidamente, lo que pudo hacer gracias a las gestiones y los contactos ofrecidos por un “desconocido empleado subalterno de la administración de la universidad” quien fue, literalmente, el que le salvó la vida. Ver el relato de: Kelsen, Hans, *Autobiografía*, trad. de Luis Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 150-153.

¹⁵³ Kelsen, Hans, *La paz por medio del derecho* (1944), trad. de Luis Echávarri, Buenos Aires, Losada, 1946. La paz se lograría si los estados se someten al derecho internacional garantizado por un tribunal de justicia permanente. Pero, ¿al suponer un fin político-moral del derecho internacional no se cae en contradicción con la TPD? Al respecto, ver: Ramírez, Gonzalo, “La paz perpetua de Kant y el pensamiento de Kelsen sobre el pacifismo”, en

derecho nazis, estudios más cercanos a iusnaturalismos y metafísicas raciales y ultranacionalistas que al propio positivismo. De esta forma, García Amado¹⁵⁴ sugiere que la mala fama de Kelsen como nacional-socialista tal vez se deba a que él fue escogido por varios de sus antiguos adversarios (iusnaturalistas y nazistas), después de la Segunda Guerra Mundial, como el chivo expiatorio para proyectar sobre dicho autor las culpas propias, pues no hay nada mejor para alivianar nuestra conciencia que considerarnos víctimas del otro. Aunque no se puede negar que Kelsen con su propuesta de Estado constitucional si bien logró concebir a un legislador controlado, no impidió que las mayorías siguiesen gobernando a su antojo, ahora entendidas como poder constituyente, poniendo en riesgo los derechos, tal como lo explicó Costa en páginas anteriores. Por último, si se reconociese al sistema jurídico nazi como uno válido, esto no significaría para la TPD, justo por su pureza metodológica, que acepte que dicho sistema sea justo; tampoco supondría que defienda que dicho sistema deba ser obedecido, puesto que la “eficacia de un orden coactivo que se reconoce como derecho”¹⁵⁵ es un asunto característico del poder político y no de la ciencia del derecho.

Frente al supuesto apoyo ideológico de Kelsen a la dictadura estalinista habría que recordar que él fue un autor rechazado por los primeros teóricos del marxismo jurídico como Stucka [1865-1932] y Pashukanis [1891-1937],¹⁵⁶ al ser calificado despectivamente como expresión erudita del decadente sistema jurídico capitalista-burgués. Además, el normativismo llega a la URSS por medio de Vyshinsky [1883-1954],¹⁵⁷ quien polemiza constantemente con Kelsen,¹⁵⁸ entre otras cosas, por la separación que este

Ramírez Cleves, Gonzalo (ed.), *Ecos de Kelsen: Vida, obra y controversias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 507-535.

¹⁵⁴ García Amado, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 21, pp. 34 y 86-87.

¹⁵⁵ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 124, p. 227. Para la TPD la validez de un ordenamiento jurídico requiere un mínimo de eficacia (*Ibidem*, p. 49); no obstante, del juicio de validez no se deriva una defensa a la eficacia de ese derecho, pues esto último es un juicio político.

¹⁵⁶ Para lo cual sugerimos: Pashukanis, E.B., *La teoría general del Derecho y el marxismo* (1924), trad. de Carlos Castro, México, Grijalbo, 1976. Especialmente, a nuestro modo de ver, el capítulo II (pp. 55-69).

¹⁵⁷ Al respecto, puede leerse: López Calera, Nicolás María, *Filosofía del Derecho*, Granada, Comares, 1985, pp. 41-64 (capítulo II). Igualmente, Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Marxismo y filosofía del derecho*, México, Fontamara, 2004, pp. 65-91.

¹⁵⁸ Sobre la disputa de Kelsen con el marxismo, véase: Ruiz Manero, Juan, “Sobre la crítica de Kelsen al marxismo”, en Correas, Óscar (comp.), *El otro Kelsen*, 2ª. ed., México,

último plantea entre sociología y derecho, aunque es clara la influencia de este sobre aquel. No obstante, el normativismo de Vyshinsky lejos está de ser una TPD, especialmente por su marcada defensa de la ideología comunista que lo llevó a exaltar el derecho estatal soviético y a rechazar el derecho estatal de cualquier otro sistema político, lo que deja en claro el marcado ideario político que es, en últimas, el que determina cuál sistema jurídico-estatal es válido y cuál no lo es.¹⁵⁹ “El papel de Vyshinski consistió en persuadir a los soviéticos de que el designio supremo de los marxistas no radicaba en desembarazarse del Estado, sino en construir un Estado socialista poderoso”.¹⁶⁰ En el fondo se trata de la defensa de la voluntad del Estado soviético en momentos de fuerte dictadura, y de su derecho a legislar (voluntad sobre razón), lo que suponía la exigencia de que el derecho, si es comunista, debe ser obedecido en tanto es legítimo, pero si es fruto de un Estado capitalista se convierte, automáticamente, en una dominación de clase. Pero incluso, aceptando para el debate que la TPD fue un instrumento del estalinismo, ¿hasta dónde responde un autor de una teoría general descriptiva por los usos políticos particulares que de ella se hicieron? ¿Esto no podría ser una forma de eludir o disminuir la responsabilidad de quienes planearon y realizaron tales usos concretos?

Y sobre las críticas que lo identifican con la exégesis, solo cabría decir dos cosas: la primera es que, como ya lo vimos, la TPD es, claramente, una

UNAM y Coyoacán, 2003, pp. 123-178. Para comprender mejor el debate con Vyshinsky: *Ibidem*, pp. 163-166.

¹⁵⁹ “Durante el primer período de existencia de la Unión Soviética, los juristas de esta fieles a aquella concepción, encabezados por Stutschka y Paschukanis, definieron el derecho, sin recurrir al concepto de norma, como un agregado de relaciones sociales específicas. De este modo se opusieron abiertamente a la doctrina jurídica normativista, discriminada por ellos como “teoría burguesa” (...) Pero cuando el derecho y el Estado soviéticos, después de haber repudiado totalmente la economía capitalista, lograron estabilidad, dentro de la teoría jurídica se produjo un radical viraje. Bajo la égida de Vyschinsky, a partir de entonces el más importante de los juristas rusos, volvióse a la teoría normativista, y el derecho fue nuevamente definido como un sistema de normas. Los juristas que por su fe en la sociología marxista habían rechazado la teoría normativa, motejándola de ideología burguesa, fueron estigmatizados como enemigos del pueblo. Esto no obedeció, como es obvio, a razones científicas, sino políticas (...) Esto significa que, tan pronto como desaparecen las razones por las que el derecho es rechazado, no hay ya ninguna necesidad de cerrar los ojos ante su carácter normativo”. Kelsen, Hans, “Teoría Pura del Derecho y Teoría Ecológica: respuesta al artículo de Carlos Cossio: ‘Teoría Ecológica y Teoría Pura (balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)”, trad. de Eduardo García Maynez, en *La Ley*, Buenos Aires, año 2, núm. 7, Agosto de 2001, p. 13 (pp. 1-19).

¹⁶⁰ Jhonson, E.L., *El sistema jurídico soviético*, trad. de J. R. Capella y J. Cano Tembleque, Barcelona, Península, 1974, p. 103.

teoría crítica ante el positivismo ideológico; la segunda es que no podemos caer en la facilidad que implica reducir un género a su especie más débil, esto es, reducir el positivismo a la exégesis, movimiento criticado con buenas razones desde el propio siglo XIX, para poder doblarlo.

No obstante, por fuera de los apasionamientos que genera la leyenda, blanca o negra, la teoría kelseniana ha recibido críticas fuertes de las que solo podremos enunciar, y rápidamente, las que consideramos más importantes. La primera es que Kelsen parte de un paradigma científico ya superado: la fragmentación. La idea kelseniana de la separación de los discursos científicos, en estancos, se encuentra bastante cuestionada en momentos en que la complejidad y la sistémica revolucionan el campo de las ciencias.¹⁶¹ Entonces, la fragmentación, la especialización del conocimiento jurídico (enfocado en normas positivas) otorga como ventaja una simplificación, fruto de la reducción de la complejidad del fenómeno (pues el derecho está en íntimo contacto con la cultura y, por ende, con muchos órdenes que impiden verlo solo como ordenamiento normativo), pero tiene como desventaja que reduce las posibilidades de comprensión de lo que se investiga. Así, la TPD lleva a privilegiar en el estudio del derecho la explicación analítica (que implica un estudio exhaustivo de la parte) sobre la comprensión hermenéutica (que supone un estudio de las relaciones entre las partes y de estas con el todo que las integra). De esta forma, si se desea tener una noción de cómo el derecho se relaciona con otros órdenes o cómo funciona en la realidad social, la TPD no ofrece mayores herramientas para comprender tal complejidad. Y justo en estos momentos, en las ciencias sociales y humanas, cobra mayor importancia la comprensión de un fenómeno que su explicación.¹⁶² No obstante, esta crítica no se hubiese podido hacer durante buena parte del siglo XX, momentos en los cuales la fragmentación constituía el eje epistemológico central de la ciencia en Occidente.

Y siguiendo con lo poco permisiva que es la TPD para permitir comprender la complejidad del derecho, encontramos una segunda crítica: Kelsen, por el afán de hacer de la TPD una teoría general aplicable a dife-

¹⁶¹ Para mayor información, ver las críticas que se han hecho a la fragmentación de las ciencias y su incidencia en el discurso científico contemporáneo, Botero, Andrés, “Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica”, en Botero, Andrés, *Ensayos jurídicos sobre Teoría del Derecho*, Buenos Aires (Argentina), Universidad de Buenos Aires y La Ley, 2010, pp. 86-123.

¹⁶² Sobre la distinción entre explicar y comprender, véase: Wright, Georg, *op. cit.*, nota 85, capítulo 1, “Dos tradiciones”.

rentes modelos jurídicos, pretende, a toda costa, la uniformidad en categorías básicas de las complejidades de los sistemas jurídicos por él conocidos. No obstante, esta crítica va mucho más allá de la comúnmente señalada de que Kelsen pretendió elaborar una teoría general basada en experiencias jurídicas nacionales, asunto que reconoció el propio padre de la TPD cuando dice, verbigracia, que la teoría de la unidad entre derecho y Estado le surgió del análisis del sistema austríaco, por tanto, dado que “esa teoría del Estado es una parte esencial de la *Teoría pura del derecho*, a esta puede considerársele como una teoría específicamente austríaca”.¹⁶³ Pero el hecho de que una idea surgiese de una experiencia particular no implica que no pueda llegar a ser general, siempre y cuando dicha idea sea aplicable a otros sistemas diferentes del que le dio origen. De lo que se trata en esta segunda crítica es que la TPD, y en no pocos casos, por la pretensión de uniformidad puede llegar a ignorar o invisibilizar las diferencias y las particularidades de los diferentes sistemas, deformando así la existencia compleja de las familias jurídicas. ¿Hasta qué punto es posible reducir todo sistema jurídico, sin deformarlo, a unas categorías básicas poder plantear con base en ellas una teoría general aplicable a todos o casi todos los sistemas jurídicos? ¿Esto no supone perder la riqueza de las especificidades? Un ejemplo de ello lo constituye la disputa en torno a las normas incompletas o independientes. Kelsen considera, inicialmente, que toda norma implica una sanción, esto es, una prohibición fundada en una amenaza, pero ¿qué hacer entonces con aquellas normas propias de sistemas jurídicos basados más en el principio de colaboración que en el de prohibición, que no sancionan sino que permiten o autorizan algo o que informan sobre cómo obtener un resultado? Kelsen, para poder mantener la uniformidad de su modelo, las considera como normas incompletas o no independientes que solo se vuelven plenas una vez puedan articularse con una sanción, con una coacción. De esta manera, en vez de reconocer que no todas las normas obedecen a la misma estructura y a la misma función social (represión), termina por uniformarlas considerando el derecho como “una reacción contra lo ilícito”¹⁶⁴ y no como una forma de propiciar lo lícito, todo lo cual le valió sendas críticas en especial de los iusfilósofos anglosajones, como Hart (ver la nota 181 de pie de página).

En tercer lugar, la neutralidad del científico ha sido cuestionada justo a partir de las teorías constructivistas en la psicología y de la intencionalidad

¹⁶³ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 152, p. 120.

¹⁶⁴ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, p. 126.

en la filosofía. Las primeras señalan que el individuo, incluso el científico, construye los objetos que conoce; por tanto, ningún conocimiento es neutral ni existe tal cual por fuera de quien lo construye. Las segundas indican que la intención (como un animus social o individual) está presente en cualquier acto cognitivo, lo que hace que los resultados cognitivos, incluso los científicos, no dejen de ser resultados parciales y relativos, puesto que el objeto conocido no puede separarse del sujeto intencionado que conoce, todo lo cual es defendido por autores como Brentano [1838-1917], Husserl [1859-1938], Heidegger [1889-1976], entre otros. Así las cosas, ¿es posible partir de la neutralidad en el acto de conocimiento? Incluso, ¿es viable sostener que se debe ser neutral al momento de conocer para que dicho acto sea considerado como científico? Aquí hay que distinguir entre la objetividad como idea regulativa, y la neutralidad como posibilidad real en el conocimiento. El científico debe (y esto es parte de su compromiso ético) buscar ser lo más objetivo posible, lo que es un asunto de grado, pues la objetividad absoluta no existe en el mundo posible; pero es imposible que sea neutral, puesto que sus prejuicios, su historia, son la medida de sus acciones, y conocer es, ante todo, una acción. Agréguese que, lógicamente, defender la neutralidad es una forma de sostener una postura política, esto es, que la neutralidad es una decisión, un acto de voluntad, y por tanto cargada de ideología (quien decide ser neutral –si es que puede– opta políticamente por la neutralidad). Sin embargo, habría que matizar esta crítica señalando que Kelsen, por su orientación kantiana, considera que es la razón jurídica expresada como TPD, mas no el científico desde sus contextos particulares, quien debe construir el objeto a ser conocido a partir de categorías trascendentales que, por tal, son generales a todos los sistemas jurídicos. De esta forma Kelsen rechaza tanto el objetivismo puro – como aquel que considera que hay normas jurídicas *a priori*, objetivas por ser superiores y previas a los sujetos–, como el subjetivismo radical –que parte que cualquier acto cognitivo es válido puesto que cada cual piensa diferente por lo que no existe ningún criterio validador–. El autor austríaco plantea cierto objetivismo epistemológico que es armónico con su relativismo en lo que respecta a los valores, puesto que la ciencia del derecho no puede ser cualquier cosa y el derecho positivo debe someterse –para poder ser un objeto que trascienda de los juicios subjetivos– a ciertas categorías depuradas, mientras que las valoraciones morales y políticas que no son jurídicas, por no estar sometidas a este principio objetivador, siguen estando atadas a los contextos de cada cual.

En cuarto lugar, el estructuralismo de Kelsen no es completo, puesto que en diversos momentos de su obra tiene que ceder a planteamientos realistas, como lo es reconocer que en ciertos aspectos la eficacia condiciona la validez del ordenamiento o de una norma en concreto. Es que para Kelsen es necesario, siempre, un mínimo grado de eficacia para poder considerar que un ordenamiento o una norma son válidos, pues de lo contrario operaría la revolución o el desuso: “Una norma jurídica no adquiere solo validez cuando es plenamente eficaz, sino cuando lo es en cierto grado; es decir, cuando es aplicada y acatada en cierta medida”.¹⁶⁵ Igualmente, la costumbre, para ser válida, requiere una acción repetida, general, uniforme, esto es, eficaz. Y ni hablar de la revolución como fundamento de validez de una constitución; solo una revolución eficaz puede lograr cambiar la norma hipotética fundamental o ficción que sostiene, a su vez, la constitución.¹⁶⁶ Incluso, la teoría de la “mutación constitucional”¹⁶⁷ (que se refiere al cambio del sentido de una norma constitucional sin que se modifique el texto de la misma, fruto, por ejemplo, de la variación del significado de alguna palabra a lo largo del tiempo), que Kelsen acepta como algo constatable no solo en el derecho constitucional sino en “todos los dominios del Derecho”,¹⁶⁸ implica que la realidad social puede modificar el significado de (las palabras de) la norma.

En quinto lugar, Kelsen apunta a un modelo estatal, puesto que el positivismo ante todo gira sobre una teoría estatal del derecho,¹⁶⁹ que hoy día

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 102.

¹⁶⁶ Al respecto, ver: Guibourg, Ricardo A, *op. cit.*, nota 14. La teoría de la “revolución” tuvo eco en muchos países. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia colombiana (Sentencia de Sala Plena del 28 de noviembre de 1957, magistrado ponente Guillermo Hernández) se declaró incompetente para pronunciarse sobre la convocatoria al plebiscito constitucional de 1957 (que dio lugar al “Frente Nacional”), alegando que dicha ella era fruto de una “revolución” que rompía con el diseño constitucional, por lo cual no podía ser juzgada jurídicamente.

¹⁶⁷ Sobre este concepto, véase: Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, trad. Pedro Cruz y Miguel Azpitarte, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 95-114.

¹⁶⁸ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado* (1925), trad. Luis Legaz Lacambra (1934), México, Editora Nacional, 1965, p. 332.

¹⁶⁹ Pero el estatalismo de Kelsen no permite, de buenas a primera, creer que estamos con dicha teoría ante la defensa y la justificación de los Estados totalitarios. Hay que tener cuidado, pues, del uso del concepto “Estado” en la TPD, tal como lo sugiere: Montoya Restrepo, Nataly, “Usos y abusos del concepto “Estado” según Hans Kelsen”, en Montoya Brand, Mario y Montoya Restrepo, Nataly (Eds. y Comps.), *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín, Eafit, 2011, pp. 135-164.

ya no sería del todo aplicable. El modelo de Estado constitucional presente en la obra kelseniana, si bien supera el Estado legicentrista y liberal del siglo XIX, se queda corto al modelo de Estado que bien se estatuye en la mayoría de las constituciones democráticas occidentales contemporáneas.

Es en este marco crítico que Grossi¹⁷⁰ dice de Kelsen:

...aunque toda su obra puede verse como un grandioso exorcismo contra el poder a través de su racionalización formal-normativa, al seleccionar el punto de vista de la norma como perno del orden jurídico, el tiempo de su producción debe ser necesariamente momento esencial, el mandato evento esencial, la coerción contenido esencial, su forma manifestación esencial, con el resultado de que el grandioso exorcismo se manifiesta como sustancialmente ineficaz, y el poder domina indirectamente pero con una presencia pesada todo el itinerario kelseniano, casi como el coro en la antigua tragedia griega.

Entonces, para Grossi, la TPD es, sencillamente, una “geometría que debía sacar fuerza de sí misma pero que brotaba de la nada y en la nada se fundaba”.¹⁷¹ Claro está que esto, en sí, no es una crítica sino un llamado de atención sobre las posibilidades de aplicación política de un modelo interpretativo de lo jurídico¹⁷² que, por su propia esencia, buscaba alejarse de juicios políticos, aunque, ¿ello es posible?

Pasamos por alto, por temas de espacio, los muchos debates que Kelsen dio a sus colegas, los cuales constituyen críticas a la teoría pura del derecho. Dejamos en manos del lector que profundice el respecto. ¿Pero cuáles son? Hacer el listado taxativo es imposible, pero creemos que los debates más relevantes para un curso de Filosofía del Derecho¹⁷³ pueden ser: i) El que

¹⁷⁰ Grossi, Paolo, *Mitología jurídica...*, *op. cit.*, nota 26, p. 49.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 49.

¹⁷² Recomendamos la lectura del positivista analítico Guibourg, Ricardo A, *Pensar en las normas*, Eudeba, Buenos Aires, 1999, pp. 91-102, quien plantea otras interesantes críticas al pensamiento de Kelsen con base en los conceptos de este último de sanción, acto ilícito, responsabilidad, obligación, derecho subjetivo, capacidad y persona.

¹⁷³ Por espacio no mencionaremos el debate con Kaufmann (cfr. Paulson, Stanley L., “Algunos aspectos de la controversia entre Hans Kelsen y Erich Kaufmann”, en Ramírez Cleves, Gonzalo (ed.), *Ecos de Kelsen: Vida, obra y controversias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 537-564) ni el que sostuvo con Stone, particularmente interesante sobre la *Grundnorm* (Stewart, Iain, “¿Coincidencia o derivación? Cuando Julius Stone acusó a Hans Kelsen de plagio”, en Ramírez Cleves, Gonzalo (ed.), *Ecos de Kelsen: Vida, obra y controversias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 565-591). Además, hay otros debates que sostuvo en planos diferentes al de la ciencia jurídica que tampoco podremos tratar (por ejemplo: Kelsen, Hans, *¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin*, trad. de Isolda Rodríguez y Joaquín Etoarena, Buenos Aires, Katz, 2006; analizado en: Uribe

sostiene con Ross, exponente del realismo escandinavo, donde este acusa al austríaco de ser un iusnaturalista solapado o un cuasi-positivista¹⁷⁴ (esto es, un iusnaturalismo camuflado, en virtud de su defensa de una norma fundamental inverificable factualmente como fundamento del sistema, idea que actúa, según Ross, como una metafísica) y por su estructuralismo sin partir del estudio de la realidad jurídica, en especial judicial. Kelsen responderá que un derecho basado en lo observado por los destinatarios y verificado por la experiencia terminará en un formalismo radical puesto que se parte de un concepto formal sin referencia alguna al contenido ni al procedimiento: norma sería aquello habitualmente obedecido independientemente de lo que establezca y de la forma en que fue elaborada. Además, señala el autor austríaco que Ross confunde validez con eficacia¹⁷⁵ a la vez que no diferencia los enunciados de la ciencia del derecho que son elaborados pensando en el futuro (enunciados sobre lo que se cree será derecho en los tribunales, esto es, el juicio de predictibilidad) con los enunciados jurídicos de las normas vigentes en el presente.¹⁷⁶ Agregamos, de nuestra parte, que si la acusación de servirse de un presupuesto lógico es algo propio de la metafísica, entonces, todo discurso que pretenda ser lógico (como la misma crítica de Ross) sería igualmente metafísico. ii) El entablado con Schmitt sobre quién debe ser el defensor de la constitución; sostiene este que la constitución no debe descansar en la acción garantizadora de un TC, pues supondría juridificar lo político y politizar la justicia, por lo que propone sea el presidente de la República alemana de Weimar (estamos en momentos de vigencia de la constitución con este mismo nombre, 1919-1933) quien asuma tal función.¹⁷⁷ iii) El que tuvo con Hold-Ferneck, quien

Álvarez, Roberth, “‘Ciencia’ contra ‘teología’ de la política. El concepto de ‘ciencia de la política’ en la reseña de Kelsen a Voegelin”, en Montoya Brand, Mario y Montoya Restrepo, Nataly (Eds. y Comps.), *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín, Eafit, 2011, pp. 207-226). Nos restringiremos a los que consideramos como los más relevantes según la interpretación tradicional en el campo de la iusfilosofía.

¹⁷⁴ Ross, Alf, El concepto..., *op. cit.*, nota 149, pp. 21-29.

¹⁷⁵ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, pp. 219-225.

¹⁷⁶ *Ibidem.*, p. 101 (párrafo 21). Otras críticas en: Kelsen, Hans, “Alf Ross: Una teoría ‘realista’ y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: sobre el derecho y la justicia”, en Casanovas Romeu, Pompeu & Moreso, Josep Joan (ed.), *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 422-455. También: Hart, H.L. A., *op. cit.*, nota 113, p. 13.

¹⁷⁷ La postura del autor austríaco se encuentra, entre otros textos, en: Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de Roberto J. Bric, Madrid, Tecnos, 1995. La del autor alemán está, especialmente, en: Schmitt, Carl, *La defensa de la constitución*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, Barcelona, Labor, 1931. Un análisis de dicho debate, llamando

considera a Kelsen como un defensor del liberalismo-burgués, por lo cual opina que el formalismo y la pretensión de neutralidad conllevan, en sí mismos, una visión material política, incluso elitista, si se observa la defensa de Kelsen por los TC, por lo que no es tan clara la separación absoluta entre deber ser y ser, de este último. También le critica el fuerte énfasis que hace en la coercibilidad del derecho, cuando considera esta característica como algo secundario. Igualmente, señala, en contra del autor austríaco, que el derecho internacional no puede ser considerado como derecho, sino como política.¹⁷⁸ iv) La que sostuvo con Hart sobre la norma fundamental (Hart afirma que el fundamento del derecho es una regla de reconocimiento socialmente verificable),¹⁷⁹ sobre la unidad del sistema normativo¹⁸⁰ y sobre la teoría de la norma, en especial si todas las normas jurídicas obedecen a la forma lógica planteada por Kelsen de un supuesto fáctico y una coacción derivada de la transgresión del imperativo jurídico.¹⁸¹ v) La que

incluso la atención sobre cómo se ha malinterpretado, en: Gianformaggio, Leticia, “El Modelo Kelseniano del Estado como Ordenamiento Dinámico, en la Teoría y la Ideología”, *Revista del Tribunal Federal Electoral*, Vol. IV, núm. 6, 1995, pp. 121-128. También: Córdova Vianello, Lorenzo, “La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt”, *Cuestiones constitucionales*, núm. 15, Julio-Diciembre, 2006, pp. 47-68. Silva-Herzog, Jesús, *op. cit.*, nota 21, pp. 9-24. Igualmente, muy interesante por la forma en que considera que dicho debate aún está vigente: Arango Rivadeneira, Rodolfo, “Kelsen y Schmitt: dos actores políticos, dos visiones del mundo”, en Montoya Brand, Mario y Montoya Restrepo, Nataly (Eds. y Comps.), *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín, Eafit, 2011, pp. 195-206.

Una última aclaración: la función de presidente en la constitución de Weimar no es la misma función (histórica, por demás) de los presidentes en los sistemas jurídico-político latinoamericanos, por lo que el paso de las teorías de Schmitt a esta última región debe ser más que cuidadosa.

¹⁷⁸ Kelsen, Hans y Hold-Ferneck, Alexander, *Lo Stato come superuomo: un dibattito a Vienna*, (a cura di Antonino Scalone), Torino, G. Giappichelli editore, 2002.

¹⁷⁹ La negativa de Kelsen frente a esta teoría se encuentra en Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, p. 229 (nota 134, parágrafo 34, i). Sobre la teoría de la regla de reconocimiento, ver: Hart, H.L.A., *op. cit.*, nota 113, pp. 125-137.

¹⁸⁰ Hart, H. L. A., “Kelsen’s doctrine of the Unity of Law”, en: Munitz, Milton & Kiefer, Howard (ed.), *Ethics and Social Justice*, Albany NY, State University of New York Press, 1968, pp. 208-270. Existe una versión en español: Hart, H.L.A. “La teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho”, en Casanovas Romeu, Pompeu & Moreso, Josep Joan (ed.), *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 383-421.

¹⁸¹ Ante las críticas de Hart, Kelsen acuñó el concepto de normas jurídicas no independientes (Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, pp. 63-70, parágrafo 6 d y e), que son normas que no tienen sanción (como lo planteó Hart) pero que deben estar en conexión con otras normas, estas sí coactivas, para poder ser parte integrante del ordenamiento jurídico. Sobre este

sostuvo, en Buenos Aires, 1949, con Cossio [1903-1987] sobre si la teoría egológica de este último era mejor o peor representante del positivismo jurídico, pues que, a sentir del iusfilósofo argentino, su teoría tenía como principal objetivo kelsenificar al propio Kelsen (esto es, superarlo sin abandonarlo).¹⁸² Será el lector quien indague sobre estos debates (que no siempre se alimentan de energías científicas, pues allí también se ponen de manifiesto tanto componentes afectivos –amistades, rivalidades, etc.– como la capacidad de influir en el mercado de las ideas), para volver así un viaje panorámico en una vivencia personal.

VII. EL FUNCIONALISMO O REALISMO

Como ya lo mencionamos, puede indicarse que el funcionalismo o realismo es una propuesta positivista, pero por sus grandes diferencias con el normativismo o estructuralismo, se le suele llamar a estos últimos, simplemente,

debate es mucho lo que se ha escrito, en especial: Bulygin, Eugenio y Moncada, Daniel, *Normas y sistemas normativo*, Madrid, Marcial Pons, 2005, especialmente pp. 11-24. Dos buenos textos pedagógicos sobre la teoría de la norma (incluso sobre la estructura de la norma y las normas jurídicas no independientes), en Robles, Gregorio, “Consideraciones sobre la teoría de la norma jurídica en Kelsen”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N° 60, 1980, pp. 47-64. García Ramírez, Julián, “Concepciones sobre la norma jurídica. Una aproximación textual”, en Valderrama Bedoya, Francisco (coord.), *Teoría del derecho*, 2a. ed., Medellín, Universidad de Medellín, 2011, pp. 171-212.

¹⁸² El debate entre Cossio y Kelsen tuvo ribetes dramáticos e, incluso, políticos tanto en la propia Argentina como en otros países (sobre sus implicaciones y contexto, ver: Sarlo, Oscar, *op. cit.*, nota 144, pp. 401-425; una buena presentación del pensamiento cossiano y su relación con la TPD, en: Cracogna, Dante, *Cossio y la Teoría Egológica del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006). Baste mencionar que Cossio, en su afán de publicidad para su propia teoría, publicó -sin permiso de Kelsen- una recopilación de las conferencias del austriaco, de conversaciones privadas en la visita que este hizo a Buenos Aires en 1949 y las réplicas del argentino (Kelsen, Hans y Cossio, Carlos, *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho: teoría egológica y teoría pura*, Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1952), que luego fue retirada de circulación por orden expresa de Kelsen. El padre de la TPD, en un texto fuerte, explicó los motivos por los que pidió el retiro de la obra y minimizó los alcances de susodicho debate (ver: Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 159 –se trata de una reimpresión del texto original publicado en la década de los 50 del siglo XX-). Este último trabajo fue traducido del alemán por Eduardo García Máynez [1908-1993], un destacado iusnaturalista mexicano, crítico de la TPD pero igualmente respetuoso del legado del maestro austriaco, quien tuvo varios debates con Cossio, en especial sobre el concepto de libertad (algo básico sobre este autor mexicano, donde se menciona el triángulo Kelsen-Cossio-García, en: Flores, Imer B, *Eduardo García Máynez (1908-1993). Vida y obra*, México, UNAM, 2007, especialmente pp. 5-21).

como “positivistas”. ¿Y por qué el realismo? Como ya pudo percibirlo el lector, el estructuralismo centra su pretensión científica, fundamentalmente, en la descripción y el análisis del derecho como un conjunto normativo que a sí mismo se valida, dejando de lado, o minimizando hasta el máximo posible, los hechos sociales que son identificados como derecho. En cambio, el realismo considera que una buena ciencia positiva sobre el derecho debe partir no tanto del discurso imperativo (la norma) sino desde los hechos sociales o psicológicos que son identificados por los individuos como “derecho”. Partir, pues, desde la realidad o desde la función social o judicial para construir, a partir de allí, el discurso científico (como una propuesta para el positivismo metodológico) y determinar el derecho válido (como propuesta para el positivismo teórico) es la pretensión que caracteriza a esta escuela.

Los realistas o funcionalistas son de variada clase. Por efectos estrictamente expositivo-pedagógicos podríamos hablar de realistas sociológicos y judiciales. Los primeros son aquellos que centran sus estudios en qué es lo que en las comunidades, más allá de los operadores jurídicos, se concibe como derecho, observando en muchos casos que los sistemas normativos que son considerados como obligatorios e, incluso, coercitivos, son bien diferentes de los sistemas normativos estatales. En este campo, hay que decirlo, brillan muchos movimientos académicos latinoamericanos que investigan por las normas eficaces en comunidades concretas, y encuentran, entre otras cosas, que el Estado no logró (y aún no ha logrado) un monopolio de la fuerza (ni siquiera de la violencia que es un tipo de fuerza) en muchas partes de los territorios,¹⁸³ vacío que es llenado por toda una variedad de organizaciones, algunas de las cuales pueden ser calificadas sin tapujo alguno como verdaderas organizaciones criminales. Es en este sentido que podría decirse que hay “justicias” para-estatales cuando la organización que ofrece un derecho y un sistema judicial de respaldo lo hace sin pretender la supresión o el rechazo abierto del Estado, y justicias contra-estatales,

¹⁸³ Siendo esto una de las características de los Estados fallidos, concepto tan caro a la teoría política contemporánea. Ver, al respecto: Rotberg, Robert I, “El fracaso y el colapso de los estados-nación: descomposición, prevención y reparación”, en Rotberg, Robert I., Clapham, Christopher y Herbst, Jeffrey, *Los estados fallidos o fracasados: un debate inconcluso y sospechoso. Estudio preliminar de Patricia Moncada Roa*, Bogotá, Siglo del Hombre editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, 2007, pp. 151-237 (especialmente pp. 225-231).

cuando las normas emitidas y el sistema judicial de respaldo se muestran como una supresión expresa de la intención monopolizadora del Estado.¹⁸⁴

Igualmente, el realismo sociológico, especialmente en sus vertientes latinoamericanas, ha logrado plantearse la función que desempeña el derecho en la sociedad, que en algunas oportunidades se muestra a sí mismo como un mecanismo de dominación y en otras como de esperanza, en una dualidad muy compleja y que explica, en mucho, la suerte ambivalente de lo jurídico en los territorios: es reclamado y, a la vez, objeto de sospecha por los mismos actores sociales.¹⁸⁵ Aquí caben, por ejemplo, muchos estudios de género sobre el marcado perfil machista de muchos institutos jurídicos,¹⁸⁶ así como trabajos críticos sobre el derecho estatal que, en la realidad social, ratifica modelos de dominación.¹⁸⁷

Ahora bien, el realismo sociológico ha recibido algunas críticas, algunas más apremiantes que otras, a saber: 1) Se centra en el estudio de lo que circula realmente como derecho, por lo cual podría llegar a suplir la “vigencia” por la “eficacia”. Derecho sería, pues, lo que es eficaz, lo que es real, pero esto supondría renunciar a un componente fundamental de toda

¹⁸⁴ Sobre el pluralismo jurídico y judicial en América Latina, puede verse: Wolkmer, Antonio Carlos, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, Bogotá, Ilsa, 2003 (este texto cuenta con una segunda edición: México, Ilsa, la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí y la Comisión Estatal de Derechos Humanos, San Luis Potosí, 2006). García Villegas, Mauricio y Rodríguez, César A (eds.), *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2003. Igualmente los trabajos recopilados en: Santos, Boaventura de Sousa y García Villegas, Mauricio (eds.), *El Kaleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Tomos I y II, Siglo del Hombre Editores, 2001. Sobre la justicia para y contra-estatal, ver: Botero, Andrés, “Diagnóstico de la eficacia del derecho en Colombia”, en Botero, Andrés, *Ensayos jurídicos sobre Teoría del Derecho*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires y La Ley, 2010, pp. 1-85.

¹⁸⁵ Sobre esta dualidad en el derecho, ver: García Villegas, Mauricio, “Apuntes sobre codificación y costumbre en la historia del derecho colombiano”, en: *Opinión Jurídica*, Colombia, Universidad de Medellín, Vol. 4, núm. 8, 2005, pp. 53-71. Igualmente, García Villegas, Mauricio, “El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia”, en Uprimny, Rodrigo, Rodríguez, César y García, Mauricio, *¿Justicia para todos?: Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006, pp. 201-233.

¹⁸⁶ Podría mencionarse, como ejemplo de los muchos trabajos escritos en español, en esta línea: Martínez Roaro, Ester, *Sexualidad, derecho y cristianismo: visión bioética desde una perspectiva de género*, 2a. ed., Instituto Cultural de Aguascalientes, 2000.

¹⁸⁷ Sobre los sistemas de dominación a partir del derecho, puede verse, por ejemplo: Ruiz, Alicia E. C., *Idas y vueltas: por una teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2001. Cárcova, Carlos María, *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998. Igualmente, Cárcova, Carlos María, “La teoría jurídica desde perspectivas críticas”, en Botero, Andrés (Coord.), *Filosofía del derecho argentina*. Buenos Aires, Temis, 2008, pp. 50-75.

norma: la motivación de conductas, el ideal del deber ser, de modificar realidades. Una norma solo sería tal cuando la conducta que motiva ya es real, y si es así: ¿qué pasa con la norma que recién es emitida invitando, por medio de la coerción, a cambiar un comportamiento social? Pues no sería derecho en tanto aún no es eficaz. 2) El realismo, si quiere ser consecuente con su planteamiento básico, debe ser descriptivo y no propositivo, pues el deber ser no es, por sí, realidad actuante. Entonces, muchos trabajos críticos, que cuestionan el derecho tal cual como es, pues no podrían ser escuelas realistas en sentido estricto, aunque partan del análisis de la función social del derecho, pasando más a ser teoría política que ciencia jurídica. 3) Desaparecen las fronteras conceptuales y, por ende, epistemológicas entre “ser” y “deber ser”; primero, al momento de determinar qué es norma (lo que es conocido como sistema de primer grado, pues alude al discurso normativo) ya que en el realismo la eficacia (con su causalidad) y la validez (con su imputación) se confunden; segundo, al momento de elaborarse un discurso científico que intente dar cuenta de lo que se entiende por derecho (esto es, segundo grado, pues alude al discurso que se elabora sobre otro discurso, el normativo) pues ya no se trata de explicar el “ser” del “deber ser” (por ejemplo, describir el sistema normativo o analizar el derecho como mandato) sino de plantear, en ciertos casos del realismo, el “deber ser” del “deber ser” (verbigracia, señalar cómo debe ser la norma o el derecho para que dejase de ser un instrumento de opresión).¹⁸⁸ En este último caso, ciertas posturas realistas terminan actuando de forma muy similar al iusnaturalismo que es, claramente, un discurso sobre cómo debe ser el discurso normativo. Todo esto, por demás, invita a reflexiones mayores sobre la cuestión de si lo que sucede fenomenológicamente es fundamento de lo que debería suceder normativamente, asunto que nos remite a la ya famosa falacia naturalista; además, así se difuminan las fronteras disciplinarias entre la sociología jurídica, la psicología forense, la teoría política y la filosofía del derecho. De esta forma, el *corpus* propio de la iusfilosofía, construida fundamentalmente en torno a los ejes del iusnaturalismo (especialmente en el siglo XIX y principios del XX) y del estructuralismo (fundamentalmente bajo la influencia de la TPD ya entrado el siglo XX) se perdería, desdibujándose toda posibilidad de identidad disciplinaria; aun-

¹⁸⁸ Sobre las diferencias entre sistema de primer y segundo grado, en las relaciones entre “ser” y “deber ser”, véase: Grün, Ernesto y Botero, Andrés, “Hacia una teoría sistémico-cibernetica del Derecho”, *Vniuersitas*, Pontificia Universidad Javeriana, núm. 117, julio-diciembre, 2008, pp. 41-64 (especialmente, pp. 51-54).

que esto último tal vez no sea una crítica si se parte de la crisis de la fragmentación de las disciplinas y la instauración de un nuevo perfil epistémico basado en la multi, inter y transdisciplinariedad. 4) Las teorías realistas terminan sustentando posturas normativistas, en tanto que la norma estatal circula socialmente, en especial entre los operadores jurídicos, como algo real y con clara operatividad, con lo cual lo que cambia es el punto de partida pero no necesariamente el punto de llegada: el derecho como ordenamiento normativo.¹⁸⁹

El realismo judicial es aquel que si bien parte del mismo sustrato sociológico del anterior, esto es, partir de hechos sociales verificables por el investigador, considera que el juez es el agente más relevante en el mundo fenomenológico del derecho, por lo cual cualquier discurso jurídico debe partir del análisis de la función judicial, no en su deber ser, sino en su realidad. Se construye, pues, una teoría sobre qué es el derecho a partir de la actividad social de los jueces, asunto que, por demás, es mucho más fácil en los modelos de *Common Law*” donde es el juez el corazón, el núcleo mismo del sistema. ¿Cómo no ser realista judicial en una familia jurídica donde la principal fuente de derecho es la costumbre judicial? Esto explica por qué el realismo judicial nace en Estados Unidos e Inglaterra como jurisprudencia sociológica, y cómo a partir de allí se forja un modelo especial de sociología jurídica,¹⁹⁰ a diferencia del mundo continental europeo y latinoamericano, donde la sociología del derecho nace y se fortalece, fundamentalmente, como una reacción en contra del normativismo imperante.¹⁹¹

Ahora bien, con ánimos expositivos, una de las mayores escuelas de realismo judicial la encontramos en el mundo anglosajón, en especial en Estados Unidos a finales del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX: el REALISMO JURÍDICO AMERICANO O ESTADOUNIDENSE. Esta escuela se funda sobre las enseñanzas de la jurisprudencia del derecho libre (por su enfoque en la actividad judicial), en las del utilitarismo (al concebir el derecho como

¹⁸⁹ Por ejemplo, Ross, un gran defensor del realismo, termina por construir una teoría de la norma, expresada en: Ross, Alf, *op. cit.*, nota 144.

¹⁹⁰ Aspecto desarrollado, entre otros, por Deflem, Mathieu, *Sociology of law: Visions of a scholarly tradition*, New York, Cambridge University Press, 2008, pp. 97-116. Igualmente, Deflem, Mathieu, “Jurisprudencia sociológica y sociología del derecho”, trad. de Andrés Botero, *Opinión Jurídica*, Colombia, Universidad de Medellín, Vol. 5, núm. 10, julio-diciembre, 2006, pp. 105-119.

¹⁹¹ Sobre las diferencias de la sociología jurídica en Estados Unidos y Europa (junto a Latinoamérica), ver: García Villegas, Mauricio, “Comparative sociology of law: legal fields, legal scholarships, and social sciences in Europe and the United States”, *Law and Social Inquiry*, 31 (2), 2006, pp. 343-382.

un instrumento para el cumplimiento de ciertos fines sociales) y en las del positivismo científico (por su afán de ser una ciencia empírica). Además, se desarrolla, inicialmente, gracias a autores que a su vez se desempeñaron como jueces (Holmes¹⁹² [1841-1935], Cardozo [1870-1938], Frank [1889-1957], entre otros) y posteriormente por los trabajos de profesores universitarios (como el caso de Pound [1870-1964] o Llewellyn [1893-1962], por citar dos casos).

Este movimiento critica al formalismo o “*Classical Legal Thought*”,¹⁹³ imperante en aquel entonces en los estudios jurídicos y en los estrados judiciales, que observaba a los jueces como sujetos sometidos al derecho, y a las sentencias como deducción lógica de las normas preexistentes. Además, se apoya en el desarrollo de las ciencias empíricas en el mundo anglosajón para estudiar cómo los jueces (que son la médula del *Common Law*) realmente sentencian, y plantea que estos no se basan exclusivamente en las normas preexistentes para tomar sus decisiones, sino que estas son fruto de múltiples causas (psicológicas, sociales, económicas, morales, jurídicas, etc.). Justo aquí podemos observar, dentro de esta escuela, dos tendencias: una radical o fuerte que señala que el juez realmente no está sometido a ninguna norma jurídica, salvo las que él, por su propia voluntad, desea acatar; y una más moderada que plantea que los jueces sí aceptan la existencia de normas jurídicas anteriores a la decisión pero las usan como una fuente más, pero ni siquiera como la más determinante en las sentencias. Entonces, para los realistas fuertes, no hay derecho vinculante anterior ni superior al juez, por lo que “ninguna ley es derecho hasta que sea efectivamente aplicada por un tribunal”¹⁹⁴ (o, como se ha hecho común oír a la tradición filosófica, “derecho es lo que los jueces digan”), y es precisamente a esta ala radical a la que se han dirigido las mayores críticas, como lo veremos más adelante. Justo por todo esto es que no puede hablarse de “un” realismo estadounidense, sino de un conglomerado de pensamientos, más o menos difusos, pero con algunas características comunes, que, a pesar de lo que puede creerse, se gestaron en una continua comunicación (ya sea para

¹⁹² Sugerimos la lectura de: Holmes, Oliver Wendell, “The path of the law”, *Harvard Law Review*, Vol. X, 1897, núm. 8, pp. pp. 457-478. Existe una versión en español, con traducción y estudio preliminar de José Ignacio Solar, editado por Marcial Pons (Madrid, 2012).

¹⁹³ Según: Kennedy, Duncan, “Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Thought in America, 1850-1940”, *Research in Law and Sociology*, vol. 3, 1980, pp. 3-24.

¹⁹⁴ Hart, H.L.A., *op. cit.*, nota 113, p. 81.

préstamos conceptuales, debates epistemológicos, etc.) con la evolución del pensamiento jurídico de la familia jurídico-continental o del *Civil Law*.¹⁹⁵

Si se nos permite generalizar, para el realismo judicial el derecho no es un sistema pleno, ni coherente, ni hermético, ni determinado (esto es, que da seguridad y certeza jurídicas), dado que al momento de sentenciar el juez acude tanto a criterios jurídicos como no jurídicos. De esta manera, aunque el sistema normativo “en el papel”¹⁹⁶ sea claro en lo que debe sentenciarse, aunque el ordenamiento jurídico aparentemente no tenga lagunas, el juez al momento de decidir no acude solo a las normas, por lo que la supuesta plenitud del sistema normativo se pierde por completo. Incluso, cuando el juez acude a las normas previas no aplica siempre el mismo procedimiento interpretativo de las mismas, en tanto que las razones no jurídicas determinan, en mucho, la forma como se acerca al derecho preexistente, por lo cual el sistema normativo no es hermético lógicamente.

Sin embargo, esto no lleva a esta escuela a rechazar la predicción como un componente esencial en el derecho. La labor del abogado está plagada de juicios de predictibilidad que este hace ante el cliente en el sentido de que con base en su experiencia (de nuevo el asunto empírico) el litigante le informa a su cliente si hay probabilidades o no de ganar un caso. Así, la labor del realista jurídico es, por medio de investigaciones de campo y observando el derecho eficaz, la de encontrar ciertos patrones o guías de conducta en los jueces para poder así predecir, con cierto margen de confiabilidad, el contenido de la decisión judicial. De esta forma, lo que es considerado en una sociedad como un derecho subjetivo no es más que una predicción o profecía acerca de lo que se cree, fundado en la experiencia – para los abogados– o en la investigación empírica –para los académicos–, de lo que los jueces decidirán si tuvieran que decidir un caso donde tal derecho está en juego. Entonces, se estudia pues el pasado del juez para prever a futuro sus decisiones.

En este sentido, este realismo se propone dar una explicación de la decisión judicial, asunto que es fundamental para el sistema de fuentes del

¹⁹⁵ Tal como lo pone en evidencia, Petit, Carlos, *op. cit.*, nota 95. Petit, Carlos, *op. cit.*, nota 101. Petit, Carlos, “Lombroso en Chicago. Presencias europeas en la Modern Criminal Science americana”, *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 36, 2007, pp. 801-900.

¹⁹⁶ Pound diferenció el *law in books* (derecho escrito en el papel) del *law in action* (el derecho vivo, el eficaz). Como buen realista, sugiere centrar los estudios jurídicos en esta segunda categoría. Pound, Roscoe, “Law in books and Law in Action”, *American Law Review*, 44, 1910, pp. 12-36.

Common Law, a partir de modelos empíricos y planteando la necesidad de separar, en dichos estudios, la moral de la realidad, lo que se desea que suceda de lo que efectivamente se registra como algo que sucede. Pero esta separación entre la moral y el derecho eficaz no lleva a esta escuela a considerar que el juez no sentencia con base en sus parámetros morales; por el contrario, afirma que la moralidad, con su creencia de lo que es justo, es una causa fundamental, más fuerte que las normas jurídicas preexistentes a la sentencia judicial. Agregamos que aquí, esta escuela, en especial Holmes,¹⁹⁷ aclara adicionalmente que la obediencia al derecho puede ser concebida, en la práctica, bajo dos estereotipos: el “buen hombre” que obedece al derecho por sus convicciones morales y la del “mal hombre” que obedece al derecho por miedo a la sanción que él predice le sobrevendría si actúa de cierta manera. Por tanto, la moral no es determinante ni necesaria para el cumplimiento de la norma, lo que lleva a esta teoría a plantear la necesidad de diferenciar la moral del derecho.

Volviendo sobre el tema de la neutralidad del investigador, su concepción de que el investigador registra sin más la realidad no le impide que luego, con base en estos resultados obtenidos, haga otro tipo de juicios diferentes a los meramente descriptivos. Así, con el paso de los años y gracias a lo aportado desde la academia universitaria, se sumó a esta escuela un aire analítico e incluso propositivo de cómo podría funcionar mejor el sistema jurídico en general y el judicial en particular para cumplir los fines sociales a los que el derecho apunta (aquí se ve con claridad el acento utilitarista de la teoría). Además, aconsejaba la escuela, cosa clara en Holmes, vincular a los estudios realistas la economía (pues así se da cuenta de los costos requeridos para alcanzar los fines del derecho) y la historia (que permite la comprensión del presente). Ya más recientemente, la escuela ha evolucionado a modelos mucho más cercanos a la teoría crítica, a la vez que ha influenciado, por lo acabado de decir, (i) en la iushistoria crítica que se hace actualmente en Estados Unidos y (ii) en la escuela del ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO, tan fuerte en este mismo país.

Ya podemos entonces apreciar por qué el apelativo de realista que se atribuyó esta escuela. En primer lugar, porque pretenden mostrar cómo se decide judicialmente en el mundo real, es decir, cómo funciona el derecho eficaz, para lo cual se debe partir de meras descripciones de lo acontecido en la realidad judicial. Y en segundo lugar, porque al basarse en las cien-

¹⁹⁷ Holmes, Oliver Wendell, *op. cit.*, nota 192.

cias empíricas pretenden obtener un estatuto de científicidad y de veracidad que les es atribuible a los que investigan sobre objetos reales, es decir, verificables. Este último es otro motivo que les permite atribuirse el carácter de “positivistas”.

Para ir concluyendo con esta escuela, habrá que hacer dos observaciones importantes. La primera de ellas tiene que ver con las críticas que esta recibió. Tanto Kelsen como Hart consideraron esta escuela como un movimiento que invisibiliza la norma general y que reduce el derecho a la sentencia. Desde la TPD, resumiendo, el realismo estadounidense se camufla como escuela jurídica cuando en verdad sería un movimiento de sociología y psicología judiciales. Además, para la TPD, el cómo surge la norma (entre ellas la sentencia) no es un asunto que le compete al dogmático, y si los jueces, de forma general y reiterada en el tiempo, decidieron ignorar una norma vigente para imponer en sus sentencias, que son normas jurídicas, otro criterio diferente, lo que hicieron fue simplemente (i) una mutación (fruto de la nomodinámica) del sentido de la norma preexistente (es decir, los jueces encontraron un nuevo sentido alternativo de la norma por lo que esta dejó así de ser ignorada), o (ii) una derogación si se cumplen los requisitos propios del desuso. También dice Kelsen que las predicciones hechas por el jurista con base en su experiencia o por el académico a partir de sus investigaciones no pueden confundirse con la norma jurídica, puesto que aquellas trabajan con juicios descriptivo-analíticos, mientras que la norma lo hace con juicios propositivos; todo esto es fruto, considera el autor austríaco, de confundir validez con eficacia¹⁹⁸. Por último, afirma que no puede reducirse el derecho a las sentencias, puesto que estas se vuelven normas jurídicas válidas justo por la existencia de normas preexistentes a la decisión. Sin estas normas preexistentes y superiores, la sentencia no sería tal.

Por su parte, para Hart¹⁹⁹ esta escuela implica un escepticismo frente a las reglas en la medida que tienden a ignorar el peso que estas tienen en las decisiones judiciales y, a lo sumo, el realismo estadounidense termina siendo solo interesante para una “teoría del papel de las reglas en la decisión judicial”.²⁰⁰ Y es que para este autor inglés, los jueces “constantemente expresan en términos normativos su aceptación compartida del derecho

¹⁹⁸ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, pp. 100-103.

¹⁹⁹ Hart, H.L.A., *op. cit.*, nota 113, pp. 81-82 y 169-183. Igualmente, Hart, H.L.A., “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, en Casanovas Romeu, Pompeu & Moreso, Josep Joan (ed.), *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 327-352.

²⁰⁰ Hart, H.L.A., *op. cit.*, nota 113, p. 172.

como (su) guía de conducta”.²⁰¹ En consecuencia, y como fruto de la regla de reconocimiento, los jueces se someten a las normas jurídicas pues las han aceptado como “criterio jurídico de conducta” por lo que la validez de las normas no deviene de las sentencias sino lo contrario, la validez de la sentencia se da gracias a las normas jurídicas que le preceden. Por último, indica que la desobediencia de un juez al rechazar el sistema normativo previo a la decisión es una posibilidad fáctica, puesto que ninguna norma está exenta de ser desobedecida, pero que de la ignorancia o del desobedecimiento del juez ante las normas no se puede deducir que el ordenamiento normativo ha perdido validez o que su validez depende de la voluntad del juez al momento de fallar.

No obstante, sí hay algo que aclarar ante los críticos de esta escuela. La mayoría de estas críticas solo acechan a los realistas más radicales, pero no todos los autores realistas han negado la existencia de normas válidas previas a la decisión judicial, por lo que no padecen del escepticismo conceptual que aduce Hart. Los moderados son, eso sí, escépticos empíricos, esto es, que dudan del papel real que tiene la norma válida en la decisión judicial, apoyados, hay que decirlo, en muchos trabajos estadísticos y de sociología aplicada.²⁰²

La segunda observación es que el estudio de los autores antiformalistas estadounidenses llamó (y aún llama) mucho la atención, pues con ellos se creyó posible una superación de la crisis del *Civil Law* durante la primera mitad del siglo XX (recordemos los trabajos de derecho comparado hechos por Lambert, que ya mencionamos) o como una forma de dar cuenta de los procesos hegemónicos gestados en Estados Unidos,²⁰³ que llevaron, entre otras cosas, a una exportación gradual del sistema jurídico anglosajón y a su recepción creativa por parte de la familia jurídico-continental.

Igualmente, desde finales del siglo XIX pero con mayor fuerza a mediados del siglo XX, aparece el REALISMO ESCANDINAVO,²⁰⁴ especialmen-

²⁰¹ *Ibidem*, p. 172.

²⁰² Para ampliar el conocimiento de esta escuela, recomendamos la lectura del siguiente texto, que tiene la virtud de la claridad y la síntesis: Jiménez, Roberto M., “Realismo jurídico americano”, en *Diccionario Histórico Judicial de México. Ideas e instituciones, Tomo III, P-Z*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, pp. 1471-1477.

²⁰³ Entre estos estudios, cobra especial fuerza el trabajo, ya clásico, de: Tarello, Giovanni, *Il realismo giuridico americano*, Milán, Giuffrè, 1962. En español: García Ruiz, Leopoldo, *Derecho, intereses y civilización: el pensamiento jurídico de Roscoe Pound*, Granada, Comares, 2002.

²⁰⁴ Una buena síntesis de esta escuela, en: López Calera, Nicolás María, *op. cit.*, nota 157, pp. 109-123.

te de la mano del sueco Hägerström [1868-1939] quien por su actitud radical antimetafísica no solo se enfrenta al iusnaturalismo sino también a los normativistas. Frente al iusnaturalismo, Hägerström considera que las valoraciones morales no son verdaderas ni falsas en tanto son meros acontecimientos psíquicos sin valor objetivo; en consecuencia, el derecho natural no es más que una superstición, una herencia metafísica que da lugar al absolutismo teológico. Frente al normativismo estatalista, nuestro autor señala que no existe una “voluntad del Estado” que se expresa en normas, sino juegos de poder, valoraciones personales y tomas de posición por parte de individuos y fuerzas sociales concretos; en consecuencia, denuncia al estatismo como una manifestación mítica que camufla un nuevo absolutismo: el dios Estado. Es por esto que este autor considera que el realismo —al recalcar el origen empírico, psicológico, social y concreto del derecho— desmonta el fanatismo tanto teológico como político. Además, critica los conceptos jurídicos básicos del derecho por su pretendida racionalidad y universalidad, como el de obligación para dar un caso, al considerar que en ellos se esconden representaciones míticas propias de la metafísica. También, se opone a las posturas (por ejemplo, la jurisprudencia de intereses) que señalan que el derecho tiene vía libre a la cientificidad si se construye como “ciencia del espíritu”. Manifiesta que este supuesto discurso científico-jurídico se ha construido por fuera de la realidad y con base en elaboraciones conceptuales que esconden rastros del pensamiento mágico. El derecho, es, en últimas, una forma de manifestarse individuos y fuerzas sociales que se camuflan en entelequias, en ideales que deben ser rechazados por el realista.²⁰⁵ Esto implica (aspecto que desarrollarán casi todos los miembros de la escuela) que el lenguaje jurídico debe ser depurado, de manera tal que sobrevivan sólo juicios que indiquen con claridad hechos objetivos y verificables, lo que permitirá desideologizar y desmitificar el derecho a la vez que daría bases sólidas a su pretensión de ser una ciencia de verdad,

²⁰⁵ Cassirer cuestiona el pensamiento de Hägerström por los siguientes motivos: a) ¿El repudio al fanatismo no es una reivindicación de valores universales rechazados por el autor sueco? b) ¿Existe una realidad objetiva de la que se pueda partir? ¿Acaso lo que se denomina “realidad empírica” no es una creencia -y por tanto una idea metafísica- del observador? c) ¿Se puede rechazar las ciencias del espíritu cuando la construcción realista parte justo de la psicología y la sociología que son ciencias del espíritu?; d) ¿El mito es desligable de la conciencia simbólica del hombre? ¿Acaso el mito, rechazado por Hägerström, no hace parte del mundo simbólico que da lugar a la cultura humana? ¿Es posible el derecho por fuera del mundo simbólico que exige interpretaciones más que verificaciones de hechos? Cfr. Cassirer, Ernst, *Filosofía moral, derecho y metafísica: un diálogo con Axel Hägerström*, trad. Roberto Aramayo, Barcelona, Herder, 2010.

esto es, una ciencia realista. Justo en este último punto queda a la luz una diferencia más del realismo con la TPD, en la medida que esta última considera que el lenguaje jurídico, al ser parte del mundo de la imputación y no de la causalidad, no puede ser verificativo de la realidad objetiva.

Le sigue su discípulo Lundstedt [1882-1955] quien va más allá del maestro para indicar que el derecho se ha construido sobre ideas abstractas imposibles de demostrar en la experiencia, como “derechos”, “obligaciones”, “justicia”, “dolo”, “culpa”, “responsabilidad”, etc., que son fantasías que, por carecer de contenido, terminan por abarcar cualquier categoría. Entonces, la norma no tiene por qué definirse como un imperativo fruto de una voluntad, sino solo como la necesidad de vivir en sociedad, por lo que se recurre a la norma como la mejor forma de lograr el bienestar social, pero no la justicia, aunque cada norma termine siendo el resultado de fuerzas sociales que se imponen unas sobre otras que no admiten ser juzgadas moralmente, pues no hay una moral objetiva.

A continuación sigue Olivecrona [1897-1980], autor que, por demás, logró una profusa recepción en América Latina, especialmente en Argentina. Este autor parte, como sus antecesores, de negar el normativismo (pues cómo puede, a partir de hechos como el sentimiento de obligatoriedad frente a la norma, del derecho entendido como un hecho, explicar efectos en el deber ser) y el iusnaturalismo (pues no hay valores que trascienden a los hechos, sino sentimientos concretos). Define el derecho como una fuerza (que ejerce presión psicológica verificable experimentalmente pero, a veces, debe recurrir a la fuerza física para terminar de respaldar la presión psicológica de obediencia en los miembros de la comunidad, esto es, actualizar el miedo al castigo)²⁰⁶ pero organizada burocráticamente y por reglas jurídicas que son habitualmente respetadas por la población, logrando así la convivencia y el bienestar social. Así, con el tiempo, la posibilidad efectiva de ser castigado se reduce en la medida que la norma sea interiorizada por el ciudadano hasta llegar al punto de que se vuelve el cumpli-

²⁰⁶ Dice Menclao, en la tragedia “Áyax” de Sófocles: "Nunca serán obedecidas las leyes en ciudad en que no haya temor, ni podrá ser bien mandado un ejército sin la expectativa de los premios y castigos. Es preciso, pues, que el hombre, por grande y valiente que sea, considere que puede caer al más pequeño tropiezo. Ten en cuenta que el temor y la humildad son la salvación de aquel a quien acompañan; y considera que la ciudad donde se permita insultar y hacer lo que a cada uno le dé la gana, decayendo poco a poco de su florecimiento, se precipita en los abismos. Haya, pues, siempre cierto saludable temor; y no creamos que haciendo lo que nos plazca, no hemos de sufrir luego, pagando las consecuencias". SÓFOCLES, *Tragedias*, trad. Fernando Segundo, Madrid, EDAF, 1985. p. 65.

miento del derecho algo habitual surgiendo también reglas morales que valoran positivamente las normas y la convivencia que de su cumplimiento se desprende; pero no por ello el derecho puede renunciar, incluso en sociedades donde es habitual el cumplimiento de la norma, a amenazar con el uso de su fuerza organizada a quien lo desobedezca, para lo cual, como ya dijimos, actualiza dicho miedo por medio de sanciones individuales. Con el paso del tiempo, por el hábito surgido del miedo, el Estado se perfila como el único productor de derecho, y sus normas terminan por ser obedecidas como algo “natural” a partir de mitos útiles como los de jerarquía normativa, validez, etc.²⁰⁷

Le sigue Alf Ross, del que ya hemos hablado. Ross comparte junto a Kelsen la perspectiva de que el positivismo es, fundamentalmente, una postura antimetafísica,²⁰⁸ a la que agrega, a diferencia del austríaco, otra empírica, entendiendo por tal una síntesis del realismo psicológico y del realismo socio-conductista de sus predecesores en la escuela, que lo llevará a articularse de forma creativa a un realismo judicial: en la medida que una norma es vigente no desde un análisis lógico del ordenamiento jerárquico, sino solo si se puede suponer con fundamentos satisfactorios (juicio de predictibilidad) que dicha norma será aceptada por los jueces como base de sus decisiones. De esta manera, las predicciones están basadas en juicios empíricos de acatamiento de los jueces pero que, igualmente, pueden extenderse a todos los ciudadanos: ¿qué normas podemos predecir serán obedecidas por la gente? Este juicio de predictibilidad podría arrojar que la gente en general y los jueces en particular se sienten obligados frente a normas emitidas por un órgano o institución en concreto, por lo cual podría construirse la imagen de un ordenamiento jurídico, con jerarquía incluso, pero no desde una norma supuesta sino desde la observación empírica, que toma, por decir algo, que la constitución está por encima de la ley del parlamento. No obstante, esto lleva a preguntarse a Guibourg:

²⁰⁷ Sobre esta postura, dice críticamente Guibourg que “la ciencia del derecho (o el estudio del derecho, o la actividad de los juristas, si se quiere) no trata solo de describir o explicar el hecho jurídico-social: también pretende establecer un sistema de argumentaciones que puedan considerarse intrasistemáticamente válidas y que permiten un diálogo persuasivo entre súbditos y órganos estatales, fundado en reglas de juego conocidas y presumiblemente aceptadas. Y un sistema como el de Olivecrona no facilita esa actividad al reemplazar la sólida pirámide por una duna más o menos volátil” (Guibourg, Ricardo A, *op. cit.*, nota 14, p. 71). Así, ante la fuerza de cualquier autoridad, no cabría argumento jurídico de protección, sino un solo juicio de esperanza de que dicha fuerza, en un futuro, no logre el acatamiento general.

²⁰⁸ Ross, Alf, *El concepto...*, *op. cit.*, nota 149, p. 11.

¿Cómo mantener el esquema formal de la relación entre autoridades superior e inferiores, cada una dentro de sus límites y en ejercicio de su competencia, frente a la tesis —ahora más explícita— según la cual la vigencia de cada norma (y, entre ellas, también las de competencia) depende de la previsibilidad de su acatamiento?²⁰⁹

Pero la escuela no termina con Ross, aunque, por motivos de espacio, sus seguidores no serán trabajados en este escrito.

Ahora bien, estos autores parten de una clara intención de estudio del derecho como realidad social para llegar, paulatinamente, a considerar que la realidad social organizada que es el derecho, descansa en la función judicial. Pero va más allá al señalar que el sistema normativo podría fundamentarse en los análisis del quehacer de los jueces, de forma tal que el normativismo podría sustentarse como discurso científico si parte no de una norma hipotética o de una ficción, sino del reconocimiento de un prejuicio social, basado en el hábito y/o en el miedo, que considera que el derecho es lo que los jueces dicen que es derecho, asunto que originó un fuerte debate entre Kelsen y Ross del que algo ya se comentó y que, por demás, ninguno termina por derrotar definitivamente al otro.

Claro está que no siempre ha existido una oposición radical entre normativismo y funcionalismo. Han existido variados intentos de combinar ambos movimientos, réplicas, aunque tal vez con menores resultados que los logrados en la sociología cuando Parsons planteó la posibilidad de una teoría estructural-funcionalista.²¹⁰ En el caso de la iusfilosofía podemos enlistar, a manera de ejemplo, como pretensiones de relación entre estas esferas posturas: 1) De la estructura a la función, modelo planteado por Bobbio (y que ya se veía en su *Teoría general del derecho*²¹¹ pero con mayor

²⁰⁹ Guibourg, Ricardo A, *op. cit.*, nota 14, p. 67. Esto lleva al autor argentino a sostener que existen dentro del positivismo dos posturas académicas, unas que permiten entender de mejor manera el derecho como sistema normativo, y otras que describen adecuadamente al derecho como realidad. Así, una teoría del derecho positivista puede partir desde cualquiera de estas dos corrientes, con utilidad para diversos propósitos; pero si analiza al derecho desde los dos puntos de vista al mismo tiempo cae, necesariamente, en profundas contradicciones.

²¹⁰ Sobre la importancia del planteamiento sincrético de Parsons para la sociología (y para la sociología del derecho), ver: Deflem, Mathieu, *Sociology of...*, *op. cit.*, nota 190, pp. 108-115.

²¹¹ Bobbio, Norberto, “Prólogo a la edición castellana”, en Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 11, pp. VII-X (especialmente, p. IX, donde hace referencia explícita como resurgimiento del funcionalismo a Luhmann [1927-1998]). Igualmente, podría hablarse de cierto tridi-

claridad en *Dalla struttura alla funzione*).²¹² 2) El tridimensionalismo, expuesto por autores como Goldschmidt [1910-1987]²¹³ y Reale [1910-2006],²¹⁴ donde se pretende la articulación de la tradición interpretativa del iusnaturalista como la más habilitada para el estudio de los valores en el derecho, del estructuralismo como el apto para el estudio de la norma y el ordenamiento, y del funcionalismo como el responsable del estudio del derecho como un hecho socio-cultural. 3) La teoría sistémica,²¹⁵ que observa al derecho como un subsistema social cumpliendo funciones (inmunológicas ante la contradicción y el conflicto) que determinan su propia estructura, para lo cual se recurre a la sistémica y las teorías de la complejidad como principal forma de comprender el derecho más allá de la fragmentación impuesta por la Modernidad. Pero la explicación de estos movimientos implicaría escritos más largos y más pretensiosos que el que ahora se presenta.

mensionalismo en Bobbio cuando acepta tres dimensiones del derecho, relacionadas entre sí pero independientes: justicia, validez y eficacia. *Ibidem*, pp. 20-38.

²¹² Bobbio, Norberto, *Dalla struttura alla funzione: Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Edizioni di Comunità, 1977.

²¹³ El movimiento, en general, es denominado tridimensionalismo, pero la teoría de este autor en concreto es conocida como trialismo. Explicado en: Goldshmidt, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª. ed., Buenos Aires, Depalma, 1987. Más claridad pedagógica en: Pezzetta, Silvina, “El marco teórico del trialismo de Werner Goldschmidt y su evolución: algunas ideas sobre los nuevos aportes teóricos”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 11, 2007-2008, pp. 245-255 (consultable en Internet: <http://www.rtfed.es/numero11/13-11.pdf>). Una nueva formulación del trialismo puede encontrarse en los trabajos de Ciuro, por ejemplo: Ciuro Caldani, Miguel Ángel, *Bases iusfilosóficas del Derecho de la Cultura*, Rosario, Fundación para las investigaciones jurídicas, 1993, pp. 21-106.

²¹⁴ Reale, Miguel, *Teoría Tridimensional del Derecho* (1968), trad. de Ángeles Mateo, Madrid, Tecnos, 1997. Más pedagógico: Robledo Rodríguez, Alejandro, “Metodología jurídica trialista y hermenéutica en la construcción del Derecho”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 11, 2007/2008, pp. 269-279. (consultable en Internet: <http://www.rtfed.es/numero11/15-11.pdf>).

²¹⁵ Donde brillan los trabajos de Luhmann, en especial para lo que nos concierne: Luhmann, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (1974), trad. de Ignacio de Otto Pardo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983. Una buena introducción a su pensamiento, en: García Amado, Juan Antonio, “Introducción a la obra de Niklas Luhmann”, en García Amado, Juan Antonio, *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 103-198. Otra visión sistémico-jurídica, menos sociológica, está presente en: Grün, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995. Este texto cuenta con dos ediciones actualizadas: Dunker, Buenos Aires, 2004, y Lexis-Nexis y Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. Una introducción al respecto, en: Grün, Ernesto y Botero, Andrés, *op. cit.*, nota 188, pp. 41-64.

VIII. REFLEXIONES FINALES

Un objeto puede ser estudiado desde muchas perspectivas, siendo cada una de ellas válida si se juzga desde los parámetros adecuados. Y esto no solo cobija al derecho mismo sino también a un estudio sobre el positivismo jurídico. Por ejemplo, se puede hacer una historia del positivismo desde la dualidad razón-voluntad, tal como lo hizo en su momento Costa, dejando en claro cómo el surgimiento del Estado, como poder, implicó que el derecho (como norma imperativa y como reflexión) buscara ya su identidad con el Estado mismo (la exégesis, por ejemplo, al señalar que solo es válida la voluntad del Estado, buscaba la armonía entre razón y voluntad a partir de la identidad del primero frente al segundo), ya su diferenciación (por ejemplo, al momento de buscar el control del querer de las mayorías). El realismo judicial, por ejemplo, veía la voluntad (el poder) en el juez, y de allí nacería la razón del derecho.

Pero también puede hacerse una historia sobre la complejidad de los horizontes de mira al verse cómo las distintas posturas hasta ahora estudiadas disputan, especialmente, por determinar cuál es el mejor “mirador” de un vasto paisaje, el cual recibiría el calificativo de “científico” sobre los demás “miradores” posibles. De esta forma, podría hacerse una historia del positivismo como una historia de la pretensión de dignificar la postura propia como científica. Así, el positivismo no ha sido más que la lucha por la definición de ciencia jurídica en un momento determinado, lo que llevaría, entre otras cosas, a establecer cuál es el mejor lugar para ver el derecho. Claro está que esto no nos puede llevar simplemente a posturas relativistas radicales, de que todo vale como ciencia, pues esto terminaría por eliminar el asombro dentro de la academia jurídica. El relativismo, así entendido, solo lleva a quitar todo *pathos* del saber y, por ende, sería lo mismo ver a no ver, discutir a no discutir... el derecho terminaría siendo todo y nada al mismo tiempo. Tampoco nos puede llevar a querer ver el derecho desde todos los ángulos, pues esto es, en la actualidad, imposible e inaudito. Si conocer qué es el derecho supone conocer todos los escenarios donde el derecho puede ser observado, llegaríamos al inactivismo académico y el desencanto total, pues nadie podría llegar a acumular tantas experiencias y digerirlas para poder plantear esquemas de comprensión generales de todas las experiencias posibles. Enfrentarse a la totalidad ya no es una opción viable, si es que lo fue en algún momento. En este sentido, una mejor propuesta, más práctica, es asumir que cualquier perspectiva es solo eso, una

perspectiva, y que en ciertos momentos y lugares se privilegian algunas perspectivas en vez de otras pero que ello no implica que las otras no son válidas o, peor aun, que no existan siquiera. Partir del reconocimiento de la complejidad del conocimiento conduce a actitudes más humildes, tolerantes y, necesariamente, que partan de la desconfianza constante frente a lo que se tiene por seguro, en el variopinto de discursos jurídicos que existen, pero sin llegar al punto de que todo vale, pues la discusión es y seguirá siendo el mejor motor del que dispone el discurso científico para su perfeccionamiento.

No obstante, como ya dijimos, hay muchas otras opciones de relatar la historia del positivismo. Por ejemplo, Carpintero,²¹⁶ para comprender el origen del movimiento que aquí hemos estudiado, se remonta al siglo XVII, específicamente al debate iusfilosófico existente entre los “conservadores” (liderados por Grocio) quienes afirmaban un orden metafísico inmutable, y los innovadores-nominalistas, los cuales contemplaron el orden jurídico-político como un producto de la voluntad humana, reduciéndolo, en consecuencia, a una esfera meramente normativa. Según él, los debates sobre el fundamento de nuestras obligaciones –esto es, si derivaban de esencias objetivas o, por el contrario, de la mera voluntad de los hombres– generó un vacío que destruyó, inicialmente, la noción romano-jurídica de persona (una persona que se entendía a sí misma como compenetrada con las cosas, los contratos y las leyes), y, posteriormente (bajo la influencia del materialismo y del subsecuente efecto positivista) el concepto mismo de persona humana.²¹⁷ Este sería pues, *mutatis mutandis*, una nueva lectura sobre el desencanto del derecho –en tanto fue sometido a la racionalidad instrumental– como una consecuencia de procesos de larga duración entre los que se inscribe el positivismo jurídico.

Aquí, por ejemplo, se aludió a algunas escuelas positivistas (muy pocas a decir verdad) desde algunas perspectivas de relato. El panorama que se ofrece es muy limitado pero considero que se brindan los elementos más importantes que pueden sostener una construcción posterior que le dé

²¹⁶ Carpintero Benítez, Francisco, *op. cit.*, nota 4.

²¹⁷ “Cuando el positivismo científico peligró por la tendencia general de la ciencia a convertirse en empirismo, a finales del siglo XIX, los positivistas reaccionaron y reafirmaron el mundo mágico y algo espiritual de las normas: El derecho se componía de normas, no de hechos, como son las personas con sus necesidades, y la propia noción de persona desapareció tras la realidad afirmada de las normas: No hubo que esperar a que Kelsen nos explicara que la persona es un simple punto ideal de imputación de un sector de las normas jurídicas”. *Ibidem*, p. 48.

“carne” al “esqueleto” que aquí se presenta. En consecuencia, aquí se da una visión general y, por tanto, pobre y parcial del positivismo jurídico. Será el lector quien, con base en sus cursos, lecturas (para lo cual las notas de pie de página le pueden ser muy útiles), en fin, en sus experiencias vitales, construya una buena y mejor comprensión del positivismo, utilizando estas páginas solo como un primer escalón en un conocimiento que, por vasto y denso, nunca terminará. Pero no se confunda lo ilimitado del camino, con los límites *de facto* del caminante, error muy común en varias escuelas que creen que los límites del segundo son los límites del primero.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR BLANC, Carlos. “Los orígenes iusnaturalistas de la filosofía jurídica nacionalsocialista en la obra política escrita de Adolf Hitler y Alfred Rosenberg”, *Revista Internacional de Pensamiento Político* - I época, Vol. 8, 2013.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1971 en inglés y 1974 en español), Buenos Aires, Astrea, 1974.
- ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge Seña, Barcelona, Gedisa, 1994.
- , *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, CEC, 1989.
- ALONSO ROMERO, María Paz, *Historia del proceso penal ordinario en Castilla: siglos XIII-XVIII*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1979.
- ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo, “Kelsen y Schmitt: dos actores políticos, dos visiones del mundo”, en Montoya Brand, Mario y Montoya Restrepo, Nataly (Eds. y Comps.), *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín, Eafit, 2011.
- ARENDT, Hannah, *Eichmann en Jerusalén*, 2a. ed., trad. de Carlos Ribalta, Barcelona, Debolsillo, 2006.
- , *Los orígenes del totalitarismo*, trad. de Guillermo Solana, Madrid, Alianza, 2009.
- ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, trad. de Patricio Azcárate, Buenos Aires, Losada, 2007.
- , *La retórica*, trad. de Alberto Bernabé, Madrid, Alianza, 1998.
- ARMITAGE, David, *The declaration of Independence: A global History*, Cambridge, Harvard University, 2007.

- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Marxismo y filosofía del derecho*, México, Fontamara, 2004.
- AUSTIN, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia (1861)*, México, Editora Nacional, 1974.
- BERKELEY, GEORGE, *Tratado sobre los principios del conocimiento humano (1710)*, trad. Concha Cogolludo, Madrid, Gredos, 1990.
- BERNUZ BENEITEZ, María José, *François Gény y el derecho: la lucha contra el método exegético*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- BLANCO GONZÁLEZ, Antonio, “El positivismo jurídico. Las doctrinas anti-formalistas”, en Blanco González, Antonio, et. al., *Filosofía del derecho. Las concepciones jurídicas a través de la historia*, 2ª. ed., Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000.
- BLICHNER, Lars Chr y MOLANDER, Anders, “Mapping juridification”, en *European Law Review*, Vol. 14, núm. 1, January, 2008, pp. 36-54.
- BOBBIO, Norberto, *Dalla struttura alla funzione: Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Edizioni di Comunità, 1977.
- _____, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Coyoacán, Fontamara, 1999.
- _____, *Teoría general del derecho*, trad. de Eduardo Roza, Bogotá, Temis, 1987.
- BORRERO, Alfonso, *La universidad desde 1800 hasta 1945. Los modelos universitarios. Simposio Permanente sobre la Universidad: XIX Seminario General Nacional*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.
- BOTERO, Andrés (Coord.), *Filosofía del derecho argentina*, Buenos Aires, Temis, 2008.
- _____, (Coord.), *Filosofía del derecho*, Medellín, Universidad de Medellín, 2012.
- _____, “Diagnóstico de la eficacia del derecho en Colombia”, en Botero, Andrés, *Ensayos jurídicos sobre Teoría del Derecho*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires y La Ley, 2010.
- _____, “El modelo investigativo en la hermenéutica gadameriana”, *Unipluri/versidad*, Vol. 1, núm. 3, 2001.
- _____, *Ensayos jurídicos sobre Teoría del Derecho*, Buenos Aires (Argentina), Universidad de Buenos Aires y La Ley, 2010.
- _____, “Filosofía del Derecho e Historia del Derecho: espacios para el encuentro”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm. 22, Tomo II, 2010, pp. 1315-1335.
- _____, “La antigua ilustración: lo que está de más y lo que no fue (propuestas neoilustradas para el sistema jurídico)”, en Suñé Llinás,

- Emilio (Coord.), *Filosofía jurídica y política de la Nueva Ilustración*, México, Porrúa, 2009.
- , “La tensión entre la justicia lega y la justicia letrada durante la primera mitad del siglo XIX: el caso de Antioquia (Nueva Granada)”, *Iushistoria*, Buenos Aires (Argentina), Centro de Estudios e Investigaciones, Universidad del Salvador, núm. 7, 2010.
- , “Matices a la interpretación tradicional de la exégesis”, *Revista Jurídicas*, Manizales (Colombia), Facultad de Derecho de la Universidad de Caldas, núm. 9, 2012.
- , “Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica”, en BOTERO, Andrés, *Ensayos jurídicos sobre Teoría del Derecho*, Buenos Aires (Argentina), Universidad de Buenos Aires y La Ley, 2010.
- , “O poder e os direitos: uma história florentina sobre tensões e fracassos”, trad. de Alberto Arbex, *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba (Brasil), Universidade Federal do Paraná (UFPR), núm. 51, 2010.
- , “Un marco de comprensión del avance de la investigación jurídica en Colombia”, *Academia*, Argentina, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Año 5, núm. 10, 2007.
- , “Una presidencia sin ejecutivo y sin Estado: la concentración del poder público colombiano en la contemporaneidad”, *Ambiente Jurídico*, núm. 13, 2011.
- BOURDIEU, Pierre, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, en Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther, *La fuerza del derecho*, Bogotá, Universidad de los Andes, Instituto Pensar y Siglo del Hombre Editores, 2000.
- BULYGIN, Eugenio y MONCADA, Daniel, *Normas y sistemas normativos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- CAJAS SARRIA, Mario Alberto. “Usos locales de *Tratados de Legislación Civil y Penal* de Jeremy Bentham en los inicios de la República”, *Revista de Derecho, División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, Núm. 34, julio-diciembre de 2010.
- CALSAMIGLIA, Alberto, *Introducción a la ciencia jurídica*, 3a. ed., Barcelona, Ariel, 1990.
- CÁRCOVA, Carlos María, “La teoría jurídica desde perspectivas críticas”, en Botero, Andrés (Coord.), *Filosofía del derecho argentina*. Buenos Aires, Temis, 2008.

- _____, *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998.
- CARONI, Pio, *La soledad del historiador del Derecho: Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente (2005 en alemán, 2009 en italiano)*, trad. de Adela Mora y Manuel Martínez, Madrid, Universidad Carlos III, 2010.
- CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, “Voluntad, Ausencias, y normas: el sustrato histórico del positivismo en el Derecho”, *Dikaio syne*, Mérida, Venezuela, Universidad de los Andes, 15, 2005.
- CARRIÓ, Genaro, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973.
- CASSIRER, Ernst, *Filosofía moral, derecho y metafísica: un diálogo con Axel Hägerström*, trad. Roberto Aramayo, Barcelona, Herder, 2010.
- CAZZETTA, Giovanni, *Estado, juristas y trabajo: itinerarios del derecho del trabajo en el siglo XX*, trad. de Clara Álvarez, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Bases iusfilosóficas del Derecho de la Cultura*, Rosario, Fundación para las investigaciones jurídicas, 1993.
- CLAVELL BORRAS, Javier, *Introducción a la técnica legislativa*, Buenos Aires, Fundación Banco de Boston, 1984.
- CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, “La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt”, *Cuestiones constitucionales*, núm. 15, julio-diciembre, 2006.
- CORREAS, Óscar, “Presentación”, en Correas, Óscar (comp.), *El otro Kelsen*, 2.^a ed., México, UNAM y Coyoacán, 2003.
- COSTA, Pietro, *Democrazia politica e stato costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2006.
- _____, *Iurisdictio, semantica del potere politico nella giuspubblicistica medievale*, Milán, Giuffrè, 1969.
- _____, *Soberania, representação, democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*, trad. de este capítulo Érica Hartman, Curitiba, Juruá Editora, 2010.
- CRACOGNA, DANTE, *Cossio y la teoría egológica del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- CHEVALLIER, Jean-Jacques, *Las grandes obras políticas: Desde Maquiavelo hasta nuestros días*, Bogotá, Temis, 1997.
- DEFLEM, MATHIEU, “Jurisprudencia sociológica y sociología del derecho”, trad. de Andrés Botero, *Opinión Jurídica*, Colombia, Universidad de Medellín, Vol. 5, núm. 10, julio-diciembre, 2006.
- _____, *Sociology of law: Visions of a scholarly tradition*, New York, Cambridge University Press, 2008.
- DELVINCOURT, Claude Etienne, *Institutes de droit civil français*, Paris, P. Gueffier, 1808.

- ESCOBAR, Juan Camilo y MAYA, Adolfo León, *Ilustrados y republicanos: El caso de “La ruta de Nápoles” a Nueva Granada*, Medellín, Universidad Eafit, 2011.
- ESCUADERO, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico: un debate sobre la incorporación de la moral*, Civitas y Universidad Carlos III, 2004.
- ESTRADA, Sergio, “Filosofía del derecho y neoconstitucionalismo”, en Botero, Andrés (Coord.), *Filosofía del derecho*, Medellín, Universidad de Medellín, 2012.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, “La Constitución española de 1812 y su proyección europea e iberoamericana”, *Fundamentos*, Núm. 2, Oviedo-España, 2000.
- FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cristóbal Orrego, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, 2a. ed., trad. de Manuel Martínez, Madrid, Trotta, 1998.
- FLORES, Imer B., *Eduardo García Máynez (1908-1993). Vida y obra*, México, UNAM, 2007.
- , *Una visita a Hans Kelsen en México*, Documento de trabajo núm. 169, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión* (1975), trad. de Aurelio Garzón, México, Siglo Veintiuno Editores, 1976.
- FUERTE, Mercedes, “Adolf Julius Merkl: un jurista tan citado como desconocido”, *Revista de Administración Pública*, núm. 146, Mayo-Agosto, 1998.
- GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método, I* (1975), 7a. ed., trad. de Ana Agud y Rafael de Agapito, Salamanca, Sígueme, 1997.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?”, en Montoya Brand, Mario y Montoya Restrepo, Nataly (Eds. y Comps.), *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín, Eafit, 2011.
- , “Introducción a la obra de Niklas Luhmann”, en García Amado, Juan Antonio, *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 103-198.
- , “Tópica, Derecho y método jurídico”, *Doxa*, núm. 4, 1987.
- GARCÍA PASCUAL, Cristina, *Legitimidad democrática y poder judicial*, Valencia, Edicions Alfons el Magnànim, 1996.

- GARCÍA RAMÍREZ, Julián, “Concepciones sobre la norma jurídica. Una aproximación textual”, en Valderrama Bedoya, Francisco (coord.), *Teoría del derecho*, 2a. ed., Medellín, Universidad de Medellín, 2011.
- GARCÍA RUIZ, Leopoldo, *Derecho, intereses y civilización: el pensamiento jurídico de Roscoe Pound*, Granada, Comares, 2002.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y RODRÍGUEZ, César A (eds.), *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2003.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, “Comparative sociology of law: legal fields, legal scholarships, and social sciences in Europe and the United States”, *Law and Social Inquiry*, 31 (2), 2006.
- , “El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia”, en Uprimny, Rodrigo, Rodríguez, César y García, Mauricio, *¿Justicia para todos?: Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006.
- , “Apuntes sobre codificación y costumbre en la historia del derecho colombiano”. En: *Opinión Jurídica*, Colombia, Universidad de Medellín, Vol. 4, núm. 8, 2005.
- GARCÍA, Mauricio y REVELO, Javier Eduardo, “La concentración del poder en Colombia”, en García, Mauricio y Revelo, Javier Eduardo, (Codirs.), *Mayorías sin democracia: desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*, Bogotá, Dejusticia, 2009.
- GARCÍA MORENTE, Manuel, *Lecciones preliminares de filosofía*, 8a. ed., Buenos Aires, Losada, 1962.
- GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Jueces populares y jueces técnicos en la Historia del Derecho Español*, Madrid, Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1946.
- , “Alcaldes mayores y corregidores en Indias”, en García-Gallo, Alfonso, *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972.
- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.
- GARRIGA, Carlos, “Legislación y códigos”, en LORENTE, Marta y VALLEJO, Jesús (Coords.), *Manual de Historia del Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- GARZÓN, Iván. “Rousseau: ¿Religión política o instrumentalización política de la religión?”. *Revista de Derecho*, Barranquilla, Universidad del Norte, núm. 33, 2010.

- GAVIRIA, Carlos, “¿Qué es el Tercer Estado? De Sieyès y el constitucionalismo colombiano”, *Revista Estudios Políticos*, Medellín, Universidad de Antioquia, núm. 1, 1992.
- GIANFORMAGGIO, LETICIA, “El Modelo Kelseniano del Estado como Ordenamiento Dinámico, en la Teoría y la Ideología”, *Revista del Tribunal Federal Electoral*, Vol. IV, núm. 6, 1995.
- GILSON, Etienne, *El amor a la sabiduría*, trad.de Rafael Tomás Caldera, Caracas, Ayse, 1974.
- GOLDSHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 6.^a ed., Buenos Aires, Depalma, 1987.
- GONZÁLEZ Zapata, Julio, “Hans Kelsen en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia” en Montoya Brand, Mario y Montoya Restrepo, Nataly (Eds. y Comps.), *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín, Eafit, 2011.
- GROSSI, Paolo, *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, trad. de Clara Álvarez, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- , *Derecho, Sociedad, Estado: una recuperación para el derecho*, trad. de Ramón Narváez, México, Escuela Libre de Derecho, Colegio de Michoacán y Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2004.
- , *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995.
- , *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. de Manuel Martínez, Madrid, Trotta, 2003.
- GRÜN, Ernesto y BOTERO, Andrés, “Hacia una teoría sistémico-cibernetica del Derecho”, *Universitas*, Pontificia Universidad Javeriana, núm. 117, julio-diciembre, 2008.
- GRÜN, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
- GUIBOURG, Ricardo A, *Derecho, sistema y realidad*, Buenos Aires, Astrea, 1986.
- , *Pensar en las normas*, Eudeba, Buenos Aires, 1999.
- GUZMÁN Brito, Alejandro, *Andrés Bello codificador: Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile. Tomo I y II*, Santiago de Chile, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982.
- HART, H.L.A, *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.
- , “Kelsen’s doctrine of the Unity of Law”, en: Munitz, Milton & Kiefer, Howard (ed.), *Ethics and Social Justice*, Albany NY, State University of New York Press, 1968.

- _____, “La teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho”, en Casanovas Romeu, Pompeu & Moreso, Josep Joan (ed.), *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994.
- _____, “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, en Casanovas Romeu, Pompeu & Moreso, Josep Joan (ed.), *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994.
- HEGEL, Guillermo Federico, *Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho. Introducción de Carlos Marx (1844)*, 2.^a ed., trad. de Angélica Mendoza, Buenos Aires, Claridad, 1939.
- HEIDEGGER, Martín, “La época de la imagen del mundo”, trad. Helena Cortés y Arturo Leyte, en HEIDEGGER, Martín, *Caminos de bosque*, Madrid, Alianza, 1998.
- HERVADA, Javier, “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”, *Dikaion*, Bogotá, Revista Universidad de la Sabana, núm. 2, 1988.
- HESPANHA, António Manuel, *Cultura jurídica europeia: síntese de um Milénio*, Florianópolis (Brasil), Boiteux, 2005.
- _____, “Tomando la historia en serio. Los exégetas según ellos mismos”, Trad. Andrés Botero, *Forum*, Universidad Nacional Sede Medellín, núm. 3, 2012.
- HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, trad. Pedro Cruz y Miguel Azpitarte, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- HOBBS, Thomas. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil (1651)*, Trad. Manuel Sánchez, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- HOERST, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón, Barcelona, Gedisa, 2000.
- HOLMES, Oliver Wendell, “The path of the law”, *Harvard Law Review*, Vol. X, 1897, núm. 8.
- HUME, David, *Investigación sobre el entendimiento humano (1748)*, trad. Magdalena Holguín, Bogotá, Norma, 1992.
- IHERING, Rudolf von, “En el cielo de los conceptos jurídicos. Una fantasía”, en Ibáñez, Gustavo (compilador), *La picaresca jurídica universal*, Bogotá, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 1993.
- _____, *La dogmática jurídica (1883)*, trad. de Enrique Príncipe y Satorres, Losada, Buenos Aires, 1946.
- _____, *La lucha por el derecho*, trad. de Adolfo Posada, México, Porrúa, 2006.

- JAMIN, Christophe, “Saleilles’ and Lambert’s Old Dream Revisited”, *American Journal of Comparative Law*, 50 (4), 2002.
- JHONSON, E.L., *El sistema jurídico soviético*, trad. de J. R. Capella y J. Cano Tembleque, Barcelona, Península, 1974.
- JIMÉNEZ, Roberto M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- , “Discrecionalidad judicial”, en *Diccionario Histórico Judicial de México*, México, Ideas e instituciones, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tomo I, A-F, 2010.
- , “Realismo jurídico americano”, en *Diccionario Histórico Judicial de México. Ideas e instituciones, Tomo III, P-Z*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.
- KANT, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, edición bilingüe, trad. Dulce María Granja, México, Fondo de Cultura Económica, UAM y UNAM, 2011.
- , *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Trad. R. Rodríguez Aramayo, Madrid, Alianza, 2002.
- KELSEN, Hans y HOLD-FERNECK, Alexander, *Lo Stato come superuomo: un dibattito a Vienna*, (a cura di Antonino Scalone), Torino, G. Giappichelli editore, 2002.
- KELSEN, Hans y COSSIO, Carlos, *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho: teoría egológica y teoría pura*, Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1952.
- KELSEN, Hans, “Alf Ross: Una teoría ‘realista’ y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: sobre el derecho y la justicia”, en Casanovas Romeu, Pompeu & Moreso, Josep Joan (ed.), *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994.
- , *Autobiografía*, trad. de Luis Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- , *Esencia y valor de la democracia*, trad. de Rafael Luengo y Luis Legaz, Granada, Comares, 2002.
- , “Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas con especial énfasis en la filosofía del “como si” de Vaihinger” (1919), en Kelsen, H., Fuller, L. F. y Ross, A., *Ficciones jurídicas*, México, Fontamara, 2003.
- , “La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico” (1961), *Academia: Revista sobre enseñanza del derecho*, año 6, núm. 12, 2008.

- _____, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, trad. de Francisco Ayala, Buenos Aires, Losada, 1946.
- _____, *La paz por medio del derecho* (1944), trad. de Luis Echávarri, Buenos Aires, Losada, 1946.
- _____, *¿Qué es la justicia?* (1953), trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2001.
- _____, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995.
- _____, *Teoría general del derecho y del Estado* (1945), trad. de Eduardo García Máynez (1949), México, UNAM, 1979.
- _____, *Teoría general del Estado* (1925), trad. Luis Legaz Lacambra (1934), México, Editora Nacional, 1965.
- _____, *Teoría pura del derecho* (1934), trad. de Gregorio Robles y Félix Sánchez, Madrid, Trotta, 2011.
- _____, *Teoría pura del derecho*, 14a. ed., trad. de Roberto Vernengo, México, Porrúa, 2005.
- _____, “Teoría Pura del Derecho y Teoría Ecológica: respuesta al artículo de Carlos Cossio: ‘Teoría Ecológica y Teoría Pura (balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)’”, trad. de Eduardo García Maynez, en *La Ley*, Buenos Aires, Año 2, núm. 7, agosto de 2001.
- _____, *¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin*, trad. de Isolda Rodríguez y Joaquín Etoarena, Buenos Aires, Katz, 2006.
- KENNEDY, Duncan, “Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Thought in America, 1850-1940”, *Research in Law and Sociology*, vol. 3, 1980.
- KUCSKO-STADLMAYER, Gabriele, “La contribución de Adolf Merkl a la Teoría Pura del Derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm 244, 2005.
- LAMBERT, Edouard, *El gobierno de los jueces, Estudio preliminar de Luis Pomed*, trad. de Félix de la Fuente, Madrid, Tecnos, 2010.
- LAPORTA, Francisco J, *El imperio de la ley: una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. Marcelino Rodríguez, 2a. ed. española de la 4a. ed. alemana, Barcelona, Ariel, 1980.
- LOBBAN, Michael, *The Common Law and English Jurisprudence, 1760-1850*, Oxford (Inglaterra), Clarendon Press, 1991.

- LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil* (1690), trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza, 2000.
- LONDOÑO GARCÍA, Carlos Andrés, “La hermenéutica gadameriana en el ámbito interpretativo jurídico”, *Ambiente Jurídico*, Universidad de Manizales, Num. 11, 2009.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás María, *Filosofía del Derecho*, Granada, Comares, 1985.
- LÓPEZ, Diego, *La letra y el espíritu de la ley*, Bogotá, Universidad de los Andes y Temis, 2008.
- , *La teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Universidad de los Andes, Legis y Universidad Nacional de Colombia, 2004.
- LUDWIG, Emil, *Autobiografía de un biógrafo*, trad. de Agustín Caballero, Madrid, Aguilar, 1953.
- LUHMANN, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (1974), trad. de Ignacio de Otto Pardo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- MACARIO, Francesco, “Recuperare L’Invisibile: una riflessione sulla storicità del diritto civile. Leggendo “La solitudine dello storico del diritto”, di Pio Caroni”, *Rivista di diritto civile*, Padova, Anno LVII, núm. 2, Marzo-Aprile, 2011.
- MAINE, Henry Sumner, *Ancient Law: Its Connection With the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas* (1861), Arizona, The University of Arizona Press, 1986.
- MANNORI, Luca y SORDI, Bernardo, *Storia del diritto amministrativo*, 2ª ed, Roma-Bari, Laterza, 2003.
- MARÍ, Enrique E. “La interpretación de la ley. Análisis histórico de la escuela exegética y su nexo con el proceso codificadorio de la modernidad”, en Marí, Enrique E. *et. al.*, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006.
- MARTÍNEZ Roaro, Ester, *Sexualidad, derecho y cristianismo: visión bioética desde una perspectiva de género*, 2ª. ed., Instituto Cultural de Aguascalientes, 2000.
- MARTÍNEZ, Faustino, *De responsabilitate*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2008.
- , “Un poder nuevo en el escenario constitucional: notas sobre el ejecutivo gaditano”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo LXXXI, 2011.

- MCKENNAN, Theodora (Sister O.P.), *Santander and the vogue of Benthamism in Colombia and Nueva Granada*, Dissertation for Degree of Doctor of Philosophy, Loyola University (USA), 1970.
- MEJÍA QUINTANA, Oscar, “Legitimidad, validez y eficacia en las ciencias sociales y el derecho en Colombia”, en Mejía Quintana, Oscar y Encinales Ariza, Natalia, *Elementos para una historia de la filosofía del derecho en Colombia*, Bogotá, Ibáñez, 2011.
- MONTERO AROCA, Juan, “La ley de enjuiciamiento civil española de 1855: la consolidación del proceso común”, en Giuliani, Alessandro y Picardi Nicola (a cura di), *L'Educazione giuridica. VI – Modelli storici della procedura continentale. Tomo II – Dall'ordo iudiciarius al codice di procedura*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes (1748)*, Versión castellana de Nicolás Estévez, Tomo I, París, Garnier, 1926.
- MONTOYA RESTREPO, Nataly, “Usos y abusos del concepto “Estado” según Hans Kelsen”, en Montoya Brand, Mario y MONTOYA Restrepo, Nataly (Eds. y Comps.), *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín, Eafit, 2011.
- MORALES DE SETIÉN RAVINA, Carlos, “La invención del derecho privado moderno”, en MONATERI, P. G. y GEOFFREY, Samuel, *La invención del derecho privado* (Estudio preliminar de Carlos Morales de Setién Ravina), Bogotá, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana y Siglo del Hombre editores, 2006.
- NUSSBAUM, Martha, “El uso y abuso de la filosofía en la enseñanza del derecho”, Trad. María Alegre, *Academia: Revista sobre Enseñanza de Derecho*, Buenos Aires, Año 7, núm. 14, 2009.
- O'DONNELL, Guillermo “Delegative democracy”, *Journal of Democracy*, 5 (1), 1994.
- ONFRAY, Michel, *El sueño de Eichmann*, trad. de Alcira Bixio, Barcelona, Gedisa, 2009.
- ORTEGA Y GASSET, José, *¿Qué es la filosofía?*, 10ª. ed., introducción de Ignacio Sánchez Cámara, Madrid, Calpe, 1999.
- PASHUKANIS, E.B., *La teoría general del Derecho y el marxismo (1924)*, trad. de Carlos Castro, México, Grijalbo, 1976.
- PASSAGLIA, Paolo, “La ‘crisi della legge’ come riflesso della crisi della sovranità statale”, *La crisis de la ley: memorias del II Encuentro de claustros docentes Pisa, 2006*, México, Escuela Libre de Derecho, 2007.
- PAULSON, Stanley L., “Algunos aspectos de la controversia entre Hans Kelsen y Erich Kaufmann”, en Ramírez Cleves, Gonzalo (ed.),

- Ecos de Kelsen: Vida, obra y controversias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- PERELMAN, Chaïm, *El imperio retórico: retórica y argumentación*, trad. de Adolfo Gómez, Bogotá, Norma, 1997.
- PETIT, Carlos, “A contributor to the method of investigation’. Sobre la fortuna de Gény en América”, *Quaderni fiorentini*, núm. 20, 1991.
- , “De la historia a la memoria. A propósito de una reciente obra de historia universitaria”, *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*, núm. 8, 2005.
- , “Derecho civil e identidad nacional”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 3, 2011, pp. 1-36, disponible en http://www.indret.com/pdf/843_es.pdf
- , “España y el Code Napoléon”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 61, fasc. IV, 2008.
- , “Harvard en Lyon: Lecturas de Roscoe Pound en el Institut de Lambert”, en Durand, Bernard y Mayali, Laurent (eds.), *Excerptiones iuris. Studies in Honor of André Gourevitch*, Berkeley (Ca.), 2000, Robbins Collection.
- , “Lombroso en Chicago. Presencias europeas en la Modern Criminal Science americana”, *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 36, 2007.
- PEZZETTA, Silvina, “El marco teórico del trialismo de Werner Goldschmidt y su evolución: algunas ideas sobre los nuevos aportes teóricos”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 11, 2007-2008, pp. 245-255 (consultable en Internet: <http://www.rtfed.es/numero11/13-11.pdf>).
- POUND, Roscoe, “Law in books and Law in Action”, *American Law Review*, 44, 1910.
- PRODI, Paolo, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Bologna, Il Mulino, 1992.
- PRODI, Paolo. *Una historia de la justicia: de la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y Derecho*, trad. de Luciano Padilla, Barcelona, Katz, 2008.
- PUGLIESE, María Rosa, *De la justicia lega a la justicia letrada*, Buenos Aires, Junta de Estudios Históricos de San José de Flores, 2000.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo, *Principios generales del derecho latinoamericano*, Buenos Aires, Astrea, 2006.
- , *Un viaje por la historia del derecho*, Buenos Aires, Quorum, 2002.

- RAMÍREZ, Gonzalo, “La paz perpetua de Kant y el pensamiento de Kelsen sobre el pacifismo”, en Ramírez Cleves, Gonzalo (ed.), *Ecos de Kelsen: Vida, obra y controversias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- , “Los artículos sobre libertad de imprenta de Bentham y Miguel Antonio Caro: Divergencias y eventuales correspondencias”, *Revista derecho del Estado: nueva serie*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Num. 22, junio de 2009.
- REALE, Miguel, *Teoría Tridimensional del Derecho* (1968), trad. de Ángeles Mateo, Madrid, Tecnos, 1997.
- RESTREPO, John Fernando, “Escuelas jurídicas del siglo XIX”, en Botero, Andrés (Coord.), *Filosofía del derecho*, Medellín, Universidad de Medellín, 2012.
- ROBLEDO RODRÍGUEZ, Alejandro, “Metodología jurídica trialista y hermenéutica en la construcción del Derecho”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 11, 2007/2008, pp. 269-279. (consultable en Internet: <http://www.rtfed.es/numero11/15-11.pdf>).
- ROBLES, Gregorio, “Consideraciones sobre la teoría de la norma jurídica en Kelsen”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 60, 1980.
- RODRÍGUEZ, César, “Estudio preliminar”, en HART, H.L.A. y DWORKIN, R., *La decisión judicial*, Bogotá, Siglo del hombre y Universidad de los Andes, 1998.
- ROSS, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. de Genaro Carrió y Osvaldo Paschero, Buenos Aires, Centro editor de América Latina, 1969.
- , *Lógica de las normas* (1967), trad. de José S.P. Hierro, Madrid, Tecnos, 1971.
- , *Nota al libro de Kelsen ¿Qué es la justicia?* (1957), trad. de Genaro Carrió, en Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires, Centro editor de América Latina, 1969.
- , *Teoría de las fuentes del derecho* (1929), trad. de José Muñoz, Aurelio de Prada y Pablo López, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ROTBURG, Robert I, “El fracaso y el colapso de los estados-nación: descomposición, prevención y reparación”, en Rotberg, Robert I., Clapham, Christopher y Herbst, Jeffrey, *Los estados fallidos o fracasados: un debate inconcluso y sospechoso. Estudio preliminar de Patricia Moncada Roa*, Bogotá, Siglo del Hombre editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Contrato social* (1762), Trad. Fernando de los Ríos, Madrid, Calpe, 2007.
- , *Emilio o la educación* (1762), trad. Cardona Castro, Barcelona, Bruzgera, 1971.
- RUIZ, Alicia E. C, *Idas y vueltas: por una teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2001.
- RUIZ MANERO, Juan, “Sobre la crítica de Kelsen al marxismo”, en Correas, Óscar (comp.), *El otro Kelsen*, 2.^a ed., México, UNAM y Coyoacán, 2003.
- RUSSELL, Bertrand, *Historia de la filosofía occidental* (1961), Tomo I, trad. Julio Gómez y Antonio Dorta, Madrid, Espasa-Calpe, 1978.
- SÁCHICA, Luis Carlos, *Esquema para una teoría del poder constituyente*, 2a. ed., Bogotá, Temis, 1985.
- SANTOS, Boaventura de Sousa y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (eds.), *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Tomos I y II, Siglo del Hombre Editores, 2001.
- SARLO, Oscar, “La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949. El “frente sur” de la teoría pura”, *Ambiente jurídico*, Manizales, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Manizales (Colombia), núm. 12, 2010.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Metodología jurídica* (1815), trad. de J. J. Santa-Pinter, Buenos Aires, Depalma, 1979.
- , *Sistema del Derecho romano actual* (1839), trad. del alemán por Ch. Guenoux y vertido al español por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Granada, Comares, 2005.
- SCHMITT, Carl, *La defensa de la constitución*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, Barcelona, Labor, 1931.
- SILVA-HERZOG MÁRQUEZ, Jesús, “Carl Schmitt. Jurisprudencia para la ilegalidad”, *Revista de Derecho*, Vol. XIV, Julio de 2003.
- SIMON, Thomas, “¿Qué es y para qué sirve la legislación?”, trad. de Andrea Macía, *Vniversitas*, Bogotá, Colombia, núm. 119, 2009.
- SÓFOCLES, *Tragedias*, trad. Fernando Segundo, Madrid, EDAF, 1985.
- SOTO POSADA, Gonzalo, “Positivismo y república (siglo XIX)”, *Revista Universidad de Medellín*, 31, 1980.
- STEWART, Iain, “¿Coincidencia o derivación? Cuando Julius Stone acusó a Hans Kelsen de plagio”, en Ramírez Cleves, Gonzalo (ed.), *Ecos de Kelsen: Vida, obra y controversias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “La teoría del derecho de Jeremías Bentham”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 50, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984.
- TARELLO, Giovanni, *Il realismo giuridico americano*, Milán, Giuffrè, 1962.
- TAU, Víctor, *La codificación en la Argentina (1810-1870): Mentalidad social e ideas jurídicas*, 2a. ed., Buenos Aires, Librería Histórica, 2008.
- THIBAUT, Anton Friedrich y SAVIGNY, Friedrich Karl von, *La codificación: una controversia programática basada en sus obras*, trad. de José Díaz, Madrid, Aguilar, 1970.
- TUORI, Kaius, *Ancient roman lawyers and modern legal ideals: Studies on the impact of contemporary concerns in the interpretation of ancient Roman legal history*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2007.
- URIBE ÁLVAREZ, Roberth, “‘Ciencia’ contra ‘teología’ de la política. El concepto de ‘ciencia de la política’ en la reseña de Kelsen a Voegelin”, en Montoya Brand, Mario y Montoya RESTREPO, Nataly (Eds. y Comps.), *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín, Eafit, 2011.
- URIBE, Víctor, “Colonial Lawyers and the Administration of Justice”, en Zimmermann Eduardo (ed.), *Judicial Institutions in Nineteenth-Century Latin America*, London, University of London, 1999.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán, *Derecho internacional público*, 3a. ed., Medellín, Comlibros, 2008.
- _____, *Derecho privado romano*, 3a. ed., Medellín, Señal editora, 1998.
- VANO, Cristina, “Las Novelas y la escuela. Vida de textos y biografía (colectiva) de la *Historische Rechtsschule*”, en Conde, Esteban (ed.), *Vidas por el derecho*, Madrid, Carlos III de Madrid, 2012.
- VARELA, Joaquín, *Tres ensayos sobre historia constitucional*, Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2008.
- VÁZQUEZ Alfredo, *El poder presidencial en Colombia: la crisis permanente del derecho constitucional*, 2.ª ed., Bogotá, Enrique Dobry, 1979.
- VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, 2ª. ed., trad. de Jorge Seña, Barcelona, Gedisa, 1997.
- VILCHES FUENTES, Hugo, “Notas biográficas y obra de Friedrich Karl von Savigny. Una mirada al fundador de la escuela histórica del derecho”, *Corpus Iuris Regionis*, Iquique, Chile, 11, 2011.
- WEBER, Max, *Economía y sociedad*, trad. de J. Medina et. al., México, Fondo de Cultura Económica, 1964.
- WILLIFORD, Miriam, *Jeremy Bentham on Spanish America: an account of his letters and proposals to the New World*, Baton Rouge and London, Louisiana State University Press, 1980.

- WOLKMER, Antonio Carlos, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, Bogotá, Ilsa, 2003 (este texto cuenta con una segunda edición: México, Ilsa, la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí y la Comisión Estatal de Derecho Humanos, San Luis Potosí, 2006).
- WRIGHT, Georg Henrik von, *Explicación y comprensión (1971)*, Madrid, Alianza Universidad, 1997.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995.
- ZANNONI, Eduardo A, *Crisis de la razón jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 1980.