

SEGUNDA PARTE
CIENCIA Y METODOLOGÍA DEL DERECHO

EN DEFENSA DE LA CERTEZA JURÍDICA: LA TRADICIÓN IUSPOSITIVISTA DESDE SUS ORÍGENES HASTA Kelsen

Francisco IBARRA PALAFOX*

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema.* II. *Los orígenes: el Corpus Iuris Civilis.* III. *El Renacimiento: Thomas Hobbes y el argumento de autoridad.* IV. *La consolidación: el positivismo ilustrado y la codificación.* V. *La sistematización: Hans Kelsen, el orden normativo y la ciencia del derecho.* VI. *La crisis: la posguerra y la relativización de la certeza jurídica a principios del siglo XXI.*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el centro del proyecto iuspositivista desarrollado por la cultura jurídica de Occidente se encuentran las siguientes preguntas esenciales: ¿dónde encontrar el derecho vigente?, ¿cuál es el método más apropiado para ubicar el derecho aplicable a un caso particular? Así, por ejemplo, un buen ciudadano estaría dispuesto a conocer las normas a seguir en su vida cotidiana, mientras una jueza encargada de la solución de un caso particular está obligada a identificar la norma particular para resolverlo. Sin embargo, la identificación de las normas jurídicas concretas no siempre fue tarea sencilla; tales desafíos existieron desde los tiempos del derecho romano, y fueron preocupación central del iuspositivismo desde sus orígenes hasta la elaboración de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen.

Hoy estas preguntas recuperan su importancia ante un entorno jurídico que diversificó sus fuentes de producción desde finales de la Segunda Gue-

* Investigador titular de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho, ambos de la UNAM. Contacto: fpalafox@unam.mx. ORCID-ID: <https://orcid.org/0000-0003-3599-6728>.

rra Mundial y, aceleradamente, desde la caída del muro de Berlín, la apertura democrática y el derrumbe del bloque socialista en Europa, procesos que acentuaron la globalización económica y cultural en Occidente. Estos acontecimientos ampliaron, en ocasiones, de manera excesiva las fuentes del derecho, y ahora parece más difícil identificar dónde se encuentran las normas jurídicas aplicables para resolver los casos particulares como abogados postulantes, jueces o investigadores del derecho. En efecto, frente a la legislación emitida por los órganos legislativos estatales aparece un amplio abanico de material denominado *soft law*, cuya imprecisión y ambigüedad compiten abiertamente con la ley; o frente a las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos donde se cumplen las garantías del debido proceso legal, surgen múltiples organismos no gubernamentales (ONG), que desean imponer su agenda a estos tribunales mediante la promoción de derechos de difícil legitimidad e inexistentes en las Constituciones nacionales o en los convenios internacionales. Si bien la ampliación mesurada de las fuentes del derecho lo enriquece, los excesos de esa proliferación redujeron la certeza jurídica necesaria para una correcta vida en sociedad. Si bien la certeza jurídica siempre ha sido relativa y nunca fue deseable hacerla un proyecto ideológico, hoy está en peligro frente a la proliferación de esas supuestas fuentes de producción jurídica y la “diversificación metodológica” para la identificación del derecho. Si a esto agregamos el proceso de decodificación experimentado por el derecho constitucional en los últimos lustros, el panorama parecería desalentador. Así, en el presente artículo reflexiono sobre la certeza jurídica en la historia de la tradición jurídica iuspositivista desde sus inicios hasta las aportaciones de Kelsen como camino inicial para responder a estas preguntas y problemas; desde luego, por razones de espacio, es imposible aquí realizar una exposición exhaustiva de esta tradición.

II. LOS ORÍGENES: EL CORPUS IURIS CIVILIS

Para empezar, debe tenerse presente que el positivismo jurídico tiene como antecedentes necesarios la compilación de Justiniano y el pensamiento jurídico político de Thomas Hobbes. Tanto en la compilación del derecho romano realizada por el emperador Justiniano (a través de sus principales juristas: Triboniano, Teófilo y Doroteo) como en el pensamiento jurídico-político de Hobbes había un proyecto análogo: la necesidad de identificar el derecho con mayor precisión para consolidar el poder del gobierno monárquico.

En el vasto universo del derecho romano, el Imperio Romano de Oriente requería de una compilación que permitiera identificar con certeza a las normas para consolidar las ambiciones imperiales de Justiniano, quien necesitaba de un orden jurídico para legitimarse como soberano imperial del imperio de Oriente, que consolidaba por vías militares. Así, por ejemplo, el Códice de Justiniano consagró el poder del emperador como fuente última para resolver controversias jurídicas:

Si la majestad imperial hubiese examinado en calidad de juez una causa, y pronunciada sentencia constituida las partes en su presencia, sepan absolutamente todos los jueces, que están bajo nuestra jurisdicción, que es ley no sólo para la causa para la que fue proferida, sino además para todas las análogas, porque ¿qué cosa hay mayor, que más santa, que la majestad imperial? ¿Quién está lleno de tanta soberbia, que menosprecie el pensamiento del príncipe, cuando también los autores del antiguo derecho manifiestan clara y terminantemente, que tienen fuerza de ley las constituciones que emanan de decreto imperial?... Y declaramos que toda interpretación de leyes hecha por el emperador ya sea sobre súplicas, ya sea en juicios, ya de cualquier otro modo, sea considerada válida e indubitada. Porque si al presente solo al emperador es permitido hacer leyes, también al interpretar las leyes debe ser digno solamente de su autoridad imperial.¹

El programa de Justiniano buscaba restablecer el Imperio Romano y, paralelamente, establecer una robusta burocracia para ese poder imperial unido a una ortodoxia cristiana y un sistema legal más eficiente. Además, ese nuevo orden jurídico basado en el derecho romano permitía con mayor facilidad la identificación de las normas jurídicas necesarias para la defensa de los derechos de los súbditos.

En efecto, el 13 de febrero del 528, Justiniano anunció su decisión de llevar a cabo una reforma de su sistema de justicia, tema pendiente para sus predecesores. Entre los objetivos de su reforma se encontraba eliminar aquellos aspectos caducos, superfluos, oscuros y contradictorios de su sistema jurídico. La revisión del derecho romano se proponía mejorar la eficiencia de su sistema jurídico, identificar con precisión el derecho romano y eclesiástico para la resolución de controversias y dilemas jurisprudenciales.² Como asentó en el prefacio de las Instituciones de Justiniano, el imperio se

¹ Códice, título XIV, 12-12.1, en *Cuerpo del derecho civil romano*, traducción del latín al español por Ildefonso L. García del Corral, Barcelona, Jaime Molinas Editor, 1889.

² Atkinson, J. E., "Justinian and the tribulations of transformation", en *Acta Classica*, XLIII, 2000, pp.15-32.

justificaba no sólo por el uso de las armas, sino además por un derecho que diera a cada quien lo suyo y rechazara las “iniquidades de los calumniadores”, de aquellos que pretendían la existencia de un derecho donde éste no existía:

La majestad imperial conviene que no sólo esté honrada con las armas sino también fortalecida por las leyes, para que uno y otro tiempo, así el de guerra como el de paz, puedan ser bien gobernados, y el príncipe romano subsista vencedor no solamente en los combates con los enemigos, sino también rechazando por legítimos trámites las iniquidades de los calumniadores, y llegue a ser tan religiosísimo observador del derecho, como triunfador de los enemigos vencidos.³

La necesidad de identificar el derecho con precisión es patente desde el inicio de las Instituciones. Éstas se definen como una exposición de las leyes del pueblo romano “de una manera abreviada y sencilla y después con diligente y muy exacta interpretación se explica cada cosa”.⁴ Aquí, por leyes civiles se refiere a las leyes positivas del pueblo romano, recuperadas por Justiniano. Más aún, en el título segundo de las Instituciones, Justiniano, después de proporcionar el concepto de justicia y reconocer la existencia del derecho natural al definirlo como aquel enseñado por la naturaleza a todos los animales del cielo, la tierra y el mar, define al proyecto del Corpus Iuris Civilis como un proyecto de identificación del derecho civil, mas no del derecho natural:

1. Más el derecho se divide así: civil o de gentes. Todos los pueblos, los cuales se rigen por leyes y costumbres, usan de un derecho, en parte suyo propio, en parte común a todos los hombres; pues el derecho que un pueblo cualquiera constituye él mismo para sí, es propio de la ciudad misma y se llama derecho civil; más el que la razón natural establece entre todos los hombres, este es igualmente observado en todos los pueblos, y se llama derecho de gentes, porque de este derecho usan todas las gentes... 2. Más el derecho civil se apellida con el nombre de cada ciudad, como el de los atenienses; pues si alguien quisiera llamar a las leyes de Solón o de Dracón derecho civil de los atenienses, no erraría. Y así también llamamos al derecho de que usa el pueblo romano, derecho civil de los romanos... 11. Más las leyes naturales, que por igual se observan entre todas las gentes, establecidas por cierta providencia divina, permanecen siempre firmes e inmutables; pero las que una ciudad cualquiera

³ Instituta, “Prefacio”, en *Cuerpo del derecho civil romano, Primera Parte Instituta-Digesto, op. cit.*, p. 3.

⁴ Instituta, título I, 1-2, p. 5.

constituye para sí, suelen cambiarse a menudo o por tácito consentimiento del pueblo, o por otra ley posteriormente dada.⁵

Como se aprecia del párrafo arriba transcrito, el derecho civil corresponde a lo que siglos después se denominó derecho positivo y que, a diferencia del inmutable derecho natural, es un derecho reformable y en constante cambio. Es importante observar cómo el derecho romano, aun cuando privilegiaba al derecho civil, no ignoraba al derecho natural, al cual se refería con frecuencia el *Corpus Iuris Civilis*. En otras palabras, aunque los orígenes del iuspositivismo se rastrean con precisión en el derecho romano y en la compilación de Justiniano, el derecho natural era todavía una de las fuentes reconocidas por el derecho justiniano; la negativa a reconocer al derecho natural como fuente del derecho tuvo lugar varios siglos después, con los iuspositivistas ilustrados del siglo XVIII en adelante.

III. EL RENACIMIENTO: THOMAS HOBBS Y EL ARGUMENTO DE AUTORIDAD

Como explica Floris Margadant, la compilación justiniana fue recuperada por los juristas de la Universidad de Bolonia desde fines del siglo XI, y de allí se extendió en toda Europa para crear el denominado “derecho común de las monarquías”.⁶ Después, en los inicios del Renacimiento, Hobbes emprendió el proyecto de crear una teoría política para consolidar a las monarquías europeas, antecedente inmediato de los Estados nacionales.

En una sumaria revisión del pensamiento positivista se puede rescatar de Hobbes (teórico del poder monárquico y fundador de la teoría del Estado) su polémica con Coke. En ésta, Hobbes combatió el *common law* y defendió la potestad del soberano para establecer el derecho y su poder estatutario. Como la mayoría de los filósofos y juristas de la época, Hobbes examinó el paso del estado de naturaleza al estado civil; en este tránsito se preguntó si las leyes propias del estado de naturaleza (derecho natural) eran obligatorias. La respuesta de Hobbes a este cuestionamiento fue de la mayor importancia y significó un precedente importante del pensamiento iuspositivista moderno. Según Hobbes, la persona estaba obligada solamente a respetarlas en conciencia, es decir, frente a sí mismo y frente a Dios; sin

⁵ Instituta, título II, 1-2,11, pp. 6 y 7.

⁶ Margadant, Guillermo F., *La segunda vida del derecho romano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1986, p. 402.

embargo, frente a otras personas, sólo estaban obligadas a respetarlas en los límites en que otras personas las respetaran hacia ellos. En otras palabras, una persona estaba obligada a respetar la regla de derecho natural de “no matarás” siempre y cuando las personas con las cuales se relacionara estuvieran dispuestas también a respetar esa norma fundamental; en caso contrario, la persona agredida podía defenderse matando a quien intentara quitarle la vida. En el Estado de naturaleza, donde todas las personas son iguales y tienen el derecho a usar la fuerza para hacer respetar sus intereses, nunca existía la completa certeza de que la ley era respetada por todos y, en consecuencia, la ley perdía eficacia. El estado de naturaleza constituía un estado de anarquía perpetuo donde imperaba la ley del más fuerte, y todos los hombres luchaban contra los demás para conseguir o conservar sus propios intereses.

La única forma de salir de este estado de naturaleza de permanente guerra, por lo demás insoportable para los seres humanos, era mediante la creación del Estado y depositar toda la fuerza de éste en el gobierno monárquico. Con la ley impuesta por el monarca mediante la espada, las personas respetarían la norma de “no matarás”, la cual no obedecía sólo los dictados de su conciencia o los fríos cálculos de sus intereses individuales, sino además existía la ley del rey-Estado para hacerla obligatoria bajo cualquier circunstancia, y cuya fuerza era irresistible, los obligaba a respetarla aun cuando carecieran de voluntad para hacerlo.⁷ Esta monopolización del poder coercitivo del Estado implicó una concentración correlativa del poder para crear las normas reguladoras de las relaciones sociales; en efecto, únicamente al Estado competía la producción de las normas jurídicas claras, precisas y dirigidas a la regulación de los comportamientos humanos, y sólo estas normas contaban con el respaldo estatal para ser obedecidas. Conforme a Hobbes, cuando se creó el Estado dejó de operar el derecho natural (el cual, inclusive, no era respetado en el Estado de naturaleza), y el único derecho válido y vigente era el derecho civil o estatutario.⁸

En su obra de *Leviatán*, sin ignorar el principio de la representación, Hobbes señaló que la institución del Estado apareció cuando una multitud de hombres convinieron o pactaron que a un hombre o a una cierta asamblea de hombres se les otorgara, por mayoría, la posibilidad de representar a todos. Así, cada uno de ellos, tanto quienes votaron a favor como en contra, debía autorizar las acciones de ese hombre o asamblea como si fueran suyos, con objeto de vivir en paz entre sí y ser protegidos de otros hombres. En con-

⁷ Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico*, España, Debate, 1993, pp. 51 y 52.

⁸ *Ibidem*, p. 52.

secuencia, de la institución estatal derivaban todos los derechos y facultades de aquel o aquellos a quienes se confirió el poder soberano por el consentimiento popular; en otras palabras, era el Estado y su monarca la única fuente legítima del derecho.⁹ La identificación de una sola fuente del derecho contribuyó a robustecer la certeza jurídica y consolidar el poder estatal.

En una obra tardía, escrita en edad avanzada, *Diálogo entre un filósofo y un estudiante del derecho común en Inglaterra*, Hobbes negó la legitimidad del *common law* y reconoció como único derecho al producido por la autoridad estatal. Así, en un pasaje ilustrador, el filósofo, al respaldar la legislación producida por el Estado, replicaba al estudiante de derecho lo siguiente:

Te concedo que el conocimiento del derecho es un arte; pero no el arte de cualquier hombre, ni de muchos sin importar lo sabio que sean; el derecho tampoco es el producto de uno o más artífices, sin importar lo perfecto que sea el derecho. No es la sabiduría, sino la autoridad lo que hace al derecho. También es oscura la expresión razonamiento legal (*legal reason*) porque no hay más razón entre las criaturas terrestres que la razón humana. Sin embargo, supongo lo que esas palabras quieren decir: que la razón del juez o de todos los jueces reunidos sin el rey son la razón suprema (*suma ratio*) y el derecho verdadero: esto lo niego porque nadie puede crear una ley salvo quien posee el poder legislativo. Es manifiestamente falso que el derecho haya sido perfeccionado por hombres instruidos y graves como los profesores de derecho; esto es así porque todas las leyes de Inglaterra han sido hechas por su Rey consultándolas con la nobleza y los integrantes del parlamento, de los cuales ni uno de los veinte era un abogado estudiado.¹⁰

IV. LA CONSOLIDACIÓN: EL POSITIVISMO ILUSTRADO Y LA CODIFICACIÓN

En su obra, Hobbes no sólo legitimó a la monarquía, forma de gobierno que prefirió sobre otras, sino además constituyó la primera teoría moderna del Estado como fuente primaria del derecho. Además, Hobbes separó con claridad y por primera vez al derecho natural del derecho positivo; la separación definitiva e incluso el rechazo al derecho natural fue realizado por iuspositivistas europeos del siglo XVIII y XIX, concluyendo de manera definitiva con Kelsen en el siglo XX.

⁹ Hobbes, Thomas, *Leviatán*, México, Gernika, 2005, t. 1, p.179.

¹⁰ Hobbes, Thomas, "A dialogue between a philosopher and a Student of de Common Laws of England", en *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury: Now first collected and edited by Sir William Molesworth*, Londres, vol. 6, 1840 (la traducción es mía).

El absolutismo monárquico y los abusos de autoridad cometidos por varios reyes a lo largo de los siglos generaron una reacción para controlar a la monarquía que permitieron, durante la ilustración, la elaboración de la teoría de la división de poderes, una concepción moderna sobre los delitos y las penas y una teoría de la representatividad política, todas dirigidas a consolidar el poder estatal bajo formas democráticas o cuasidemocráticas, abandonando paulatinamente a la monarquía como forma de gobierno. Por su importancia para el positivismo y la consolidación del legislador como fuente primaria del derecho, me detengo en Montesquieu en lo relativo a la división de poderes, y en Beccaria para la construcción moderna del derecho penal, ambos autores de la Ilustración del siglo XVIII.

Una vez expuesta su teoría de la división de poderes cuando examina a la Constitución de Inglaterra, Montesquieu consideró que el juez en su interpretación de la ley debía evitar cualquier tipo de extralimitación del texto legal. La teoría de la división de poderes, en estricto sentido, obligaba al juez a sujetarse al texto de la ley y respetar lo dispuesto por el legislador como productor de la norma jurídica específica. Al examinar en el capítulo undécimo del *Espíritu de las leyes* la actividad de los tres poderes, Montesquieu, además de pronunciarse por un origen popular de los jueces, en concordancia con una teoría de la representatividad, señaló que el juez debía subordinarse a la ley; de otra manera se viviría en permanente estado de inseguridad jurídica:

El poder judicial no debe dársele a un senado permanente, sino ser ejercido por personas salidas de la masa popular, periódica y alternativamente designada de la manera que la ley disponga, las cuales formen un tribunal que dure poco tiempo, el que exija la necesidad... Pero si los tribunales no deben ser fijos, los juicios deben serlo; de otra manera que no sean nunca otra cosa que el texto preciso de la ley. Si fueran nada más que una opinión particular del juez se viviría en sociedad sin saberse exactamente cuáles son las obligaciones contraídas.¹¹

El principio de sujeción del juez a las leyes y al legislador quedó expresado de manera más contundente por Beccaria. Extendiendo el razonamiento del contrato social a la determinación de las penas, Beccaria declaró el principio de estricta sujeción a la ley para la determinación de las penas por parte de los jueces, quienes por ningún motivo decretarían penas mayores a las dispuestas por el legislador. Para Beccaria, las personas aceptaban el contrato social, entre otras razones, porque tenían certeza de las penas

¹¹ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, México, Porrúa, p. 105.

establecidas por los jueces, quienes carecían de cualquier libertad para imponer penas mayores:

La primera consecuencia de estos principios es que solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador que representa toda la sociedad unida por el contrato social: ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Pero una pena que sobrepase el límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa más otra adicional, por consiguiente, ningún magistrado bajo pretexto de celo o de bien público puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente.¹²

Más aún, tampoco a los jueces penales competía la capacidad de interpretar las leyes penales, por la sencilla razón de que no eran legisladores. Además, señaló Beccaria, las interpretaciones judiciales estaban sujetas a las circunstancias temporales de los jueces y magistrados o, incluso, a sus cambiantes estados de ánimo y temperamento. Para Beccaria, nada había tan claro como la certeza de la ley, y nada tan confuso como buscar el sentido de la norma en el “espíritu de la ley”:

Cuarta consecuencia. Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales, por la misma razón de que no son legisladores...

En todo delito el juez debe hacer un silogismo perfecto: la mayor debe ser la ley general, la menor la acción conforme o no a la ley, la consecuencia, la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre.

No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común que propone por necesario consultar el espíritu de la ley. Es un dique roto al torrente de las opiniones... Cada hombre tiene su punto de vista, y cada hombre en diferentes momentos tiene uno diverso. El espíritu de la ley sería, pues, la resulta de la buena o mala lógica de un juez, de su buena o mala digestión; dependerá de la violencia de sus pasiones, de la flaqueza del que sufre, de las relaciones que tuviese con el ofendido y de todas aquellas pequeñas fuerzas que cambian las apariencias de los objetos en el ánimo fluctuante del hombre. Vemos así que la suerte de un ciudadano cambia con frecuencia al pasar por distintos tribunales, y ser las vidas de las miserables víctimas de falsos raciocinios o del actual fermento de los humores de un juez... Vemos pues los mismos delitos

¹² Beccaria, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, Universidad Carlos III de Madrid, Serie Legal History, 2015, p. 21.

diversamente castigados por los mismos tribunales en diversos tiempos, por haber consultado no la constante y fija voz de la ley, sino la errante inestabilidad de las interpretaciones.

A la Escuela Histórica del derecho en Alemania de finales del siglo XVIII y principios del XIX, cuyo máximo exponente fue Savigny, se debe un embate sin precedentes en contra del derecho natural. Sin extenderme por razones de espacio, Savigny, en su obra intitulada *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*, resaltaba el sentido de la tradición jurídica alemana y la individualidad del pueblo como productor del derecho, ubicado siempre en un contexto histórico preciso y particular. La apelación a la tradición histórica del pueblo como productor de normas jurídicas constituyó un duro golpe al derecho natural, cuya enseñanza se sustentaba en la racionalidad universal del ser humano rechazada por Savigny en favor de la particularidad de la nación y su pueblo:

Pero esta conexión orgánica del derecho con el modo de ser y el carácter del pueblo se confirma en el transcurso del tiempo, aspecto en el que también puede compararse con el lenguaje. Lo mismo que para éste, para el Derecho tampoco hay ningún momento de pausa absoluta: el derecho está sometido al mismo movimiento y a la misma evolución que todas las demás tendencias del pueblo, e incluso esta evolución está regida por la misma ley de necesidad interna que aquel fenómeno más temprano. El derecho, pues, sigue creciendo con el pueblo, se perfecciona con él y finalmente muere al perder el pueblo su peculiaridad.¹³

Si la crítica a la universalidad del derecho natural del historicismo alemán preparó el terreno para el positivismo moderno, los hechos históricos específicos de su fundación acaecieron con el gran movimiento de la codificación surgido en Europa y América a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX; éste abarcó desde la creación de las Constituciones de los Estados nacionales americanos y europeos hasta los movimientos de codificación de sus legislaciones civiles y penales, iniciando con el Código Napoleónico. Este movimiento racionalista tuvo como propósito ubicar todas las normas de una disciplina en un solo libro. Las Constituciones colocarían todas las normas supremas y fundamentales del Estado en el documento llamado Constitución; por su parte, los códigos civiles ubicarían a la totalidad de esta disciplina en un solo libro. Es imposible, en este espacio, extenderme

¹³ Savigny, Friedrich Carl von, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*, España, Universidad Carlos III de Madrid, Serie Legal History, p. 20.

en la extensa narración requerida para examinar, aunque fuera parcialmente, el fenómeno de la codificación; baste señalar que el mismo significó el reconocimiento definitivo del Estado y sus legisladores como únicos creadores de las normas jurídicas.

Los representantes del Estado, reunidos en una asamblea constituyente o en un órgano legislativo ordinario que promulgaban respectivamente la Constitución y las leyes ordinarias, fueron confirmadas como fuentes únicas y primarias del derecho. Con la codificación estatal como hecho histórico, el derecho natural desapareció como fuente de derecho o de interpretación judicial, salvo cuando fuera precisamente integrado por el legislador. La constitucionalización de las leyes fundamentales y el proceso de codificación del derecho civil y penal fue un fenómeno ilustrado cuya pretensión racionalista radicó en considerar factible sistematizar en un solo libro las leyes fundamentales del Estado o todo el derecho común. La codificación como un fenómeno propio de la tradición jurídica de Occidente no acaeció en todos sus países; por ejemplo, en los países anglosajones tuvo lugar de manera parcial, o bien fue inexistente.

Para Bobbio, el fenómeno de la codificación fue importante para el positivismo, por las siguientes razones: *a)* los códigos sirvieron como una especie de manuales especializados donde los juristas buscaban resolver todas o la mayoría de los principales problemas jurídicos que enfrentan; en efecto, cuando existe una Constitución o un código, los juristas buscan solucionar las controversias de derecho consultando estas fuentes e ignorando total o parcialmente otras, como el derecho natural; *b)* operó un argumento de autoridad para la producción del derecho; es decir, se consideró a la voluntad del constituyente o del legislador ordinario como dotados de legitimidad y autoridad suficientes para dictar las normas; *c)* la producción centrada de normas en los órganos legislativos obligó a los juristas a pensar en la teoría de la separación de poderes y, en consecuencia, a considerar al juez como boca de la ley y nunca como productor de normas jurídicas; de otra manera invadiría la esfera de competencia del legislador; *d)* los códigos proporcionaron certeza jurídica, al disponer un cuerpo de leyes estables para regular las relaciones sociales y resolver las controversias; de otra manera, la decisión de un juez sería arbitraria y los ciudadanos carecerían de cualquier posibilidad de prever el resultado de las deliberaciones judiciales.¹⁴

En favor de la codificación se pronunció la Escuela de la Exégesis en Francia durante el siglo XIX como consecuencia de la aparición del código napoleónico. La codificación favoreció la identificación del derecho y la cer-

¹⁴ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 92-94.

teza jurídica; también fomentó el culto a la ley y el estatismo jurídico, como lo identificó Julien Bonnetcase, uno de los principales exponentes de esta escuela, quien en su *Tratado elemental de derecho civil* presentó las características principales de la escuela exegetica:

No es muy difícil presentar un resumen de los rasgos distintivos de la doctrina exegetica; estos son 1. El culto al texto de la ley; 2. El predominio de la intención del legislador en la interpretación del texto legal; 3. El carácter profundamente estatista de dicha doctrina; 4. Su carácter ilógico y paradójico en cuanto a la existencia y función de la noción de derecho; 5. El favor de la escuela por el argumento de autoridad.¹⁵

De esta manera, los integrantes de la Escuela de la Exégesis pugnarón por lo siguiente: a) desconocieron la importancia que el derecho natural tuvo en Occidente durante dos milenios, al considerar como única fuente jurídica al derecho positivo; para ellos, el derecho natural fue relevante sólo cuando era incorporado al derecho positivo; b) construyeron una postura rígidamente estatista de las fuentes del derecho, es decir, sólo son normas jurídicas las producidas o reconocidas por el Estado mediante el principio de la omnipotencia del legislador, lo cual además de negar el derecho natural como fuente del derecho, también implicaba la negación de cualquier otro tipo de derecho positivo, como es el derecho consuetudinario, el judicial y el científico; c) cualquier interpretación, incluidas las interpretaciones judiciales, significaban *buscar la intención del legislador*, es decir, si el único derecho válido era el producido por el legislador, sus intérpretes deberían precisar la voluntad del legislador cuando del texto de la norma no se desprenda de inmediato su significado y alcances; d) respeto al argumento de autoridad, y para los efectos de la producción jurídica, la autoridad suprema era el legislador.¹⁶ Como señala Bobbio, el recurso al argumento de autoridad, practicado hasta nuestros días, es un principio de la mayor importancia para la profesión jurídica; no se debe a un mal hábito de los juristas o a una mentalidad anclada en una “fase precientífica”, sino a la propia naturaleza del derecho como técnica de organización social que establece de manera vinculante para las personas lo que es lícito o ilícito; esto hace necesario atribuir a una persona la facultad de determinar la licitud de los comportamientos sociales de manera que su determinación no sea puesta en duda, y esta persona es precisamente el legislador.¹⁷

¹⁵ Bonnetcase, Julien, *Tratado elemental de derecho civil*, México, Harla, 1997, p. 45.

¹⁶ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 99-102.

¹⁷ *Ibidem*, p. 102.

El proyecto racionalista ilustrado en favor de la codificación, la certeza jurídica y la identificación precisa de las normas tuvo en Jeremías Bentham a uno de sus principales exponentes a principios del siglo XIX. Bentham presentó un alegato contra del *common law* británico por la inseguridad que producía en las resoluciones judiciales, su retroactividad y la contradicción del principio democrático propio de la ley producida por un cuerpo legislativo. Una de sus principales críticas al *common law* era sobre su naturaleza de derecho no escrito, lo cual permitía a los jueces una gran discrecionalidad en el momento de emitir sus resoluciones; esto, con independencia de los intereses a los cuales obedecían los jueces para inclinar la balanza del lado de sus favorecidos y, en ocasiones, su franca corrupción al vender y retrasar injustificadamente sus resoluciones. En lugar de derechos, para Bentham el *common law* proporcionaba a los británicos “puras ilusiones”, mientras debían soportar castigos impuestos por los jueces que eran “tristes realidades”.¹⁸ La única forma de resolver este problema era contar con un código escrito que proporcionara a los británicos la certeza respecto de sus derechos y deberes. Así lo expresó en una petición elaborada al gobierno y a los ciudadanos para redactar un código:

Tenemos necesidad de un código, con sus respectivas secciones, del cual podamos aprender, cada uno de nosotros mediante su lectura o la lectura que hagan del mismo, cuáles son los derechos y las obligaciones pertinentes en cada ocasión.

La elaboración de este documento jurídico, en efecto, sólo puede ser producto del tiempo. De esto somos completamente conscientes. Pero entre más pronto comencemos, más temprano lo terminaremos; y mientras más difiramos su inicio, más difícil será su elaboración final.¹⁹

Otro autor británico que estuvo a favor de la codificación y contribuyó de manera significativa al positivismo decimonónico fue Austin, jurista británico y profesor de la Universidad de Londres, quien concluyó su formación en Alemania. Entre las aportaciones de Austin destacó la relativa a su concepción del derecho positivo, el cual distinguió en un primer lugar del derecho natural y después de las leyes morales.

Austin distinguió entre diferentes leyes: las leyes naturales, las leyes morales y las leyes positivas; sólo estas últimas eran objeto del estudio del de-

¹⁸ “Thus, while the right, we are bid to be grateful for are mere illusions, the punishments we are made to undergo are sad realities”.

¹⁹ Bentham, Jeremy, “Justice and Codification Petitions”, en *The Works of Jeremy Bentham*, publicados por John Bowring, Londres, Simpkin Marshall & Co., 1843, vol. V, p. 547 (la traducción es mía).

recho o de la ciencia jurídica (*jurisprudence* es el término usado por Austin). El derecho natural estaba conformado por leyes naturales, que eran leyes divinas relacionadas con la esfera religiosa. En contraste, las leyes humanas eran positivas o morales; las primeras eran aquellas emanadas de una autoridad superior y legítimamente constituida, consistentes en mandatos obligatorios emitidos por la autoridad superior a otros sujetos en posición de subordinación, obedecidas coactivamente por la persona ubicada en una posición de subordinación; esta relación de supra-subordinación es la existente entre un gobernado y un gobernante. Por el contrario, aunque también son leyes humanas, las leyes morales carecían de esta relación de supra-subordinación y eran mandatos emitidos entre personas ubicadas en un mismo nivel jerárquico.²⁰ De esta manera, al iniciar su curso de jurisprudencia, Austin definió el objeto y los alcances de su materia de estudio de la siguiente forma:

La materia del derecho es la ley positiva. Esta ley, en sentido estricto y llano, es ley establecida por las autoridades políticas superiores a las políticamente inferiores...

De las leyes o conjunto de reglas establecidas por los hombres para los hombres, algunas de ellas son establecidas por personas colocadas en una posición políticamente superior, leyes provenientes de personas ubicadas en una posición de soberanía sobre otras ubicadas en una posición de sujeción; por personas que ejercen el gobierno de manera suprema y sobre otras subordinadas al mismo, en naciones o sociedades políticamente independientes. El agregado de las reglas así establecidas, o una parte de ese agregado, es la materia propia del derecho, general o particular. Pero a diferencia del derecho natural o la ley de la naturaleza (significando por esas expresiones, la ley de Dios), el agregado de las reglas establecidas por los poderes políticamente superiores es denominado con frecuencia ley positiva y derecho positivo, o ley que existe por posición.²¹

Austin resolvió el problema de la certeza jurídica señalando que el estudio del derecho sólo debía comprender el derecho positivo creado por las autoridades facultadas para tal efecto; el derecho natural y las leyes morales no eran materia del estudio de la ciencia del derecho o de la jurisprudencia. Con otros argumentos y continuando la crítica al *common law*, Austin

²⁰ Austin, John, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, Londres, 3a. ed., revisada y editada por Robert Campbell, John Murray y Albemarle Street, 1869, pp. 171-176.

²¹ Austin, John, *The Province of Jurisprudence*, Londres, John Murray y Albemarle Street, 1832, pp. 1 y 2 (la traducción es mía).

distinguió entre el derecho legislativo y el derecho judicial producido por los jueces, formulando así una severa crítica a este último con base en las siguientes razones: *a)* el derecho judicial era menos accesible de conocer y poseía una menor ponderación que el derecho legislativo; *b)* el derecho judicial era producido *ex post facto*, es decir, aplicado de manera retroactiva por los jueces; *c)* el derecho judicial era impreciso, disperso e incoherente, esto debido a la enorme dificultad implicada en revisar los documentos producidos en un juicio y el enorme problema existente para extraer de una sentencia una regla general; *d)* era extremadamente complicado en el derecho judicial identificar las normas válidas, porque los jueces emiten diferentes resoluciones en casos semejantes, o porque los contextos valorados por los jueces en un caso no siempre podían ser aplicados a otros.

De esta manera, los juristas de la Ilustración europea consolidaron el positivismo moderno hacia finales del siglo XIX. La búsqueda de una mayor certeza jurídica como uno de los objetivos esenciales del iuspositivismo poseyó, antes de Kelsen, las siguientes características esenciales: *a)* el reconocimiento del Estado como única fuente de producción normativa; *b)* la aceptación del dogma de la omnipotencia legislativa y de la ley como proyecto racionalista para modificar a la sociedad; *c)* el abandono del derecho natural; *d)* el movimiento en favor de la codificación; *e)* la crítica al derecho judicial y al *common law*.

V. LA SISTEMATIZACIÓN: HANS KELSEN, EL ORDEN NORMATIVO Y LA CIENCIA DEL DERECHO

Sobre estas bases, Kelsen depuró el trabajo de los positivistas que le precedieron elaborando una teoría del derecho. Kelsen no sería un continuista de la tradición positivista de los siglos XVIII y XIX, sino el más importante renovador del iuspositivismo conforme al contexto de la primera mitad del siglo XIX. Rebasa los objetivos del presente trabajo realizar una síntesis de la teoría kelseniana; sin embargo, me concentraré solamente en los principales puntos que permitieron a Kelsen renovar el objetivo de la certeza jurídica perseguida por el positivismo: 1) la identificación del Estado con el derecho; 2) la ubicación del derecho dentro del campo científico; 3) la continuación del debate contra el iusnaturalismo.

En lo relativo al reconocimiento del Estado como única fuente de producción normativa, Kelsen propuso la identificación del Estado con el derecho. Si para los positivistas de las generaciones anteriores era primordial reconocer al Estado como fuente primaria de producción normativa, Kelsen

elaboró una teoría de la autoridad del Estado como fuente de producción jurídica mucho más sofisticada. Ésta es una teoría formal de la autoridad, la cual se resume señalando que la autoridad es aquella facultada para expedir normas jurídicas. Para Kelsen, el derecho válido es aquel producido por los agentes del Estado formalmente facultados para su producción; estas facultades le son atribuidas por un sistema escalonado de normas, donde en la cúspide se encuentra la Constitución. Así, el legislador es una autoridad porque produce leyes generales, mientras las autoridades administrativas y los jueces son formalmente productores de normas jurídicas concretas, cuando aplican las leyes o emiten sentencias, respectivamente. Más aún, todas estas normas forman un orden jurídico o sistema de normas jurídicas particulares que definen las características del orden normativo nacional o estatal; así, el Estado es un sistema normativo. En atención a la característica coactiva de las normas jurídicas, cualquier Estado puede definirse como un sistema de normas coactivas:

Pero una vez reconocido —como lo ha hecho la teoría jurídica pura— que el Estado es un orden coactivo de la conducta humana; y una vez demostrado —como lo ha hecho también aquella teoría— que este orden coactivo no puede ser un orden diferente del jurídico, porque en una comunidad no hay ni puede haber sino un solo orden coactivo constitutivo de la misma, demuéstrese también que toda manifestación vital del Estado, todo “acto estatal” tiene que ser un acto jurídico: pues ninguna acción humana puede ser calificada de acto estatal sino sobre la base de una norma jurídica, en virtud de la cual, por otra parte, imputase dicha acción al Estado, es decir, a la unidad del orden jurídico; y se demuestra, en fin, que el Estado como persona no es otra cosa que la personificación del orden jurídico, y que el Estado como poder no es sino la eficacia de dicho orden. De ese modo, el dualismo de Estado y derecho desaparece...²²

La identificación del derecho con el Estado acarreó a Kelsen agudas críticas sobre su supuesto estatismo-autoritario, incorrectas porque ignoran que esa identidad es meramente formal, y porque Kelsen nunca se refirió al contenido político e ideológico de esas normas. En otras palabras, formalmente un Estado se identifica con el orden normativo por dos razones principales: primero, porque el sistema coactivo de normas es producido por los órganos estatales facultados para tal efecto y, segundo, porque el Estado está sujeto a ese mismo orden normativo. Si se prefiere, un acto de

²² Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho. El método y los conceptos fundamentales*, México, Colofón, 2019, pp. 93 y 94.

autoridad es estatal siempre y cuando sea realizado o ejecutado conforme a los procedimientos formales establecidos por ese mismo Estado, lo cual es independiente de las características políticas o ideológicas de ese acto. La identidad del Estado con el derecho propuesta es una continuidad del argumento de autoridad esgrimido por la tradición iuspositivista y existente en el iusnaturalismo sobre bases filosóficas distintas. Una cosa distinta es identificar al Estado como democrático o autoritario, lo cual depende del contenido político-ideológico de las normas, y no del derecho mismo ni de sus fuentes de producción jurídica. Igualmente sucede con la identificación como Estado capitalista o socialista, lo cual depende de su política económica específica y no del derecho como sistema de normas coactivo.

En segundo lugar, Kelsen realizó, como ninguno de sus antecesores iuspositivistas, el mayor esfuerzo por ubicar al derecho dentro del dominio de las ciencias, algo nunca intentado en la historia del positivismo jurídico con los alcances y pretensiones científicas kelsenianas. Para empezar, Kelsen dividió a las ciencias entre ciencias causales y ciencias normativas, ubicando al derecho en este último campo. Kelsen afirmó que las primeras aspiran a adquirir un conocimiento de los hechos y acontecimientos fácticos mediante la identificación de las causas, es decir, de la causa y su consecuente efecto; entre estas ciencias se encuentran, por ejemplo, la física, la biología o la fisiología; cuando las conductas humanas son estudiadas mediante la identificación de sus leyes causales, aparecen las ciencias sociales, como la psicología, la sociología o la etnología, las cuales buscan explicar las conductas humanas identificando sus relaciones de causa y efecto. Aunque estas últimas pertenecen a las ciencias sociales, son ciencias causales de la misma especie que la biología, según Kelsen. Por su parte, las ciencias normativas ignoran el principio de causalidad y aplican el principio de imputación; explican las conductas humanas no como se desarrollan en el orden fáctico o de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo se deben desenvolver esas conductas; entre las ciencias normativas están la ética y el derecho.²³

En las ciencias causales o de la naturaleza el principio de causalidad implica que “si la condición A se realiza, la consecuencia B se producirá”; aquí, la condición es una causa y la consecuencia, su efecto; además, no interviene voluntad humana ni sobrehumana en la realización de esta última; este principio se podría enunciar de la siguiente forma: si se calienta un metal, éste se dilata. En contraste, el principio de imputación de las

²³ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, trad. de la 1a. ed., de 1934, México, Fontamara-Ediciones Coyoacán, 2019, pp. 24 y 25.

ciencias normativas indica que “si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse”, y aunque la consecuencia no se produzca siempre, sí interviene un acto humano; se puede enunciar de la siguiente manera: quien comete un homicidio debe ser sancionado con pena de prisión; éste es claramente el mundo del derecho.²⁴

Al derecho como ciencia normativa le corresponde el estudio de las normas jurídicas, ni más ni menos; en otras palabras, el conocimiento jurídico se dirige al conocimiento de las normas y de su agrupación en un sistema normativo que confieren el carácter de actos jurídicos o antijurídicos a determinadas conductas humanas:

En cuanto se determina el derecho como norma (o, más precisamente, como un sistema de normas, como un orden normativo), y se limita la ciencia jurídica al conocimiento y descripción de normas jurídicas y de las relaciones que ellas constituyen entre los hechos por ellas determinadas, se acota el derecho frente a la naturaleza, y a la ciencia del derecho, como ciencia normativa, frente a todas las demás ciencias que aspiran a un conocimiento por leyes causales de los acontecimientos fácticos. Así se logra por fin un criterio seguro, para separar unívocamente la sociedad de la naturaleza y a la ciencia social de la ciencia natural.²⁵

Ahora bien, aquí Kelsen cometió un acierto y un error. Mientras la ubicación del derecho dentro de las ciencias normativas fue correcta, así como la delimitación de su objeto de estudio, en contraste, la definición de las ciencias naturales como ciencias causales es una definición mecanicista obsoleta en las condiciones actuales del desarrollo científico y de la filosofía de la ciencia contemporánea, incluso, desde el momento de su formulación. En efecto, desde 1934, cuando Kelsen publicó la primera edición de la *Teoría pura del derecho* y donde separó las ciencias entre causales y normativas, la ciencias de la naturaleza como ciencias causales era una noción que comenzaba a ser abandonada rápidamente, principalmente por los descubrimientos de la física, la crítica a la mecánica clásica, el desarrollo de la teoría cuántica de Max Planck (1900), la teoría de la relatividad de Einstein (1905) y la teoría del átomo de Niels Bohr (1913), los cuales tendrían efectos revolucionarios sobre el desarrollo de la ciencia y del pensamiento contemporáneo. Ahora bien, la decimonónica definición de la ciencia expuesta por Kelsen fue un error que no afecta a la ubicación del derecho dentro de las

²⁴ *Ibidem*, pp. 26 y 27.

²⁵ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de la 2a. ed. de 1960, México, Porrúa, 2019, p. 89.

ciencias normativas. Extraña paradoja, Kelsen sería criticado por su posición causalista respecto de las ciencias naturales que contaminó su preciso señalamiento de que las normas jurídicas son el objeto de conocimiento de la ciencia del derecho.

VI. LA CRISIS: LA POSGUERRA Y LA RELATIVIZACIÓN DE LA CERTEZA JURÍDICA A PRINCIPIOS DEL SIGLO XXI

En general, el positivismo jurídico y la obra de Hans Kelsen enfrentaron una crisis durante el último tercio del siglo XX proveniente de tres poderosos frentes: el primero fue el surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos; segundo, el formidable desarrollo de la filosofía política moral producido a partir de la publicación de la *Teoría de la justicia* (1971) de John Rawls; tercero, la notable renovación de la filosofía iusnaturalista en la esfera anglosajona y latinoamericana de los últimos treinta años, con autores como Ronald Dworkin con *Los derechos en serio* (1977) y John Finnis con *Ley natural y derechos naturales* (1980).²⁶ Los tres frentes constituyeron una renovación del debate histórico del iusnaturalismo frente al iuspositivismo, ante el cual este último estaba en evidente desventaja después de la debacle humanitaria de la Segunda Guerra Mundial. En efecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) promulgada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y el posterior desarrollo de los derechos humanos en convenios internacionales dieron pauta para el desarrollo doctrinal de estos derechos vinculados a diversas escuelas éticas, kantianas, aristotélico-tomistas y de otras diversas influencias. Ante semejante reto intelectual, después de Kelsen y Alf Ross (este último, discípulo de Kelsen), el iuspositivismo careció de teóricos para desarrollar una nueva teoría que se adaptara al contexto generado por los derechos humanos e hiciera frente a la crítica iusnaturalista y de filosofía política moral.

A lo anterior, también contribuyó el desafortunado debate de Kelsen en contra del iusnaturalismo contenido en su libro *¿Qué es la justicia?*²⁷ En este breve ensayo, y en su afán de criticar lo que denomina “el absolutismo iusnaturalista” (la necesidad de una norma de conducta justa con validez absoluta), se declaró relativista moral, e hizo una investigación excesiva-

²⁶ Una completa exposición sobre el desarrollo del derecho natural contemporáneo se encuentra en Saldaña, Serrano, Javier, *Derecho natural. Tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

²⁷ Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Barcelona, Ariel, 1992.

mente general de la filosofía política moral y, en particular, de pensadores como Aristóteles y Kant. Esta obra ampliamente divulgada nada aportó a su *Teoría pura del derecho* ni a su debate en favor del constitucionalismo democrático; por el contrario, le abrió un frente vulnerable por la superficialidad de su análisis histórico del iusnaturalismo.²⁸ Apareció, además, cuando el relativismo moral era superado por desarrollos teóricos como el John Rawls, quien en su *Teoría de la justicia* abrió la época dorada de la filosofía política-moral contemporánea.²⁹ Paradójicamente, ambos libros aparecieron publicados en 1971.

La desafortunada consecuencia de la crisis del positivismo a finales del siglo XX fue el debilitamiento de la certeza jurídica, provocada por la proliferación de una gran variedad de supuestas fuentes productoras de normas, en su mayoría de carácter político. Esto provocó una corriente antiilustrada y antipositivista que busca derechos positivos donde no existen. Esto debe incentivar al iuspositivismo a renovar su análisis de los derechos, ya que estamos en un punto del debate jurídico donde es imposible mantener la estricta división entre el positivismo jurídico y los derechos humanos como derechos inherentes e inalienables. La crisis humanitaria de la Segunda Guerra Mundial, cuyas consecuencias geopolíticas aún experimentamos, el subsecuente desarrollo de las armas nucleares, el riesgo climático y la transformación tecnológica de los medios de comunicación de principios del nuevo milenio, deberían exhortar al iuspositivismo a desarrollar una teoría que reconozca sin problemas metodológicos los derechos inherentes del ser humano.

Además, los órganos representativos deberían proceder, mediante un ejercicio democrático, racional y equilibrado, a la positivización de varios derechos humanos aún pendientes de consagrar en tratados internacionales. En efecto, aunque el Estado sigue siendo la fuente primordial de producción de normas positivas al interior del Estado nación, el derecho internacional se agregó como otra más. Al respecto, se debe tener presente que los derechos desarrollados por una parte de la doctrina o aquellos promovidos por algunos organismos de la sociedad civil no siempre se refieren a derechos jurídicos, muchas veces son sólo derechos presupuestos, como los definió Kelsen; es decir, derechos que carecen de positividad y obligatoriedad.

En síntesis, la búsqueda por la certeza jurídica, preocupación central de Kelsen y de la tradición positivista, sobrevive como tema fundamental

²⁸ Kelsen, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, 1988.

²⁹ Rawls formula una certera crítica al relativismo moral en los numerales 7 y 8 del primer capítulo de *Teoría de la justicia*; véase Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 44-54.

de la teoría del derecho. Sin embargo, esta certeza se encuentra en riesgo de naufragar frente a la politización del discurso de los derechos acaecido en los últimos años; en efecto, la identificación y exigencia de derechos inexistentes en normas jurídicas nacionales o internacionales que los reconozcan pone en peligro los principales logros de los derechos humanos, al relativizarlos y generar inseguridad jurídica respecto de sus alcances. La certeza jurídica debería ser una preocupación no sólo del positivismo, sino de los juristas ocupados por los derechos inherentes al ser humano.

Mediante la adopción de los convenios internacionales de derechos humanos realizada en los últimos sesenta años, entramos en una nueva etapa de la ciencia jurídica, donde el positivismo deberá convivir con estos derechos. Comparaciones guardadas por tratarse de contextos históricos diferentes, el iuspositivismo y el iusnaturalismo podrían volver a convivir como ocurrió en los inicios de nuestra tradición jurídica, cuando el *Corpus Iuris Civilis* constituyó el denominado derecho común imperante durante la baja Edad Media en Europa, y ambos derechos eran reconocidos como fuentes jurídicas. Esta dualidad fue extinguida por los iuspositivistas ilustrados que emprendieron el asedio del derecho natural para construir a los Estados nacionales, cuyo modelo se agotó parcialmente en la posguerra y la subsecuente aparición del derecho internacional de los derechos humanos. Así, los derechos humanos, una vez positivizados en fuentes internacionales, podrían significar la antesala del orden jurídico internacional que coordine a los sistemas jurídicos estatales, como vislumbró Kelsen en sus reflexiones sobre el derecho internacional.