

Apuntes sobre el positivismo jurídico

Armando Nieto Vélez S.J.

Abogado. Profesor Principal del Departamento de Humanidades en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Una exigencia legítima al estudiar Filosofía del Derecho nos llevaba a preguntarnos por los fundamentos últimos del orden jurídico. E incluso - más allá de la aulas- en el rutinario transcurrir de la vida cotidiana no era raro que nos viniese la misma pregunta. La existencia de cualquier persona, desde los años infantiles, esta rodeada de normativa: el reglamento escolar, las reglas de conducta de la sociedad, las normas de tráfico, los requisitos para hacer un simple trámite, hasta las leyes que rigen el estado civil y los actos de gobierno, etc. En todos los niveles de la vida ciudadana abundan las normas vigentes. Como respuesta inmediata a la interrogante del porqué de las normas puede aducirse la necesidad del orden, la eficiencia, la regularidad y muchas cosas más, imprescindibles en un mundo que se precia de ser civilizado. Esto es obvio.

Pero el orden y la eficiencia no son los valores supremos, ya que están al servicio de algo anterior y más importante. Abrimos la Constitución Política del Perú y leemos en el artículo 1: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. He ahí una respuesta que nos satisface puesto que se halla no en el ámbito de los medios sino en el de los fines.

Sin embargo, podemos seguir ahondando. ¿De dónde viene que la persona humana y el respeto de su dignidad tengan que ser el fin supremo de la sociedad y del Estado? Contentarnos con decir “así tiene que ser” no sería una adecuada respuesta filosófica.

En algún momento del estudio de la carrera se da el caso de pragmáticos alumnos -deseosos de ejercerla pronto-, que estiman ociosa la inquisición filosófica

del Derecho, o simplemente exclaman: “Con saber bien los códigos y la legislación vigente nos basta” o “para qué meterse en debates metafísicos”.

Es verdad que la práctica de la profesión requiere estar familiarizado con la legislación, frondosísima en la mayor parte de las especialidades. Todo ello constituye el orden jurídico de un país. Pero todo ello -según la Constitución- debe estar al servicio de la persona humana. Esto no es tan obvio -por lo menos no lo fue en la Europa de los años 1930 a 1945-, cuando se decía que “la sociedad debe estar al servicio del Estado”. Discutir las razones por las cuales la persona, y no el Estado, debe tener la preeminencia en el orden jurídico es ya introducimos en un campo que rebasa el derecho positivo. Lo trasciende.

He estado releendo la *Teoría Pura del Derecho*, clásica obra de Hans Kelsen (1881-1973) publicada en 1934. Allí se dice, en el capítulo I, que “el principio fundamental de su método es eliminar de la ciencia del Derecho todos los elementos que le son extraños”. Entre éstos incluye Kelsen la moral y la teología.

Tiene razón Kelsen, si -metodológicamente- se entiende que esa “eliminación” debe desplazar aquellos elementos que interfieran en la sana autonomía de lo jurídico; de modo análogo a lo que acontece en la filosofía respecto de la teología. Pero no parece aceptable ese rechazo en cuanto a los principios fundamentales que afectan el mismo ser del hombre y de la sociedad. Nos referimos a las bases trascendentes por las cuales el hombre esta ontológicamente “religado” al Creador. Este reconocimiento no es de ninguna manera una interferencia nociva de lo teológico en lo jurídico, sino por el contrario, la

condición de la permanencia del orden jurídico.

Tal es, para decirlo por su nombre, el derecho natural, cuya raíz se halla en la misma naturaleza personal-social del hombre, ser creado por Dios, y no fruto de una pura evolución biológica.

El derecho natural ha sido con frecuencia mal comprendido, y ello ocurre cuando se aplica abusivamente en el intento de justificar hechos o responsabilidades que muy poco o nada tienen de jurídicos, como la esclavitud, de la cual pensó Aristóteles que era de derecho natural. Inteligencias profundas, como la de Francisco de Vitoria en el siglo XVI, ejercieron un notable influjo en el recto discernimiento de situaciones ambiguas después de la conquista de América. En esa misma línea se colocó Francisco Suárez, a quien debemos una sabia definición de la ley, que completa lo que diera Santo Tomás: “Ley es la ordenación racional, promulgada por el legítimo gobernante, y estable, para el bien común”. Si algún elemento de esa definición faltase en una ley, ciertamente ésta no podría llamarse ley (ni norma, ni ordenanza).

En la historia de la humanidad se pueden ver, con amplitud de variados ejemplos, seudoleyes que han carecido de dichas notas. Recorramos algunos de esos casos históricos:

a) “Mandó pues el faraón a todo su pueblo que fueran arrojados al río cuantos niños nacieran a los hebreos, preservando solo a las niñas” (Exodo 1,22).

b) Domiciano, emperador romano hacia el año 95, exigió al pueblo le adorase como dios, ordenando la eliminación de los cristianos, acusados de ateísmo.

c) El caso puesto por el propio Kelsen: Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia.

d) Las leyes de persecución antijudía en la época de Hitler.

e) Las leyes que autorizan el matrimonio entre homosexuales.

f) Las leyes que despenalizan el aborto.

No basta, para que una ley sea buena y justa, que la produzca o promulgue un poder legítimo; porque puede faltar la racionalidad o la ordenación al bien común. Tampoco puede admitirse que un grupo se

arroge prerrogativas legislativas, como cuando se constituye un “escuadrón de la muerte” para sentenciar y castigar a enemigos políticos o simplemente adversos a una ideología; o cuando un grupo humano se organiza para “linchar” a delincuentes tomando la justicia por propia mano. En esos casos no puede hablarse de auténticas leyes ni de auténtica justicia.

A nuestro juicio, el defecto mayor del positivismo jurídico consiste en que mira más a lo formal de una norma que a su contenido; atiende más a la conformidad de la ley con la llamada por Kelsen “norma fundante”, que a la intrínseca bondad de una ordenación. Pero ¿reside en eso, o sólo en eso, la validez y legitimidad de una ley?

El Padre Francisco Interdonato S.J., que fue profesor de Teología en la Facultad de Derecho y que falleció en 1991, solía decir a sus alumnos que en un país como el nuestro, donde todavía hay poca formación ética y moral, la sola publicación de una ley en el diario oficial *El Peruano* hace pensar a mucha gente que la mencionada norma es “buena”, ya que proviene del gobierno. Pero no siempre es así.

Tomemos un ejemplo ya clásico aunque poco honroso para sus protagonistas legíferos. El de la Alemania nazi entre 1933 y 1945. Hitler y sus colaboradores en el gobierno habían tenido buen cuidado de procurarse un excelente aparato formal de aprobación de leyes, vigorizado de modo espectacular por impresionantes concentraciones populares que respaldaban unánimemente esas leyes. Pocas veces se han visto referéndums tan abrumadores a favor de un régimen.

1 Nüremberg I.

El 15 de setiembre de 1935 -según informaban las agencias noticiosas- Hitler presentó al congreso del partido nacional-socialista el proyecto definitivo de las llamadas “Leyes de Nuremberg”. El texto tenía dos secciones: La “Ley de la Ciudadanía Alemana” y la “Ley para la Salvaguarda de la Sangre y el Honor Alemanes”. Ambas leyes estaban orientadas a “excluir a los judíos de toda participación en la vida política de Alemania” y de hecho, a convertir a los judíos alemanes en personas de segunda categoría.

La Ley de la Ciudadanía decía en su artículo 2: “Solo se pueden considerar ciudadanos del Reich los naturales alemanes o quienes pertenezcan **por sangre** al pueblo alemán”. Y en la Ley para la Salvaguarda podemos leer los 4 primeros artículos:

- Artículo 1.- Toda unión entre un judío y un ciudadano alemán o un pariente de alemanes está prohibida. Los matrimonios de esta naturaleza celebrados en el extranjero están viciados de nulidad en Alemania.

- Artículo 2.- Toda relación extraconyugal entre judíos y alemanes queda prohibida.

- Artículo 3.- Se prohíbe a los judíos dar empleo bajo su mismo techo a mujeres alemanas menores de 45 años.

- Artículo 4.- Se prohíbe a los judíos la bandera del Reich o utilizar de alguna manera los colores que figuran en la misma.

El lenguaje del positivismo
jurídico rehúye el planteamiento
de los contenidos axiológicos
y permanece en el terreno
de la pura normativa, es decir,
en la problemática de índole
técnico-lógica

A mediados de noviembre de 1935 entraron en vigor en toda Alemania dichas leyes convenientemente reglamentadas. Los alemanes de raza judía quedaban privados de todos sus derechos civiles. Millares de profesionales, artistas y escritores tuvieron que abandonar el país. Soldados y funcionarios de sangre judía fueron licenciados sin término. Sólo se les pagaba salarios a los militares llamados a filas antes de la Primera Guerra Mundial (1 agosto de 1914). Los demás no cobrarían sueldo alguno. Las informaciones periodísticas daban cuenta que la entrada en vigor de las leyes racistas originó tumultos y escenas dramáticas. “Personas cuyos antepasados se establecieron en Alemania hace ocho o diez

generaciones, se han convertido ahora en parias, en un abrir y cerrar de ojos, en su propio país⁽¹⁾”.

En el mes de marzo de 1937, millares de personas se hallan en los campos de concentración de *Sachsenhausen*, *Schenburg*, *Lichtenburg* y *Dachau*. Se calcula que del medio millón de judíos que gozaban en 1933 de la ciudadanía alemana, sólo quedaban a fines de 1937 unos 234 mil, de cuya progresiva eliminación se ocuparía la “Central de Asistencia para la Emigración Judía”, a cargo del prominente dirigente nazi Reinhardt Heydrich.

Todo el proceso que sirvió de sustento a la persecución de los enemigos del III Reich nos parece -no obstante su “legalidad” exterior- que constituye una de las más perversas injusticias de un Estado en el siglo XX. Pero ¿podrían los teóricos del positivismo jurídico dar argumentos realmente válidos para condenarla?

Es legítimo asentir el razonamiento de Hans Kelsen cuando escribe sobre la “norma fundamental” (que es la Constitución), sobre la jerarquía de normas (*Staufebau*), o sobre la adecuación que debe existir entre una norma o ley concreta y la norma constitucional (para que aquélla sea legítima). Mas no podemos seguir al jurista checo-austríaco-norteamericano cuando, reiteradamente, sustrae al Derecho de toda relación con la ética o la moral y de sus fundamentos trascendentes. El “no mezclar ideología o metafísica con derecho positivo” -asunto que todos los iusnaturalistas aceptan- no significa que el orden jurídico deba ignorar la existencia de un orden normativo anterior y superior al positivo -por más constitucional que éste sea-.

Volvamos al concepto, esencial en Derecho, de la persona humana. Desde nuestra perspectiva de creyentes, no podríamos contentarnos con definirla meramente como “centro de imputación”, según lo hace Kelsen⁽²⁾. En un excelente artículo, publicado en *Derecho-PUC*⁽³⁾ el catedrático español Francisco Fernández Segado reflexiona con hondura sobre “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico”. Enumera el autor los

(1) HARENBERG, Ogg. *Crónica del Siglo XX*. Barcelona, 1986, p.491.

(2) KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Cap. VIII, p.4.

(3) En: *Derecho-PUC*. No.50, diciembre 1996. pp.11-45.

diferentes textos constitucionales que consagran la primacía de la persona humana. “Es el valor material central de la norma fundamental, derivando del mismo un amplísimo reconocimiento de los derechos de la persona y una multiplicidad de mecanismos de garantía⁽⁴⁾”. Si esto es así, en casi todas las constituciones del mundo occidental, es interesante comprobar también que la República Islámica de Irán, en la Constitución de 1979, afirma que “la persona, la vida, los bienes, los derechos, la dignidad, el hogar y el trabajo de las personas son inviolables”.

El lenguaje del positivismo jurídico rehúye el planteamiento de los contenidos axiológicos y permanece en el terreno de la pura normativa, es decir, en la problemática de índole técnico-lógica. De esa manera, resulta insuficiente para calificar ordenamientos legales que atropellan y vulneran -como hemos visto más arriba- bienes que todos sentimos como fundamentales e inalienables: los de la persona humana. La insuficiencia del positivismo jurídico para realizar esa función primordial se mostró clarísima y trágicamente en el proceso de los llamados criminales de guerra nazis.

2 Nüremberg II.

Hundida Alemania en la catastrófica derrota final (mayo de 1945), se puso en marcha -cumpliendo un acuerdo de las conferencias de los aliados en Teherán y Yalta-, el juicio a los dirigentes nazis mediante un tribunal militar internacional, que debía instalarse en Nuremberg, la ciudad en la que diez años antes el Führer había proclamado las leyes del germanismo puro.

La acusación atendió a cuatro cargos principales:

- 1) Participación en un complot contra la paz mundial;
- 2) Crímenes particulares contra la paz;
- 3) Crímenes de guerra y;
- 4) Crímenes contra la humanidad (genocidio).

El juicio duró desde el 20 de noviembre de 1945 hasta el 1 de octubre de 1946. Plantearon las acusaciones los fiscales de Estados Unidos, Gran

Bretaña, Francia y la Unión Soviética. Fueron 22 los jerarcas alemanes sentenciados: Goering, Von Ribbentrop, Keitel, Kaltenbrunner, Rosenber, Frank, Sauckel, Jodl, Seyss-Inquart, Hes, Frick, Streicher, Funk, Dönitz, Von Schirach, Raeder, Speer y Von Neurath. Von Papen, Schacht y Fritzsche fueron absueltos. A la horca fueron condenados los nueve primero de esta lista. La sentencia fue cumplida el día 16 de octubre, pero Goering se había suicidado una semana antes. Once acusados cumplirían penas de cárcel de duración variable. Bormann fue condenado en ausencia.



Aunque la opinión pública mundial se mostró en general satisfecha con la sentencia -ya que “se hacía justicia”-, los soviéticos y organizaciones judías no estuvieron de acuerdo con la sentencia absolutoria de tres de los acusados. Quedaba claro, aunque no se mencionase explícitamente, que existía un orden de “derechos humanos”, un “derecho natural” que el sistema nazi había violado impunemente durante un decenio, por lo menos, dentro del ámbito gubernativo del III Reich.

Frente a esos crímenes, ¿qué podía argumentar el

(4) Ibid.; p.13.

positivismo jurídico? Para responder a esta pregunta, creemos que ningún texto es más expresivo que el discurso que pronunció Pío XII ante los miembros del Tribunal de la Rota Romana el 13 de noviembre de 1949, cuando aún estaba fresco el recuerdo del juicio de Nuremberg. He aquí la cita completa del pasaje pertinente de la alocución del Papa Pacelli:

“Todos Nosotros hemos sido testigos del modo con que algunos, que habían obrado según este derecho, (se refiere al “derecho legal”), han sido llamados después a dar cuenta de él ante la justicia humana. Los procesos que con esta ocasión se han desarrollado, no solamente han conducido a verdaderos criminales a la suerte que les era debida; han demostrado también la intolerable condición a la que una ley del Estado, completamente dominada por el positivismo jurídico, puede reducir a un funcionario público, que de otra manera, por su naturaleza y dejado libre en sus sentimientos, habría permanecido como un hombre honrado.

Se ha observado -sigue diciendo el Papa- que, según los principios del positivismo jurídico, estos procesos deberían haber terminado con otras tantas absoluciones, aun en caso de delitos que repugnan al sentido humano y llenan de horror al mundo. Los acusados se hallaban, por así decirlo, amparados por el “derecho vigente”. ¿De qué eran en verdad culpables, sino de haber cumplido lo que este derecho prescribía o permitía? No intentamos ciertamente excusar a los verdaderos culpables. Pero la mayor

responsabilidad recae sobre los creadores de una cultura, de un poder del Estado, de una legislación que no reconocen a Dios y a sus derechos soberanos. Dondequiera que estos profetas operaban y siguen operando, es necesario que surjan la renovación y la restauración del verdadero pensamiento jurídico. Es necesario que el orden jurídico se sienta de nuevo ligado al orden moral sin permitirse traspasar los confines de éste⁽⁵⁾”.

El Papa Pío XII, con su indiscutible autoridad moral, quería dar a entender que un Estado, por más complejo que fuese su aparato legal o por más favorable que fuera el consentimiento de sus ciudadanos a los dictados de la autoridad, no puede renunciar a la realización de la justicia; no puede dejar de lado el aspecto ético de su organización y funcionamiento. Y el aspecto ético es justamente la raíz de todo Derecho que merezca ese nombre. Por ello, la frase de Hans Kelsen en que afirma que el juicio de valor pronunciado sobre la base de una norma moral es “extraña a la ciencia del Derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica⁽⁶⁾”, revela la clave de la radical insuficiencia del positivismo jurídico para responder a la pregunta por la esencia de la ciencia jurídica. En otras palabras, como ha puesto de relieve acertadamente el profesor brasileño Miguel Reale, reivindicando la entraña moral del Derecho, esta ciencia tiene una materia tridimensional: el **hecho social**, la **norma** y el **valor**. $\overline{\text{AR}}$

(5) *Doctrina Pontificia*. Tomo V. En: *Documentos Jurídicos*. Madrid: B.A.C., 1960, pp.308-309.

(6) KELSEN, Hans. Op.cit; Cap. II, p.1.