

JULIANO SOUZA DE ALBUQUERQUE  
MARANHÃO

# POSITIVISMO JURÍDICO LÓGICO-INCLUYENTE

Prólogo de  
Tercio Sampaio Ferraz Junior

Estudio preliminar de  
José Juan Moreso

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO  
2017

## PRÓLOGO

Juliano MARANHÃO es, hoy en día, seguramente, un nombre expresivo en el escenario brasileño del positivismo analítico en filosofía del derecho. Su dominio de la materia lógica, que aprendió precozmente con el maestro Newton DA COSTA, hace que también goce de reconocimiento internacional. Con ello ya sería suficiente para introducir al lector en este libro.

Sin embargo, un prólogo también es una discusión instigadora, que, además, introduce el tema en un debate propio de la filosofía analítica: *¿la neutralidad valorativa es una condición de éxito para una teoría del derecho?* En la esencia de su cuestionamiento metodológico (teorías del derecho descriptivas o valorativas *versus* teorías del derecho normativas o justificadoras), se halla la distinción y el progreso de la relación entre derecho y moral.

Para situar esta problemática, me permito señalar algunos aspectos de la propia modernidad jurídica, tal como aparece en el contexto occidental. Para ello, debo retroceder en el tiempo histórico.

El destino de la filosofía de la *práxis* en la cultura occidental hasta el umbral de los tiempos modernos conocerá dos grandes versiones de la síntesis entre *phýsis* y *ethos*, según la influencia preponderante provenga del estoicismo o del cristianismo en la tradición del derecho natural clásico. Por un lado, la influencia estoica acentuará la trascendencia y la inmutabilidad de la *phýsis* y, correlativamente, la necesidad del *logos* universal en el que se expresa y que se formula como *nómos* eterno, bajo cuya égida se constituye la unidad del género humano. Por otro, la tradición bíblico-cristiana caminará hacia un ahondamiento de la universalidad *subjetiva* o la consciencia moral del individuo que lo constituye como *sujeto* propiamente dicho o como instancia interior del *deber ser*, frente a la universalidad objetiva de la ley. El surgimiento de esta polaridad entre la conciencia y la ley, que seguirá la evolución posterior de la Ética y el Derecho, supone, a su vez, el fin del ciclo histórico de la antigua

*polis* y, desde el punto de vista de la evolución de las instituciones y las ideas políticas, la formación de los primeros esbozos de la *societas civilis* en el enorme cuerpo político del Imperio Romano y, más tarde, en las sociedades urbanas de la Edad Media.

En este nuevo contexto, la naturaleza ya no es la *physis* en la inmutabilidad de su orden y fundamento de un *nómos* objetivo al que debe referirse la *praxis* humana. Ya no se ofrece como un horizonte de universalidad permanentemente abierto a la contemplación del filósofo o la sabiduría del legislador. Una nueva homología deberá regir entre el modelo de la sociedad y la nueva idea de la naturaleza. La nueva homología someterá el pensamiento social y político, así como el pensamiento ético (moral y derecho), a los principios epistemológicos y las reglas metodológicas de la nueva ciencia de la naturaleza, ciencia de tipo hipotético-deductivo, y tendrá el análisis matemático como su instrumento conceptual privilegiado.

Ya en el siglo XVI, empieza un movimiento de interpretación del *corpus iuris* en el que se busca distinguir entre el entendimiento sistemático de las fuentes romanas y su comprensión histórico-cultural. De esta forma, se explica la propuesta de Donellus (*Commentatorium Juris Civilis Libri*) que construye todo el derecho privado como un sistema de derechos materiales (cf. Helmut COING, *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*, Frankfurt, 1969, p. 43). Partiendo de la famosa formulación de Celsus (*ius* como *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*), propone una definición de derecho en términos de *ea quae sunt cuiusque privatim iure tamen illi tributa* y, en particular, como *facultas et potestas iure tributa*, expresiones que denotan cualidades subjetivas. Con ello, Donellus reinterpreta la dicotomía entre derecho público y derecho privado en consonancia con la idea de *suum cuique tribuere*, entendiendo el *ius privatum* en términos de *ius quod privatis et singulis quod suum est, tribuit*. Por ello, el derecho privado pasa a ser teoría de los derechos privados individuales.

La clasificación de Donellus y su concepción de derecho subjetivo como facultad y poder atribuidos por el derecho al individuo sobre aquello que le pertenece no solo incorpora la noción de libre arbitrio como esencia humana, sino que también exige una clara distinción entre la personalidad comunitaria y la personalidad individual. La organización garantiza la homogeneidad de la personalidad comunitaria y, como tal, se diferencia de sus miembros, los *sujetos morales*. Esta distinción crea condiciones para otra, aquella entre la vinculación del comportamiento derivada del estatuto social y la derivada del compromiso contraído, base para una concepción racionalizada de la diferencia entre derecho objetivo y subjetivo.

El desarrollo de relaciones jurídicamente ordenadas para una sociedad del tipo contractual, así como para el propio derecho como libertad y, en especial, para configuraciones jurídicas de la idea de autonomía regulada por un poder

central resulta del debilitamiento de la noción de un estatuto difuso y sagrado, donde crece la libertad individual.

Esta libertad, como dato típico de la espontaneidad humana, se opone a la naturaleza, en un mundo regido por leyes determinadas.

Por un lado, como la idea de bien es relativa a la perspectiva de los individuos, el subjetivismo de la voluntad se separa y contrapone al objetivismo de la razón y la ciencia: es la separación entre *conciencia ética* y *verdad*. Por otro lado, la vinculación de las normas de la moral y la religión se limita a la esfera de las decisiones privadas de la conciencia, separándose de la vinculación objetiva de las normas jurídicas: es la separación entre *conciencia moral* y *derecho*. De aquí surge una tercera separación: la conciencia ética deja de verse como un problema de *scientia* y pasa a ser un problema de conducta y valoración (*voluntas*), donde se separan libertad y naturaleza como universos distintos.

Por lo tanto, el resultado de esta libertad es la apertura de oportunidades para que el individuo aproveche el empleo inteligente de la posesión de bienes en el mercado sin limitaciones jurídicamente externas para conseguir poder sobre otros individuos. Este poder asume la forma jurídica de una autorización preconstituida, fundada en la propia libertad, formalmente accesible en cualquiera, de hecho a disposición de quienes poseen bienes. En consecuencia, tenemos una organización política que se caracteriza por una descentralización del poder a efectos de producción de normas jurídicas que obligan a quien se compromete, pero que exigen una estructura global abstracta de coordinación: el Estado.

Sin embargo, el crecimiento de esta libertad formal no impide, sino que, más bien, fortalece la exigencia de un poder central con fuerza coactiva superior. Max WEBER (*Wirtschaft und Gesellschaft Tübingen*, 1976, II. Halbband, VII, Pár. 2.º) señala que con el monopolio estatal de la producción jurídica, en su aspecto formal, surge, por un lado, la idea del derecho como *ordenamiento* y, por otro, la idea del derecho concreto como una garantía de acción del individuo. Centro de confluencia del ordenamiento incidente como fundamento de dicha garantía, la aplicación del derecho-ordenamiento tiene unos límites complejos.

La exigencia de garantía crea una forma abierta a cualquier contenido: el derecho de acción. Esto explica que surgiera el aparato judicial como una máquina técnicamente racional al servicio del cálculo de las probabilidades de búsqueda y concreción de la acción, que adquiere, así, un sentido operacional problemático. O, como señala el autor de este libro, al actuar, el juez, al mismo tiempo, identifica e interpreta (¿cuál es y qué *significa* la regla del ordenamiento?), esto es, interfiere y con ello obtiene nuevas normas derivadas lógicamente de normas válidas, base para su propia norma decisoria (sentencia). Ahora

bien, ¿cuál es el estatuto teórico de esta operación y cuál es su impacto sobre la ontología de las normas jurídicas?

KELSEN, en su obra póstuma, se posicionó con radicalismo, en una revisión angustiada de su obra anterior: las normas son producto de la voluntad y, en esa medida, no hay ningún regulador (lógico o moral) en el proceso de expansión normativa del ordenamiento.

Este radicalismo introdujo en el debate (del que se ocupa el autor en este libro) la necesidad de captar la *normatividad característica del derecho* de forma peculiar, esto es, con independencia de la normatividad de otras prácticas sociales que también se basan en reglas. De ahí la crítica de HART a BENTHAM y AUSTIN y, por extensión, al propio KELSEN.

Para el positivismo analítico, empero, este debate conduce al presupuesto de que la comprensión de las llamadas *fuentes del derecho* deba ser *normativa* no obstante la perplejidad que produce su fundamento: la norma fundamental kelseniana y su presupuesto de que el ordenamiento como un todo se considere, globalmente, eficaz; y la *regla de reconocimiento* de HART, cuya existencia se considera una *cuestión de hecho*.

Situada en este plano *fáctico*, resulta inevitable la discusión sobre la fundamentación normativa en términos de su *legitimación*: reconocimiento, por KELSEN, de una voluntad instituidora como legítima; reconocimiento, por HART, de que determinados actos de determinadas instituciones constituyen actos creadores (desde el punto de vista *externo*, como mera *constatación*; desde el punto de vista *interno*, *aceptación de la validez*). Tanto de una forma como de otra, esta identificación del derecho como *hecho social* levanta la cuestión de la contingencia de los contenidos de las normas, siempre que sean válidas; de ahí el tema de la separación entre moral y derecho (el mérito moral nada tiene que ver con la juridicidad de las normas, por ello la expansión normativa mediante la interpretación como acto valorativo subjetivo, cuya normatividad deriva de la voluntad).

Si bien, el autor percibe, con agudeza, que este posicionamiento depende de otro, con respecto a la *objetividad de las fuentes* (cuyo contenido, al menos en parte, debería ser identificable, aunque con valoración, sin compromiso moral: tema de la *neutralidad*), que está en el centro de la polémica contemporánea entre positivistas *incluyentes* y *excluyentes*. O el vínculo entre las formas y las conductas tiene instancias acordadas, mediante la incorporación inmediata de creencias y valores de la comunidad, lo que perjudicaría la separación entre derecho y moral y pondría en peligro la posibilidad de una convención social, o el criterio está en la mera identificación de las autoridades competentes, cuya decisión soberana o decisiones reiteradas adoptaría la autoridad que interpreta, lo que afectaría al tema de la legitimación. Ante este dilema, el autor desarrolla, con precisión y rigor, una tercera vía, que llama *inclusivismo lógico*,

en la que invierte la forma habitual de ver la relación entre principios y reglas jurídicas: no son las reglas las que se derivan de los principios morales y las políticas públicas o se justifican en ellos, sino que son los principios los que se legitiman como razones jurídicas vinculantes en la medida en que se fundamentan en el contenido de las reglas. Con ello, el autor llama la atención sobre el hecho de que la autoridad y el contenido de valores morales implicados en la actividad de los tribunales pueden derivar de la autoridad de las propias reglas establecidas, asumiéndose la objetividad, al menos parcial, del contenido de las fuentes. Esta incorporación solo indirecta de la moralidad, a partir de una valoración no comprometida de las fuentes, da nuevos aires al ideal de neutralidad del positivismo jurídico.

En suma, la inclusión de este libro en el contexto de su problematización histórica apunta a un tema filosófico enraizado en la existencia misma del hombre contemporáneo. Es decir, si la cuestión fundamental de la antigua filosofía práctica en el ámbito de la vida social era la determinación de los requisitos esenciales que aseguraban al hombre, como ciudadano, el poder ejercer en la sociedad política los actos propios de la vida virtuosa (*eu zen*) o de la vida ordenada hacia el bien de la ciudad —identificado con el bien del individuo o con su *autárqueia*— la iusfilosofía positivista analítica, en el contexto del pensamiento jurídico moderno, acaba presumiendo, como su principal tarea, la de proponer la solución analíticamente satisfactoria al problema de la asociación de los individuos, cuyo objetivo es asegurar la satisfacción de sus necesidades vitales. Aquí nace el debate sobre la separación entre derecho y moral.

Justamente aquí se percibe que el surgimiento de la sociedad civil como lugar histórico de la realización de la libertad y, por ende, de la vigencia de la ley y la validez del derecho está, en definitiva, en el origen de la escisión moderna entre *ethos* y *nómos*, que se expresa en las diversas formas de positivismo jurídico y positivismo analítico jurídico, así como en la separación entre derecho y moral que hace que la práctica social llamada *jurídica* pese sobre el hombre moderno como un destino trágico, como forma dilacerante semejante a la «tragedia de la ética» de la que hablaba HEGEL: la sociedad moderna como sociedad compleja y altamente desarticulada, de ahí la función del ordenamiento como sistema que compense la pérdida de la homogeneidad comunitaria.

Tercio SAMPAIO FERRAZ JUNIOR