

# POSITIVISMO\*

*Friedrich Müller\*\**

1 El concepto. 2 Discusión del positivismo metódico del Derecho. 3 Tareas.

## RESUMO

O Positivismo buscou resumir todo o saber humano por meio de uma metodologia exata, apartada de qualquer metafísica. Da Filosofia e Ciência, o Positivismo chegou ao Direito, com destaque para o positivismo estatal legislativo que identifica o Direito com a legislação, alheando considerações axiomáticas próprias do Direito Natural e qualquer dignidade supra-empírica do fenômeno jurídico. Apesar de um breve retorno ao Direito Natural, especialmente após a Segunda Grande Guerra, é o positivismo metódico do Direito a atitude básica predominante dos juristas. Falha essa atitude pela carência em relação à realidade, fixando-se apenas na análise lingüística das normas. Em contraponto, se propõe a Jurisprudência estruturante do Direito, como um modelo teórico-prático que engloba dogmática, metodologia, teoria do Direito e teoria constitucional, ao não reduzir Direito à norma e por levar em conta tanto o programa normativo quanto o âmbito normativo.

**Palavras-chave:** Positivismo. Norma. Metodologia. Jurisprudência estruturante.

---

\* Texto originalmente publicado na Espanha, com republicação autorizada pelo autor. Extraído de: Müller, Friedrich. Positivismo. In: Postpositivismo. Trad. Luís-Quintín Villacorta Mancebo. Cantabria: Ediciones TGD, 2008, p. 171 – 195.

\*\* Friedrich Müller nasceu em 1938. Estudou Direito e Filosofia em Erlangen-Nurembergue e Friburgo-em-Brigau (Alemanha). Em 1964, doutorou-se em Direito pela Universidade de Friburgo-em-Brigau e, em 1968, obteve o título de livre-docente e a licença para assumir cátedras nas áreas de Direito do Estado, Direito Administrativo, Direito Eclesiástico, Filosofia do Direito e do Estado, bem como Teoria do Direito. De 1968 a 1971, lecionou na Universidade de Friburgo-em-Brigau. Em 1971, assumiu uma cátedra na Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg, onde coordenou o Núcleo de Direito Público de 1973 a 1975. A partir de 1975, e novamente a partir de 1979, foi diretor daquela Faculdade de Direito. Desde 1989, vem-se destacando nas áreas de pesquisa e de publicações científicas. Também tem atuado como professor-visitante e pesquisador em diversas universidades estrangeiras, sobretudo na África do Sul e no Brasil. Além de sua carreira jurídica, Friedrich Müller também se destaca como literato (poesia e prosa), tradutor e cineasta.

## 1 EL CONCEPTO

El término <<Positivismo>> fue creado por *Auguste Comte*, cuyo <<*Cours de La philosophie positive*>> se publicó entre 1830 y 1842. Ante el trasfondo del progreso de las Ciencias naturales, el positivismo reivindicó resumir todo el saber humano a través de una metodología empírica exacta, liberada de todas las interpretaciones metafísicas. La Ciencia debe partir exclusivamente de los fenómenos reales. La filosofía estudia únicamente las relaciones entre las ciencias individuales y sus métodos, y elabora leyes (La <<Ley de los tres estados>> de *Auguste Comte*). Los hechos surgidos de las experiencias ya no tienen por qué justificarse ante la instancia de la razón. La última instancia es todo lo que es real, lo que existe por antonomasia; en consecuencia, ha de quedar bloqueada la crítica científica de lo real.

Con ello, los autores positivistas del siglo XIX (además de *Auguste Comte*, a modo de ejemplo, *Hippolyte-Adolphe Taine*, *John Stuart Mill*, *Harvey Spencer*, *Ernst Mach*, *Richard Avenarius*) retomaron unas tesis importantes de los enciclopedistas franceses (*Jean-Baptiste le Rond d'Alembert*, *Anne-Robert-Jacques Turgot*, *Marie-Jean-Antoine Nicolas de Caritat –marqués de Condorcet–*), y de los empiristas ingleses de los siglos XVII y XVIII (*John Locke*, *David Hume*). En la antigüedad ya existen asimismo modelos, en parte formalistas en parte sensualistas (por ejemplo *Protágoras*). El recurso a la sofística griega, sin embargo, es ambiguo, en el sentido de que ésta, al mismo tiempo, había introducido el pensamiento noempírico, metafísico, del Derecho natural.

El neopositivismo del siglo XX tiene su origen en el empiriocriticismo, y queda reforzado por el efecto del denominado Círculo Vienés (*Moritz Schlick*, *Rudolf Carnap*, *Hans Reichenbach* y otros), que se dedicaba sobre todo a la crítica de conceptos científicos.

Este positivismo de la postura científica, en el fondo de carácter filosófico, visto particularmente desde la Ciencia del Derecho, y al mismo tiempo en unión con el positivismo filosófico, constituye un punto de vista que puede denominarse <<positivismo de la validez del Derecho>>. También se inicia en la antigüedad (sofística), nunca desaparece del todo de la discusión (nominalismo), y asimismo empieza a imponerse ampliamente a mediados del siglo XIX en un empuje histórico. En este caso enlaza también con algo indiscutiblemente real, la <<realidad positiva>>. La cuestión central es en qué ha de consistir la positividad del Derecho. En este aspecto se distingue entre el positivismo psicológico (por ejemplo, *Rudolf-Ernst Bierling*, *Adolf Merkel*, *Georg Jellinek*, *Ernst von Beling*), el positivismo sociológico (*Eugen Ehrlich*, *Max Weber*, *Theodor-Julius Geiger*), y el positivismo estatista legislativo.

Este último ve el positivismo del Derecho en el hecho de que se legisla, y de que cuenta con la garantía de un soporte forzoso por parte de una instancia del poder del Estado. El Derecho es idéntico a las leyes estatales, suponiendo que las mismas hayan sido producidas correctamente. Las cuestiones relacionadas con los contenidos no han de ser relevantes para este concepto

de Derecho positivo; las normas naturales o éticas carecen de interés. Esta despedida rigurosa del Derecho natural la formuló el *Reichsgericht*, en 1928, de la siguiente manera: <<El Estado es soberano y no está sujeto a otras barreras que las que se hubiere impuesto a sí mismo en la Constitución o en otras leyes>>. También *Hans Kelsen* descarta de la Ciencia del Derecho cualquier valoración y cualquier concepto correctivo, en cuanto científicamente inoportunos. Según *Hans Kelsen*, únicamente puede convertirse en Ciencia una teoría de las <<formas puras>> del Derecho; por lo tanto, <<cualquier contenido puede ser Derecho>>. Con la desaparición de la *axiomática* propia del Derecho natural y, por ende, de cualquier dignidad supraempírica del Derecho positivo, se incrementó por completo, sobre todo en el círculo de los juristas prácticos, <<la obediencia fáctica ante la violencia, valorada ya solo utilitariamente, del poder que se comporte legítimamente>> (*Max Weber*).

El positivismo filosófico debe ser objeto de debate por la *Teoría de la ciencia* y por la Historia de ciencia. El positivismo de la validez del Derecho ha continuado siendo la actitud básica predominante de los juristas; el supuestamente <<eterno regreso del Derecho natural>>, se limitó a los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial y a un breve centello que, prácticamente no ha dejado huella. En cambio, el <<**positivismo metódico del Derecho**>> sigue siendo un problema por resolver de las Ciencias jurídicas, y será a éste al que vamos a denominar en lo sucesivo <<Positivismo>>.

## 2 DISCUSIÓN DEL POSITIVISMO METÓDICO DEL DERECHO

El positivismo, al igual que el derecho racionalista contra el que se dirige, respecto a la cuestión de la razón de su validez, piensa en términos axiomáticos, al pretender concebir la codificación como un sistema cerrado al que se debe proporcionar unidad, y una armonía de conjunto, de modo que sea un todo completo exento de contradicciones. A partir del conjunto sin fisuras del sistema legal, se practican deducciones lógicas; en esto y no otra cosa ha de consistir la aplicación del Derecho. Al <<Derecho de la razón>> aún le parecía normalizable y predecible cualquier comportamiento social humano. La Ciencia pandectística, el positivismo y la jurisprudencia de conceptos, ya no concebían ingenuamente por más tiempo el derecho positivo –aunque sí su propio sistema conceptual– como un conjunto armonioso, capaz de ser base de deducciones, y libre de contradicciones. Les parecía que todos los casos jurídicos podían resolverse por subsunción silogística, pues los conceptos jurídicos debían proporcionar un número redondo de axiomas. La genealogía de los conceptos de *Georg-Friedrich Puchta* y su <<pirámide de los conceptos>>, ya anticipaba la idea de sistema, en el sentido de que las normas existentes podían ser completadas mediante principios y conceptos científicos. Tanto estos conceptos como las normas positivas, se confunden con realidades inmediatas, en tanto que cosas naturales. Lo que únicamente puede ser el resultado del pensamiento abstracto, se convierte –de modo involuntario– en ontología dis-

torsionada, en una suposición ficticia del Derecho natural. El supuesto sistema jurídico cerrado, sin lagunas, armónico, abstractamente cosificado, solo podrá ser manejado de manera autosuficiente y formalista, desatendiendo sus premisas y funciones históricas y políticas. La función legitimista del positivismo en pro de la restauración política, y de una reacción antiliberal después de 1848/49, se ha manifestado nítidamente a través del *Derecho del Estado*. *Carl-Friedrich von Gerber* ha hablado de una manera muy clara de la garantía segura de lo políticamente existente, como finalidad de una forma positivista-constructiva de tratar el Derecho del Estado. También para determinados autores como *Heinrich-Albert Zachariae*, *Robert von Mohl* y *Johann-Gaspar Bluntschli*, el <<método jurídico>> es tanto expresión como instrumento de una determinada posición respecto a los contenidos. Después de 1870, esta posición consistía, sobre todo, en blindar contra toda posible crítica la forma monárquico-conservadora de entender el Estado, la política antiliberal y, en general, la situación política y social. Así, como también manifestara *Paul Laband*, no pueden surgir cuestiones jurídicas pendientes. Cada nuevo problema ya ha sido resuelto por el sistema. Las lagunas en la regulación expresa –más exactamente las lagunas normativas– deberán colmarse por necesidad seudojurídico-natural mediante una construcción jurídica compuesta de principios rectores. No se discuten las circunstancias sociales, porque la Ciencia jurídica las aparta como carentes de interés. La dogmática ha de desembarazarse de la Historia, la Filosofía, la Política y la Economía, es decir, de todos los <<elementos extrajurídicos>>. Este resultado es la respuesta a la pregunta de partida del positivismo: ¿cómo puede ser la Jurisprudencia una Ciencia autónoma?. Según el mismo, las normas jurídicas no han de tratarse en cuanto relacionadas con las realidades sociales. Se considera suprimido y apartado todo aquello por lo que realmente se necesita y funciona, esto es, la causa de toda actividad jurídica. La <<autonomía científica>> de la Jurisprudencia debía demostrarse a través de su característica de <<proporcionar la base de una deducción jurídica segura>> (*Carl-Friedrich von Gerber*). Nadie se percataba que con ello solo se abarcaban textos normativos, únicamente datos lingüísticos, pero no normas. La insistencia del positivismo en la materia jurídico-positiva, se estrella, ya de entrada, por su carencia de relación con la realidad, cuando lo que es accesible como <<materia jurídico-positiva>> es únicamente la configuración lingüística de las normas, pero no las propias normas como entes estructurados complejos. Aquello que partía del planteamiento antijurídico-natural del positivismo filosófico, se vuelve a convertir subrepticiamente en el dudoso Derecho natural burgués, porque el cúmulo de postulados positivistas (unidad, sistema, ausencia de lagunas, ausencia de contradicciones del Derecho) <<está por encima del derecho legislado y del legislador>> (*Walter Burckhardt*).

La crítica tradicional desde la escuela de la Jurisprudencia libre y de la Jurisprudencia de intereses, no se refería a la aporía fundamental del positivismo, se limitaba solo a los detalles. En contra del dogma del carácter integral del sistema jurídico, hacía hincapié en su carácter fragmentario, <<sus contornos

fluctuantes>>, el <<halo conceptual>> (*Philipp Heck*) de los conceptos jurídicos. A los jueces se les atestiguaba la competencia de colmar las lagunas mediante decisiones valorativas. La tesis del Derecho judicial afecta al positivismo, aunque solo superficialmente. Tiene más bien relación con el hecho de que parece <<subalterna la situación del autómeta jurídico dedicado a la mera interpretación del articulado y de los contratos, en el que arriba se echan los hechos además de costas, para que, por abajo, salgan el fallo y los considerandos>> (*Max Weber*). Y es que la reivindicación de <<actividad jurídica creativa>> para el juez, incurre inmediatamente en las mismas contradicciones que la concepción de las normas que ya condenaran al fracaso al positivismo. Este, con su insistencia en la <<positividad>> depurada de la realidad, aceptaba la pérdida de la normatividad jurídica. El ideal metodológico de una Ciencia natural que aún no se consideraba a sí misma como problemática, se trasladaba acríticamente al Derecho, interpretando mal este ente, reposante en sí mismo, y a las normas jurídicas como mandato, como fallo hipotético, como voluntad vacía de objetividad y premisa mayor formalizada de modo lógico-formal. El Derecho y la realidad, la Norma y el segmento normativizado de la realidad <<en sí>> no guardan relación se les opone al rigorismo de la separación neokantiana del <<Ser>> y <<Deber ser>>, y se pretende que únicamente se encuentren por la vía de una subsunción de los hechos bajo una premisa normativa mayor. Todo ello tiene su origen en que aún se confunden las normas con sus textos. En consecuencia, la metodología tampoco se considera otra cosa distinta del método de la interpretación de formulas lingüísticas. Se entiende metajurídico lo que hubiera de elaborarse fuera del texto normativo. Se pretende que el estudio de las palabras solo lleva a obtener informaciones sobre la <<esencia jurídica>> de, por ejemplo, un instituto jurídico. Sin embargo, la pregunta por la función a desarrollar por la realidad en el Derecho, no se resuelve eliminándola. Para una mirada realista, en cambio, las normas jurídicas se presentan como una estructura compuesta del resultado de la interpretación de datos lingüísticos (programa normativo) y de la cantidad de los datos básicos (ámbito normativo) conformes con el programa normativo; estructura en la cual forman un conjunto objetivo el ordenador y lo ordenado. El texto normativo, por tanto, no constituye una parte conceptual integrante de las normas jurídicas, sino el dato inicial más importante del proceso individual de concreción junto al caso que se trata de resolver jurídicamente.

### 3 TAREAS

Hoy, el positivismo clásico apenas se defiende ya como posición programática. Sin embargo, sin ser pregonado, y con algunos errores fundamentales, y un sinnúmero de factores individuales, sigue imperando de manera muy irreflexiva tanto en la práctica jurídica como en las aporías arrastradas de la teoría normativa y metodológica. La escuela de la *Jurisprudencia libre*, la de la *Jurisprudencia de intereses y sociológica*, la *Tópica*, la *Hermenéutica*, la *Teoría de la integración* y otros *antipositivismos*, se han esforzado en vano por <<superar>> el

positivismo. Parece más acertado, sin embargo, no quedar en estos esfuerzos de espaldas al positivismo, no perder su estándar de tecnicidad. De lo que se trata es de retomar todo lo que ha suprimido y apartado el positivismo elaborándolo, para que sea capaz de ser generalizado en cuanto a dogmática, metodología y teoría. Los objetivos del positivismo de convertir la Jurisprudencia, a poder ser, en Ciencia, y lograr realizar una dogmática racional, no merecen caer en el olvido en pro de exigencias inferiores respecto a racionalidad y honradez metodológica. La <<superación>> del positivismo de ninguna manera es un fin en sí mismo. En tanto que concepto sistemáticamente postpositivista, la *Jurisprudencia estructurante* no solo se ha despedido de reducir la Norma a su texto, el orden jurídico positivo a una ficción artificial, la resolución de casos a un proceso lógicamente concluible por medio de un silogismo, sino que, partiendo del trabajo de estructuración de normas jurídicas, ha desarrollado la propuesta de un modelo de teoría y práctica que abarca dogmática, metodología, teoría del derecho y teoría constitucional, y que ya no dejará de ofrecer una adecuada respuesta al positivismo.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W; ALBERT, Hans; DAHRENDORF, Ralf; HABERMAS, Jürgen; PILOT, Harald; POPPER, Karl R. *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie*. Neuwied: Berlin, 1969.

AVENARIUS, Richard. *Kritik der reinen Erfahrung*. Leipzig, 1888-90, v. 1-2.

BELING, Ernst von. *Vom Positivismus zum Naturrecht und zurück*. En: *Festgabe für Phillipp Heck, Max Rümelin, Arthur-Benno Schmidt*. Ed de Heinrich Stoll: Tübingen, 1931.

BERGBOHM, Karl-Magnus. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Kritische Abhandlung*. Leipzig, 1892, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Das Naturrecht der Gegenwart*. Leipzig, 1892.

BIERLING, Ernst-Rudolf. *Juristische Prinzipienlehre*. Leipzig, 1894-1917, v.1-5.

BLÜHDORN, Jürgen; RITTER Joachim (eds.). *Positivismus im 19. Jahrhundert*. Frankfurt am Main, 1971.

BOBBIO, Noberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. 2. ed. Milano, 1972.

BURCKHARDT, Walter. *Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung*. Bern, 1925.

\_\_\_\_\_. *Methode und System des Rechts*. Zürich, 1936.

COMTE, Auguste. *Cours de la philosophie positive*. Paris, 1830-1842.

\_\_\_\_\_. *Système de politique positive, ou Traité de sociologie, instituant la religion de l'humanité*. Paris, 1851-1854.

EHRlich, Eugen. <<Über Lücken im Rechte>>, en *Eugen Ehrlich, Recht und*

*Leben* Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre. Manfred Rehbinder: Berlin, 1967.

FIKENTSCHER, Wolfgang. *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*. München, 1975, v. 2, 1976, v. 3.

GEIGER, Theodor. *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. 2.ed. Berlin, 1964.

GERBER, Carl-Friedrich-Wilhelm von. *Grundzüge des Deutschen Staatsrechts*. 3. ed. Leipzig, 1880.

HART, Herbert-Lionel Adolphus. *Der Begriff des Rechts* (traducción del inglés de A. v. Beyer). Frankfurt am Main, 1973.

HECK, Philipp. *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*. Tübingen, 1932.

JUHOS, Béla. <<Formen des Positivismus>>, en: *Zeitschrift für allgemeine Wissenschafts-theorie*. 1971, v. 2, 27 y ss.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960 (reimpresión de 1967). - <<Was ist juristischer Pisitivismus?>>, en: *Juristen Zeitung*. 1965, 465 y ss.

KRAFT, Victor. *Der Wiener Kreis, Der Ursprung des Neopositivismus*. Wien, 1950.

LABAND, Paul. *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*. 5. ed. Tübingen, 1911, v. 1.

LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 5. ed. Berlin, 1983.

MACH, Ernst. *Erkenntnis und Irrtum*. Leipzig, 1905.

MARCUSE, Herbert. *Vernunft und Revolution: Hegel und die Entstehung der Gesellschaftstheorie*. 5. ed. Darmstadt/Neuwied, 1979.

MÜLLER, Friedrich. *Recht – Sprache – Gewalt. Elemente einer Verfassungstheorie I*. Berlin, 1975.

\_\_\_\_\_. *Juristische Methodik und Politisches System. Elemente einer Verfassungstheorie II*. Berlin, 1976.

\_\_\_\_\_. *Juristische Methodik*. 2. ed. Berlin, 1976.

\_\_\_\_\_. *Die Einheit der Verfassung. Elemente einer Verfassungstheorie III*. Berlin, 1979.

\_\_\_\_\_. *Strukturierende Rechtslehre*. Berlin, 1984.

\_\_\_\_\_. *Richterrecht. Elemente einer Verfassungstheorie IV*. Berlin, 1986.

OERTZEN, Peter von. *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*. Frankfurt am Main, 1974.

OTT, Walter. *Der Rechtspositivismus – Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*. Berlin, 1976.

PUCHTA, Georg-Friedrich. *Das Gewohnheits – recht*. Erlangen, 1928/1837, v. 1-2.

\_\_\_\_\_. *Cursus der Institutionen*. 9. ed. Leipzig, 1881.

REICHENBACH, Hans. *Der Aufstieg der wissenschaftlichen Philosophie*. 2. Ed. Berlin, 1968.

SCHLICK, Moritz. *Allgemeine Erkenntnislehre*. Berlin, 1918.

SCHNÄDELBACH, Herbert. *Erfahrung, Begründung und Reflexion. Versuch über den Positivismus*. Frankfurt am Main, 1971.

WEBER, Max. *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*. 2. ed. Johannes Winckelmann: Tübingen, 1951

\_\_\_\_\_. *Rechtssoziologie*. 2. ed. Johannes Winckelmann: Tübingen, 1967.

WELLMER, Albrecht. *Kritische Gesellschaftstheorie und Positivismus*. Frankfurt am Main, 1969.

## POSITIVISM

### ABSTRACT

Positivism tried to organize all human knowledge through an accurate methodology, which excluded any kind of metaphysical speculation. From Philosophy to Science, Positivism finally reached Law, especially through legal positivism, which recognizes Law only as the body of laws created in State organs, setting apart axiomatic references inherent to Natural Law and any notion of supraempirical dignity of the juridical phenomenon. Even after Natural Law briefly returned to juridical thought, especially after the Second World War, systematic legal positivism remains as the basic attitude among professionals involved in Law-related affairs. Such behaviour is clearly faulty, as it loses reality as a reference, being restricted to the sheer analysis of the linguistic aspect of principles and rules. On the other hand, however, another theoretical and practical model is proposed, the so-called “Structuring Jurisprudence”, which comprises dogmatics, methodology, Law theory and constitutional theory and which does not reduce Law to legislation, taking into account not only the normative program, but also the normative scope.

**Keywords:** Positivism. Principles and rules. Methodology. Structuring Jurisprudence.