



UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
FACULTAD DE DERECHO

## **LAS TEORÍAS JURÍDICAS POSITIVISTAS**

Autor: Paulo Adão Pereira dos Santos

Buenos Aires, Abril 2015

### **1- El método hipotético-deductivo según Gianella**

Popper (1934)<sup>1</sup> plantea que el método hipotético-deductivo es aquel con el cual se construye una teoría que elabora hipótesis, cuyas conclusiones pueden ser deducidas, e a través de las cuales podemos hacer previsiones, que pueden ser aceptadas o refutadas. Es el procedimiento o camino que sigue el investigador para hacer de su actividad una práctica científica.

De la misma manera, en su libro *Introducción a la Epistemología y a la Metodología de la Ciencia*<sup>2</sup>, Gianella clasifica las ciencias como siendo formales, fácticas o de hecho, y otras.

Según Gianella, el método hipotético-deductivo es de amplia aplicación en las ciencias fácticas. Consiste en un procedimiento que intenta dar respuesta a los distintos problemas que se plantea la ciencia a través de la postulación de hipótesis que se toman como verdaderas no habiendo ninguna certeza acerca de ellas.

Tratase de conjeturas que anticipan una solución a los problemas, y van configurando estructuras jerárquicamente ordenadas de hipótesis donde algunas son fundamentales, otras son derivadas y otras cumplen una función auxiliar. De esos sistemas hipotéticos se derivan deductivamente consecuencias que deberán ser empíricamente contrastadas.

Este método obliga al científico a combinar la reflexión racional o momento racional, en que se construyen las hipótesis y la deducción, con la observación de la realidad o momento empírico, o sea, la observación y la verificación.

Tiene sus orígenes en el pensamiento de Descartes, que estudiaba como sería abordada la creación de un método universal fundado en la razón e en la

---

<sup>1</sup> Popper, KR (1934), *A Lógica da Pesquisa Científica*, Editora Cultrix, São Paulo. Livro disponível em <https://ocondedemontecristo.files.wordpress.com/2011/05/popper-karl-a-logica-da-pesquisa-cientifica.pdf>

<sup>2</sup> Gianella, A (2000), *Introducción a la Epistemología y a la Metodología de la Ciencia*, 3ª edición. Editorial de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina.

matemática. En el siglo veinte, Karl Popper se hay destacado en los estudios de este método.

## **2- Peter Winch es un representante de la cociente comprensivista. ¿Como piensa que es posible el conocimiento de lo social? (Shuster)**

En su texto Comprendiendo la Sociedad primitiva (Understanding Primitive society, 1964) Peter Winch refiere que los juegos del lenguaje, productores de sentido, son necesariamente contextuales e históricos y ello determina un problema en relación con la posibilidad de realizar objetivamente juicios morales acerca de acciones que se desarrollan en los marcos de una cultura diferente.

Como refiere Cárcova<sup>3</sup>, el autor plantea que la interacción humana no puede aprehenderse si no existe un lenguaje común, pues el lenguaje no puede adquirirse sin adquirir al mismo tiempo conocimiento acerca de las “formas de vida” con él asociadas y ciertamente, como lo prueban hoy las luchas político-militares del mundo global, puede existir inconmensurabilidad de las formas de vida.

Desde el punto de vista de Winch, debe rechazar-se la idea, cara de la tradición positivista, de que el conocimiento supone la existencia de matrices prefijadas y a históricas. Al contrario, este debe considerarse como contextual, situado e abierto, en el marco de un lenguaje y una forma de vida determinados. Y esta idea vale para todo conocimiento, aun el de las ciencias naturales.

El autor referido por Cárcova afirma que la realidad extralingüística existe, pero subraya la importancia de la pregunta acerca de cómo se llega al conocimiento de esa realidad Y como se aíslan, además, nuestras propias convicciones e representaciones ideológicas. Comprender una cultura será, pues, entender e dar cuenta de su sentido, al interior de la sociedad que la genera.

## **3- El método aristotélico según N. Bobbio**

---

<sup>3</sup> Cárcova, (2012) Las Teorías Positivistas, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p.20-21.

Norberto Bobbio<sup>4</sup> compara os métodos jusnaturalista e positivistas apresentando como base os posicionamentos de Thomas Hobbes e Aristóteles, quanto a questão do Estado numa perspectiva filosófica.

Segundo Bobbio, a diferença reside no facto de Hobbes apresentar um modelo dicotómico fechado, enquanto em Aristóteles existir um modelo plural e aberto. O direito natural apresenta-se como um conjunto de princípios primários orientados ao legislador, enquanto o direito positivo será o conjunto de dispositivos práticos políticos a expressar aqueles princípios. Enquanto o postulado do direito natural apresenta os fundamentos para aqueles que abordam o tema do poder, o direito positivo possibilita o entendimento segundo o qual o fundamento da ordem não é uma regra mas sim um facto constitutivo, o princípio da efectividade. Ou seja, a existência da primeira norma resulta da sua eficácia e não da sua validade.

Quanto ao positivismo, Bobbio distingue três critérios de uso, nomeadamente: Critério epistémico, teoria do direito e a ideologia da justiça. Enquanto o primeiro critério pressupõe uma separação entre qualquer direito ideal e o direito realmente existente, o segundo apresenta o direito como sendo o fundamento da formação do estado moderno, identificando-se este direito como sendo um direito estatal que resulta da vontade do soberano. O terceiro critério vem atribuir um valor positivo ao direito existente tanto porque emana da autoridade, porque cria ordem, paz e certeza, sendo desta forma, o direito, a imagem identitativa da legitimidade e da legalidade<sup>5</sup>.

Assim, Bobbio conclui que se a noção do positivismo se reduz à doutrina de conflito entre o direito natural e o direito positivo, há exclusividade do direito positivo, que se apresenta como a base de uma ética, de uma teoria ou de um método. Relativamente à base ética, significa que o direito positivo, e não o natural deve determinar a conduta dos homens. Quanto à teoria, o autor refere que o direito positivo e não o natural, propõe a melhor explicação do fenómeno jurídico; e no caso do método, o direito positivo, e não o natural, constitui o objecto próprio da ciência jurídica.

No final, Bobbio conclui que o jusnaturalismo e o positivismo jurídico são incompatíveis enquanto ideologias da justiça, como concepções éticas, nem como

---

<sup>4</sup> Cárcova (2012) *Las Teorías Positivistas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p.132.

<sup>5</sup> Bobbio, Norberto (1909), *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Traduzido e publicado pela Ícone Editora, São Paulo, 2006.

teorias geral do direito, pois não se pode sustentar a proeminência de um direito sobre o outro, ou a exclusiva existência de um deles. Seriam entretanto compatíveis metodologicamente por operarem em planos distintos. Significa que não será correcto rotular-se um autor como sendo jusnaturalista ou positivista pelo seu posicionamento sobre determinadas questões, pois este posicionamento pode mudar em outras questões, possibilitando o autor identificar-se com ambas teorias. Nas suas diferenças, é de se notar um elemento axial da perspectiva jusnaturalista que é a dicotomia entre o estado da natureza e o estado civil. Aqui, para os jusnaturalistas, a sociedade civil não é o alongamento nem o aperfeiçoamento do estado natural, mas sim a sua substituição. Entende o autor que, a sociedade civil é um momento antitético ao estado natural, sendo assim diametralmente oposto ao estado em que se encontram certas sociedades primitivas, mormente alguns grupos indígenas da América, ou os bárbaros da antiguidade, agora civilizados. (Bobbio, 1994:71).

#### **4- Kelsen y la noción de antijuridicidad o ilicitud: La teoría pura del Derecho.**

Kelsen plantea la noción de antijuridicidad o ilicitud, como siendo estrictamente relacionada con la validez de la norma. La validez, como refiere el autor, designa la existencia específica de una norma, que puede valer aun cuando el acto de voluntad, cuyo sentido constituye, haya dejado de existir.

La validez de las normas jurídicas, es una validez espacio-temporal, esas normas tienen como contenido sucesos espacio-temporales. La norma, siempre vale para algún espacio y para algún tiempo; ella se refiere a una conducta que sólo puede producirse en algún lugar y en algún momento. La relación de la norma al espacio y al tiempo constituye el dominio de validez espacial y temporal de la norma.

Una acción contraria a lo que está previsto por la norma constituye un acto ilícito o antijurídico. Kelsen plantea que un hecho no es positivo o negativo, lícito o ilícito por sí mismo, sino cuando está previsto normativamente como siendo lícito o ilícito. Es decir que lo que se condena no es el acto como tal, pero el comportamiento previsto normativamente como siendo ilícito. Luego, la sanción es la consecuencia de la antijuridicidad, siendo que el acto antijurídico, constituyese como una condición de la

sanción. Puedese resumir diciendo que el acto ilícito, o delito, es una determinada acción humana, o la omisión de tal acción, que, por ser socialmente indeseadas, es por ello prohibida, a la misma se enlaza un acto coactivo. Los actos coactivos que no constituyen sanciones en el sentido de consecuencias de una ilicitud, están condicionados por otros hechos.

### **5- La pertinencia de la teoría jurídica desde una consideración acerca de la relación derecho/poder.**

Para Cárcova, la teoría jurídica es un planteo filosófico para regular relaciones sociales e alcanzar fines diversos fundado en los principios morales e políticos, cuya verificación es sobretodo cambiante, relacional, dialéctica e mutable e histórica.

El derecho, en cuanto mecanismo social que viene pautar las relaciones entre las personas, teniendo como garantía de efectividad la coercibilidad y la punición por su inobservancia...

El poder, por su lado, como plantea Cárcova, es una situación estratégica en una sociedad determinada, manteniendo dominados e dominantes.

Así dicho, pasaremos a sugerir algunas medidas que delimitan esa relación del derecho con el poder, tal como las razones que se muestran pertinentes en la relación entre ellos.

La teoría jurídica presenta como razones pertinentes en la relación entre el poder y el derecho, los elementos contradictorios caracterizan la existencia derecho. Sucede que en cuanto termino lingüístico, el derecho es conceptualizado como el bien hacer, la norma e su observación, etc. Entretanto, veremos que el derecho, en cuanto "instrumento" de regulación relacional en la sociedad, puede tomar simultáneamente dos direcciones positivos distintos, o negativas. Por ejemplo, como le toma el autor, no que se refiere à la libertad de expresión, el mismo ordenamiento jurídico puede estatuir puniciones severas por expresar-se sobre ciertos aspectos mientras que no están prohibidos, sean del interés de la manutención del poder, entretanto sirve de defensa por láqueles que la violan, pos es su derecho hablar. Dos elementos positivos que emanan del mismo ordenamiento jurídico, siendo un de la manutención del poder (dominante), e otro por la defensa de los dominados, prohibiendo pero permitiendo, censurando pero obligando a hablar. Dos derechos

garantizados en lo mismo ordenamiento jurídico cuya verificación podrá depender de un juez.

El papel del derecho, pues, depende de una relación de fuerzas en el marco del conflicto social. En mano de los grupos dominantes, constituye un mecanismo de preservación y de reconducción de sus intereses y finalidades, en manos de los grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política. Pero el poder es siempre una relación y no se expresa en actos de pura negatividad<sup>6</sup>.

Coloca-se entonces la cuestión, ¿la violencia destructiva es siempre injusta, o negativa?

El autor plantea que el derecho, en lo sustancial, cumple un rol formalizador e reproductor de las relaciones sociales establecidas, y a la vez, una función conservadora e reformadora. Esta aparente contradicción se resuelve en la medida en que se rescata para el análisis, el papel de la ideología y una concepción relacionista del poder. El discurso del derecho es el discurso del poder, pues el derecho mantiene y es mantenido por el poder. A través de ese discurso se consagra, se sacraliza e se reconduce el poder.<sup>7</sup>

Como ha planteado Habermas en su "Teoría de la Acción Comunicativa" en que nos presenta condiciones ideales de diálogo, el discurso es una vía instrumental para la democratización e alcance del poder. Los cambios del poder político, sean con base en el establecido por una ley, o non, encuentran siempre un respaldo legal a través del discurso por el interés de cierto grupo. Al garantizar formas generalizadas de participación de la ciudadanía en el discurso público, las decisiones se dotan de validez formal, y es esta misma que garantizará la legalidad de la legitimidad del cambio del poder<sup>8</sup>. Aquí encontremos el cambio que es característica de la relación derecho/poder.

En resumen, las razones de estos cambios surgen en las sociedades donde ocurren, en medidas diversas, dependiendo de factores políticos, históricos, económicos, sociales y otros.

---

<sup>6</sup> Cárcova, Las Teorías Positivistas, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p.138-141.

<sup>7</sup> Idem.

<sup>8</sup> Habermas *op. cit.* p.233.

## **6- Habermas y las características al ámbito en que se desarrollaría la acción comunicativa, que llama “situación ideal de diálogo”**

Habermas<sup>9</sup> plantea el discurso como siendo un instrumento a través de lo cual se puede verificar la legitimidad política, tal como la validez procedimental que vendrá garantizar la legalidad del poder. Este discurso deberá desarrollarse oponiendo a los interlocutores la observación de presupuestos específicos al que lo autor designa por “situación ideal de diálogo” fundado en cuatro condiciones:

1. Los interlocutores en el discurso deberán gozar de una situación igualitaria libre de coacciones, poseer equivalente competencia lingüística, idéntica capacidad para introducir temas de la agenda, actuar orientados al consenso, respetar la fuerza ilocucionaria de lo que dicen y aceptar la regla de la mayoría como sucedáneo del consenso, cuando este no pueda ser alcanzado en tiempo propio.
2. La acción comunicativa coordina nuestras acciones más allá del interés y la coacción, porque los hablantes prestan su consentimiento en tanto participantes libres de un intercambio argumentativo basado en razones.
3. Sólo son válidas aquellas normas en que todos los afectados pueden consentir como participantes en un diálogo racional.
4. La comprensibilidad, veracidad, rectitud, valor ilocutivo de lo que se dice, son condiciones específicas que operan como presupuestos de validez de la comunicación, conducentes a verdad por consenso.

Estas “condiciones ideales” adquieren consagración positiva en los diseños constitucionales que consagran un sistema de garantías fundamentales, cuyo núcleo lo constituyen los derechos humanos. Serán los principios fundamentales de los derechos humanos que juegan coordinadamente con la materialización del espacio público de la comunicación, siendo este un espacio descentrado, que nadie puede intentar monopolizar, sin quebrantar la regla de juego democrático.

El principio del discurso opera como democratizador y legitimador, pues al garantizar formas generalizadas de participación de la ciudadanía en el discurso público, las decisiones se dotan de validez formal pero también de validez racional/material. El principio del discurso es procedimental, intersubjetivo e basado en el diálogo público

---

<sup>9</sup> Habermas apud Cárcova, Las Teorías Positivistas, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p.228-233.

reflexivo, lo cual, mediante la circulación del sentido, se construye el carácter comunicativo de la legitimidad.

La legalidad engendrará legitimidad, en la medida en que el orden jurídico positivo sea el resultado de procedimientos de fundamentación permeables a los discursos morales, que ponen en práctica la idea de imparcialidad para la conexión entre el derecho vigente, los procedimientos legislativos y los mecanismos de su aplicación.

### **7- La complejidad, contingencia e riesgo, desde la perspectiva sistémica.**

La perspectiva sistémica plantea que, los sistemas no pueden ser comprendidos plenamente solamente estudiando separadamente cada una de las partes que la integran, sino que comprendiendo la interdependencia que las integran. Sin embargo, Luhman presenta-nos una constatación de complejidad sistémica según la cual, el mundo es de tal manera infinito que resulta inobservable. Para análisis, el autor corta esta infinitud por una línea divisoria, colocando de un lado el sistema, e de otro su entorno, planteando así las nociones de sistema y entorno<sup>10</sup>. Prosigue diciendo que existen diversos sistemas, según el objeto de análisis que les sea propio y, aunque sólo el observador puede distinguir entre sistema y entorno, él no puede, en cambio, decidir acerca de qué sea sistema. Sólo el sistema, a través de sus propias operaciones, se constituye como sistema, enlazando operaciones propias con operaciones propias y, de ese modo, autorreproduciéndose. Esta constatación lévanos a un paradojo, pues lo que llamamos sistema acaba por no ser más que la diferencia entre sistema y entorno, esto es, la capacidad del sistema de definir sus propios límites.

Cárcova plantea un concepto de complejidad social según lo cal, es aquella que caracteriza una sociedad, no apenas las desarrolladas o las del capitalismo maduro, pero también las que no han alcanzado esos niveles, pues ambas las sociedades exhiben realidades singulares, en la que conviven tradicionalismo e postmodernidad; miseria e consumismo; relaciones productivas pre-capitalistas y desarrollos económico-tecnológico de punta; analfabetismo y sofisticación intelectual. Siendo estas características peculiares en cada sociedad, cuando analizadas en conjunto, constituyen un dado peculiar de la complejidad de la sociedad estudiada. Con base en esta perspectiva, el autor afirma que los

---

<sup>10</sup> Idem. Luhman apud Cárcova, p.255.



fenómenos de aceleración histórica, asociados a los descubrimientos científicos y tecnológicos de las últimas décadas, han ensanchado de modo excepcional el universo de elecciones posibles en el campo de interacción humana<sup>11</sup>.

Un aspecto que Cárcova levanta son los cambios producidos en la relación entre cultura e máquinas inteligentes, como siendo una estructura de riesgo y posibilidad. Para él, la disponibilidad de acceso a la red de internet e otros dispositivos multimedia forman parte de nuestra cotidianeidad, pero comporta nuevos problemas que son también de naturaleza política e jurídica. Pueden citarse la divulgación de pornografía, ideas nazis o mismo reclutamiento de miembros de estados islámicos.

Lo que Habermas designa por espacio público de la comunicación, que incluyen las máquinas inteligentes, habilita otras formas de la comunicación humana, esta que acelera e transforma los flujos, produciendo impacto en las percepciones y en los procesos cognitivos, creando circulación del poder y del control, riesgo e posibilidad, factores de complejidad que constituyen desafíos de muy diversa índole para las estructuras institucionales conocidas y las formas tradicionales de regulación de las relaciones sociales<sup>12</sup>. Estos procesos constituyen por otro lado una posibilidad para aquellos que las utilizan, pues que torna disponible información, conocimientos e tecnología para todos, creando una aparente igualdad en las condiciones de aprendizaje y posibilidad de desarrollo para los que utilizan tales espacios, estando estas personas en Londres o en los barrios pútridos de Luanda.

---

<sup>11</sup> Idem. Cárcova, p.253.

<sup>12</sup> Idem. Habermas apud Cárcova, p.254.