

# EL «POSITIVISMO JURÍDICO» EN EL *DEFENSOR PACIS* DE MARSILIO DE PADUA

«Juridical Positivism» in *Marisilius of Padua's Defensor Pacis*

Martín Oliveira  
Universidad de Buenos Aires

## RESUMEN

Muchos exégetas de la filosofía política medieval han sugerido que el *Defensor Pacis* de Marsilio de Padua defiende una perspectiva «positivista» sobre el derecho. En este artículo intentaremos mostrar que esas interpretaciones están equivocadas. Comenzamos ofreciendo un breve resumen de la doctrina legal de Marsilio y luego repasamos varios comentarios textuales tanto a favor como en contra del «positivismo jurídico» en el *Defensor Pacis*. Revisando las teorías más recientes acerca del «positivismo jurídico», argumentamos que no existen evidencias de ninguna perspectiva positivista sobre el derecho que sea coherente en la obra de Marsilio y que, si las hay, son irrelevantes para la filosofía política de Marsilio de Padua.

**Palabras clave:** Marsilio de Padua, *Defensor Pacis*, Positivismo jurídico, Positivismo ideológico, filosofía política.

## ABSTRACT

Many scholars of Medieval Political Philosophy have suggested that *Marisilius of Padua's Defensor Pacis* defends a «positivist» approach to law. In this article we try to show that such claim is wrong. We begin by sketching a brief summary of *Marilius' legal doctrine* and then we turn to many scholarly pieces that have found it either in favor of or against «juridical positivism» in the *Defensor Pacis*. By reviewing the most recent theories on «juridical positivism» we argue that there are no evidences of any coherent «positivist» view of Law in *Marsilius' work* and, that if there are, they are irrelevant to *Marsilius' political philosophy*.

**Keyword:** *Marsilius of Padua, Defensor Pacis, Juridical Positivism, Ideological Positivism, Political Philosophy.*

## 1. EL PROBLEMA DE LA LEY EN MARSILIO DE PADUA

La cuestión que aquí nos ocupa es una de las innovaciones que introduce Marsilio en el *Defensor Pacis*. Más específicamente, repararemos en la caracterización que allí ofrece de la ley, cuestión en la que el autor se separa con claridad de sus antecesores. La interpretación del concepto de ley por parte de una gran cantidad de exégetas de la obra marsiliana ha contribuido a ver en Marsilio de Padua un defensor de la tradición iusfilosófica del «positivismo jurídico» mucho antes de sus primeros bosquejos claros en las teorías de Jeremy Bentham o John Austin, varios siglos más tarde. Aún cuando esta postura acerca de la filosofía del derecho de Marsilio no carece de adherentes y detractores, la cuestión está lejos de haber sido resuelta y merece que nos detengamos nuevamente en ella. Creemos que si bien hay elementos que parecen sugerir una lectura tal, positivista, es importante precisar qué partes de la caracterización marsiliana de la ley resultan relevantes, cómo y a qué tipo de «positivismo

jurídico» conducen dentro de la teoría política de la *Dictio I* del *Defensor Pacis*. A propósito resulta necesario aclarar que como no hay unanimidad acerca de la doctrina legal de Marsilio, tampoco la hay en la caracterización del «positivismo jurídico» por parte de los más diversos autores en filosofía del derecho. En efecto, esta posición puede estar sostenida tanto por cuestiones epistemológicas como por proposiciones normativas muy distintas y dar lugar a tesis notablemente divergentes, todas ubicadas bajo la escuela positivista de filosofía del derecho.

Tomaremos como hipótesis el que, si los intérpretes tienen razón en caracterizar la doctrina legal de Marsilio como una defensa del «positivismo jurídico», el tipo de positivismo que se puede encontrar en el texto no es relevante para la doctrina política ascendente que el paduano defiende. Para ello, primero evaluaremos qué elementos de la noción de ley que sostiene Marsilio serían los que conducen, según los intérpretes, al positivismo jurídico o a su rechazo —en el caso de los detractores—. En segundo lugar, describiremos y puntualizaremos las tesis de las mejores teorías iusfilosóficas positivistas desarrolladas en nuestros días para intentar identificar cuál o cuáles de ellas podría adscribirse a Marsilio de Padua. Finalmente intentaremos mostrar que de existir un «positivismo jurídico» en la doctrina del *Defensor Pacis*, éste no afecta la teoría de la obligación política contenida allí, sino que ella se sostiene por razones y argumentos independientes. En efecto, consideramos que la versión normativa del positivismo jurídico, aquél llamado «positivismo ideológico» puede ser rechazada de manera tajante desde la matriz conceptual del paduano.

## 2. LA DOCTRINA LEGAL EN LA *DICTIO I* DEL *DEFENSOR PACIS*.

La primera parte del *Defensor Pacis*, la *Dictio I*, es un tratado de filosofía política breve pero notablemente abundante en conceptos y argumentos filosóficos. Marsilio de Padua parte de la premisa de que «a todo reino ha de ser deseable la tranquilidad»<sup>1</sup> y construye su teoría de la legitimidad política ascendente a partir del concepto de *civitas*, atacando a su vez la doctrina eclesiástica tanto de manera indirecta como de manera directa. Esto último lo hace refutando, más adelante, la «opinión perversa» adscrita a la Iglesia que desata la discordia en los regímenes civiles a partir de su lectura de los textos sagrados. Mientras que desbarata la posición eclesiástica de manera indirecta al reducir la Iglesia a sólo una parte de la *civitas*. Brevemente, la estructura de esta primera parte comienza por las definiciones de la cuestión del tratado, el reino, el origen de la comunidad civil en la *civitas* y su causa final<sup>2</sup> en el *bene vivere*, para luego tratar las distintas partes de la comunidad civil.

La exposición de la doctrina legal tiene su comienzo recién en el capítulo x. Cabe destacar que si bien el concepto de ley no ha sido tratado en detalle en los capítulos precedentes al décimo, Marsilio adelanta algunos detalles sin duda relevantes sobre la cuestión. En primer lugar, parece postular que la ley actuaría como una suerte de bisagra entre formas de organización pre-civil y la comunidad civil propiamente dicha. A propósito, el autor escribe:

[...] mientras los hombres estuvieron en una única casa, los actos todos, que llamaremos después con mayor propiedad civiles, se regulaban por el más anciano de ellos, como el más sensato, sin ley todavía no costumbre alguna, puesto que aún no se habían podido descubrir<sup>3</sup>

1 Marsilii de Padua. *Defensor Pacis* I, XIX, 12. [trad. cast. L. Martínez Gómez, Madrid, Tecnos, 1989, p. 3]. A partir de aquí se hará referencia a esta obra con la sigla *DP* y se indicará entre corchetes la paginación correspondiente a la traducción castellana.

2 *DP* I, IV, 3 [15].

3 *DP* I, III, 4 [12].

Asimismo dicha cita revela una carencia epistemológica en los órdenes pre-civiles, en tanto resulta imposible para ese tipo de comunidades «descubrir» o formular las leyes. Ahora bien, aún cuando los hombres se congreguen en la forma de una *civitas*, la ley se propone como un elemento central en ella. En efecto, Marsilio postula que es la ley el órgano que previene que las reyertas entre los hombres traigan la ruina a la ciudad. En sus palabras:

Mas como entre los hombre así congregados surgen contiendas y reyertas que, de no ser reguladas por las normas de la justicia, vendrían a generar luchas y disensiones entre los hombres y, finalmente, sería la ruina de la ciudad, convino establecer en esa comunidad una norma de lo justo y un guardián o ejecutor.<sup>4</sup>

Marsilio finalmente consigna una de las partes de la *civitas*, precisamente, a la ejecución de la ley. El autor primero establece que los «actos transeúntes» de los hombres pueden generar excesos o defectos en la comunidad y, así, destruir la armonía requerida para su buen funcionamiento. Esta clase de actos contingentes debe, sin embargo, ser corregida por la que es la parte principal de la ciudad, la «parte judicial, gobernante o deliberativa»,<sup>5</sup> tomadas todas en un mismo sentido. Así se justifica la regulación por parte del gobierno de los actos civiles, dado que de otra manera no se alcanzaría el *bene vivere* que es fin de la comunidad civil. Una vez expuesto el contexto y la necesidad de la ley, Marsilio pasa a tratarla con todo detalle en el capítulo x de su obra.

Allí el paduano comienza el tratamiento de la ley aludiendo a los diversos usos lingüísticos del término, tal como hiciera al definir previamente el concepto de reino. Consideramos que el tercer párrafo de este capítulo es de importancia capital para nuestra cuestión, de manera que lo reproduciremos a continuación. Los significados que Marsilio reconoce al concepto de ley son:

[...] Este nombre, entre las múltiples acepciones, importa, en uno de sus significados, la natural inclinación a alguna acción o pasión [...] Con otra acepción se dice *ley* de cualquier hábito operativo y, generalmente, de toda forma de cosa factible, existente o en la mente, de la que provienen como de su ejemplar, la medida de la forma de los artefactos [...] En tercer lugar se toma *ley* por regla que contiene las normas de los actos imperados humanos, según que son ordenados a la gloria o a la pena en el mundo venidero [...] En cuarto lugar, importa este nombre *ley*, como lo más notorio, la ciencia o la doctrina o el juicio universal de lo justo y civilmente útil y de sus opuestos.<sup>6</sup>

Las primeras dos acepciones de ley no son tratadas posteriormente por Marsilio, seguramente en tanto no son relevantes para el tema del tratado que él desarrolla. La tercera, cercana al concepto de derecho natural desde una perspectiva religiosa, será tratada en la *Dictio II*, en donde Marsilio insistirá en la diferencia de jurisdicciones terrenal y espiritual. Finalmente, en la última acepción puede observarse, según Marsilio, dos perspectivas. La primera perspectiva, que toma a la ley «en sí misma» está vinculada a que la ley de cuenta de «lo justo o lo injusto, útil o nocivo». Es la ciencia del derecho. La segunda perspectiva «es cuando para su observancia se da un precepto coactivo con pena o premio en este mundo, o en cuanto se

4 DPI, IV, 4 [16].

5 DPI, V, 7 [20-21]. Nótese aquí la apelación marsiliana al concepto de justicia conmutativa en las líneas de Aristóteles o Santo Tomás de Aquino. No debe pensarse, sin embargo, que en su recepción del concepto Marsilio no hace gala de su capacidad crítica. Ya se verá más adelante el núcleo de su teoría a partir del concepto del legislador que determina el contenido de las leyes. Otro autor que también tomó el concepto de justicia conmutativa o correctiva fue Hobbes, quien lo definió de manera muy acorde a su teoría en la segunda parte del *Leviathan*.

6 DPI, X, 3 [42-43]

da en forma de tal precepto, y de este modo considerada se dice y es propísimamente ley».<sup>7</sup> En esta última cita y en la referencia a la presencia del precepto coactivo como fundante de «lo propísimo» de la ley, se detienen todos los exégetas que afirman la defensa marsiliana del positivismo jurídico. Volveremos sobre esto más adelante, puesto que Marsilio todavía agrega unos detalles más.

En primer lugar Marsilio es tajante en cuanto a que los «conocimientos verdaderos de lo justo y lo conveniente civil» no son leyes si no hay para ellos un precepto coactivo. Además, incluso puede llegar a haber leyes con ideas erróneas acerca de lo justo y lo injusto, pero en este caso no son leyes perfectas. La combinación de estas posibilidades concluye en una distinción conceptual de los elementos de la ley en la teoría de Marsilio: el precepto coactivo es la *forma* de la ley, pero el contenido verdadero de lo justo es la *condición* que hace válida la obligación de observar la ley.<sup>8</sup> En ausencia de uno u otro elemento, no estaríamos en presencia de una ley perfecta.

El tratamiento de la ley se complementa, como cabe esperar, con la caracterización del *legislator humanus* que es su causa eficiente que sigue al capítulo X. Ahora bien, antes de dar cuenta de ella nos detendremos en las interpretaciones de los exégetas y en el concepto de positivismo jurídico puesto que creemos que el *legislator humanus* es la clave para desatar el nudo de la filosofía jurídica de Marsilio.

### 3. EL ABORDAJE EXEGÉTICO DE LA TEORÍA LEGAL DE MARSILIO DE PADUA.

Retomando la cuarta acepción del concepto de ley, F. Bertelloni propone dos distinciones importantes. Puede considerarse que la primera perspectiva, relativa al contenido de justicia o utilidad de la ley es la «dimensión material» de la misma, en consonancia con la tradición medieval precedente a Marsilio. A su vez, la perspectiva que hace de la coercitividad el rasgo «propísimo» de la ley puede ser vista como la «dimensión formal de la misma».<sup>9</sup>

Ambas dimensiones de la ley son recogidas por Julio Castello Dubra. Él también repara en una parte de la ley relativa a un concepto del bien, mientras que la distingue de la otra parte referida a la fuerza obligatoria de la misma. Para este autor, según en qué dimensión se haga énfasis, se puede obtener una caracterización del concepto distinta a las demás. Por el lado del contenido de la ley, o de su aspecto material, la teoría marsiliana podría ser, ya sea «racionalista» si el contenido de bien depende de principios derivados de la razón y, con ello, corresponder a cierta forma de «iusnaturalismo», pero en el mismo ámbito podría ser «finalista» si se detiene en las causas finales de la ley. Ahora bien, Castello Dubra sostiene que si uno carga en la forma de la ley, en su carácter coercitivo, estamos ante un «formalismo» legal y por su relación a la voluntad del legislador, a un «voluntarismo». Estas dos características definen, para Castello Dubra, la interpretación positivista de Marsilio.<sup>10</sup> Si bien la interpretación de este autor descansa sobre los caracteres finalista de la ley, propone una distinción conceptual que resulta muy útil. Sostiene que la perfección de la ley depende de lo que nosotros identi-

7 DP I, X, 4 [43].

8 DP I, X, 4 [43-44].

9 Bertelloni, F., «Marsilio de Padua y la filosofía política medieval» en Bertelloni, F. y Burlando, G. (eds.), *La filosofía medieval. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía* (XXIV), Madrid, Trotta-CSIC, 2002, p. 254.

10 Cfr. Castello Dubra, J. A., «Finalismo y formalismo en el concepto marsiliano de ley: La ley y el legislador humanos en el *Defensor Pacis*» en *Patristica et Mediaevalia*, vol. XVIII (1997), p. 82.

ficamos como su *condición*, o sea, el grado objetivo de bien que ella expresa, mientras que sólo en cuanto la ley ha sido promulgada según su forma y contiene el *precepto coactivo*, por la voluntad soberana, ella es obligatoria. De esta manera, la dimensión material se asocia a la perfección y la dimensión formal a su obligatoriedad.

La interpretación propiamente positivista de Marsilio ha sido sostenida, por ejemplo, por Alessandro Passerin d'Entrèves. Este comentador entiende que:

[...] la definición y valuación del mismísimo elemento de la justicia que debe ser encarnado en la ley depende completamente de la voluntad del legislador, que es ella misma también la fuente del carácter imperativo de la ley<sup>11</sup>

De manera que según Passerin d'Entrèves la suficiencia condición de perfección de la ley queda al arbitrio del legislador, quien a su vez condensa en su figura el aspecto formal y coercitivo de la misma. Por su parte Georges De Lagarde considera que debería someterse la dimensión material de la ley a su aspecto formal, en tanto sólo este es el aspecto «propósito» de la misma, en tanto que de otra manera se caería en contradicción entre los dos aspectos. A propósito de esta distinción él sostiene:

Se debe elegir. O la ley es la expresión de una realidad objetiva: lo justo o lo útil y, en ese caso, ella tiene un valor independiente del precepto que la aplica. O ella está contenida enteramente en tal precepto y entonces ella no es otra cosa que la voluntad de aquél que detenta el poder.<sup>12</sup>

Alan Gewirth parece extremar la posición positivista en tanto este autor sostiene que lo que constituye propiamente a la ley es su obligatoriedad. Como vimos previamente, dicho elemento está dado por su dimensión formal, esto es, la adecuación del procedimiento que promulga la norma y le confiere su carácter coercitivo. En este sentido Marsilio adelanta, para Gewirth, las tesis capitales del positivismo jurídico.<sup>13</sup> Jürgen Miethke también sugiere buenas razones para sostener esta variante, puesto que insiste en que la obligatoriedad sólo está dada por la presencia o no del precepto coactivo en la ley, siendo el contenido valorativo de la misma algo accesorio, que, en todo caso, sólo interviene para decidir sobre la perfección de la misma. En sus palabras:

el orden estatal no se fundamenta primariamente en la verdad o el derecho, sino en el requisito formal de la *potestas* coactiva que sanciona las leyes y que, contra toda resistencia les otorga validez.<sup>14</sup>

A pesar de los abundantes argumentos que respaldan lecturas positivistas de la doctrina legal de Marsilio de Padua, esta posición está lejos de ser indiscutible. En efecto, muchos intérpretes de la obra del paduano reparan en sus antecesores e influencias para no menospreciar la importancia de la dimensión material de la ley, aún cuando el texto marsiliano no se extiende tanto sobre esta otra perspectiva de la norma legal.

En este sentido Carey Nederman, por ejemplo, evalúa la influencia ciceroniana en el texto del paduano. Este autor sostiene que junto a Aristóteles, Agustín y Averroes, el intelectual

11 Passerin d'Entrèves, A., *The Medieval Contribution to Political Thought*, Oxford, 1939, p. 61.

12 De Lagarde, G., *La naissance de l'esprit laïque au déclin du moyen âge*, Paris, 1948, p. 172.

13 Gewirth, A., *The Defender of Peace. Marsilius of Padua and Medieval Political Philosophy*, New York, 1951, vol. I. 134 y ss.

14 Miethke, J., *Las ideas políticas en la Edad Media*, Buenos Aires, Biblos, 1993, 152.

romano es de capital importancia para comprender de manera adecuada la filosofía política de Marsilio. De acuerdo a Nederman, la teoría de Cicerón establece deberes naturales entre los hombres en un contexto de comunidad o sociedad civil. Esta normatividad natural tendría, para Cicerón, un carácter universal e independiente de las autoridades políticas de las comunidades. De esta manera, ellas constituyen un estándar independiente que regularía las normas sociales. Estas tesis apuntan directamente en contra de la lectura positivista del *Defensor Pacis*. Al hacer hincapié en la dimensión material de la ley se pone en tela de juicio el que cualquier norma sea obligatoria por ser la voluntad del legislador, contra lecturas «voluntaristas», o por haber sido promulgadas junto a un precepto coactivo que estipula una pena en caso de su desobediencia, contra lecturas «formalistas». En las palabras de Nederman, la doctrina legal de Marsilio podría resumirse así:

Es cierto que Marsilio cree que la ley humana no es aplicable hasta que haya sido promulgada de acuerdo al procedimiento adecuado y que haya adquirido, por eso, el carácter de una sanción coercitiva. Pero esto no implica que todo estatuto que ha sido promulgado así sea válido y vinculante simplemente como consecuencia de su autorización. Al contrario, el *Defensor* estipula que el contenido de la legislación debe estar dirigido estrictamente a la promoción de «la justicia y el beneficio civil».<sup>15</sup>

Nederman incluso llega a sugerir que cada uno de los ciudadanos debe aceptar una u otra ley como condición para que esta sea obligatoria para toda la comunidad. Si bien su postura parece un tanto extrema, el texto marsiliano repara en que se respetará más una ley que cada ciudadano se ha impuesto a sí mismo.<sup>16</sup>

En una línea semejante se ha pronunciado Ewart Lewis. Este intérprete repara en los argumentos ofrecidos por Gewirth, De Lagarde y Passerin d'Entrèves, para atacarlos en dos frentes. Por una parte afirma, en contra de los intérpretes «positivistas» de la doctrina marsiliana, que la teoría contenida en el *Defensor Pacis* no sería tan novedosa como ellos lo suponen. Para justificar su tesis establece una comparación con la doctrina de Santo Tomás de Aquino y procede a mostrar los elementos comunes entre ambas que podrían ser interpretados como premisas de una teoría positivista. Por la otra parte rechaza el celoso detenimiento que estos comentaristas hacen de la dimensión formal de la ley al adjudicarle ellos a Marsilio una posición en la que la justicia de una norma es un elemento no esencial de la misma. Para Lewis, ambos requisitos se encuentran a un nivel paralelo y la fundamentación de la importancia de la dimensión material de la ley se encuentra en todos los capítulos del *Defensor Pacis* que construyen la figura del *legislator humanus*, que a todas luces habría sido ignorada por los intérpretes positivistas que no han ido más allá del voluntarismo.<sup>17</sup>

Vale la pena mencionar también la posición de Jeannine Quillet. Esta autora también defiende una lectura que haga equivalentes la importancia de la dimensión formal de la ley con su dimensión material. En efecto, la autora sostiene que ambas se complementan, pero que de ninguna manera podría constituir una obligación la sola presencia del precepto coactivo en la ley, ausente su capacidad de tener al bien de la comunidad. En sus propias palabras, sostiene:

---

15 Nederman, C. J., «Nature, Justice and Duty in the *Defensor Pacis*: Marsiglio of Padua's Ciceronian Impulse» en *Political Theory*, vol. 18, n.º 4 (nov., 1990), p. 629.

16 Cfr. Nederman, C. J., «Private Will, Public Justice: Household, Community and Consent in Marsiglio of Padua's *Defensor Pacis*» en *The Western Political Quarterly*, Vol. 43, No. 4 (Dec. 1990), pp. 710 y DP I, XII, 6 [57].

17 Gewirth sería un ejemplo claro de esto último. Cfr. Lewis, E., «The «Positivism» of Marsiglio of Padua» en *Speculum*, vol. xxxviii (oct. 1963), n.º 4, pp. 549-550.

Para Santo Tomás, como para Marsilio, la *fuerza coactiva* de la ley no tiene eficacia que en la medida en que ella está limitada por el respeto de lo justo y de lo útil, ella no puede estar aislada del contenido de la ley.<sup>18</sup>

Habiendo observado las mejores interpretaciones de la doctrina legal de Marsilio, encontramos que es posible ofrecer argumentos tanto para sostener una lectura positivista del *Defensor Pacis* como para hacer precisamente lo contrario. Ahora bien, queda pendiente mostrar si los primeros son suficientes como para adjudicar a Marsilio una postura positivista coherente, de acuerdo a las tesis que ha sostenido esta escuela del pensamiento iusfilosófico y, en caso de ser así, qué consecuencias tiene esto para su doctrina política. Incluso así, quedaría pendiente dar una respuesta adecuada a los convincentes argumentos que rechazan la primacía de la dimensión formal de la ley para postular, por lo menos, que esta tiene una importancia semejante a la de la dimensión material.

#### 4. EL POSITIVISMO JURÍDICO

No resulta extraña la controversia por el «positivismo jurídico» del *Defensor Pacis*. A lo largo de la historia, podría sostenerse, se han suscitado muchas polémicas a partir del «positivismo jurídico». Por una parte, se han esgrimido argumentos positivistas para sostener que el régimen legal de la Alemania nazi era un sistema jurídico con pleno derecho y que, en consecuencia, los juicios de Núremberg eran inválidos porque los acusados eran inocentes según sus propias leyes. Originalmente, sin embargo, el positivismo jurídico era una escuela que abrazaba la causa de la neutralidad valorativa y la tolerancia, posturas mucho menos controvertidas y polémicas que la anterior. Podemos encontrar ejemplos de estas posturas en las doctrinas jurídicas de Jeremy Bentham y John Stuart Mill, o en el relativismo ético que motivó a Hans Kelsen a desarrollar su *Teoría pura del derecho*.

Ahora bien, ya sea para sostener la defensa de los criminales de guerra nazi como en defensa de la neutralidad valorativa y la tolerancia, ¿qué es lo que sostiene exactamente el positivismo y qué consecuencias tiene? Consideramos que los siguientes autores exponen suficiente precisión todos los matices que puede adquirir esta postura iusfilosófica.

Por una parte el jurista argentino Carlos Santiago Nino identificó dos conjuntos distintos de tesis que se podrían adjudicar al «positivismo jurídico». En primer lugar se encuentra el positivismo ideológico. El autor lo sintetiza de esta manera:

Se ha atribuido también al positivismo la tesis de que cualquiera que sea el contenido de las normas del derecho positivo, éste tiene validez o fuerza obligatoria y sus disposiciones deben ser necesariamente obedecidas por la población y aplicadas por los jueces, haciendo caso omiso de sus escrúpulos morales.<sup>19</sup>

Como podemos ver, sostener el positivismo ideológico, contra toda neutralidad valorativa que se presume, equivale a sostener la proposición normativa de que se debe obedecer el derecho independientemente de su contenido. Claro está, el problema reside en justificar de manera coherente una norma tan polémica como esta.

En las antípodas del positivismo ideológico, Nino era mucho más afín a sostener la postura del llamado positivismo metodológico o conceptual. La principal tesis de esta perspectiva sobre

18 Quillet, J., *La philosophie politique de Marsile de Padoue*, Paris, Vrin, 1970, p. 137.

19 Nino, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 34.

la ley llama a definir el concepto de derecho en términos solamente descriptivos, sin referencia a cuestiones axiológicas. Si bien esta postura permitiría verificar ante hechos observables las propiedades descriptivas que se adscribirían al derecho, no toma ninguna postura normativa respecto al contenido del derecho o un supuesto deber de obediencia a éste. En efecto, esta vertiente del positivismo permite calificar a cierto conjunto de normas como un sistema jurídico y, a su vez y sin contradicción, sostener que es injusto y no debería ser obedecido.<sup>20</sup>

De acuerdo a Joseph Raz, hay tres áreas problemáticas que configuran las tesis centrales del positivismo jurídico. Este autor nos dice que:

Tres áreas de disputa han estado en el centro de la controversia: la identificación de la ley, su valor moral y el significado de sus términos principales. Nosotros podríamos identificar éstas como la tesis social, la tesis moral y la tesis semántica, respectivamente. Debería ser entendido, sin embargo, que en cada área los positivistas (y sus oponentes) son identificados por defender (o rechazar) uno o más de un grupo de tesis relacionadas antes que una tesis en particular.<sup>21</sup>

Ahora bien, ¿qué sostiene cada una de estas tesis? La tesis social sostiene que aquello que es ley es una cuestión de hechos sociales, es decir, que la ley se puede identificar a partir de ciertas instituciones o prácticas sociales sin recurrir a juicios morales. La tesis moral, por su parte, sostiene que el valor axiológico de la ley es una cuestión contingente que depende del contenido de la ley y de cada una de las sociedades en las que la ley se aplica. Finalmente, la tesis semántica sostiene que ciertos términos como «deber» y «derechos» no pueden ser usados con el mismo significado en contextos morales y contextos legales.

En vistas a las alternativas que ofrecen Nino y Raz, podemos sintetizar las diversas tesis del «positivismo jurídico» de la siguiente manera: (1) se debe obedecer el derecho independientemente de su contenido —positivismo ideológico—, (2) el concepto de derecho debe ser definido en términos descriptivos —positivismo metodológico—, (3) la identificación del derecho es solamente relativa a hechos sociales —tesis social—, (4) el valor axiológico de las normas legales es contingente —tesis moral— y (5) ciertos términos tienen significados distintos en contextos morales y legales —tesis semántica—.

Ante este abanico de posibilidades cabe interrogar, como se propuso más arriba, cuál de estas tesis podría sostener Marsilio o se infiere del contenido del *Defensor Pacis*. Para favorecer la exposición, resulta conveniente comenzar por aquéllas cuya filiación con el texto puede descartarse rápidamente.

En primer lugar, es dudoso que Marsilio suscriba la tesis (2). El *Defensor Pacis* es un tratado de filosofía política antes que uno de filosofía del derecho. Si bien Marsilio dedica varios capítulos a la cuestión de la ley, no arriesga demasiadas posiciones epistemológicas acerca de cómo definir el concepto de derecho, como sí lo hace Nino al defender el positivismo metodológico. Así tampoco parece claro que Marsilio esté preocupado o se pronuncie en su obra acerca del significado de los términos morales y su diferencia con los mismos términos en contextos propiamente legales. Al contrario, Marsilio parece incorporar ambos términos al dar cuenta de la dimensión material de la ley. Por eso consideramos que también es plausible descartar la tesis (5).

La cuestión se torna más difícil al examinar las tesis (1), (3) y (4), dado que cada una parece estar ampliamente relacionada con las demás. Uno podría sostener, con cierta coherencia,

20 Cfr. Nino, C. S., *op. cit.*, p. 37.

21 Raz, J., *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 37.

que se debe obedecer al derecho en toda circunstancia (tesis (1)), que el derecho se identifica sólo por hechos sociales, por ejemplo, los edictos de un príncipe o las leyes que vote la asamblea (tesis (3)) y que el valor moral de la ley es contingente (tesis (4)) cuando no meramente irrelevante para su obediencia. De hecho, parece desprenderse de la tesis (1) que la obligación de obedecer se presume ya sea la ley justa, como injusta. De esta manera, la valoración de la norma es irrelevante cuando se trata de satisfacer la tesis (1). Ahora bien, ¿sostiene Marsilio una postura así? ¿Es esto lo que los intérpretes positivistas encontraban en Marsilio?

Cierto es que los exégetas señalaban el precepto coactivo, una cuestión social o fáctica, tesis (3), como marca de la debida obediencia a leyes, tesis (1), incluso cuando ellas tuvieran un falso contenido de justicia, tesis (4). Recordemos que más arriba observamos que Marsilio sostenía que aún cuando el contenido de justicia de una norma fuera falso, ésta era igualmente una ley. Aquí radicaba precisamente el punto de la lectura positivista del texto.

Ahora bien, señalamos, precisamente, que el positivismo ideológico que sostiene la tesis (1) y que parece ser la piedra de toque del positivismo en el *Defensor Pacis*, es precisamente una proposición normativa. Queda pendiente, sin embargo, la cuestión de cómo se la justifica de manera adecuada. Previamente conviene reparar en un punto metodológico de filosofía práctica. No se puede justificar de cualquier manera una proposición normativa.

Como explica Nino, en el razonamiento práctico, para obtener una conclusión normativa, debemos contar al menos con una premisa normativa y algunas otras fácticas. En un esquema muy sencillo, para obtener una conclusión como «Quien viole un semáforo en rojo debe recibir una multa», debemos contar, por lo menos, con dos premisas. En primer lugar es indispensable tener una premisa normativa como «Se debe obedecer al derecho», y en segundo una premisa fáctica que establezca algo como lo siguiente «El derecho sostiene que quien viole un semáforo en rojo será multado». De esta manera, el derecho y su contenido resultan incorporados al razonamiento práctico como hechos, mientras que la conclusión normativa obtiene su carácter de tal por una premisa normativa independiente a la referencia al derecho. En este sentido, queremos dejar en claro que el derecho en ningún modo genera la propia obligación de obedecerlo. El preciso punto que quiere hacer Nino,<sup>22</sup> es que se debe apelar a algún principio moral para justificar la obligación de obedecer.

## 5. LA OBLIGACIÓN DE OBEDECER AL DERECHO Y EL POSITIVISMO DEL *DEFENSOR PACIS*.

Como hemos visto en más arriba, la cuestión fundamental para afirmar o rechazar un «positivismo jurídico» en el texto de Marsilio consiste en encontrar una justificación adecuada en el *Defensor Pacis* para algún principio moral que conduzca al deber de obedecer al derecho en cualquier caso o circunstancia. Éste era precisamente el punto de los intérpretes que resaltaban la dimensión formal de la ley. Tal cual se mostró previamente, Marsilio entiende que el precepto coactivo es un requisito esencial para que una ley sea obligatoria y, por el contrario, sugiere que la dimensión material a veces puede ser insuficiente sin restar obligatoriedad a una norma. En este sentido el autor ofrecía ejemplos de leyes con contenido de justicia falso que eran igualmente obligatorias. Por cierto, Marsilio sí declaraba que este tipo de «leyes injustas» era, en todo caso, menos perfecto que el de las leyes con contenido de justicia verdadero.

---

22 Cfr. Nino, C. S., *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 126-143.

Ahora bien, consideramos que puede esclarecerse el concepto marsiliano de obligación política y, con él, la obligación de obedecer al derecho, si se repara en su concepción del *legislator humanus*. Marsilio desarrolla con lujo de detalles este concepto a partir del capítulo XII del *Defensor Pacis*, habiendo previamente defendido la necesidad de entender las leyes según su cuarta significación y habiendo, además, rechazado la posibilidad de gobernar sin leyes. En primer lugar, Marsilio caracteriza al *legislator humanus* como la causa eficiente de la ley, en tanto sólo porque éste está autorizado puede sancionar las leyes, darles un precepto coactivo y hacerlas obligatorias.

A su vez, el *legislator humanus* se encuentra identificado con el pueblo de la siguiente manera:

[...] el legislador o la causa eficiente primera y propia de la ley es el pueblo, o sea, la totalidad de los ciudadanos o la parte prevalente de él, por su elección y voluntad expresada de palabra en la asamblea general de los ciudadanos.<sup>23</sup>

Podemos ver, a partir de dicho pasaje, que Marsilio apela a dos criterios distintos para fundar la autorización del legislador por el pueblo y la obligación del segundo de obedecer al primero. Por una parte, Marsilio apela a un conjunto de premisas epistémicas para sostener que la corrección en los juicios que un individuo solo puede hacer acerca de lo justo y lo útil en la vida civil es mucho menor que la corrección de tales juicios hechos por la totalidad de los ciudadanos o, en su defecto, por su parte prevalente (*valentior pars*). A su vez, considera, que la autorización para sancionar leyes sólo puede provenir de aquél que pueda dar leyes óptimas, o las que mejor conduzcan al *bene vivere*, que es, precisamente, la causa final de la comunidad civil. Finalmente, sostiene que nadie se dañaría a sí mismo, esto es, nadie sancionaría leyes que fueran en su propio perjuicio y, la única manera de comprometer a todos los integrantes de la *civitas* de esta manera radica en que formen parte del poder soberano, evitando así que busquen sancionar leyes en perjuicio de todos y de sí mismos. De esta manera, Marsilio esgrime como primer argumento a favor de la soberanía popular, uno relativo a la mejor calidad epistémica de las leyes consensuadas por la totalidad del pueblo.

Un segundo argumento a favor de la versión marsiliana de la teoría ascendente del poder, con su origen en todo el pueblo, radica en la mayor eficacia en el cumplimiento de las leyes por parte de los ciudadanos, cuando son ellos mismos quienes se han impuesto las leyes. Este argumento en contra del despotismo de dar leyes ajenas a la totalidad de los ciudadanos, nos sugiere que la obligación de obedecer en la teoría de Marsilio tiene características que luego retomaría Rousseau en su célebre *Contrato social*. En efecto, la *civitas* marsiliana casi parece ofrecer, despojada de los elementos contractualistas modernos, una solución muy semejante al problema que quería resolver el filósofo ginebrino:

Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y, por la cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y quede tan libre como antes.<sup>24</sup>

En efecto, podría interpretarse que la «enajenación total» de cada ciudadano que proponía Rousseau en calidad de única cláusula del contrato social, como la confianza de Marsilio en que cada ciudadano respetará la ley que se ha dado a sí mismo como parte del todo que conforma el *legislator humanus*.

23 DP I, XII, 3 [54]

24 Rousseau, J. J., *Del Contrato social*, Madrid, Alianza, 1994, p. 22.

Por cierto, Marsilio ofrece aún más argumentos para probar la soberanía popular y dejar en claro que es la totalidad de los ciudadanos o su *valentior pars* la que se encuentra autorizada para sancionar las leyes. A los efectos de nuestro trabajo, sin embargo, podemos quedar satisfechos con las dos líneas argumentativas esbozadas más arriba. Si las observamos con atención encontraremos elementos para rechazar cualquier lectura positivista ideológica de Marsilio, con lo cual se diluye el problema general del «positivismo jurídico» en la obra.

En primer lugar, a partir del argumento epistémico de Marsilio, encontramos que las leyes de la *civitas* siempre tendrán el mayor contenido de justicia posible,<sup>25</sup> dada la concurrencia de la voluntad y, especialmente, el conocimiento de todos los ciudadanos o su *valentior pars* en la confección de la ley. Parecería, en este sentido, que si bien sólo el precepto coactivo hace a la ley propiamente obligatoria, la dimensión material, su contenido, no se encuentra en absoluto descuidada. Al contrario, Marsilio confía en la capacidad epistémica de los ciudadanos de llegar a las mejores leyes. En todo caso, recurrir a otros procedimientos de confección de leyes, a partir de uno o unos pocos, no garantizan que tengan un contenido de justicia adecuado y por ello resultan ilegítimos.

En segundo lugar, sólo es válida la ley cuando cada ciudadano se la da a sí mismo. De esta manera Marsilio evita que se caiga en despotismos y, además, asegura su eficacia y respeto. En efecto, el resguardo del poder coactivo de las leyes también está a cargo de la totalidad de los ciudadanos o su *valentior pars*, de manera que no se configura en la *civitas* marsiliana un soberano que amenace con el poder de la espada a los ciudadanos.<sup>26</sup> El caso es que, a partir de estos argumentos, no hay forma de justificar un principio moral como el que requiere el positivismo ideológico: «se debe obedecer al derecho en cualquier situación».

Esto resulta imposible porque se debe obedecer las leyes que sancione el *legislator humanus*, que por los requisitos de su autorización, contarán con el concurso de todos o la *valentior pars* de los ciudadanos y, en consecuencia, tendrán el mayor contenido de justicia posible. E incluso aunque un ciudadano no participe de la confección de la ley, por no tener la prudencia requerida sobre tal cuestión, siempre podrá protestar contra leyes que tiendan sólo al beneficio de uno o pocos.<sup>27</sup> Las leyes, además, deben ser de tal manera que cada uno se las imponga a sí mismo para realizar el fin de la comunidad civil, el ya mencionado *bene vivere*, dado que de otra manera nadie respetaría las leyes ni tendrías ellas propósito.

## 6. CONCLUSIÓN

El problema del «positivismo jurídico» en el *Defensor Pacis*, estaba caracterizado por prestar atención casi exclusiva a la dimensión formal en la caracterización marsiliana de la ley. Si bien el texto en efecto asegura que sólo el precepto coactivo hace obligatoria a una ley, hemos encontrado que resulta difícil conciliar las tesis del «positivismo jurídico» con la obra de Marsilio de Padua.

Pasando revista a las tesis que se adscriben a esta escuela iusfilosófica, encontramos que sólo el llamado «positivismo ideológico» es relevante para las teorías de la obligación política. Las restantes tesis son de naturaleza conceptual o epistémica y, en tanto tales, parecen exceder los problemas filosóficos que el paduano desarrolló en su obra. Atendiendo a lo que requiere el

25 Lo cual, como adelantamos más arriba, era imposible en la caracterización marsiliana del estado pre-civil.

26 Como se podría sugerir en alguna interpretación de Hobbes.

27 DPI, XII, 5 [56].

«positivismo ideológico», Marsilio tendría que justificar un principio moral relativo al deber de obedecer al derecho en cualquier circunstancia, para que su caracterización de la ley sea realmente positivista en cualquier sentido relevante.

Ahora bien, a juzgar por los argumentos que Marsilio esgrime para justificar su teoría de la soberanía, más bien hace lo contrario. El autor paduano resulta bastante exigente a la hora de asegurar la autorización del *legislator humanus* para sancionar leyes. Por una parte, requiere indefectiblemente que en la confección de las leyes participen todos los ciudadanos o la *valentior pars* de ellos, para asegurar que cada norma tenga el mayor contenido de justicia posible. Sería extraño insistir con que Marsilio descuida la dimensión material de la ley, cuando su teoría indica lo contrario. A su vez, la teoría de Marsilio requiere el compromiso moral de cada miembro de la *civitas* como autor de la ley que se da cada uno a sí mismo, como requisito para que ella se cumpla efectivamente. A la luz de esto, o bien el precepto «se debe obedecer al derecho en toda circunstancia» no tiene consecuencia en la teoría marsiliana, dado que las leyes serán todo lo justas que puedan, o bien sólo se debe obedecer al derecho que se ha dado uno mismo para dar con el fin de la comunidad, el *bene vivere*.

Como reflexión final de este trabajo queremos resaltar las debilidades de las lecturas que han hecho hincapié sólo en la dimensión formal de la ley en detrimento de la dimensión material que, según vimos, juega un rol fundamental en la teoría de la obligación de Marsilio. Además, si se ignorara la dimensión material de la ley, muchos de los elementos más innovadores de Marsilio perderían su fuerza teórica. Ejemplo de ellos son su teoría del *legislator humanus*, la idea de la ley como dada por cada ciudadano a su mismo y la tesis de la mayor eficacia epistémica de la soberanía popular —que adelanta la tesis, por ejemplo sostenida por Nino, de las ventajas epistémicas de la democracia—. De esta manera, para aprovechar todo el caudal conceptual del *Defensor Pacis*, se requiere prestar la debida atención a todos los elementos de su novedosa concepción de ley.

Martín Oliveira  
demaoliv@gmail.com

Recibido: 5 de abril de 2012  
Aceptado: 8 de junio de 2012