

Conexiones entre constitucionalismo, crisis del paradigma positivista y argumentación jurídica

Alex Ponce LLicán

Consideramos que la conexión entre el constitucionalismo, la crisis del paradigma positivista y la argumentación jurídica tiene un correlato histórico, el cual intentaremos desarrollar en el presente ensayo. Para tal efecto esbozaremos algunas pinceladas características de cada una de las categorías en mención.

1 El positivismo como paradigma histórico

Históricamente, el positivismo jurídico sustituyó al iusnaturalismo (que floreció por dos milenios). Al respecto, el autor español Felipe Gonzales Vicén (1979) sostiene que el positivismo jurídico hay que entenderlo como un hecho histórico o como un modo general de entender la realidad jurídica. Lo que nos muestra este filósofo es que en la historia de la cultura jurídica occidental se habría producido, pues, un gran cambio entre finales del siglo XVIII y comienzos del XIX (vinculados a la época de la codificación) que es cuando se pasó a considerar que el derecho podía verse como un conjunto de normas válidas para cualquier tiempo y lugar. Es decir, de concebir el derecho natural se pasaba a ver el derecho como un hecho histórico, como un fenómeno peculiar de cada una de las naciones y esto posteriormente se pasó a identificar como la tesis de las fuentes sociales del derecho.

Consideramos que es fundamental otorgarle una perspectiva histórica al positivismo, pues ello nos permite entender el paso de la preponderancia del iusnaturalismo al positivismo, que se convierte en la forma de entender el derecho de los siglos XIX y XX hasta la época del constitucionalismo contemporáneo.

Ahora bien, hay que diferenciar el positivismo como hecho histórico de las denominadas concepciones del positivismo jurídico. En este último caso tenemos, por ejemplo, el historicismo, nacido en Alemania (Savigny), que fue de las primeras escuelas positivistas que se enfrentó al iusnaturalismo racionalista de la época. Otra de sus versiones es el normativismo, que es la concepción que más éxito ha tenido entre nosotros, los países del mundo latino y que entre su autores más destacados a Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Herbert Hart, etc. Y una tercera es el realismo, la cual no ha tenido mucha trascendencia en el mundo latino, pero sí en EE. UU., así como en los países

del norte de Europa. Resulta pertinente realizar la precisión de que el positivismo jurídico no es lo mismo que formalismo jurídico.

No cabe duda de que Hart (1980) es de la postura del positivismo jurídico más refinada y quien no solo pregona la existencia de normas primarias y secundarias, sino que introduce la regla del reconocimiento, en virtud de la cual una norma es jurídica (identificación de la misma) siempre y cuando cumpla con los criterios de la regla de reconocimiento.

Así las cosas, queda claro que los rasgos comunes del positivismo jurídico se dan, sobre todo, como hecho histórico, pues, en cuanto a las concepciones del positivismo, existen ciertas distinciones entre las diversas concepciones antes aludidas.

De otro lado, el jurista italiano Bobbio (1992), si bien al referirse al positivismo no parte de este como paradigma histórico, nos ilustra que existen tres tipos de positivismo: el metodológico, el teórico y el ideológico. El metodológico se refiere a la manera general de aproximarse al derecho, fundamentalmente a la distinción entre «lo que es derecho» y lo «que debe ser derecho». El positivismo teórico, para el que el derecho es una teoría estatal, el derecho del estado, es una teoría estatalista (teoría de la coactividad, la teoría imperatividad y la teoría de la supremacía de la ley, se atribuye plenitud y coherencia al derecho, es una actividad esencialmente lógica). El positivismo ideológico, por su parte, asume que el derecho, por el solo hecho de existir, tiene valor positivo.

Como colofón de este ítem podemos afirmar que el elemento de las fuentes sociales del positivismo es una de las características que se ha constituido en un inequívoco consenso para todos los juristas de hoy en día, incluso para los iusnaturalistas.

2 El constitucionalismo como proceso histórico

Al igual que el positivismo, el constitucionalismo también constituye un proceso histórico. A decir de Josep Aguiló (2008), la constitucionalización del orden jurídico alude a un proceso histórico que ha tenido lugar en países europeos y latinoamericanos, que es el resultado del Constitucionalismo que se ha desarrollado y practicado desde la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días y que está produciendo una transformación profunda en la concepción del Estado de Derecho.

Como sabemos, el constitucionalismo implica el paso del Estado legal al Estado constitucional y tiene como rasgos distintivos la rigidez (resistencia para su modificabilidad), garantía jurisdiccional (imposición de la Constitución sobre la ley), fuerza normativa (se le reconoce fuerza vinculante), sobreinterpretación (por sobre la interpretación literal se prefiere la extensiva), aplicación directa (puede ser aplicada por todo tipo de jueces), interpretación conforme a la Constitución (de las interpretaciones posibles se prefiere la que es conforme a la Constitución) y la influencia de la Constitución en los procesos políticos (ya sea como invocación en la argumentación política o en su importancia para resolver disputas entre órganos políticos).

Al respecto el profesor Atienza (2007) sostiene lo siguiente:

En realidad, el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de derecho) supone el sometimiento completo del poder al derecho, a la razón: la fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de los órganos públicos.

Se puede decir, entonces, que a partir del constitucionalismo queda desbordado el razonamiento jurídico de solo al marco de la ley. Se pasa de la preponderancia de los deberes a los derechos. Tan es así que Bobbio, por ejemplo, se permitió a hablar de «la era de los derechos». Se produce, pues, un cambio esencial en la forma de entender el razonamiento jurídico, que pasa de entender la Constitución en torno de la soberanía a una Constitución en torno de los derechos, ya que van incrementando las garantías de naturaleza jurídica.

En tal sentido, el constitucionalismo demanda de los juristas que seamos capaces de adaptar el derecho al nuevo marco en el que nos movemos, pues toda la teoría del derecho que se construyó en torno al imperio de la ley, sin duda, ha sufrido un sinnúmero de modificaciones que hacen imposible mantener inalterables los aparatos conceptuales que nos permita controlar nuestros razonamientos jurídicos.

3 Insuficiencia del positivismo ante la argumentación jurídica

En la década del 60, el autor norteamericano Ronald Dworkin escribe sus críticas a la concepción positivista del derecho, específicamente a la de Hart, y lo que viene a decir es que si uno es hartiano, no puede dar cuenta de un tipo de norma que también

forma parte de derecho, que serían los principios (los cuales no son descubiertos por dicho autor, ya que los principios han estado desde siempre en el mundo del derecho) y para ello populariza el famoso caso *Risss vs. Palmer* (nadie puede sacar provecho de su propio ilícito), concluyendo que para Hart el derecho es solo un conjunto de reglas y no de principios, por lo que, para dar cuenta de estos últimos, no podemos acudir al criterio del pedigrí de la regla del reconocimiento, sino que se tiene que efectuar una argumentación moral. Posteriormente, Dworkin postula que el derecho no es solo un conjunto de normas (reglas y principios), sino una práctica social interpretativa.

En la década del 70, otro de los autores que también cuestionó al positivismo es Robert Alexy, quien igualmente postula que en el derecho no solo hay reglas, sino también principios, entendiendo estos últimos como mandatos de optimización, así como que del derecho forman parte también procedimientos. Paralelamente, también se suma a los cuestionamientos del positivismo el autor Neil MacCormick, quien, a pesar de calificarse inicialmente como positivista, pasó luego a reconocer que dicha concepción no resulta siendo la más idónea para el derecho.

Al respecto podemos afirmar, pues, que las tesis positivistas resultan a luz de constitucionalismo posturas reduccionistas, pudiendo decirse incluso que se ha convertido hasta un obstáculo para hacer que progrese la teoría del derecho y, por ende, que progrese el derecho. Así, por ejemplo, no podemos limitarnos a describir lo que es derecho y dejar fuera las cuestiones del «deber ser», pues, una vez que describimos lo que dice el por ejemplo el Código Civil sobre tal institución jurídica, falta luego la parte más importante y es cómo lo manejamos, cómo resolvemos los problemas interpretativos y cómo guiamos, lo que es el trabajo de los jueces y los legisladores. La teoría del derecho, pues, no puede ser meramente descriptiva, sino que tiene que ser también normativa o prescriptiva.

Del mismo modo, la tesis imperativista propia del positivismo que postula que el derecho es un conjunto de mandatos imperativos es reduccionista, porque deja de lado el aspecto valorativo de las normas, las razones subyacentes de las normas, y si dejamos eso fuera, lo que hacemos es imposibilitarnos para entrar a resolver justificadamente los problemas más característicos del Estado constitucional. Con tal postura no podemos dar cuenta de los problemas donde chocan o hay colisión de derechos o principios, ni del problema de las excepciones implícitas de las normas.

En efecto, como bien sostiene el profesor Manuel Atienza (2007), si una Constitución, como en efecto sucede con todas ellas, prescribe que son válidas todas las normas que están conforme con la Constitución, principios y valores de la misma, y uno de esos valores, por ejemplo, es la dignidad, pues entonces se tendrá que hacer una argumentación necesariamente moral porque la dignidad es obviamente una categoría moral.

Igualmente, el positivismo, al sostener que el derecho consiste únicamente en normas (tesis normativista), deja al descubierto, una vez más, su reduccionismo, pues el derecho no es solo un conjunto de normas en un sistema que está «allí afuera», sino que es también una práctica social; es decir, además del sistema normativo está el aspecto de la práctica imbuida por el propósito de conseguir ciertos fines y valores.

Así las cosas, no es que el constitucionalismo requiera desconocer el positivismo ni mucho menos que los juristas sean antipositivista, sino que, en todo caso, lo que presupone es superar e ir más allá de las fórmulas reduccionistas de dicha concepción, por ello es que, acertadamente, el profesor Manuel Atienza se refiere a que esa superación se encuentra en la concepción pospositivista, la que muchas veces es erróneamente comprendida y se tiende a calificar inapropiadamente una concepción “neoconstitucionalista” , cuando entre esta y el pospositivismo existen marcadas diferencias.

Paralelamente, al desarrollo del constitucionalismo se ha abierto paso la argumentación jurídica, el cual es un nuevo enfoque, una nueva perspectiva que se introduce en los hábitos, ya sea de docentes o profesionales, orientada a profundizar y mejorar en el estudio y en el manejo del derecho. De allí que algunos autores hablen del «giro argumentativo en la cultura jurídica contemporánea» para indicar una cierta visión del derecho. En realidad, más de una, pues no todas las concepciones argumentativas del derecho son coincidentes entre sí ni incluso compatibles.

Poner énfasis en la dimensión argumentativa del derecho implica partir del hecho de que tanto el trabajo del juez, del abogado, del legislador o del profesor de Derecho consiste en buena medida en argumentar.

Al respecto, el profesor Atienza (2007) nos ilustra que la argumentación jurídica debe someterse a dos escrutinios: el técnico y el ético. Esto es, la argumentación en el derecho tiene que ser conforme con las normas deontológicas, lo cual no resulta de fácil

adecuación, pues, primero, se tendría que determinar cuáles son esas normas deontológicas y luego cómo interpretar esas normas y los valores que la subyacen. Asimismo, se debe reparar en que las normas deontológicas de determinada actividad jurídica no pueden trasladarse en forma automática al de otras, por ejemplo, la de los jueces a los abogados.

Como sabemos, la argumentación jurídica se puede entender como una actividad, esto es, como una práctica que hacemos en el derecho y también como una teoría: una cosa es argumentar y otra cosa es teorizar. Es claro que, como actividad, la argumentación siempre ha estado presente, pues en el derecho siempre ha existido la necesidad de dar razones, pero eso, hoy en día, con el auge del constitucionalismo, es mucho más importante en la medida que el derecho ya no solo consiste en leyes, sino también en constituciones, y esas constituciones no solo contienen enunciados específicos a los que denominamos reglas, sino también contienen principios y valores.

Es una obviedad que argumentar con reglas es más simple que argumentar con principios y valores. En efecto, si uno tiene una regla que establece que dado ciertas circunstancias se le debe imponer una sanción, en este caso, para resolver la aplicación de dicha regla, argumentar consistiría en subsumir, es decir, verificar si, efectivamente, se dan tales circunstancias y, de ser así, aplicar la sanción prevista. Empero, si nos encontramos ante principios como, por ejemplo, el consistente en que todos deben ser tratados por igual o que la libertad es un valor que se debe proteger y la queremos aplicar a un caso concreto, se tiene que las mismas constituyen premisas de partida pero que requieren, necesariamente, de muchas otras premisas y de varios pasos argumentativos para llegar a una conclusión sobre si en determinados casos se vulneraron o no tales derechos contenidos en tales principios.

Argumentar en nuestros sistemas constitucionalizados es mucho más importante de lo que lo fue en el pasado. En todas las constituciones existen hoy en día la obligación de los jueces de motivar, esto es, de dar razones, lo cual se extiende incluso a los órganos administrativos. Ahora bien, la importancia de la argumentación se ha enfatizado sobre todo en los países latinos de Europa y de América, pues venimos de una tradición formalista donde se ponía muy poco el acento en la argumentación a diferencia, por ejemplo, del *common law* de los EE. UU. en donde de alguna u otra forma ya estaba institucionalizada.

Finalmente, entonces tenemos que el constitucionalismo, la crisis del positivismo y la argumentación jurídica tienen una conexión de base histórica que exige ir desarrollando una teoría del derecho que supere la concepción positivista, eso sí, reconociendo su importancia histórica y teórica para el mundo del derecho, pero, a la vez, siendo conscientes que la misma resulta insuficiente ante los ordenamientos jurídicos constitucionales que, con su matices, requieren también de una argumentación jurídica que no se limite al plano descriptivo.

Referencias

- Aguiló Regla, J. (2008). *Sobre derecho y argumentación*. Ed. Lleonard Muntaner.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2007). Dejemos atrás el positivismo. *Revista Isonomía Universidad de Alicante*.
- Bobbio, N. (1992). *El problema del positivismo jurídico* (Trad. de E. Garzón Valdés). Fontamara.
- González Vicén, F. (1979). *Estudios de filosofía del derecho*. Universidad de La Laguna.
- Hart, H. L. A. (1980). *El concepto de derecho* (Trad. de Genaro R. Carrió). Editora Nacional.