

¿Qué tan irrelevantes son las tesis definitorias del positivismo jurídico?

How Irrelevant are the Defining Theses of Legal Positivism?

Félix Morales Luna

Autor:

Félix Morales Luna
Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
fmorales@puap.edu.pe

Recibido: 10/06/2022

Aceptado: 10/09/2022

Citar como:

Morales Luna, Félix (2023). ¿Qué tan irrelevantes son las tesis definitorias del positivismo jurídico? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 321-334. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.18>

Licencia:

Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).



© 2023 Félix Morales Luna

Resumen

El paradigma del Derecho como argumentación exige dejar atrás el positivismo jurídico y asumir una nueva teoría que le sirva al jurista para justificar respuestas correctas en casos difíciles que involucran principios y exigencias valorativas. Las tesis centrales del positivismo jurídico son vistas como irrelevantes y obvias, y se les critica que impiden el desarrollo de una teoría del Derecho adecuadas a las condiciones del Estado constitucional. Este trabajo propone una manera de entender las tesis centrales del positivismo jurídico, en torno a la dimensión institucional del Derecho, que justifique la relevancia de esta concepción jurídica en el marco de los estados constitucionales.

Palabras clave: positivismo jurídico; argumentación jurídica; reglas institucionales del Derecho

Abstract

The paradigm of law as argumentation requires leaving behind legal positivism and assuming a new theory that serves the jurist to justify correct answers in hard cases that involve principles and value demands. The central theses of legal positivism are seen as irrelevant and obvious and are criticized as preventing the development of a theory of law adequate to the conditions of the constitutional state. This paper proposes a way of understanding the central theses of legal positivism, regarding the institutional dimension of Law, which justifies the relevance of this legal conception within the framework of the constitutional states.

Keywords: Legal positivism; legal argumentation; institutional rules of law

1. INTRODUCCIÓN

Manuel Atienza, qué duda cabe, es uno de los principales referentes de la filosofía del Derecho contemporánea. No a cualquiera se le puede imputar una gran responsabilidad nada menos que en el cambio de una concepción jurídica o en la consolidación de la identidad iusfilosófica de toda una tradición cultural (el mundo latino). Es un orgullo haber sido formado en su escuela y realizado la investigación doctoral bajo su dirección, y el mejor homenaje que le puedo dar a alguien de su talla y generosidad intelectual es confrontar sus tesis, procurando esclarecer con argumentos los temas en los que podamos discrepar.

Suelo convencerme de las posiciones defendidas por Atienza, sobre todo por la solidez de las razones en las que las respalda. Sin embargo, tengo reparos en el llamado que hiciera hace algunos años, junto con Juan Ruiz Manero, a dejar atrás el positivismo jurídico. Mi cautela a seguir ese llamado se basa en que, a la par que dichos autores sustentaban la necesidad de avanzar en la construcción de una nueva teoría en el Derecho, yo avanzaba (con ocasión de la elaboración de mi tesis doctoral, precisamente bajo la dirección de ambos) en el estudio del pensamiento de Uberto Scarpelli, un referente del positivismo jurídico italiano. Me situé pues en una posición singular, en la que conocía simultáneamente dos propuestas teóricas antagónicas de cómo entender y trabajar con el Derecho, y ambas me resultaban plenamente convincentes, por lo que necesitaba encontrarles una posible articulación. Una opción era distinguir las etapas en las que se produjeron ambos planteamientos, asumiendo que, mientras los años en los que Scarpelli desarrolla su producción intelectual eran los tiempos del positivismo jurídico, las transformaciones que el constitucionalismo ha impreso en la práctica jurídica determinan que la época actual lo sea del postpositivismo.

No obstante, intentaré sustentar algo distinto: que entre el positivismo jurídico y el postpositivismo, junto con la teoría de la argumentación jurídica, hay un espacio de encuentro, determinado por el reconocimiento y la defensa del diseño institucional del Derecho, como límite de lo jurídico y de la validez de las decisiones de sus operadores.

2. LAS CRÍTICAS DE ATIENZA AL POSITIVISMO JURÍDICO

Recuerda siempre Atienza una frase de Bloch, citada por González Vicén, según la cual, así como se dijo que la escuela histórica del Derecho había crucificado al derecho natural en la cruz de la historia, hoy podría decirse que el constitucionalismo ha crucificado al positivismo jurídico en la cruz de la constitución (Atienza, 2017, p. 85; Atienza, 2021b, p. 53). El constitucionalismo habría puesto en evidencia las limitaciones del positivismo jurídico y, sobre todo, su incapacidad para dar cuenta de las profundas transformaciones que han operado en nuestros sistemas jurídicos. Como destaca Atienza,

En nuestros sistemas jurídicos, vía la Constitución, se ha incorporado una moral (justificada) y el manejo del derecho requiere constantemente recurrir a la moral, a la argumentación moral ... muchos problemas que antes se tematizaban como contraposiciones entre el derecho y la moral hoy son problemas de interpretación porque la moral ha «emigrado» al interior de los Derechos. La solución depende de una lectura moral que uno haga de la constitución. No participar de esta empresa es quedarse fuera del juego. (Atienza, 2021, p. 46)

Atienza insiste en que los trascendentes e indiscutibles cambios que se han producido en la realidad política reclaman una nueva teoría desde la cual dar cuenta de ellos y que resulte útil para los juristas que actúan en el marco de la práctica definida a partir de tales cambios. Así, el problema de fondo tras de estas críticas «no es –no debería ser– tanto un problema de teoría del Derecho como de metateoría jurídica: cuáles son las cuestiones de las que merece la pena ocuparse, qué teoría del Derecho merece la pena esforzarse por elaborar» (Atienza y Ruiz Manero, 2007, p. 8). En esta línea, el positivismo jurídico habría agotado ya su ciclo histórico siendo el paradigma constitucionalista «el final de esa forma de entender al Derecho» (ibídem, p. 25). Queda, sin embargo, su legado, determinado por las contribuciones (como las técnicas del análisis del lenguaje basadas en la precisión, claridad y distinciones conceptuales) generadas gracias a la orientación analítica de sus principales representantes (ídem).

Por ello, un presupuesto del paradigma del Derecho como argumentación es que debemos dejar atrás el positivismo jurídico y asumir una nueva teoría postpositivista que le sirva al jurista para justificar respuestas correctas, principalmente, en casos difíciles que involucran principios y exigencias valorativas.

Dos serían las principales críticas que motivan dicho llamado de superación del positivismo jurídico. La primera tiene que ver con el propio concepto de Derecho pues, según Atienza, el positivismo jurídico es una concepción reduccionista del fenómeno jurídico, ya que lo limita a la dimensión autoritativa, viendo a las normas jurídicas como el resultado de sendas prescripciones y como la expresión de la voluntad política dominante. Este reduccionismo hace que las teorías de sus principales representantes en el ámbito latino (Kelsen, Ross, Carrió, Hart o Alchourrón y Bulygin) caractericen a «las normas jurídicas, de forma casi exclusiva, como directivas de conducta y a estas directivas de conducta como constituyendo, en todo caso, el resultado de otros tantos de prescribir» (ibídem, p. 23). Esto ofrece una imagen parcial o distorsionada del Derecho pues «[el positivismo jurídico] tiene (en todas sus variantes) un enfoque exclusivamente del Derecho como sistema, y no (también) del Derecho como práctica social» (ibídem, p. 26).

Atienza y Ruiz Manero explican así las consecuencias de esta forma de entender las normas jurídicas:

El acentuar casi exclusivamente la dimensión directiva de las normas tiene como consecuencia el que quede descuidada, o al menos comprendida como subordinada, su dimensión valorativa. Y el ver las normas, sin excepciones, como el resultado de otros tantos de prescribir, tiene como consecuencia el que queden descuidadas aquellas normas jurídicas que

no resultan de la realización de un acto de prescribir, sino de un acto de reconocimiento, por parte de las autoridades normativas, de contenidos normativos que les preexisten. Y todo ello implica límites severos para la capacidad de las teorías positivistas del siglo xx de dar cuenta de aspectos capitales del razonamiento jurídico y también de lo involucrado en la actitud de aceptación de un orden jurídico constitucional (ibídem, p. 23).

La segunda crítica está referida a la perspectiva de quien estudia el Derecho, así como su rol en relación con dicho objeto. Así, dice Atienza que el jurista positivista asume en relación con el material así identificado una actitud descriptivista, propia del observador que se sitúa desde el punto de vista externo, y libre de valoraciones. Esta actitud sería el resultado de asumir la separación entre el Derecho y la moral, y una actitud no cognoscitivista en relación con la ética. Esta actitud descriptiva del Derecho suele acompañarse, en el caso de los principales referentes teóricos de esta concepción (aunque no tiene un carácter de necesidad), con una actitud escéptica en materia moral. Atienza considera al no cognoscitivism ético como un gran error. En sus términos,

La propuesta de una ética sin verdad para los juristas empeñados en servirse del derecho como instrumento de lucha a favor de los derechos humanos significa algo muy parecido a un camino sin salida los juristas prácticos harían por ello muy bien en buscar por otro lado la senda del derecho. (Atienza, 2021a, p. 49).

Asumir fuertemente la tesis de la separación entre el Derecho y la moral, junto con una actitud de escepticismo y relativismo en materia moral, en el marco de sistemas jurídicos densamente cargado de contenidos de una moral justificada, determina que el positivismo jurídico adolezca de una irremediable falta de pragmatismo, por lo que no puede ser considerada como una concepción adecuada para el Derecho del Estado constitucional. (ibídem, p. 49).

Lo anterior, dice Atienza, incapacita al jurista positivista para dar cuenta de operaciones centrales en los sistemas jurídicos constitucionalizados, que han incorporado una gran carga valorativa en el derecho positivo. Así, dicho jurista no podría dar cuenta de operaciones como la derrotabilidad de las reglas por exigencia de los principios (por ejemplo, en situaciones como las lagunas axiológicas), la ponderación de los principios (por ejemplo, en el análisis de la constitucionalidad de las leyes) o, en general, la justificación de respuestas correctas en los casos difíciles.

Las críticas, luego, se concentran en las tesis definitorias del positivismo jurídico, a las que Atienza califica de obvias e irrelevantes. En efecto, la tesis de las fuentes sociales del Derecho no señalaría sino una obviedad, como que los sistemas jurídicos no constituyen realidades inmutables, sino históricas, y cuyo contenido es establecido y modificado por actos humanos. A su vez, la mejor versión de la tesis de la separación entre el Derecho y la moral tan solo dice que el valor moral de una norma no es condición suficiente, y puede no ser condición necesaria, de la validez jurídica de la misma (Atienza y Ruiz Manero, 2007, p. 20).

Ahondando en la irrelevancia de estas tesis, Atienza y Ruiz Manero señalan que la tesis de las fuentes sociales del Derecho «no puede constituir una señal de identidad de

una teoría o de una concepción del Derecho, porque todas las que tienen algún grado de vigencia la comparten» (ibídem, p. 21). Expresa, en otras palabras, un hecho que no puede ser discutido seriamente por nadie. La tesis de la separación entre el Derecho y la moral, por su parte, limitada a lo que de ella es compartido por todas las teorías positivistas, «tampoco constituye, desde luego, una posición distintiva en la teoría del Derecho: también la mayor parte de quienes se autodenominan iusnaturalistas estarían de acuerdo con esta posición» (ídem). Si tales tesis son tan obvias que resultan indiscutibles, pero, por lo mismo, no permiten distinguir siquiera mínimamente una particular concepción jurídica, estaríamos inevitablemente ante una teoría sumamente pobre del Derecho. Todo esto determina «que [el positivismo jurídico] no consiga dar cuenta de la complejidad de la experiencia jurídica, ni ofrece tampoco el instrumental teórico adecuado para que el jurista pueda desarrollar la que tendría que ser su tarea distintiva en el marco del Estado constitucional: la protección y el desarrollo de los derechos fundamentales» (Atienza 2017, p. 81).

En oposición y superación al positivismo jurídico, lo característico y distintivo de la concepción postpositivista es «reconocer que el fenómeno jurídico se compone, básicamente, de dos ingredientes: el autoritativo y el valorativo, y que el segundo tiene prioridad sobre el primero» (Atienza, 2021, p. 44). En efecto, dice Atienza, si bien el discurso político y jurídico no se ha reducido a la moral, existe una subordinación del discurso jurídico y político al de carácter moral, pues las razones morales son las razones últimas y, por lo tanto, la justificación moral y jurídica no están en un mismo plano (ibídem, p. 48).

También cambia el propio concepto del Derecho, así como el rol de quien trabaja con sus normas. Así, señala,

El Derecho puede (ha de) verse como una práctica social compleja consistente en decidir casos, en justificar esas decisiones, en producir normas, etc. Dicho quizás de otra manera, el Derecho no es simplemente una realidad que está ya dada de antemano (y esperando, por así decirlo, al jurista teórico que la describa y sistematice), sino una actividad en la que se participa y que el jurista teórico ha de contribuir a desarrollar. (Atienza y Ruiz Manero, 2007, p. 26).

Se trata de una teoría jurídica desarrollada desde el punto de vista interno, el del participante, que se integra con la teoría de la argumentación jurídica, que orienta la actuación del jurista, encauzando el método jurídico mediante reglas y esquemas de razonamientos que articulen las exigencias autoritativas y valorativas, para lograr respuestas justificadas. Cuenta así con esquemas que sitúan al operador del Derecho ante los distintos casos difíciles que pudiera enfrentar proveyéndole de pautas y procedimientos para la mejor justificación posible de la respuesta correcta ante tales casos.

Así, esta teoría busca superar la simple remisión a la discrecionalidad para solucionar casos difíciles, proveyendo al decisor de esquemas de razonamiento que permita justificar racionalmente su decisión. Ello se aprecia, por ejemplo, en la sistematización de las etapas a recorrer en el procedimiento de la ponderación cuando el operador se enfrenta

a un conflicto entre principios, o el modo como es posible justificar la derrotabilidad de alguna regla por la exigencia de los principios en el caso de lagunas axiológicas.

3. LA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DEL DERECHO

Es indudable que esta nueva concepción del Derecho está redefiniendo nuestras prácticas jurídicas, sobre todo en cuanto al rol de los altos tribunales. Ahora bien, hay que advertir que los elementos autoritativos y valorativos que esta nueva teoría busca articular no son los únicos tipos de elementos con los que cuenta un sistema jurídico. La idea del Derecho y su funcionamiento no pueden ser cabalmente comprendidos sin otro tipo de elementos normativos como son las reglas institucionales o, en general, de toda expresión normativa relacionada con la dimensión institucional del Derecho. Más de una vez Atienza se ha topado con estos elementos en su propuesta de equilibrar los elementos autoritativos y valorativos de los sistemas jurídicos constitucionalizados, obligándole a introducir ajustes a su propuesta tras los que, incluso, tales elementos institucionales terminan imponiéndose o definiendo el modo como han de articularse los otros dos tipos de elementos.

Así, por ejemplo, en el ensayo «La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica», Atienza y Ruiz Manero afinan el planteamiento expuesto en la versión original de *Las piezas del Derecho*, añadiendo las normas institucionales a su tipología de enunciados normativos. En la versión inicial de dicha obra, los autores enfatizaron la dimensión sustantiva de los sistemas jurídicos mediante la distinción entre las reglas y los principios, mientras que las exigencias institucionales de los ordenamientos se limitaban a las normas constitutivas referidas a la posibilidad de producir resultados institucionales en el Derecho. Estas últimas, sin embargo, eran incapaces de dar cuenta de situaciones usuales en nuestras prácticas jurídicas como los estados de excepción o la prisión provisional. Por ello, introdujeron en su reconstrucción de los enunciados normativos las mencionadas normas institucionales que reivindicaban exigencias orientadas a preservar la vigencia de la maquinaria jurídica como condición para hacer posible la realización de los fines sustantivos.

Atienza también destaca la relevancia de estas reglas y de los límites que imponen al Derecho, por ejemplo, cuando distingue a los postpositivistas de los neoconstitucionalistas, señalando de estos últimos que llevan demasiado lejos su actitud crítica al positivismo de las reglas olvidándose de los valores del legalismo. La de los neoconstitucionalistas, dice Atienza, «es también una visión unidimensional del Derecho que incurre en la ingenuidad de pensar que los valores del Estado constitucional pueden alcanzarse sin necesidad de someterse a los límites, las constricciones, que impone el sistema de Derecho positivo» (Atienza, 2017, p. 82-83).

Otra ocasión en la que Atienza destaca la relevancia de tales elementos es cuando se refiere a los casos trágicos en el Derecho. Si bien en los estados constitucionalizados hay razones para entender que el sistema en su conjunto es justo, por lo que habría la obligación por parte del jurista postpositivista de cooperar a encontrar una respuesta correcta (justa) a cada uno de los casos o problemas a resolver (Atienza, 2021b, p. 60), ello no excluye la posibilidad de que haya casos en los cuales no cabe encontrar alguna solución que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental en dicho sistema jurídico, es decir, que surjan casos trágicos. Al respecto señala Atienza que

sobre los casos trágicos, me parece que es importante insistir porque muestra precisamente los límites del derecho y, por ello, que existe algo así como una «moral interna» al derecho no significa renunciar a enjuiciar el derecho desde la perspectiva de una «moral externa» al mismo (ibídem, p. 60-61).

Acá se evidencia que la incorporación de la moral en el derecho positivo de los estados constitucionalizados no es absoluta, y los términos y límites de dicha incorporación están definidas por cada sistema jurídico, cuyos criterios institucionales distinguirán, en última instancia, lo jurídico de lo no jurídico.

Estas normas institucionales no son mandatos de la autoridad como expresión de su voluntad política, ni tampoco constituyen la expresión de los valores sustantivos de un sistema jurídico. Son exigencias necesarias para que el sistema jurídico exista y funcione de un modo tal que le permita proteger y realizar los valores sustantivos que contiene. Por ello, el fenómeno jurídico, más que ser concebido como un fenómeno dual que articula lo autoritativo y lo valorativo, con primacía de este último, debería ser visto como un fenómeno que contiene y articula tres dimensiones: la autoritativa, la valorativa y la institucional, y con primacía de esta última.

Nótese, además, que quién sea una autoridad y lo que se pueda hacer desde ese rol está determinado (desde la consolidación del Estado de Derecho) por las normas que definen el diseño institucional del Derecho. A su vez, lo que de las exigencias valorativas se pueda plasmar normativamente quedará confiado a los órganos y a los procedimientos previstos en las reglas institucionales. El sometimiento de la dimensión autoritativa y valorativa del Derecho a su dimensión institucional exige que, para concretar las finalidades que con dicho diseño se persigue, las consideraciones valorativas o el ejercicio del poder no se antepongan ni condicionen las reglas que definen tal diseño institucional, pues ellas determinan el límite del Derecho. Estas reglas concretan la institucionalización de la práctica jurídica, sometiendo a todo quien tenga poder para crear Derecho (un parlamento o un tribunal) a reglas que precisan el modo como se puede ejercer ese poder normativo. Estos son los límites institucionales del Derecho, hasta ahí llega su juego.

4. LA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DEL DERECHO Y EL POSITIVISMO JURÍDICO

La dimensión institucional del Derecho no es ajena al positivismo jurídico, por el contrario, a partir de una cierta etapa de esta concepción jurídica se puede considerar el objeto central en el planteamiento de sus principales representantes. En efecto, recuerda Bobbio que el positivismo jurídico puede ser considerado como la concepción del Derecho que acompaña el surgimiento de los Estados nacionales modernos en Europa y la monopolización por parte de éstos del Derecho, con la consiguiente disolución de la sociedad medieval (Bobbio, 1961a, p. 44). Al respecto, destaca Jori que esta nueva forma de organización política requería que el Derecho pueda ser visto como una guía del comportamiento, es decir, como un instrumento en manos de la autoridad del estado, y como una realidad y un dato objetivo, de modo que, una vez formada la voluntad de dicha autoridad pueda ser conocida y transmitida sin alteraciones a los ciudadanos y a los órganos que aplican tales normas (Jori, 1987, p. 10).

De ahí que el primer positivismo jurídico se corresponda con el denominado imperativismo, etapa en la que se concibe a la norma jurídica como un mandato, y reduce el Derecho al simple esquema de órdenes, una autoridad que las emite, otros quienes le obedecen, y las respectivas sanciones. Es un modelo ya superado en el plano teórico, lo que no equivale a decir que haya desaparecido de la cultura jurídica. Es más, destaca Jori, debe ser la actitud más difundida aún entre los juristas positivos (ibídem, p. 12).

Una crítica importante que determinó la superación del modelo imperativista provino de Kelsen, quien rechazó que la norma jurídica deba entenderse como una orden de una persona en concreto donde expresa su voluntad, sino que la caracterizó como un juicio hipotético de deber ser, una estructura o entidad impersonal. Esta nueva caracterización de la norma jurídica resultaba funcional al nuevo marco institucional en la que se desarrolla esta nueva etapa del positivismo jurídico. Ahora ya no está más el proceso de monopolización del Derecho por parte del Estado nacional, sino el modelo del Estado de Derecho, del poder sometido y regulado por normas, de normas emanadas por órganos legitimados y de una aplicación cierta de tales pautas a los casos concretos. La nueva teoría, por tanto, había de asegurar el funcionamiento de las instituciones del Estado de Derecho, basadas en la separación entre los poderes. Las normas generales y abstractas, producidas principalmente por el legislador debían ser objetivamente cognoscibles por parte de quienes las debían aplicar a los casos concretos. De ahí la necesidad de distinguir de modo cierto, tanto en un plano conceptual como fáctico, los momentos de creación y de aplicación de normas jurídicas (ibídem, p. 16). Curiosamente, Jori, a finales de la década de los años 80 del siglo pasado, ya empleaba el término «postpositivismo» para identificar este trascendente cambio en esta concepción jurídica determinado por el cambio en la caracterización de la norma jurídica (ibídem, p. 10).

Pero, sin duda, el caso más claro en cuanto a la centralidad de las reglas institucionales en la caracterización del fenómeno jurídico se encuentra en la teoría de H.L.A. Hart. En efecto, en su crítica a la teoría imperativista de Austin, por entonces dominante en el contexto inglés, advierte la insuficiencia de una idea del Derecho basado en las órdenes y sanciones emitidas por un soberano sobre quien recae un hábito general de obediencia, para dar cuenta de otro tipo de normas sumamente relevantes para el Derecho, que denomina genéricamente «normas secundarias». Aunque es una categoría amplia y confusa en el modo como la presenta, nos centraremos en aquellas reglas secundarias que se refieren a otras normas, remediando los problemas operativos que se generarían en una sociedad que solo contase con normas primarias de obligación. Son reglas que institucionalizan la práctica jurídica, pues no se ocupan de regular la conducta de las personas sino en introducir pautas que permiten que dicha regulación de las conductas sea posible, precisando, por ejemplo, quién y cómo puede ejercer dicha función normativa, cómo se cambian tales normas, o cómo se dirimen las diferencias en relación con lo que dichas normas establecen (Hart, 1961, p. 113-123). Es tal la relevancia de estas reglas en su caracterización del fenómeno jurídico que Hart define al Derecho como «la unión de reglas primarias y secundarias» (ibídem, p. 99).

De estas reglas secundarias, es particularmente relevante la regla de reconocimiento, por ser la que provee los criterios de identificación de normas jurídicas. Esta regla secundaria dota al sistema jurídico de unidad y distinción, definiendo sus límites, validando a las autoridades que actúan en el mismo, creando y aplicando sus normas. Su presencia permite establecer qué está dentro y qué fuera del sistema jurídico, y quiénes y cómo pueden producir resultados institucionales en el propio sistema (ibídem, p. 117-118).

Esta misma línea de pensamiento, orientada hacia la dimensión institucional del Derecho, se aprecia en la variación del positivismo jurídico de Uberto Scarpelli. En su caso, el positivismo jurídico presenta una clara heterodoxia, pues no lo entiende como una concepción definida por los valores de la ciencia y orientada hacia el conocimiento y la descripción del Derecho, sino como una concepción definida por los valores de la política y orientada hacia la defensa de un modo determinado de crear, identificar y aplicar las normas jurídicas. Su opción positivista es una toma de posición favorable al Derecho producido en un Estado de Derecho, democrático y constitucional, donde el poder está sometido a las reglas, por considerarlo el modelo más funcional para la autonomía de las personas ya que las normas pueden ser identificadas sin mediar juicios de valor. Y asume respecto de las normas así identificadas el punto de vista interno, la perspectiva de un participante comprometido con la legítima voluntad política que contienen dichas normas (Scarpelli, 1965).

En la versión inicial de su planteamiento su confianza recayó en el legislador democrático, como instancia legítima en torno a la cual construir la unidad y racionalidad del sistema. Sin embargo, la crisis de la ley le hizo trasladar dicha confianza hacia una corte constitucional que con base en los principios jurídicos pudiera recuperar la unidad y la racionalidad del sistema. Decía, entonces, seguir siendo un liberal, pero un poco

menos democrático, al confiar ahora en una aristocracia de jueces. Se declaró, además, como «un defensor del positivismo jurídico algo arrepentido» (Scarpelli, 1987b, p. 10).

No obstante, años después retomó su identidad positivista, pero confiando ahora en las normas de competencia y procedimentales, que dicen quién y cómo pueden producir válidamente normas jurídicas, es decir, en el diseño institucional cual fuera el órgano al que se confía la producción de normas. Se trata ahora de la defensa del nivel normativo (meta-reglas) que regula y ordena el ejercicio de los poderes normativos. Solo lo que filtre y valide dicha dimensión normativa pertenecerá al derecho positivo pues los «principios y valores metajurídicos se vuelven jurídicos cuando entran y según la manera como entran en el derecho mediante deliberaciones de órganos competentes en el ordenamiento» (Scarpelli, 1989, p. 475). Mientras el poder siga sometido a las reglas, procedimientos y competencias definidas institucionalmente por el Derecho se podía seguir considerando aún como un positivista. En sus términos, «un positivista jurídico ordinamental todavía puede llamarse a sí mismo *an apostle of made law*» (ídem).

5. REDEFINIENDO LAS TESIS DEL POSITIVISMO JURÍDICO EN TORNO A LA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DEL DERECHO

Con base en lo anteriormente presentado, creo que es posible una distinta caracterización de las tesis definitorias del positivismo jurídico en torno a la dimensión institucional de los sistemas jurídicos, que dote de relevancia la propuesta positivista incluso en el marco de los actuales estados constitucionales.

Empecemos por la tesis de las fuentes sociales del Derecho, que Atienza lee en un sentido mínimo, entendiendo que solo expresa que «el Derecho no es algo natural, sino una construcción humana, relativa a las sociedades y a la historia» (Atienza, 2017, p. 81), por lo que no cabe discutir sobre tamaña obviedad. Considero que es precisamente la obviedad que esta lectura de la tesis de las fuentes sociales del Derecho genera lo que determinaría que no fuera la mejor interpretación que pudiera dársele. Así leída sería algo más bien propio del sentido común que toda persona (no necesariamente jurista) tiene en una sociedad, y que le genera una competencia mínima para desenvolverse en ella.

Como destaca Jori, la identificación del Derecho es una actividad que precede a la intervención de los juristas, y queda a cargo de las personas en general sin que para ello empleen algún criterio técnico. El Derecho, recuerda Jori, no es algo que concierna solo a juristas o a jueces, sino que la gente sabe identificar el Derecho vigente en su sociedad solo con base en el sentido común, y el resultado es el mismo para juristas y no juristas. Ello pues el Derecho es una práctica colectiva, siendo el Derecho vigente aquello que todos en dicha práctica piensan que es (Jori, 2010, p. 20). Este sentido común permite a las personas identificar lo que es Derecho en general (cuál es el ámbito de lo jurídico) e identificar cuál es el Derecho vigente en la sociedad donde participa

(que, en contextos de normalidad política es una tarea sencilla, mientras haya un solo Derecho en circulación).

En esta línea, la tesis definitoria de una concepción jurídica no podría ser una que identifique al Derecho, pues los juristas intervienen cuando este ya ha sido identificado. Los juristas, más bien, intervienen tras dicho momento de identificación y lo hacen a través de un trabajo técnico que consiste en determinar de manera precisa el modo como se producen las normas de tal Derecho vigente y cuáles son sus límites, es decir, detallando cuáles son las fuentes en que se manifiestan y concretan sus normas.

Considero que este último es el sentido en el que debe ser entendida la tesis de las fuentes sociales del Derecho en tanto tesis definitoria del positivismo jurídico, es decir, como una que caracterice a la práctica jurídica en torno a los criterios compartidos para identificar lo que se tendrá como norma válida en el ámbito del Derecho vigente. Es, además, el modo como la entiende Hart, para quien esta tesis expresa que «para que el Derecho exista debe haber alguna forma de práctica social que incluya a los jueces y a los ciudadanos ordinarios, y esa práctica social determina lo que en cualquier sistema jurídico dado son las fuentes últimas del Derecho o criterios últimos de validez jurídica» (Hart, 1980, p. 5). Desde esta caracterización, el Derecho consiste en una práctica social basada en normas que están, a su vez, sometidas a normas, que regulan su producción, modificación, extinción, o cualquier otra incidencia que determine si puede o no ser usada como norma jurídica válida. La caracterización hartiana de la tesis de las fuentes sociales del Derecho alude a las reglas secundarias, es decir, las meta-reglas que en un sistema jurídico definen su institucionalidad.

Si, además, la enfocamos desde el punto de vista interno, en línea scarpelliana, tendremos que se trata de una tesis normativa, por la cual el jurista toma una posición favorable a un Derecho cuyas formas de producción, modificación o extinción de sus normas están expresamente señaladas, pues ello permite una identificación clara y objetiva de lo que se tenga o no por norma jurídica, permitiendo de ese modo un mejor control del poder conferido para dar y usar tales normas y, a las personas, les confiere el mayor grado de autonomía posible para sus actuaciones. En otras palabras, con esta tesis el positivismo jurídico promueve la institucionalización de la práctica jurídica, sometiendo a todo quien tenga poder para dar normas (un parlamento, una corte, la sociedad, etc.) a reglas que precisan el modo como se puede ejercer ese poder.

No cabe duda de que el constitucionalismo ha supuesto una transformación en el nivel de las fuentes del Derecho que ahora incluye, y de una forma destacada, fuentes que antes estaban relegadas o de las que incluso se discutía si podían ser consideradas como tales. Esto implica que la regla de reconocimiento en el constitucionalismo se ha transformado y extendido a la etapa de aplicación de las normas jurídicas, donde se crean nuevas normas en el sistema. En este escenario la teoría de la argumentación jurídica supondría el esfuerzo por reglar el ejercicio del poder normativo a propósito del uso de normas mediante el método jurídico. Institucionalizar los esquemas argumentativos por los que se justifica, por ejemplo, la ponderación o la derrotabilidad de

las reglas, no es sino hacer de estos procedimientos algo cierto y previsible, es someter el poder de quien los lleva a cabo a pautas ciertas y controlables, que se corresponde con el ideal que siempre persiguió el positivismo para evitar el ejercicio arbitrario del poder. Se podría decir que la argumentación jurídica realiza de este modo el ideal del Estado de Derecho, extendiendo al ámbito de la aplicación del Derecho su postulado de someter a reglas el ejercicio de un poder.

En cuanto a la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral, esta implica un compromiso, sustentado por razones morales, de respetar los límites y mecanismos de funcionamiento de la práctica jurídica determinados por sus propias normas institucionales, sin que quepa derrotar tales estructuras precisamente por razones morales. Supone, entonces, conciliar una actitud expresada en una definición formalmente neutral y no valorativa del Derecho con el compromiso político sustentado por valores morales e ideológicos exigidos por la función pragmática de esta definición.

En términos de Scarpelli,

es la moral la que separa el derecho de la moral, es la moral a nivel de una elección general la que separa el derecho, la ciencia y la práctica del derecho, de la moral a nivel de las elecciones particulares frente a los contenidos del derecho. La definición del concepto del derecho propia del positivismo jurídico posee una función pragmática, un alcance en materia de orientación, que corresponde a la elección general del positivismo jurídico, mientras que su aspecto neutral, la formulación en términos no valorativos, corresponde a la orientación y al objeto de la elección: el derecho, identificado a través de sus características formales, cualesquiera que sean o puedan ser sus contenidos [Scarpelli, 1965, p. 214].

El sometimiento de la dimensión autoritativa y valorativa del Derecho a su dimensión institucional exige que, para concretar las finalidades que con dicho diseño se persigue (y que se considera moralmente justificado), las consideraciones valorativas no se antepongan ni condicionen las reglas que define tal diseño institucional, pues ellas determinan el límite del Derecho. En otros términos, implica que la regla de reconocimiento no sea derrotable por razones morales.

Así, referidas a la dimensión institucional del Derecho, y leídas en clave normativa, las tesis definitorias del positivismo jurídico tendrían la siguiente formulación:

- La tesis de las fuentes sociales del Derecho señala que los sistemas jurídicos deben ser asumidos como realidades históricas, cuyo contenido debe ser establecido y modificado por actos humanos, e identificados mediante normas y procedimientos expresados en su regla de reconocimiento, que definen de manera cierta quién, cómo y con qué límites, pueden ejercer un poder normativo.
- La tesis de la separación entre el derecho y la moral expresa un compromiso según el cual, si el diseño institucional del Derecho está moralmente justificado, los límites impuestos al ejercicio de los poderes jurídicos definidos por

tales reglas institucionales no pueden ser alterados ni desbordados por razones morales.

Coincido con Atienza en que hay actitudes que es necesario superar para enfrentar con éxito los desafíos que plantea el constitucionalismo. Sin embargo, discrepo en reducir el alcance del positivismo jurídico a tales actitudes y que su superación resulta una exigencia necesaria e inevitable para realizar los objetivos de dicho modelo. Considero que hay mucho más en el positivismo jurídico de lo que consta en la caracterización que presenta Atienza, y que si hacemos caso a su llamado a la superación de tal concepción jurídica corremos el riesgo de perder contenidos relevantes y necesarios en relación con la propia identidad del Derecho y con el funcionamiento de los sistemas jurídicos. Puede ser que lo presentado no sea el sentido en el que esta concepción haya sido entendida en la cultura jurídica del mundo latino, que es en la que se enfoca Atienza. De ser así, a la par que habría que promover la superación de una actitud que reduzca el Derecho a un fenómeno de autoridad, habría que promover una lectura del positivismo jurídico que ponga de relieve la importancia de la institucionalidad de los sistemas jurídicos, y la necesidad de que quienes ejercen un poder normativo, cual fuera la naturaleza del órgano de que se trate, lo ejerzan de un modo reglado y controlado. Esta exigencia, históricamente asociada con el positivismo jurídico, tiene una indudable presencia y relevancia en la teoría de la argumentación jurídica.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, M. (2017). «Ni positivismo jurídico, ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista». *CAP Jurídica. Revista de la Academia del Colegio de Abogados de Pichincha*, (Vol. 2, num. 3), 59-101. <https://doi.org/10.29166/cap.v2i3.1945>
- ATIENZA, M. (2021). *Escritos polémicos. Diálogos sobre Derecho, argumentación y democracia*. Palestra, Lima.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (2007). «Dejemos atrás el positivismo jurídico». *Isonomía* (27), 7-28.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (2009) *Para una teoría postpositivista del Derecho*. Palestra, Lima.
- BOBBIO, N. (1961). «Sul positivismo giuridico». *Rivista di Filosofia* (LII), 14-34. Citado por la traducción castellana de Garzón, E. (1991). *El problema del positivismo jurídico*. Fontamara, México.
- BOBBIO, N. (1961a). *Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. Nello Morra*. Citado por la traducción castellana de De Asis, R. y Greppi A. (1993). *El positivismo jurídico*. Debate, Madrid.
- HART, H. (1961). *The Concept of Law*. Clarendon Press, Oxford. Citado por la traducción castellana de Carrió, G. (1998). *El Concepto de Derecho*. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- HART, H. (1980). «El nuevo desafío al positivismo jurídico». *Sistema* (36), 3-18.
- JORI, M. (1987). *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*. Guffrè, Milán.

- JORI, M. (2010). *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*. Firenze. Pisa.
- SCARPELLI, U. (1965). «Cos'è il positivismo giuridico» Comunità, Milán. Citado por la traducción castellana de la segunda edición italiana a cargo de Rentería, A. (2001), «¿Qué es el positivismo jurídico?» Cajica, Puebla.
- SCARPELLI, U. (1987). «Dalla legge al codice, dal codice ai principi». *Rivista di filosofia*, p. 3-15.
- SCARPELLI, U. (1989). «Il positivismo giuridico rivisitato». *Rivista di Filosofia*. (LXXX) 461-475.

