

Por:

Serviliano Abache Carvajal*

EL PARADIGMA POSITIVISTA, EL GIRO POSTPOSITIVISTA Y EL AUGE ACTUAL DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Resumen

En el presente trabajo se repasan las ideas principales de los paradigmas positivista, postpositivista y el auge actual de la teoría de la argumentación jurídica, a partir, principalmente, del pensamiento de Josep AGUILÓ REGLA.

Palabras clave: positivismo, postpositivismo, argumentación jurídica.

Abstract

In this paper the positivism and postpositivism paradigms are reviewed, as well as the actual importance of legal reasoning theory, mainly from Josep AGUILÓ REGLA 'S position.

Keywords: positivism, postpositivism, legal reasoning.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. LOS PARADIGMAS POSITIVISTA Y POSTPOSITIVISTA. 1. El paradigma positivista. 2. El paradigma postpositivista. III. LA DISTINCIÓN (QUIZÁ, PRINCIPAL) DE LOS PARADIGMAS POSITIVISTA Y POSTPOSITIVISTA: UNA CUESTIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL. 1. Reglas y principios. 2. Consistencia y coherencia. 3. Derechos y deberes. 4. Subsunción y ponderación. 5. Creación y aplicación. 6. Racionalidad formal y material. 7. Lagunas y casos difíciles. 8. Lenguaje descriptivo y prescriptivo. 9. Estática y dinámica. 10. Transmisión de normas y desarrollo de habilidades. IV. LA CONEXIÓN ENTRE EL PARADIGMA POSITIVISTA, EL GIRO POSTPOSITIVISTA Y EL AUGE ACTUAL DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. V. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente estudio me ocuparé, de manera nocional y descriptiva, del paradigma positivista, el giro postpositivista y el auge actual de la argumentación jurídica, siguiendo, principalmente, las ideas expuestas sobre estas cuestiones por Josep AGUILÓ

*

Abogado mención Magna Cum Laude, Universidad Central de Venezuela. Máster en Argumentación Jurídica mención Sobresaliente (máxima calificación), Universidad de Alicante, España. Profesor de Argumentación Jurídica, Universidad Católica Andrés Bello. Ganador del "Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales", período 2012-2013. Coordinador de la Sección Venezolana del Observatorio Doxa de Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante, España, dirigido por el Prof. Manuel Atienza.

REGLA¹. A este fin, abordaré en primer lugar algunas nociones básicas de los paradigmas positivista y postpositivista. Luego me encargaré de la distinta evaluación de las reglas y principios jurídicos en ambos paradigmas, con la finalidad de diferenciarlos —fundamentalmente— a partir de los tratamientos que dan a esos tipos de normas, así como comentar otros criterios que sirven para distinguirlos. Expuesto lo anterior, me centraré en la conexión entre los paradigmas positivista y postpositivista y la argumentación jurídica, para cerrar con una breve reflexión sobre lo disertado.

II. LOS PARADIGMAS POSITIVISTA Y POSTPOSITIVISTA

1. El paradigma positivista

Es mucho lo que se puede decir del paradigma positivista, así como de las distintas concepciones que a lo largo del tiempo se han desarrollado del mismo. No obstante lo anterior, sólo trazaré la idea básica de esta corriente del pensamiento jurídico, a fin de hacer una breve caracterización de la misma que reportará utilidad más adelante en el estudio, aun cuando —realmente— me enfocaré en la tesis conceptual o metodológica del positivismo, habida cuenta que, como se verá, pareciera seguro afirmar que el punto de inflexión entre este paradigma y el giro postpositivista se ubica en la cuestión valorativa de la moral y la justicia.

Así, para el positivismo jurídico —en los términos estipulados— es posible identificar un sistema jurídico, tildar una realidad de jurídica, sin acudir a criterios morales o de justicia². Bajo ese enfoque, se da una separación clara entre Derecho y moral: una cosa es el Derecho, una descripción del fenómeno jurídico como conjunto de normas o enunciados (lo que es) y otra, muy distinta, su moralidad o justicia (lo que debería ser). En efecto, el test o juicio de juridicidad de las normas está estrictamente vinculado con su validez (entendida como «regularidad»³), razón por la cual es posible concebir y hablar, desde este punto de vista, de un Derecho inmorale o de un Derecho sin justificación moral.

2. El paradigma postpositivista

En lo que al paradigma postpositivista toca (también llamado constitucionalista⁴), si bien han sido consideradas bastante eclécticas tanto sus bases filosóficas, cuanto la posición que asume frente a la teoría general del Derecho⁵, en la medida que las

¹ Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep. *Sobre Derecho y argumentación*, Leonard Muntaner Ed., Palma de Mallorca, 2008, pp. 11-28. Para una versión resumida del Capítulo I del indicado libro, véase AGUILÓ REGLA, Josep. «Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras», en DOXA. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 30, Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, Alicante, 2007, pp. 665-675.

² Cfr. ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *El sentido del Derecho*, Ariel, 1ª edición, 6ª reimpresión, Barcelona, 2010, p. 93.

³ Esto es, normas: (i) dictadas por el órgano competente, (ii) siguiendo el procedimiento establecido y (iii) en armonía con las normas jerárquicamente superiores.

⁴ Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, 2008, pp. 16 y ss.

⁵ Cfr. ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, 2010, p. 309.

primeras (sus bases filosóficas) muestran una clara influencia de la filosofía analítica, de la filosofía hermenéutica y de la teoría del discurso habermasiana; mientras que la segunda (su posición de cara a la teoría del Derecho), resulta ser en alguna medida una combinación de las corrientes del realismo, del positivismo y del propio iusnaturalismo; no es menos cierto que, desde un enfoque político, se refiere a una concepción que pretende fundamentar y estar al servicio del Derecho del Estado constitucional⁶.

En este sentido, el Estado constitucional, Estado constitucional de Derecho o Estado de Derecho en sentido fortísimo⁷, ha sido considerado el producto del proceso histórico de constitucionalización del orden jurídico⁸, cuyos factores principales podrían enumerarse —como lo hace AGUILÓ REGLA⁹ siguiendo a GUASTINI¹⁰— de la siguiente manera:

1. Rigidez constitucional, entendida como imposibilidad o dificultad para modificar la Constitución.
2. Supremacía de la Constitución por encima de la ley, así como reserva constitucional, que impediría la derogación o modificación de ciertas materias por vía legal, pudiendo hacerse sólo por vía constitucional.
3. Fuerza vinculante de la Constitución y, con ella, desaparición de las normas programáticas.
4. Desplazamiento de la interpretación literal a favor de la interpretación extensiva de la Constitución.
5. Aplicación directa de las normas de la Constitución, tanto en las relaciones de Derecho público cuanto en las de Derecho privado.
6. Establecimiento del criterio de interpretación de la ley de conformidad con la Constitución.
7. La significativa influencia constitucional en el debate y proceso políticos.

III. LA DISTINCIÓN (QUIZÁ, PRINCIPAL) DE LOS PARADIGMAS POSITIVISTA Y POSTPOSITIVISTA: UNA CUESTIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

En esta parte del trabajo, me ocuparé de la distinción entre los paradigmas positivista y postpositivista, a partir —principalmente— del esquema que propone

⁶ Cfr. ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, 2010, p. 309.

⁷ En contraposición a los sentidos débil (o etimológico de la expresión alemana *Rechtsstaat*) y fuerte (referido al Estado de Derecho legislativo) que explica BARBERIS, Mauro. *Ética para juristas*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, pp. 150 y ss.

⁸ Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, 2008, p. 12.

⁹ Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, 2008, pp. 12 y ss.

¹⁰ Cfr. GUASTINI, Riccardo. *Lezione di teoria del diritto e dello Stato*, G. Giappichelli editoriale, Turín, 2006, pp. 239 y ss., citado en AGUILÓ REGLA, Josep, 2008, p. 12.

AGUILÓ REGLA y de los desarrollos de éste y de Atienza, sobre los criterios que utilizan para caracterizar los rasgos fundamentales de dichos paradigmas, diferenciándolos —simultáneamente— con base en ellos.

1. Reglas y principios¹¹

Es ya un lugar común afirmar que el sistema jurídico está compuesto de reglas y principios, ambos dirigidos —en tanto enunciados— a guiar la conducta humana¹². En efecto, las reglas (o mandatos definitivos, en la denominación de ALEXY¹³), que representan la tipología única de normas del paradigma positivista, son las generalmente explicadas como de aplicación de tipo «todo o nada», «cerrada» o «excluyente», mientras que los principios (o mandatos de optimización, también en la denominación de ALEXY¹⁴), cuya aplicación se realiza en la «mayor medida posible», de manera «abierta» o «no excluyente» (débil), integrarían junto a las reglas —a su vez dotándolas de sentido¹⁵— la tipología normativa del paradigma postpositivista o constitucionalista, enfatizándose —como explica ATIENZA¹⁶— la importancia de los principios para entender a cabalidad la estructura y el funcionamiento mismo del sistema jurídico.

2. Consistencia y coherencia

En el paradigma positivista se entiende que las relaciones entre las normas son de naturaleza lógica, de «consistencia normativa», que supone la aplicación y cumplimiento simultáneo de varias normas¹⁷; de ahí que se hable, cuando éstas fallan, de los «defectos lógicos de los sistemas jurídicos»¹⁸. Por un lado, los conflictos lógicos se refieren a los resultados incompatibles que se producen en la aplicación de normas (reglas) a un mismo supuesto de hecho, generándose una situación de contradicción o antinomia, que puede ser de distintos tipos¹⁹, solucionables, en principio, por medio de la «exclusión»²⁰ de una

¹¹ Sobre la distinción entre reglas y principios, véase ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 81 y ss. Igualmente, sobre las reglas y principios, y, en general, sobre la teoría de los enunciados jurídicos, véase ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

¹² Contraste normativo que, como es sabido, se dio a propósito del debate entre Herbert L. A. HART y Ronald DWORKIN. Sobre esta distinción, así como en relación a esa conocida contienda, en la dogmática venezolana véase ARIAS CASTILLO, Tomás Aníbal. «El último argumento de Ronald Dworkin en su disputa con H. L. A. Hart» en *Revista de Derecho*, n.º 24, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2007; y en la dogmática comparada, véase BULLOCH, Penélope y RAZ, Joseph (Ed.). *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, 1ª edición, 6ª reimpresión, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2008.

¹³ Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 349 y 350.

¹⁴ Cfr. ALEXY, Robert, 2007, p. 350.

¹⁵ Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, 2008, pp. 17 y 18.

¹⁶ Cfr. ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, 2010, p. 309.

¹⁷ Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, 2008, p. 18.

¹⁸ Cfr. NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1983, pp. 272 y ss.

¹⁹ Cfr. NINO, Carlos Santiago, 1983, pp. 274 y 275, apoyándose en las ideas de Alf ROSS, en la clasificación que hace de las inconsistencias tipo «total-total», «total-parcial» y «parcial-parcial».

²⁰ Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, 2008, p. 18.

de las normas a través de los criterios *lex superior*, *lex specialis* y *lex posterior*; y por otro lado, están los problemas de las lagunas normativas, que se presentan cuando una determinada situación de hecho no está regulada por norma (regla) alguna²¹.

Por su parte, en el paradigma postpositivista o constitucionalista las relaciones normativas exceden del campo de la lógica, pasando de la «consistencia normativa» a la «coherencia valorativa», para la cual es necesario que las normas «[p]resenten una unidad de sentido y/o de propósitos prácticos»²². Por su parte, los problemas de incoherencia valorativa, esto es, de ausencia de unidad, no se resuelven como en el caso del positivismo mediante la «exclusión» de la norma incoherente, sino a través del «juicio de ponderación»²³ de los principios aplicables a la situación concreta.

3. *Derechos y deberes*

La concepción de los derechos, en el paradigma positivista, es una de tipo «correlativo»: los derechos de un sujeto suponen los deberes de otro sujeto. Por su parte, para el paradigma constitucionalista los derechos suponen deberes, pero desde un sentido meramente regulativo, esto es, en tanto guía de conducta; por lo que si se observa la cuestión desde un sentido valorativo, esa correlación se pierde: el hecho de que alguien tenga un deber, porque otro tiene un derecho, no equivale a afirmar que alguien tiene un derecho, porque otro sujeto tiene un deber. A otro decir, la titularidad de los derechos justifica la imposición de los deberes, pero no a la inversa²⁴.

4. *Subsunición y ponderación*

El razonamiento jurídico del paradigma positivista, corresponde al de la técnica de la «subsunición» en las reglas. En efecto, se subsume una situación concreta dentro de una norma (regla) genérica, en cuya realización pueden surgir inconvenientes o desajustes, tanto de la situación concreta (calificación fáctica), como de la regla genérica (interpretación normativa), siendo ambos desajustes esencialmente semánticos²⁵.

En cambio, el paradigma constitucionalista no sólo se rige por un razonamiento jurídico de tipo subsuntivo, en la medida que el sistema jurídico está compuesto tanto por reglas cuanto principios y, así, también tiene cabida la técnica de la «ponderación»,

²¹ A las contradicciones y lagunas normativas, se les suman las «redundancias normativas». Al respecto, véase NINO, Carlos Santiago, 1983, pp. 279 y 280.

²² AGUILÓ REGLA, Josep, 2008, p. 18.

²³ Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, 2008, p. 19.

²⁴ Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, 2008, p. 19.

²⁵ Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, 2008, pp. 19 y 20.

adquiriendo la dimensión valorativa del Derecho —bajo esta corriente— considerable importancia^{26 27}.

5. Creación y aplicación

La creación y aplicación normativa son, para el paradigma positivista, momentos claramente diferenciables del Derecho. Explica AGUILÓ REGLA²⁸ que la creación normativa es una actividad fundamentalmente «política» y «moral», y que representa un «acto de voluntad»²⁹; mientras que la aplicación normativa es una actividad de naturaleza y carácter «técnico» y «jurídico», no siendo —en su opinión— una cuestión de voluntad, sino un «acto de conocimiento»³⁰.

²⁶ Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, 2008, p. 20.

²⁷ Importantes son los comentarios críticos que recientemente ha efectuado GUASTINI sobre la subsunción y la ponderación, en torno a las reglas y principios. Al respecto, véase GUASTINI, Riccardo. «A propósito del neoconstitucionalismo», trad. Renzo Cavani, *Gaceta Constitucional*, n° 67, Lima, 2013, pp. 231-240.

²⁸ Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, 2008, 21.

²⁹ También se ha precisado, de manera algo distinta a lo expuesta por AGUILÓ REGLA, que el momento o campo de la creación (producción) del Derecho, puede a su vez distinguirse en las fases: (i) prelegislativa, en la cual los argumentos tendrían un carácter «político» y «moral», y (ii) legislativa, en la cual se abordarían las cuestiones de tipo «técnico-jurídico». Cfr. ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 2003, pp. 1 y 2.

³⁰ Debe tenerse presente que —en un sentido estricto— se han diferenciado la interpretación y la aplicación del Derecho, en la medida que la primera responde a un acto de conocimiento, consistente en la identificación o desentrañamiento por parte del intérprete de las distintas opciones presentes en la norma bajo análisis, teniendo en cuenta, claro está, que dicho acto pudiese a su vez comprender aspectos voluntarios al excluir posibilidades interpretativas del marco normativo objeto de la descripción; mientras que la segunda (la aplicación) constituye plenamente un acto de voluntad, dirigido a escoger —entre las distintas opciones brindadas por la norma— la que más se apege o ajuste al entender de su aplicador, por la cual, en definitiva, se decantará. Igualmente, si bien es cierto que es posible la realización aislada de un acto interpretativo sin faz aplicativa (e. g. por el teórico del Derecho), no es menos cierto que toda labor de aplicación debe suponer un acto previo de interpretación. En esta línea, resulta importante una reflexión que hace María Luisa TOSTA, en relación a la naturaleza de la aplicación del Derecho y, específicamente, sobre los actos de voluntad que ella implica: «Ya se ha señalado que el acto de voluntad tiene que ser guiado por algo; ese algo no es una deducción matemática, ni resulta, por ejemplo, de la aplicación del principio de tercero excluido. Ese algo depende de las creencias políticas, de las convicciones morales, de las ideas sobre lo que es justo o equitativo. Siendo así las cosas, ¿puede decirse que se trata de un proceso racional, objetivo? ¿Se desarrolla por procedimientos que conciernen a la razón? ¿Es algo válido para todos, con independencia del sujeto que actúa? Parece que no». TOSTA, María Luisa. *Lo racional y lo irracional en el Derecho*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2009, p. 91. La cuestión, como es sabido, alcanza niveles de mayor complejidad cuando no se está frente a un caso claro, en los cuales las circunstancias fácticas encuadran claramente en el supuesto de hecho de la regla, sino más bien ante uno ubicado en la zona de penumbra, en la cual no se tiene certeza sobre la inclusión o exclusión del caso en las palabras de la ley, en su supuesto fáctico. En estos últimos casos, el intérprete se ve obligado a decidir si los hechos en cuestión encuadran o no en la regla, para lo cual deberá adjudicarle un sentido a la misma que hasta ese momento no tenía —dada la textura abierta de la propia regla— bajo su responsabilidad, poniéndose así de relieve, aun más, su inevitable subjetividad. Cfr. CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 5ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, pp. 56, 57 y 72. En definitiva, se ha precisado que la interpretación jurídica consiste en: (i) descubrir el sentido de la norma, esto es, desentrañar la opción u opciones presentes en la norma bajo examen, de acuerdo a la tesis formalista; (ii) adjudicar sentido a la norma, que consiste en decidir si los hechos en cuestión encuadran o no en la misma, para la tesis realista; y (iii) descubrir el sentido de la norma en los casos fáciles y adjudicarle sentido a la norma en los casos

Para el paradigma postpositivista, la separación apuntada entre el razonamiento moral y político, por un lado, y el técnico y jurídico, por el otro, no es categórica. Más bien, el razonamiento moral y político del legislador se juridifica, en la medida que la ley es un desarrollo de la Constitución, así como el razonamiento jurídico se politiza, en tanto se impregna de los valores constitucionales (principios y derechos)³¹, esto es, se produce una «[i]ntegración entre las diversas esferas de la razón práctica: el Derecho, la moral y la política»³².

6. Racionalidad formal y material

En sintonía con el punto anterior, teniendo en cuenta que en el paradigma positivista el Derecho es creado (y es posteriormente aplicado), el fenómeno jurídico se identifica por la «forma» de esa creación, su «fuente», es ésta la que determina su juridicidad, de allí que esté condicionada su validez a una «racionalidad formal»³³: (i) el dictado por el órgano competente, (ii) siguiendo el procedimiento legalmente establecido y (iii) respetando las normas superiores constitucionales³⁴.

Por su parte, el paradigma postpositivista reconoce —pero no se limita a— las fuentes del Derecho, la cuestión formal. En este sentido, se ocupa también de criterios materiales de validez («racionalidad material»)³⁵, como es el caso de las llamadas «normas necesarias», esto es, aquéllas cuya derogación conllevaría al cambio del sistema jurídico mismo, sobre las cuales recae una validez material por su coherencia valorativa (ver punto 2, anterior), de lo que se desprende que —según este paradigma— sería posible que una norma fuese formalmente válida (por su origen), pero materialmente inválida (por su incoherencia valorativa)³⁶.

difíciles, según la tesis intermedia. Cfr. ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, 2010, pp. 270 y 271. Sobre la relación «lenguaje-interpretación», véase NINO, Carlos Santiago, 1983, pp. 245-272; y CARRIÓ, Genaro, 2006, pp. 17-89. Por su parte, sobre la relación «vaguedad del lenguaje-interpretación», véase ENDICOTT, Timothy A. O. *La vaguedad en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 237-270; y, puntualmente sobre la «textura abierta del Derecho», véase HART, Herbert L. A. *The Concept of Law*, Oxford University Press-Clarendon Law Series, 2ª edición, Oxford, 1994, pp. 124-136. En general, sobre la cuestión de la interpretación jurídica, con especial énfasis en la subjetividad inherente a la aplicación del Derecho, véase TOSTA, María Luisa, 2009, pp. 84, 85, 89-93, 199-201 y 214-216. También, sobre el tema «interpretación y objetividad», véase DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*, 9ª impresión, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts y Londres, 2000, pp. 167-177.

³¹ Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, 2008, p. 21.

³² ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, 2010, p. 310.

³³ Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, 2008, p. 22.

³⁴ En los términos expuestos con ocasión al juicio de juridicidad de las normas, en el paradigma positivista, que se encuentra vinculado con la «validez» (regularidad) de las mismas, en el sentido precisado en la nota al pie nº 3.

³⁵ Como lo explica ATIENZA, el paradigma constitucionalista supone: «[e]ntender la validez en términos sustantivos y no meramente formales (para ser válida, una norma debe respetar los principios y derechos establecidos en la constitución)». ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, 2010, p. 310.

³⁶ Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, 2008, p. 22.

7. *Lagunas y casos difíciles*

Ya se introdujo la noción de laguna, en el seno del paradigma positivista, al tratarse la cuestión de los defectos lógicos de los sistemas jurídicos. Como fue expuesto, las lagunas «normativas»³⁷ consisten en la no regulación de un supuesto fáctico, por parte de alguna norma integrante del sistema jurídico, calificando, así, como un «caso no regulado». Estos casos no regulados o supuestos fácticos carentes de solución normativa, son remediados con diversos recursos (analogía, principios generales del Derecho, etc.)³⁸, dependiendo de la situación concreta.

Frente a la distinción caso regulado vs caso no regulado del paradigma positivista, se erige la de «casos fáciles» vs. «casos difíciles» del postpositivismo. Se entiende por casos fáciles³⁹, aquéllos en los que tiene lugar la aplicación de una regla del sistema jurídico y la misma genera una solución «consistente» (lógicamente justificada frente a las demás reglas) y «coherente» (valorativamente justificada frente a los demás principios). Y por casos difíciles⁴⁰, tenemos aquéllos cuya solución no viene dada directamente de la aplicación de una regla jurídica del sistema, sino que hay que acudir a una labor deliberativa y justificativa de ponderación.

8. *Lenguaje descriptivo y prescriptivo*

La distinción entre lenguaje descriptivo y prescriptivo se hace patente en el paradigma positivista. Una cosa es el lenguaje del Derecho⁴¹, de las normas que lo integran (prescriptivo) y otra es el lenguaje de la llamada «ciencia jurídica»⁴², que funge a título de metalenguaje⁴³ (descriptivo) del Derecho, del fenómeno normativo⁴⁴. La distinción apuntada se debilita en el marco del postpositivismo, cuestión que paralelamente se traduce, según ATIENZA, en la «[r]eivindicación del carácter práctico de la teoría y de la

³⁷ Por oposición a las lagunas «axiológicas», en las cuales —al plantearse una solución en el orden jurídico— no existe laguna normativa alguna, siendo lo que ocurre que tal solución resulta inadecuada «[p]orque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debía haber tomado en cuenta». ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 4ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 154.

³⁸ Al respecto, véase NINO, Carlos Santiago, 1983, pp. 281 y ss.

³⁹ Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, 2008, p. 23.

⁴⁰ Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, 2008, pp. 23 y 24.

⁴¹ Para una breve reflexión sobre el tema, véase ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «El Derecho como lenguaje (o el lenguaje del Derecho)» en *Ámbito Jurídico*, Año XI - nº 144, junio, Legislación Económica, C. A., Caracas, 2010.

⁴² Para un desarrollo de la caracterización científica del Derecho, véase ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, 2010, pp. 225 y ss.

⁴³ Entendiendo por «metalenguaje» aquél en el que se habla, en el que se comenta otro lenguaje, siendo este otro lenguaje, sobre el cual se habla y comenta, el denominado «lenguaje objeto». Sobre el metalenguaje y su distinción con el lenguaje objeto, véase ACERO, Juan *et al.* *Introducción a la filosofía del lenguaje*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1982, pp. 30 y 31.

⁴⁴ Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, 2008, p. 24.

ciencia del Derecho que no pueden reducirse ya a discursos meramente descriptivos»⁴⁵, en tanto que el jurista ya no se limita a observar desde afuera el fenómeno jurídico, sino que participa en la práctica social que éste supone, colaborando con sus acciones en su formación⁴⁶.

9. *Estática y dinámica*

En el paradigma positivista se concibe el Derecho como una estructura, un conjunto de enunciados (normas) que pueden describirse, sin tenerse que valorar su contenido, esto es, «[e]l Derecho se objetiva en normas y en actos (o procedimientos)»⁴⁷, en fin, una «realidad estática». Mientras que para el paradigma postpositivista o constitucionalista, esa concepción es desbordada e integrada por su «práctica social», que necesariamente debe atender a cuestiones valorativas de sus participantes, de los sujetos que lo utilizan⁴⁸, esto es, se ve al Derecho como una «realidad dinámica», en los términos que también ATIENZA lo ha entendido: «[l]a idea de que el Derecho es una realidad dinámica y que consiste no tanto —o no sólo— en una serie de normas o de enunciados de diversos tipos, cuanto —o también— en una práctica social compleja, que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etc.»⁴⁹.

10. *Transmisión de normas y desarrollo de habilidades*

En la medida que el Derecho se presenta como un conjunto de normas (reglas) para el paradigma positivista, su conocimiento y transmisión consiste —fundamentalmente— en saber cuáles son las reglas jurídicas que lo componen, que lo integran. Por su parte, y teniendo en cuenta que para el paradigma postpositivista el Derecho no es sólo el fenómeno jurídico descriptivamente hablando, pues entonces su manejo no se circunscribe al conocimiento de los enunciados que lo integran, sino que amerita —necesariamente— el desarrollo de habilidades prácticas, dirigidas a resolver problemas jurídicos teóricos y prácticos⁵⁰.

IV. *LA CONEXIÓN ENTRE EL PARADIGMA POSITIVISTA, EL GIRO POSTPOSITIVISTA Y EL AUGE ACTUAL DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA*

Como lo indiqué en la introducción del trabajo, luego de pasearme por unas nociones básicas de los paradigmas positivista y postpositivista, así como de su distinción a partir del tratamiento que cada uno hace de las reglas y principios jurídicos, y

⁴⁵ ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, 2010, p. 309.

⁴⁶ Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, 2008, pp. 24 y 25.

⁴⁷ AGUILÓ REGLA, Josep, 2008, p. 25.

⁴⁸ AGUILÓ REGLA, Josep, 2008, p. 25.

⁴⁹ ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, 2010, p. 309.

⁵⁰ Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, 2008, pp. 26 y 27.

otras cuestiones, me centraría en la conexión entre estos paradigmas y el auge de la argumentación jurídica. Pues bien, ya llegamos a ese punto. Y al haber llegado al mismo, antes de abordarlo, es menester indicar que si bien es éste el factor que abordaremos en el marco de la explicación del auge de la argumentación, no es el único que ha dado pie a este fenómeno⁵¹.

Si bien la cuestión de la motivación (justificación) de las sentencias, la argumentación de las decisiones judiciales, es considerada una institución de reciente data⁵², no es menos cierto que el paso del Estado legislativo al Estado Constitucional de Derecho afianzó tal práctica, incrementó la necesidad de la labor justificativa de las decisiones, entendiendo por Estado constitucional el que tiene, más allá de una Constitución formalmente hablando: (i) una separación y distribución formal del poder entre los órganos estatales, (ii) una regulación expresa de ciertos derechos fundamentales que limitan los momentos básicos del Derecho (producción, interpretación y aplicación), y (iii) recursos establecidos para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes; datos todos que, por un lado, limitan el ejercicio de los poderes estatales, requiriendo de todos sus órganos una «mayor justificación» de sus actuaciones⁵³, y por el otro, suponen el sometimiento pleno del poder al Derecho, también traduciéndose esto en un incremento —cuantitativo y cualitativo— de la tarea argumentativa (justificativa) de las decisiones⁵⁴.

Y es precisamente esa mayor justificación de las actuaciones que se exige de los órganos estatales, lo que prescribe la mera mención o referencia a la «autoridad» que detenta el órgano público⁵⁵, para dar por «motivado» o «justificado» su desempeño. En el seno del Estado constitucional, no es dable una decisión sin justificación, basada exclusivamente en la voluntad de la autoridad que la toma. Antes por el contrario, «[u]na decisión sin fundamentación, sin justificación, es el paradigma de una decisión arbitraria»⁵⁶ y, con ello, una decisión no ajustada a Derecho: precisamente lo que se busca es que sea «[e]l poder el que se someta a la razón, y no la razón al poder»⁵⁷.

Lo anterior tiene tanto peso, que en un Estado constitucional ni los propios constituyentes encuentran justificadas sus decisiones por mera voluntad⁵⁸, cuestión que hace posible afirmar que mucho menos pueden entonces los órganos legisladores,

⁵¹ Para un catálogo de los demás factores (de orden teórico, práctico, pedagógico y político) que han influido decididamente en el fenómeno del auge de la argumentación jurídica, véase ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Editorial Ariel, Barcelona, 2006, pp. 15-19.

⁵² Como explica ATIENZA RODRÍGUEZ, en los Derechos de tipo continental esta práctica se remonta a la segunda mitad del siglo XVIII y en los Derechos de *common law*, al siglo XII. ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, 2006, pp. 62-64.

⁵³ Cfr. ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, 2006, p. 17.

⁵⁴ Cfr. ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, 2006, p. 17.

⁵⁵ Cfr. ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, 2006, p. 17.

⁵⁶ AGUILÓ REGLA, Josep, 2008, p. 27.

⁵⁷ ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, 2010, p. 310.

⁵⁸ ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, 2010, p. 310.

administrativos y judiciales satisfacer racionalmente, desde un punto de vista material (valorativo), sus funciones y productos (leyes, actos y sentencias), haciéndose necesaria —y paralelamente cobrando clara importancia— la argumentación (explicación y justificación) de las decisiones públicas.

V. CONCLUSIÓN

Lo disertado hace palpable la conexión entre el paradigma positivista, el paradigma postpositivista y el fenómeno del auge de la argumentación jurídica —así como la relación que en cierto nivel hay entre Derecho y moral— en tanto que la ley, al abandonar el más alto lugar de la cúspide normativa, pasando a ubicar tal sitio la Constitución, pero no como cuerpo meramente formal, sino como norma de fuerza vinculante, de aplicación directa, como parámetro interpretativo de todo el orden jurídico, se genera por vía de consecuencia, junto a otros factores, la importancia actual de la argumentación jurídica, no sólo como criterio común y unificador de las distintas concepciones y corrientes del Derecho, que de por sí ya dice bastante sobre su manifiesta relevancia, sino como mecanismo democrático y garantista del Estado de Derecho mismo, proscriptor del abuso de poder, colaborando así, en definitiva, con el eudomónico desarrollo de las sociedades contemporáneas libres.

BIBLIOGRAFÍA

ABACHE CARVAJAL, Serviliano. «El Derecho como lenguaje (o el lenguaje del Derecho)» en *Ámbito Jurídico*, Año XI - nº 144, Junio, Legislación Económica, C. A., Caracas, 2010.

ACERO, Juan et al. *Introducción a la filosofía del lenguaje*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1982.

AGUILÓ REGLA, Josep. *Sobre Derecho y argumentación*, Leonard Muntaner Ed., Palma de Mallorca, 2008.

- «Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas en pocas palabras», en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 30, Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, Alicante, 2007.

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, 4ª reimpresión, Buenos Aires, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

- *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

ARIAS CASTILLO, Tomás Aníbal. «El último argumento de Ronald Dworkin en su disputa con H. L. A. Hart», en *Revista de Derecho*, n^o 24, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2007.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *El sentido del Derecho*, 1^a edición, 6^a reimpresión, Ariel, Barcelona, 2010.

- *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

- *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 2003.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

BARBERIS, Mauro. *Ética para juristas*, Editorial Trotta, Madrid, 2008.

BULLOCH, Penélope y RAZ, Joseph (Eds.). *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, 1^a edición, 6^a reimpresión, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2008.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 5^a edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006.

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, 9^a impresión, Massachusetts y Londres, 2000.

ENDICOTT, Timothy A. O. *La vaguedad en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2000.

GUASTINI, Riccardo. «A propósito del neoconstitucionalismo», trad. Renzo Cavani, en *Gaceta Constitucional*, n^o 67, Lima, 2013.

- *Lezione di teoria del diritto e dello Stato*, G. Giappichelli editoriale, Turín, 2006.

HART, Herbert L. A. *The Concept of Law*, 2^a edición, Oxford University Press - Clarendon Law Series, Oxford, 1994.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1983.

TOSTA, María Luisa. *Lo racional y lo irracional en el Derecho*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2009.