



Felix Morales Luna

Profesor de Derecho-PUCP. Doctor en Derecho
por la Universidad de Alicante

¿Superando el positivismo jurídico?

Comentarios al libro *Para una teoría postpositivista del Derecho*
de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, indudables referentes de la actual filosofía del Derecho han publicado una compilación de ensayos elaborados en la última década. *Para una teoría postpositivista del Derecho* (Lima, Palestra, 2009)¹ recoge una serie de artículos de los profesores alicantinos, algunos ya publicados y otros inéditos. En total suman nueve ensayos: cinco escritos en conjunto, dos por Manuel Atienza y los otros dos por Juan Ruiz Manero. A ellos se añade una inédita conversación entre los autores titulada “A modo de epílogo. Una conversación sobre teoría del Derecho y otras varias cosas”.

Los trabajos que se incluyen en esta publicación, además del mencionado epílogo, son los siguientes: 1) “La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica” (Atienza y Ruiz Manero, 2001); 2) “Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica” (Atienza y Ruiz Manero, 2003); 3) “Tres problemas de tres teorías de la validez jurídica” (Atienza y Ruiz Manero, 2003); 4) “Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca” (Ruiz Manero, 2005); 5) “Dejemos atrás el positivismo jurídico” (Atienza y Ruiz Manero, 2006); 6) “Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico” (Atienza, 2008); 7) “Las virtudes de las reglas y sus límites. Una discusión con Francisco Laporta” (Ruiz Manero, 2008); 8) “Sobre ‘Creación judicial del Derecho’ de Eugenio Bulygin” (Atienza, inédito); 9) “Reglas, principios y derrotabilidad” (Atienza y Ruiz Manero, inédito).

Presentados en orden cronológico, todos estos ensayos se insertan en una nueva concepción del Derecho asumida y defendida por los autores en importantes obras anteriores como *Las piezas del Derecho*² e *Ilícitos atípicos*³. A grandes rasgos, esta concepción se caracteriza por asumir que “1) el Derecho no es simplemente un conjunto de reglas, sino de reglas y principios; 2) en las normas puede distinguirse una

¹ Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra, Lima, Temis, Bogotá, 2009, p. 306.

² Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 207. Las citas a esta obra corresponden a la cuarta impresión de la segunda edición, de septiembre de 2007.

³ Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del Derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid, 2000, p. 133.

aspecto directivo y otro justificativo (no importa únicamente lo establecido como obligatorio, prohibido o permitido, sino también las razones subyacentes a ello); 3) el Derecho no es sólo un sistema (un conjunto de normas), sino también una práctica”⁴.

La mayoría de los trabajos podrían ser calificados como prolongaciones de las herramientas conceptuales perfiladas en *Las piezas del Derecho* y que fueran aplicadas a ciertas instituciones jurídicas en *Ilícitos atípicos*. Tales trabajos se mueven, básicamente, en dos direcciones: unos desarrollan problemas relacionados al ámbito de las normas regulativas (como la distinción e interrelaciones entre las reglas y los principios) y otros se ocupan de los problemas del ámbito de las normas constitutivas (como el concepto de validez jurídica)⁵. A estos trabajos se suman otros entre los que destaca el ensayo *Dejemos atrás el positivismo jurídico* de carácter programático en el ámbito de la metateoría jurídica.

Los trabajos del primer grupo, pues, comparten un tono revisionista acerca de distintos aspectos de una obra consolidada; los del segundo, comparten un tono prospectivo acerca de los temas y problemas de los que será necesario ocuparse en el nuevo paradigma teórico que defienden.

Para una mejor presentación de estos comentarios al libro he preferido dividir los ensayos que contiene en tres grupos. El primer grupo contiene a los trabajos que situados nítidamente en la nueva concepción del Derecho, desarrollan las categorías presentadas en *Las piezas del Derecho* y en *Ilícitos atípicos*. El segundo grupo está compuesto por los debates que sostienen los autores con destacados referentes actuales del positivismo jurídico: Eugenio Bulygin, Luigi Ferrajoli y Francisco Laporta. Reservo el tercer grupo exclusivamente al ensayo *Dejemos atrás el positivismo jurídico*.

I. LAS PIEZAS DEL DERECHO E ILÍCITOS ATÍPICOS A EXAMEN

En el primer grupo podría incluirse los siguientes cinco de los nueve ensayos: 1) “La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica”; 2) “Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica”; 3) “Tres problemas de tres teorías de validez jurídica”; 4) “Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca”; y, 5) “Reglas, principios y derrotabilidad”.

En el primer ensayo, “La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica”, los autores afinan el planteamiento expuesto en la versión original de *Las piezas del Derecho*, añadiendo a su tipología de enunciados normativos, las normas institucionales. Como se recordará, en la versión inicial de su 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 limitaron a las normas constitutivas. Estas últimas, sean las normas que confieren poderes o las puramente constitutivas, se referían a la posibilidad de producir resultados institucionales en el Derecho; sin embargo, no recogían las distintas exigencias regulativas que surgen de la dimensión institucional de los

⁴ Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero, 2009, pp. 207 – 208.

⁵ Ídem, pp. 297 – 298.

sistemas jurídicos y eran incapaces de dar cuenta de situaciones usuales en nuestras prácticas jurídicas como los estados de excepción o la prisión provisional. Por ello, en este ensayo, identifican a las mencionadas normas institucionales, que reivindican ciertas exigencias orientadas a preservar la vigencia de la “maquinaria” jurídica como condición para hacer posible la realización de los fines sustantivos. Es interesante advertir cómo estas normas institucionales pueden entrar en tensión con las exigencias sustantivas y, en algunos casos, prevalecer sobre éstas.

En el segundo ensayo, “Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica”, los autores afinan los planteamientos de *Las piezas del Derecho*, en lo referido a las normas constitutivas, con el objetivo de sentar las bases de una teoría de la validez jurídica. Siendo inabordable el análisis en detalle de cada una de estas acotaciones, me limitaré a enunciarlas: a) la necesidad de incluir en la estructura de las normas constitutivas al elemento del contenido; b) destacar los límites entre normas constitutivas (propias del mundo institucional) y las normas anankásticas (propias del mundo natural); c) enfatizar que la distinción entre la validez constitutiva y la validez regulativa sólo tiene sentido en el contexto de los sistemas jurídicos desarrollados; d) precisar el contenido de la regla de reconocimiento (que incluye el juicio de validez, de pertenencia y obligatoriedad de las normas al sistema) así como la no correspondencia entre el juicio de validez y de pertenencia a un sistema; e) plantear las diferencias y semejanzas entre la sanción (normas regulativas) y la nulidad (normas constitutivas); y, f) anotar la distinción entre los juicios de validez, interpretativos y de aplicabilidad.

El tercer ensayo de este grupo, “Tres problemas de tres teorías de la validez jurídica”, bien pudo estar incluido en el segundo grupo, pues supone un repaso crítico por las teorías de Hans Kelsen, Joseph Raz y Luigi Ferrajoli; sin embargo, su pertenencia a este grupo se debe a que, más que un análisis estructural de tales teorías, se aísla de ellas el tema de la validez jurídica. Así, en este ensayo, los autores presentan lo que denominan el problema de Kelsen (incapacidad en mostrar de qué manera el Derecho regula su propia (re)producción), el problema de Raz (incapacidad de explicar situaciones propias del constitucionalismo, donde normas carentes de autonomía semántica regulan las conductas recurriendo a propiedades valorativas) y el problema de Ferrajoli (incapacidad de explicar el modo como el legislador emplea usualmente el lenguaje de los derechos para aludir a ciertos objetivos colectivos). La crítica común a todas estas teorías es que no logran reconstruir adecuadamente la práctica jurídica, pretendiendo, al contrario, que la realidad del Derecho se acomode a los planteamientos teóricos. A entender de los autores, el problema común de estas tres teorías es que asumen una visión empobrecida de la variedad de enunciados jurídicos que contienen los sistemas jurídicos desarrollados. Tales problemas, concluyen, se superarían si se distinguiera adecuadamente entre las reglas regulativas y constitutivas (Kelsen) o entre reglas, principios y directrices (Raz y Ferrajoli).

En el cuarto ensayo, “Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca”, Juan Ruiz Manero defiende una distinción central en *Las piezas del Derecho*: aquella entre los principios en sentido estricto y las directrices. Esta defensa se opone a los planteamientos de Robert Alexy (quien, sin distinguir entre los principios, los asume como mandatos de optimización) y de Josep Aguiló (quien cuestiona tanto la

correspondencia de los principios en sentido estricto con valores últimos y de las directrices con valores utilitarios, como la prevalencia absoluta y definitiva de los principios en sentido estricto sobre las directrices).

El quinto ensayo, “Reglas, principios y derrotabilidad”, está referido a los planteamientos desarrollados en *Ilícitos atípicos*. Así, los autores defienden la concepción de los ilícitos atípicos y, por ello, de la derrotabilidad de las normas, de las distintas críticas que le dirigieron. En concreto, se detienen en la crítica formulada por Bruno Celano, para quien, en la teoría de Atienza y Ruiz Manero, las reglas resultan superfluas ya que no cumplirían ninguna función, pues la licitud o ilicitud de una conducta, más allá de su conformidad o no con una regla, estaría determinada por el balance de los principios aplicables al caso. Según los autores, el que una regla resulte derrotada al final de un proceso argumentativo no quiere decir de ningún modo que juegue un papel irrelevante en ese proceso. Existen fuertes razones a favor de un Derecho de reglas que, sin embargo, no son absolutas, sino que han de ser ponderadas con otro tipo de elementos exigidos por los sistemas jurídicos (como los valores y los propósitos) explícitos o implícitos a los que las reglas sirven. De ahí que los ilícitos atípicos deben ser vistos como modelos institucionalizados de la derrotabilidad en el Derecho.

II. EL DEBATE CON EL POSITIVISMO JURÍDICO A TRAVÉS DE SUS PRINCIPALES REFERENTES

En el segundo grupo incluyo los debates sostenidos por los autores con relevantes referentes del paradigma teórico que cuestionan. En efecto, Eugenio Bulygin y Francisco Laporta podrían identificarse, respectivamente, con los postulados del positivismo excluyente y el positivismo axiológico o normativo. A este grupo se suma la teoría de Ferrajoli que, aunque inclasificable en la tripartición del positivismo jurídico, resulta ser una de las teorías positivistas más influyentes del panorama actual.

Las diferencias de los autores con las tesis positivistas de Bulygin son diversas; sin embargo, en el ensayo incluido en el libro sólo se aborda la tesis de la creación judicial del Derecho. Retomando una anterior discusión del propio Bulygin con Juan Ruiz Manero⁶, Atienza replica la reconstrucción que hace el profesor argentino de las alternativas que tiene un juez ante un caso concreto. Según Bulygin, en relación con la aplicación del Derecho caben sólo dos posibilidades: que el caso de que se trate sea indiscutiblemente subsumible en una y sólo una regla, en cuyo caso debe aplicarla al caso individual, o que no se dé tal subsumibilidad, en cuyo caso el juez goza de discrecionalidad sin que el Derecho le suministre alguna guía para conducirla⁷. Para Atienza, ante una laguna normativa o axiológica, el juez sí cuenta con criterios de corrección que orientan su labor. Tales criterios, concluye, se resumen en la idea de la coherencia, de la que adelanta algunos rasgos significativos, por ejemplo, que equivale a la consistencia en sentido axiológico, que es graduable, que es relativo, que es una

⁶ Atria, Fernando; Eugenio Bulygin; José Juan Moreso; Pablo Navarro; Jorge Rodríguez y Juan Ruiz Manero, *Lagunas en el Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 217

⁷ Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero, 2009, p. 139.

propiedad esencialmente dinámica, y que es un mecanismo esencial para innovar en un sistema manteniendo sus señas de identidad.

En cuanto a Laporta, la diferencia con sus planteamientos parece ser sólo una cuestión de acento. En efecto, Laporta identifica los siguientes factores de riesgo para la certeza y predecibilidad de las relaciones y las decisiones jurídicas: una exagerada apelación a los principios, la influencia de posiciones escépticas en materia de conocimiento de los hechos, y la tendencia de una parte de la cultura jurídica hacia el particularismo⁸. A pesar de compartir estas ideas y destacar la importancia de las reglas, Ruiz Manero considera que el problema de Laporta es que obvia que las razones que respaldan contar con un Derecho basado en reglas (como la certeza y la predictibilidad) no son absolutas, sino que deben ser ponderadas con otro tipo de exigencias reconocidas por los principios. Como afirma Ruiz Manero, “yo iría incluso un poco más lejos que Laporta y diría que, sin reglas con autonomía semántica, el Derecho no cumpliría una de sus funciones esenciales, que es la de guiar la conducta de la gente en general, y la adopción de decisiones por parte de los órganos, sin que ello implique para todos los casos y para todos los tramos de cada caso la necesidad de embarcarse en un proceso deliberativo. Pero añadiría también que sin principios el Derecho aparecería como un conjunto de mandatos más o menos arbitrarios, sin presentar una coherencia de sentido”⁹.

Ferrajoli, por su parte, está entre quienes piensan que, para dar cuenta del constitucionalismo, es necesario contar con una nueva teoría del Derecho; sin embargo, a diferencia de quienes, como Atienza, consideran que dicha teoría debe ser elaborada prescindiendo de las tesis positivistas, Ferrajoli se mantiene en el paradigma positivista. Ferrajoli considera al Derecho como un fenómeno puramente autoritativo. Ello adquiere relevancia en la aplicación del Derecho (que, por su escepticismo ante la ponderación, es vista aún como una labor que combina la subsunción y la discreción judicial) y en su teoría de los derechos fundamentales, pues al carecer de una teoría moral, los define únicamente en términos formales. Por ello, concluye Atienza, “(...) la teoría de Ferrajoli sería mejor si también Ferrajoli se decidiese a dejar atrás el positivismo jurídico (...). Lo que se echa en falta en su obra es, sobre todo, una teoría moral que se integre con (y reequilibre) sus planteamientos jurídicos y políticos”¹⁰.

III. DEJEMOS ATRÁS EL POSITIVISMO JURÍDICO

Este ensayo constituye el gran sustento metateórico de los autores. En él saldan cuentas con el positivismo jurídico, paradigma que asumieron y del que reconocen su importancia y utilidad; sin embargo, preguntándose por la teoría del Derecho que merece la pena esforzarse por elaborar en los actuales sistemas constitucionales, constatan que “el positivismo jurídico ha agotado ya, nos parece, su ciclo histórico (...). El positivismo no es la teoría adecuada para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del Derecho del Estado constitucional (...): porque tiene (en todas sus variantes) un enfoque exclusivamente del Derecho como sistema, y no (también) del

⁸ Ídem, p. 183.

⁹ Ídem, p. 196.

¹⁰ Ídem, p. 180.

Derecho como práctica social. (...) 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”¹¹.

Antes de arribar a dicha conclusión los autores realizan un sucinto pero aleccionador recorrido, que se inicia dando cuenta de la utilidad histórica del positivismo, sea en Europa como en América Latina, cuya defensa se asoció a una actitud política liberal o socialista, de oposición a regímenes conservadores, dictatoriales o fascistas. Posteriormente, repasan las distintas variantes actuales del positivismo jurídico: el duro o excluyente (la identificación del Derecho *no puede* depender de criterios morales), el blando o incluyente (la identificación del Derecho *no necesita* depender de criterios morales) y el axiológico o normativo (la identificación del Derecho *no debe* depender de criterios morales), destacando las insuficiencias de cada uno de ellos.

Del positivismo excluyente destacan que sus tesis contrastan fuertemente con ideas ampliamente compartidas sobre la manera como el Derecho guía la adopción de decisiones. Del positivismo incluyente cuestionan el escaso interés de su tesis distintiva (el carácter contingente de la relación entre el Derecho y la moral) así como su pretensión de estar al servicio de una teoría general y descriptiva del Derecho. Del positivismo axiológico señalan que lo que mejor protege la autonomía de las personas no son las reglas claras y precisas sin más, sino aquellas que, además, incorporen “cláusulas de derrotabilidad moral” exigidas por los principios.

Señalan los autores que las tesis definitorias del positivismo en todas sus variantes serían dos: la tesis de las fuentes sociales del Derecho (“el Derecho es un fenómeno social, creado y modificado por actos humanos”) y la tesis de la separación entre el Derecho y la moral (“el valor moral de una norma no es condición suficiente y puede no ser condición necesaria de la validez jurídica de la misma”). Así planteadas, ambas tesis no sólo son irrelevantes, sino que constituyen un obstáculo para el desarrollo de una teoría y dogmática adecuada a las condiciones del Estado constitucional. Su concepción descriptivista de la teoría del Derecho y su concepción de las normas jurídicas como directivas de conducta que resultan de otros tantos actos de prescribir, la inhabilitan para intervenir en discusiones hoy centrales como las que suscitan los conflictos entre los principios o las excepciones implícitas a las reglas.

No obstante, este reclamo por la superación de este paradigma no les impide desechar todo el legado de la tradición positivista. Si algo debe mantenerse, consideran los autores, es el uso de las técnicas del análisis del lenguaje y los resultados obtenidos a partir de su gusto por la precisión, la claridad y las distinciones conceptuales. Así, concluyen, el positivismo es una tradición que debe ser “continuada, sí, pero para ir más allá, para dejarla atrás”¹².

¹¹ Ídem, p. 152.

¹² Ídem, p. 151.

No me cabe duda de que, debidamente difundido, este ensayo se constituirá en un referente para quienes se adhieren a esta nueva reconstrucción de nuestras prácticas jurídicas o que, al menos, comparten las insuficiencias del positivismo jurídico. Es el gran sustento metateórico que se echaba en falta en el actual panorama de la teoría del Derecho, y que dota de sentido y coherencia a los trabajos que han venido elaborando los autores. En este ensayo se apunta directamente al positivismo jurídico, edificio cuyas estructuras habían sido ampliamente erosionadas por los propios autores en trabajos anteriores y representa el momento culminante de un proceso académico que ahora dirige su preocupación hacia el modo como trabajar con el Derecho en los actuales Estados constitucionales. Es por ello tanto un punto de llegada como de partida, una bisagra entre dos etapas de su recorrido académico. Las cuentas que antes saldaron con el marxismo jurídico¹³ hoy las saldan con el positivismo jurídico.

Su convicción de superar el positivismo jurídico es tal que no la consideran simplemente una actitud personal en un debate intelectual. El tono exhortativo, empleado desde el título, hace que se trate de algo más que un personal saldo de cuentas de los autores con el paradigma positivista; es un manifiesto programático de la nueva teoría, una declaración de defunción por agotamiento del positivismo jurídico y un llamado a dirigir los esfuerzos hacia los temas y problemas que hoy reclaman las prácticas jurídicas actuales. Una invocación a no entramparnos más en discusiones metateóricas, muchas veces estériles e intrascendentes, para empezar a preocuparnos por aquello que consideran relevantes en nuestras actuales sociedades, como es contar con instrumentos adecuados para conocer y, sobre todo, trabajar con el Derecho, que permita verlo como una práctica normativa justificada.

Con este ensayo, pues, los autores dejan trazada las líneas directrices de la nueva teoría y anuncian los desarrollos por los que deberá orientarse las preocupaciones en el marco de dicha teoría. Más que edificar, desbrozan lo que aún queda de las antiguas edificaciones positivistas sobre el terreno de la teoría del Derecho, aunque manteniendo aquellas sólidas estructuras (como los instrumentos analíticos) sobre las que plantar los cimientos de la nueva teoría. Para ellos no sería el nuevo piso de una edificación; no es simplemente construir sobre lo ya existente para mejorarlo. Se trata de derruir mucho de lo anterior por obsoleto y disfuncional para las exigencias actuales de nuestra práctica jurídica.

IV. ¿DEBEMOS SUPERAR EL POSITIVISMO JURÍDICO?

Es indudable que en las últimas décadas el Derecho ha sufrido importantes cambios, entre ellos, el reconocimiento jurídico de un amplio catálogo de valores morales, en la forma de principios, a los que se reconoce plena fuerza normativa. Este nuevo material exige una nueva teoría que permita reconstruirla adecuadamente y que suministre las herramientas necesarias para trabajar con él. Más que la

¹³ Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero, *Marxismo y Filosofía del Derecho*, segunda edición, Fontamara, México D.F., 1998, p. 192.

identificación del Derecho, las preocupaciones teóricas actuales ponen el acento en la justificación de las decisiones jurídicas. Los intereses del Derecho no son más los del observador que describe (perspectiva reivindicada por las versiones más difundidas del positivismo jurídico), sino los del participante que emplea el Derecho como actor comprometido con la práctica jurídica.

Ante este panorama, no me quedan dudas de que una teoría que desatienda estos problemas debe ser superada por una que, orientada a la aplicación del Derecho, se preocupe por la debida justificación de las decisiones. En tal sentido, comparto plenamente la exhortación de los autores a superar una teoría descriptivista y general del Derecho.

No obstante, considero inadecuado asociar todo el positivismo jurídico, en cualquiera de sus variantes, a dicha teoría, exigiendo por ello la superación de todo el legado positivista salvo los instrumentos y distinciones analíticas. Creo que es posible y necesario salvar más cosas del paradigma positivista, sin las cuales no es posible reconstruir cabalmente el fenómeno jurídico.

En particular, me refiero al denominado positivismo axiológico o normativo. Como bien explican los autores, esta variante del positivismo jurídico, que tiene como referente a Uberto Scarpelli, asume una actitud normativa o prescriptiva, y no descriptiva ante el Derecho; es decir, que no se preocupa de lo que es Derecho sino de lo que debería ser. En estricto, reivindica la separación entre el Derecho y moral, y paradójicamente, lo justifica en razones morales y políticas. El que no se dependa de criterios morales para identificar las normas válidas contribuye al cumplimiento de valores intrínsecos al Derecho como la seguridad o previsibilidad de sus decisiones y, con ello, al respeto y protección de la autonomía individual. Aunque poco difundida, esta variante del positivismo jurídico dista de ser marginal. Además de los autores actuales que se identifican con este planteamiento, como Campbell, Laporta, Hierro o Atria, no es forzado rastrear estas tesis en la obra de los principales referentes positivistas como Kelsen, Hart, Bobbio (en alguna de sus etapas) o Bulygin¹⁴.

En *Dejemos atrás el positivismo jurídico*, Atienza y Ruiz Manero consideran que junto a las reglas claras y precisas que reclama el positivismo axiológico debe reconocerse “cláusulas de derrotabilidad moral” que eviten decisiones arbitrarias, incoherentes y valorativamente anómalas. Esto lo comparto plenamente. No creo que pueda reconstruirse adecuadamente los sistemas jurídicos actuales sin la distinción entre las reglas y los principios, reconociendo la prioridad axiológica de los segundos; sin embargo, considero insuficiente dicho argumento para descartar al positivismo axiológico como un planteamiento vigente en la discusión actual. El problema, a mi entender, es que los autores tratan el planteamiento del positivismo axiológico como una *regla* cuando debería asumirse como un *principio* (en la terminología de los propios autores).

¹⁴ Al respecto véase Scarpelli, Uberto, *¿Qué es el positivismo jurídico?*, Traducción de Adrián Rentarúa, Cajica, Puebla, 2001, p. 89. Sobre la obra de Bulygin, véase: García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 178 - 179.

En esta línea, el positivismo axiológico reivindica la importancia de un Derecho basado en (pero no reducido a) reglas. No se trata de una tesis que, cual regla, deba ser aplicada en la forma de todo-o-nada; es decir, o que el Derecho sólo está basado en reglas o no es Derecho. Más bien, esta exigencia debe ser ponderada junto con otras exigencias intrínsecas al fenómeno jurídico (por ejemplo, la satisfacción de valores sustantivos), de tal forma que nuestros sistemas jurídicos puedan convertirse en instrumentos para concretar la justicia a través del Derecho. Ello es compatible con la defensa de un sistema basado en reglas que pueden (y deben) ser exceptuadas en casos justificados. Así parece entenderlo Laporta cuando, en el ensayo incluido en esta publicación, manifiesta su incomodidad con la “exagerada apelación a los principios”. Nótese, pues, que el autor no rechaza a los principios ni niega su importancia, sino que se opone a que se les sobredimensione. Reivindicar la necesidad e importancia de las reglas no implica negar la necesidad e importancia de los principios.

En esta línea, una tarea central de la teoría del Derecho actual consiste en reconstruir nuestras prácticas jurídicas equilibrando a las reglas y los principios (por ejemplo, precisando los casos en los que se justifique la derrotabilidad de las reglas por la exigencia de los principios) así como los valores en los que estos enunciados se sustentan. Como bien señalan Atienza y Ruiz Manero, “a nuestro juicio, uno de los criterios centrales desde los que evaluar distintas teorías del Derecho es el de su capacidad para dar cuenta de cómo, y en qué punto intermedio, se articula y resuelve la tensión entre lo que podríamos llamar el polo de las reglas –vinculado a la predecibilidad y a la reducción de la complejidad en la toma de decisiones- y el polo de los principios –vinculado a la coherencia valorativa de esas mismas decisiones”¹⁵.

Cabe destacar que esta tensión entre las reglas y los principios no expresa sino una metadiscusión entre los valores y exigencias sobre las que se asienta el fenómeno jurídico. Así, tales variables se corresponden con binomios como: lo regulativo y lo justificativo, lo institucional y lo sustantivo, la seguridad y la justicia, el legislador y el juez, la política y la moral, etc. El objetivo, pues, es lograr un adecuado equilibrio entre cada uno de ellos. Si el nuevo paradigma en la teoría del Derecho reivindica tomarse los principios (derechos) en serio, la tradición positivista, entendida desde su sentido ético-político reivindica, a su vez, tomarse en serio a las reglas y los valores asociados a ellas. Estas tensiones resultan intrínsecas e ineliminables en el modo como concebimos nuestras prácticas jurídicas por lo que, lejos de reduccionismos que terminen imponiendo algunas de estas exigencias a costa de las otras, de lo que se trata es de preocuparnos por saber el punto en el que ubicamos el fiel de la balanza que equilibre tales variables. En estricto se trata de discutir acerca de los elementos que incluimos en la definición del Derecho, su importancia y sus interrelaciones.

Si se atiende a la evolución de la cultura jurídica, el acento ha oscilado de modo pendular, según los períodos de los que se trate, desde el polo de las reglas (por ejemplo, con la puesta en vigor del Código Napoleónico) al polo de los principios (por

¹⁵ Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero, 2009, p. 235.

ejemplo, al introducir la figura del abuso del Derecho o, en el contexto actual, con la consolidación del constitucionalismo)¹⁶.

Un ejemplo de esta necesidad de equilibrio entre las exigencias representadas por las reglas y por los principios lo constituye el cotejo entre la versión original de *Las piezas del Derecho* y el primer ensayo contenido en esta publicación. En efecto, este ensayo desarrolla el aspecto institucional de los sistemas jurídicos, desatendido en la versión original de la obra, por lo que no podía dar cuenta adecuada de ciertas instituciones jurídicas. Esto evidenció el riesgo de desatender una dimensión, como la institucional, reivindicada por el positivismo axiológico.

Considero que la solidez de la última versión de *Las Piezas del Derecho* responde a que reconstruye adecuadamente los sistemas jurídicos actuales sin desconocer ninguna dimensión del fenómeno jurídico, como la reivindicada por el positivismo axiológico y también por las actuales exigencias sustantivas que el Derecho reconoce. Se trata, pues, de una reconstrucción equilibrada, o más propiamente ponderada, entre las distintas exigencias inherentes al Derecho.

Ahora bien, como destaca Ruiz Manero, el planteamiento del positivismo axiológico no es propiamente una tesis de teoría del Derecho, sino una exigencia ético-política dirigida al Derecho. En sus términos, “es una tesis acerca de cuál es la exigencia central que se deriva de la idea de imperio de la ley en cuanto al tipo de normas que deben predominar en la composición del sistema jurídico y en el razonamiento de sus órganos de aplicación”¹⁷. De este modo, mantener las exigencias del positivismo axiológico es compatible con superar la teoría positivista, mas no con el llamado a superar todo el positivismo jurídico.

Es más, considero que los trabajos de Atienza y Ruiz Manero, posteriores a su llamado a dejar atrás el positivismo jurídico, son perfectamente compatibles y hasta funcionales a las exigencias del positivismo axiológico. En efecto, la preocupación que para el positivismo axiológico representa la desmedida importancia de los principios y el recurso a la derrotabilidad de las reglas, queda disipada al someter a ciertas *reglas* el modo como trabajamos con los principios, por ejemplo, al ponderarlos, al cubrir lagunas o al exceptuar la aplicación de una regla. Así, pues, institucionalizar los esquemas argumentativos por los que se justifica la ponderación o la derrotabilidad de las reglas no es sino hacer de estos procedimientos algo cierto y previsible, valores reivindicados por el positivismo axiológico.

Así por ejemplo, en el último ensayo contenido en esta publicación (“Reglas, principios y derrotabilidad”), Atienza y Ruiz Manero señalan que los planteamientos expuestos en *Ilícitos atípicos*, “constituyen ejemplos no simplemente de argumentos o de premisas (normas) derrotables, sino, cabría decir, de institucionalización de la derrotabilidad en el Derecho”. Si lo entiendo bien, ello equivale a transformar en reglas (pautas conocidas, ciertas y previsibles) el modo como justificadamente se puede derrotar a las reglas jurídicas.

¹⁶ Ídem, p. 197 - 198.

¹⁷ Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero, 2009, p. 192.

El interés por la ponderación, procedimiento jurídico emblemático del trabajo con los principios en los Estados constitucionales, consiste básicamente en determinar ciertos criterios que permitan transformar, de modo justificado, uno o una serie de principios, en reglas. Sobre estos criterios, señala Atienza que “no estamos en presencia de un conjunto de opiniones arbitrarias y subjetivas, sino que obedecen a una idea de racionalidad que podría expresarse así: las decisiones mantienen entre sí un considerable grado de coherencia; se fundamentan en criterios que pretenden ser universalizables; producen consecuencias socialmente aceptables; y (por supuesto) no contradicen ningún extremo constitucional. Por otro lado, en la medida que no constituyen simplemente soluciones para un caso, sino que pretenden servir como pautas para el futuro, constituyen también un mecanismo —imperfecto— de previsión”¹⁸.

En esta misma línea, la teoría de la argumentación jurídica constituye un esfuerzo por reglar el razonamiento jurídico, por someterlo a ciertas reglas que deba respetar quien trabaja con el Derecho para considerar justificada su decisión. Esta teoría concreta de mejor forma los valores de certeza y predecibilidad en la aplicación del Derecho que el recurso a la discrecionalidad judicial reivindicada por la teoría positivista. Por ello, la teoría de la argumentación jurídica se alinea con las exigencias del positivismo axiológico de mucho mejor modo que la teoría positivista tradicional. Los autores, pues, están mucho más cerca de esta tradición positivista de lo que parecen estar dispuestos a aceptar.

Creería entonces que el positivista jurídico, más que negar la derrotabilidad de las reglas, reclama que las razones que justifican dicha derrotabilidad sean institucionalizadas en la forma de nuevas reglas, retornando así a la seguridad y certeza iniciales. Se trata pues, de una dialéctica entre reglas y razones subyacentes, pero que debiera darse de modo excepcional y restringirse a los altos tribunales.

Por lo expuesto, considero excesivo y riesgoso el llamado a superar (casi) por completo el positivismo jurídico. Cabría atenuar dicha exhortación y precisar que lo que debe ser superado sería una cierta teoría del Derecho asociada al positivismo. Posiblemente el título más adecuado del ensayo comentado, para que guarde coherencia con el título del libro y lo que evidencian los ensayos contenidos debiera ser, “*Dejemos atrás la teoría positivista del Derecho*” o, mejor aún, “*Equilibremos el positivismo jurídico*”.

IV. A MODO DE EPÍLOGO

Reservo el comentario final a la conversación entre los autores incluida como epílogo del libro. Además de servir como una suerte de exposición de motivos que explican muchos aspectos de sus trabajos contenidos en la publicación, dan cuenta de sus personalidades. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero distan de ser personas que piensan al unísono y a pesar de ello producen obras cuya solvencia y brillantez muchos quisiéramos siquiera aproximarnos. La entrevista más que presentarnos sus distintas

¹⁸ Atienza, Manuel, *Bioética, Derecho y argumentación*, Palestra, Lima, Temis, Bogotá, 2010, p. 65.

personalidades, talentos, buen humor y cultura, deja notar su vocación al diálogo, su apertura a la contraposición de ideas y su capacidad de aceptar distintos argumentos o persistir en los iniciales cuando corresponda. Personalidades distintas pero con actitud de trabajo en conjunto, de enseñar y aprender, de hacer escuela. Sus obras son resultado de asumir la misma actitud que reclaman en el Derecho: el sometimiento a las razones. Sus trabajos resultan ser productos deliberados, argumentados, ponderados. La mejor demostración de que una adecuada argumentación garantiza resultados correctos.