

PRESENTACIÓN
DEL POSITIVISMO AL POSTPOSITIVISMO: FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y ARGUMENTACIÓN

PRESENTATION
FROM POSITIVISM TO POSTPOSITIVISM: PHILOSOPHY OF LAW
AND ARGUMENTATION

APRESENTAÇÃO
DO POSITIVISMO AO PÓS-POSITIVISMO: FILOSOFIA DO DIREITO
E ARGUMENTAÇÃO

*Sougand Hessamzadeh Villamagua**

El título de este número probablemente no es del todo justo o, al menos, ecuánime; porque parece que de fondo existe una insinuación relacionada con la superación (para mejor) de algo que puede ser obsoleto, inservible o caduco, pero esa no es la intención. En realidad, lo que se trata de expresar es la exaltación del tránsito hacia un refinamiento de una teoría general del Derecho, que no ha prescindido del todo de una *iusfilosofía* en particular: el positivismo jurídico. En esto seguimos a Juan Ruiz Manero cuando manifiesta su inconformidad con el prefijo post, pero deja claro que es insuficiente para afrontar los retos actuales del Derecho.

Por su parte, Atienza y Aguiló Regla sí suelen utilizar la palabra superación¹, pero, sin entrar en mayores detalles, debe tenerse en cuenta su preocupación (no solo de ellos, sino también de autores como Alexy) por la estabilidad del Derecho a partir del respeto a la ley y la deferencia ante el legislador siempre que exista algún tipo de prioridad² en favor del componente valorativo de los principios y el razonamiento jurídico que

demanda el principialismo. Ello claramente muestra consideraciones muy respetuosas por el positivismo.

En ese sentido, merece la pena empezar esta presentación resaltando la (in)calculable importancia del positivismo jurídico en los Estados de corte moderno que se precian de ser democráticos y de aquellos primeros atisbos de estado de derecho. Sin dudas, cuando hablamos de positivismo, podemos pensar en un avance civilizatorio en términos históricos, jurídicos e incluso políticos, pero con el tiempo, los sistemas de pensamiento pueden tambalear. En el caso del positivismo, ese momento llegó tras la Segunda Guerra Mundial y la “constitucionalización” de nuestros Derechos” (Atienza 2013, 29). Así, el paradigma dominante del Derecho (hasta antes de la guerra) entró en crisis (Aguiló Regla 2008, 15-16).

Con relación a lo anterior, aparte de las evidentes consecuencias de la Segunda Guerra Mundial en la teoría del Derecho, también es necesario notar que al hablar de crisis del positivismo (sigo aquí a Ángeles Ródenas)

* Doctoranda en Ciencias Sociales por la Universidad Pablo de Olavide, España; Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante, España, y Máster en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo por la Universidad Pablo de Olavide. Es profesora de Argumentación Jurídica en la Universidad de las Américas y autora de varios textos sobre sociología jurídica, género y argumentación jurídica. Coordinó el presente *Dossier*. ORCID: 0000-0002-3186-240X. Correo electrónico: seyedeh.hessamzadeh@udla.edu.ec

Cómo citar este texto: Hessamzadeh Villamagua, Sougand. 2023. “Presentación. Del positivismo al postpositivismo: Filosofía del Derecho y argumentación”. *Revista de estudios jurídicos Cálamo*, n.º18: 8-12.

1 Josep Aguiló Regla se refiere al positivismo y al postpositivismo como paradigmas, por lo que hago mío el uso de este término en este texto (Aguiló Regla 2008).

2 Atienza, Ruiz Manero y Aguiló explican que esa “prioridad del componente valorativo de ninguna manera puede significar la ignorancia o minusvaloración del otro componente, el autoritativo o institucional” (Atienza, Ruiz Manero y Aguiló Regla 2007, 17).

nos referimos a un momento identificable³ entre dos de las grandes mentes de la Filosofía del Derecho del siglo XX: Ronald Dworkin y H.L.A. Hart, y la crítica que el primero le hiciera al segundo en *Taking Rights Seriously* (Dworkin 1977) por lo planteado en *The Concept of Law* (Hart 1994 (1961)).

En aquella disputa intelectual, Dworkin atacó la tesis fuerte del positivismo que “afirma que la identificación del Derecho es independiente de su contenido” (Ródenas 2003, 420) y se caracteriza por destacar el aspecto del Derecho como fenómeno autoritativo por medio de reglas que encuentran su fundamento en hechos sociales⁴. Dworkin planteó que una de las consecuencias de sostener la tesis positivista radica en desconocer la presencia de los principios⁵ en el Derecho y su inclusión como estándares valorativos, lo que deviene en insuficiente “para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del Derecho del Estado constitucional” (Atienza y Ruiz Manero 2007, 25):

El argumento básico de Dworkin (del “primer Dworkin”, el de *Los derechos en serio*) contra el positivismo jurídico hartiano, como se sabe, viene a decir lo siguiente: el Derecho no está constituido únicamente por reglas, sino también –y de manera destacada– por principios; estos últimos (o, al menos, algunos de ellos) no pertenecen al Derecho por razones de pedigrí (porque puedan hacerse derivar de una regla de reconocimiento al estilo hartiano), sino por razones morales, con lo que no cabe sostener la tesis de que exista una nítida distinción entre el Derecho y la moral. Mientras que lo que sostiene “el segundo Dworkin” (el de *Law’s Empire*) es que el Derecho no consiste propiamente o exclusivamente en normas, sino que es una

actividad, una práctica interpretativa en la que juegan un papel determinante los fines y valores que definen la misma; la teoría del Derecho no ha de tener un carácter descriptivo, sino normativo: no importa tanto la descripción de una realidad ya dada, existente fuera de nosotros, como la participación en esa práctica de cara a conformarla de manera que se logre una realización máxima de los valores y fines que dan sentido a las normas y que tienen primacía sobre ellas. (Atienza y Ruiz Manero 2007, 13-14)

Esta crítica de Dworkin a Hart en la que se expone la existencia de una tensión interna en el Derecho entre el elemento autoritativo o institucional y el sustantivo o valorativo, tiene sus consecuencias; entre ellas, las pragmáticas:

En la pugna entre concepciones constitucionales y que se expresa, si la vemos desde el prisma de la diversidad de normas regulativas, en el contraste entre reglas y principios y, si atendemos a la perspectiva de la diversidad de razonamientos jurídicos justificativos, en el contraste entre subsunción y ponderación. (Atienza, Ruiz Manero y Aguiló Regla 2007, 17)

No estamos frente a una simplista distinción entre un paradigma que opera a partir de un sistema compuesto por reglas (positivismo) y otro compuesto por reglas y principios (constitucionalismo, postpositivismo o principialismo), sino que se trata de una diferenciación más detallada que gira entorno a algunas cuestiones de relevancia⁶. Es decir, estamos frente a un paradigma *iusfilosófico* que propone alternativas racionales para enfrentar los retos del constitucionalismo, y una de las más notables tiene relación con poner el acento

3 Ángeles Ródenas señala que “Los orígenes de la crisis de la versión fuerte del positivismo jurídico podríamos remontarlos a la célebre crítica que Dworkin hiciera a Hart” (Ródenas 2003, 420).

4 Nos referimos a la tesis de las fuentes sociales.

5 Sobre los principios, Ángeles Ródenas explica que “Estas pautas, a diferencia de las reglas, no tienen su origen en ningún hecho social (su validez no depende de su *pedigree*); los principios no son jurídicamente válidos en razón de su fuente, sino por razón de su contenido” (Ródenas 2003, 418).

6 Josep Aguiló Regla presenta un decálogo que explica las diferencias esenciales entre el positivismo y el postpositivismo: 1. Del modelo de las reglas (positivismo) al modelo de los principios y las reglas (postpositivismo); 2. Del modelo de las relaciones lógicas entre normas (positivismo) al modelo de las relaciones lógicas y las relaciones de justificación (postpositivismo); 3. De la correlatividad entre derechos y deberes (positivismo) a la prioridad justificativa de los derechos (postpositivismo); 4. Del modelo de la subsunción (positivismo) al modelo de la ponderación (postpositivismo); 5. Del modelo de la oposición fuerte entre “crear” y “aplicar” normas (positivismo) al modelo de la continuidad práctica de las diferentes operaciones normativas (postpositivismo); 6. De los juicios formales de validez de las normas (positivismo) a la distinción entre validez formal y validez material de las normas (postpositivismo); 7. De la distinción “casos regulados / casos no regulados” (positivismo) a la distinción “casos fáciles / casos difíciles” (postpositivismo); 8. De la separación tajante entre el lenguaje del Derecho (positivismo) y el lenguaje sobre el Derecho a un discurso reconstructor del Derecho mismo (postpositivismo); 9. De la distinción tajante entre estática y dinámica jurídicas (positivismo) a la concepción del Derecho como práctica (postpositivismo); y, 10. De “enseñar Derecho es transmitir normas (contenidos)” (positivismo) a “enseñar Derecho es desarrollar ciertas habilidades” (postpositivismo) (Aguiló Regla 2008, 16-27).

en una “concepción del Derecho como una práctica argumentativa” (Atienza 2007, 128):

El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado legislativo de Derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de los órganos públicos. (Atienza, 2007, 128-129)

Y en esto han trabajado incansablemente Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, Josep Aguiló Regla y toda la Escuela de Alicante de Filosofía del Derecho (Buzón y Garza Onofre 2022), al plantear una nueva concepción del Derecho que resuelve la tensión interna a la que se ha hecho alusión en líneas anteriores y se adapta al Estado constitucional a través de una argumentación jurídica que tiene (necesariamente) un componente moral y político, sin desconocer que “la unidad de la razón práctica no supone la confusión entre el Derecho, la moral y la política” (Atienza 2013, 14).

Es por lo expuesto que la motivación para coordinar este *Dossier* consistió en acercarnos a la Filosofía del Derecho y a la argumentación jurídica que viene trabajando la Escuela de Alicante desde lo que llaman “el mundo latino”, con las consideraciones propias de nuestros países en la construcción de una teoría del Derecho para nosotros, y rendir un pequeño homenaje a los treinta años de argumentación jurídica en la Universidad de Alicante, a Manuel Atienza y a todo el grupo de profesores/as que allí trabajan, comprometidamente, por hacer que el Derecho sirva como una herramienta de transformación en beneficio de la justicia y la igualdad.

Con esta breve antesala (nociones muy básicas) sobre el paso del positivismo al postpositivismo, este número es inaugurado Rafael Buzón y Juan Jesús Garza Onofre con un artículo que, por una parte, presenta una historiografía de la construcción de la Escuela de

Alicante de Filosofía del Derecho y su contexto social, político y jurídico y, por otra, una reflexión sobre el pensamiento alicantino a través de la teoría que ahí se desarrolla junto a su modelo educativo, la misma que ha dado resultados muy positivos en los fines sociales y democráticos que inspiran a las y los profesores de la mencionada escuela.

Como muestra del éxito del modelo educativo, en el segundo artículo se hace presente la rigurosidad y calidad académica de una de las más prolíficas estudiantes de la Escuela de Alicante: Catherine Ricaurte, quien en su texto analiza el alcance de la garantía de la motivación y las pautas que impuso la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia n.º 1158-17-EP/21. Entre otras cosas, el texto explica el diseño de tales pautas y cómo entenderlas a nivel teórico y práctico. Se trata de un texto indispensable que servirá como guía para motivar suficientemente y detectar malas motivaciones.

Érika Rigotti Furtado es la autora del tercer artículo del *Dossier*, en el que analiza cómo el método del Derecho Natural, descrito por Michel Villey, contribuye al redescubrimiento del Derecho en el contexto del postpositivismo. Rigotti hace hincapié en lo que concierne a la comprensión de los derechos fundamentales y a una revisión de la teoría de la justicia aristotélica, y concluye, en términos generales, que el Derecho se extrae de la justicia y no al revés.

El cuarto artículo, de David Mercado y Luis Bermeo, analiza el carácter paradójico de los derechos fundamentales y las dificultades argumentativas de la aplicación del Derecho a la igualdad en Colombia, para después hacer una crítica al intento de objetivación del Derecho a partir de los tests de ponderación de Robert Alexy, e intenta conectar tales críticas con la revisión de dos casos análogos relacionados con los derechos laborales de dos guardias de un hospital público en el norte de Colombia. Es un texto que se muestra indiferente de algunas tesis del postpositivismo; sin embargo, vale decir que el caso analizado vendría a ser un “caso fácil” cuya resolución no muestra una deficiencia lógica ni incoherencia causada por el postpositivismo, sino una incoherencia pragmática de los jueces al tratar la prueba de distinta manera, sin respetar las reglas de valoración de la prueba.

En el quinto artículo, Iván Ávalos hace una reflexión sobre la objetividad en la ponderación y otros métodos argumentativos, señalando que el ideal de un método de argumentación debería recoger la rigidez de la subsunción y la flexibilidad de la ponderación. Sin perjuicio de aquello, cabe anotar que, para bien de la argumentación jurídica, esa recomendación que formula el autor ya ha sido elaborada minuciosamente por la Escuela de Alicante en general y por Manuel Atienza en particular, varios años atrás.

David Güette es el autor del sexto artículo, en el que analiza la corrupción como forma de evaluación negativa. Tras una exposición de argumentos, el autor busca mostrar el ideal de la buena decisión como una forma de otorgar al evaluador parámetros para determinar si una decisión es corrupta o no, pues afirma que decir que todos los jueces son corruptos es un rotundo error.

El último artículo del *Dossier* es de Jaime Rosero, quien explora la relación entre la Filosofía del Derecho y la actividad del jurista práctico, apuntando hacia la transformación social como objetivo de lo que llama una nueva corriente del Derecho. En el texto, denuncia el poco valor que la Filosofía del Derecho tiene para los juristas prácticos y señala cinco motivos que explican dicho alejamiento: (i) la estructura de los textos de Filosofía del Derecho son poco entendibles, (ii) la suplencia de la Filosofía del Derecho con cuestiones accesorias como manuales de litigación y formatos de demandas, u otras, (iii) una enseñanza formalista del Derecho, (iv) ideas especulativas sobre

el conocimiento *iusfilosófico*, y (v) y la no conciencia del uso práctico de la Filosofía del Derecho.

De otra mano, el *Dossier* es complementado por cinco reseñas de obras relevantes dentro del campo de la Filosofía del Derecho, a saber: Debates iusfilosóficos. Sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral, de Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado, reseñado por Julia Castro Sánchez; Filosofía. Una introducción para juristas, de Guillermo Lariguet y Daniel González Lagier, reseñado por Carlos Toledo Jiménez; Discricionalidad judicial, de Aharon Barak, reseñado por María del Carmen Martínez; El gobierno de las leyes, de Bruno Celano, reseñado por Ignacio Díaz; y, La razón práctica en el Derecho y la moral, de Neil MacCormick, reseñado por Marta Villanueva Prendes.

Finalmente, el número se cierra con una entrevista realizada junto con Gustavo Silva a Alí Lozada Prado, presidente de la Corte Constitucional del Ecuador y discípulo de la Escuela de Alicante de Filosofía del Derecho. El diálogo se divide en dos partes: una biográfica y otra que contempla su pensamiento *iusfilosófico*. La primera permite acercarse al entrevistado de forma íntima para conocer su contexto personal y así comprender cómo ciertas experiencias han influido en su forma de ver el mundo y pensar el Derecho. La segunda ilustra su visión sobre el postpositivismo, su reciente producción científica y su rol como juez constitucional. Bien podríamos afirmar que esta entrevista nos muestra el postpositivismo desde adentro.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló Regla, Josep. 2008. *Sobre Derecho y Argumentación*. Palma de Mallorca: Leonard Muntaner Editor.
- Atienza, Manuel. 2013. *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. 2007. "Dejemos atrás el positivismo jurídico". *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 27: 7-28.
- Atienza, Manuel; Ruiz Manero, Juan y Josep Aguiló Regla. 2007. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: iustel.
- Atienza, Manuel. 2007. *Argumentación y Constitución*. En *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, de Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero y Josep Aguiló Regla, 113-181. Madrid: iustel.
- Dworkin, Ronald. 1977. *Taking Rights Seriously*. Londres: Gerald Duckworth.
- Hart, H.L.A. 1994 (1961). *The Concept of Law* (2ª edición). Nueva York: Oxford University Press.
- Ródenas, Ángeles. 2003. "¿Qué queda del positivismo jurídico?". *Doxa. Cuadernos de Filosofía de Derecho*, n.º 26: 417-448.