

FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LA ACTIVIDAD DEL JURISTA PRÁCTICO
Una mirada desde el postpositivismo

PHILOSOPHY OF LAW REGARDING THE ACTIVITY OF THE PRACTICAL JURIST
A view from postpositivism

FILOSOFIA DO DIREITO NA ATIVIDADE DO JURISTA PRÁTICO
Um olhar desde o pós-positivismo

*Jaime Rosero Cabezas**

Recibido: 27/X/2022
Aceptado: 22/XII/2022

Resumen

Este artículo intenta abordar los principales motivos para entender la conexión existente entre la Filosofía del Derecho y la actividad del jurista práctico. El autor fija su atención en desarrollar un camino que llegue a establecer que la transformación social es el objetivo primordial de la nueva corriente del Derecho. Además, conecta el desarrollo del Derecho actual (constitucionalismo y giro argumentativo), con un fuerte apego a temas filosóficos del Derecho.

Palabras clave: Transformación social; Constitucionalismo; Giro argumentativo; Práctica; Juez; Abogado; Rol transformador; Saberes sociales

Abstract

This article addresses the main reasons for understanding the connection between the Philosophy of Law and the activity of the practical jurist. An attempt is made to establish that social transformation is the primary objective of the new legal current. Additionally, the article connects the development of current legal practice

(constitutionalism and the argumentative approach) with a strong bond to philosophical law topics.

Keywords: Social transformation; Constitutionalism; Argumentative approach; Practice; Judge; Lawyer; Transforming role; Social knowledge

Resumo

Este artigo tenta abordar os principais motivos para entender a conexão existente entre a Filosofia do Direito e a atividade do jurista práctico. Nesse sentido, se tenta desenvolver um caminho que chegue a estabelecer que a transformação social é o objetivo primordial da nova corrente do Direito. Ademais, se conecta ao desenvolvimento do Direito atual (constitucionalismo e giro da argumentação) com um forte apego a temas filosóficos do Direito.

Palavras-chave: Transformação social; Constitucionalismo; Giro da argumentação; Prática; Juiz; Advogado; Função transformadora; Saberes sociais

* Abogado por la Universidad Central del Ecuador; máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante, España; máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Palermo, Italia. Es coordinador académico de Unión Académica Profesional (UNAP Seminarios), presidente honorífico de la Academia de Derecho y Argumentación. Correo electrónico: jroseroc@unapseminarios.com

Cómo citar este artículo: Rosero Cabezas, Jaime. 2023. "Filosofía del Derecho en la actividad del jurista práctico. Una mirada desde el postpositivismo". Revista de estudios jurídicos Cálamo, N° 18: 93-105.

INTRODUCCIÓN

La Filosofía puede ser entendida como una parte fundamental del desarrollo de la sociedad. Su búsqueda de respuestas racionales a los problemas del mundo y su interés en ofrecer repuestas a fenómenos y situaciones sociales, la convierten en la base de toda colectividad. Sin embargo, para efectos prácticos, la Filosofía no genera mayor interés en las personas que forman parte de una sociedad (por lo menos en su gran mayoría), pues es común observar un desarraigo total a temas filosóficos, lo que ha desembocado en un desentendimiento hacia los temas que le ocupan y, sobre todo, a un alejamiento de las bondades que la Filosofía puede aportar a la sociedad en todos los niveles.

Misma suerte se observa en la Filosofía del Derecho y en su relación con la parte práctica: existe una desconexión total y evidente entre la práctica del jurista y el estudio filosófico del Derecho. Esta realidad ha marcado el desarrollo del proceso judicial en muchos contextos y ha dado cabida a un posicionamiento enorme del empirismo en la práctica diaria de abogados y jueces. En este sentido, los cuestionamientos que podemos tener frente a esta realidad pueden ser muy variados y dependen de la posición desde donde se los realiza (filósofos del derecho o juristas prácticos). Considero que lo importante es poner en la mesa del debate este tema, y para ello es necesario ver las posibles causas de esta realidad.

En primera instancia, el rol de la Filosofía del Derecho es fundamental y su entendimiento brindará mayor valía al ejercicio profesional. El problema radica en que la Filosofía del Derecho no es del todo valorada por el jurista práctico y, entre un cúmulo de motivos, puedo distinguir cinco que considero importantes:

1. La estructura de los textos jurídicos sobre Filosofía del Derecho son, en gran medida, poco entendibles o su lectura se torna pesada; esto causa un efecto distancia-desinterés de parte de quienes ejercen la profesión y produce un alejamiento marcado entre estos¹.
 2. Este alejamiento ha permitido que se intente suplir su falta con cuestiones meramente accesorias; por ejemplo, manuales de litigación, formato de demandas, técnicas de argumentación y litigación etc.; cuestiones que a lo único que motivan es a un ejercicio limitado e inercial del Derecho. Similar es el caso de la teoría de la argumentación jurídica (por desconocimiento o no), pues se cree que es netamente práctica y no se visualiza que tiene una fuerte carga *iusfilosófica*.
 3. Existe un fuerte apego a entender el Derecho como un conjunto de normas autoritativas reguladoras de las sociedades (normativismo), y producto de aquello se ha dejado de lado una realidad evidente: no existe institución social en cualquier nivel en donde el Derecho no tenga incidencia y juegue un rol transformador, en otras palabras, no se entiende que el Derecho tiene una carga social alta y que por esa cuestión su actividad es práctica (Atienza 2018, 15).
 4. Todo el conocimiento filosófico del Derecho ha sido gradualmente encasillado en una idea especulativa lineal, principalmente porque se dejó de lado la idea de una construcción sistematizada del Derecho apegada a los saberes del jurista práctico y su desarrollo alrededor de sistemas jurídicos (Nino 2018, 315).
 5. La realidad de nuestra práctica jurídica es hacer Filosofía sin saberlo. En el ejercicio de la profesión se utilizan ideas filosóficas y teóricas, pero las mismas carecen de análisis o conciencia de su uso.
- Tratar de encontrar el camino para una solución a estos problemas es algo complejo; no obstante, se lo debe intentar. En este punto, considero que uno de los mecanismos idóneos para encaminar la discusión, es entender o mirar el problema desde las teorías postpositivistas del Derecho (he ahí el nombre del artículo); por ello, la propuesta que quiero presentar está guiada por lo escrito, disertado y publicado por los referentes de esta corriente, de la cual me considero un adherente.

¹ Cuestión que ya ha sido expuesta por el profesor Manuel Atienza en varios espacios académicos; a lo que yo podría agregar (sobre todo en el espacio latinoamericano) que es una falacia creer que mientras más complicado el texto, mayor conocimiento o erudición tiene el autor.

Debo aclarar, mi intención es acoplar las bondades de la Filosofía del Derecho a la actividad del jurista práctico; en especial, a la actividad del abogado, a quien

imagino como pieza fundamental del proceso judicial y, por ende, del proceso argumentativo, idea que he defendido en varios espacios académicos.

LA DEMANDA (NECESIDAD) DE FILOSOFÍA DEL DERECHO EN EL CONTEXTO ACTUAL

Hablar de demanda de Filosofía del Derecho resultaría un tanto contradictorio, dadas las circunstancias explicadas en la introducción de este artículo. Sin embargo, hay que remarcar, si hoy hablamos de una necesidad es, en gran medida, por el desarrollo y evolución que ha tenido el Derecho en las últimas décadas. Esa desenfrenada necesidad de explicaciones base sobre cómo funciona el Derecho², cuál es su finalidad y cómo se lo debería entender, nace con las mismas teorías precursoras de la argumentación³, la entrada en escena del constitucionalismo, los derechos fundamentales, la visión integradora de los derechos humanos y, en esencia, el cambio latente en la manera de entender la interpretación de derechos (Ródenas 2017, 34).

Como sostiene la profesora Ángeles Ródenas: “La incursión de este nuevo panorama en el Derecho ofrece una nueva edad de oro a la Filosofía del derecho. La Filosofía del Derecho del siglo XXI se encuentra ante el reto evolutivo de reinventarse a sí misma para facilitar la comprensión teórica de todos estos fenómenos, o dejarse extinguir, convertida en un saber de arcanos” (Ródenas 2017, 34). Está claro que las condiciones actuales del estudio y práctica del Derecho dan cabida a una necesidad filosófica base; sin embargo, esto no significa que todos los intervinientes en la práctica jurídica sean conscientes de aquello o que, al menos, se den cuenta de esta necesidad. Al hablar de demanda, me quiero referir a que las condiciones actuales del Derecho requieren de temas filosófico-jurídicos para su entendimiento o desarrollo, lo que no está del todo claro para quienes ejercen. Creo que el reto va por este

camino, hacer visible esta necesidad y, desde de ahí, construir una vía conectada a los saberes jurídicos prácticos y teóricos.

Por citar un ejemplo, en un Estado constitucional de derecho, tanto la actividad del juez como la del abogado sufrieron un cambio radical; sea en su proceso interpretativo, comunicacional (lenguaje) o procesal, lo que obligo a entender de manera diferente la práctica del jurista. En este contexto, la Filosofía del Derecho se convierte en un mecanismo de dotación de herramientas (sobre todo teóricas) para afrontar los nuevos retos que el constitucionalismo requiere: lo mismo se puede traducir al auge de los derechos humanos, de las teorías de la argumentación jurídica, etc. Lo que se debe entender es que todo esto ha abierto las puertas a una mejor visualización del Derecho como práctica.

En ese sentido, todos estos cambios en la Teoría del Derecho nos han permitido fijar nuestro punto de atención a cuestiones relevantes (lo cual no sucedía antes) y ha consentido, de manera indirecta, a un progreso en la actividad del jurista práctico. Hemos pasado de un ejercicio inercial de la profesión a uno mucho más crítico y analítico; sobre todo en el caso del abogado, pues nuestro ejercicio práctico, de a poco, abandonó esa idea, muy arraigada en nuestra cultura, de creer que el Derecho se aprende en los juzgados. Hoy damos cabida a un análisis mucho más preciso, técnico y teórico de cada caso; cabe aclarar, esto se ha dado más por la necesidad y el avance del Derecho que por voluntad propia. Sin embargo, las condiciones son propicias para el desarrollo de una Filosofía del

2 Según el Profesor Rodolfo Vigo, ante la consulta sobre si el jurista debe conocer de Filosofía del Derecho, lo mínimo que un jurista debe procurar entender son cuestiones esenciales acerca del Derecho; es decir, temas que la Filosofía del Derecho trata y estudia a plenitud: concepto del Derecho, teoría de la justicia, escuelas del Derecho, etc. (entrevista al profesor Rodolfo Vigo por el Dr. Guillermo Tenorio Cueto, realizada en el programa Ante la Ley, de la Alianza para la Excelencia Académica del DE, 2015; disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=0Y3xkjZIK-k&t=1955s>).

3 Teorías que promulgaron la idea de superación de la lógica formal en el razonamiento jurídico y pusieron en la palestra del Derecho, nuevamente, temas como la retórica, tópica, dialéctica, etc. Entre sus máximos exponentes tenemos a Theodor Viehweg, Chaim Perelman y Stephen Toulmin.

Derecho apegada a la práctica del jurista, situación que se ha dado durante algún tiempo, aunque muchos de sus intervinientes no tengan un sentido real de su dimensión.

En consecuencia, la necesidad de la que hablamos es real y tangible, pues resulta evidente cómo se ha enriquecido el debate jurídico apegado a la Filosofía del Derecho. Respecto a esto, la profesora Ángeles Ródenas señala: “En suma, existe una demanda real y efectiva de un análisis filosófico que haga emerger toda esa parte del fenómeno jurídico cuya novedad plantea serias dificultades en su manejo a dogmáticos y juristas prácticos. Esta tarea constituye un nuevo y atractivo reto para la investigación en Filosofía del Derecho: de que este reto sea adecuadamente atendido dependerá, en buena medida, el futuro de nuestra disciplina” (2017, 36). Esta reflexión nos deja dos ideas: si la Filosofía del Derecho logra incrustarse en el ejercicio diario del jurista, podrá tener un amplio campo de aplicación; lo mismo se podría ver reflejado en la actividad dogmática, pero dependerá de cómo se lo intenta. En ese sentido, si seguimos con la misma intención de crear una ciencia genuina del Derecho, apartada de los propósitos y funciones que aportan los juristas prácticos (Nino 2018, 315), el resultado no será distinto a lo que sabemos; es por ello que su vínculo debe estar ligado a las teorías que le permitan esa fluidez o ese libre desarrollo. Lo que quiero resaltar en este punto es que, una visión práctica del Derecho es la que se conecta a esta idea; por ende, la teoría postpositivista es la que más se ajusta a esta realidad (como lo explicaremos más adelante).

Con lo indicado, sin pecar de optimista, considero que las realidades actuales ayudan a un posicionamiento de la Filosofía del Derecho en los saberes jurídicos y, en consecuencia, dependerá de quienes estamos interesados o inmersos (en distintos niveles) en estos temas, el trabajar para cumplir con esta necesidad. Coincido con el profesor Manuel Atienza en entender que Filosofía del Derecho no puede quedar exclusivamente en manos de filósofos; más bien, debe ser democrática y compartida (Otálora Malassis 2018, 244).

En conclusión, la actividad del jurista práctico siempre va a requerir de Filosofía del Derecho, y creería

que esta necesidad (por lo menos en el futuro cercano) seguirá en aumento, pues la evolución que estamos presenciando del derecho nos ha orillado (consciente o inconscientemente) a mejorar nuestra actividad práctica: siendo la opción *iusfilosófica* la vía para lograr aquello. Recojo lo escrito por el profesor Jesús Vega al señalar: “Pero lo cierto es que los juristas-filósofos han seguido echando mano de Filosofías generales vigentes o no tan vigentes (así, no se entendería a Kelsen sin Kant, a Hart sin Wittgenstein, a Finnis sin Tomás de Aquino, a Alexy sin Habermas, a los hermenéuticos sin Gadamer), Filosofías a las cuales sin embargo dan giros diferentes y novedosos, impulsados por el interés reflexivo en función del Derecho y los desarrollos de la práctica jurídica” (Vega 2018, 5). Lo cierto es que, mientras la práctica jurídica avanza, los temas de Filosofía relacionados al Derecho siempre serán útiles y necesarios, incluso en la dogmática jurídica (como lo veremos), por lo que debemos entender esta demanda como una necesidad imperante.

Dogmática jurídica en la práctica del jurista: ¿es necesaria en el contexto actual?

Con el avance del Derecho que hemos mencionado, resulta improbable que la dogmática jurídica no sienta un cambio o una necesidad de expandir sus áreas de desarrollo. En este caso es forzoso realizar varias puntualizaciones *a grosso modo*, sobre todo para encastrar el desarrollo de este artículo, y no dejar de lado el aporte que brinda la dogmática jurídica al ejercicio práctico y los beneficios que tendrá al conectarse con ciertos saberes de la Filosofía del Derecho. Ante esto, entiendo el arraigo, entre los juristas prácticos, del término dogmática jurídica; sin embargo, considero que hay elementos que se debe tomar en cuenta para dar una idea del cambio que debe tener para acoplarse a las realidades teóricas actuales, ante esto puedo indicar:

1. La intensión de una construcción de ciencia jurídica, por varias escuelas del Derecho, tiene real incidencia en el desarrollo y evolución de la dogmática jurídica. Ese objetivo de dar un sentido de cientificidad al Derecho ha construido el camino en que la dogmática jurídica ha desempeñado su desarrollo. En consecuencia, en el modelo de

Kelsen, la idea de ciencia jurídica se construyó apartada de elementos extra-normativos, sociológicos, económicos e ideológicos (Nino 2018, 315), con vistas a un modelo de descripción normativa; así, la dogmática jurídica tuvo en el positivismo jurídico un desarrollo amplio⁴ y al mismo tiempo se limitó a ser una disciplina del Derecho cuyo objetivo primordial fue la extracción de contenido y significado de las normas jurídicas positivas. Al respecto, Carlo Nino indicó lo siguiente: “El calificativo de ‘dogmática’, con que se suele señalar la clase de investigación jurídica que venimos analizando, constituye un indicio de una actitud que puede considerarse típica de esta modalidad de ciencia jurídica: la aceptación dogmática de la fuerza obligatoria del derecho positivo” (2018, 322). Estamos, por tanto, ante una adhesión de la dogmática jurídica al Derecho positivo; y es que no podía ser de otra forma, pues son las normas el punto de partida desde donde los dogmáticos ejercen su labor y operan (Atienza 2018, 167).

Sin embargo, esto no quiere decir que la dogmática jurídica no haya realizado, esté realizando o pueda realizar, actividades fuera de la interpretación normativa. De hecho, pese a la limitación presentada (concepción dominante teñida por un tipo de positivismo), la dogmática jurídica ha buscado los modos y brindado un aporte al ejercicio del Derecho (pese a que su naturaleza no lo requiere) (Aarnio 1991, 53). En este contexto, logró reformar el Derecho, brindando precisiones a conceptos vagos de las normas, ayudó en el campo de las lagunas jurídicas y aportó con ideales axiológicos a las normas (Nino 2018, 326); todo esto tuvo como resultado un ajuste del Derecho hacia ideales racionales desde un uso de la norma positiva.

2. Es innegable que el uso recurrente de la dogmática jurídica ha visto su máxima difusión en la actividad de los juristas prácticos y se han notado algunas conexiones con la aplicación del Derecho (sobre todo de los jueces) (Aarnio 1991, 55),

pues en el desarrollo práctico de su actividad (al estructurar sentencias) usan dogmas jurídicos en sus ideas y proposiciones, del mismo modo que los abogados en sus alegatos. Empero, pese a su innegable utilidad en la práctica, la dogmática jurídica ha empezado a ser cuestionada, sobre todo en el punto de la justificación de sus presupuestos y en el hecho de que su descripción del Derecho no es realmente fiel a la realidad de este; en otras palabras, el avance del Derecho que hemos mencionado en líneas anteriores, ha puesto en evidencia que la dogmática jurídica se ha estancado en los saberes jurídicos actuales; un ejemplo claro de esto se puede ver en la altísima necesidad que los juristas prácticos han puesto en la jurisprudencia constitucional. Se ha dejado de lado el trabajo dogmático y hemos puesto nuestra atención a la labor teórico-práctica de las altas cortes: quizá esto se deba a la necesidad de darle fuerza de autoridad a nuestros argumentos, al trabajo filosófico jurídico que desempeñan la jurisprudencia actual, la entrada en vigencia del constitucionalismo y el rol que juegan los principios actualmente, entre otras cuestiones. El profesor Atienza indica: “Sea como fuere, lo que parece claro es que hoy en día el uso de la expresión ‘dogmática jurídica’ resulta sumamente inadecuada para dar cuenta del saber característico de los juristas que tradicionalmente se denominó más bien jurisprudencia” (2018, 170).

Pareciera que los estudios actuales del Derecho ya no se acomodan a lo que conocíamos como dogmática jurídica o, por lo menos, son insuficientes para dar cuenta justificada de cierta postura, lo que podría lograrse desde la Filosofía del Derecho o la teoría del Derecho (*ibidem*). Pero esto no significa, de ninguna manera, que debemos prescindir de la dogmática jurídica en la actividad práctica del Derecho, se la debe readecuar y entender de diferente manera; como se mencionó, la dogmática jurídica nos ha demostrado que puede ser versátil y ampliar su campo de acción dentro de sus propios límites: tomar el camino para entender a

⁴ Aclaro que la dogmática jurídica no nació con el positivismo, su inicio data de mucho antes, con la consolidación de la escuela histórica del Derecho de los siglos VVIII y XIX, corriente doctrinal que afirma que el estudio del Derecho debe realizarse visualizando el avance histórico de cada pueblo en conjunto con sus tradiciones y costumbres.

la dogmática jurídica más afín a la realidad práctica y social del Derecho, sería (por lo menos en teoría) lo adecuado.

3. En el punto uno de este apartado indiqué que la idea de científicidad del Derecho tuvo incidencia en el desarrollo de la dogmática jurídica; por ende, es común que se trate de dar un valor científico a su actividad, pero los cuestionamientos que hablamos sobre la dogmática jurídica, apuntan también a esta situación. Resulta que la dogmática jurídica es más una técnica social que una ciencia y, como consecuencia, se desarrolla en el ámbito de toda la razón práctica, lo que la convierte en realidad en una tecno-praxis⁵ (Atienza 2018, 186). En este punto se debe entender que la actividad de los dogmáticos jurídicos es mixta (por así decirlo), pues usan conocimientos científicos y prácticos para la solución de problemas. Esta combinación de saberes y usos ha logrado que la dogmática no solo se limite a elementos técnicos⁶, se la entiende también desde una visión ética y política (Filosofía práctica) que busca justificar esos procedimientos técnicos a través de valores fin, esto lo hace incompatible con el positivismo jurídico (obviamente) (Atienza 2018, 190); por ello, la discusión filosófica del Derecho, que aborda los

temas del constitucionalismo y las teorías de la argumentación jurídica, han incidido claramente en el camino hacia donde la dogmática jurídica se dirige.

Sería entonces una dogmática jurídica mucho más apegada a la Filosofía del Derecho, con lo cual seguiría cumpliendo con la función social que desarrolla. Carlos Nino lo avizoró de este modo: “requiere, obviamente, que los juristas tengan una preparación teórica bastante compleja. Ellos deben manejar herramientas conceptuales y lógicas relativamente sofisticadas, estar familiarizados con elaboraciones de las ciencias sociales, concierne a su área de estudio y, sobre todo, tener una buena formación en filosofía política y moral” (2018, 346). En consecuencia, la dogmática jurídica actual necesita de la Filosofía del Derecho para que siga siendo una disciplina del Derecho útil para el ejercicio práctico del jurista. A mi parecer, la dogmática jurídica sigue siendo necesaria, pero debe acoplarse para que su trabajo tenga incidencia en el desarrollo de los saberes jurídicos actuales, y el único camino en donde mejor verá ese acoplamiento es en el sistema que ahora conocemos como Estado constitucional de derecho (postpositivismo).

DES-CONEXIÓN DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO CON LA ACTIVIDAD DE LOS JURISTAS PRÁCTICOS

El profesor Manuel Atienza indica lo siguiente: “Entre nosotros, lo más frecuente ha sido entender la Filosofía del Derecho como una actividad de filósofos del Derecho (a decir verdad, no siempre interesados por lo que puede considerarse como la vida – la realidad- del Derecho) y dirigida también a filósofos del Derecho” (2020, 170). Si hablamos de un desinterés por parte de los juristas prácticos hacia temas de Filosofía del Derecho, debemos también hablar de un desinterés por parte de los filósofos del Derecho en difundir sus conocimientos a sectores que no sean

sus propios auditorios particulares. Esta realidad encasilló los saberes del Derecho, básicamente a un espacio exclusivo, lo que limitó su expansión a todas las esferas de la vida práctica, creando una especie de escudo frente a otras zonas del Derecho, sobre todo la procesal; cuya tendencia es no reconocer su utilidad o calificar como no interesantes los temas que toca la Filosofía del Derecho, mucho de esto debido a su alto grado de sofisticación. Cabría aquí la referencia que el profesor Atienza realiza sobre las burlas de Von Ihering dirigidas a los formalistas, que, a decir de este

⁵ La tecno-praxis a la que hace referencia el profesor Atienza, hace alusión a su idea de dogmática jurídica, situándola en una posición mixta o híbrida entre los saberes técnicos sociales y la Filosofía práctica.

⁶ Ayudar a la interpretación de la norma adecuada, creación de leyes sin lagunas y contradicciones, etc.

último, pasan entretenidos en el cielo de los conceptos y en sutilezas carentes de cualquier interés práctico (Chaumet 2018, 4).

Nos encontramos, entonces, frente a una complicidad compartida en el contexto de esta desconexión entre estos saberes filosóficos y prácticos del Derecho; subsiguientemente, si hablamos de una necesidad en la práctica jurídica de la Filosofía del Derecho, esta última también necesitaría de los juristas para que sus saberes sean expandidos, comprobados y útiles para la sociedad, pues los juristas prácticos son en esencia participantes directos de una práctica social muy compleja llamada Derecho (Aguiló Regla 2008, 24), por lo que no son meros observadores o aplicadores de la ley, su compromiso va mucho más allá de una simple actividad lineal: sus intervenciones y acciones han contribuido (desde siempre) al desarrollo del Derecho (aunque no sean conscientes de esto). En este contexto, creo que el rol del jurista práctico contribuirá al posicionamiento de la Filosofía del Derecho en el mundo práctico: esto último es una labor que ni la dogmática jurídica podría hacerlo de manera independiente. Y para lograr este objetivo (que, muy en su interior, es, más bien, una evidente conexión entre estos dos saberes) necesitará de una estructura del Derecho que prime los valores fin, la actividad social y práctica del Derecho.

Lo que se quiere decir con esto es que un modelo positivista del Derecho resulta insuficiente (otra vez) para dar cuenta de hacia dónde se dirige una actividad del jurista práctico, actividad que actualmente va mucho más apegada a los saberes de la Filosofía del Derecho y a lo que hoy conocemos como postpositivismo. Para graficar este punto, desde una visión estática y dinámica del Derecho como ejercicio práctico, se pueden contraponer cada uno en sus fines teóricos, así: en el positivismo, el Derecho siempre se objetiva en normas (Aguiló Regla 2008, 25). Es decir, su base es la norma escrita, y las valoraciones que se realicen en su actividad de manera dinámica no se saldrán de los lineamientos de estas, lo que da como resultado un proceso valorativo casi nulo. Mientras que en el postpositivismo el Derecho tiende a verse como una realidad social compleja y dinámica (*ibidem*) en donde se entiende que no solo existen reglas, sino valores fin

(principios) que juegan un rol decisivo en la estructura del Derecho: aquí se pasa a tener una actividad constructiva de una práctica social apegada a los saberes jurídicos, actividades que requerirán en gran medida justificación en sentido amplio (argumentación). Entonces, si el postpositivismo pone mucha atención a la actividad práctica del Derecho, y la actividad de los juristas prácticos es en esencia una práctica social, la desconexión se convierte en conexión, pero hay que entenderla y para ello me permito desarrollo lo que sigue.

En la introducción de este artículo tracé cinco puntos que establecían las posibles causas de una desconexión entre estos saberes, si se presta atención a los mismos, ninguno de ellos corresponde a un factor infranqueable, es decir, no son realidades inquebrantables con presupuestos invariables, considero más bien, que son de fácil superación y de hecho esto es lo que se busca dejar sentado en este artículo. Se podría citar o analizar algunas causas más, sin embargo no lo haré, específicamente porque el objetivo en este punto es centrarme en la parte menos apreciable de este tema, que es la conexión que puede existir entre la Filosofía del Derecho y la actividad del jurista práctico, que como se indicó es más amplia de lo que se cree. Entonces, para sentar las bases de una conexión, debemos razonar el rol y actividad del jurista práctico (juez o abogado) y el espacio en donde realizan su actividad, los medios utilizados y la realidad de los mismos. En un trabajo anterior propuse la idea de un Auditorio Judicial, como una variante al auditorio particular de Perelman, estableciendo que este sería el espacio (proceso) en donde el jurista práctico ejerce toda su actividad; intenté darle un rol fundamental y poner sobre la mesa de la discusión por qué el proceso argumentativo del abogado es trascendental para una Litis (Rosero Cabezas 2021, 11). Siguiendo esa misma línea puedo distinguir una diferencia inicial entre la actividad de los juristas prácticos sean estos jueces o abogados; en consecuencia, el juez tiene una actividad tendiente al conocimiento del Derecho, una actividad de sapiencia, mientras que el abogado tiene una actividad de construcción, dirigida en gran medida a la persuasión.

Con ello, la actividad de cada uno tiene las siguientes características: 1.- el juez ha tenido toda la atención

de la teoría, sobre todo de las teorías estándar de la argumentación, su rol es entendido como el medio preciso para visualizar un proceso argumentativo, y para este efecto se le exige un proceso de motivación amplio y suficiente, en otras palabras el juez tiene el rol de presentar de manera correcta su sentencia, con argumentos claros, precisos y que versen sobre el desarrollo de la Litis, amén del desarrollo probatorio que haya tenido lugar y la aplicación del conocimientos con manejo adecuado de las normas vigentes (Rosero Cabezas 2021, 12); 2.- El abogado por su parte tiene una actividad mucho más amplia (en relación al proceso de construcción referido); pues, trabaja esencialmente para su argumentación estratégica, con un objetivo claro tendiente a una labor de persuasión, en el sentido de que es a él (juez) a quien se apunta todo el esfuerzo para demostrar o persuadir que nuestros argumentos son los correctos y los que han brindado justificación en todo ámbito (Rosero Cabezas 2021, 15), es su actividad por tanto amplia en todo sentido.

Resulta obvio a estas alturas (sobre todo para quienes litigan) que la actividad del Juez y del Abogado es una práctica social por excelencia, en donde todos sus intervinientes interactúan y llevan a cabo un proceso que tiene lugar en un mismo espacio; por ello es necesario y urgente prestar atención con más detalle el aparataje que comprende el proceso en general; pues, en este confluyen una alta gama de conocimientos tanto **filosóficos, científicos, técnicos**, en otras palabras, el desarrollo de una Litis no es (ni debe ser) estático o simple. Con lo indicado, la Filosofía del Derecho desde una visión de transformación social

apegada al postpositivismo, aporta de buena manera elementos nuevos para la práctica jurídica, tanto para jueces y abogados, lo que da paso a un modo de ejercer el Derecho mucho más apegados a las realidades sociales, el profesor Manuel Atienza sostiene: “Y adonde quiero llegar con todo esto es a la necesidad de configurar los programas de Filosofía del Derecho de nuestras facultades como programas de Filosofía del Derecho para juristas y no para aquellos interesados más bien en el desarrollo técnico de la materia: para los propios filósofos del Derecho” (2020, 171), se avizora entonces una reestructuración del aprendizaje del Derecho tendiente a tomar la parte práctica en serio.

Podremos concluir, que en la actualidad y dentro del contexto de la realidad jurídica, son más las conexiones entre la actividad de la Filosofía del Derecho y el jurista práctico. Adicional, resulta un tanto claro observar, que los problemas que hablamos en la introducción del artículo, son más accesorios y superables de lo que parecen; que una mirada hacia una práctica social del Derecho es el camino hacia donde apunta esta unión; que el jurista juega un rol fundamental en este proceso de socialización de los conocimientos jurídicos, por lo que, conocer donde desempeñan su actividad, como lo hacen y el rol que cumplen para su desarrollo es totalmente necesario, si lo que se busca es transformar la sociedad (Garza 2015); en este contexto ¿Cuál es el objetivo de lograr todo esto? ¿A qué Filosofía del Derecho apuntamos?, sus respuestas no son claras, ni mucho menos consensuadas, pero intentaré contestarlas en el punto que viene.

FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TRANSFORMACIÓN SOCIAL: UNA MIRADA DESDE EL POSTPOSITIVISMO

Como se ha indicado, el desarrollo del Derecho tuvo en las últimas décadas un avance sumamente importante, una evolución en la forma de pensar y repensar los problemas, haciendo uso de otros puntos de vista (generalmente marginados por ellos mismos). Así, la ciencia del Derecho se abrió a los saberes sociales como la sociología, política, psicología, etc., pues nuestra actividad corresponde en definitiva a una

ciencia social esencial que juega un rol transformador, incluso más decisivo y determinante que la sociología teórica (Atienza 1998, 430), pues la sociedad toma su identidad y desarrollo siempre a través de la estructuración del Derecho.

Dentro de esta realidad, se ha propuesto la idea de una nueva teoría del Derecho que algunos llaman

constitucionalismo y otros prefieren referirse a ella como postpositivismo, sea como fuere, esta idea del Derecho a entrado con mucha fuerza en los saberes jurídicos actuales, constituyéndose en una vía alternativa para su aprendizaje, fuera del “quietismo formal

y aséptico del positivismo analítico” (Buzón y Garza 2022, 15). Para efectos del presente artículo creo que es necesario delimitar lo que es postpositivismo (por lo menos en sus cuestiones más básicas), para ello me permito graficarlo en la siguiente tabla:

Tabla 1: Principales características del postpositivismo

POSTPOSITIVISMO	
1. Derecho como práctica social	El derecho tiende a verse como una realidad social muy compleja, por lo que este depende de su propia práctica y de altos procesos justificativos.
2. Teoría integradora	Resulta ser en alguna medida una combinación de las corrientes del realismo, del positivismo y del propio iusnaturalismo, entre otras.
3. Relaciones lógicas y relaciones de justificación	En un sistema jurídico no solo se dan relaciones lógicas de deducibilidad, se recurre también a la idea coherencia valorativa
4. Reglas y principios	Para entender un sistema jurídico, hay que tomar en cuenta que además de reglas, existen principios, se busca guiar la conducta mediante principios.
5. Ponderación vs subsunción	Los problemas entre principios se solucionan con ponderación, las reglas aplican la subsunción, esto significa que la dimensión valorativa y justificativa del derecho adquiere una relevancia fundamental

Fuente: Aguiló Regla 2008.
Elaborado por el autor.

Dentro de este gran aparataje teórico y filosófico que es el postpositivismo, que tiene entre sus máximos exponentes al profesor Manuel Atienza y la escuela Alicantina, se ha concebido la idea, que el Derecho puede ser una herramienta para la transformación social apoyado en la Filosofía del Derecho.

Filosofía del Derecho postpositivista: una propuesta de transformación social

Entiendo que la idea de una transformación social vaya de la mano con una idea de Filosofía del Derecho postpositivista; pues, si se busca transformar la sociedad a través del Derecho, se debe entender la importancia de los saberes sociales y acoplarlos a una nueva ciencia del Derecho para su progreso. Por tanto, una Filosofía del Derecho postpositivista, sería (a breves rasgos) aquella que contempla en la enseñanza de sus saberes,

a más del estudio del orden normativo y el derecho reflexionado, cuestiones relacionadas a la función de los saberes sociales en el desarrollo de los saberes jurídicos, mirar el Derecho con valores de fin (principios) y efectivizar su dinamismo en la realidad jurídica. Por su parte, la transformación social a la que se apuntaría sería fundamentalmente aquella que ponga énfasis en los procesos de reconstrucción de saberes para la base de una nueva relación social y en el punto del uso del Derecho para este objetivo, tener claro que la vinculación con la sociedad para la viabilidad de estos ideales, se haría con elementos propios de la sociedad con valores de fin.

Aclaradas estas dos cuestiones, debemos fijar nuestra atención a quienes serán los elementos efectivos para lograr la idea de transformación a través del Derecho. Si miramos el desarrollo que hicimos sobre la

conexión entre los saberes de los filósofos del Derecho y los jurista prácticos, podremos determinar que quien ejerce la practica seria el que puede ayudar en la trasformación social, en ese sentido, los juristas son los encargados de aplanar el camino para que esto suceda, eso sí, siempre apegados a los saberes filosóficos jurídicos. Esto lo sostengo porque para la actividad que desarrollan, se toman diferentes decisiones que inciden en la vida de la gente (Atienza 2018, 345-348), un ejemplo claro de esto es la actividad de los jueces, quienes a través de sus decisiones (sentencias) cambian condiciones, sin embargo, no solo los jueces son parte activa de este cambio social, los abogados, fiscales y todo aquel que tenga incidencia en el sistema judicial, tiene un rol activo en el ejercicio de los derechos (*ibidem*), todo este conglomerado denominado juristas prácticos, son potenciales opciones para hacer efectivo el cambio social.

Con lo indicado, entender el sentido de transformación social desde la Filosofía del Derecho, supone (necesariamente) pegarnos a la idea postpositivista, pues es la que brindará mayor movilidad para este objetivo. En ese sentido, debemos ser claros en señalar que, ni el *iuspositivismo*, el positivismo jurídico, el *iusnaturalismo*, las teorías críticas del Derecho etc., entre otras corrientes (Atienza 2018, 345-346), dan resultado a este objetivo, en esencia por las mismas falencias que estas presentan; Es entonces el Postpositivismo la teoría que mayormente se ajusta a este fin, a la idea de transformar la sociedad desde el Derecho. Manuel Atienza sostiene que: “En todo caso, me parece que el postpositivismo está en principio en mejores condiciones que las otras concepciones del Derecho para articular un modelo de Filosofía del Derecho que pueda contribuir a la transformación social” (Atienza 2018, 345-347), estas condiciones a la que se refiere el autor tienen que ver con el sentido “integrador” de esta concepción; pues, si bien realiza fuertes críticas a otras corrientes, se entiende que mucho de ellas es útil para mejorar la teoría del Derecho, un ejemplo de esto puede ser, que del positivismo jurídico resulta ventajoso todo lo desarrollado sobre el método jurídico, incluso

la misma concepción o necesidad de las normas, entre otras cosas. En definitiva, se sigue necesitando una buena organización de enunciados jurídicos (teoría de las normas) para el desarrollo de toda ciencia del Derecho, sin embargo, queda claro que esta por si solo resulta insuficiente para el propósito.

La concepción postpositivista del Derecho, con errores y aciertos ha contribuido a sentar la base para la idea de la transformación social, y para eso se ha apoyado en los valores del constitucionalismo (Atienza 2018, 345-357); ahora resultaría un poco obvio conectar todos estos puntos, y vislumbrar que el constitucionalismo y que la prevalencia de los derechos fundamentales, fueron el punto de inflexión para conectar el sentido social del Derecho a la práctica, y esto es algo que se ha visto en los tribunales y en el modo en que se ejerce en la actualidad, pasamos (los juristas prácticos) de mero aplicadores de la norma, a ser partes activas de su interpretación, uso, manejo y cambio.

El postpositivismo se apoya en el giro argumentativo del Derecho; su incidencia en la vida procesal, a mi entender, abrió el camino para que notemos la necesidad de temas filosóficos para nuestro ejercicio. En otras palabras, desnudó una realidad del proceso y la litis a nivel general. En relación a esto, el profesor Jesús Vega señala: “Pues la concepción más coherente con la verdadera posición que el Derecho ocupa dentro del espacio político-moral –precisamente por la centralidad que para él tienen los valores–, esto es, la concepción postpositivista que llamamos constitucionalismo o la visión argumentativa del Derecho, supone trascender ese planteamiento metódico avalorativo del positivismo para concebir la Filosofía del Derecho como Filosofía práctica integrada con la Filosofía moral y política” (2018, 19). Si de todo esto se podría obtener una respuesta a la interrogante: ¿hacia dónde va la Filosofía del Derecho?, no dudaría en indicar que la misma se va a encasillar en la práctica del jurista, apoyada con elementos del constitucionalismo y la teoría de la argumentación jurídica⁷.

7 Esta idea tiene sus detractores, y la mayoría de los ataques es, sin duda, a la libertad que se daría a los intervinientes en el proceso. En el caso de los jueces, se corre el riesgo que su actividad se encajone en un activismo judicial, lo que desvirtuaría su rol. Desde ese punto de vista, concuerdo en que existe un riesgo, y, por tanto, hay una línea delgada entre caer en este problema o evitarlo. Creo que la solución es prestar atención a los modos de actuaciones individuales y, sobre todo, diferenciar un jurista (juez) activo de uno activista, siendo el primero el ideal a seguir.

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

No hay duda que el giro argumentativo tiene, actualmente, un posicionamiento primordial en el estudio del Derecho; sea por moda, necesidad o porque, en efecto, se ha calado en la actividad diaria de este. Lo cierto es que su estudio y utilidad, forman parte del compendio base para entender el Derecho y su práctica.

Como he mencionado anteriormente, este giro viene de la mano con otros cambios. No es coincidencia que a mayor evolución o mejora de una idea, se tenga como efecto el nacimiento de otra que se conecta o mejore la misma. Esto sucede con el constitucionalismo y el giro argumentativo, pues, si el primero nace como una contraposición al positivismo jurídico y a la idea unívoca del Derecho; el segundo, se transforma en el modo de hacer viable esa idea. En otras palabras, si lo que se busca es la prevalencia de los derechos fundamentales, el giro argumentativo pondrá las herramientas para su camino. Si el constitucionalismo pone en evidencia la necesidad de justificación de las actuaciones de los juristas, es el giro argumentativo quien lo podrá hacer. Se debe entender, incluso, que en este punto se unen más cambios, por ejemplo: la prevalencia de los derechos humanos.

Lo que quiero indicar es que estos cambios (sean por el avance desmesurado de las tecnologías, de los derechos, de los cambios culturales o por la globalización), tienden a tener un efecto en el cómo se aplica y entiende el Derecho; pues si aceptamos que es una actividad social, es obvio que cualquier cambio en su base tendrá incidencia, y, por ende, generará algún tipo de cambio. Mírese la política: su relación e incidencia en el Derecho es fuerte, pero su conexión con el mismo no se ha tomado en cuenta lo suficiente.

En definitiva, se debe entender que este giro argumentativo del Derecho lleva en su estructura una fuerte base *iusfilosófica*, lo que conecta directamente con la Filosofía del Derecho. Esto quizá, nos ayude a comprender que para poder argumentar en el Derecho y,

sobre todo, poder desempeñarse como jurista práctico (sea abogado o juez), se necesita partir de respuestas a los problemas centrales de la Filosofía del Derecho.⁸ En base a esto podremos determinar que uno de los puntos centrales de esta, en la actualidad, es el estudio de las teorías de la argumentación jurídica; sin embargo, esto no significa (desde ningún punto de vista) que la Filosofía del Derecho se reduzca únicamente a argumentación. Asumir esto sería un error y una limitación a las bondades de cada una; pues, como sostiene el profesor Atienza: “El Derecho no es solo argumentación y, en consecuencia, la Filosofía del Derecho no puede reducirse a considerar esa dimensión del Derecho, por importante que esta sea” (2020, 174). En consecuencia, se le debe ver como un mecanismo de ayuda a la práctica del jurista y como una herramienta de acercamiento a los saberes sociales y jurídicos, apoyados en los esquemas de la argumentación; si se quiere, darle un rol metodológico.

Cabe recalcar que todavía hay un camino largo por recorrer, si bien todo lo dicho se constituye en trabajos que ha cimentado el conocimiento de la argumentación jurídica. Aún hay bastante trabajo teórico por hacer, pues el giro argumentativo no ha llegado a espacios del Derecho que lo necesitan; por ejemplo, el proceso argumentativo de los órganos administrativos (Atienza 2018, 115), cuerpos colegiados, medios alternativos de solución conflictos, entre otros.

Para concluir, tomaré lo indicado por el profesor Atienza al señalar: “El -giro argumentativo- tiene que significar también un giro de carácter moral y político; y todo ello debería tener un reflejo en la enseñanza del Derecho” (2018, 116). Entre los muchos cambios que constituye el giro argumentativo, creo que el que se indica en este punto es medular: sobre todo si se quiere entender el rol de la Filosofía del Derecho y de la argumentación jurídica en la transformación social. No se debe limitar el conocimiento del jurista a cuestiones meramente legales o a un conocimiento pleno del sistema; la enseñanza del Derecho debe guiarse a

⁸ Conferencia del 13 de octubre de 2021, dictada por Manuel Atienza en la Universidad Privada de Santa Cruz, Bolivia: “Filosofía del Derecho y Transformación Social”. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=ons58HbkaJ8&t=4834s>

entender de manera profunda la realidad social en la que se maneja, y la solución a esos problemas a través de un uso adecuado de los fines del sistema, con juristas argumentativos (Atienza 2018, 116). Es decir, jueces y abogados que sepan realizar procesos argumentativos solventes, preparados; pero que, sobre todo, cumplan con un objetivo primordial: la defensa del Estado constitucional y sus derechos fundamentales.

He intentado dar claridad a temas complejos y ambiguos y espero haberlo logrado o, por lo menos, haber puesto una interrogante sobre estos temas. Lo dicho y desarrollado en el presente artículo no constituye una idea unívoca, está, por supuesto, sometida a refutaciones. Es más bien una construcción de una idea que busca mejorar la actividad del jurista práctico apoyado en lo que conocemos como postpositivismo.

CONCLUSIONES

Para concluir, quiero recalcar que apuntar a un papel de la Filosofía del Derecho más apegado a la actividad del jurista práctico significaría un mejor desarrollo profesional. Con ello, jueces, abogados, fiscales, defensores públicos y otros actores del sistema de justicia, podrían hacer efectivo el ejercicio de derechos en todos los niveles procesales. Y es que prescindir de la Filosofía del Derecho es un error, pues esta sigue presente en muchas esferas de la actividad del jurista práctico. De hecho, la necesidad de trabajar la Filosofía del Derecho en el contexto actual ayudaría, en gran medida, a mejorar la situación en la que muchos sectores del saber jurídico se encuentran ahora; es decir, estancados o limitados a un ejercicio monótono.

Las teorías postpositivistas han sentado las bases para entender al Derecho como una actividad social y para dejar de lado la construcción unidireccional de la norma. Estas, junto con los saberes sociales, nos abren el camino para una transformación social desde el Derecho.

En cuanto a estos saberes sociales, la mencionada transformación social tiene que ir de la mano con conocimientos sociológicos y políticos; saberes sociales que, muchas veces, han estado alejados del Derecho. Para terminar, espero que este artículo deje clara su conexión; que debería resultar evidente, por lo necesaria que es.

BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, Aulis. 1991. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Aguiló Regla, Josep. 2008. *Sobre Derecho y argumentación*. Palma de Mallorca: Leonard Muntaner.
- Atienza, Manuel. 2020. *Una apología del Derecho y otros ensayos*. Madrid: Trotta.
- _____. 2018. *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.
- _____. 1998. "Entrevista a Aulis Aarnio". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 21-1: 429-37. <https://doi.org/10.14198/DOXA1998.21.1.23>
- Buzón, Rafael y Juan Garza. 2022. *La escuela de Alicante de Filosofía del Derecho. Argumentación jurídica y postpositivismo*. México: Tirant lo Blanch.
- Chaumet, Mario. 2018. "Derecho y transformación social (un camino abonado por iusFilosofías latinoamericanas premonitorias)". Texto no publicado. Acceso el 20 de octubre de 2022. Disponible en: https://www.academia.edu/49443537/Derecho_y_transformaci%C3%B3n_social_MChaumet
- Garza Onofre, Juan Jesús. 2015. "Entrevista a Manuel Atienza". *Ciencia Jurídica*, vol. 4, n.º 8: 169-83. <https://doi.org/10.15174/cj.v4i2.156>
- Nino, Carlos Santiago. 2018. *Introducción al análisis del Derecho*. Madrid: Ariel.
- Otálora Malassis, Janine. 2018. "Filosofía del Derecho y transformación social (El Derecho como transformador de la sociedad y la realidad, en el pensamiento de Manuel Atienza)". *Revista mexicana de estudios electorales* 2(20): 241-250. Acceso el 7 de octubre de 2022. <http://www.rmee.org.mx/index.php/RMEstudiosElecttorales/article/view/278>
- Ródenas, Ángeles. 2017. "Desafíos para la Filosofía del derecho del siglo XXI". *Derecho PUCP*, n.º 79: 33-46. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201702.002>
- Rosero Cabezas, Jaime David. 2021. "Auditorio judicial: una aproximación retórica a la actividad procesal". Trabajo de fin de máster presentado en la Universidad de Alicante. Disponible en: https://www.academia.edu/83143441/EL_AUDITORIO_JUDICIAL_UNA_APROXIMACION_RETORICA_A_LA_ACTIVIDAD_PROCESAL
- Vega, Jesús. 2018. "La Filosofía del Derecho como Filosofía práctica". *Revus*, n.º 34. <https://doi.org/10.4000/revus.3859>