

POSITIVISMO Y POSTPOSITIVISMO. DOS PARADIGMAS JURÍDICOS EN POCAS PALABRAS*

Josep Aguiló Regla

Universidad de Alicante

RESUMEN. El propósito del artículo es exponer —y contraponer— en diez tesis dos paradigmas jurídicos: el positivista (o legalista) y el postpositivista (o constitucionalista).

Palabras clave: paradigma jurídico, positivismo, legalismo, postpositivismo, constitucionalismo.

ABSTRACT. The purpose of this article is to expound —and to contrast to each other—, in ten theses, two legal paradigms: those of positivism (or legalism) and postpositivism (or constitutionalism).

Key words: legal paradigm, positivism, legalism, postpositivism, constitutionalism.

* Este texto viene a ser un resumen del Capítulo I de un libro que aparecerá en breve y que llevará por título *Sobre Derecho y argumentación* [Palma de Mallorca: Ed. Lleonard Muntaner, 2008].

Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación SEJ 2007-64044/JURI, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

1. INTRODUCCIÓN

La expresión «constitucionalización del orden jurídico», en el sentido que aquí nos va a interesar, alude a un proceso histórico que ha tenido lugar en países europeos y latinoamericanos, que es el resultado del constitucionalismo que se ha desarrollado y practicado desde la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días y que está produciendo una transformación profunda en la concepción del Estado de Derecho. En esta transformación del Estado de Derecho, que puede sintetizarse en la fórmula «del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho» (o «del imperio de la ley» al «imperio de la constitución»), se ha situado también la crisis del paradigma positivista en la cultura jurídica y el tránsito hacia un paradigma postpositivista¹. El propósito de este artículo es exponer y contraponer de manera sucinta —y espero que clara— estos dos paradigmas jurídicos, el positivista y el postpositivista. Pero antes de entrar en ello, conviene —creo— precisar algo más qué se entiende por constitucionalización de un orden jurídico.

2. SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDEN JURÍDICO

¿En qué consiste el proceso histórico (real) de constitucionalización del orden jurídico? Según Riccardo GUASTINI, este proceso es el resultado de la combinación de un conjunto de factores que pueden darse en mayor o menor medida en un orden jurídico determinado. La constitucionalización de un orden jurídico es, pues, una cuestión de grado, no de todo o nada. Estos factores mencionados por GUASTINI², interpretados con cierta libertad, son los siguientes:

1) El orden jurídico cuenta con una Constitución rígida que incorpora una relación de derechos fundamentales. Por rigidez de la Constitución (frente a la flexibilidad de la legislación) se entiende inmodificabilidad o resistencia a (dificultad para) su modificación. Se trata —según GUASTINI— de una condición necesaria y bien puede decirse que cuanto mayor sea la rigidez constitucional (la dificultad para el cambio del texto constitucional), mayor será la tendencia a la constitucionalización de ese orden jurídico.

2) Está prevista la garantía jurisdiccional de la Constitución. En realidad, al igual que el factor anterior, se trata también de una condición necesaria para la constitucionalización de un orden jurídico. Implica que la rigidez desemboca en una genuina je-

¹ «En mi opinión —escribe M. ATIENZA— el positivismo ha agotado su ciclo histórico, como anteriormente lo hizo la teoría del Derecho natural. Al igual que BLOCH escribió que «la escuela histórica ha crucificado al Derecho natural en la cruz de la historia», hoy podría afirmarse que «el constitucionalismo ha crucificado al positivismo jurídico en la cruz de la Constitución». ATIENZA, 2006: *El Derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel, p. 44.

² GUASTINI, 2006: *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Turín: G. Giappichelli editore, pp. 239 y ss. «En un orden jurídico no constitucionalizado —escribe GUASTINI— el Derecho constitucional [...] tiene un radio de acción limitado: por un lado, disciplina los aspectos fundamentales de la organización del Estado (la distribución de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial [...]); por otro, determina los derechos de libertad de los ciudadanos frente a los poderes públicos [...] Por el contrario, en un orden constitucionalizado, el Derecho constitucional tiende a ocupar todo el espacio de la vida social y política, condicionando la legislación, la jurisprudencia, en estilo doctrinal, las acciones de los actores políticos, las relaciones privadas ...» (p. 240).

rarquía normativa y en una efectiva imposición de la Constitución sobre la ley. Se produce, además, lo que podríamos llamar «reserva de Constitución»: ciertas materias no pueden ser derogadas o modificadas por ley, sólo por Constitución.

3) Se reconoce fuerza normativa vinculante a la Constitución. Ello supone que todos los enunciados de la Constitución se interpretan —independientemente de su estructura y de su contenido— como normas jurídicas aplicables que obligan a sus destinatarios. Desaparece de esta manera la vieja categoría de «normas programáticas», entendida como meras expresiones de programas y/o recomendaciones políticas que no son susceptibles de ser incumplidas ni, desde luego, jurisdiccionalmente garantizadas.

4) Se produce una «sobreinterpretación» de la Constitución. Es decir, se huye de la interpretación literal en favor de una interpretación extensiva, de manera que del texto constitucional pueden extraerse gran cantidad de normas y de principios implícitos.

5) Se considera que las normas constitucionales son susceptibles de ser aplicadas directamente. Por aplicación directa se entiende que todos los jueces, en todo tipo de casos, pueden aplicar las normas constitucionales. Además, esta aplicación directa abarca no sólo las relaciones de Derecho público, las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, sino también las relaciones de Derecho privado, entre ciudadanos (entre particulares).

6) Se impone el modelo de la interpretación de las leyes conforme a la Constitución. Esta característica no tiene que ver con la interpretación de la Constitución que, como ya se ha visto, tiende a ser extensiva, sino con la interpretación de la ley. De todas las interpretaciones posibles de una ley, el juez debe descartar todas aquellas que vulneren (o sean incompatibles con) la Constitución.

7) Se produce una fuerte influencia de la Constitución en el debate y el proceso políticos. Esta influencia se traduce en que, entre otras cosas, *a)* los actores políticos muestran una acusada tendencia a acudir a las normas constitucionales para argumentar y defender sus opciones políticas y de gobierno; *b)* los conflictos y/o las disputas políticos entre órganos de distintos niveles de gobierno tienden a dirimirse jurisdiccionalmente aplicando normas constitucionales; y *c)* los jueces tienden a no mostrar actitudes de autolimitación o autorrestricción hacia las llamadas cuestiones políticas.

3. ¿UN CAMBIO DE PARADIGMA?

No hace falta extenderse mucho más en esta transformación porque creo no exagerar si digo que nadie niega esta evolución del constitucionalismo contemporáneo y este proceso de constitucionalización del orden jurídico. Ahora bien, una cosa es reconocer el «hecho histórico» del paso del «imperio de la ley» a la «constitucionalización de los órdenes jurídicos», y otra muy distinta es la valoración que se haga de este proceso de cambio. En este sentido, no son pocos los autores críticos con esta evolución y con esta deriva del constitucionalismo. Estos autores vienen a sostener que, en realidad, estos desarrollos están poniendo en crisis al Estado de Derecho mismo. Consideran que se están debilitando las exigencias normativas derivadas del «gobierno de las leyes» y que, en consecuencia, se está retrocediendo hacia esquemas vetustos vin-

culados al «gobierno de los hombres» (de las elites intelectuales y judiciales). El Derecho —en su opinión— está dejando de ser general (pues la aplicación de los principios constitucionales acaba desembocando en el Derecho del caso), claro (la aplicación de principios implica un razonamiento jurídico que no es puramente deductivo), coherente (los principios constitucionales son contradictorios entre sí y no cabe establecer prioridades estables entre ellos), etc. La crítica, en definitiva, consiste en afirmar que dicha evolución supone un retroceso «civilizatorio», pues se minan las bases sobre las que están contruidos los valores de la autonomía de las personas y de la seguridad jurídica, dando entrada a la arbitrariedad y al decisionismo en la aplicación del Derecho³.

Pero más allá de estos planteamientos críticos con esta evolución del Estado de Derecho, me interesa mostrar que dentro de la cultura jurídica se observa una división entre aquellos autores que afirman que los nuevos fenómenos jurídicos exigen la formulación de un nuevo paradigma teórico, y aquellos otros que niegan tal necesidad. Es decir, la cuestión está en determinar si para entender, explicar, enseñar, en definitiva, dar cuenta de los nuevos fenómenos jurídicos, hay que proceder a una revisión o no del «paradigma» teórico que se fraguó en torno a la idea de «imperio de la ley». En aclarar si hay que redefinir o no el conjunto de conceptos con los que se arma (se construye) la imagen del Derecho. La disputa versa, en definitiva, sobre si los cambios que supone la constitucionalización del orden jurídico son meramente cuantitativos (de grado), en cuyo caso no hace falta formular un nuevo paradigma teórico; o si, por el contrario, se trata de cambios verdaderamente cualitativos que exigen una revisión profunda de los esquemas teóricos con los que se aprehenden y transmiten los fenómenos jurídicos. Prescindiendo de muchos detalles, a los primeros, es decir, a los que afirman la continuidad del paradigma, se les puede llamar positivistas o partidarios del paradigma construido en torno a la concepción del Estado de Derecho como «imperio de la ley»; y a los segundos, a los que afirman la necesidad de la revisión de dicho paradigma, postpositivistas, neoconstitucionalistas o partidarios de un paradigma construido en torno a la concepción del Estado de Derecho como Estado constitucional.

A continuación, voy a exponer de manera concisa los esquemas conceptuales básicos sobre los que están contruidos estos dos paradigmas, tanto el positivista como el postpositivista. Para ello voy a formular un decálogo que me permita realizar una comparación entre ambos. Conviene, sin embargo, advertir algunas cosas: *a)* voy a exponer los dos paradigmas tratando de enfatizar las diferencias entre ellos; *b)* voy a presentar el paradigma postpositivista como una superación del paradigma positivista, de forma que la exposición de aquél presuponga siempre la de este último; *c)* la elección de las palabras para referirse a cada uno de estos paradigmas es discutible, pero lo fundamental radica no en la elección del nombre, sino en el reconocimiento de las diferentes implicaciones de cada uno de los esquemas conceptuales; *d)* la exposición, como se verá, tiene un cierto aire circular y, en consecuencia, el decálogo podría haberse iniciado por cualquiera de sus puntos.

³ En España quien mejor representa desde hace ya bastantes años esta línea de crítica es Francisco LAPORTA, quien ha publicado recientemente un libro imprescindible sobre esta cuestión. *Cfr.* LAPORTA, 2007: *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta.

4. DEL «IMPERIO DE LA LEY» AL «ESTADO CONSTITUCIONAL». DEL PARADIGMA POSITIVISTA (LEGALISTA) AL PARADIGMA POSTPOSITIVISTA (CONSTITUCIONALISTA)⁴

4.1. Del modelo de las reglas al modelo de los principios y las reglas

A-Positivismo. El modelo adecuado para explicar (o dar cuenta de) la estructura de un sistema jurídico es el modelo de las reglas. Por reglas hay que entender normas que correlacionan la descripción cerrada de un caso con una solución normativa. El ideal regulativo es el de la tipicidad, es decir, normas generales y cerradas cuya aplicación no exige (más bien excluye) cualquier forma de deliberación práctica o de valoración. Las normas abiertas son imperfecciones en la regulación cuya presencia en el sistema jurídico puede ser el resultado bien de una deficiente técnica legislativa (de un error), bien de una pura delegación de poder normativo de los órganos creadores de normas (básicamente el legislador) hacia los órganos de aplicación (los jueces y los órganos administrativos). Las normas abiertas, al exigir deliberación por parte de los destinatarios de las mismas, suponen siempre una desviación del ideal regulativo de la certeza jurídica, de la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las conductas.

B-Postpositivismo. Para dar cuenta de la estructura de un sistema jurídico hay que considerar que, además de reglas, hay principios jurídicos. Es decir, hay normas que establecen una solución normativa (dicen lo que debe ser) pero no definen un caso (no indican cuándo son aplicables esas soluciones normativas). Los principios, así entendidos, dotan de sentido a las reglas. Permiten verlas, por un lado, como instrumentos para la protección y promoción de ciertos bienes (valores) jurídicos y, por otro, como resul-

⁴ La exposición del paradigma positivista legalista —como se verá— es una exposición de lugares comunes de lo que ha sido la cultura jurídica construida en torno al «imperio de la ley» y que ha resultado dominante durante largo tiempo. En consecuencia, no voy a referirme a ningún autor en particular. Sin embargo, sí me parece conveniente a continuación realizar una enumeración de autores y obras que, en mi opinión, han sido particularmente relevantes en el diseño del paradigma postpositivista. Obviamente de ahí no puede concluirse que todos ellos suscribirían todos los puntos con los que yo voy caracterizar este paradigma. Mi relación de autores y obras preferidos, en este sentido, es la siguiente:

ALEXY, R.:

— 1997: *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

— 1997: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ATIENZA, M., 2006: *El Derecho como argumentación*, Ariel.

ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., 1996: *Las piezas del Derecho*, Ariel.

DWORKIN, R.:

— 1984: *Los derechos en serio*, Ariel.

— 1985: *A Matter of Principle*, Harvard University Press.

— 1986: *Law's Empire*, Belknap Press of Harvard University Press.

FERRAJOLI, L.:

— 2001: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta.

— 2001: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta.

— 2007: *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, Laterza.

MACCORMICK, N.:

— 1978: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press.

— 2005: *Rhetoric and the Rule of Law. A theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press.

NINO, C. S.:

— 1985: *La validez del Derecho*, Astrea.

— 1992: *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea.

— 1996: *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press.

tados de un «balance, ponderación o compromiso» entre principios para el caso (genérico) que ellas regulan. Guiar la conducta mediante principios y/o aplicar principios, al tratarse de normas abiertas, exige siempre deliberación práctica por parte de los sujetos normativos, de los destinatarios.

4.2. Del modelo de las relaciones lógicas entre normas al modelo de las relaciones lógicas y las relaciones de justificación

A-Positivismo. Entre las normas (las reglas) de un sistema jurídico se dan relaciones lógicas de deducibilidad. Dos normas son consistentes (lógicamente compatibles entre sí) cuando es posible cumplir ambas normas simultáneamente. Los conflictos entre normas son, pues, de naturaleza lógica y suponen la imposibilidad de cumplimiento simultáneo de dichas normas. Los conflictos entre reglas se resuelven mediante la exclusión de una de las dos reglas. Los criterios centrales para la resolución de dichos conflictos (antinomias) son los de *lex superior* (prevalece la voluntad de la autoridad superior), *lex posterior* (prevalece la voluntad posterior de la autoridad) y *lex specialis* (prevalece la voluntad más específica de la autoridad).

B-Postpositivismo. Entre las normas de un sistema jurídico no sólo se dan relaciones lógicas de deducibilidad. Además de a la noción lógica de consistencia normativa (posibilidad de cumplimiento simultáneo), se recurre a la idea de coherencia valorativa. Diversas normas son valorativamente coherentes entre sí cuando presentan una unidad de sentido y/o de propósitos prácticos; y son incoherentes, cuando esa unidad no se da. A diferencia de la consistencia, que es una cuestión de todo o nada, la coherencia es una cuestión de grado. La consecuencia más importante de la toma en consideración de estos dos tipos de relaciones entre normas es que puede ocurrir que el ámbito justificado de aplicación de una regla no coincida con el ámbito de aplicación descrito por la propia regla. En este sentido, las reglas pueden resultar sobreincluyentes o infraincluyentes cuando hay un desajuste entre el ámbito de aplicación descrito por la regla y el ámbito justificado de aplicación de la regla. Los conflictos entre principios, a diferencia de lo que ocurre con las reglas, no se resuelven por exclusión, sino mediante ponderación.

4.3. De la correlatividad entre derechos y deberes a la prioridad justificativa de los derechos

A-Positivismo: Los enunciados jurídicos de derechos relativos a un sujeto o una clase de sujetos son siempre reducibles a enunciados de deberes de otro u otros sujetos. Decir que alguien tiene un derecho puede traducirse, sin pérdida de significación, a enunciados de deber de otro u otros sujetos. Derechos y deberes son, pues, correlativos.

B-Postpositivismo: En un sentido trivial, puramente regulativo (de guía de la conducta), es cierto que los enunciados jurídicos de derechos son traducibles a enunciados de deberes. Pero en términos justificativos la correlación entre derechos y deberes se pierde; y, por tanto, la traducción de los enunciados de derechos a enunciados de deberes transponiendo (invirtiendo) los sujetos sí supone pérdida de significación. En efecto, mientras que tiene pleno sentido afirmar que «alguien tiene un deber porque

otro sujeto tiene un derecho», no parece ocurrir lo mismo con la afirmación de que «alguien tiene un derecho porque otro tiene un deber». El «reconocimiento» de derechos justifica la «imposición» de deberes, mientras que la imposición de deberes no sirve para justificar la titularidad de los derechos.

4.4. Del modelo de la subsunción al modelo de la subsunción y de la ponderación

A-Positivismo. Congruentemente con el modelo de las reglas, el arquetipo de razonamiento jurídico es el razonamiento subsuntivo. La justificación por subsunción consiste centralmente en mostrar que el caso concreto que se trata de resolver encaja (es subsumible) en el caso genérico descrito (regulado) por la regla. La subsunción (el encaje) de casos concretos en casos genéricos puede generar desajustes entre unos y otros. Si miramos el desajuste desde la perspectiva del caso concreto, entonces el desajuste se nos presenta como un problema de calificación (¿cómo se califican estos hechos?); y si lo miramos desde la perspectiva de la regla, del caso genérico, entonces el desajuste se nos presenta como un problema de interpretación (¿qué dice la regla?). Esto quiere decir que los desajustes entre casos y reglas (entre casos concretos y casos genéricos formulados por las reglas) son esencialmente de naturaleza semántica, de relación entre las palabras y sus significados, entre los términos y sus referencias. La lealtad a las reglas es, pues, lealtad a su expresión y a su significado; es decir, es una cuestión centralmente semántica.

B-Postpositivismo. En el Derecho hay reglas y, en consecuencia, hay razonamientos subsuntivos. Pero también hay principios; y guiarse por o aplicar principios exige un tipo de razonamiento, la ponderación, que es distinto del razonamiento subsuntivo, por cuanto desemboca en la formulación de una regla que permita resolver el caso. Ahora bien, lo realmente significativo no es que existan estas dos operaciones o que se haya producido un incremento cuantitativo de las ponderaciones en la aplicación del Derecho. Lo que supone un cambio fundamental es la consideración de que la ponderación de principios es una operación más básica que la subsunción. Las reglas no se entienden ya como meras manifestaciones de voluntad de la autoridad que las ha dictado, sino como el resultado de una ponderación de los principios relevantes llevada a cabo por dicha autoridad. Ello supone que la dimensión valorativa y justificativa del Derecho adquiere una relevancia fundamental. El cambio central está, por tanto, en la consideración de que ser leal a las reglas no es serlo sólo a su expresión (porque no son sólo manifestaciones de voluntad), sino a sus razones subyacentes, al balance de principios que pretenden reflejar, a sus propósitos protectores y/o promocionales de derechos. La lealtad a las reglas, y a su expresión, es un componente de la lealtad al Derecho, pero éste no está compuesto sólo por reglas, también hay principios.

4.5. Del modelo de la oposición fuerte entre «crear» y «aplicar» normas al modelo de la continuidad práctica de las diferentes operaciones normativas

A-Positivismo. «Crear normas» y «aplicar normas» son operaciones conceptualmente opuestas. Crear normas es una actividad centralmente política y/o moral, es de-

cir, extra-jurídica o para-jurídica. Es una cuestión de voluntad. Aplicar normas, por el contrario, es una actividad fundamentalmente técnica y estrictamente jurídica. No es una cuestión de voluntad, sino de conocimiento. El legislador (el soberano) crea *ex novo* el Derecho (gobierno *per leges*) y los jueces (profesionales) aplican el Derecho (gobierno *sub lege*). Si quienes están llamados a aplicar el Derecho (los jueces, por ejemplo) enfrentan un caso no regulado, es decir, un caso en el que no hay una regla que lo resuelva, entonces actúan como legisladores, crean la solución.

B-Postpositivismo. No hay una separación tajante entre razonamiento político o moral y razonamiento jurídico. El razonamiento político del legislador se juridifica (es *sub constitutione*), pues la ley no es creación *ex novo*, sino desarrollo o concreción de principios constitucionales; y el razonamiento jurídico se politiza y/o moraliza (adquiere una dimensión práctica de la que carecía), pues incorpora un compromiso con los valores y los fines constitucionales (en definitiva, con los principios y/o derechos constitucionales). Esta modificación de las relaciones entre razonamiento político y razonamiento jurídico (el razonamiento político se juridifica y el razonamiento jurídico se politiza) se muestra muy claramente en el cambio que supone la sustitución del canon interpretativo de «Interpretación de la Constitución conforme a la ley» al canon «Interpretación de la ley conforme a la Constitución».

4.6. De los juicios formales de validez de las normas a la distinción entre validez formal y validez material de las normas

A-Positivismo. El Derecho es «creado» y la existencia de las normas jurídicas depende de la ocurrencia de hechos contingentes de creación. Como consecuencia de ello, el Derecho puede tener cualquier contenido. El Derecho, pues, no se identifica por su contenido, sino por su forma. La identificación de las normas jurídicas es una cuestión formal. El origen de las normas (no su contenido) es el que determina su juridicidad. Todo el Derecho está basado en fuentes (hechos y actos creadores de normas) y es expresión de una racionalidad de tipo formal en el sentido weberiano de la expresión. La autoridad (quien dicta la norma), el procedimiento (la forma de la acción de dictar la norma) y la consistencia (la compatibilidad lógica) de la nueva norma con las normas superiores constituyen el entramado conceptual con el que se construyen los juicios formales de validez.

B-Postpositivismo. En el Derecho hay fuentes (hechos y actos creadores de normas), pero no todo el Derecho está basado en fuentes. Hay normas cuya validez no descansa sobre criterios formales, sino materiales. Éste es el caso tanto de las normas implícitas como el de las normas necesarias. La juridicidad de las normas implícitas depende de su coherencia valorativa con otras normas del sistema que sí son válidas formalmente. Pero además, en los sistemas jurídicos hay normas necesarias, hay normas materialmente válidas (por razón de su contenido) y cuya validez no tiene sentido remitirla a una o algunas normas formalmente válidas. Se trata de normas inderogables en el sentido de que su eliminación implicaría no el cambio de algunas normas, sino el cambio del sistema jurídico mismo. Piénsese, por ejemplo, en la legítima defensa o el estado de necesidad o en el principio de imparcialidad de los jueces: puede cambiar su regula-

ción, pero no es concebible su eliminación (derogación) del sistema jurídico. Vistas como principios, no como reglas, se trata de normas necesarias, inderogables. Y, lo más importante de todo, es posible que haya normas formalmente válidas (válidas por su origen) y materialmente inválidas (incoherentes valorativamente). El Derecho, en este sentido, se ha materializado o sustantivizado y, en consecuencia, ya no puede ser visto sólo como expresión de una racionalidad de tipo formal.

4.7. De la distinción «casos regulados/casos no regulados» a la distinción «casos fáciles/casos difíciles»

A-Positivismo. Conforme al modelo de las reglas y a la oposición fuerte entre creación y aplicación de normas, la clasificación más importante (o más significativa) de los casos jurídicamente relevantes es la que distingue entre «casos regulados» (resueltos por el sistema de reglas) y «casos no regulados» (no resueltos por el sistema de reglas). Obviamente, la interpretación es determinante para concluir si un caso concreto es subsumible o no en una regla. Pero lo fundamental radica en que, conforme al modelo de las reglas, una regla es aplicable al caso o no lo es. Si hay regla aplicable, el caso está regulado, está resuelto; si no hay regla aplicable, el caso no está regulado, no está resuelto. Naturalmente hay técnicas utilizables para colmar las lagunas (las ausencias de regulación), pero todas ellas entran en el ámbito de la discrecionalidad de quien tiene que resolver el caso, es decir, del aplicador. Ahora bien, la discrecionalidad se concibe fundamentalmente como libertad del aplicador, esto es, como «permitido» elegir cualquiera de la opciones posibles. En este sentido, las decisiones discrecionales están más próximas a la creación de normas (son más una cuestión de voluntad y de preferencias) que a la aplicación de normas (conocimiento y subsunción). Ello es así porque entre las normas de un sistema jurídico sólo hay —según se ha dicho— relaciones de tipo lógico.

B-Postpositivismo. La distinción relevante no es ya la anterior (regulados/no regulados), sino la que opone los «casos fáciles» a los «casos difíciles». En el nuevo paradigma no hay casos relevantes no regulados, pues en los sistemas jurídicos no sólo hay reglas, también hay principios. Un caso es fácil cuando la solución es el resultado de aplicar una regla del sistema y dicha solución es consistente (lógicamente compatible) con las otras reglas del sistema y coherente (valorativamente compatible) con los principios del sistema. Por el contrario, un caso es difícil cuando la solución no proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema, sino que hay que buscarla como la respuesta a una cuestión práctica que requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa. Un caso fácil no exige deliberación, sino simple aplicación de la regla (*juris-dictio*, decir el Derecho para el caso). Un caso difícil exige deliberación práctica (*juris-prudentia*, ponderar el Derecho para el caso). Desde el nuevo paradigma, la discrecionalidad del sujeto llamado a resolver el caso, el aplicador, no se concibe ya como libertad en el sentido permitido de elegir cualquier opción, sino más bien en el sentido de responsabilidad, de ese tipo especial de deberes que llamamos responsabilidades⁵. Por ello, cuanto más discrecional es un acto (menos reglado está) más justificación requiere.

⁵ Véase LIFANTE VIDAL, 2002: «Dos conceptos de discrecionalidad jurídica», en *Doxa*, n.º 25: 424 y ss.

4.8. De la separación tajante entre el lenguaje del Derecho y el lenguaje sobre el Derecho a un discurso reconstructivo del Derecho mismo

A-Positivismo. El lenguaje del Derecho, de las normas, es lenguaje prescriptivo y, en consecuencia, no tiene valor de verdad. Por el contrario, la ciencia jurídica es un metalenguaje descriptivo del lenguaje del Derecho, de las normas. La Ciencia del Derecho es, por tanto, discurso descriptivo y sus enunciados tienen valor de verdad. El presupuesto metodológico es que el Derecho es objetivable frente a los sujetos, de forma que éstos pueden observarlo y, en consecuencia, describirlo.

B-Postpositivismo. En el ámbito del discurso jurídico la oposición entre lenguaje descriptivo y lenguaje prescriptivo se debilita en gran medida. La buena «ciencia jurídica» no gira en torno a la pretensión de describir con verdad un sector del sistema jurídico, sino que juega un papel más bien comprensivo y reconstructivo, práctico y justificativo. El «científico» del Derecho no es un mero observador de un objeto que está totalmente fuera de él y que, por tanto, es susceptible de ser descrito. Por el contrario, el jurista (tanto el teórico como el práctico) es un participante en una práctica social muy compleja, como es el Derecho, y en este sentido está comprometido con su mejora. El jurista, cualquier jurista (teórico o práctico) no es un mero observador de un objeto acabado que existe fuera de él; es, más bien, un participante en una práctica social que con su discurso y sus acciones contribuye al desarrollo y a la conformación de la misma.

4.9. De la distinción tajante entre estática y dinámica jurídicas a la concepción del Derecho como práctica

A-Positivismo. El Derecho se objetiva en normas y en actos (o procedimientos). Esta idea está en la base de la clásica distinción entre estática jurídica (el Derecho es un conjunto de normas, el Derecho objetivo) y dinámica jurídica (estas normas cambian como resultado de actos y/o procedimientos jurídicos). Esta forma de objetivación del Derecho permite tratarlo como un objeto que está fuera de los sujetos que lo observan y/o lo usan. En consecuencia, es posible conocer su estructura y sus contenidos sin necesidad de realizar valoraciones de ningún tipo. La mera observación de hechos y actos es suficiente para la determinación de sus normas.

B-Postpositivismo. El Derecho tiende a verse como una realidad social muy compleja y fluida que desborda por completo el anterior marco de objetivación. Se parte de la idea de que la existencia, la estructura y los contenidos del Derecho dependen radicalmente de las creencias de aquellos que usan el Derecho (ya sean aceptantes, participantes o meros usuarios). El Derecho no es, pues, algo que está fuera de los sujetos sin más, sino algo que depende muy centralmente de su propia práctica social. No hay, en este sentido, oposición entre la objetividad del Derecho (normas y procedimientos) y su práctica. Ello supone una revisión total de la noción misma de conocimiento jurídico, pues éste ya no puede pretender ser meramente descriptivo (sin implicaciones valorativas y normativas), y pasa a ser reconstructivo de una práctica social que, si bien está dotada de sentido, nunca es tan homogénea como para que, mediante observación, sea posible realizar sin más una descripción completa de la misma. Por otro lado, el Derecho como práctica presenta múltiples elementos que se hallan en una tensión inter-

na, cuya armonización operativa obliga a realizar elecciones llamadas a ser justificadas, no a ser descritas.

4.10. De «enseñar Derecho es transmitir normas (contenidos)» a «enseñar Derecho es desarrollar ciertas habilidades»⁶

A-Positivismo. El Derecho se objetiva en las reglas jurídicas; en consecuencia, conocer el Derecho es muy centralmente conocer sus normas, sus reglas. La enseñanza del Derecho, por tanto, debe organizarse de manera tal que se garantice que esa transmisión de conocimiento normativo se ha producido. Estudiar Derecho es aprehender reglas jurídicas de cada una de las ramas que lo componen. Por ello, los estudios de Derecho tradicionalmente han sido memorísticos (cuantas más normas se saben, más Derecho se sabe) e insulares (como se trata de saber normas jurídicas, no entran en contacto ni se entrecruzan con otros estudios). Estos planteamientos relativos a la enseñanza del Derecho (a las Facultades de Derecho), se han aplicado también como criterios para seleccionar a los juristas profesionales (excluido el ejercicio libre). Jueces, fiscales, abogados del Estado, notarios, etc., deben seleccionarse mediante una oposición en la que muestren la excelencia de su conocimiento del Derecho, es decir, la excelencia de su conocimiento de las reglas jurídicas.

B-Postpositivismo. El Derecho no son sólo reglas jurídicas. Pero, además, dada la tendencia al crecimiento exponencial de las reglas (cada vez se dictan más) y la tendencia a la volatilidad de las mismas (al cambio y a una existencia efímera), el conocimiento de las reglas resulta imposible, si pretende ser exhaustivo, e inútil, si pretende ser práctico. En este sentido, los principios jurídicos tienen un potencial explicativo y racionalizador del Derecho muchísimo más alto que el de las reglas. Lo relevante en la excelencia jurídica no es, pues, la acumulación memorística de reglas, sino una adecuada combinación de conocimientos normativos (reglas a la luz de los principios que las dotan de sentido) y del desarrollo de habilidades metodológicas orientadas a la solución de problemas jurídicos. «¿Cómo resolver un problema jurídico?» es el norte hacia el que debe tender la enseñanza del Derecho; es decir, el norte está en una enseñanza mucho más metodológica que memorística. Y, por lo que se refiere a las profesiones jurídicas hay que acabar con la «invisibilidad» y la «intercambiabilidad» a la que el peso imponente del imperio de la ley ha sometido a los profesionales del Derecho. Un buen juez, un buen fiscal, un buen notario o un buen abogado no es simplemente alguien que conoce las leyes y las usa para resolver casos. La concepción del Derecho como práctica, y no sólo como reglas y procedimientos, reclama el desarrollo de una cultura de las virtudes profesionales de los juristas.

⁶ Cfr. PÉREZ LEDÓ, 2002: «Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 6: 197-268, recogido en PÉREZ LLEDÓ, 2006: *La enseñanza del Derecho. Dos modelos y una propuesta*, Lima-Bogotá: Palestra-Temis, Cap. II.

