

Positivism jurídico y neoconstitucionalismo

Por Encarnación La Spina

Comanducci, P.; Ahumada, M. A. y González Lagier, D.: *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009, pp. 159

Encarnación La Spina

Universitat de València
encarnacion.laspina@uv.es

Fecha de presentación: 04/06/2010 | De publicación: 30/06/2010

Durante los últimos años, hemos asistido a una sucesión de cambios en el ámbito jurídico de carácter no sólo estructural sino también doctrinal. Unos cambios que han orientado una visión y una voluntad de repensar de modo crítico el alcance del positivismo jurídico en la aplicación del Derecho. Todas ellas son cuestiones o discusiones abiertas que efectivamente han sido y son objeto de especial interés por el conjunto de corrientes doctrinales y analíticas del Derecho. Desde cómo hallar el fundamento de validez de la decisión judicial o cuál es el papel de los valores en la aplicación del Derecho hasta cómo cuestionar la caracterización de las tesis neoconstitucionalistas. Éstos son algunos de los principales puntos de encuentro y desencuentro recogidos en el libro *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*. Con el firme propósito de dar respuesta y retomar el tema, la

obra se estructura hábilmente en dos bloques que se desarrollan al hilo de dos contribuciones del Prof. Dr. Paolo Comanducci. Ambas son de temáticas conexas o afines y aspiran a reformular nuevas tesis sobre la determinación, interpretación y aplicación del Derecho desde una base crítica con el positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo.

Las dos contribuciones son objeto de comentario y concreción por la Profa. Dra. Ahumada y el Prof. Dr. González Lagier, desde dos vertientes disciplinarias, con el fin de matizar la significación de tales cambios en el paradigma jurídico y en los postulados de la teoría del derecho de la nueva era. Sin duda, una fórmula expositiva equilibrada que permite contraargumentar los principales postulados de Comanducci sobre la justificación práctica de la motivación judicial. Una aportación conceptual que ha contribuido notoriamente en la identificación y caracterización del Derecho

gracias al análisis metateórico de las formas del neoconstitucionalismo y del positivismo jurídico. De ahí, se deriva un doble objetivo, trazar los perfiles que se consideran más adecuados de la concepción de Comanducci y desarrollar en sintonía con la reconstrucción de los mismos una crítica respecto a este patrón.

En “Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del Derecho”, Paolo Comanducci lleva a cabo un análisis preciso y claro de algunas dificultades conceptuales que plantea la reconstrucción teórica del proceso de aplicación del Derecho. Su estrategia argumentativa parte de ciertas premisas características del positivismo jurídico normativista que ponen de relieve las limitaciones de las tesis realistas y escépticas ante la difícil solución de los principales problemas conceptuales del Derecho. Básicamente, son tres las premisas que formula y que apoyan igual número de conclusiones sobre el carácter vinculante de las normas y la validez de la decisión judicial. En síntesis, sostiene que la motivación judicial es esencialmente un tipo de justificación práctica pese a algunos extremos teóricos. El grado de corrección de la misma exige una argumentación deductiva cuya premisa mayor es la norma aplicable que debe interpretarse como válida y la menor la descripción de los hechos.

De este modo, la interpretación de la norma aplicable tiene una doble dimensión para Comanducci, externa e interna, para justificar el acto de decidir avalado por una norma superior y el resultado de la decisión. Si bien, la posición del positivismo jurídico normativista sobre el problema de la individualización de la norma que justifica la decisión judicial no es abiertamente criticada por el autor, sí presenta esquemáticamente ciertos problemas que advierten de la necesidad de cambiar la definición de la norma externamente aplicable. En definitiva, pone el énfasis en la problemática de la noción de

aplicabilidad externa, en particular la fundamentación de las normas últimas del sistema jurídico actual ya apuntada por Hart y Kelsen. En cambio, opta por problematizar la aplicabilidad interna, esto es la noción de norma, apostando por la tesis hartiana de que las normas son aplicables sólo desde un punto de vista interno del juez y no en base a metacriterios provistos por el derecho y la cultura jurídica. Así, de acuerdo con Comanducci, el fundamento de la validez de la decisión judicial, es otro de los puntos débiles del positivismo jurídico normativista clásico en cuanto se concibe el silogismo como forma de reconstruir la justificación de las decisiones judiciales. Para ello, retoma las tesis de Caracciolo y Kelsen sobre la validez de la norma individual, esto es la conjunción del criterio de deducibilidad y legalidad o en otras palabras de derivación estática y dinámica. Si bien, se cuestiona la necesidad y suficiencia de ambos criterios, se decanta en última instancia por avalar que la decisión judicial entendida como resultado, estará justificada si la premisa fáctica es verdadera, pero en su justificación como acto basta con que los hechos descritos en ella estén probados. En definitiva, otorga al criterio de deducibilidad un rol relevante como forma de control de la motivación en el derecho cuando exige justificar la interpretación de la formulación normativa y no de la norma.

La admisibilidad de las conclusiones aportadas por Paolo Comanducci sobre la aplicación del Derecho es contrastada en *Sobre el papel de los valores en la aplicación del Derecho* por González Lagier desde una concepción alternativa. Una concepción que trata de dar cuenta de la omisión que el teórico italiano hace respecto al papel de los valores en la aplicación del Derecho. Discrepa en las conexiones entre las premisas y conclusiones de la tesis de Comanducci en la medida en que deja sin carácter autoritativo al Derecho debilitando así la vinculación de los jueces a la ley. La clave del desencuentro radica no por la negación de que el razonamiento del juez puede reconstituir la deducción como condición necesaria para su justificación, sino más bien en que el problema

central de la justificación de la decisión judicial trae causa de la corrección de las premisas usadas. El autor recalca la complejidad del proceso de identificación de las normas aplicables, aceptando una concepción del Derecho que presta atención no sólo a la dimensión directiva de las normas sino en el reconocimiento y la relevancia de otros elementos. Esto es, las razones subyacentes a las normas, prácticas y convenciones interpretativas. Por ello, sugiere tres modificaciones en el esquema analizado por Comanducci para ofrecer así una descripción ciertamente más ajustada del proceso de aplicabilidad interna o externa del Derecho.

La primera postula aceptar como parte del Derecho, las convenciones y prácticas interpretativas, para paliar así las consecuencias negativas de la distinción entre formulación normativa y norma sostenida por Comanducci. La segunda crítica versa sobre aquella noción de aplicabilidad externa que ignore la existencia de convenciones sobre la obligatoriedad de aplicar las normas jurídicas. En cambio, la tercera, invita a tener en cuenta la relevancia de los factores axiológicos para la aplicación del Derecho atendiendo al balance de razones subyacentes a la misma, pues son condición necesaria de la identificación del Derecho y la justificación de la aplicación de la regla al caso concreto. Y, respecto a la premisa fáctica, sugiere como corolario una revisión de los elementos de prueba de la tesis de Comanducci para concluir que la construcción de los conceptos de intención, acción, casualidad, que los juristas usan para interpretar los hechos, se debe regir por condiciones de adecuación natural y convencional.

En “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo”, Comanducci disecciona críticamente las premisas y los presupuestos derivados de la construcción del neoconstitucionalismo, como variante o desarrollo del constitucionalismo. Una revisión

que retoma la división tripartita de tesis neoconstitucionalistas que Comanducci ya apuntaba en *Formas de (ne)constitucionalismo un análisis metateórico*¹ entre teórico, ideológico y metodológico. De este modo, pone de relieve que las diferencias respecto al constitucionalismo se deben más a la pérdida de ciertos rasgos característicos de este último que por la adquisición de unos nuevos. Características tales como el reconocimiento de un amplio espacio a la ley, la repercusión de ciertas reglas de interpretación de las normas jurídicas o los límites de la función de juzgar. Más bien, esta caracterización subraya su crítica a la construcción y justificación de un tipo de Constitución “invasiva” que dirige y orienta en todo momento la actuación de los poderes y políticas públicas.

Obviamente, cabe destacar la proyección actual de las consideraciones críticas apuntadas sobre los tres tipos de neoconstitucionalismo. Así, respecto a la teoría del derecho neoconstitucionalista que equipara al positivismo jurídico, discrepa sobre las variantes del neoconstitucionalismo teórico de Ferrajoli o de Zagrebelsky que ofrecen a juicio del autor una controvertida reconstrucción del estatus y de las tareas de la teoría del derecho. El argumento que discute de la tesis de Ferrajoli es el de haber asignado un rol normativo a la ciencia jurídica con una referencia ambigua a la teoría del derecho y a la dogmática jurídica. En cambio, su desencuentro con Zagrebelsky se debe a la exigencia de un acercamiento metodológico interno con el Derecho distinto del que resulta operativo para otras prácticas sociales en la medida en que no aporta una teoría del derecho satisfactoria. En un segundo plano de la tipología del neoconstitucionalismo, su dimensión ideológica, se adhiere a la discusión abierta por Nino o Bobbio frente al positivismo ideológico. Simplemente se ciñe a argumentar la peligrosidad de la reducción del grado de certeza del derecho

¹ Comanducci, P.: “Formas de (ne)constitucionalismo un análisis metateórico”, *Isonomia*, 16, 2002, pp. 89-112

derivada de la técnica de ponderación de los principios constitucionales y de la interpretación moral de la Constitución. Comanducci cuestiona abiertamente que en realidad el objetivo de la creación, la configuración y ponderación de los principios sea perseguir el valor de la certeza del derecho apuntado por Dworkin. Más bien concluye que la confluencia de objetivos, aún no siendo igual o mayormente recomendables, tiende a la hetero y/o la autoatribución a los jueces de una parte del poder normativo. En otra sede de discusión, el neoconstitucionalismo metodológico le permite reafirmar la tesis de la no conexión justificante entre derecho y moral en cuanto la tesis neoconstitucionalista justifica la decisión judicial en una norma moral. A tal propósito, sugiere un cuadro de soluciones objetivistas y subjetivistas que hacen referencia a una moral crítica, individual y positiva. En su conjunto, tales soluciones no están exentas de problemas ontológicos y epistemológicos que reducen su alcance por las ya bien conocidas objeciones de Hart sobre las relaciones entre derecho y moral.

El núcleo del trabajo de Comanducci, en mi opinión, lo constituye una original presentación que guía al lector por las perspectivas del neoconstitucionalismo contemporáneo y los perfiles de dicha concepción compatibles o contrapuestos al positivismo jurídico. Para el autor, bajo la doctrina del neoconstitucionalismo se esconde una falsa promesa de derecho mejor o más justo, incluso inconsistente si se acepta el nuevo protagonismo de los jueces y la doctrina. Una inconsistencia que radica en cuestiones terminológicas que inducen a equívocos por referirse de manera genérica a un “tipo” de constitucionalismo contemporáneo con contornos indefinidos. Es más, la reconstrucción de los referentes del neoconstitucionalismo que lleva a cabo, al margen del debate doctrinal, no aporta el pretendido contraste entre neoconstitucionalismo y constitucionalismo ni va

más allá de una discusión en clave de teoría o filosofía del derecho.

Desde la perspectiva o enfoque del derecho constitucional, en *Neoconstitucionalismo y Constitucionalismo*, M^a Ángeles Ahumada complementa con claridad algunos problemas destacados por Comanducci en su descripción y crítica de la tripartición del neoconstitucionalismo. Un plano de discusión interdisciplinar que evidencia la compleja categorización de las acepciones de constitucionalismo y su contraste o contraposición desde esta perspectiva. Un tópico de discusión de la teoría constitucional de largo alcance como los métodos de la interpretación constitucional, el alcance de la garantía constitucional de los derechos fundamentales o la relación entre jurisdicción constitucional y democracia. En todo caso, la identificación del neoconstitucionalismo teórico como nueva teoría del derecho, según la autora es una introducción sugerente y eficaz para el planteamiento de una variedad de cuestiones importantes sobre un nuevo paradigma jurídico de difícil encuadre. Un planteamiento que se caracteriza por una progresiva descodificación, el avance del federalismo y la proliferación de focos normativos y la integración de los Estados en organizaciones supraestatales.

Otro desencuentro conceptual, en cuanto a sus implicaciones constitucionales, es la referencia al neoconstitucionalismo ideológico como la doctrina que respalda el modelo de Estado constitucional del constitucionalismo democrático. Aunque, advierte que el éxito del proyecto del constitucionalismo escrito como instrumento de control del poder o la importancia de los derechos humanos no es suficiente para eliminar la problemática de legitimidad del constitucionalismo democrático. Y, a la par, realiza un breve comentario sobre el trasfondo del neoconstitucionalismo metodológico por ser un recurso no necesario pero habitual de la conexión entre el constitucionalismo e iusnaturalismo. Al respecto cierra su contribución poniendo en duda si la idea del origen del impulso codificador sea la posibilidad de configurar y diseñar el gobierno

CEFD

del “bien común”. Así niega que sea la localización en la Constitución aquello que convertiría determinadas reglas o principios fundamentales y no simplemente los fines definidos por la comunidad política.

Podemos concluir que nos encontramos ante un libro excelente, bien construido y riguroso, con una composición en capítulos pares que recoge de forma coherente los argumentos e ideas más importantes. Un repertorio esquemático de referencias jurídicas y de tesis compartidas o no por los autores que logran si cabe más enfatizar los encuentros y desencuentros existentes en una discusión iusfilosófica todavía abierta e inconclusa. En definitiva, se puede considerar muy acertada la estructura y selección de dimensiones de análisis intra e interdisciplinar que le confieren un carácter de lectura básica y altamente recomendable para abordar la materia. No en vano, desde la originalidad expositiva y el rigor científico, *Positismo jurídico* y *neoconstitucionalismo* permite redefinir las implicaciones del neoconstitucionalismo y el positivismo jurídico en la aplicación del Derecho precisamente cuando nos encontramos ante un panorama jurídico actualmente *in translation*.