

II. Política del positivismo

El positivismo no expresa una teoría política; la *exhibe*, al menos un aspecto de ella. Me refiero al modelo estatal que propugna. Se trata de un modelo que separa el Estado (que identifica con el derecho)⁴ de la sociedad (que es el ámbito político-ideológico). Así como es posible determinar objetivamente lo que el derecho es, también el Estado será un ente definible objetivamente, su *concepto* cognoscible científicamente. Hart afirma que “los conceptos que se encuentran en la intersección de la teoría del derecho con la teoría política, tales como los de Estado, autoridad y funcionario, exigen un *análisis similar* para que la oscuridad que todavía los rodea se disipe”.⁵

El derecho será, entonces, los límites del Estado, marcados desde su interior. Esta idea es claramente una liberal. Como notó Shklar, el positivismo es la manifestación de un ideal político en que un Estado fuerte y neutro existe “por encima y al margen de las guerras ideológicas y, por tanto, de la moral”.⁶ Es un Estado neutral que refleja el escepticismo ético de este liberalismo que pretende estar despojado de un contenido preceptivo definido. Desde luego, la vacuidad moral es solo una ilusión. Detrás de la democracia procedimental y las limitaciones al Estado (que incluye la separación de funciones) se esconde “una expresión del deseo liberal de preservar la autonomía individual y la diversidad en la moral”.⁷ La democracia constituye, como es de suponer, el fundamento de la legitimidad de la ley, cuyo objeto será instrumental (por consiguiente moralmente neutro), como reconoce Raz,⁸ el fin del derecho es, específicamente, la protección de la libertad individual, de la autodeterminación del plan de vida y la garantía de la posibilidad de llevarlo a cabo. Para tener éxito en su cometido estos ideales se valen de la seguridad, la certeza y la predictibilidad que el derecho provee, de acuerdo a la teoría positivista. Desde el punto de vista de los derechos subjetivos, la protección del individuo se logra, principalmente, a través de libertades negativas (derechos de no intervención).

III. Constitución

Sabido es que el fin de la Segunda Guerra Mundial provocó el renacimiento de las declaraciones de derechos y la idea de supremacía constitucional. Las consecuencias para la teoría jurídica fueron enormes. La comprensión kelseniana de la constitución como una norma preferentemente formal se hizo inútil para explicar las constituciones de principios, con su “vocación de eficacia directa”, por sobre la ley, que significa condicionar la validez de ésta a su coherencia con las normas constitucionales, pues la constitución se transforma no solo en norma jurídica fundamental de garantía; también es norma *directiva* fundamental de los poderes públicos a través de los valores constitucionales. El problema es aún mayor para el positivismo ya que el condicionamiento de la ley dependerá, además, de un juicio, una interpretación de la constitución. Por ello “la existencia de un control de constitucionalidad (...) destruye el dogma liberal-estatalista de la fuerza absoluta de la ley”.⁹

⁴ En el sentido que el Estado *es* el derecho (como en KELSEN) o está delimitado por éste, y en el sentido que el derecho es *estatal*, en tanto el Estado lo crea y administra.

⁵ HART (1998), p. 122 (itálicas mías).

⁶ SHKLAR (1968), p. 55.

⁷ *Ídem* p. 56.

⁸ *Vide* Raz (1979), p. 226.

⁹ *Vide* FIORAVANTI (2000), p. 128 y ss.

IV. El Positivismos ante la Constitución

Las nuevas constituciones son un problema para la teoría positivista. Estos problemas tienen al menos dos aspectos. En el aspecto político los problemas teóricos tienden a confundirse.

El problema (positivista) de la validez de las normas es el más evidente. Sabemos que Kelsen identifica la validez de una norma con su existencia: una norma existe cuando ha sido creada de acuerdo a las condiciones requeridas por una norma de superior jerarquía, por lo que en caso de contradicción entre normas de distinta jerarquía la solución consiste en que si la norma inferior no es coherente con la superior, en tanto ésta determina la validez de aquella, la inferior será inexistente. Por eso la afirmación de que una ley válida es inconstitucional es una contradicción. Lo que hace es reducir “el deber ser al ser del derecho valorando con una suerte de presunción general de legitimidad todas las normas vigentes como válidas”.¹⁰

Por su parte, Hart acepta que las restricciones a la legislación pueden “especificar la forma y la manera de la legislación (cosas que, podemos conceder, no son limitaciones)” y además “excluir por completo ciertas materias del ámbito de su competencia legislativa, lo que importa limitaciones de fondo”.¹¹ De este modo llega al resultado de “negar la existencia de normas formal pero no sustancialmente conformes a las relativas a su producción y, en consecuencia, de reducir el ser al deber ser del derecho”.¹²

El sentido político de esta idea es la defensa del legislador democrático y el recelo del activismo judicial (aquí se trata de un problema liberal). Lo que se pretende es proteger al individuo por medio de la garantía de espacios de libertad. Es el fin instrumental del derecho. Un elemento clave de esa protección para ello es la sujeción del juez a la ley (objetivamente determinada). Así, por ejemplo, Raz afirma que la arbitrariedad está excluida “en la función aplicadora del derecho de la judicatura en que los tribunales deben estar sujetos sólo a la ley y someterse a un procedimiento justamente estricto”,¹³ lo que contribuiría a generar una sensación de seguridad frente al poder.

Para el positivismo, el razonamiento jurídico tiene dos dimensiones. La primera es fáctica, consiste en la constatación de la existencia (y el contenido) del derecho. Esto se logra haciendo uso de los criterios procedimentales (y sustantivos en el caso de Hart) que las reglas superiores establecen para la validez de las normas inferiores. La segunda dimensión es aquella que muestra el carácter interpretativo del razonamiento jurídico positivista al aplicar la norma al caso concreto, aplicación que se justifica haciendo referencia al sentido de ella.

Pero el positivismo asume una característica de la argumentación jurídica que se vuelve muy indeseada frente a las constituciones de principios. Esta característica ha sido entendida siguiendo a Hart, quien expresa que “[c]ualquiera que sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestiona las pautas serán indeterminadas;

¹⁰ FERRAJOLI (2001), p. 21.

¹¹ HART (1998), p. 85.

¹² FERRAJOLI, *Ibidem*.

¹³ “[I]n the applying function of the judiciary where the courts are required to be subject only to the law and to conform to fairly strict procedures”, RAZ (1979), p. 219.

tendrán lo que se ha dado en llamar una ‘textura abierta’¹⁴. Así, ante los principios “y por mucha fe que se tenga en la argumentación racional, parece que la aplicación de principios comporta mayores riesgos de subjetividad valorativa que la aplicación de reglas”.¹⁵

Ahora bien. El que la validez de una norma dependa de un juicio discrecional es insoportable para un positivista que considera que parte de la protección de los derechos de las personas es precisamente la vinculación del juez a la ley: el establecimiento y la fijación del contenido de las normas deben pertenecer a un órgano representativo (legislativo); la justicia constitucional atenta contra la separación de poderes y la democracia, pues “en esta relación de competencia el legislador tiene la prioridad, pero el Tribunal Constitucional tiene la primacía”.¹⁶ De este modo, la función de la constitución en el modelo político positivista de funcionar como límite al poder (estatal) se vuelve una difícil tarea.

Por otro lado, el positivismo pretendió solucionar los desafíos que presenta el pluralismo de valores presente en la sociedad a través de la prescindencia del uso ético de la razón.¹⁷ Éste es otro aspecto del escepticismo liberal: su trasunto jurídico corresponde a su teoría del razonamiento jurídico moralmente neutro.

V. Positivismos y justicia

La necesidad de seguridad que parece necesitar la teoría positivista (y que pretende lograr mediante la objetividad que profesa) se refleja en la forma de protección de los espacios de autonomía que ha diseñado el liberalismo que le subyace. Se trata de garantías que dicen directa relación con la justicia formal.

La idea más notable del concepto de justicia formal es que un funcionario actúa injustamente cuando no actúa dentro de la ley.¹⁸ Hart, por ejemplo, sostuvo que parte de la idea de justicia consiste en el igual trato a casos iguales. Esta afirmación no es mayormente controversial, pero eso se debe probablemente a que es vacía. Hart notó esto, por lo que agregó que la otra parte de la justicia consiste en “un criterio cambiante o variable usado para determinar cuándo, para un determinado propósito, los casos son semejantes o diferentes”.¹⁹ Ese criterio, nos explica líneas después, es determinado por el mismo derecho. Así, afirma que “podría decirse que aplicar con justicia una norma jurídica a distintos casos es simplemente tomar en serio la afirmación de que lo que debe aplicarse en los distintos casos es la misma regla general, sin prejuicio, interés o capricho”.²⁰

Esta igualdad ante la ley es, entonces, uno de los principios (con un claro contenido moral) de la teoría positivista, y que se encuentra en armonía con las otras ideas que *exhibe*.

¹⁴ HART (1998), p. 159. Para una explicación de cómo la tesis de HART puede ser entendida como una tesis sobre los lenguajes naturales (y derivativamente como una sobre el derecho) o como una sobre el derecho (en que la textura abierta existe como consecuencia de una decisión tomada por la necesidad de conciliar *certeza y adecuación*) vide ATRIA (1999), pp. 80-83.

¹⁵ PRIETO (2000), p. 173. PRIETO argumenta, también, que la tesis opuesta (que los principios cercenan la discrecionalidad) es cierta respecto del legislador.

¹⁶ BÖCKENFÖRDE, citado en HABERMAS (1998), p. 322.

¹⁷ Vide HABERMAS (1998), p.348.

¹⁸ Vide Lyons (1998), p. 32 y ss.

¹⁹ HART (1999), p. 199.

²⁰ *Ídem*, p. 200.

Si nos volvemos hacia la teoría de los derechos fundamentales, podemos cotejar estas ideas de justicia formal con el derecho de *igualdad ante la ley* (y con sus corolarios de *igual protección de los derechos*, *acceso igualitario a la justicia*) y así constatar su identidad.

Basta lo expuesto para identificar al positivismo con la ideología legalista, esa posición de política jurídica o filosofía política que postula la soberanía de la ley por distintas razones, entre las que encontramos la legitimidad democrática y la idea de que el derecho es justicia. El legalismo sirve, así, a los fines del liberalismo que pretende proteger al individuo a través de un derecho instrumental, moralmente neutro.

Es interesante notar que el legalismo serviría igualmente a gobiernos en sentido alguno liberales: es claro que actuaciones injustas no producen necesariamente resultados justos. El problema del legalismo es, entonces, que sigue siendo vacío. La única forma razonable de apoyarlo es *suponiendo mucho*, dando por sentado, por ejemplo, la función instrumental del derecho y otros aspectos muy abstractos de su pensamiento político.

VI. Legalismo

El legalismo es la teoría del derecho que corresponde al estado ideado por la forma de liberalismo que he bosquejado. Lo que pretende es separar el derecho de la política y las discusiones ideológicas que pueden afectar la neutralidad, la certeza y la objetividad del derecho y las prácticas legales. La separación es posible, pero sólo en apariencia. Si se piensa claramente es posible concordar con la afirmación que “[l]a relación entre derecho y política parece obvia para un observador sin prejuicios teóricos”.²¹ Parece también, empero, que la relación no es obvia para la mayoría. Aparece, generalmente (en especial para el legalismo), que el derecho *es* ajeno a la política.²² En tanto el derecho debe ser determinado y aplicado objetivamente, todo uso de la razón distinto del que es procedente para interpretar las normas es, claramente, inadecuado. Así, la moral y todos los argumentos valorativos quedan excluidos del razonamiento jurídico.

Estas ideas parecerán plausibles en tanto se crea que el concepto de derecho debe ser determinado sin mediar valoraciones porque la moral y el derecho *son* distintos. Evidentemente, este es *un* concepto de derecho. Las discusiones entre defensores de distintos conceptos de derecho serían mejor entendidas si cada uno superara el *esencialismo conceptual*²³ que les impide entender que si alguien afirma que el derecho es conceptualmente distinto de lo que el otro afirma no ocurre que estén hablando de distintas cosas. La discusión no es sobre un hecho, ninguno de los dos ha captado mal la realidad; la discusión es teórica²⁴, conceptual. Cada uno entiende por derecho lo que cree que el derecho *debe ser*.²⁵

Habermas explica el origen de esta ilusión en el caso del legalismo en los siguientes términos: “El paradigma liberal del derecho representó hasta el primer tercio del siglo XX un consenso *de fondo* entre los profesionales del derecho, con lo cual proporcionó también a la aplicación del derecho un contexto de máximas de interpretación *que no se cuestionaban*, que se consideraban obvias y fuera de toda duda. Esta

²¹ NINO (1994)

²² Lo que es un asunto distinto a que el derecho *deba ser* en algún aspecto, en algún momento o en algún grado ajeno a la política, vide infra.

²³ Vide NINO (1994), p. 32.

²⁴ Vide DWORKIN (1986), p. 45 y ss.

²⁵ No en un sentido imperativo, sino hipotético.

circunstancia explica el *espejismo (actual)* de que en esa época el derecho había podido aplicarse sin necesidad de recurrir a principios de interpretación y a controvertidos ‘conceptos claves’.²⁶

Pero el consenso de fondo ha cambiado y el concepto de derecho que permitía afirmar que el derecho y la política *son* conceptualmente distintos ha sido probado insostenible. Pese a ello, la apariencia de separación se ha mantenido gracias a distintos mecanismos institucionales. Así, por ejemplo, en Estados Unidos la doctrina del *stare decisis* junto con la práctica de la *judicial review* han logrado sustraer del proceso *político democrático* a los derechos fundamentales.

La hegemonía de la ideología legalista puede ser explicada por el hecho de que se trata de una teoría que por razones políticas contingentes se extendió hasta llegar al ambiente académico, desarrollándose a través de la dogmática causando una autocomprensión metodológica de la judicatura como la que he expuesto. Una vez que el consenso de fondo ha desaparecido, la visión positivista se vuelve controvertida, incluso perjudicial, pues no hace justicia a las características e intenciones de las constituciones actuales.

VII. Para concluir

El positivismo es una teoría de nivel alto.²⁷ Se trata de una teoría con una cierta idea sobre la justicia, el bien y el mal, muy abstracta (éstas son algunas de las características de estas teorías) Existen también, las teorías de nivel bajo, que no son opuestas a las de nivel alto, pero son distintas en el sentido que hacen posible acuerdos *incompletamente teorizados*, *i.e.* acuerdos respecto a resultados concretos, que se pueden lograr a pesar de los desacuerdos que puedan existir respecto a teorías de nivel alto. Se trata de lograr mantener la función social de las reglas que es “permitir a las personas estar de acuerdo en el significado, la autoridad, e incluso la prudencia de una disposición legal regente en vista de desacuerdos sobre muchas otras cosas”.²⁸

De esta teoría de nivel alto fue derivada una cierta teoría de la argumentación. Vimos que ésta es muy inadecuada. Si bien Kelsen fue capaz de plantear una forma de control de constitucionalidad compatible con el positivismo, su Tribunal Constitucional no es un tribunal, es sólo una forma de legislación negativa (sabemos que Kelsen estaba perfectamente conciente de esto).

Ahora cabe preguntarse ¿para qué es necesario el control de constitucionalidad? Si se trata de velar por la coherencia *in abstracto* de una norma legal con otra constitucional, esto parece ser un trabajo legislativo, y no es necesario (ni conveniente) que un tribunal se ocupe del discurso de validez o justificación de una norma.

Pero si de lo que se trata es de velar por el respeto a los principios constitucionales en la aplicación del derecho, es inevitable que desde un punto positivista se rechace la idea de entregar ese poder discrecional a un órgano judicial; se hace necesario, entonces, una teoría de la argumentación jurídica que conciba la discusión sobre la aplicación de las normas. Para ello es esencial distinguir entre los discursos que caracterizan a cada función del Estado: los discursos de fundamentación son parte del trabajo del legislativo, mientras los discursos de aplicación corresponden a la judicatura, quienes asumen la justifica-

²⁶ HABERMAS (1998), p. 325 (sólo “que no se cuestionaban” en itálicas en el original)

²⁷ “High-level theory”, en el sentido en que aparece en SUNSTEIN (1994), p.146 y ss.

²⁸ “[T]o allow people to agree on the meaning, the authority, and even the soundness of a governing legal provision in the face of disagreements about much else”, SUNSTEIN (1994), p. 194.

ción de una norma y se limitan a “*evaluar [un] caso concreto desde el punto de vista de todos sus aspectos concretos y singulares*”.²⁹ En cuanto la función legislativa es esencialmente política en un sentido (la discusión sobre la fundamentación de una norma), en ese mismo sentido la función judicial *no debe serlo*.

La teoría de la argumentación que nos ha ocupado se sigue de una teoría de nivel alto. Esta última se extendió e influyó tanto como para provocar espejismos. Por un lado, se volvió controversial y se hizo inadecuada, por lo que debe ser abandonada. Por otro lado, por ser una teoría de nivel alto, se refiere (aunque pretenda ocultarlo) a asuntos que pertenecen al ámbito de los discursos de fundamentación. Pero en la aplicación del derecho son necesarias teorías de nivel bajo que permitan las discusiones sobre aplicación, porque es claro que los “*principios fundamentales* son desarrollados mejor política que judicialmente”.³⁰

Referencias bibliograficas

- Atria, Fernando. “Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral, Vol. XII. 2001.
- . “Del derecho y el razonamiento jurídico”, en *Doxa* 22. 1999.
- Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press. 1986.
- Ferrajoli, Lugi. *Derecho y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta. 2001.
- Fioravanti, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Editorial Trotta. 2000.
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Editorial Trotta. 1998.
- Hart, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Abeledo-Perrot. 1998.
- Lyons, David. *Aspectos morales de la teoría jurídica*. Editorial Gedisa. 1998.
- Nino, C.S. *Derecho, moral y política*. Ariel. 1994.
- Prieto Sanchís, Luis. *Tribunal Constitucional y positivismo jurídico*, en *Doxa* 23. 2000.
- Raz, Joseph. *The Authority of Law*. Clarendon Press. 1979.
- Shklar, Judith. *Legalismo*. Bibliográfica Omeba. 1968.
- Sunstein, Cass R. *Political Conflict and Legal Agreement*. 1994 [Documento electrónico en: <http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/Sunstein96.pdf>]

²⁹ ATRIA (2001), p. 146.

³⁰ “[F]undamental principles are best developed politically rather than judicially”, SUNSTEIN (1994), p. 198 (itálicas mías).

El positivismo ante el control de constitucionalidad

ERNESTO RIFFO ELGUETA*

I. Positivismo

Son numerosas las tesis que se le atribuyen al positivismo jurídico. Muchas de ellas han sido, de hecho, defendidas por algunos filósofos. Algunas son contradictorias entre sí, otras insostenibles. Otras tantas jamás fueron defendidas por pensador alguno y nacieron solo de interpretaciones erradas por parte de opositores al positivismo.

Para los fines de este trabajo entenderé el positivismo según se presenta en las tesis someramente explicadas a continuación (no obstante las características que pueda agregar más abajo).

La tesis de las fuentes es aquella que postula (en su forma más general) que “lo que es derecho y lo que no lo es, es una cuestión de hecho social”.¹ Las fuentes del derecho serán entonces aquellos hechos sociales en virtud de los cuales éste es válido y que permiten además identificar su contenido.² Esto se traduce en que la identificación del derecho, su contenido y existencia, puede ser determinado sin referencia a argumentos valorativos. Esta es la tesis de la separación entre el derecho y la moral, *i.e.* entre lo que el derecho es y lo que el derecho debe ser.³ Estas dos tesis con frecuencia son indistinguibles una de otra. Se sigue de ellas, según el positivismo, que en los casos en que una fuente de derecho provee la solución de un conflicto, los jueces aplican la ley técnicamente, razonando a partir de ella, pero en algunos casos, debido a características de los lenguajes naturales, la aplicación de las normas no será indiscutida. En estos casos los jueces tienen discrecionalidad (*i.e.* no están obligados a fallar en un sentido u otro).

La idea principal tras estas tesis es que el concepto de derecho *debe* (luego puede) ser definido (y aplicado) de manera objetiva, permitiendo una certeza científica. Estas tesis (como expondré a continuación) son el trasunto teórico-jurídico de una teoría política determinada. Las características de esa teoría política traen consecuencias para la concepción positivista de la constitución, el entendimiento de su función política y de su situación dentro del sistema jurídico que no son adecuadas ante la realidad del constitucionalismo actual. Los principales problemas del positivismo ante la justicia constitucional son conocidos, me referiré a algunos ellos y a su aspecto político para mostrar cómo éste afecta a la comprensión que el positivismo tiene de sí mismo, su relación con la política, y las consecuencias de esto para la teoría constitucional, específicamente el control de constitucionalidad.

* Estudiante, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

¹ “[W]hat is law and what is not is a matter of social fact”, RAZ (1979), p. 37.

² *Vide Idem*, p. 47 y ss.

³ La formulación y el significado de esta tesis es un tema controvertido.