

DIMOULIS, Dimitri y DUARTE, Écio Oto (coords.), *Teoria do Direito Neoconstitucional. ¿Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*, Sao Paulo, ed. Método, 2008, 447 pp.

El auge económico que está experimentando Brasil desde hace algunos años ha venido acompañado de un considerable interés, por parte de la comunidad internacional, en sus áreas de desarrollo político, económico y social. El ámbito académico no puede ser ajeno a dicho fenómeno, y es así que a la par de su cada vez más importante desarrollo interno surge también un renovado interés externo, no sólo debido a la importancia que viene adquiriendo este país suramericano en el nuevo orden mundial, sino también porque, superando incluso las barreras del idioma, y debido a su especial situación geográfica y a los lazos culturales que lo une a sus vecinos, constituye un óptimo representante de las experiencias históricas de Latinoamérica, tanto desde el punto de vista económico, como político y jurídico.

En el campo de la Teoría y la Filosofía del Derecho, desde hace ya varios años un grupo de profesores e investigadores brasileños viene realizando una valiosa contribución en la difusión y discusión de los temas más relevantes y actuales del panorama jurídico internacional. Sólo por citar algunos ejemplos, podría mencionarse los importantes trabajos de Antonio Maia (compilador, junto con otros autores, de *Perspectivas actuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005), Claudio Pereira de Souza Neto y Daniel Sarmento (*A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Lumen Juris, 2007), o a los jóvenes profesores Virgilio Alfonso da Silva, Eduardo Moreira y Noel Struchiner. Asimismo, cabe destacar la contribución de ciertos autores de la dogmática jurídica que han sabido darle un enfoque iusfilosófico a algunos de sus trabajos, como es el caso de Humberto Avila y Roberto Barroso. *Teoria do Direito Neoconstitucional ¿Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*, bajo la coordinación de los profesores brasileños Dimitri Dimoulis y Écio Oto Duarte, es una muestra más de esa labor de difusión y pretende ser un espacio de intercambio de ideas entre especialistas brasileños, españoles, italianos y griegos. Todos ellos convocados esta vez para estudiar uno de los problemas más relevantes de la teoría del Derecho actual: la evaluación de la llamada crisis del positivismo jurídico.

Aunque los trabajos contenidos en este volumen (en un portugués bastante accesible, a excepción de los artículos de los profesores Rafael Escudero, Alfonso García Figueroa y José Juan Moreso, que están en español) tratan sobre una variedad de temas, podrían clasificarse, un tanto arbitrariamente, entre aquellos que persiguen un propósito explicativo acerca de algunas materias confusas vinculadas al positivismo jurídico; los que critican el positivismo jurídico, pero sin desmarcarse de él; los que defienden el positivismo jurídico (o cierto tipo de positivismo jurídico), y los que, al contrario, lo rechazan y proclaman su superación en el actual contexto de los Estados constitucionales de Derecho.

Entre los que pretenden esclarecer ciertos temas tradicionalmente vinculados al positivismo jurídico, pero que, en su opinión, han sido erróneamente tratados o han servido para ofrecer una imagen distorsionada del mismo (como en el caso patente de la llamada falacia de reducción *ad Hitlerum* que –junto al concepto positivista de contenido del Derecho y a la teoría de la

obediencia al Derecho— es materia de análisis por parte de Andityas Soares de Moura), se encuentran:

Adrian Sgarbi, quien reflexiona sobre la distinción entre validez y aplicación de las normas jurídicas. El autor subraya la distinción analítica que debe hacerse entre los conceptos de validez, obligatoriedad (jurídica, moral o política), aplicabilidad y aplicación efectiva de la norma jurídica. Además, se refiere a la capacidad de funcionamiento y de aceptación de las normas por parte de los sujetos, así como a la manera en que debería plantearse la problemática relación entre el Derecho y la moral.

Aldo Schiavello, quien desarrolla la interesante tesis de por qué el positivismo jurídico es inconsistente con el objetivismo ético (específicamente *monista*, para distinguirlo de un tipo de objetivismo abierto al pluralismo de valores). Schiavello parte de una reformulación de la idea de *pretensión de corrección* de Robert Alexy, aunque se manifiesta explícitamente distante del profesor alemán en relación a su no positivismo y, más bien, defiende la supervivencia del positivismo jurídico en razón de que el Derecho sigue concibiéndose como un producto humano contingente que puede ser descrito de forma neutra.

Andreas Ch. Takis, quien analiza algunas cuestiones en relación a las tesis convencionalistas del Derecho a raíz del desarrollo del tema en Hart y su concepto de *regla de reconocimiento* y, en especial, debido a su ulterior tratamiento por parte de algunos positivistas post hartianos.

Dimitri Dimoulis y Soraya Gasparetto, quienes evalúan la crítica según la cual el positivismo jurídico es incapaz de incorporar a los principios jurídicos en su descripción del Derecho. Los autores resaltan la imagen distorsionada que supone esta concepción del positivismo y la rechazan amparados en autores tradicionales del positivismo jurídico, con especial referencia a Kelsen. Dimoulis y Gasparetto refieren también que, desde una perspectiva positivista, la presencia de principios en el ordenamiento jurídico no implica la plena libertad decisoria de quien aplica el Derecho ni una amenaza a la seguridad jurídica, pues la interpretación de los mismos debe estar sometida a un deber de fundamentación, basado en el principio de igualdad y en un razonamiento coherente.

Otros autores de este volumen se proponen defender algún cierto tipo de positivismo jurídico, tanto frente a las nuevas tendencias no positivistas como frente a otros autores también llamados positivistas. Así por ejemplo, Paolo Comaducci defiende una concepción positivista metodológica, no formalista ni legalista, explícitamente distanciada del positivismo ideológico, y sustentada en la defensa de las tesis positivistas de las fuentes sociales del Derecho y de la no conexión necesaria entre el Derecho y la moral. El autor propone una distinción analítica entre el tipo de vinculación justificativa o identificativa que existiría entre el Derecho y la moral. Según el autor, la defensa del positivismo metodológico se basa en la ya tradicional distinción entre *ser* y *deber ser*, pero no es óbice para que en el plano ético puedan adoptarse incluso tesis cognitivistas.

De forma semejante, Noel Struchiner defiende un positivismo de tipo conceptual, basado en la defensa de la tesis —común a todos los positivistas— de la identificación del Derecho a partir de sus fuentes e independientemente de su valor moral. Para el autor, el positivismo conceptual es una teoría valiosa, entre otras cosas, porque permite una clara determinación del Derecho existente, así como su distinción respecto de otro tipo de normas de conducta; además, porque constituye una teoría *normativamente inerte*, pues aunque

identifica el Derecho válido no establece su necesario cumplimiento. Aunque Struchiner presenta varios argumentos a favor del positivismo conceptual, reconoce también que no se trata de una teoría del Derecho completa, pues únicamente se limita a identificar la existencia o validez de las normas jurídicas. Otros temas de vital importancia, como los referidos a la obediencia, el significado o la justicia de las normas jurídicas, según el autor, deberán ser abordados por otras tesis que sí puedan tener carácter normativo.

El tema de la vinculación (y de sus tipos y alcances) entre el Derecho y la moral es materia en discordia no ya sólo entre el positivismo y su tradicional rival el iusnaturalismo, sino también entre algunos positivistas. Las Constituciones de los actuales Estados constitucionales de Derecho han incorporado de manera profusa y relevante muchos conceptos morales, especialmente a través de principios jurídicos y principalmente con relación a los derechos fundamentales. Esa realidad ha provocado que algunos autores ofrezcan una versión del positivismo que pretende ser más flexible y acorde a la nueva configuración de estos sistemas jurídicos y que permita incluir ciertos conceptos o consideraciones morales dentro de la concepción del Derecho. Este es el llamado positivismo inclusivo o incluyente que, por ejemplo, defiende José Juan Moreso.

El profesor Moreso analiza en su artículo tres versiones actuales del positivismo jurídico: el positivismo exclusivo, el positivismo inclusivo y el positivismo normativo o ético (en esa misma línea se encuentra el trabajo de Rodrigo Tavares, «Neopositivismos: novas idéias sobre uma antiga tese»). Moreso crítica al positivismo exclusivo debido a su concepción formalista de la aplicación del Derecho, que recurre a un razonamiento de tipo técnico y autónomo respecto de cualquier razonamiento de tipo moral, pero que, sin embargo, no corresponde a la práctica jurídica en la que es común el uso de argumentos morales y ante lo cual el positivismo exclusivo tiene como única alternativa el recurso de la discrecionalidad. En relación al positivismo normativo, Moreso advierte que si bien la certeza es un ideal de regulación, no constituye un fin valioso en sí mismo sino en la medida en que permite el desarrollo de la autonomía moral de los individuos. Por esa razón, en ocasiones la certeza puede ser sacrificada —a través de la incorporación de ciertos conceptos morales abiertos a interpretación— para garantizar o hacer verdaderamente efectiva la autonomía moral. Así, aunque la certeza constituye un valor importante para el Derecho, las reglas pueden verse matizadas en su aplicación por la existencia de *defeaters* morales.

Écio Duarte también es un defensor del positivismo jurídico inclusivo. En su artículo, Duarte subraya la necesidad de construir una teoría moral que se ajuste a las pretensiones del positivismo inclusivo y persiga cierto grado de objetividad en materia moral. El autor explica algunos de los obstáculos ante los que actualmente se enfrenta cualquier pretensión de objetividad moral y que están determinados por dificultades de índole epistemológica que impiden fijar un criterio metaético de verdad moral. Asimismo, se cuestiona sobre las posibles acepciones de la objetividad moral hoy día; sobre la eventual relación entre la objetividad moral y las propuestas ético-discursivas de Habermas o Alexy, y sobre la relación que puede o debe existir entre la objetividad de la moral y la objetividad del Derecho.

Al contrario que los autores anteriores, Rafael Escudero Alday defiende un positivismo de tipo excluyente frente al positivismo incluyente o inclusivo. Para Escudero, el positivismo excluyente es la mejor teoría explicativa del Derecho porque para su identificación se limita a la verificación de una

cuestión de hecho: la validez de las normas jurídicas depende de su fuente de producción. El positivismo inclusivo, al aceptar la incorporación de criterios y contenidos morales en el Derecho, se muestra confuso en su descripción del funcionamiento de los sistemas jurídicos y se enfrenta a diversos problemas, como por ejemplo: ¿cómo defender la existencia de una verdadera convención social acerca de los conceptos morales de los cuales dependería la validez de las normas jurídicas?, ¿cómo evitar la manipulación moral de dichos conceptos por parte de las autoridades encargadas de su aplicación y desarrollo?, ¿cómo evitar los riesgos para la seguridad jurídica que supone el ingreso de la argumentación moral en la identificación de lo jurídico?, etcétera.

Entre los autores que señalan algunas críticas al positivismo jurídico, aunque sin proponer su abandono o alguna teoría alternativa a ésta, se encuentran, por ejemplo, André Ramos Tavares y Carla Osimo, quienes cuestionan la postura anti realista de dos grandes pensadores positivistas: Hart y Kelsen. A partir de la exposición de sus críticas al realismo jurídico y de sus tesis sobre la interpretación jurídica, Ramos y Osimo advierten cómo este último aspecto aproxima, paradójicamente, a positivistas y realistas. En la medida que ni Hart ni Kelsen desarrollan una metodología que ofrezca parámetros adecuados para la interpretación del operador del Derecho, la interpretación se presenta esencialmente como un acto de voluntad, cercano a la imagen que ofrece el realismo jurídico.

Walber de Moura Agra, por su parte, reconoce las contribuciones que ha realizado el positivismo a la Ciencia del Derecho, pero refiere que se trata de una teoría que resulta poco adecuada para explicar muchos aspectos de la realidad jurídica actual. El neoconstitucionalismo, aunque sigue siendo un término impreciso, le parece una concepción más acorde a los cambios producidos en los sistemas jurídicos desde la aparición de las actuales Constituciones normativas, las cuales, mediante la incorporación de principios de contenido moral, han supuesto una «remoralización del Derecho». No obstante, refiere el autor, aún no se han delineado de forma precisa modelos alternativos para reemplazar al positivismo jurídico.

En alusión a un caso concreto resuelto por un tribunal de Justicia de Brasil, José Emilio Medauar Ommati critica el criterio de discrecionalidad que es propio de las versiones más tradicionales del positivismo jurídico. A la concepción kelseniana de la interpretación como acto de conocimiento o como acto de voluntad (el caso de la interpretación auténtica), que estarían detrás del problema en el caso concreto, el autor opone la propuesta principialista y de Integridad del Derecho de Ronald Dworkin.

Adalberto Batista Arcelo reflexiona sobre la pertinencia del discurso del positivismo jurídico en el actual contexto social brasileño. A partir de un enfoque histórico, basado en la metodología de la historia de los sistemas de pensamiento de Foucault, evalúa los aportes y los retos que aún debe afrontar el discurso del positivismo jurídico en el marco de los Estados democráticos de Derecho, con miras a lograr la efectividad de los derechos humanos.

Desde posiciones más radicales, algunos autores perciben un agotamiento en la capacidad explicativa del positivismo jurídico en relación a los sistemas jurídicos de los actuales Estados constitucionales de Derecho y proponen fórmulas alternativas para sustituirlo. Estas tesis, que podemos calificar de anti positivistas, no pueden, sin embargo, unificarse en una teoría acabada, aunque muchas de ellas comparten rasgos comunes y se aproximan a las propuestas de Ronald Dworkin o de Robert Alexy (al denominado, por algu-

nos, neoiusnaturalismo), y a cierto tipo de neoconstitucionalismo que pretende erigirse como una nueva teoría del Derecho.

Con la intención de esclarecer los términos en que se presenta la actual disputa entre positivistas y anti positivistas, y de identificar a algunos de sus actores, Eduardo Ribeiro Moreira ofrece una revisión de las principales críticas al positivismo jurídico y lo enfrenta al neoconstitucionalismo como una teoría aún en ciernes. Ribeiro establece una distinción entre neoconstitucionalismo teórico y neoconstitucionalismo total (que supondría la creación de un nuevo paradigma para la teoría y la filosofía del Derecho, frente al positivismo jurídico). En opinión del autor, el positivismo jurídico exclusivo deviene hoy día en una teoría anacrónica, a la luz del tratamiento actual de la realidad jurídica, influenciada por la hermenéutica constitucional, la argumentación jurídica, la teoría de la justicia y la teoría de los principios. Pero tampoco el positivismo inclusivo sería una teoría satisfactoria, siendo el neoconstitucionalismo una alternativa mucho más explicativa de la realidad de los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales de Derecho del siglo XXI.

Philippos Vassiloyannis intenta mostrar cómo la influencia de la ética discursiva en el campo jurídico ha vuelto inoperante la distinción positivista entre Derecho y moral. A partir de la exposición de las teorías discursivas de Apel, Habermas y Alexy, el autor reflexiona sobre la conexión –no esencial, sino procedimental– que existe entre el Derecho y la moral, y que implica el hecho de que la validez de las normas jurídicas esté determinada por su justificación conforme a las reglas que rigen el discurso práctico. Sin embargo, en la medida que las teorías discursivas no son capaces de establecer un contenido moral determinado, pues aluden a elementos procedimentales, el autor subraya la dimensión institucional del Derecho. De este modo, la teoría del Derecho y el legislador complementarían la ética del discurso.

Alfonso García Figueroa se interroga sobre las posibilidades del positivismo jurídico en la actualidad. El autor considera que el positivismo *no normativo*, basado en la pretensión teórica de *reconstruir el Derecho*, ya sea de manera empírica o formal, presenta una imagen inadecuada del mismo, pues no toma en cuenta su dimensión interpretativa, dinámica y argumentativa. En relación al *positivismo normativo* –que invoca argumentos morales para ser positivista–, el autor considera, entre otras cosas, que contraviene la propia tesis positivista de la separación entre Derecho y moral, y que además incurre en una contradicción performativa, pues ofrece razones normativas para sustentar una actividad que es supuestamente descriptiva. Si el positivismo pretende describir el Derecho como es las razones (morales) para hacerlo o sus consecuencias no son relevantes a efectos de dicha descripción y por eso el positivismo normativo es incoherente. El autor desarrolla también algunos otros temas vinculados a su reiterada crítica antipositivista.

Lenio Luiz Streck analiza el caso de la discrecionalidad a partir de una crítica al positivismo jurídico tradicional, cuyo *modelo de reglas* se muestra insuficiente para hacer frente a la realidad jurídica de los actuales Estados constitucionales de Derecho. Para Streck, la discrecionalidad positivista resulta incompatible con la «era de los principios». No obstante, también se muestra crítico frente a la teoría de la argumentación jurídica y al modelo de la ponderación –según el autor, todavía abierto a la discrecionalidad– y por eso propone una tesis hermenéutica de la respuesta correcta, que supone una simbiosis entre la teoría integrativa de Dworkin y la fenomenología hermenéutica.

Pendiente de resolver disputas internas (entre los varios tipos de positivismo) y externas (frente a nuevas teorías anti positivistas), al positivismo jurídico todavía le falta superar algunos otros retos si pretende seguir siendo una teoría del Derecho útil de cara al futuro. En ese sentido, el artículo de Susana Pozzolo es una interesante reflexión acerca de las implicancias que la globalización tiene para el positivismo jurídico. Entre otros temas, la autora hace referencia a la crisis que ha experimentado la capacidad explicativa del modelo sistemático piramidal que, desde la versión tradicional del positivismo jurídico de Kelsen, fue construido a partir de una concepción del Derecho vinculada al Estado. Como señala la autora, ese modelo hoy se muestra insuficiente, tanto debido al fenómeno del pluralismo jurídico a nivel interno, como por la cada vez más abundante y relevante presencia de normas internacionales. Pozzolo analiza también el conflictivo tema de las relaciones entre normas de derecho nacional e internacional y sus implicancias en la soberanía de los Estados.

Betzabé MARCIANI BURGOS
Pontificia Universidad Católica del Perú