

EL «DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN» Y EL DERECHO PARA LA ARGUMENTACIÓN

Consideraciones metateóricas en respuesta a Isabel Lifante

Alfonso García Figueroa
Universidad de Castilla-La Mancha

«The highest, as the lowest, form of criticism
is a mode of autobiography».

Oscar Wilde

0. Introducción

El propósito principal de las reflexiones siguientes consiste en tratar de dar respuesta a las objeciones que la profesora Isabel Lifante Vidal me planteó en su artículo «Una crítica a un crítico del «no positivismo»¹. No estoy muy seguro de que el trabajo contra el que Lifante ha dirigido sus críticas sea un representante digno del positivismo jurídico que pone en cuestión, pero no albergo en cambio la mínima duda de que las objeciones que opuso a mi ejercicio merecen toda la atención y exigen alguna respuesta, así que estoy en deuda con su lectura crítica en la medida en que ha enriquecido mi texto. Sin que en modo alguno ello sirva de disculpa, confieso que a veces me ha resultado difícil identificar claramente los presupuestos subyacentes a la crítica de Lifante, esto es, la alternativa a la que me enfrento. Por eso y confiando en que toda expresión (en este caso elevada) de crítica encierre verdaderamente una forma de autobiografía (en este caso intelectual), me he permitido en la organización de mi réplica reconstruir a efectos puramente polémicos la *pars contruens* implícita en el planteamiento de Lifante a partir de otros trabajos que definen la trayectoria investigadora de mi interlocutora, así como de otros autores de la escuela alicantina cuyas obras forman parte del arsenal argumentativo de Isabel Lifante. Por otra parte, este trabajo no sólo intenta responder a las objeciones. Pretende además introducir en mi planteamiento algunos matices y algunas correcciones inducidas por Lifante y pretende asimismo ofrecer algunos argumentos nuevos. Me temo, sin embargo, que lamentablemente no seré capaz de hacerlo con el esmerado orden expositivo de quien me critica.

¹ I. Lifante Vidal, «Una crítica a un crítico del “no positivismo”», en *Doxa*, nº 23 (2000), págs. 709-728 (las páginas que figuran en el texto entre paréntesis se refieren a esta obra). Esta crítica se refiere a A. García Figueroa, «La tesis del caso especial y el positivismo jurídico», en *Doxa*, nº 22 (1999), págs. 195-220

1. Los términos de la discusión: ¿positivismo v. neoconstitucionalismo? ¿El Derecho como sistema v. «el Derecho como argumentación»?

«La tesis del caso especial y el positivismo jurídico» presentaba un carácter marcadamente metateórico. Se ocupaba particularmente de tres cuestiones frente a las que adoptaba una posición básicamente positivista:

1. La disección de los posibles significados de la llamada «tesis del caso especial».
2. La exploración de las relaciones entre teoría del derecho y teoría de la argumentación.
3. El estudio del impacto que el reforzamiento de estas relaciones ha producido sobre la teoría del Derecho, singularmente sobre la dialéctica entre teorías positivistas y no positivistas.

Lifante se concentra especialmente en las cuestiones segunda y tercera y apuesta por una teoría del Derecho integradora. Se trata de una teoría integradora en el sentido de que pretende superar el divisionismo positivista e incorporar otras *dimensiones* del estudio del Derecho aparentemente descuidadas por la teoría del Derecho positivista. Si no me equivoco, su planteamiento parece alinearse, pues, junto al de otros autores que están dando forma al incipiente paradigma neoconstitucionalista². A mi juicio, esto supone suscribir sucesivamente (y creo que Lifante desde luego lo hace) lo que podríamos denominar un giro neorrealista y un giro neoiusnaturalista³ en la teoría del Derecho. El giro neorrealista consiste en destacar la importancia del momento de la aplicación del Derecho. El giro neoiusnaturalista subsiguiente consiste en destacar la importancia de la justificación moral de tal aplicación del Derecho. Al nuevo paradigma no le interesa la mera constatación de la aplicación judicial desde el punto de vista de su explicación psicosociológica al estilo de buena parte de los realistas (su contexto de descubrimiento). Al nuevo paradigma le interesa sobre todo el contexto de justificación en el momento de la aplicación del Derecho, su «dimensión justificatoria», diría Lifante. Para ello, nuestra autora propone en su argumentación relativizar distinciones importantes para una considerable parte del positivismo jurídico, como la que existe entre creación y aplicación del Derecho, así como entre validez y aplicabilidad de normas y, por otra par-

² De «paradigma del constitucionalismo» nos habla M. Atienza, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, págs. 309-310 y de «paradigma del Estado constitucional de Derecho –o sea, el modelo garantista» L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 1999, pág. 22.

³ Desarrollo con algo más de detenimiento la articulación de estos dos giros en mi trabajo «Haciendo justicia desde el lado activo del derecho. Teoría del derecho y teoría de la argumentación», en el número monográfico *Sobre el razonamiento jurídico*, en *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso (Chile), vol. núm. 45, págs. 193-218, aquí 201-208.

te, se propone otorgar más importancia a la dimensión del Derecho justificatoria y menos a la autoritativa o voluntarista.

Se trataría, en fin, de construir una teoría integradora porque parece mostrarse favorable a una integración de teoría y práctica del Derecho⁴, una conjunción de teoría del orden jurídico y teoría del método jurídico⁵, una indiferenciación del lado pasivo y del lado activo del Derecho, como diría Alexy, o entre teoría del Derecho y teoría de la adjudicación, en los términos de Dworkin, esto es, una asimilación de teoría del Derecho y teoría de la argumentación jurídica. En última instancia parece ser que su concepción sería la del «Derecho como argumentación»⁶.

Sin embargo, los desacuerdos con Lifante seguramente no sean tan profundos como pudiera parecer. Lo que se discute en el fondo es una cuestión metateórica y una cuestión teórica implicada. La cuestión metateórica es dónde situar los límites entre teoría del Derecho y teoría de la argumentación jurídica (y práctica general). La cuestión propiamente teórica consiste en dónde establecer los límites entre Derecho y moral así como entre Derecho y aplicación del Derecho. En lo que sigue me gustaría insistir en la propuesta de que me parece plausible y deseable una cierta división del trabajo a la hora de estudiar el fenómeno jurídico, que en términos muy generales articularía una teoría de los sistemas jurídicos como núcleo de la teoría del Derecho, decididamente formal y descriptiva, con una teoría de la argumentación, sustantiva y normativa, todo ello bajo el presupuesto de una teoría del Derecho básicamente positivista.

Dado que Lifante apunta alguna objeción contra la disección del significado de la tesis del caso especial que propongo sin entrar en su fondo, desearía aprovechar la oportunidad para llevar a cabo yo mismo esta labor, po-

⁴ La «equiparación entre teoría y práctica jurídica» es uno de los elementos más destacados por Lifante en su caracterización de la teoría de Dworkin. Desde luego, la extremada cautela de esta autora a la hora de exponer las tesis de autores como Dworkin no hace fácil saber si su descripción incorpora una cierta adhesión en este aspecto, aunque en su crítica a mi crítica me parece que cabe presuponerla en alguna medida. Vid. I. Lifante, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, págs. 307 ss.; de la misma autora, vid. «La teoría de Ronald Dworkin: la reconstrucción del Derecho a partir de los casos», en *Jueces para la Democracia*, n° 36 (noviembre 1999), págs. 41-46, aquí pág. 46. Este planteamiento ha sido últimamente comentado por Rodríguez-Toubes Muñoz, J. «La demarcación entre teoría y práctica jurídicas», en *Anuario de Filosofía del Derecho* (2000), págs. 395-416.

⁵ Se muestra favorable a ello J. Aguiló, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000, quien destaca la insuficiencia de las imágenes del Derecho que han inspirado respectivamente a quienes han desarrollado una teoría del sistema jurídico desde arriba y a quienes han desarrollado una teoría del método jurídico desde abajo.

⁶ Vid. M. Atienza, «El Derecho como argumentación», en *Isegoría*, n° 21 (1999), págs 37-47.

niendo de relieve cierta rigidez que he intentado superar en trabajos posteriores a «La tesis del caso especial y el positivismo jurídico»⁷. Comenzaré, pues, con un ejercicio de autocrítica que de paso será útil para mi argumentación ulterior. La debilitación de mi postura seguramente me ayude a enfrentarme mejor a ciertas críticas de Lifante.

2. La tesis del caso especial: teoría del Derecho y teoría de la argumentación

Como es sabido, la tesis del caso especial reza así: «el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento práctico general». Si su interpretación se somete a dos variables, a saber: tesis descriptiva/normativa y moral social/moral crítica, entonces parece admitir las siguientes cuatro versiones:

TCE1: El razonamiento jurídico *es* un caso especial de razonamiento moral social.

TCE2: El razonamiento jurídico *debe ser* un caso especial de razonamiento moral crítico.

TCE3: El razonamiento jurídico *es* un caso especial de razonamiento moral crítico.

TCE4: El razonamiento jurídico *debe ser* un caso especial de razonamiento moral social.

Si se cruza esta clasificación de teorías sobre el razonamiento jurídico con la división entre positivistas y no positivistas, observamos en principio ciertas continuidades. Básicamente, los positivistas suelen sostener implícitamente la articulación de TCE1 con TCE2, en tanto que ciertos críticos actuales del positivismo jurídico suelen mantener explícitamente una concepción del razonamiento jurídico que suele moverse más bien entre TCE3 y TCE4. Gráficamente quizá cabría representar esta situación de la siguiente manera con algunos autores particularmente representativos:

	POSITIVISMO	NO POSITIVISMO
TCE1	H.L.A Hart	
TCE2	N. MacCormick	J. Habermas
TCE3	Raz	R. Alexy C.S. Nino R. Dworkin
TCE4		A. Aarnio

⁷ Por ejemplo, en mi trabajo «La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo», en M. Carbonell (comp.), *Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, en prensa.

2.1 El bloque positivista

TCE1 y TCE2 son expresión de la tesis positivista de la discreción. Según esta tesis, el juez ejerce cierta discreción en los casos en que el sistema jurídico es insuficiente para ofrecer una respuesta al caso. Naturalmente, en el ejercicio de esta discreción nada asegura que el operador jurídico incorpore los dictados de la moral crítica a su decisión y sí normalmente alguna forma de moralidad social (TCE1), si bien, en términos normativos, tal ejercicio de discreción debería someterse a los dictados de la moral crítica (TCE2) y ello por puras razones analíticas (el «debe» de TCE2 es un «debe» de moral crítica: «el razonamiento jurídico debe *moralmente* ser un caso especial de razonamiento moral crítico»). En el nuevo prólogo de 1994 a su *Legal Reasoning and Legal Theory*, MacCormick expresaba del siguiente modo la articulación de la teoría del Derecho descriptiva de Hart⁸ con su propia teoría normativa de la argumentación:

«Con todos sus defectos, quizá puede afirmarse además que el texto de 1978 tiene un lugar propio entre las ideas sobre el Derecho y el razonamiento jurídico. Si bien no con la misma eminencia, es algo así como el volumen de compañía del clásico de H.L.A. Hart *El concepto de Derecho*. La visión del razonamiento jurídico se muestra esencialmente hartiana, basada en el análisis del concepto de Derecho hartiano o al menos plenamente compatible con éste»⁹.

Debe quedar claro que el positivismo jurídico no identifica necesariamente discreción con arbitrariedad. Asumir que la arbitrariedad judicial es la única alternativa a la única respuesta correcta basada en Derecho supone una falsa disyuntiva que no se corresponde con la realidad¹⁰. La teoría de la argumentación jurídica pretende precisamente cubrir las lagunas de racionalidad que produce la falibilidad técnica del Derecho. Esto significa que cualquier teoría de la argumentación jurídica presupone en alguna medida la tesis de la discreción positivista. Como indica Alexy, es precisamente un holismo jurídico (como el que defendería Dworkin, por cierto) el que resulta incompatible con una teoría de la argumentación jurídica¹¹. Esto sig-

⁸ Como bien destaca la propia Lifante (*La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, cit., cap. V), Hart no formula una teoría descriptiva ni prescriptiva de la interpretación ni de la argumentación jurídica, pero sí se ocupa intensamente del problema de la indeterminación del lenguaje jurídico. Esta cuestión es importante porque apoya la tesis de la discreción judicial en términos descriptivos (la discreción es inevitable) y prescriptivos (la discreción es deseable).

⁹ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon, Oxford, 1978, pág. xiv.

¹⁰ Me permito remitirme sobre esta falsa disyuntiva de Dworkin a mi trabajo *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, págs. 270-272.

¹¹ Vid. en este sentido, R. Alexy, «Juristische Interpretation», en *Recht, Vernunft, Diskurs*, Suhrkamp, Francfort del Meno, 1995, págs. 71-92, aquí pág. 88.

nifica que la posibilidad de una teoría de la argumentación jurídica de un cierto grado de objetividad es un presupuesto indispensable para poder sostener una articulación, como la que aquí se propone, de una teoría del Derecho fuerte con una teoría de la argumentación fuerte¹². Esto implica sacrificios tanto para el positivismo cuanto para el no positivismo en algunas de sus versiones extremas respectivas. El positivismo debe renunciar en su caso a un escepticismo en materia interpretativa, argumentativa y práctica en general. El no positivismo debe renunciar en su caso a la tesis de la única respuesta correcta dworkiniana.

2.2. *El bloque no positivista*

Robert Alexy, Carlos Santiago Nino y otros críticos del positivismo jurídico suelen defender la vinculación del razonamiento jurídico y el razonamiento moral (crítico). En justicia (y sobre ello insistiré más tarde), dada la relativización de la noción de moral crítica que presuponen, su posición en este esquema no puede ser rígida, sino que más bien se mueve desde TCE2 hasta TCE4 pasando por TCE3. Así, probablemente Nino sería el autor que se situaría de forma más resuelta en TCE3. Alexy, quien sostiene una versión más débil (como bien sugiere Lifante –pág. 712, nota 4) al vincular el razonamiento jurídico al práctico general y no propiamente al moral, se hallaría en una posición menos comprometida y quizá más tendente hacia TCE2. Finalmente, es probable que un autor como Aarnio se inclinara algo más hacia TCE4, dado el protagonismo que adquiere la idea de aceptabilidad en su teoría de la argumentación, fuertemente asociada a una determinada forma de vida.

2.3. *Excéntricos*

En este esquema surgen dos figuras aparentemente excéntricas: Jürgen Habermas y Joseph Raz. Habermas sostiene un concepto matizadamente no positivista, pero se muestra crítico con la tesis del caso especial que formula Alexy¹³. Por su parte, Joseph Raz sostiene un concepto positivista fuerte

¹² Lifante (pág. 725) afirma que «teorías como la de García Figueroa, mucho más escépticas frente al razonamiento moral, consideran que (...) el método jurídico encuentra sus límites y ha de dar paso a la figura de la discrecionalidad» (en donde «método jurídico» es sinónimo de teoría de la argumentación). A pesar de que esta crítica puede dirigirse seguramente contra mi trabajo *Principios y positivismo jurídico*, en estudios posteriores (lo que incluye este mismo) he intentado mantener una posición no escéptica en relación con las posibilidades de la teoría de la argumentación.

¹³ Vid. J. Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, cap. V, esp. págs. 305 ss. Alexy ha respondido a las objeciones de Habermas en R. Alexy, «La tesis del caso especial», trad. de Isabel Lifante, en *Isegoría*, n° 21 (1999), págs. 23-35.

(exclusivo), pero defiende la vinculación del razonamiento jurídico al moral en unos términos vacilantes que dificultarían su ubicación siquiera aproximada en el esquema propuesto. La constatación de esta excentricidad raziana presenta cierta importancia aquí por lo que luego se dirá (*infra* § 4).

3. El concepto de Derecho de positivistas y no positivistas

Si prescindimos de esencialismos a la hora de determinar el concepto de Derecho (en esto hay acuerdo), entonces habremos de admitir la existencia de una pluralidad de posibles conceptos de Derecho. Pero si reconocemos que no todos ellos tienen igual valor, entonces habremos de admitir la posibilidad de ofrecer razones para preferir uno en perjuicio de otro. Tales razones pueden ser, en efecto, de orden conceptual o bien de orden normativo.

Las razones de orden conceptual del positivismo tienen que ver con la claridad y la consistencia. El positivismo *explica mejor*: más claro y preciso. Las razones de orden conceptual del no positivismo tienen que ver con su ambición expositiva. El no positivismo *explica más*. Naturalmente, esta opción da lugar a mayores tensiones e imprecisiones y exige más sofisticación. Sin embargo, la sofisticación no es algo valioso en sí mismo. Es frecuente leer (y así lo sugiere Isabel Lifante –por ejemplo, págs. 715, 716) que el positivismo en principio no «toma en cuenta», no «da cuenta» de, ciertos fenómenos de relevancia jurídica, singularmente el problema de la aceptación del Derecho, que sí abordarían el no positivismo y las formas débiles del positivismo actual. No es fácil saber qué significa exactamente «tomar en cuenta» o «dar cuenta de» ciertos aspectos, pero en cualquier caso toda teoría del Derecho parece condenada a efectuar alguna transacción entre dos exigencias: el rigor conceptual y la ambición explicativa, esto es, la racionalidad de una reconstrucción sistemática y las irracionalidades del objeto de reconstrucción sistemática. Desde el punto de vista lingüístico, Alchourrón y Bulygin lo expresaban de la siguiente forma parafraseando un dicho de Einstein: «en la medida en que los conceptos se refieren a la realidad, son vagos, y en la medida en que no son vagos no se refieren a la realidad»¹⁴.

Las razones de orden normativo tienen que ver con las consecuencias prácticas de una metodología jurídica. En principio, el resultado de una teoría del Derecho es un esquema conceptual, pero sus consecuencias al formar parte de juicios normativos pueden presentar relevancia práctica y además ciertas consideraciones normativas, ideológicas, suelen ser punto de partida de la investigación en el sentido de que, en última instancia, cono-

¹⁴ C.E. Alchourrón y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, 1975, pág. 63.

ce mos *para algo*. El concepto positivista se justifica normativamente ante el riesgo de desactivación de la capacidad crítica de la moral, y esta opción es la expresión del recelo frente al Derecho da lugar, como bien subraya Isabel Lifante, al predominio de la dimensión volitiva, coactiva, sobre su dimensión racionalista. El concepto no positivista se justifica normativamente porque parece reforzar la dimensión racionalista en el Derecho y por tanto su dimensión justificatoria, argumentativa, vinculada a la razón práctica. Destacar teóricamente la dimensión justificatoria tendría como consecuencia el reforzamiento en la práctica de esta dimensión justificatoria. El error inveterado de cierto antipositivismo ha sido sostener además que no destacar teóricamente la dimensión justificatoria tendría como consecuencia la debilitación o incluso la lesión en la práctica de la dimensión justificatoria.

Lifante dispone sus objeciones en estos dos planos, conceptual y normativo (o ideológico), y opina que no es necesario que la metodología no positivista presente consecuencias teóricas ni prácticas negativas sino todo lo contrario y con el fin de apoyar esta afirmación, se ocupa de una multiplicidad de cuestiones que intentaré abordar en lo que sigue.

4. Tomar la normatividad en serio

Lifante se adhiere a la opinión de Joseph Raz, de que «si una teoría no toma en cuenta ese rasgo [que el Derecho «pretenda ser una razón para la acción»], o aún peor, si ofrece una imagen del Derecho que sea inconsistente con él, entonces esa teoría es defectuosa»¹⁵. Desde luego, la cuestión de la relevancia para la teoría del Derecho del punto de vista del aceptante, el problema de la normatividad del Derecho, constituye uno de los más recurrentes y delicados¹⁶, y seguramente no sea posible tratarlo aquí con un detenimiento razonable. En todo caso, desearía formular algunas consideraciones.

Con carácter previo, da que pensar que el autor que Lifante invoca sea precisamente Joseph Raz. El profesor oxoniense hace otras afirmaciones que Lifante quizá no suscribiría con el mismo entusiasmo, pues, como es sabido, este autor es defensor máximo del positivismo exclusivo al tiempo

¹⁵ En Ruiz Manero, «Entrevista a Joseph Raz», en *Doxa*, nº 9, págs. 321-344, citado por Lifante (pág. 722).

¹⁶ Nos hallamos con una clara prueba de ello en la monografía al respecto de S. Sastre, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, MacGraw-Hill, Madrid, 1999, caps. III, IV y V.

¹⁷ Raz defiende en su trabajo «On the Autonomy of Legal Reasoning» (en *Ethics in the Public Domain Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon, Oxford, 1994, págs. 326-340) la vinculación de razonamiento jurídico y razonamiento moral en términos que abocan su teoría a fuertes tensiones internas (vid. sobre este asunto, F. Atria, «Del Derecho y el razonamiento jurídico», en *Doxa*, 22 (1999), págs. 79-119, aquí págs. 107 ss.).

que, por cierto, vincula razonamiento jurídico y moral¹⁷. Aparentemente, la ambición explicativa de su modelo tiene como contrapartida el riesgo de disolución del propio concepto de Derecho y esto le lleva a reforzar la tesis positivista de los límites del Derecho, que funciona en cierto sentido como un presupuesto trascendental del conocimiento jurídico. En este sentido, leemos a Raz: «¿Por qué es necesario que los sistemas jurídicos tengan límites? La respuesta es que la única alternativa (...) es un sistema de discreción absoluta»¹⁸. Dicho de otra forma, quien no defina claramente los límites entre Derecho y moral y entre sistema jurídico y aplicación del Derecho, tarde o temprano deberá enfrentarse ante un caso Eutifrón. Simplificando, cabría decir que en la medida en que no distingamos creación y aplicación del Derecho, no es posible saber si el Derecho es válido por ser aplicado o bien si es aplicado porque es válido. En la medida en que no distingamos Derecho y moral, no es posible saber si el Derecho es justo por ser válido o es válido por ser justo. En la medida en que sostengamos la tesis del caso especial, no es posible saber, pues, si las premisas jurídicas del razonamiento son justas y/o jurídicas porque son aplicadas (o aplicables) o bien son aplicadas (o aplicables) porque son justas y/o jurídicas. En el caso específico de Raz, parece que nos hallamos ante un positivista que quiere *explicar más*, pero que por eso mismo se ve obligado a intentar *delimitar mejor*, es decir, con más intensidad (todo ello sin renunciar a la consideración del sistema jurídico como un orden abierto a la aplicabilidad de ciertas normas extrasistemáticas).

Por otra parte, incluso Lifante (pág. 715), a pesar de su vocación integradora, distingue *dos* momentos en el Derecho –el de la creación y la aplicación– y no habla de un solo momento de aplicación, como quizá propondría un realista extremo; y habla de *dos* dimensiones –la autoritativa y la racionalista– y no de una sola dimensión racionalista, como propondría un iusnaturalista extremo. Esto significa que Lifante presupone al menos la posibilidad de distinguir estos planos (en lo que estaríamos de acuerdo) y entonces queda por despejar cómo distribuir esta labor investigadora, cómo estructurar el estudio del Derecho (lo cual significa que nuestro desacuerdo es sobre todo metateórico). A mi juicio, la opción del bloque positivista, esto es, la compartimentación del conocimiento del Derecho a través de la articulación de una teoría fuerte, estricta y descriptiva, de los sistemas jurídicos (típicamente, *à la* Alchourrón y Bulygin) con una teoría fuerte, amplia y normativa, de la argumentación jurídica (típicamente, *à la* Alexy) constituye en principio una opción que permite tratar una vasta extensión de cuestiones jurídicas, al tiempo que garantiza una división rigurosa de los pro-

¹⁸ J. Raz, *La autoridad del Derecho*, trad. de Rolando Tamayo Salmorán, pág. 149.

blemas. Más tarde me gustaría esbozar de qué manera se puede producir esta articulación de una forma armónica con las exigencias del nuevo paradigma neoconstitucionalista (*infra* § 8).

La alternativa que parece suscribir Lifante (que, reitero, creo que es el «Derecho como argumentación» como se desprende de las págs. 725 ss.) consiste en la consagración, de corte profundamente hermenéutico, de una ambigüedad actividad-resultado o proceso-producto que presenta graves consecuencias para la mera sostenibilidad de una teoría del Derecho que, por así decir, sencillamente se queda sin objeto. El Derecho puede ser producto de la argumentación en sede legislativa (técnica legislativa)¹⁹ o puede ser el punto de partida de la argumentación en sede judicial (teoría de la argumentación propiamente), pero parece evidente que ello no debe conducirnos a confundir el sistema jurídico con las actividades en las que se ve involucrado ya sea como producto de la argumentación, ya como proveedor de premisas de la argumentación. Hablar del «Derecho como argumentación» identificándolo con la argumentación que conduce a su creación o con la argumentación que se desarrolla a partir de sus normas, sería respectivamente tan confundente como hablar del «vino como fermentación en barricas» o de la «manzana como digestión». Claro que a juicio de Lifante, el principal defecto de mi planteamiento (y de otros positivistas) es precisamente que presenta el Derecho como un fenómeno «estático», «cosificado», «reificado» (págs. 725-6). Sin embargo, reitero, la alternativa que parece suscribir Lifante consiste en la consagración de una ambigüedad actividad-resultado o proceso-producto (Lifante lo reconoce abiertamente en pág. 727) y su inconveniente fundamental consiste en que conduce irremisiblemente a un caso Eutifrón. Creo, pues, que la alternativa no es buena y que la crítica de reificación no es del todo justa. Me parece que es compatible considerar el Derecho como un *producto* cultural y admitir al tiempo su existencia previa a la aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales. Se trata de cuestiones distintas, aunque sólo fuera porque se sustancian en dos momentos sucesivos distintos, como Lifante reconoce.

Por otra parte –insisto– me parece que existe una significativa imprecisión cuando se habla de «dar cuenta de» y «tomar en cuenta» el carácter normativo del Derecho o el fenómeno de la aceptación. Podemos «dar cuen-

¹⁹ En este plano se sitúa la traslación de la teoría de la argumentación jurídica al ámbito de la técnica legislativa y que conduce a considerar la teoría de la legislación como una parte de la teoría del Derecho. Esta cuestión es planteada por M. Atienza, al final de su trabajo «Contribución para una teoría de la legislación», en M. Cabonell & S. T. Pedroza de la Llave (coords.), *Elementos de técnica legislativa*, UNAM, México, 2000, págs. 19-38. En el mismo volumen, G. Marcilla discute esta cuestión («Sobre la necesidad de una nueva ciencia de la legislación», págs. 93-115, aquí § IV).

ta» de muchos fenómenos conexos sin confundirlos. Una cosa es tomar en cuenta la aceptación y otra cosa muy distinta aceptar lo que se tiene en cuenta (la propia aceptación del Derecho). Parece ser precisamente esta ambigüedad la que lleva a Lifante a conjeturar en mi planteamiento (en el positivismo jurídico en general) dos posibles vías de crítica ideológica a la adopción del punto de vista interno a la hora de estudiar el Derecho (págs. 722-724).

La primera vía que sería atribuible al positivismo jurídico criticaría la toma en consideración del fenómeno de la aceptación a la hora de construir un concepto de Derecho. Me parece que no existen aquí disensos. Es necesario un punto de vista mínimamente interno que nos permita comprender qué significa el juego del Derecho y podemos intentar describir cómo se desarrolla este juego entre los seres humanos que se hallan involucrados en prácticas jurídicas. Todos podemos adoptar un punto de vista hermenéutico y no hay inconveniente en afirmar que una teoría del Derecho pueda suscribir este mínimo punto de vista interno y describir además que se prescribe y que se acepta y en este sentido, no veo inconveniente en que se «dé cuenta de ello», por más que quizá no pueda estar del todo de acuerdo en la forma y la medida en que ello haya de ser «tomado en cuenta», especialmente cuando supone pasar a sostener lo que es objeto de crítica en la segunda vía de crítica a la adopción del punto de vista interno.

La segunda vía de crítica a la adopción del punto de vista interno atribuible al positivismo en general, criticaría que la propia teoría del Derecho se implicara con más fuerza, que aceptara propiamente el Derecho que estudia. Personalmente, éste me parece el riesgo más claro y sólo queda constatar el acuerdo con mi interlocutora. Sin embargo, zanjada esta cuestión, surgen entonces otros problemas. Lifante asegura que el precio de nuestro acuerdo en este aspecto lo pagarían con su invalidez muchas de mis consideraciones previas. Por ejemplo, si afirmamos que la teoría (singularmente TCE3) acepta moralmente el Derecho, entonces –afirma Lifante– se difuminarían las diferencias entre TCE1 y TCE3. Creo que esta apreciación de nuestra autora es básicamente correcta, pero se explica por la simplificación y la rigidez del esquema del que me he servido con fines expositivos. Con ello desembocamos en una cuestión más amplia.

Mi esquema es, en efecto, simplificador porque no distingue si TCE1 y TCE3 son formuladas por un defensor (un *usuario*) de la tesis o bien por un observador (alguien que, digamos, tan sólo la *menciona*). Así, mientras TCE1 es una formulación que seguramente compartirían el defensor y el observador de TCE1; la situación es completamente diversa en el caso de TCE3. En mi trabajo, TCE3 está formulada por un observador externo que defiende la distinción entre moral social y moral crítica e interpreta que la

teoría ética que desarrollan Alexy o Nino son ejemplos de teorías de ética normativa expresivas de una moral crítica. Sin embargo, estos autores y en general el constructivismo ético, no están dispuestos a aceptar una estricta separación de moral social y moral crítica. Lifante tiene razón en el sentido de que impongo un lenguaje, un código, a quien no está dispuesto a usarlo en la discusión. Es probable, pues, que mi esquema no sea lo suficientemente imparcial como punto de partida del análisis, porque impone la distinción entre moral social y moral crítica a quienes la contestan desde las filas del constructivismo ético, los cuales sostienen un concepto de justificación en sentido amplio en el que no se distingue de manera tajante las pautas de comportamiento socialmente aceptadas (moral social) de las consideradas propiamente correctas (moral crítica)²⁰. En cierto modo, esta idea subyace a las siguientes palabras de Habermas, quien, como reacción frente a la ética kantiana, «renuncia a la diferenciación categorial entre el reino de lo *inteligible*, al que pertenecen el deber y la voluntad libre, y el reino de lo *fenoménico*, que entre otras cosas abarca las inclinaciones, los motivos meramente subjetivos y también las instituciones del Estado y la sociedad»²¹. El juego limpio seguramente exigiría pues alguna corrección por mi parte, una debilitación o al menos una flexibilización en mis planteamientos, que, con todo, creo conveniente mantener en lo fundamental a efectos expositivos.

5. Validez y aplicabilidad: ¿Es que acaso no existen diferencias entre una norma china y una norma moral?

Desde el punto de vista de su validez jurídica, la respuesta tiene que ser «no, no existen». Si el Derecho presenta límites frente a otros órdenes normativos, entonces las normas son jurídicas o no lo son. Ello incluso en el caso de que existan dudas o controversias sobre dónde se hallen tales límites. Las normas se encuentran a uno u otro lado de los confines del Derecho sean cuales fueren éstos. Dado que las normas del ordenamiento jurídico chino y las normas morales no forman parte del Derecho español, entonces compartirían su carácter no jurídico sin perjuicio de que sean aplicables (a través de una norma de conflicto de Derecho internacional privado o de una remisión jurídica expresa o no a la moral). Desde un punto de vista positivista, que una norma moral sea aplicada justificadamente (sea jurídicamen-

²⁰ Sobre los diversos conceptos de justificación me he ocupado en mi trabajo «Haciendo justicia desde el lado activo del Derecho», cit., pág. 204.

²¹ J. Habermas, «¿Afectan la objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?», en *Aclaraciones a la ética del discurso*, trad. de José Mardomingo, Trotta, Madrid, 2000, pág. 23.

te aplicable) o que sea percibida como moralmente obligatoria por su aplicador no significa necesariamente que pertenezca al Derecho. Sin embargo, esta confusión es frecuente y sigo pensando que se explica porque la adopción del punto de vista del participante provoca la indeferenciación de los tres sentidos de validez implicados: la validez como pertenencia, la validez como obligatoriedad moral y la validez como aplicabilidad. Así que, en efecto, todo depende del concepto de validez que se presuponga y del punto de vista desde el que elabore la teoría del Derecho. Con el reforzamiento de la dimensión justificatoria y del momento de la aplicación, Lifante se muestra naturalmente favorable a esta integración de estos tres sentidos de validez. Dado que una norma moral es aplicable bajo un sentimiento de obligatoriedad moral al que se añade la indeterminación de la base jurídica de la aplicabilidad de los estándares morales, Lifante sostiene que la relación que mantienen una norma china y una norma moral con el sistema jurídico español no es equiparable. Eso significa que existe una especie de estadio intermedio de semivalidez jurídica que permite afirmar que una norma moral es más válida que una norma del ordenamiento jurídico chino.

Según Lifante, a diferencia de una norma aplicable del sistema jurídico chino, la norma moral «genera la pretensión de integración permanente en el Derecho; así, si se produce un cambio en las normas consuetudinarias, o en los estándares de la moralidad que se consideran «aplicables» en el Derecho español (...) tendría perfectamente sentido sostener que ha habido un cambio en este Derecho» (pág. 719). A mi juicio esta presunta «pretensión de integración permanente en el Derecho» de una norma moral o consuetudinaria resulta extremadamente misteriosa y su justificación me parece mucho más débil que la positivista que se pretende superar. Por otra parte, añade Lifante en su crítica a un planteamiento positivista que «en la mayoría de esos casos, no hay manera de explicar la aplicabilidad del concreto estándar moral o de la concreta norma consuetudinaria por una mera referencia a una norma perteneciente al Derecho» y cuando existen, concluye Lifante, «estas referencias o alusiones no son suficientes para identificar la concreta norma consuetudinaria o el estándar de moralidad que ha de ser aplicado (...) y ello sin mencionar que en muchas ocasiones el recurso a estándares de racionalidad práctica se lleva a cabo sin que exista expresamente esa previa llamada de norma «perteneciente» al sistema» (pág. 719). Este argumento es sensiblemente débil, porque no se puede inferir la validez de una norma del hecho de que su aplicabilidad resulte aparentemente inexplicable de otro modo. Por la misma razón, habría que admitir que una civilización extraterrestre y muy avanzada nos visita de vez en cuando porque no podemos explicar ciertos avistamientos de objetos ignotos en el cielo. La inexplicabilidad no puede ser una razón para la irracionalidad.

Esta indeterminación del fundamento jurídico de la aplicabilidad de ciertos estándares extrasistemáticos se explica precisamente por las creencias de los juristas. Desde el momento en que desde el punto de vista del participante, estas normas son consideradas (incluso erróneamente) válidas, la justificación de su aplicación resulta innecesaria porque los participantes en la práctica están de acuerdo en ello. Por tanto, cabría decir que la justificación de la aplicación de normas extrasistemáticas de carácter moral es en buena parte entimemática, en el sentido de que su fundamentación es considerada obvia por los juristas y en esta medida innecesaria, por lo cual, normalmente no existen normas que habiliten expresamente al juez para aplicar dichas normas extrasistemáticas. Pero las creencias de los juristas deben ser puestas en duda por una teoría del Derecho. La teoría del Derecho no puede simplemente hacer suyas las creencias de los participantes sobre el Derecho porque, entre otras razones, en tal caso su labor sería redundante. A la teoría del Derecho le corresponde en relación con la dogmática desarrollar un metadiscurso que esclarezca los conceptos del discurso jurídico. El carácter de este metadiscurso es otro motivo más de disenso que desearía tratar a continuación.

6. ¿Es posible y deseable una teoría descriptiva?

Lifante se muestra escéptica frente a la posibilidad de desarrollar una teoría descriptiva del Derecho y además no la considera aconsejable. Sin embargo, creo que esta afirmación constituye una contradicción insuperable con su voluntad de adoptar una perspectiva mínimamente interna a la hora de estudiar el Derecho. Por paradójico que parezca, si alguien adopta una perspectiva interna, entonces se ve obligado pragmáticamente a mantener que su teoría del Derecho es descriptiva. Veamos por qué.

¿Qué está haciendo quien estudia el Derecho desde un punto de vista interno? La respuesta en principio sería «depende». Depende de quién, cuándo y cómo se responda. Desde luego, lo que hagan los teóricos del Derecho, lo que digan hacer los teóricos del Derecho o lo que crean hacer los teóricos del Derecho son cosas diversas y de importancia secundaria, aunque condicionan lo fundamental, esto es, el desarrollo del juego de lenguaje que denominamos «hacer teoría del Derecho». Por eso propongo contemplar la actividad de *hacer teoría del Derecho* bajo una perspectiva pragmática. Es posible que podamos afirmar desde un punto de vista externo (el del sociólogo, el psicólogo o el filósofo de la ciencia, un punto de vista que, por cierto, no habría de interesar a Lifante) que nadie sea realmente capaz de ser puramente descriptivo y que la teoría del Derecho es ideológica, normativa (como, no lo olvidemos, ha destacado Scarpelli, por citar un autor que no es precisamente iusnaturalista), pero resulta también evidente que

desde un punto de vista mínimamente interno (como el que, reitero, Lifante adoptaría con toda seguridad) no es posible desarrollar este acto de habla, si no se respeta esta pretensión de verdad, si no se presupone como posible y conveniente que el objetivo de la teoría del Derecho sea conseguir resultados pretendidamente descriptivos. Quien desarrolla una teoría del Derecho, afirma «El Derecho es x» y no afirma (salvo que pretenda destruir su propio argumento y deje de jugar a teoría del Derecho): «El Derecho es –pero esto es sólo una opinión personal– x». Seguramente hemos de asumir que nuestra labor no puede ser plenamente descriptiva, pero esto no es lo relevante en el plano que nos interesa ahora. Si asumimos una perspectiva pragmático-trascendental (como gusta hacer un defensor del punto de vista interno a la hora de estudiar el Derecho como Alexy), es decir, si seleccionamos la dimensión pragmática del lenguaje a la hora de analizar los distintos actos de comunicación (dictar normas, describir el mundo...) y además estudiamos las reglas que rigen estos actos de habla si pretenden presentar validez trascendental, entonces no sólo habría que admitir que las normas jurídicas (actos de habla regulativos) presentan una pretensión de corrección. También el juego de lenguaje que es describir el Derecho presenta una pretensión de verdad. No es posible intentar el acto de habla que es decir qué es el Derecho sin avanzar a un tiempo una pretensión de verdad, de objetividad, de descriptividad. Por razones puramente conceptuales, es imposible no desarrollar una labor descriptiva cuando *hacemos teoría del Derecho*. Argumentar de otro modo podría llevarnos a decir algo tan poco admisible en el discurso jurídico como: «El Derecho es x, pero podría ser también no x» Por todo ello, seguramente tiene razón Lifante cuando afirma que en mis tesis «podemos encontrar connotaciones ideológicas o valorativas» (pág. 724). En realidad, nada me impide admitir (desde un punto de vista externo) que con toda seguridad mi planteamiento está plagado de opciones valorativas, pero en su defensa (ya desde un punto de vista interno de la teoría del Derecho) no puedo blandir preferencias personales, sino algún tipo de argumento y entonces es inevitable acudir a una pretensión de verdad, de descriptividad. Por eso, cuando Lifante considera «inútil una teoría del Derecho a la que se le negara la posibilidad de participar en la práctica jurídica» (pág. 724), cabría replicar que lo inútil es precisamente afirmar que se está participando, porque de ese modo la teoría del Derecho deja de serlo y deviene otra cosa.

Este disenso demuestra que, curiosamente, mi interlocutora parece adoptar en última instancia un punto de vista mucho más externo que yo mismo a la hora de estudiar el Derecho. Sin embargo, se trata de una contradicción generalizada. Quienes adoptan un punto de vista interno suelen

además excluir una concepción descriptiva del Derecho y esto resulta, por lo que he señalado, algo abiertamente contradictorio.

7. Racionalidad y autoridad en el Derecho

En cuanto a la primacía de la dimensión autoritativa, del momento de la creación del Derecho y de la figura del Legislador, Lifante la imputa justificadamente a la tradición positivista, tomando como referencia mi trabajo, que «opta por analizar el Derecho desde el punto de vista del legislador y opta por explicar la normatividad del fenómeno jurídico a partir de la idea de sujeción; en definitiva opta por dar una clara primacía al elemento autoritativo o voluntarista sobre el elemento racionalista o justificativo del Derecho» (pág. 725). En realidad, esta opción metodológica y valorativa se explica por la desconfianza ante la dimensión justificatoria, racionalista, apoyada históricamente desde las filas del iusnaturalismo. Es natural, pues, que los planteamientos positivistas y también la tradición marxista se hayan inclinado por ver en el Derecho, por encima de todo, una expresión de fuerza. Sin embargo, es cierto que las cosas están cambiando.

Por lo que se refiere a la tradición marxista, ésta se ha mostrado, como es sabido, algo ambigua²². En principio, el Derecho ha sido tradicionalmente considerado un instrumento más para perpetuar la dominación de una clase por otra. Incluso la propia ciencia del Derecho ha sido considerada un instrumento de dominación²³. La ciencia del Derecho habría encerrado una doble dimensión voluntarista, una doble «querencia al dominio»²⁴: por ser ciencia y por serlo del Derecho. Sin embargo, esta actitud parece haber ido cambiando entre las corrientes críticas, sustanciándose en un tránsito desde el uso alternativo del derecho (vigente los años sesenta-setenta) hacia el garantismo²⁵ (de los años ochenta-noventa)²⁶. Se trata de doctrinas aparente-

²² Quizá la actitud del marxismo frente a la filosofía de los derechos humanos sea particularmente expresiva de la ambivalencia de sus planteamientos. Vid. M. Atienza y J. Ruiz Madero, *Marxismo y Filosofía del Derecho*, Fontamara, Méjico, 1993, págs. 36-37.

²³ Son expresivas de esta postura las obras de J.R. Capella, *Elementos de análisis jurídico*, Trotta, Madrid, 1999 y *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, Trotta, Madrid, 1997.

²⁴ De «querencia al dominio» habla J.J. Sánchez («Sentido y alcance de *Dialéctica de la Ilustración*», introducción a M. Horkheimer y T.W. Adorno, *Dialéctica de la Ilustración* (1969), trad. de J.J. Sánchez, Trotta, Madrid, 1997 (2ª ed.), págs. 9-44, aquí pág. 12) que la refiere a la Ilustración.

²⁵ Como es sabido, la obra fundamental del garantismo es L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos, Rocío Cantarero, Trotta, Madrid, 1995.

²⁶ Sigo de cerca las consideraciones de María de Lourdes Souza, «Del uso alternativo del derecho al garantismo: una evolución paradójica», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XV (1998), págs. 233-256.

mente contradictorias: el uso alternativo supone una crítica a la razón de la Ilustración, que es precisamente la reivindicada por el garantismo; el uso alternativo del Derecho se sitúa frente al Estado, los derechos y el legalismo, que son los estandartes del ideario garantista. Aquí diríamos que el uso alternativo destacaba la dimensión voluntarista del Derecho y el garantismo su dimensión racionalista. ¿Cómo explicar la «transmutación de las tesis alternativistas a las garantistas»²⁷? A juicio de De Souza, existe un «mismo frente de lucha» de ambas corrientes que se explica por los cambios que el Derecho y la sociedad han experimentado en las últimas décadas. Entre tales cambios, juega un papel fundamental el tránsito desde el legalismo al constitucionalismo²⁸. Este cambio fundamental ha determinado el reforzamiento de la legitimidad del Estado y, por encima de todo, de la función jurisdiccional que debe garantizarla. Lo más sorprendente de todo es que parte de la tradición crítica ha llegado a situarse en las propias filas de un virtual positivismo ideológico, la forma más extrema de legitimación del Derecho y del Estado, como es el caso en algunos planteamientos de Habermas. La actual situación resultaría inexplicable si no fuera porque responde claramente a una nueva concepción del Derecho y del Estado en clave constitucionalista, que en cierto modo desactiva la necesidad de una actitud de crítica permanente frente a ellos²⁹. Por su parte, la teoría de la argumentación jurídica nació en su momento con el propósito de cubrir el déficit de legitimidad que el marxismo había abierto en los procesos de decisión jurídica³⁰. Sin embargo, en su respuesta, la teoría de la argumentación jurídica

²⁷ M.L. de Souza, «Del uso alternativo del derecho al garantismo: una evolución paradójica», cit., pág. 255.

²⁸ Sobre el impacto del constitucionalismo en la concepción actual del derecho, vid. L. Prieto, *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, 1997 y el trabajo a propósito de esta obra por M.E. Rodríguez Palop en *Anuario de Filosofía del Derecho* (1998), págs. 459-464.

²⁹ Seguramente, la reactivación del elemento crítico externo provenga de los nuevos movimientos sociales que se han desarrollado en busca de horizontes críticos de mayor alcance expresados en las renovadas exigencias que se sustancian en la última generación de derechos. Sobre las reivindicaciones de los nuevos movimientos sociales (feminismo, ecologismo, pacifismo), vid. la Tesis Doctoral de M.E. Rodríguez Palop, *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Universidad Carlos III de Madrid, abril 2000, cap. III.

³⁰ Seguramente el caso de Finlandia resulte significativo a este respecto. Allí la crisis de legitimidad del Estado (vid. A. Aarnio, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 35-43) reforzó la crítica marxista a la que la filosofía analítica finesa hubo de dar respuesta ya en los años setenta con una teoría del razonamiento jurídico (vid. A. Aarnio, E. Garzón Valdés, J. Uusitalo, «Introducción» a los mismos (comps.), *La normatividad del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, págs. 9-13, aquí pág. 10). Sobre la vinculación de la ética discursiva, núcleo de la teoría de la argumentación de Alexy, con la cuestión de la legitimación del derecho, vid. K. Tuori, «Discourse Ethics and the Legitimacy of Law», en *Ratio Juris*, vol. 2, n° 2 (julio 1989), págs. 125-143.

a veces parece haberse desbordado, reforzando la legitimidad del entero Derecho y haciéndose con la totalidad del fenómeno jurídico. En esto consiste la concepción del «Derecho como argumentación». En cierto modo, pues, la teoría de la argumentación requiere ser recanalizada en su función racionalizadora y legitimadora del Derecho.

¿Y qué ha sucedido con el positivismo jurídico ante el incipiente paradigma neoconstitucionalista, que refuerza la dimensión justificatoria y argumentativa del Derecho? El positivismo jurídico también ha transigido en este aspecto. El llamado positivismo débil angloamericano ha matabolizado muchas de las críticas formuladas por Dworkin, tomando como referente la situación de los actuales sistemas jurídicos constitucionalizados. En la cultura italiana de los sesenta y los setenta la «*scoperta della Costituzione*» supuso «*il fenomeno sicuramente più dirimpente*»³¹, un fenómeno que ha incrementado la importancia de la dimensión racionalista del Derecho frente a su dimensión voluntarista y ha incrementado la importancia del momento de la interpretación-aplicación frente al momento de la creación del Derecho. En esto se sustancian los dos giros, neoiusnaturalista y neorealista, a los que me he referido anteriormente para caracterizar el nuevo paradigma. Sin embargo, me parece importante destacar que la sucesión de estos dos giros no supone exactamente un retorno al iusnaturalismo tradicional, que asociaba la racionalidad al momento de la creación del Derecho. Para poner de relieve cómo se ha producido me serviré muy libremente de un trabajo de Pattaro³² sobre el papel de la racionalidad en el Derecho. Éste permite establecer rápida y esquemáticamente los términos de la cuestión. Pattaro distingue dos acepciones de racionalidad en relación con el Derecho: la razón en sentido fuerte y en sentido débil. Por otra parte distingue dos ámbitos en los que se desenvuelven: el momento de la creación y el momento de la aplicación del Derecho. En cierto modo, se trata de las variables que Lifante utiliza a la hora de criticar el paradigma positivista: dimensión justificatoria/autoritativa y creación/aplicación del Derecho. Mi intención es poner de relieve (de forma necesariamente imprecisa, porque no es posible atender a la multitud de matices que la cuestión presenta) que un planteamiento positivista no es incompatible con el reconocimiento de la dimensión racionalista o justificatoria del fenómeno jurídico que Lifante echa de menos en mi trabajo. Un planteamiento positivista es plenamente compatible con el reconocimiento de esta dimensión, pero al mismo tiempo es-

³¹ L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pág. 68.

³² E. Pattaro, «Models of Reason, Types of Principles and Reasoning. Historical Comments and Theoretical Outlines», en *Ratio Juris*, vol. 1, núm. 2 (julio 1988), págs. 109-122.

tá obligado a hacerlo dentro de unos límites, de forma bien acotada. Pues bien, a juicio de Pattaro, sería posible destacar cuatro modelos a partir de las dos variables indicadas y que expongo de forma libre y sujeta a la terminología que uso y a mis propios intereses:

Modelos	Creación del Derecho	Aplicación del Derecho	Representantes
1. fuerte-fuerte	razón fuerte	razón fuerte	Iusnaturalismo racionalista
2. fuerte-débil	razón fuerte	razón débil	Tomás de Aquino
3. débil-débil	razón débil	razón débil	La teoría de la argumentación de los años 50
4. débil-fuerte	razón débil	razón en sentido fuerte	La «teoría estándar» de la argumentación jurídica ³³

Los dos primeros modelos refuerzan la dimensión racionalista en el momento de la creación del Derecho. El iusnaturalismo racionalista y su secularización bajo la forma del positivismo teórico de la codificación sobredimensionaron el aspecto racionalista (singularmente en su vertiente técnica) de la creación y la aplicación del Derecho y en su hiperracionalismo seguramente descuidaron la dimensión voluntarista del Derecho. El modelo fuerte-débil de Tomás de Aquino, asocia una fuerte racionalidad al momento de la creación, pero lo atenúa en la aplicación, un proceso de especificación en el que se habla más bien de razonabilidad. Según este esquema, la asociación de una racionalidad fuerte en el momento de la creación del Derecho y su estudio terminó con el advenimiento del positivismo jurídico, que sin duda destacó prevalentemente la dimensión voluntarista del Derecho. Asumiendo que el Derecho es una expresión de la voluntad de los hombres, la cuestión es conferir racionalidad a los procesos argumentativos que se desarrollan a partir de premisas jurídicas. Como es sabido, aquí surgieron dos corrientes. Por un lado, la teoría de la argumentación jurídica de autores que como Viehweg, Perelman o Recaséns entre otros, sólo concibieron la posibilidad de una racionalidad débil para la argumentación jurídica. Por otro lado, surgieron los autores de lo que representa actualmente según Atienza la «teoría estándar de la argumentación jurídica» (Alexy, Aarnio, MacCormick o Peczenik), que plantean la posibilidad de una racionalidad fuerte en el momento de la aplicación del Derecho. Cualquier positivista po-

³³ Así denomina Atienza (*Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 132) las teorías de Alexy y MacCormick. Para una visión general de las diversas teorías de la argumentación jurídica, también vid. Neumann, U., *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1986.

dría suscribir este planteamiento, es decir, afirmar que la racionalidad en el ámbito de la creación del Derecho es débil, pues se halla fundamentalmente ligada a un ejercicio de autoridad (aunque sea una autoridad democrática)³⁴ y que la argumentación jurídica *debe* intentar maximizar las posibilidades racionales de un sistema jurídico dado a la hora de su aplicación. Lo que el positivismo jurídico no puede admitir es el siguiente paso que la nueva concepción parece dispuesta a dar. Me refiero a, una vez consagrada una racionalidad en sentido fuerte en el ámbito de la aplicación del Derecho, expandir esta esfera de modo que se convierta ella misma en toda la extensión del Derecho: «el Derecho como argumentación». No es que el modelo débil-fuerte haya afirmado a la manera del iusnaturalismo tradicional que el sistema jurídico sea una expresión de racionalidad, de razón práctica. La teoría del Derecho implícita en el modelo débil-fuerte y en la nueva concepción afirma que el Derecho es, por encima de todo, argumentación y es a través de ella que se identifica con la racionalidad. Así funciona típicamente la teoría de Alexy (y bajo este punto de vista el esquema de Pattaro quizá sea cuestionable por lo que se refiere a los actuales desarrollos de la teoría estándar). Esto se explica incluso cronológicamente: Alexy escribe primero su *Theorie der juristischer Argumentation* y más tarde expone su teoría del Derecho en *Begriff und Geltung des Rechts*, mostrando un concepto de Derecho armónico con su teoría de la argumentación (¿sería acaso posible argumentar racionalmente con premisas irracionales?) Desde luego, el importante papel que ha adquirido la jurisprudencia constitucional en los actuales sistemas jurídicos ha reforzado intensamente esta dimensión neo-realista. Leemos en un interesante trabajo de Robert Alexy al respecto: «quien consiga convertir en vinculante su interpretación de los derechos fundamentales —esto es, en la práctica, que sea la adoptada por el Tribunal Constitucional Federal—, habrá alcanzado lo inalcanzable en el procedimiento político usual: en cierto modo habrá convertido en parte de la Constitución su concepción sobre los asuntos sociales y políticos de la máxima importancia y los habrá descartado de la agenda política»³⁵. Este planteamiento supone, en efecto, reforzar el momento de la interpretación y la argumentación jurídicas y supone reforzar la dimensión justificatoria del Derecho, todo ello con unas consecuencias políticas muy relevantes que no es el caso tratar aquí. A pesar de todo, creo que es posible mantener en lo fun-

³⁴ Por ello exige de nuevo un límite a su ejercicio a través del control de constitucionalidad, cuya legitimidad es de carácter «argumentativo» y no democrático.

³⁵ R. Alexy, «Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat», en AA.VV. *Justice, Morality and Society. A Tribute to Aleksander Peczenik on the Occasion of his 60th Birthday 16 November 1997*, Juristförlaget y Lund, 1997, págs. 27-42, aquí pág. 32.

damental un planteamiento positivista, que en el fondo guarda cierta neutralidad en torno a la cuestión de la interpretación y la aplicación del Derecho³⁶. El positivismo jurídico suele reconstruir el Derecho una vez interpretado y en este sentido es invulnerable frente a este planteamiento, pues precisamente presupone por obvio aquello cuyo descuido se le imputa. En este sentido, la denuncia al positivismo de su falta de consideración frente a las cuestiones argumentativas no es justa, en la medida en que simplemente puede derivarlas hacia otras áreas sin incurrir en negligencia. De no verlo así, habría que acusar a los lingüistas cuando no se ocuparan de las cuestiones de política lingüística y a los físicos que no se preocuparan por los usos militares de la tecnología nuclear. Sin embargo, no se puede negar que no es bueno que los autores del positivismo jurídico simplemente guarden silencio ante tales denuncias.

8. ¿Qué hacer? La tesis de la disposición

Creo que Isabel Lifante tiene razón cuando viene a sugerir que el positivista de nuestros días no puede permanecer impasible frente a la relevancia que adquiere la argumentación jurídica, ni puede quedar indiferente ante el reforzamiento que la dimensión racionalista del Derecho ha experimentado en los Estados constitucionales. Precisamente a estas exigencias pretende responder el nuevo paradigma jurídico bajo la forma de neoconstitucionalismo en el continente y de positivismo débil en la cultura jurídica angloamericana. Sin embargo, creo que el positivismo jurídico no puede ceder sin más ante la difuminación de los límites entre Derecho y aplicación del Derecho, entre teoría del Derecho y teoría de la argumentación. Naturalmente, tampoco puede ceder ante la difuminación de los límites entre Derecho y moral. ¿Qué hacer entonces? Me gustaría proponer una posible respuesta a este problema. Una respuesta que permita mantener en lo fundamental una teoría del Derecho positivista y al mismo tiempo reconocer el progresivo afianzamiento en los Estados constitucionales del momento de la aplicación del Derecho, así como de su dimensión justificatoria.

Mi argumentación aquí se estructura en dos gradas. En primer lugar, es necesario admitir la posibilidad y la necesidad de una teoría de la argumentación que funcione como una teoría normativa de la discreción judicial según la articulación propuesta de TCE1 y TCE2. Como he avanzado previamente (*supra* § 2.1) esto supone abdicar del escepticismo práctico que al-

³⁶ Sobre la compatibilidad entre la teoría de la argumentación y la teoría del Derecho positivista, vid. en la reciente literatura al respecto: C. Oliva Ekelund, «La teoría de la argumentación y el positivismo jurídico», en *Sobre el razonamiento jurídico*, número monográfico de la *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso (Chile), núm. 45, págs. 731-765.

gunos autores, como Eugenio Bulygin o Riccardo Guastini, consideran parte esencial del positivismo jurídico. En segundo lugar, es necesario contemplar la dimensión racionalista, justificatoria, la corrección moral del sistema jurídico como una propiedad disposicional del Derecho que puede actualizarse precisamente a través de una buena teoría de la argumentación jurídica. Veámos en qué sentido la corrección moral puede ser considerada una propiedad disposicional del sistema jurídico³⁷.

Como es sabido, la solubilidad en el agua es una propiedad disposicional de la sal. Esto no significa que toda la sal del universo esté disuelta en agua. Sólo significa que la sal presenta la disposición a disolverse en ese líquido si se la sumerge. Es necesario, pues, que se produzcan ciertos hechos para que esta propiedad meramente disposicional sea efectiva. De manera similar, la corrección moral, la racionalidad, su aspecto justificatorio, parecen presentarse en el Derecho más bien como una propiedad disposicional. Por brevedad, me referiré a este planteamiento como la «tesis de la disposición a la corrección»³⁸. Según la tesis de la disposición a la corrección, no todo el Derecho presenta corrección moral, pero sí presenta una disposición a la corrección.

El Derecho presenta una cierta disposición a la corrección en la medida en que tiene rasgos que lo inclinan hacia la corrección. Los análisis de Fuller en torno a la llamada «moral interna del Derecho» no son sino una exposición de los elementos que disponen el sistema jurídico hacia la corrección³⁹. La generalidad, la universalidad, la igualdad formal, la seguridad, la publicidad, etc. son rasgos que determinan la propensión del sistema jurídico hacia la corrección. Estos rasgos no aseguran por sí solos corrección moral en el sistema jurídico. Tan sólo lo disponen a ella. El hecho de que se trate de una propiedad meramente disposicional supone que no tiene por

³⁷ Garzón Valdés concibe como disposicionales propiedades tales como la estabilidad de los sistemas políticos o la tolerancia, acudiendo para ello a la noción de propiedad disposicional elaborada por Carnap y Ryle (E. Garzón Valdés, «El concepto de estabilidad de los sistemas políticos» (1987), en *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, págs. 573-609, aquí págs. 577-580 y «No pongas tus sucias manos sobre Mozart» Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia”(1992), *ibidem*, págs. 401-415. Últimamente ha recurrido a la noción de propiedad disposicional Daniel Mendonça al objeto de caracterizar la vigencia de las normas jurídicas siguiendo a Bulygin (D. Mendonça, *Interpretación y aplicación del derecho*, Universidad de Almería, 1997, págs. 69 ss.).

³⁸ Sigo aquí un argumento que utilizo en mi trabajo cit. «La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo».

³⁹ La moral interna del Derecho es una moral de aspiración según Fuller (*The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1964), esto es, define un horizonte ideal al que tender en mayor o menor medida. Sobre esta cuestión, vid. Recientemente R. Escudero Alday, *Positivismo y moral interna del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, págs. 383 ss.

qué darse efectivamente, sino que se halla en un estado de latente. Por esta razón sólo se actualiza bajo ciertas circunstancias. Esto supone la plena compatibilidad con el positivismo jurídico. Según la tesis positivista de la separación, la corrección moral es una propiedad contingente del Derecho. Según la tesis de la disposición, la corrección moral es una propiedad disposicional del Derecho.

Ahora bien, ¿bajo qué circunstancias se actualiza esta disposición a la corrección? Aquí entra en juego la necesidad de presuponer como posible una teoría de la argumentación jurídica. Sólo si se presupone la posibilidad de una teoría de la argumentación jurídica que actualice el potencial argumentativo del Derecho, es posible mantener la tesis de la disposición. El Derecho presentaría un potencial argumentativo que habría de ser actualizado por una teoría de la argumentación jurídica. Fenómenos como el positivismo inclusivo o el nuevo paradigma neoconstitucionalista responden precisamente a la evidencia que adquiere esta disposición a la corrección en los sistemas jurídicos constitucionalizados. Las cláusulas que consagran valores como la justicia, la igualdad o la libertad en los sistemas jurídicos suponen un potencial argumentativo que refuerza poderosamente la disposición del Derecho hacia la moral a través de una adecuada teoría de la argumentación. Esto tiene lugar en un plano estructural y en un plano sustantivo. En el plano estructural o funcional, la forma de principios de estas normas exigen una teoría de la argumentación jurídica. En el plano sustantivo, su propio contenido invoca una teoría de la argumentación que articule su aplicación al caso concreto. Estas cláusulas lanzan la argumentación jurídica hacia la argumentación moral. La tesis del caso especial cobra así un sentido muy importante en los actuales sistemas jurídicos, pero nada impide que el positivismo jurídico se mantenga incólume en el hecho de que precisamente la mera disposición hacia la corrección moral del Derecho no garantiza su efectiva corrección moral, cuya ausencia viene implícita en la propia idea de disposición, de propensión hacia lo que efectivamente no se tiene o conceptualmente no se tiene por qué tener.

En suma, lo que aquí se propone es una armonización de la teoría alexiana (que goza de un trasfondo positivista, de un positivismo latente a pesar de todo) con la tradición positivista. La teoría de la «idea del Derecho» o la propia noción de «optimización» en la aplicación de los principios que aparecen en el aparato argumentativo de Alexy indican en realidad la propensión del Derecho hacia un ideal al que sólo una correcta teoría de la argumentación puede dar cumplimiento en alguna medida. Nada de esto parece incompatible con un planteamiento positivista en la medida en que la propia noción de «ideal» presupone una realidad no ideal.

Seguramente una buena teoría sea aquélla que logra optimizar los recursos epistémicos de los que disponemos o que valoramos y en este sentido, insisto, me parece que la articulación de una teoría de los sistemas estricta con una teoría de la argumentación amplia puede proporcionar una buena optimización de claridad y ambición explicativas. La reiterada acusación de insuficiencia o «reduccionismo» de la teoría positivista estricta sólo sería de recibo en ausencia de una teoría de la argumentación que guiara al operador jurídico en los casos difíciles, dicho de otra forma, en ausencia de una teoría normativa de la discreción judicial, lo cual no ha de ser necesariamente el caso. No es cierto que ser positivista implique necesariamente «no dar cuenta» de la racionalidad jurídica. El positivista simplemente puede derivar las cuestiones argumentativas hacia una teoría de la argumentación jurídica que actualice la disposición a la corrección que pueda presentar el Derecho. Creo que existe un prejuicio antipositivista latente en la crítica de Lifante y de otros autores que se expresa en las siguientes palabras de Josep Aguiló, con quien nuestra autora (pág. 716) guarda una especial sintonía: «las mejores teorías del orden jurídico tienden a suministrar una imagen empobrecida del método jurídico y las mejores teorías del método tienden a ignorar o a minusvalorar el problema del orden jurídico»⁴⁰. Es posible que el diagnóstico responda a la realidad histórica. Puede (por seguir con la *imagen* de las *imágenes* que reitera Aguiló en su obra⁴¹) que la imagen del Derecho como sistema jurídico y la imagen del Derecho como argumentación hayan *tendido* normalmente a discurrir separadas a lo largo de la historia del pensamiento jurídico, pero no hay razones conceptuales que apoyen esa situación. Es perfectamente posible articular una teoría del sistema jurídico con una teoría de la argumentación. Para ello, quizá sea mejor abandonar la *imagen* de las dos *imágenes* del Derecho para hablar de la posibilidad de una *secuencia de imágenes* del Derecho y de estudiar el Derecho en consecuencia: a través de la articulación de una teoría del Derecho que nos procure la imagen del Derecho y una teoría de la argumentación que nos facilite luego la imagen de cómo puede y debe llegar a ser. Cabría hablar no tanto del «Derecho como argumentación» cuanto del Derecho para y por la argumentación.

Mientras los términos de la discusión se enmarquen en un paradigma presidido por la dialéctica entre positivismo y no positivismo (o iusnaturalismo), parece posible y conveniente mantener una postura básicamente positivista, sin que ello comporte desatender ciertas cuestiones normativas.

⁴⁰ J. Aguiló, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, cit., pág. 184.

⁴¹ Por ejemplo, J. Aguiló, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, cit., pág. 183.

Una cuestión bien distinta (y seguramente fructífera) se plantearía si lo que se quiere afirmar desde el antipositivismo no es tanto una crítica al positivismo, cuanto una crítica a la propia dialéctica entre positivismo y no positivismo en la medida en que nos hallamos ante un nuevo paradigma que priva de sentido a los propios términos de la discusión. Sin duda, este extremo resulta del máximo interés, pero esto supondría rebasar los propios límites del debate para comenzar uno nuevo.

