

Introducción a la filosofía del Derecho de Manuel Atienza

Introduction to the Philosophy of Law of Manuel Atienza

Rafael Buzón

Autor:

Rafael Buzón
Universidad de Alicante, España
rbuzonibanez@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-7795-6690>

Recibido: 10/06/2022

Aceptado: 10/09/2022

Citar como:

Buzón, Rafael (2023). Introducción a la filosofía del Derecho de Manuel Atienza. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 111-124. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.06>

Financiación:

Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación PID2021-125387NB-I00, titulado «Argumentación, constitucionalismo jurídico y derechos», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España.

Licencia:

Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).



© 2023 Rafael Buzón

Resumen

La obra de Manuel Atienza abarca un amplio abanico de problemas iusfilosóficos. En este artículo presento una introducción a su pensamiento tomando como hilo conductor la idea de protección de los derechos. Se expone su teoría de la racionalidad jurídica y cómo se vertebran las tres instituciones fundamentales en las que se mueve el fenómeno jurídico: la legislación, la jurisdicción y la dogmática jurídica. Todo ello desarrollado desde una concepción postpositivista que pretende la transformación social por medio del Derecho.

Palabras clave: Atienza; derechos; argumentación; legislación; jurisdicción; dogmática; dignidad.

Abstract

Manuel Atienza's work covers a wide range of legal-philosophical problems. In this article I present an introduction to his thought, taking the idea of the protection of rights as a guiding thread. It sets out his theory of legal rationality and how the three fundamental institutions in which the legal phenomenon moves: legislation, jurisdiction and legal dogmatics. All of this is developed from a postpositivist conception that aims for social transformation through Law.

Keywords: Atienza; rights; argumentation; legislation; jurisdiction; dogmatics; dignity.

INTRODUCCIÓN

Toda introducción al pensamiento de un filósofo del Derecho cuya obra responda a los temas principales de la disciplina se enfrenta, al menos, con un problema: por dónde empezar. Creo que para reconstruir el pensamiento jurídico de Manuel Atienza puedo partir de la siguiente idea: hay que proteger los derechos. Una idea en apariencia trivial e incontrovertible pero que tiene algún truco¹.

El positivismo jurídico suele tomar la categoría de deber como posición primitiva desde la que se pueden derivar los derechos, es decir, que los derechos relativos a un sujeto serían siempre reducibles a deberes de otros sujetos. Pero siempre que afirmemos que un sujeto tiene un derecho porque otro tiene un deber, es pertinente preguntar por qué ese sujeto tiene un deber. Y si la respuesta es que nuestro sujeto tiene ese derecho porque lo establece una regla, cabe preguntar por qué la regla lo establece, lo que nos envía directamente a las cuestiones de justificación jurídica y, bien mirado, a dilucidar qué son los derechos que hay que proteger y cómo protegerlos.

Para Atienza los derechos fundamentales no son normas, ni tampoco una relación o conjunto de relaciones entre dos o más sujetos establecidas por normas. Los derechos son los valores, bienes o razones que sirven de fundamento para crear una red de relaciones normativas dirigida a proteger esos valores. De ahí que el Derecho no pueda verse exclusivamente como un conjunto de directivas de conducta, de normas, sino que, necesariamente, el Derecho posee, además de esa vertiente normativa, una dimensión valorativa. Las normas pueden ser anteriores en el orden cronológico, pero en el orden lógico de fundamentación son posteriores a los derechos.

Dicho esto, la idea de que hay que proteger los derechos tiene el siguiente sentido: un derecho es un valor y por eso debe ser realizado, y para ello ha de construirse un armazón teórico que los ampare y desarrolle. Para esta labor, Atienza cuenta, ante todo, con una teoría de la racionalidad jurídica desde la que se construyen los cimientos de tres instituciones fundamentales en las que se mueve el fenómeno jurídico: la legislación, la jurisdicción y la dogmática jurídica. Veámoslo.

1. Puesto de relieve también por Dworkin (1978, p.171): ‘Existe una diferencia entre la idea de que tú tienes un deber de no mentirme porque yo tengo derecho a no ser mentido y la idea de que yo tengo derecho a que no me mientas porque tú tienes un deber de no decir mentiras. En el primer caso, yo justifico un deber llamando la atención sobre un derecho; si intento cualquier justificación ulterior, es el derecho mismo aquello que tengo que justificar y no puedo hacerlo llamando la atención sobre el deber. En el segundo caso es al revés. La diferencia es importante, porque [...] una teoría que toma los derechos como fundamentales es una teoría de un carácter diferente de una que tome los deberes como fundamentales.’

1. LA RACIONALIDAD JURÍDICA

Para Atienza, la racionalidad jurídica es, fundamentalmente, argumentativa. Para desarrollar su concepción de la argumentación sigue la misma estrategia que Rawls en *A theory of justice*: distingue entre concepto y concepción. Respecto del concepto, afirma que argumentar es siempre una actividad relativa a un lenguaje, es un uso del lenguaje que se caracteriza por la necesidad de dar razones, que además siempre presupone un problema a resolver y que sufre una ambigüedad proceso-producto: una argumentación puede verse como actividad (lo que tiene lugar desde que se plantea el problema hasta su solución) o como el resultado de esa actividad (premisas, conclusión e inferencia). Pero, sobre todo, argumentar es una actividad racional, en el sentido de que es una actividad orientada a un fin y en el de que hay criterios para evaluar una argumentación.

Ahora bien, los rasgos comunes que definen el concepto de argumentación pueden ser interpretados de diversas maneras, dando lugar a tres concepciones de la argumentación jurídica: la formal, la material y la pragmática (retórica y dialéctica).

Desde la concepción formal, el razonamiento jurídico es un conjunto de enunciados sin interpretar, es decir, un razonamiento en el que hacemos abstracción del contenido de verdad o corrección de estos. Trata de resolver si de unos enunciados con determinada forma (premisas) se puede pasar a otros enunciados (conclusión), por lo que los criterios de validez vendrán dados por las reglas de inferencia.

Desde la concepción material, el razonamiento jurídico se concibe como una teoría de las premisas entendidas como buenas razones. Trata de responder a preguntas como qué acción es debida o qué creencias son válidas como premisas y conclusiones. Se centra, pues, en los aspectos semánticos del lenguaje, en el contenido, para lo que contamos con criterios de justificación, máximas de experiencia, leyes científicas, etc.

Finalmente, la concepción pragmática se centra en el uso de la argumentación. Desde esta perspectiva, la argumentación se contempla como actividad, como práctica y relación social, y se divide en retórica y dialéctica, cuyas diferencias principales son:

- En la dialéctica existe interacción constante entre los participantes, de manera que la dirección del discurso es de *línea quebrada*, por lo que la contradicción juega un rol fundamental; la retórica es unidireccional: sólo hay un sujeto activo, el orador.
- La dialéctica se centra en el descubrimiento de la verdad, considerándose verdadero el enunciado que no resulte refutado en el proceso argumentativo; la retórica se enfoca en la persuasión, inclinándose al estudio de las emociones y de las figuras de dicción y de pensamiento.
- La dialéctica se rige por reglas de comportamiento controlables por un juez o árbitro mientras que la retórica se basa en reglas técnicas utilizables para la persuasión en los discursos y, por tanto, el criterio de control es el éxito.

Pues bien, Atienza construye su filosofía del Derecho aplicando esta teoría de la racionalidad jurídica a la teoría de la legislación, la jurisdicción y la dogmática jurídica. Sigamos sus pasos.

2. TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN

Atienza elabora una teoría de la racionalidad legislativa que permite un análisis interno y externo de la argumentación en el contexto de la legislación. Esta teoría trata de responder a las tres preguntas fundamentales de la teoría de la argumentación jurídica: cómo analizar una argumentación, cómo evaluarla y cómo argumentar.

Entiende el proceso legislativo como una serie de interacciones entre elementos distintos: editores, destinatarios, sistema jurídico, fines y valores. El resultado de interpretar estos elementos nos permitiría articular, a su vez, una estructura en cinco niveles de racionalidad:

- 1) Racionalidad lingüística. El emisor o edictor debe transmitir con claridad y precisión el mensaje legal al destinatario. El valor fundamental de la racionalidad lingüística es la comunicación fluida de mensajes normativos.
- 2) Racionalidad formal. Es la racionalidad basada en los valores de seguridad y previsibilidad que implica que la ley debe insertarse armoniosamente en el sistema jurídico de referencia con el fin de su sistematicidad, plenitud y coherencia.
- 3) Racionalidad pragmática. Se trata de la racionalidad que persigue el mantenimiento del orden y la eficacia del Derecho a través de la traducción de las normas en acciones, es decir, tratando conseguir la adecuación de las conductas de los destinatarios de las normas a lo previsto en la ley.
- 4) Racionalidad teleológica. Es la racionalidad que se ejercita en el cumplimiento de los objetivos sociales previstos en la ley para lograr su efectividad.
- 5) Racionalidad ética. Sería la racionalidad que, conforme a los valores constitucionales adecuadamente interpretados, permitiera justificar las conductas y los fines prescritos por las leyes.

Estos cinco criterios estarían presididos por un nivel de meta racionalidad basado en la idea de razonabilidad, entendido como equilibrio en la consecución de los anteriores fines o, *contrario sensu*, como límite al sacrificio de alguno de ellos.

Bien mirado, la teoría de la legislación es la contrapartida de la teoría de la interpretación y la aplicación del Derecho: los niveles de racionalidad legislativa se transforman en los cánones de interpretación jurídica: lingüísticos, sistemáticos, histórico evolutivos, teleológicos y axiológicos.

El análisis interno de los niveles de racionalidad legislativa tiene que ser completado con un análisis de tipo externo. Atienza propone distinguir un nivel estático, que muestre cómo se relacionan los niveles de racionalidad prescindiendo del proceso

real de la legislación, y un nivel dinámico que dé cuenta del proceso legislativo real. Centrémonos en este último:

Atienza distingue tres fases del proceso legislativo: prelegislativa, legislativa y postlegislativa. Estas fases están interrelacionadas entre sí manteniendo una relación circular. Además, cada una de las fases estarían delimitadas por una serie de operaciones que podemos sintetizar así:

- Fase prelegislativa. Ante el planteamiento de un problema social se requiere analizarlo, determinar objetivos, proponer medios legales y no legales para alcanzar tales objetivos y justificar éticamente el objetivo y los medios empleados con el fin de elaborar una propuesta de solución legislativa. La racionalidad teleológica y la racionalidad ética tendrán primacía en este momento legislativo. Por ello, será necesario utilizar las herramientas del método científico, las reglas de la argumentación práctica racional, así como contar con conocimiento objetivo de causa.
- Fase legislativa. Se recibe el problema de la fase anterior por parte de un órgano legislativo. Se procede de nuevo al análisis del problema, a determinar sus objetivos y a proponer un posible contenido de la ley justificado éticamente. Tras un análisis lingüístico, sistemático y pragmático, se procede a la redacción del texto articulado finalizando con la promulgación de la ley. En esta fase están implicados todos los niveles de racionalidad y las técnicas para controlarla pasan por la utilización de directrices legislativas, análisis de costes y beneficios, técnicas de redacción de documentos, controles de legalidad o los diseños teóricos propuestos por la teoría del Derecho y la dogmática jurídica.
- Fase postlegislativa. Una vez la ley ha entrado en vigor, se debe examinar su adecuación respecto a sus dimensiones lingüística, sistemática, pragmática, teleológica y ética. De este modo, se propondrá la modificación de la ley en aquellos puntos en los que no se cumplan los criterios de racionalidad previstos. Técnicas de implementación, estudios sobre el impacto de las normas jurídicas o el análisis de la dogmática jurídica, proveerán de conocimientos indispensables para controlar la racionalidad de la ley promulgada.

Pues bien, esta descripción del iter legislativo se encuentra siempre en tensión con el momento prescriptivo de satisfacción de los niveles de racionalidad. Podríamos afirmar que el ideal de un buen procedimiento legislativo es aquel en el que coincide el proceso descriptivo con el proceso prescriptivo, o, dicho de otro modo, el desarrollo del proceso legislativo en adecuación a los niveles de racionalidad lingüística, jurídico formal, pragmática, teleológica y ética.

Y, además, como cualquier argumentación presupone un problema al que hay que dar respuesta, Atienza afirma que las cuestiones planteadas en el caso de la argumentación legislativa vienen determinadas por los fines y valores característicos de la legislación en cuanto actividad racional. Transformando en preguntas los modelos de

racionalidad podríamos reconducir los argumentos que tienen lugar en una discusión legislativa a las siguientes cuestiones:

- 1) ¿Tiene la ley en cuestión una forma lingüísticamente adecuada, esto es, está asegurada su comunicabilidad?
- 2) ¿Es sistemática, o sea, no crea lagunas ni contradicciones?
- 3) ¿Es eficiente, en el sentido de que cabe prever su cumplimiento por los destinatarios?
- 4) ¿Es efectiva, esto es, se lograrán los objetivos planteados?
- 5) ¿Es axiológicamente adecuada (de acuerdo con los principios constitucionales y otros criterios morales que vengan al caso)?
- 6) ¿Es razonable, esto es, logra los anteriores objetivos a un coste satisfactorio?

3. TEORÍA DE LA JURISDICCIÓN

La teoría de la legislación tiene que ser completada con una teoría de la jurisdicción, entendida como una teoría de la justificación jurídica en el marco del Estado constitucional de Derecho.

Hay que resolver las mismas cuestiones planteadas ante la argumentación legislativa: cómo analizar una argumentación jurídica, cómo evaluarla y cómo argumentar. Para ello, Atienza dispone, fundamentalmente, de un método de representación de los argumentos como herramienta de análisis de las argumentaciones, de una tipología de casos judiciales y las cuestiones que suscitan, de criterios de evaluación de los argumentos en los casos difíciles y, finalmente, de un esquema de las diferentes etapas argumentativas que permiten desarrollar una buena argumentación. Centrémonos en la tipología de casos judiciales y los criterios de evaluación de los argumentos:

Las distinciones entre tipos de casos no tienen para Atienza un carácter ontológico, es decir, no habría casos fáciles o difíciles en sí mismos puesto que tales calificaciones son eminentemente contextuales, generando supuestos de penumbra. Siguiendo la tradición retórica, podríamos decir con Quintiliano que son básicamente justificables por su didactismo. Sin embargo, conviene efectuar una distinción previa que se encuentra muchas veces implícita en la obra de Atienza. Se trata de la distinción entre equilibrio mínimo y equilibrio óptimo:

- El equilibrio mínimo es el que alcanzan las decisiones judiciales que satisfacen exclusivamente las exigencias esenciales de los valores fundamentales desde el punto de vista jurídico y/o político. Se trataría de comprobar si hay una respuesta mejor que otra.
- El equilibrio óptimo es el que alcanzan las decisiones judiciales que, por encima del equilibrio mínimo, satisfacen también exigencias no esenciales en virtud

del peso que se atribuya a cada una y según los criterios de decisión utilizados. Se trata de averiguar si hay una buena respuesta.

El campo de aplicación de esta distinción entre equilibrios requiere de la exposición de los tipos de casos que distingue Atienza:

- 1) Casos fáciles. Son los casos que la mayor parte de los juristas resolverían del mismo modo, casos que no presentan dudas y que, por tanto, la justificación de la decisión implica simplemente una deducción desde premisas acreditadas. Sin embargo, más precisamente, un caso sería fácil cuando la subsunción de unos determinados hechos bajo una determinada regla no resulta controvertible a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución respectiva.
- 2) Casos intermedios: son aquellos que a primera vista no se consideran fáciles por la exigencia de deliberación que requieren pero que, sin embargo, una vez concluida la deliberación, se alcanza una solución unánime o muy mayoritariamente aceptada por los juristas.
- 3) Casos difíciles: son aquellos casos en los que cabe encontrar más de un punto de equilibrio entre exigencias contrapuestas que hay que tomar en consideración para justificar de la decisión. La dificultad será mayor cuanto más difícil resulte establecer la decisión óptima y viceversa.
- 4) Casos trágicos: son aquellos casos en relación con los cuales no existe ninguna solución que se sitúe por encima del equilibrio mínimo. No son casos con posibles respuestas correctas sino casos sin solución correcta puesto que sacrifican algún valor jurídico o moral fundamental.

Hay algunas precisiones que realizar respecto de la anterior clasificación. La primera es que Atienza elabora su tipología de los tipos de casos difíciles a partir de la propuesta por MacCormick², considerando que deja fuera las cuestiones procesales, los problemas de validez y los supuestos en los que el juez tiene que aplicar una norma de fin. La tipología resultante de casos difíciles sería como sigue:

- 1) Cuestiones procesales. Son problemas originados por la norma que tiene que aplicar el juez, que ya no es regulativa sino constitutiva, en concreto una norma que confiere poder, por lo que estaríamos ante problemas tanto fácticos como jurídicos (recusación, legitimación procesal, etc.) que ameritan un tratamiento autónomo.
- 2) Cuestiones de prueba. Atienza concibe el razonamiento probatorio como una inducción cuyas premisas expresan la afirmación de ciertos hechos probatorios (que se obtienen por los diversos medios de prueba) y una generalización (ya

2. MacCormick (2018, 247 y ss.) construyó su tipología diferenciando entre los problemas que afectaban a la premisa normativa (interpretación y relevancia) y la premisa fáctica (prueba y calificación).

- sea una máxima de experiencia o una ley científica) que, conjuntamente, conducen al hecho probado. Las dificultades atañen, por tanto, a la fiabilidad de los medios de prueba, a las generalizaciones utilizadas o a la inferencia misma.
- 3) Cuestiones de calificación. Son problemas en los que se argumenta a partir de definiciones y que, en los casos de conceptos valorativos, se solapan con los de interpretación.
 - 4) Cuestiones de aplicabilidad. Coincidentes con los problemas de relevancia de MacCormick, se trata de establecer la existencia de una norma aplicable al caso.
 - 5) Cuestiones de validez. Son problemas en los que se plantea si una determinada norma aplicable a una situación respeta los criterios del sistema de tal modo que pueda considerarse válida, por ejemplo, las cuestiones de constitucionalidad que se elevan a los tribunales constitucionales.
 - 6) Cuestiones de interpretación. Entendida la interpretación en sentido estricto, serían problemas acerca de si el texto de una norma se ha de entender en un sentido o en otro. Atienza, basándose en el esquema de 1) enunciado que interpretar; 2) enunciado interpretativo; y 3) enunciado interpretado, destaca que lo problemático es la justificación del punto 2) el enunciado interpretativo, para lo que remite a los distintos cánones de la interpretación.
 - 7) Cuestiones de discrecionalidad. Son aquellos problemas que surgen con la aplicación de las normas de fin (reglas de fin o directrices), por ejemplo, cuando el juez tiene que decidir acerca la situación más favorable para un menor en caso de divorcio.
 - 8) Cuestiones de ponderación. Se trata de pasar de principios a reglas, bien desde principios en sentido estricto (por la existencia de lagunas normativas o axiológicas en el nivel de las reglas) o directrices (evaluando la concreción de los principios elaborada por los legisladores o la Administración).

La segunda precisión se refiere a la necesidad de deliberación tanto en los casos fáciles como en los difíciles, con la consiguiente pérdida de significado de la distinción misma. Expliquémoslo. En primer lugar, se presupone que en los casos difíciles siempre hay una contraposición entre principios o valores que ha de resolverse a través de la ponderación para conseguir un equilibrio mínimo u óptimo mientras que, en segundo lugar, la aplicación de reglas en los casos fáciles debería, conforme a su pretensión excluyente, evitar la deliberación. Sin embargo, conforme a la definición de casos fáciles que expusimos más arriba, también habría que tomar en consideración el sistema de principios, por lo que deviene necesaria la deliberación. La conclusión parece obvia: si en ambos casos se requiere deliberación, la distinción cae por su propio peso. En cambio, Atienza matiza su posición afirmando que el Derecho constituiría para los órganos jurisdiccionales un sistema excluyente en un doble nivel y en un doble sentido:

- En un primer nivel y sentido, por el hecho de que los órganos jurisdiccionales tienen el deber de componer un balance de razones constituido por las pautas

jurídicas, siendo solo admisible la toma en consideración de otras razones cuando las propias pautas jurídicas lo permitan.

- En un segundo nivel y sentido, por el hecho de que en la mayoría de los casos tal balance de razones conlleva adoptar como base de la resolución una regla jurídica.

De esta caracterización se colige una división de los casos en dos grupos:

- Los casos cuya resolución encuentran su fundamento en el balance de razones jurídicas que se integran en la deliberación del órgano jurisdiccional.
- Los casos en los que el balance de razones exige abandonar la deliberación para adoptar como base de la decisión una regla jurídica entendida como razón perentoria.

Finalmente, para evaluar un argumento necesitamos armonizar todos los elementos estudiados hasta ahora. Atienza define al buen argumento como aquel razonamiento que tiene una estructura lógica reconocible, que satisface un esquema de inferencia válido, que tiene por materia premisas relevantes y sólidas y que, además, persuade o debería persuadir a un auditorio con información suficiente, actitud imparcial y racionalidad. Desde el punto de vista de los participantes habría que respetar las reglas de la discusión racional y, como límite crítico, disponemos de su teoría de las falacias (formales, materiales y pragmáticas) como criba de los argumentos que sólo son buenos en apariencia.

Ahora bien, en los casos difíciles estos criterios no son suficientes. Necesitamos, además, reconstruir racionalmente los criterios dados en la práctica judicial, lo que requiere adoptar una teoría no positivista del Derecho, que vea el Derecho no sólo como un sistema de normas sino, sobre todo, como una práctica social con la que se trata de lograr ciertos fines y valores.

Hay que añadir que Atienza sostiene la tesis de la única respuesta correcta. Tesis polémica y muy debatida que Atienza sintetiza del siguiente modo. Se trata de una tesis que sólo se aplica a la argumentación judicial, en la que se produce un proceso de simplificación consistente en traducir los conflictos sociales a un código bivalente: ley constitucional o inconstitucional, culpable o inocente, contrato válido o inválido, etc. En ese caso el juez tiene casi siempre a favor de una de las partes de la bivalencia razones de mayor peso. Pues bien, la respuesta correcta será la que en el caso concreto proporcione la mejor interpretación posible de los fines y valores de la práctica jurídica respetando los límites institucionales.

Pero para realizar satisfactoriamente esta operación necesitamos también los criterios con los que poder elaborar la crítica, la evaluación, los criterios de racionalidad práctica que Atienza clasifica en universalidad, coherencia, adecuación a las consecuencias, apelación a la moralidad social, la moral crítica o justificada y la razonabilidad como criterio de cierre. Veamos brevemente cada uno de ellos.

El criterio de universalidad lo entiende Atienza no simplemente como un criterio lógico sino, además y sobre todo, como la idea kantiana de obrar de tal modo que se pueda universalizar la máxima de tu conducta. Por ello se aplica tanto a problemas fácticos como jurídicos. Respecto a los problemas normativos, evita criterios *ad hoc* en la construcción de la ratio decidendi, base de la regla del *stare decisis*. En cuanto a los problemas fácticos, la universalidad implica que en la justificación externa de la premisa fáctica debe haber un enunciado de tipo universal, aunque sea de carácter probabilístico, de tal manera que dicha premisa se utilice en todos los casos que se den esas circunstancias.

La idea de coherencia la concibe como la compatibilidad de una decisión, de una norma o de unos hechos en relación con valores, principios (los del ordenamiento jurídico) y teorías (morales y políticas) y, por tanto, a diferencia de la consistencia lógica, se trataría de una cuestión de grado. Es esta idea de coherencia la que está detrás de las formas más comunes de argumentar en el Derecho: la analogía (agregando información) y la reducción al absurdo (eliminando información). En ambos casos se trata de argumentar manteniendo las señas de identidad del sistema.

La adecuación a las consecuencias es un criterio que mira hacia el futuro y cuya fuerza justificativa deriva de que la decisión tomada probablemente conseguirá satisfacer algún objetivo social valioso. Por tanto, evaluar un razonamiento desde esta perspectiva implica comprobar que se toman en consideración diversos estados de cosas unidos por lazos de causalidad a la hora de tomar una decisión. Para no hacer un uso excesivo de este criterio, Atienza se inclina por utilizar la teoría de Kaldor-Hicks, según la cual una situación es preferible a otra si en la primera las ganancias de unos permiten compensar las pérdidas de otros. Sin embargo, el límite fundamental de la adecuación a las consecuencias es el hecho de que no pueden prevalecer, en tanto razones de fin, sobre las razones de corrección.

La apelación a la moral social es un criterio útil pero no siempre suficiente. Al estar vinculado a la idea de democracia (decidir como la mayoría preferiría que se hiciese) facilita que la decisión del juez sea persuasiva. Sin embargo, según Atienza, este criterio se enfrenta a varias dificultades, como, por ejemplo, que no se sepa cuál es la opinión mayoritaria en un determinado asunto, que esas opiniones sean fruto de prejuicios que van en contra de los valores del ordenamiento o que, fundamentalmente, la moral social no proporciona razones últimas de carácter justificativo. Es por ello por lo que en numerosas ocasiones hay que utilizar criterios que provengan de una moral racionalmente justificada.

Esta moral justificada la sustenta Atienza principalmente en un constructivismo o procedimentalismo moral, inspirado en las obras de Rawls, Habermas y Nino cuya tesis fundamental es que los principios justificados serían aquellos a los que llegarían por consenso agentes que discutieran respetando ciertas reglas ideales. Pero el procedimentalismo no es suficiente, de modo que hay que incorporar algún criterio sustantivo,

alguna idea objetiva, alguna creencia de la que no se pueda prescindir (como de la existencia del mundo externo). Y esta idea es la de dignidad.

Una postura, por tanto, que tiene como correlato el objetivismo moral, que Atienza sitúa entre el relativismo y el absolutismo, que se caracterizaría por su falibilismo y por ser, ante todo, un objetivismo de las razones.

Finalmente, como criterio de cierre, Atienza propone la idea de razonabilidad, que vendría a ser una idea afín a la de eficiencia entendida como un adecuado balance entre los costes y los beneficios a la hora de tomar una decisión. Se trata de un juicio holístico en el que se combinan las ideas de equilibrio y aceptabilidad, entendida la aceptabilidad como una suerte de síntesis entre el consenso ideal y el consenso fáctico.

4. LA DOGMÁTICA JURÍDICA COMO TECNO-PRAXIS

La legislación y la jurisdicción, la producción y aplicación del Derecho, son las instancias de la práctica jurídica a partir de las cuales se elabora el trabajo dogmático. Un trabajo que, al igual que en las instancias anteriores, la deliberación sobre los fines y los valores juega un papel esencial.

Atienza define la dogmática jurídica como una tecno-praxis porque 1) la dogmática no obedece al modelo de ninguna ciencia en sentido estricto, sino que es más bien una técnica social y 2) porque tanto el Derecho como la reflexión sobre el mismo se inserta dentro de la tradición de la razón práctica. La dogmática no está orientada propiamente al conocimiento, sino a la resolución de problemas prácticos, para lo cual es necesario el conocimiento, pero como medio y no como fin en sí mismo. Su función principal sería proponer soluciones a problemas jurídicos conectados con la interpretación, la aplicación o la producción del Derecho.

De ahí que la actividad de los dogmáticos no pueda escapar ni a la deliberación técnica sobre los medios adecuados para alcanzar ciertos fines, ni, sobre todo, a la deliberación práctica sobre esos fines y valores en que se sustentan. Este tipo de racionalidad, ni técnica ni práctica en exclusiva, sino la combinación de ambas es, según Atienza, el único camino viable para la dogmática en el contexto de un Estado constitucional de Derecho.

Ahora bien, el método de la dogmática jurídica no coincide plenamente ni con el método del legislador ni con el de la jurisdicción. Se diferencia del legislador en que el dogmático no debe tener un punto de vista partidista (en el sentido de estar sometido a la disciplina de un partido) aunque tenga sus propios compromisos políticos. De ahí que sus argumentaciones legislativas tengan inevitablemente una mayor distancia y amplitud que las de los debates entre legisladores. Por otro lado, los dogmáticos se ocupan de problemas más abstractos y, sobre todo, disponen de una cantidad de tiempo, personas, materiales, etc. mucho mayor.

En segundo lugar, en relación con la jurisdicción, también el dogmático comparte el punto de vista del aceptante, pero mantiene mayor distancia que el juez con los problemas tratados, bien porque no tiene la urgencia de resolver el problema en un breve espacio de tiempo, bien porque dispone de recursos para realizar investigaciones más amplias y profundas.

Sin embargo, las diferencias fundamentales se hallan en los criterios de evaluación de los argumentos dogmáticos. La coherencia juega un papel destacado, en el sentido de que el dogmático debería tratar de que los cambios que se introduzcan en el sistema no erosionen el mismo, no en el sentido de evitar cualquier cambio, sino en el de asegurar que resulten coherentes con él. Y, sobre todo, que el discurso del dogmático debería ser, según Atienza, el más próximo de todos al discurso crítico racional. Por ello, un buen punto de partida para el trabajo dogmático pasa por las preguntas que planteamos respecto a la teoría de la legislación, pero en orden inverso:

- 1) ¿Qué objetivos deben perseguirse con la ley?
- 2) ¿Están justificados tales objetivos?
- 3) ¿Qué medios deben usarse para conseguirlos?
- 4) ¿Qué sistemática ha de tener la ley para que resulte completa y consistente?
- 5) ¿Cómo deben estar redactados sus artículos?

5. EL POSTPOSITIVISMO JURÍDICO

Atienza no considera que nuestras constituciones se identifiquen sin más con la moral justificada. Sí piensa que el Derecho del Estado constitucional es el mejor de los históricamente existentes, no tanto por cuestiones formales cuanto por los valores que trata de proteger. Nuestras constituciones reflejan indirectamente el conflicto político y, por ello, los acuerdos en cuanto a las finalidades y los valores que en ella se expresan son siempre precarios. De ahí que se formulen en términos muy abstractos, manifestando la necesidad de argumentar dentro su marco en cuanto al significado y alcance de los derechos. Y a pesar de las excepciones, nuestros textos constitucionales ofrecen con mucha frecuencia la posibilidad de alcanzar una solución justa sin abandonar el Derecho.

Ahora bien, ante las múltiples amenazas contemporáneas a estos valores, Atienza concuerda con Ferrajoli en que el paradigma constitucional necesita una doble ampliación: extensional (constitucionalizando el Derecho internacional y el Derecho privado de la globalización) e intensional (reforzando la garantías de todos los derechos).

Sin embargo, se distancia de Ferrajoli en múltiples puntos centrales de teoría del Derecho. Para comenzar, Atienza no ve el Derecho solamente como un sistema de normas cerrado sino principalmente como una práctica social con la que se trata de alcanzar ciertos fines y valores sin salirse del marco jurídico.

Para actuar en esa práctica, una teoría del Derecho relevante para el Estado constitucional necesitaría sostener, al menos, las siguientes tesis que Atienza concibe como el núcleo del *postpositivismo jurídico*: la unidad de la razón práctica, que implica ya un objetivismo moral mínimo, la distinción entre principios y reglas y la dialéctica de la subsunción y la ponderación, un ideal de juez como juez activo y todo ello visto fundamentalmente desde un prisma argumentativo.

La unidad del razonamiento práctico hace referencia al tipo de argumentación al que pertenecen tanto la argumentación jurídica como la moral o prudencial. Responde a la función de resolver conflictos prácticos evitando la desintegración del razonamiento, dando prioridad a las razones morales, en cuanto razones autónomas e imparciales, respecto a cualquier otro tipo de razones.

Según Atienza, a pesar de que el razonamiento moral tiene primacía sobre el jurídico, esto no implica que el razonamiento jurídico sea un caso especial del razonamiento moral ya que resuelve el problema del posible imperialismo de la moral argumentando que las reglas de la argumentación moral no se aplican directamente a la justificación jurídica, sino que, más bien, las reglas de la justificación jurídica son las que han de estar justificadas moralmente.

Por tanto, según Atienza, las razones jurídicas están en último término subordinadas a las razones morales, lo que en términos equivalentes quiere decir que las razones jurídicas no son razones autónomas para justificar decisiones. Si aceptamos una norma por su contenido, esta aceptación es indistinguible de un juicio moral y, si lo hacemos por su origen, habría que preguntarse por qué es relevante el origen, de modo que llegaríamos hasta la regla de reconocimiento, que solo puede aceptarse por razones autónomas e imparciales, esto es, razones morales. De aquí se sigue el carácter necesario del objetivismo moral para dar sentido a la justificación jurídica: si toda justificación jurídica es en último término una justificación moral y ésta no fuera posible, tampoco lo sería la justificación jurídica.

Y para la justificación jurídica también es necesario conjugar tanto reglas como principios, lo que requiere un manejo experto del material jurídico que gestione la tensión entre la certeza que procuran las reglas y la flexibilidad que se asocia a los principios, de manera que no se trata de elegir entre subsumir o ponderar, puesto que a veces contamos con una regla que resuelve el caso y otras, o bien no existe una regla, o bien existe un desajuste entre su significado y sus razones subyacentes, y por lo tanto hay que ponderar (construir un caso genérico) que dé lugar a una regla aplicable por subsunción.

El ideal de juez para realizar todas estas operaciones es el juez activo que, según Atienza, sería el punto medio entre el juez activista (el que se sale de los límites del Derecho) y el juez formalista (el que no contempla las razones subyacentes a las normas). Este juez se tomaría en serio la obligación de fundamentar sus decisiones, lo que le lleva inequívocamente a aceptar la existencia de límites institucionales, que son los que trazan la diferencia entre lo que es o no es argumentable en el Derecho.

Estos elementos teóricos, vistos todos ellos desde la teoría de la argumentación (aunque no todo sea argumentación) es lo se ha llamado postpositivismo jurídico, una teoría del Derecho que se pretende adaptada a nuestros Estados constitucionales y que Atienza concibe orientada a la transformación social en la dirección del socialismo democrático: *‘un tipo de organización social con pocas desigualdades entre la gente, donde las relaciones entre los individuos no estén dominadas (instrumentalizadas) por la lógica del mercado, y en la que la libertad no consista simplemente en disponer de un espacio protegido de las interferencias de los demás, incluido el Estado, sino en la capacidad de autodeterminarse, de construir un proyecto de vida y poder llevarlo adelante* (Buzón y Garza Onofre, 2022, p.68).

Y, según Atienza, es precisamente el socialismo democrático el único modelo de organización social que puede tomarse la dignidad humana en serio, fundamento de todos los derechos que hay que proteger y desarrollar.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, M. (1986). *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, Civitas.
- ATIENZA, M. (1989). *Contribución para una teoría sobre la legislación*, Madrid, Civitas.
- ATIENZA, M. (1991). *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid.
- ATIENZA, M. (2010). *La guerra de las falacias*, Alicante, Librería Compás.
- ATIENZA, M. (2012). *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel.
- ATIENZA, M. (2014). *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta.
- ATIENZA, M. (2017). *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid, Trotta.
- ATIENZA, M. (2022). *Sobre la dignidad humana*, Madrid, Trotta.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (1996). *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel.
- BUZÓN, Rafael y GARZA ONOFRE, Juan Jesús (2022). *La Escuela de Alicante de filosofía del Derecho. Argumentación jurídica y postpositivismo*, México, Tirant lo Blanch.
- DWORKIN, R. (1978). *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press.
- MACCORMICK, N. (2018). *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho*, trad. José Ángel Gascón Salvador, Lima, Palestra Editores.
- RAWLS, John (1971), *A theory of justice*, Cambridge, Harvard University Press.

