

# El Derecho como práctica y las dimensiones de la argumentación jurídica

## Law as Practice and the Dimensions of Legal Argumentation

Jesús Vega

### Autor:

Jesús Vega  
Universidad de Alicante, España  
Jesus.Vega@ua.es  
<https://orcid.org/0000-0003-3809-4818>

Recibido: 10/06/2022

Aceptado: 10/09/2022

### Citar como:

Vega, Jesús (2023). El Derecho como práctica y las dimensiones de la argumentación jurídica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 435-468. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.25>

### 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 Jesús Vega

### Resumen

En este trabajo se formulan algunas reflexiones e interpretaciones en torno a la conexión interna que, dentro de la concepción argumentativa del Derecho desarrollada por Manuel Atienza, guardan entre sí la tesis de las tres dimensiones de la argumentación jurídica y la tesis del Derecho como práctica. El propósito principal es mostrar la convergencia y coherencia de ambas tesis dentro de una misma concepción filosófica del Derecho, la concepción argumentativa. Se subraya, particularmente, el rendimiento metateórico de la misma en la crítica de otras concepciones del Derecho.

**Palabras clave:** concepción argumentativa; Manuel Atienza; dimensiones de la argumentación jurídica; concepciones del Derecho; idea de práctica

### Abstract

This paper suggests some interpretations on the relationship connecting Atienza's argumentative theory, with its three dimensions of legal argumentation, and the idea of law as a sort of practice. The attempt is made to show the convergence and coherence of both theses within the same philosophical conception of law. Particularly, the metatheoretical implications from such a conception for the criticism of rival legal theories are underlined.

**Keywords:** argumentative conception of law; Manuel Atienza; dimensions of legal argumentation; conceptions of law; idea of praxis

**E**l propósito de estas páginas es poner en correspondencia dos tesis de la concepción argumentativa del Derecho de Manuel Atienza que tal vez podrían creerse desconectadas entre sí. Me refiero, por un lado, a la tesis de que hay tres dimensiones de la argumentación jurídica –formal, material y pragmática– y, por otro, a la tesis de que el Derecho constituye una práctica. Lo que aquí se sostendrá es que ambas tesis son convergentes o complementarias y que obedecen, por tanto, a una misma concepción coherente de fondo, a una misma visión filosófica general del Derecho. A fin de mostrarlo, trataré de recorrer algunas de las que interpreto como líneas principales de esa convergencia o coherencia. Después de presentar sumariamente cada una de estas dimensiones (§I), defenderé que solamente, en efecto, a través del compromiso filosófico «fuerte» con la idea de que el Derecho es una «práctica» de naturaleza institucional (o una institución de naturaleza práctica) cabe fundamentar –de un modo «interno» a la concepción argumentativa– la diferenciación entre tres, y precisamente esas tres, dimensiones de la argumentación jurídica, siendo esto lo que dota a esta tripartición de un alcance excluyente y exhaustivo (§II). A continuación (§III), analizaré cómo la concepción argumentativa permite obtener de aquí un esquema para la crítica –ahora de una manera «externa»– de otras concepciones alternativas del método y de la racionalidad del Derecho, básicamente las provenientes del positivismo jurídico, del iusnaturalismo y del realismo jurídico, una crítica meta-teórica que a mi juicio representa uno de los más valiosos rendimientos filosóficos de la concepción argumentativa frente a sus rivales.

## I. LAS TRES DIMENSIONES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La tesis de que el Derecho es esencialmente una «práctica» –un complejo de prácticas– subyace de manera característica al enfoque argumentativo<sup>1</sup>. Es esta, ante todo, como luego se verá con más detalle, una tesis de carácter crítico, por cuanto funciona como un presupuesto tácito de partida enderezado a rectificar otros enfoques alternativos que conducen a visiones conceptualmente insuficientes o inespecíficas del Derecho. Se trata de visiones bien no esenciales (o sea, incapaces de acertar con la verdadera «naturaleza» del Derecho) o bien esenciales pero no específicas (demasiado «genéricas» o abstractas). Por ejemplo, todas aquellas que pretenden definir el Derecho exclusivamente en términos de lenguaje, de normatividad, de ideales, de poder o coacción, de ideología, etc. Algo que sucede también, como comprobaremos, con las concepciones del Derecho que solo ven en este un «sistema» de normas, una «parte» de la moralidad o un «subproducto» de fenómenos sociopolíticos. Esto no significa que sean concepciones totalmente carentes de fulcro de verdad, pero sí que sería esta una verdad meramente genérica, que no concierne a lo más específico o nuclear del fenómeno jurídico.

1. Atienza 2017: 30, 130 y ss., 345 y ss.

La concepción filosófica del Derecho como «práctica» desemboca, en cambio, de manera natural, en una visión *argumentativa* del Derecho: la «argumentación» sí que constituiría una característica o dimensión del fenómeno jurídico no solo esencial sino también capaz de reconstruirlo en su genuina especificidad. Ello, naturalmente, a condición, de que la argumentación en el Derecho sea entendida de una cierta manera. Para empezar, de una manera no reduccionista: es decir, sin reducir totalmente el Derecho a argumentación (ni a ninguna de sus dimensiones). Esta, por decirlo en términos clásicos, permite explicar el Derecho *totum sed non totaliter*, y entenderla de otro modo sería justamente el error recurrente de algunos de esos otros enfoques alternativos de cuya crítica se parte: un error tan grave como no ver en la argumentación una dimensión nuclear del fenómeno jurídico. Precisamente para evitar esta clase de error (infravalorar la argumentación jurídica hasta creerla inesencial o sobrevalorarla hasta idealizarla) se impone la necesidad de diferenciar tres dimensiones básicas de la argumentación en el Derecho: una dimensión *formal* o lógica, una dimensión material o justificativa y una dimensión *pragmática* o técnica<sup>2</sup>.

Esta diferenciación no se plantea, sin embargo, en términos de separación entre visiones o concepciones alternativas entre las que hubiera que elegir. Cuando Atienza habla de «concepciones» de la argumentación, lo hace más bien en el referido sentido crítico dirigido contra ciertas maneras precisamente reduccionistas de entender el concepto de argumentación que resultan por tanto insatisfactorias. En los epígrafes siguientes volveremos sobre ello. Las dimensiones de la argumentación jurídica son en realidad una suerte de ejes abstractos que han de presuponerse presentes siempre y de manera conjunta en cada una de las diferentes subprácticas o subinstituciones que conforman el Derecho, esto es, los distintos contextos en que la argumentación jurídica se desenvuelve, sin que por ello deba suponerse que en todos ellos tienen el mismo peso relativo. Esta es la razón por la cual son dimensiones que pasan a jugar un papel decisivo no ya en la descripción y conceptualización del Derecho sino también en la reconstrucción crítica metateórica de concepciones filosóficas alternativas.

Hablamos, por tanto, de un esquema de tipo «matricial» muy similar al que del lenguaje nos suministra la clásica división de los ejes semióticos (sintáctico, semántico, pragmático), con la cual guarda por lo demás un evidente paralelismo de escala. Sin embargo, es importante advertir que, aunque la argumentación se define como una operación eminentemente lingüística o discursiva, las tres dimensiones de la argumentación no se agotan en el lenguaje sino que pretenden trascenderlo. Constituyen una suerte de hilo conductor para dar cuenta de la estructura misma del Derecho, que no se ve reducida a un «fenómeno lingüístico» sino que es más bien una práctica (ético-política, social, institucional) lingüísticamente mediada. Hay aquí una suerte de «giro material» que va más allá del «giro lingüístico» y confiere un sentido peculiar al «giro pragmático». En este sentido, la distinción entre las tres dimensiones argumentativas

2. Atienza 2006: 61 y ss.; 2013: 107 y ss. Véase también Atienza 1991.

evoca también la distinción entre los tres ejes del «espacio gnoseológico» de G. Bueno, que se presenta como una generalización lógico-material de las dimensiones lingüísticas cuya combinatoria permite el análisis filosófico de las diferentes ciencias y técnicas<sup>3</sup>. De manera especialmente importante, se destaca asimismo la idea de que las tres dimensiones argumentativas, al operar como un «sistema de coordenadas», arrojan valores diferentes y determinan «figuras» distintas en relación con cada uno de los diferentes contextos institucionales de la argumentación jurídica. No en todas las instituciones jurídicas se argumenta del mismo modo, ni en cada una tienen los tres ejes la misma representación o proporción, aunque a todas ellas es esencial argumentar. Pero veamos rápidamente, antes de ir a ello, en qué consisten esas tres dimensiones de la argumentación. Lo que sigue es menos una «descripción» o «transcripción» que un intento de reconstrucción personal orientado a lo que aquí me interesa mostrar: de qué manera las dimensiones argumentativas reflejan, y contribuyen a dibujar, una imagen filosófica del Derecho como «práctica»<sup>4</sup>.

La dimensión *formal*, en primer lugar, nos remite al Derecho como un sistema de proposiciones, un *ordo doctrinae*. Argumentar es en general una actividad lingüística, simbólica, y argumentar jurídicamente es hacerlo además dentro de un marco de enunciados prefijados y dotados de una sistematicidad y logicidad de grado notoriamente más intenso que en otros ámbitos prácticos. Dada la institucionalización del campo jurídico y su naturaleza «doctrinal», concéntrica a un conjunto de enunciados canónicos, la argumentación jurídica tiene que ver con un cierto «método» consistente en construir y reconstruir permanentemente, en términos de consistencia y completitud, ese marco establecido de enunciados prefijados (los que con cierta impropiedad solemos llamar «materiales jurídicos», como si fueran totalmente «amorfos», lo que nunca es el caso). Y ello de manera tal que de dicho marco puedan obtenerse nuevos enunciados: el método es así *sistemático* porque funciona de forma característicamente «recombinante», «cerrada». Un argumento jurídico, en sentido formal, es precisamente eso: una concatenación cerrada de enunciados, lo que desde Aristóteles llamamos «silogismo» o «razonamiento», esto es, una inferencia en la que partiendo de unos enunciados (premisas) se llega a otros (conclusiones) en virtud de ciertas operaciones y relaciones establecidas entre ambos<sup>5</sup>. Estas operaciones y relaciones vienen a su vez sistematizadas por las leyes de la lógica clásica (la lógica proposicional y la lógica de clases de primer orden) que funcionan como cánones de formalización y reglas de transformación. Ellas establecen así las condiciones mínimas de racionalidad y validez de la argumentación

3. Bueno 1992-93. La perspectiva «lógico-material» significa que el análisis otorga prioridad al «eje semántico» sobre los ejes sintáctico y pragmático (es decir, adopta como primordial la perspectiva de la *verdad* científica, en su alcance «ontológico», más allá de la perspectiva del «método» o el «conocimiento»). Del mismo modo, la dimensión argumentativa material es dominante respecto de las restantes.

4. Para tal transcripción, y a fin de evitar cualquier riesgo —muy fácil en este caso— de empeorar el original, reenvío sin más a las obras ya citadas de Atienza (n. 1). Cf. también Aguiló 2015: 20 y ss.

5. Aristóteles, *An. Pr.*, I, 1, 24b [1988: 95]; *Tóp.*, I, 1, 100a [1982: 90].

jurídica (y, por supuesto, de cualquier otra argumentación) en tanto consista en construir inferencias válidas entre enunciados). Argumentar es razonar de modo *lógicamente* correcto, en virtud de concatenaciones, nexos y esquemas típicos que preservarían la verdad o corrección de los enunciados con abstracción (relativa o absoluta) de su contenido material (práctico o teórico) y que, por ello, permitirían justificarlos objetivamente, así como criticarlos, con arreglo a su «estructura» o «forma».

La dimensión *material*, en segundo lugar, y como también indica su nombre, es aquella que considera a los enunciados jurídicos no ya como enunciados «sin interpretar» —esto es, «sintácticamente» analizados o bajo algún esquema inferencial abstracto— sino como argumentos dotados de contenido semántico: es decir, estrictamente como «razones» o «fundamentos». El aspecto justificativo se erige ahora en dominante, sobrepasando los esquemas lógicos del razonamiento (si bien la validez lógica es, en todo caso, un *minimum* necesario de corrección) para mostrar que lo que los vuelve pertinentes es la corrección o verdad de los enunciados o premisas involucrados. Argumentar es indagar y presentar las razones o fundamentos de carácter práctico o teórico que sustentan los argumentos jurídicos, evaluar la atinencia, relevancia, cogencia, peso o fuerza de esas razones que premisas y conclusiones están expresando. Aquello que vincula a estas entre sí y conduce a formar buenos o malos argumentos son las relaciones materiales por ellos mentadas, que remiten a contenidos objetivos del mundo (extrajurídicos: hechos o valores, por decirlo rápidamente). Lo puesto al margen por la dimensión anterior, lo selectivamente vehiculado por la argumentación formal, aparece ahora como central y sustantivo: qué es lo que vuelve a un argumento verdadero o falso, sólido o endeble, razonable o irrazonable, correcto o incorrecto, qué es lo que hace que las premisas «impliquen» (hagan verdadera, probable, razonable) la conclusión. Argumentar se convierte entonces sustancialmente en la práctica misma de justificar] y fundamentar y, por tanto, es solidaria de la metodología de la crítica, de la evaluación de toda posible justificación y de la remoción de la falsedad y el error. La dimensión material consiste en una «teoría de las premisas» y comporta un compromiso o adhesión crítica y metodológica con la «buena» argumentación que excluye por ello cualquier forma de relativismo y escepticismo.

Por último, la dimensión *pragmática* atañe a los actores de la argumentación, a los sujetos entre los que esta discurre y, con ello, también a los contextos en que se enmarca y las reglas y procedimientos que la gobiernan (el clásico *ordo inventionis*). Argumentar es una actividad social: se argumenta siempre respecto de alguien, a propósito de algún *problema* intersubjetivo, para algo o en vista de alguna finalidad respecto al mismo y en el interior de alguna institución. Aspectos todos ellos que en el caso del Derecho remiten a las distintas subprácticas jurídicas en los que la argumentación se halla reglada bajo marcos institucionales precisos dentro de los cuales está llamada a desplegarse y producir sus efectos. Esos marcos son, claro está, las instituciones legislativas, judiciales, profesionales y doctrinales del Derecho, que se hallan ensambladas entre sí de muy diversas maneras, cada una operando desde sus peculiares reglas y procedimientos, pero

integrando al mismo tiempo un complejo unitario. Tanto los fines como los efectos resultantes de la argumentación jurídica tienen que ver siempre con la obtención eficaz de consensos y acuerdos vinculados a la persuasión retórica discursiva o la victoria dialéctica en los debates. Argumentar aquí, como bien resume Aguiló (2015: 26), es con(vencer).

## II. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y LA IDEA DE PRÁCTICA

¿En qué sentido cabe afirmar que estas tres dimensiones de la argumentación jurídica proyectan conjuntamente una imagen del Derecho como «práctica»? Una respuesta obvia sería aludir sin más a la última de ellas –la dimensión «pragmática»– por cuanto que es la que apunta de manera inmediata a la *actividad* argumentativa desempeñada por los operadores jurídicos (jueces, abogados, legisladores, dogmáticos) como agentes que se influyen institucionalmente entre sí y con otros actores (los sujetos sociales). Esta dimensión aparentemente agotaría, en efecto, todo lo que pueda significar que el Derecho es una «práctica», una empresa de naturaleza pragmática. Sin embargo, esta es una apariencia meramente superficial y falsa, y un foco frecuente de errores en la discusión iusfilosófica. La dimensión pragmática =y esto es algo sobre lo que descansa todo nuestro argumento aquí= no es *suficiente* por sí sola para dar cuenta cabalmente de la empresa del Derecho. Porque la idea de una genuina «práctica» va mucho más allá de la referencia a la simple *conducta* de los individuos, sea esta individual o social, al solo desempeño o los efectos de las *decisiones* jurídicas, sean institucionales (de autoridades) o sociales. El elemento conductual o decisional constituye naturalmente un componente *necesario* de cualquier práctica, pero una práctica no se reduce al comportamiento meramente empírico de los individuos: o sea, a su cruda «facticidad». Más bien sucede lo contrario: que la conducta efectiva de los individuos debe ajustarse a la práctica. Pues de lo que aquí hablamos es de conducta *institucional*, moldeada y justificada, no de cualquier conducta; de decisión gobernada por razones, y no por cualesquiera razones.

Por ello, no basta con entender el Derecho como una «técnica» social eficaz, desplegada fácticamente, convencionalmente, en vista de la realización de ciertos fines, esto es, en términos instrumentales. Tal visión sería excesivamente abstracta o genérica (sin ser falsa), o sea, no suficientemente específica. No permite, en efecto, diferenciar al Derecho de cualquier otra técnica (o «arte») caracterizada por dirigir la acción humana mediante proposiciones prácticas con arreglo a ciertos propósitos (incluso según procedimientos más o menos sistematizados, y hasta dotados de nivel reflexivo «doctrinal») como, pongamos por caso, la música, la navegación, la ingeniería, la arquitectura, la medicina o el deporte. Por más que todas estas hayan sido metáforas frecuentadas para alegorizar la estructura del Derecho, son metáforas *reduccionistas*, que si iluminan algunos aspectos esenciales de la misma es al precio de oscurecer otros igualmente esenciales:

que son justamente aquellos que más la singularizan como una genuina «práctica»<sup>6</sup>. Es preciso especificar, pues, el tipo de *razones* a las que recurre característicamente el Derecho como técnica y el papel que estas juegan dentro de ella.

Y es entonces cuando *necesariamente* afloran las otras dos dimensiones argumentativas, en su peculiar entretrejimiento. Para empezar, hay que referirse a razones que son singularmente «formales», lógico-sistemáticas en el sentido antes apuntado. Tras cualquier decisión jurídica hay toda una constelación de proposiciones relacionadas por vínculos lógico-lingüísticos (y también por «teorías» o doctrinas) que respaldan su decidibilidad y ejecución. No puede desvincularse el sentido de una decisión jurídica de la idea de «sistema» u «ordenamiento» jurídico, que presenta a aquélla como «conclusión» o resultado de enunciados previamente dados a los que debe conformarse a título de *fundamentos* suyos, implícitos o explícitos. Lo que llamamos «motivación» alude justamente a esto: a que, dada su configuración «cerrada» o circunscrita a un conjunto de proposiciones autoritativas o canónicas, toda decisión jurídica relevante ha de encontrar apoyo en razones que involucran al conjunto de las proposiciones normativas del Derecho como un todo lógico-sistemático, razones que deben explicitarse como parte de la decisión misma. Fuera de este marco (definitorio de lo que llamamos el «método» jurídico), es impensable la idea de jerarquía normativa y el funcionamiento característicamente «formal» de las autoridades políticas normativas, especialmente la idea de «aplicación» de normas<sup>7</sup>. Lo mismo sucede, *a fortiori*, con la actividad de construcción de justificaciones doctrinales por parte de los juristas dogmáticos (dado que la idea de «sistema» va íntimamente unida por esta vía al ideal epistemológico de una «ciencia jurídica» [Alchourrón 2000]). Es sólo a través de tal sistematización o «totalización», elaborada a base de inferencias o razonamientos (sean estos inmediatamente prácticos o teórico-académicos, explicitados o no) como la práctica jurídica puede desplegar su trayectoria –en tanto práctica de ofrecer razones y, por tanto, de exigir las– y es susceptible de reaccionar a tales razones y ser ella misma susceptible de evaluación. De manera que la racionalidad «pragmática» (técnica) del Derecho resulta *inseparable* de su racionalidad «sistemática», que Weber llamó clásicamente por ello «racional-formal», y que tiene además una contextura metodológica eminentemente *crítica*.

Esta circunstancia –la configuración inferencial, argumentativa, de la técnica jurídica– trae consigo profundas implicaciones para la comprensión de la estructura del campo jurídico en su conjunto. De entrada, pone de manifiesto ciertos isomorfismos metodológicos y correlaciones entre momentos o escenarios diferentes de la argumentación jurídica: no sólo, por ejemplo, los ya mencionados entre el juez al resolver un caso y el dogmático al sistematizar los principios del sector jurídico involucrado, sino también

6. Al respecto me permito reenviar a Vega 2022.

7. La cual implica que la práctica decisoria del juez es una práctica justificativa por el solo hecho de hallarse bajo la exigencia de presentar la decisión en forma «silogística», como una *consecuencia* de normas pre-existentes del Derecho expresamente recabadas como premisas («justificación interna»).

los existentes entre los anteriores y el abogado cuando construye los argumentos del caso en cuestión, o incluso el legislador, que también realiza un «razonamiento sistemático» cuya conclusión son las reglas jurídicas. Igualmente se revelan las ostensibles diferencias funcionales que separan la argumentación de cada uno de estos escenarios (por ejemplo, los dos últimos son razonamientos de calado más «instrumental»). Por otro lado, en todos estos casos, los «fundamentos» de los que hablábamos han de ser *recabados*, es decir, han de ser razones «descubiertas», inventadas, construidas, alegadas como relevantes para el problema en presencia, antes de ser invocadas en el «contexto de justificación» de la decisión respectiva. Siempre es necesaria una deliberación, una selección, una búsqueda o «descubrimiento» de las premisas pertinentes, pues estas nunca están completamente «dadas», pese a que la argumentación jurídica venga delimitada por un espacio racional en gran parte predeterminado o «cerrado». Y tal actividad deliberativa, que envuelve necesariamente una «justificación externa», consistente en la *elección* de las premisas (las normas jurídicas) como las razones  *juzgadas*  relevantes y aplicables al caso<sup>8</sup>, constituye, a su vez, un componente interno de la práctica argumentativa, imprescindible para movilizar la «técnica» jurídica. Esta, por tanto, consiste en una actividad compleja no solo formalmente articulada (las razones de la decisión no existen previamente a la «clasificación» del caso desde el sistema, o la «individualización» del sistema para el caso) sino además necesariamente preorientada por consideraciones materiales. Es una técnica que no puede ser descrita, entonces, en términos puramente «pragmáticos», como una cascada de «decisiones» de carácter contingente o «abierto» (discrecional o «libre»). Ello ni siquiera cuando hay «indeterminación» normativa (sistemática), pues tal cosa –que haya dudas en la apreciación de la decisión correcta– resulta justamente de un juicio *posterior* a la deliberación y, en todo caso, es un déficit que requiere ser colmado. Se trata, en consecuencia, de una indeterminación esencialmente *práctica*: el «método» jurídico –ligado al deber de motivación– parte precisamente de presuponer la inevitable incompletitud, mayor o menor, del sistema normativo y por eso exige una actividad de deliberación capaz de resolverla. Presupone igualmente la valoración individual del decisor como trámite necesario a la hora de recabar la decisión y las razones que la secundan (enseguida volveremos sobre estos juicios de valor del decisor jurídico). Por eso mismo el método consiste en disciplinar esa operación valorativa exigiendo una motivación expresa: la convierte así de simple «conducta» o preferencia individual en «juicio práctico» que debe fundamentarse.

Si el sistema jurídico nunca está completamente «cerrado» es debido a esta su implantación práctica, decisoria: al hecho de incidir sobre situaciones siempre cambiantes que *deben ser valoradas* mediante juicios clasificatorios singulares a fin de proveerles, tengan previsión normativa o no, de una respuesta o solución. Y no simplemente en términos jurídicamente correctos, sino de acuerdo con la respuesta correcta que *mejor* proceda «en Derecho»: el método mismo es normativo y empeña al jurista con la

8. Atienza: 1991: 25 y ss.; Aarnio 1987: 119 y ss.



«buena» argumentación. Es, pues, el decisor quien «completa» y «coherentiza» el sistema jurídico y esto tiene mucho que ver con su condición inherentemente práctica, en contraste con los sistemas teóricos científico-tecnológicos (en donde las decisiones y valoraciones quedan relegadas a un papel accidental). Los «casos difíciles» jurídicos lo son en virtud de consideraciones materiales, axiológicas, y no sólo lógicas o formales: las inconsistencias y lagunas no se reducen a contradicciones e incompletitudes proposicionales sino que constituyen *problemas* a resolver por vía argumentativa *precisamente* porque envuelven tales contradicciones e incompletitudes. Por la misma razón, tampoco cuando hay «determinación» normativa (los llamados «casos fáciles» o rutinarios), puede ser ésta entendida en clave exclusivamente lógico-formal. Puesto que el postulado de completud del sistema jurídico, que exige resolver todos los casos mediante decisiones fundadas en premisas a recabar del sistema, exige de modo no menos ineludible introducir consideraciones valorativas por parte del juez<sup>9</sup>. Lo que torna *correcta* a la justificabilidad lógica son tales consideraciones materiales, por más que estas deban canalizarse en esquemas lógicamente consistentes y universalizables. Menos aún cabe pensar la operatividad del «sistema jurídico» en los términos deterministas o algorítmico que podrían ser típicos de otras técnicas o artes (que se limitan a ejecutar mediante prácticas leyes causales, en el sentido de una tecnología), sino que para ser «decidible» requiere de una deliberación práctica específica, que se compone ella misma de evaluaciones individualizadas y de las correlativas *decisiones* sujetas a motivación justificada.

Pero además las premisas o fundamentos de la decisión jurídica han de ser obtenidos y alegados como *correctos*, y no de ningún otro modo. Es decir, la práctica jurídica no únicamente tiene la pretensión de apelar a fundamentos racionales preestablecidos, a propósitos o fines de variopinta naturaleza vinculados a la planificación colectiva (política) de la acción humana, sino que tales fundamentos son invocados como los *mejores* o más apropiados para respaldar y justificar la decisión o curso de comportamiento a que en cada caso dan lugar. Esta pretensión justificativa, que también tiene su reflejo en el método —en su aspiración de objetividad—, remite a una tercera dimensión de la argumentación jurídica, de nuevo inseparable de las otras dos. Las razones jurídicas, además de estar «formalizadas» mediante reglas autoritativas y canónicas, y de estructurarse sistemáticamente, se presentan selectivamente convalidadas y ratificadas desde un metanivel superior definido por referencia a ciertos *valores*. Valores que involucran la dimensión política y organizativo-institucional del Derecho, pero ante todo su dimensión *moral*. Lo «material» en el Derecho entraña la materialización, además de criterios instrumentales o utilitarios (es decir, la realización de intereses y la producción de estados de cosas), también de ciertos valores que por su intermedio se trata de instituir o reafirmar dentro de las relaciones sociales (un aspecto sin el que la idea de «orden» social no cabe). Y aquí reside el elemento verdaderamente específico que distingue a una «práctica» en sentido propio. El Derecho es una técnica que tiene

---

9. Cf., por todos, Alchourrón 2000: 28 y ss.

que ver con la consecución a amplia escala de *bienes*, además de fines. Es así «praxis tecnificada»<sup>10</sup>, ya que se trata de valores eminentemente prácticos, político-morales, que son *subordinantes* de cualesquiera otros, tanto técnicos como teóricos o lógico-epistémicos: y por eso no anulan –sino refuerzan y explican– a los valores de utilidad, eficiencia, coherencia, verdad, etc. que están presentes en la racionalidad instrumental, procedimental, lógica, probatoria, etc. del Derecho. Tales valores (prácticos y teóricos) están presupuestos como *objetivos*, es decir, ubicados en un plano extrajurídico o extrasistemático –moral, lógico–<sup>11</sup> y al mismo tiempo son *internamente* conformadores de las normas y procedimientos de cada una de las instituciones jurídicas<sup>12</sup>. Entender el Derecho como una «práctica» en ejercicio significa apuntar a que su racionalidad más específica se desempeña justamente en la mediación entre ambos planos.

El «compromiso» material de la argumentación jurídica con valores –incluso cuando invoca razones pragmáticas o utilitarias y razones formales o «institucionales»– es de carácter constitutivo. Solamente así es posible hablar de «justificación» y de «crítica» que, como hemos dicho, son el motor mismo de la práctica jurídica –de su racionalidad normativa– tanto globalmente considerada como en cada una de sus instituciones y decisiones particulares. El Derecho es una práctica social normativa a la que es esencial una dimensión crítico-justificativa en razón de los valores político-morales que tiene por cometido materializar a través de sus normas, traducidos en fines, planes, programas, etc. que ya no son en sí de textura axiológica sino instrumental o teleológica. No se trata de valores «trascendentes» o *a priori*, pero tampoco meramente convencionales o agotados en un plano sociológico o historicista. Más bien sobre ellos se sustenta la coherencia e integridad de la práctica jurídica así como su continuidad y persistencia «trascendental» a lo largo del tiempo, del mismo modo que en la validez y subsistencia de esos valores influye decisivamente el propio Derecho en tanto artefacto histórico-cultural que los hace *trascender* a lo largo de cada una de sus momentos e instancias, propagándolos en el curso de la práctica de unas a otras interpretaciones histórico-particulares, de unas a otras concepciones «comprehensivas», de unas a otras ideologías, de unas a otras aplicaciones del método jurídico<sup>13</sup>.

De ahí que la dimensión material sobresalga como preponderante respecto a las otras dimensiones de la argumentación jurídica, pues es en ella donde emergen los valores (teóricos y prácticos) que constituyen los sustentos últimos de la argumentación

10. Sobre el concepto de «tecnopraxis», cf. Atienza 2017: 167 y ss.

11. Con ello se presupone un tipo de objetivismo moral que predica de tales valores «la imposibilidad de ser (racionalmente) refutados» (Atienza 2020: 12).

12. En tal sentido avanza la célebre distinción de Fuller (1969: Cap. 2) entre los valores implicados en la regulación de la conducta humana mediante normas por medio de autoridades («moralidad interna») y los valores sustantivos cuya realización se pretende a través de la anterior («moralidad externa»).

13. Cf. Bueno (1993: V, 225-6) para esta redefinición de la «trascendentalidad» en términos de recurrencia: es decir, *a posteriori* y no *a priori* como es propio de la tradición kantiana y sus precedentes escolásticos. Es interesante recordar que esta redefinición tiene precisamente una acepción jurídica: cf., p. ej., el art. 305 de la Constitución española de 1812 sobre la prohibición de las «penas trascendentales».

jurídica y, a fin de cuentas, la razón de ser de la práctica del Derecho en su conjunto. Si «argumentar es fundamentar» (Aguiló 2005: 24) y esta idea carece de sentido a menos que sea entendida *objetivamente*, como un tipo de justificación que apela a razones universalizables o independientes de la pura subjetividad (o «punto de vista interno») de quien las enuncia (sea un individuo o un grupo social), entonces la argumentación jurídica presupone «tomarse los valores en serio». Esto es tanto como asumir que al Derecho le es esencial una pretensión objetiva de *corrección* práctica (Alexy), de *legitimidad* (Habermas) o de *autoridad* moral (Raz), en suma, de justicia, la cual no consiste en un ideal ahistórico sino en un *minimum* de valores teórico-prácticos fundamentales mutuamente dependientes (la justicia procesal, por ejemplo, presupone la verdad de los juicios de prueba, del mismo modo que la verdad de los juicios dogmáticos presupone algún tipo de compromiso interno con la justificación de las normas jurídicas respectivas).

La práctica del Derecho no se reduce, por tanto, a la nuda toma técnica de decisiones *de facto* (en términos de «poder», sin más cualificación) ni a la deducción de proposiciones del sistema normativo preexistente, sino que consiste en ambas cosas a la vez pero en tanto gobernadas por ciertos estándares o ideales valorativos, traducidos en bienes a conseguir prácticamente. Estos bienes y valores materiales, cuya cifra puede fijarse en los derechos humanos, patrón civilizatorio del Estado constitucional contemporáneo<sup>14</sup>, marcan el rumbo de la práctica jurídica como una carta de navegación por referencia a la cual el jurista en todo momento, fijados los puntos cardinales, sitúa su posición y sincroniza su brújula (esto es, toma sus decisiones y trata de justificarlas, orientándose por alguna concepción material<sup>15</sup>). Esto no significa, sin embargo, que el Derecho pueda *identificarse* absolutamente con tales valores, ni que *todos* los valores sean relevantes para el mismo ni que corresponda en exclusiva al Derecho su materialización y logro. Tampoco hay aquí idealización o complacencia ideológica alguna para con el Derecho positivo, como si iluminar los valores que necesariamente obran en él contribuyese a sacralizarlo (esto, como después veremos, es un prejuicio positivista). Más bien la perspectiva material constituye una precondition para dar sentido a la estructuración interna y las funciones de las diferentes instituciones que conforman el campo jurídico, pues los valores son parámetros que rigen en todas sus respectivas prácticas (básicamente, las de legislar, juzgar, abogar y enseñar), aunque no en cada una de ellas del mismo modo. Las valoraciones del juez ordinario no son del mismo tipo que las del juez constitucional, ni las del legislador las mismas que las del funcionario. El abogado es un actor cuya práctica coadyuva objetivamente a la realización

14. Un ideal que remite a su vez a la idea contemporánea de dignidad humana (Atienza 2022). Sobre los derechos humanos como valores, Atienza 2019: Cap. 2; 2020: Cap. 8 Sobre los diferentes estratos históricos del Estado de Derecho (legal, social, constitucional) y sus respectivos valores orientadores, Aguiló 2021: Cap. 1.

15. Sobre las «teorías materiales» que el jurista debe poner en práctica a fines de fundamentación, Viehweg 1991: 44 y ss.

de los valores jurídicos (en cuanto «auxiliar de la justicia» a través del debido proceso), aunque no sea este su propósito primario, sino el de servir instrumentalmente intereses particulares (constituyendo, por ello, una profesión de «riesgo moral» [Atienza 2017: Cap. 9]). Y lo mismo se puede decir, como antes apuntábamos, del jurista dogmático, cuyas conceptualizaciones teóricas nunca son valorativamente «neutrales» sino que están críticamente comprometidas de manera necesaria con los valores jurídicos, incluso cuando pretenden consistir en simples «descripciones». La propia práctica legislativa, aun poseyendo un evidente propósito estratégico, la representación social de intereses por medio de reglas generales, está últimamente fundada sobre una «racionalidad ética», esto es, valorativa (Atienza 1997a, 2004).

De manera que los juicios de valor constituyen algo así como los verdaderos «nudos» mediante los que se entreteteje y articula, manteniendo su solidez material, la práctica del Derecho. Juicios de muy variada naturaleza: de calificación, de aplicabilidad, de prueba, de relevancia, de adecuación, de interpretación, de ponderación, etc. La argumentación jurídica consiste esencialmente en el proceso (y resultado) de la justificación y fundamentación de tales juicios de valor dentro del espacio delimitado por el aparato normativo jurídico. Así debe entenderse también el tradicionalmente llamado «método jurídico», concebido como el conjunto de pautas que rigen las prácticas de aplicación de las normas jurídicas (principalmente de orden judicial, pero también administrativo o ejecutivo). La argumentación jurídica es extensionalmente más amplia que este «método», pues incluye a las prácticas doctrinales y profesionales (que son parte integrante de cualquier Derecho mínimamente evolucionado y vías insustituibles de su desarrollo racional). Pero lo importante es que permite ampliar el foco iluminando el nexo que comunica entre sí la racionalidad de los procesos de aplicación del Derecho con los de su producción (un escenario que el «método jurídico» tiende a oscurecer). Aquí se configura lo que podría considerarse el «núcleo» institucional de la práctica jurídica, respecto del cual las instituciones profesionales y doctrinales son «periféricas». En efecto, la argumentación jurídica pivota fundamentalmente sobre la continuidad o ensamblaje entre la actividad legislativa o productora de normas y la actividad aplicativa. Ambas se presuponen y remiten mutuamente: su relación es cooperativa, ella misma institucional (no instrumental o estratégica, como si fuera un «juego de suma cero»), sin perjuicio de las inevitables tensiones entre ellas. No cabe la producción de reglas jurídicas en un Estado contemporáneo sino como práctica coordinada con una multiplicidad de instancias de aplicación, del mismo modo que la jurisdicción y la administración no son concebibles en un Estado de Derecho —en tanto ligado a nociones tales como «imperio de la ley» o «imparcialidad»— sino bajo la presuposición de una guía o determinación que responde a planificación previa. Es en el curso concatenado de ambas prácticas institucionales donde se decantan los productos y resultados normativos que conforman la estructura sistemática tendencialmente «cerrada» del campo jurídico. Y lo decisivo, para lo que ahora nos interesa, es que los «criterios de cierre», los nexos que confieren unidad e identidad o autonomía propia a ese curso, diferenciándolo de la

moral, de la política y del devenir empírico del mundo social, son esencialmente criterios de naturaleza justificativa, material. La legislación parte de principios para construir reglas y la jurisdicción parte de reglas para interpretarlas y aplicarlas desde principios: el nexa argumentativo que comunica ambas prácticas viene dado, pues, justamente por un tipo de norma que no es sino el trasunto jurídico-práctico de los valores (pues eso son los principios), así como la ponderación no es más que una metodología de racionalización de los juicios de valor relativos a principios que resulta indisociable de la subsunción (o, en general, la interpretación) de reglas.

Así pues, el problema de la «justicia» o «corrección» de las normas y decisiones jurídicas no es «externo» u oblicuo al Derecho (al «concepto» del Derecho), sino su problema nuclear: es el asunto mismo de la argumentación jurídica. Por eso esta es prioritariamente una argumentación *material*, indesligable de la actividad de instanciación de valores. Pero que la dimensión material de la argumentación jurídica «lleve la antorcha», no significa que pueda darse con independencia de las dimensiones formal y pragmática (las cuales no son inteligibles al margen de valores lógicos y axiológicos). Tampoco implica, por supuesto, ninguna clase de «armonismo» *ad hoc* entre ellas. Por el contrario, su relación como hemos repetido, es de naturaleza *crítica*, dialéctica: esto es, surge de la presencia de tensiones y contradicciones constantes en la práctica del Derecho —a todos los niveles: entre valores, normas y fines—, consistiendo su racionalidad precisamente en la gestión de las mismas. Este elemento crítico, autocorrectivo —contra toda tentación «escapista»— forma necesariamente parte *interna* de la racionalidad práctica del Derecho, del propio «método» jurídico. Todas sus pautas específicas se basan últimamente en establecer la medida en que las instituciones del Derecho (cada una de sus reglas y decisiones particulares) son fieles a esos valores fundamentales que dicen honrar y contribuyen a hacer más probables las expectativas racionales por ellos amparadas a fin de actuar en consecuencia. La pregunta de qué concretos contenidos prácticos habrían de tener tales expectativas no puede ser respondida más que desde *alguna* teoría o concepción normativa de los valores en cuestión, es decir, en términos ellos mismos materiales, y de ahí que cualquier escepticismo al respecto sea paralizante y autorrefutatorio. Igualmente, la respuesta a toda tentación «escapista» dogmatizante o metafísica inclinada a sustancializar los valores consiste en mostrar simplemente que su presencia en la práctica del Derecho es crítico-dialéctica porque se manifiesta ante todo en el hecho de la *desviación*, en la necesidad de combatir la vigencia efectiva de contravalores, de injusticias. La actividad constructiva de la praxis jurídica consiste en buena parte en una actividad «destruktiva», o sea, de *corrección* o rectificación de errores prácticos. Sólo en este sentido constituyen los valores una «idealización» o «estilización» del mundo social: como referentes funcionales orientadores del juicio práctico, de la propia acción medio-fin humana, al igual que la carta de navegación o el mapamundi también suponen una representación «deformada» del mundo en función de razones pragmáticas. Así, en palabras de Dewey (2008 [1939]: 38, 79), los juicios de valor simplemente indican decisiones «intermediarias que buscan producir el cambio deseado

de las condiciones presentes a las condiciones futuras», de modo que «lo ‘deseable’, u objeto que se *debería* desear (valorar), no cae de un cielo *a priori* ni desciende como imperativo de un Monte Sinaí moral».

La labor del jurista, práctico o teórico, consiste en formular y fundamentar constantemente, con pretensiones de objetividad, los juicios de valor jurídicos pertinentes encaminados a la implementación social de los fines del Derecho en vista de su optimización posible. Ello comporta tanto justificar los estados de la práctica existente como evidenciar sus insuficiencias, lo que es en ambos casos una cuestión de grado. Por más «ideales» que puedan aparecer desde el «punto de vista interno», los valores no dejan de ser perspectivas objetivas de «polarización» o «estructuración» de la acción humana, que se manifiestan a través de normas (sean reglas, es decir, regularidades prácticas de carácter crítico, sean principios) y por medio de decisiones o actos particulares. Los valores ético-políticos de carácter último a los que el Derecho apunta no son creados o «construidos» por éste ni por sus participantes, sino más bien contenidos cuya validez el Derecho presupone y reconoce como objetiva. Lo que el Derecho construye son las condiciones institucionales para su implementación práctica en el mundo social. Esto sucede precisamente por interposición del complejo aparato formal, institucional y pragmático en cuyo seno se desarrollan las operaciones prácticas y discursivas de los actores jurídicos. Tal es justamente el *locus* específico del Derecho: el de una práctica de intermediación permanente entre los valores éticos y morales en vista de su implantación óptima posible a la escala de una cierta comunidad política en marcha, a través de instituciones normativas que funcionan orientándose por fines y programas estabilizados y justificados a largo plazo. La continuidad y recurrencia práctica de estas instituciones marca las condiciones de realizabilidad de los valores jurídicos y también, por lo mismo, sus límites: el logro de estos no depende simplemente del voluntarismo bienintencionado (o lo contrario) de sus participantes, puesto que no se trata de juicios subjetivos o meras preferencias, sino del tipo de intervención o impacto que las distintas instituciones del Derecho puedan obtener en el mundo social. Y tal impacto nunca se produce ni en forma «total» o invasiva, ni por vía puramente individual-subjetiva, sino más bien a través de interferencias «tangenciales» y puntuales (como tiene que serlo toda «decisión» práctica), pero recurrentes y coordinadas, en las que ningún actor singular está en condiciones de controlar por completo el curso global del proceso. Hay, por tanto, muchos puntos *necesarios* de discontinuidad con respecto a lo idealmente exigido por los valores e ideales proclamados y, sin embargo, de ahí proviene el combustible crítico que impulsa la práctica jurídica. Aun cuando resulten de un modo u otro defraudados en la práctica realmente existente, no por ello los valores jurídicos pierden su carácter «cualificadorio» (por decirlo con Alexy [2004: 42 y ss.]), sino que siguen constituyendo parámetros críticos desde los cuales se juzgan las situaciones sociales y las decisiones jurídicas. Esa práctica sigue apareciendo entonces como «devaluada» o «degradada», extralimitada —o bien como un «segundo mejor» que involucra sacrificios o pérdidas inevitables de algún valor frente a otro— pero nunca «neutra» o indiferente.

Cuando tal degradación o exlimitación resultan imposibles de evitar (los «casos trágicos», donde hay conflictos que resultan en menoscabo de todos los valores implicados), lo que los valores marcan son los *límites internos* (negativos, dialécticos) de la propia racionalidad jurídica (Atienza 1997b). Y cuando el disvalor es extremo, cuando el grado en que la práctica real traiciona los valores que la rigen es extraordinariamente intenso, entonces estos exhiben toda su potencial moral «clasificadorio» y lo que muestran es una práctica no ya limítrofe o desvalorizada, sino *degenerada*, esto es, que «se sale del género» moral, o sea, del arco racional de la justicia<sup>16</sup>. Los juicios de injusticia son así juicios de valor que ponen de manifiesto una contradicción práctica, un cortocircuito de la racionalidad práctica del Derecho<sup>17</sup>. Cuando la «moralidad externa» de un ordenamiento jurídico contradice ideales axiológicos fundamentales ello convierte a su «moralidad interna» —a sus valores institucionales— en piezas de un aparato de dominación irracional, regido por fines políticos depredatorios, totalitarios, arbitrarios, exterminadores... Los valores y principios institucionales, despojados de los valores materiales o sustantivos que los justifican, no tienen más alcance que el de una técnica de la autoridad puramente pragmático-causal, cuasietológica o burocrático-formal, o sea, una forma de control social peligrosamente lindante con el irracionalismo o la barbarie. Solamente la comprensión de la argumentación jurídica como una argumentación material, justificativa, que no interrumpa el necesario camino de ida y vuelta entre el estrato técnico y el estrato valorativo del Derecho puede contrarrestar tales peligros. La moralidad interna y externa del Derecho nunca son totalmente independientes entre sí, y la práctica jurídica es justamente la correa de transmisión que las comunica en un incesante movimiento crítico de progreso-regreso. Es así como el «anverso» del enfoque argumentativo del Derecho tiene como su «reverso» la *idea* filosófica del Derecho como práctica intermediaria entre Derecho, moral y política. La argumentación jurídica, en definitiva, no es nada más, ni nada menos, que el Derecho visto como racionalidad práctica, o la «razón práctica» ejercitada en el Derecho.

### III. LAS CONCEPCIONES JURÍDICAS Y LA IDEA DE PRÁCTICA

A partir de lo anterior resultan claros los motivos por los que la concepción argumentativa maneja un esquema necesariamente ternario: por qué diferencia tres y precisamente

---

16. Seguramente la mejor ilustración de esta idea de un «pseudoderecho» es el libro de Rütters (2016) sobre el nazismo. La última de las lecciones que el autor extrae de ese nefasto período (la n.º 24) dice: «Los juristas han de reconocer como un asunto esencial de su oficio su relación con el sistema de valores subyacente al ordenamiento jurídico. No existe una jurisprudencia apolítica, ideológicamente neutral y éticamente libre de valores. Un derecho libre de valores sería literalmente un derecho sin valor» (Rütters 2016: 231).

17. No es casual que los conocidos ejemplos de Alexy tengan que ver precisamente con lo que él llama «contradicciones pragmáticas» de la pretensión de corrección: la norma constitucional autodeclarada arbitraria y la condena judicial en falso. Cf. Atienza 2001: 109.

esas tres dimensiones básicas. Estas, como hemos dicho, representan una suerte de «ejes de coordenadas» conjuntamente exhaustivos no ya de la argumentación, sino de la racionalidad práctica misma del Derecho en su conjunto. Cualquier contenido, fenómeno o figura relevante de la práctica jurídica y de su metodología es susceptible de reconstruirse en términos de un «producto lógico» de esos tres ejes. Dado que representan dimensiones que se implican mutuamente, y son irreductibles (no conmensurables) entre sí, solamente pueden ser *disociables* en abstracto o a efectos conceptuales, pero no son propiamente *separables*. Todo intento de producir tal separación o desvinculación de los tres ejes argumentativos incurriría indefectiblemente en una distorsión conceptual, en una serie de sesgos o reduccionismos teóricos derivados de confinarse en un esquema puramente unidimensional o bidimensional. Y, lo que es peor, esta dislocación conduciría no solo a concepciones erróneas de la práctica sino también a errores prácticos. Es aquí donde entra en escena el uso metateórico del enfoque argumentativo, la reclasificación crítica que este propone de las demás concepciones del Derecho y sus maneras de entender la práctica jurídica<sup>18</sup>.

En efecto, aquellas concepciones *unidimensionales* del Derecho, caracterizadas por encapsularse en una sola de las dimensiones argumentativas –sea la formal, la material o la pragmática–, con desconsideración de las otras dos, pueden ser agrupadas, respectivamente (como también las prácticas desviadas concomitantes) bajo los rótulos críticos de «formalismo», «dogmatismo» y «escepticismo». Rótulos generales que denotan polos o tendencias de las distintas aproximaciones doctrinales o teóricas al Derecho (o los correspondientes estilos prácticos) que se distinguen por «truncar» aspectos esenciales de su fisonomía argumentativa, como consecuencia de haber centrado en exclusiva su foco de atención sobre algún otro aspecto que, por más que sea también esencial, resulta en tal grado hipertrofiado que conduce a cegar o bloquear a los demás de manera injustificada. Desde el enfoque argumentativo –y, por cierto, *solo* desde él– pueden ponerse en correspondencia, en líneas generales, estos polos con grandes concepciones filosófico-jurídicas: el positivismo jurídico, el iusnaturalismo y el realismo jurídico, respectivamente. De aquí arranca una tipología de concepciones jurídicas integrada por tres concepciones nucleares («positivismo normativista», «realismo jurídico», «iusnaturalismo») y tres marginales («formalismo jurídico», «escepticismo jurídico»).

La concepción argumentativa rechaza igualmente, de manera más discriminativa, toda clase de planteamientos *bidimensionales*, caracterizados por la propensión a hacer uso exclusivamente de dos ejes del espacio argumentativo, con abstracción total del tercero, al que se juzga meramente oblicuo o desdeñable. De nuevo, ello es reflejo de profundos prejuicios teóricos que generan una fuerte simplificación de la complejidad institucional y práctica del Derecho. Su manifestación más palpable es la inclinación (que, como se sabe, puede ser verdaderamente obstinada dentro de la teoría jurídica)

18. Véase, para lo que sigue, Atienza 2006: 19 y ss. y 2019, cada uno de cuyos capítulos está dedicado al cotejo de diferentes visiones filosóficas del Derecho asociadas a nombres muy conocidos.



a construir *dualismos* teóricos, a menudo presentados como «distinciones» analíticas o conceptuales supuestamente insuperables. En este orden de cosas seguramente el rasgo fundamental del enfoque argumentativo puede condensarse en la siguiente regla metodológica: deshacer toda clase de *dicotomías* absolutas (del tipo teoría/práctica, hecho/valor, descriptivo-normativo, ser/deber ser, ética/metaética, forma/sustancia, proceso-producto, proposición-norma, reglas/principios, subsunción/ponderación, creación/aplicación del Derecho, Derecho/moral, Derecho/política, etc.). Cualquier oposición entre dos dimensiones de la argumentación ha de resolverse por la mediación de la tercera, de suerte que lo que aparentemente pasaba por una distinción conceptual «última» y axiomática, revela ser en realidad una abstracción (o reificación) de entramados de relaciones más complejas que han sido marginadas<sup>19</sup>. En tal mediación juega un papel preponderante, como sabemos, la dimensión material, por cuanto ella introduce la noción de «práctica» en sentido estricto, que funciona como el puente que permite «saltar» sobre muchas de las anteriores dicotomías. De esta manera, los «dualismos» no quedan rechazados de plano, como si fueran meros «sinsentidos», sino que se abre camino para su reinterpretación en clave funcional, recuperando críticamente sus verdaderas proporciones conceptuales al reintegrarlos dentro del espacio argumentativo tridimensional. Aquel de «distinguir sin separar, unir sin confundir» podría muy bien ser aquí el lema.

No es difícil vislumbrar, a la luz de las consideraciones que hemos venido haciendo hasta aquí, el tipo de reproches que la concepción argumentativa está en condiciones de dirigir, de manera específica, a las principales concepciones del Derecho del panorama iusfilosófico. Veamos cuáles serían las líneas principales según las cuales se produce en cada una de ellas ese efecto distorsionador de la naturaleza genuinamente *práctica* del Derecho como consecuencia de los reduccionismos tanto «monistas» como «dualistas» del espacio argumentativo, en el sentido apuntado, que caracterizan a esas concepciones.

A. El *iusnaturalismo* es una concepción filosóficamente muy vinculada a la idea clásica aristotélica de *praxis*, cuyo equilibrado esquema de la agencia humana como acción orientada por fines y valores invoca frecuentemente<sup>20</sup>. Pero lo cierto es que este esquema

19. Por cierto que este tipo de crítica no siempre tiene el destinatario esperado y puede ir dirigida también contra las propias teorías post-positivistas. Así, a la teoría estándar de la argumentación jurídica se le objeta que desconozca los elementos retóricos y dialécticos de la práctica jurídica y, en general, los «contextos de descubrimiento» o invención de la argumentación (dimensión pragmática) –un déficit en el que coincide con el positivismo–, o que sobrevalore los aspectos justificativos (dimensión material), por ejemplo uniformizando bajo el mismo tipo de «discurso racional» a todas las subinstituciones jurídicas (tesis del «caso especial» de Alexy), en lo cual se alinearía con el iusnaturalismo.

20. Cf. Finnis 2002; 2011b: 180 y ss.; 1980; George 2008: 190. La característica central de la idea aristotélica de *praxis* es la unidad inseparable entre un cierto tipo de *actividad* –una acción o ejecución de carácter inmanente o agotada en sí misma, a diferencia de la técnica o *poiesis* que es acción productora de objetos– y ciertos parámetros de excelencia o «virtudes» que la orientan por medio de la *phronesis* o «prudencia», dando lugar así a una *eupraxia* o «buena práctica» cuyo modelo eminente es la justicia (virtud centrada en el Derecho como conjugación práctica entre lo moral y lo político y basada en

experimentó un extenso proceso de «intelectualización» a lo largo de toda la filosofía escolástica medieval y neotomista, hasta adoptar una forma metafísica que es la que ha sido propiamente incorporada por la concepción iusnaturalista. En este modelo, la apelación tradicional a los «primeros principios» de la razón práctica (Tomás de Aquino), o a los «bienes humanos básicos», entendidos como «bienes intrínsecos» o «últimos» (Finnis 1980: 403 y ss.), representa un modo muy contundente de invocar la dimensión justificativa de la idea de práctica, pero produciendo al mismo tiempo su más palmaria hipóstasis, como se refleja de inmediato a propósito de la práctica jurídica. El Derecho se concibe como una práctica esencialmente orientada por valores, pero la extrema idealización y sustantificación que esta concepción lleva a cabo de tales valores, en su función fundadora, introduce una enorme descompensación de la dimensión material del Derecho en detrimento de las restantes. Estas –la dimensión formal y pragmática– son desterradas a un segundo plano, de suerte que todo el conjunto de elementos lógico-proposicionales, institucionales, sociales e históricos del Derecho –o sea, aquello en lo que descansa básicamente su *positividad*– resultan o bien reductivamente contemplados bajo la perspectiva moral o bien segregadas del campo jurídico. De ahí que pueda hablarse de «moralización» o de un «concepto moral» de Derecho, en el que la subestimación de su estructura doctrinal y su organización técnico-política –ambas en el sentido que caracteriza distintivamente al Estado moderno– resulta manifiesta. Así, presentándose los principios o bienes morales básicos como fundamentos *absolutos* de la decisión jurídica –resultado de *determinaciones* prácticas de los mismos dentro de unos límites morales igualmente absolutos– tiene lugar el «anegamiento» del Derecho por la moral, de modo tal que sus valores resultan eclipsados por los propios valores morales, dando lugar a un género de principalismo que distorsiona fuertemente («desde arriba», por así decirlo) la autonomía y especificidad de la práctica jurídica. En este escenario no queda espacio, en rigor, para la argumentación jurídica en cuanto *distinta* de la argumentación moral. El eje material queda «saturado» por esta: si hay verdaderas razones para actuar, serán exclusivamente razones morales y, en la medida en que no sean morales, la práctica jurídica queda relegada a la condición de mera «técnica», un artificio pragmático-positivo de carácter contingente, instrumentalmente eficaz para lograr la coordinación social pero ya no guiado propiamente por la «razón práctica»<sup>21</sup>. Esto equivale a identificar exorbitantemente racionalidad práctica (o «razonabilidad») con racionalidad *moral* (una identificación que ha sido aprovechada sobre todo por

---

valores de igualdad distributiva y correctiva). Este modelo clásico constituye un trasfondo filosófico del post-positivismo argumentativo (Atienza 2013: 96 y ss.).

21. Finnis 2011b: 242 y ss. Es la vieja idea de las *leges mere poenales* o de las *mala quia prohibita*, que implica postular la indiferencia moral de grandes tramos del Derecho positivo: aquellos cuya institucionalización precisamente ya no puede hacerse descansar en una directa *determinatio* material de razones morales, sino que es instrumental o «discrecional» (idea muy próxima, paradójicamente, al iuspositivismo jurídico: cf. Finnis 2011b: 174 y ss.). La moral es en el iusnaturalismo un límite fundamentalmente *negativo* para el Derecho (*mala in se, lex iniusta non est lex*).

los adversarios de esta concepción, hasta convertirla en trillado tópico). El Derecho es una «parte» de la moral, enteramente contenida y absorbida por ésta, y carece *per se* de bienes o valores intrínsecos y de autonomía práctica para demarcarse, e incluso desviarse *justificadamente*, de las exigencias de la moralidad. Paradójicamente, esta «sobrejustificación» o «moralización» del Derecho tiene por efecto su asfixia como auténtica racionalidad práctica.

Obviamente, no es que esta tesis –la conexión entre Derecho y moral– sea errónea. El problema está en que su contenido de verdad (que el Derecho tiene efectivamente bases morales) está aquí formulado de una manera excesivamente simplificadora y «fundamentalista», ignorando que la articulación moral de las instituciones jurídicas no es «imperialista» o intrusiva sino que entraña momentos de discontinuidad tan necesarios como los de continuidad. No todas las justificaciones jurídicas son morales, ni todas las justificaciones inmorales son inválidas jurídicamente. En los esquemas argumentativos materiales que rigen las decisiones de la práctica jurídica el componente moral no es el único, aunque sea innegablemente último. No basta con señalar el fundamento: es preciso también mostrar cómo actúa éste en lo fundamentado, y justamente en eso estriba la dimensión material de la argumentación jurídica. El papel intermediario que las instituciones del Derecho juegan entre moralidad, política y conflictos sociales determina que las justificaciones de las decisiones jurídicas no vengan directamente «dadas» en razón de los principios o valores superiores de orden moral, sino que tienen que ser *construidas* también «desde abajo»: es decir, desde el conglomerado normativo de principios, reglas y procedimientos que conforman el sistema jurídico (dimensión formal) a lo largo de un proceso continuado de desempeño decisorio (dimensión pragmática). Estos materiales normativos funcionan así como una suerte de *principia media* para la argumentación jurídica y sólo a través de los mismos tiene sentido su reajuste material óptimo en vista de los ideales morales y de los distintos estados de la práctica realmente dada. Precisamente por eso constituye una práctica compleja, una empresa colectiva de largo plazo y escala secular, histórica, que se desarrolla en permanente construcción y reconstrucción en torno a unos mismos valores, cuyos contenidos concretos va modificando y adaptando.

Es en tal empresa donde se ventila la racionalidad jurídica como racionalidad práctica, y no en ninguna intuición moral intemporal de «lo justo» o «autoevidencia» primitiva que operase en el jurista en cuanto sujeto moral (y que en realidad excluiría más bien cualquier clase de «razonamiento» o inferencia, por más que se invoque la prudencia aristotélica). La argumentación jurídica es práctica por cuanto es constructiva e interpretativa<sup>22</sup>. Vincula la universalidad y objetividad de cualesquiera principios de justicia a ciertos procedimientos discursivos dialécticos o de «equilibrio reflexivo» entre

22. Dworkin 1986: 14, 64, *passim*. Cf. Lifante Vidal 2015. Es muy significativo el agresivo tenor de las críticas de Finnis (2011b: 283 y ss.) al enfoque dworkiniano, que es bastante más fiel al esquema aristotélico de la *praxis*.

concepciones materiales divergentes (al menos en los Estados constitucionales de base pluralista y democrática) que tienen que ser compatibilizadas entre sí promoviendo síntesis o acuerdos transversales («consensos entrecruzados») sólo alcanzables *después* de la argumentación jurídica institucionalizada y no antes<sup>23</sup>. Este es uno de los múltiples puntos de separación de la moral *desde dentro* del Derecho: razones morales que valdrían fuera del ámbito jurídico pueden quedar en suspenso dentro del mismo en virtud de exigencias impuestas por su funcionamiento institucional-práctico, necesariamente «deferido» a lo largo de múltiples mediaciones dado su propósito de lograr consensos estables (un propósito este a su vez justificado moralmente). Los límites jurídicos a las razones morales son al mismo tiempo establecidos *desde dentro* de la moralidad (piénsese, por ejemplo, en la justificación de una institución como la prisión preventiva). La relación Derecho-moral no es de parte a todo ni de especificación (como viene a sugerir la interpretación usual de la noción de *determinatio*) sino una relación más compleja de diferenciación y transformación institucional-práctica y, por tanto, de carácter conjugado y constructivo<sup>24</sup>. El hecho de constituir un tipo de argumentación institucionalmente circunscrita que está obligada a combinar las razones de tipo material (y específicamente las morales) con la perspectiva pragmática de su realizabilidad y estabilidad general a largo plazo, conlleva una perspectiva más política (procedimental, ligada al discurso público) que despega relativamente a las decisiones jurídicas (constitucionales, legislativas, judiciales) de las razones morales sustantivas, modulando su alcance. O, dicho de otro modo, las vuelve decisiones respaldadas justificativamente por «consensos sin acuerdo», distantes de una conformidad moral perfecta. Y por eso la racionalidad práctica que caracteriza al Derecho es esencialmente dialógica y dialéctica<sup>25</sup>: la argumentación jurídica, en tanto constructiva, consiste en recabar ajustes no preestablecidos entre las diferentes concepciones morales socialmente dadas, partiendo de sus divergencias. El iusnaturalismo, en cambio, apela más bien a las razones de *una* concepción moral particular, de signo confesional y conservador<sup>26</sup>, que deviene dogmatizada precisamente por cuanto entiende sus principios de justicia como «absolutos morales»<sup>27</sup>, justificados por sí mismos y que deben ser incorporados por los decisores

23. Cf. Atienza 2017: 200 y ss.

24. En Tomás de Aquino la *determinatio*, instancia central de la positivización del Derecho, es explicada por medio de la metáfora constructivista del legislador como arquitecto o *artifex*, que proviene de Aristóteles: la ley positiva es producida del modo «como el constructor tiene que determinar el plano común de una casa en la figura de esta o aquella casa» (*Sum. Theol.*, I-II, q. 95, a. 2.).

25. Incluyendo aquí la retórica como técnica discursiva racional de gestión y construcción racional de consensos públicos.

26. Cf. Finnis 1989: 295, 371 y ss.; 1991, *passim*.

27. Finnis 1995: 33 y ss.; 1991. Para esta concepción los valores morales vienen preestablecidos por referencia a una naturaleza humana dada *in aeternum*, como una esencia fijista (la «ley natural», trasunto de la «ley eterna»). Su determinación práctica se limita a «concretarlos» o «expresarlos» en las situaciones prácticas como vía para el florecimiento humano, pero tal cosa no parece consistir en ninguna operación racional de *ponderación* entre los principios morales mismos, ya que no acepta el conflicto genuino entre lecturas discordantes de su contenido. Los principios morales permanecen inalterados como verdades

jurídicos como condiciones rígidas de validez del Derecho, lo que se traduce en vías prácticas nada alejadas del perfeccionismo legislativo y del activismo judicial. Una posición semejante no sólo se aparta definitivamente de las tesis aristotélicas sobre la praxis y las instituciones del Derecho<sup>28</sup>, sino que supone una adulteración de la auténtica estructura práctica de la argumentación jurídica.

B. El *realismo jurídico*, por su parte, es una concepción ligada a la idea de práctica derivada del pragmatismo filosófico y, en algunas corrientes, a la teoría marxista de la praxis<sup>29</sup>. Vale la pena dedicarle un poco más de atención, porque esta concepción refleja el modo más extendido y convencional de entender la noción de «práctica» en relación con el Derecho. Si en el iusnaturalismo encontrábamos una hipertrofia de la dimensión justificativa del Derecho, en el realismo tenemos la hipóstasis contraria: una práctica disociada de las razones justificativas que la constituyen. Así como el iusnaturalismo traiciona la idea aristotélica de *praxis* sobredimensionando el papel de los valores y desvirtuando los elementos constructivos (dialógicos, dialécticos, retóricos) de la argumentación jurídica, lo que la aproxima al dogmatismo, la concepción realista se caracteriza por enfatizar los elementos de actividad y decisión del Derecho, y también sus aspectos constructivos, pero ensombreciendo ahora la dimensión material (axiológica o justificativa) y convirtiéndose en una concepción alineada con el escepticismo que termina tornando irrelevante la argumentación jurídica y, con ello, la morfología genuinamente práctica del Derecho.

En efecto, como resultado de su fuerte inspiración antiformalista y antimetafísica, el realismo jurídico es la concepción que, en la filosofía jurídica contemporánea, más intensamente ha remarcado la dimensión técnica y constructiva del Derecho, así como su carácter de práctica eminentemente dinámica. Se desprende de aquí una imagen muy nítida de la visión del Derecho como *actividad*, como acción. «El Derecho mismo», según el celeberrimo lema de Llewellyn, no es sino «lo que los operadores jurídicos hacen»<sup>30</sup>. Se trata de un *proceso* en curso, un «flujo» de operaciones y decisiones, un

---

metafísicas perennes. La dimensión material es, pues, «fundamentalista», no dialéctica. En cuanto al componente intrínsecamente teológico de esta concepción moral, este proviene sencillamente de que el valor supremo al que todos los demás remiten es «la existencia de un creador incausado» (Finnis 2011b: 353; cf. 1990: 385). De ahí las dificultades insalvables para esquivar la falacia naturalista, pese a los reiterados y brillantes esfuerzos de autores como Finnis por hacer filosóficamente digeribles los principios de esta teología moral *aggiornata*.

28. Juicio extensible, en mi opinión, a las interpretaciones comunitaristas y hermenéuticas del aristotelismo. Cf. Aubenque 2004.
29. Me referiré sobre todo al realismo norteamericano, que puede tomarse por prototípico a los efectos aquí defendidos. Cf. Pérez Lledó 2008: 116 y ss.; Dworkin 1986: 151 y ss.; Haack 2018. Según Haack, los realistas (desde Holmes) son «neopragmatistas» tanto como los pragmatistas clásicos (James, Peirce, Dewey) son «proto-realistas». Señala también que el realismo constituye una «infrautilización» de los recursos filosóficos del pragmatismo (Haack 2018: 1066). Cf. Atienza 2019: 157 y ss.
30. Llewellyn 2008 [1930]: 5. «El Derecho, por lo tanto, consiste en *decisiones*, no en reglas» (Frank 1963: 138, sub. or.). Frank hablaba de «actualismo jurídico» (Frank 2020: 13) y Llewellyn defendía

devenir o «Derecho en movimiento» (*moving law*), un «Derecho en acción» (*law in action*). Esta práctica no tiene en sí misma su razón de ser sino que es esencialmente *instrumental*, técnica: se organiza como un medio para fines externos y dispone de artefactos propios para conseguirlos, que no serían otros que las propias reglas, principios, doctrinas y procedimientos del aparato jurídico (la *legal machinery*, como la llama Llewellyn). Tales estructuras normativas son a su vez concebidas como una práctica *en ejercicio*: son ellas mismas «reglas para la acción» (*rules for doing*), y se hacen valer «en términos de actividad» de tal modo que las instituciones jurídicas aparecen «no meramente como cosas que son sino cosas que se hacen», «reglas del hacer» (*rules of doing*) o «prácticas» (*practices*)<sup>31</sup>. De ahí la metáfora, central a esta concepción, de la «ingeniería social» (Pound) y su conocido *motto* predictivista (Holmes), que nunca fueron abandonados por esta corriente. La tesis realista fundamental es que estas regularidades prácticas en ejercicio (*working rules*), estas «reglas del hacer» (*do-law*), contextualizadas en marcos sociopolíticos precisos, desbordan ampliamente las «reglas sobre el papel» (*paper rules, black-letter rules*) y el «Derecho en los libros» (*law in books*), es decir, las fuentes formales del Derecho (en las que se atrincheran el normativismo y el formalismo). Este aparato normativo abstracto debe ser visto él mismo como un dispositivo interno de la práctica jurídica y en ello estribaría lo más esencial del Derecho<sup>32</sup>.

El desplazamiento del centro de gravedad del Derecho hacia la práctica real de jueces y funcionarios tiene mucho que ver, como también es sabido, con la proximidad de enfoque que esta concepción mantiene con las prácticas jurídicas profesionales, en particular con la abogacía. Y ello explica también los fuertes efectos disolventes de la perspectiva realista sobre el elemento sistemático del Derecho (y del método jurídico) como, especialmente, sobre su elemento justificativo o valorativo. Se ve el Derecho –en palabras de Holmes (1952 [1897]: 172, 174)– como una cadena ininterrumpida de «operaciones jurídicas» (*operations of the law*) que interfieren con las prácticas sociales mediante «consecuencias materiales» cuya manifestación más ostensible es la «coerción» o «fuerza pública». No se contempla el fluir de esta corriente práctica bajo la perspectiva de la *justificación* posible de tales operaciones coactivas, ni tampoco de los principios que rigen las instituciones respectivas, sino exclusivamente bajo la óptica estratégica de quien debe calcular por anticipado o «predecir» su producción o acaecimiento por ser destinatario interesado de las mismas (o bien de quien tiene que explicar sus causas y factores en los «contextos de descubrimiento» o de génesis). Y esta perspectiva (que sería, eminentemente, la del *bad man* o su *alter ego*, el abogado en ejercicio) es necesaria por la sencilla razón de que las prácticas sociales también constituyen, a su vez, un flujo: y

---

una «law-jobs theory», según la cual el Derecho se organiza institucionalmente como un conjunto de técnicas (*law-crafts*) al servicio de fines diversos: «Advocacy, counseling, judging, law-making, administering – these are major groupings of the law-crafts. But mediation, organization, policing, teaching, scholarship, are others» (al respecto, Twining 2012: 175 y ss.).

31. Llewellyn 1931: 1236; Pound 1923: 150 y ss.; 2002: 234 y ss.

32. Llewellyn 1960: 508 y ss.. Sobre la teoría de las reglas de Llewellyn, cf. Twining 2012: 544 y ss.

«un flujo característicamente más rápido que el Derecho, de suerte que siempre existe la posibilidad de que alguna parte del Derecho deba ser reexaminada para determinar hasta dónde llega su ajuste con la sociedad» (Llewellyn 1931: 1236). La práctica del Derecho en su conjunto sería, así, la zona de confluencia y codeterminación de ambas corrientes, solo que vista bajo la óptica del abogado, «absorbente» de todas las demás (juez, funcionario, jurista teórico que enseña para la práctica del Derecho).

Esta visión sería de una escala muy adecuada si no fuera porque viene fatalmente lastrada por ese planteamiento instrumentalista-estratégico<sup>33</sup> (o «naturalista»)<sup>34</sup> de base, que la aboca inevitablemente al escepticismo, a la *desvalorización* de la práctica. Un escepticismo tanto metodológico (en relación con la lógica, con la sistematicidad del razonamiento jurídico)<sup>35</sup> cuanto justificativo o moral. Pues los juicios de valor, cuya centralidad para la práctica jurídica –en la construcción de los precedentes jurisprudenciales, en la interpretación jurídica, en la vinculación de los jueces por reglas y prácticas contextuales de carácter no formal, etc.– el realismo reconoce desde el primer momento, carecen por completo de fundamentación objetiva y aparecen como meros impulsos irracionales o preferencias individuales o grupales. Esta es la vía principal por la que la práctica jurídica queda rebajada a su facticidad como «conducta» empírica<sup>36</sup>. Las valoraciones no son más que eslabones contingentes de una cadena fáctica de eventos «causales» de diverso radio (psicológico, sociológico, económico, etc.) que determinan el curso pragmático del Derecho como herramienta al servicio de los fines no menos fácticos de la moralidad social o de las *policies* coyunturales que gobiernan la práctica política. El énfasis sobre los «contextos de descubrimiento» va acompañado, en las versiones más extremadas, del deletéreo efecto de sofocar la autonomía de los contextos de justificación del Derecho, es decir, del punto de vista interno o «práctico» (inicialmente tomado, se supone, como el acceso privilegiado para entender *críticamente* el funcionamiento *real* del Derecho). Esta es una contemplación *explicativa*, no justificativa o interpretativa, de las prácticas jurídicas (cabe hablar así de un «concepto social» del Derecho). Las únicas razones que movilizan *realmente* la práctica jurídica son la razones explicativas (causales) o los *motivos* (centrados en la predictibilidad

33. Cf. Pérez Lledó 2008: 99 y ss., 151 y ss.; Tamanaha 2006: 60 y ss.

34. Cf. Leiter 2017: Cap. 1.

35. Cf. Waldron 2000. La relevancia del «sistema» en la práctica jurídica es o bien engañosa y «enmascaradora» (Cohen, Frank) o bien estratégica y funcional para la tecnología predictiva (Holmes), pero carece de toda entidad o valor lógico-epistémico susceptible de transferir racionalidad al Derecho. Una presentación más sensata, en la misma tradición pragmatista, de la conjugación entre razones formales y materiales dentro de la argumentación jurídica es la de J. Dewey y R. Summers (cf. Atienza 2013: 119-120, 315 y ss.).

36. Esta reducción factualista constituye un rasgo genérico a enfoques tan distintos entre sí como el behaviorismo (Moore), las reconstrucciones psicoanalíticas (Frank), otras «explicaciones» más bien *folk* (como la *digestion jurisprudence*, el *little, small dice* y la *hunch theory* de Hutcheson, o el «ácido cínico» de Holmes), los enfoques de corte más sociológico o antropológico (Llewellyn, Cohen, Cardozo, los llamados *scientists* y otros), etc. Cabe recordar también el papel de los hechos psicológicos como regularidades conductistas o sociales en las teorías del realismo continental de Ross y Olivecrona.

estratégica del comportamiento de los agentes jurídicos). La función decisiva de las reglas y prácticas jurídicas es más una función latente u objetiva (social, psicológica, ideológica) que una función normativa o justificativa: las creencias o convicciones conscientes del actor jurídico son siempre sospechosas, un *explanandum*, al tiempo que toda «justificación» no pasa de mera «conjetura». Los jueces no justifican sino que *se justifican*. De manera que si no necesariamente cínica o hipócrita, su argumentación o motivación siempre será encubridora de otras causas de índole extrajurídica que son las verdaderamente determinantes de sus decisiones, lo sepan sus ejecutores o no<sup>37</sup>. No se trata aquí, por tanto, de genuina «razón práctica», sino de «racionalización» práctica. Es un enfoque que en realidad otorga prioridad a la razón *teórica*, antes que a la razón práctica. Paradójicamente, el «pragmatismo» que alimenta este enfoque no es al cabo un genuino planteamiento «práctico», sino meramente «técnico» o «tecnológico»<sup>38</sup>. En otras palabras, un *pseudopragmatismo*.

Lo que conduce a tal «disolución» de la práctica es el empeño en no interpretarla como conducta «institucional», algo que requiere ver en las reglas y principios jurídicos puntos de aplicación de valores e ideales *internos* al Derecho que confieren sentido a sus instituciones a la luz de criterios metódicos de corrección objetiva (en definitiva, como algo más que subproductos sociales). No se trata, naturalmente, de negar que los valores jurídicos estén funcionalmente conectados con la sociedad, la moralidad positiva, la política o la economía, con el entorno del Derecho en suma. Pero lo que hace el escepticismo realista es más bien excluir la posibilidad de que los valores y los juicios de valor funcionen de otro modo que como «superestructuras» (ideologías o «mitos» [Frank 1973 [1949]: 37 y ss., 222 y ss.]). Dicho brevemente: lo causal-explicativo obstruye completamente lo normativo-justificativo. Con ello el realismo comete el error filosófico de no advertir la primacía lógica de las justificaciones, del «punto de vista interno de la práctica humana», para decirlo con Nino (1989: Cap. I). Si las valoraciones no gozaran de tal primado, sencillamente no habría prácticas en las que pudieran manifestarse y, por tanto, no existiendo conducta correcta o justificada (o lo contrario), nada habría que *explicar*. Este es un límite insuperable para la «naturalización» del Derecho, que en el fondo es un proyecto *intelectualista* sorprendentemente análogo, pese a sus diferencias, al del iusnaturalismo<sup>39</sup>. En realidad, lo que hay es una

37. Cf. Frank 1963: 32 y ss., 108 y ss., 127 y ss., 138 y ss., 147 y ss.; 1973 [1949]: 146 y ss.; 316 y ss.; Llewellyn 1931: 1237 y ss. Esto no es incompatible con conceder un papel relevante a factores contextuales de carácter «interno» o immanentes a la práctica jurídica (no sólo causal-externos), tal como hizo Llewellyn (1960: 19 y ss., 121 y ss.). Tales factores operan como «marco situacional» (*situation-facts*): la tradición y los valores de la profesión jurídica, las líneas jurisprudenciales establecidas, las técnicas jurídicas, el sentido de la justicia, el «estilo» de la época, etc.

38. «Realism is not a philosophy, but a technology» (Llewellyn 1960: 510).

39. La profunda simetría *metodológica* entre los dos enfoques deriva del idéntico tipo de *sobredeterminación* externa que ambos postulan respecto de la práctica jurídica: la sola diferencia es que en un caso las estructuras determinantes son morales (justificativas) y en el otro son sociales (explicativas). Es la pretensión de *reducir* la práctica jurídica, agotándola exhaustivamente desde un tal nivel de abstracción,



*convergencia* entre ambas perspectivas: no hay otro modo de *explicar* una motivación correcta que en virtud de razones justificativas, esto es, las razones que la vuelven correcta y por eso la causan<sup>40</sup>.

El vaciamiento de la dimensión formal y material de la argumentación jurídica y la correlativa desarticulación institucional de la empresa jurídica son la consecuencia indefectible de una vía a la que ya nos hemos referido anteriormente como falaz pese a su gran predicamento: creer que es posible identificar el Derecho como «práctica» simplemente apuntando a la dimensión pragmática del Derecho en tanto *aislada* de las otras dos. La esfera jurídica tiende a perder entonces toda solución de continuidad con otras esferas sociales y ve diluida su propia sustantividad en cuanto práctica cuyo cometido es *dirigirlas* argumentativamente según un complejo de valores materiales y formales propios y a base de razones justificativas internamente construidas. No es ya el Derecho quien determina a las demás prácticas (sociales, económicas, políticas...) sino que más bien está rendido a ellas, como un instrumento del todo moldeable al servicio de objetivos ideológicos más o menos contingentes. Otra consecuencia no poco paradójica de ello es que, así concebido, como puro instrumento, el enfoque realista desemboca en una aproximación al Derecho que bien puede calificarse de «formalista»: las reglas, principios y procedimientos jurídicos (junto con todo el aparato conceptual involucrado) no constituyen más que una «forma» susceptible de vehicular *cualesquiera* intereses materiales. Esto supone no solo socavar su integridad valorativa interna (igualando a la baja valores con fines por toda «sustancia» material del Derecho) sino también borrar los *límites* sustantivos que el orden jurídico opone al medio socio-político, lo que ha llevado a acusar al instrumentalismo de minar los valores básicos de la legalidad<sup>41</sup>.

Y la anterior es también, en general, la vía escéptica seguida por las llamadas «teorías críticas»<sup>42</sup>. Solo si la racionalidad que moviliza a la práctica del Derecho es ciega a valores y justificaciones estrictas (a la dimensión material), los operadores jurídicos pueden aparecer como «activistas»<sup>43</sup>, es decir, actores estratégicos orientados a la producción de cambios sociales mediante la manipulación ideológica de las reglas jurídicas al compás marcado por cada coyuntura<sup>44</sup>. Ahora bien, esto sigue dejando en pie el problema de si es realmente posible degradar el «punto de vista interno» de la práctica jurídica a

---

lo que en ambos casos induce el «efecto óptico» que presenta al Derecho como una práctica en gran medida internamente *indeterminada* (como un artefacto «técnico» intrínsecamente contingente, una suerte de «carpintería» cuyas herramientas sólo cobran sentido en tanto directamente justificadas por la moralidad o ideológicamente funcionales a factores sociales).

40. Atienza 2006: 195 y ss. Esta es, por lo demás, la idea que está a la base de la concepción clásica aristotélica del razonamiento práctico, en donde la «conclusión» es la acción misma. Cf. Davidson 2001: 3-19. Una reconstrucción en tal sentido de las ideas de independencia e imparcialidad de la práctica judicial, en Aguiló 2021: Cap. 7.

41. Tamanaha 2006: 215 y ss., 227 y ss.

42. Cf. Pérez Lledó 1996.

43. Como ya vimos, cabe también un activismo moralista. Cf. Atienza 2020: 85 y ss.

44. Cf. Kennedy 1997: Caps. 6-8.

un rango tan crudamente estratégico o «tecnológico». El tránsito desde la descripción del *status quo* hasta la propuesta ideológica de cambio social ¿puede ser una operación valorativamente descomprometida? ¿Es independiente la *predicción* de las decisiones jurídicas de su *producción* argumentativa? ¿Resulta pragmáticamente coherente una actitud «crítica» o una «praxis emancipatoria» ante el Derecho que comienza por reconocerse a sí misma tan ideológicamente lastrada como aquello respecto de lo cual dice ser crítica o liberadora? ¿No presupone ello la existencia de criterios objetivos o no contingentes capaces de discriminar entre usos instrumentales diversos de las herramientas técnicas del Derecho como más o menos *correctos*? Todas estas preguntas remiten al «dilema del crítico» (Atienza 1996).

C. Y así llegamos, por último, al *positivismo jurídico*. Esta es la concepción del Derecho todavía dominante en el panorama actual, si bien está siendo desplazada por las corrientes post-positivistas de las últimas décadas (Dworkin, MacCormick, Nino), entre las cuales se cuenta la propia concepción argumentativa. Lo que nos interesa subrayar es cómo a este debate concierne también de modo central la idea del Derecho como práctica<sup>45</sup>. Si nos atenemos a figuras clásicas como Kelsen o Hart, es claro que las tesis básicas positivistas se dirigen contra las dos maneras de ver la práctica jurídica que hemos examinado hasta aquí: el moralismo iusnaturalista y el instrumentalismo realista. Frente al primero, el positivismo introduce críticamente la idea de que el Derecho no es reducible a un fenómeno «moral», independiente de la realidad histórico-social (no hay tal cosa como un «Derecho natural», contra lo sostenido por el dualismo jurídico tradicional) sino un fenómeno acotado y deslindado frente a la moralidad, y frente a cualquier otra realidad «natural» o «ideal» en virtud de *prácticas sociales específicas* en las cuales se agotaría la juridicidad o positividad del Derecho. Es la llamada «tesis social», según la cual, en palabras de Hart (1980: 5), «para que el Derecho exista debe haber alguna forma de práctica social» y que, en palabras de Raz (1985: 56), «es la tesis más fundamental» del positivismo jurídico y «responsable del nombre ‘positivismo’, el cual indica la idea de que el Derecho es puesto, de que es hecho Derecho por la actividad de seres humanos». Una tesis que si puede parecer trivial e indiscutible hoy es porque bajo esa noción de práctica sobreentendemos –como el iuspositivismo y gracias a él– toda la nueva arquitectura institucional que la esfera jurídica ha adoptado a partir de los procesos históricos de estatalización y codificación del Derecho característicos de la modernidad. La conceptualización del Derecho no es ya «moral», sino más bien centrada en la escala política del Estado legal moderno, que es la que establece el Derecho que realmente «es», y no el que «debiera ser». Esta práctica institucional diferenciada e irreducible a la moralidad es la que el iuspositivismo reivindica. Y, frente al realismo jurídico, su tesis crítica fundamental es que no es *tampoco* una práctica totalmente abierta al medio socioeconómico y político, sino, por el contrario, esencialmente autónoma frente al

45. Atienza 2017: Cap. I.

mismo. Los criterios que operan tal demarcación son las propias normas jurídicas –el positivismo es un *normativismo*– y básicamente las reglas organizadoras de la coacción estatal. Pero estas no son dispositivos meramente instrumentales, dirá Hart contra el predictivismo realista (y también contra el coactivismo ingenuo), sino *razones* para la acción que envuelven un «punto de vista interno» de carácter justificativo consustancial a la noción de «deber» u «obligación» (y también a la de «poder») y que presupone el sistema jurídico. Kelsen, por su parte, había insistido en la irreductibilidad del *Sollen* específicamente jurídico como categoría de valoración e interpretación de la conducta humana, que estructura distintivamente a la normatividad jurídica (como normatividad «dinámica» ligada al Estado) frente a la moral y también frente al dominio de las relaciones de causalidad<sup>46</sup>.

Lo que caracteriza, entonces, de manera diferencial a la concepción iuspositivista es una rotunda estrategia metodológica de «repliegue» de la práctica jurídica sobre sí misma, que conduce a la tesis fundamental de la autonomía *cerrada* del Derecho (frente a su apertura moral y su apertura social). El estrato normativo del Derecho es el único *producto* relevante de la práctica jurídica (reducto de su «positividad»). Toda otra implicación de las reglas jurídicas con prácticas conexas –tocantes a su origen político, función social o fundamento ético– pasa a ser «extrajurídica» o «metajurídica», es decir, segregada como irrelevante para la comprensión del Derecho. Sólo resta la perspectiva internalista, autorreferencial, vinculada con la idea de «sistema» (que denota asimismo la idea de «clausura» del dominio jurídico) en donde las únicas relaciones que importan son las relaciones de logicidad y sistematicidad entre las reglas jurídicas. Cabe hablar por ello de un «concepto doctrinal» del Derecho. De aquí proviene la enorme sobredimensión del eje formal de la argumentación jurídica que es típica de esta concepción: el positivismo jurídico es un enfoque fundamentalmente *estructural*. Y aquí estriba también la razón de fondo por la cual la percepción del Derecho como una genuina praxis queda contundentemente bloqueada en esta concepción. El «cierre» endógeno, autoproducido y autosuficiente, que define ahora la autonomía del Derecho, si bien es *resultado* de operaciones prácticas («positivas»), *constructivas*, termina por resolverse, sin embargo, en una metodología en la que es primariamente la estructura normativa la que determina tales prácticas, y no a la inversa. En este sentido, el iuspositivismo es un *criptopragmatismo*.

En efecto, la «sobredeterminación» de la práctica jurídica que en las dos concepciones anteriores se apoyaba en estructuras externas (morales en el iusnaturalismo y sociales en el realismo) se replica ahora en el iuspositivismo jurídico *dentro* del propio Derecho, en torno a la lógica cerradamente inmanente del sistema jurídico. Esto explica muchos de los sesgos y contradicciones de la concepción positivista, tantas veces señalados. Ante todo, su fuerte querencia formalista y escéptica. Por un lado, toda justificación racional de las decisiones jurídicas es vista en último término como una «justificación

46. Hart 1994: 9 y ss., 79 y ss.; Kelsen 1982: 17 y ss., 71 y ss., 232 y ss., 285 y ss.

interna» de naturaleza *lógica*: esto es, exclusivamente dada en virtud de los ideales intrasistemáticos de consistencia y plenitud (ideales, de nuevo, más cerca de una racionalidad *teórica* elevada a modelo único, que de la racionalidad práctica [Alchourrón y Bulygin 2012]). Ello redundará en la vindicación metódica de la «subsunción» como esquema básico del razonamiento jurídico, el textualismo o literalismo (intencionalista o no) como núcleos de la interpretación jurídica, la extraordinaria resistencia a ver la jurisdicción como actividad productora de normas o «creadora de Derecho» (esto es: una práctica), la desconfianza hacia las razones materiales subyacentes a las reglas (esto es: los fines y los valores) como base para formular interpretaciones correctoras de las reglas jurídicas y, en fin, los celos en torno al estatus normativo de los principios y la ponderación como metodología de fundamentación basada en sopesar las razones concurrentes<sup>47</sup>. De esta manera la vía hacia la dimensión material de la argumentación jurídica queda «cegada» en el iuspositivismo por el desmedido efecto expansivo de la dimensión formal. Las decisiones jurídicas deben ser ciertamente «correctas» desde el punto de vista material, pero toda la corrección a que se aspira desde el modelo positivista es formal, no material (incluso cuando se trata de «razones institucionales» o «sustantivas»)<sup>48</sup>.

Por otro lado, y de modo convergente, la concepción iuspositivista se afana por incorporar para el campo del Derecho un axioma epistemológico general (procedente del positivismo filosófico y replicado en otros campos) de efectos definitivamente letales para la comprensión del Derecho como una práctica: la tesis metodológica de la neutralidad valorativa. Esta se halla a la base de las otras tesis consabidas iuspositivistas: la tesis de la separación Derecho-moral y la tesis de la discrecionalidad. Ambas establecen la desconexión entre la dimensión pragmática y la dimensión material de la argumentación jurídica o del «método». De aquí nace una profunda contradicción en el seno del positivismo de la que esta concepción del Derecho no podrá liberarse nunca (y que explica sus propias turbulencias internas, como la disputa entre positivismo «incluyente» y «excluyente»). Se trata de la contradicción entre su inclinación normativista (que empuja, como decíamos, hacia el reconocimiento de una genuina racionalidad práctica propia del Derecho, terciando entre iusnaturalismo y realismo) y su inclinación *descriptivista*, que empuja al positivismo hacia un «factualismo» *sui generis*, en el que se trata de mantener la distancia propia de una «teoría» construida con independencia de cualquier toma de posición axiológica. Tirando en direcciones impuestas, ambos hilos no hacen sino apretar un nudo que resultará insoluble para esta concepción. A la

47. Véase, por todos, Laporta 2007. Cf. Atienza 2020: 117 y ss.

48. El modelo positivista encuentra por ello grandes dificultades para acomodar la arquitectura institucional del Estado de Derecho y su diseño de división de poderes entre legislación y jurisdicción como un modelo justificado por (y realizador de) *derechos* en el sentido del constitucionalismo (cf. Aguiló 2021: Caps. 1-3). Lo distintivo del Estado constitucional (frente al legal) es que estos derechos controlan todas las razones jurídicas: sean las razones *de* las reglas (formales), *para* las reglas (institucionales) o *tras* las reglas (sustantivas: principios y directrices).

necesidad de que el Derecho sea visto esencialmente como una «norma» cuya existencia compromete práctica y valorativamente a los sujetos (pues a fin de cuentas el Derecho «es un sistema normativo que promueve ciertos valores y reprime otros» [Green-Adams 2019: § 4.3.]), se contraponen la necesidad de atestiguarlo como un «hecho social» cuya existencia *positiva* ha de ser «identificada» de manera *objetiva*. Esta es la idea que está detrás del enfoque positivista de la «Teoría del Derecho» como una empresa *científica*, teórica (que transcribe su objeto como «es», sin juicios de valor) y contradistinta de una «filosofía práctica» axiológicamente involucrada con su crítica y transformación (lo que es visto como desiderativa «política jurídica», si no mero discurso «moralizante»). Pero este paradigma metódico de objetividad es inevitablemente deformante y reduccionista porque su «escala» epistemológica no se ajusta a la complejidad de una práctica institucional como es el Derecho, estructurada de arriba abajo por nexos de valor. Esto no significa, como ya hemos apuntado, que la práctica jurídica no incluya momentos de racionalidad teórica y científica, sino todo lo contrario: estos son necesarios *precisamente* porque la materia de esa práctica se organiza *in recto* en torno a la realización de valores de orden político-moral. Por ello, la escala de reconstrucción racional que le conviene es estrictamente la de la interpretación y justificación crítica de la acción en términos de estándares normativos y axiológicos. La antinomia estriba en la pretensión (por no decir ficción) de remover el componente axiológico, justificativo, de la normatividad a la hora de describirla «objetivamente», cuando ese elemento es *constitutivo* de su significado directivo y práctico (normativo) y resulta insuprimible de cualquier «descripción» suya a cualquier nivel de abstracción. La reconstrucción *de facto* de la normatividad del Derecho sólo es *jurídicamente* significativa en cuanto puede engranar con los fines y valores de alguna de las diferentes subprácticas del Derecho. En la esfera de la racionalidad práctica la «objetividad» no puede venir dada por vía de una imposible *epojé* teórica de los valores prácticos, sino de la posibilidad de fundamentación crítica, universalizable, de los juicios de valor con base en los mismos. No otro es el presupuesto de partida de la teoría de la argumentación jurídica.

Sin duda, esa antinomia básica puede intentar disimularse y ser indefinidamente retransitada mediante el recurso *ad libitum* a las dicotomías conceptuales de la jurisprudencia analítica positivista, recluidas en el plano lingüístico sintáctico o semántico<sup>49</sup>. Pero permanece perfectamente viva e irresuelta bajo ellas y de modo inexorable aflorará cada vez que esté en juego el verdadero problema de la *pragmática* de la racionalidad jurídica, o sea, el problema de la *validez* de las normas y decisiones jurídicas, de su justificación ético-política. Será necesario entonces, para poder dar respuesta a ese problema (el escepticismo práctico no es una respuesta), regresar a puntos de vista materiales y justificativos que sean, al mismo tiempo *externos e internos* –que permitan superar en definitiva esta oposición, como la oposición ser-deber que le subyace– y que muestren la trabazón por múltiples puntos que la racionalidad del Derecho tiene

49. Cf., p. ej., la discusión en Redondo 2018: esp. Caps. 1 y 5.

con segmentos de la moral y de la política. Esos puntos de contacto o «zonas de transición» (no de confusión) son el pivote de las diversas *funciones* que las instituciones jurídicas están llamadas a desempeñar respecto de las demás instituciones sociales y, en general, las prácticas extrajurídicas. Funciones que están íntimamente ligadas con la resolución de problemas prácticos que involucran intereses y valores que afectan a la sociedad como un todo y, por tanto, a la toma de decisiones públicas. La noción de *problema* es justamente el «mecanismo de disparo» de la argumentación jurídica, que la revela como solidaria de una aproximación conflictualista y dialéctica al Derecho y a sus pautas de racionalidad práctica. Es en la clase de conflictos de amplia escala de que se ocupa el Derecho –sociales, morales, políticos– donde se halla la razón de ser de su propia estructura interna: de su racionalidad *teórica* –es decir: el andamiaje formal y sistemático, doctrinal y «científico» del Derecho, incluyendo la propia filosofía jurídica– y del conjunto de esquemas de justificación racional desplegados en su puesta en ejercicio (esquemas materiales de adecuación, subsunción y ponderación). Ambos son aspectos indesligables de una misma empresa en marcha.

En definitiva, como hemos visto, la idea de práctica es un «hilo rojo» que permite conectar entre sí y dar unidad de sentido a toda la compleja diversidad de niveles de decisión y de racionalidad (normativa, estratégica, causal, axiológica, lógica, sistemática,...) que configuran el Derecho como amplia actividad colectiva de naturaleza institucional. Es así como esta idea puede predicarse también de todas las subinstituciones del Derecho –los distintos contextos de la argumentación jurídica– en tanto todas ellas incorporan la dimensión justificativa –material– aunque lo hagan de maneras también distintas. Tales subinstituciones aparecen como escenarios parcialmente independientes y concatenados que forman un cauce compartido por el que discurre, como una corriente uniforme, una y la misma práctica institucional. Legislación y jurisdicción (ambas en sentido amplio) demarcan, en su mutuo engranaje «horizontal», los márgenes centrales de dicho cauce. De ahí que los parámetros y esquemas básicos de la argumentación jurídica (y de la racionalidad del Derecho en general) son los que ambas prácticas institucionales comparten entre sí<sup>50</sup>. El curso de esta práctica, lejos de toda tentación irracionalista o idealizante, no es (por seguir con la metáfora) ni un torrente ciego ni un canal prefabricado perfectamente lineal, sino una confluencia «arremolinada», mudable y en buena medida impredecible, de subcorrientes y afluentes de procedencia diversa, siempre renovados. La práctica jurídica es una realidad *in fieri*, no anterior al propio proceso en que va haciéndose, aunque sí estén «dados» de antemano sus parámetros normativos fundamentales (las reglas y principios del Derecho). Más bien consiste en el proceso mismo de ajuste y sincronización («vertical») de esos materiales normativos con los contextos extrajurídicos que son su objeto de referencia (esto es, las prácticas e intereses sociales), de un lado, y los valores morales y políticos que

50. Sobre la correlación entre los criterios de la racionalidad legislativa y los cánones de la interpretación y aplicación judicial del Derecho, cf. Atienza 2013: 712 y ss.

constituyen sus cánones justificativos últimos, de otro. La práctica jurídica es siempre, pues, de «segundo grado» por respecto a la práctica social, es decir, opera reflexivamente frente a esta y es «transitiva», no autorreferente. Esto explica su carácter singularmente «formal», que por lo demás nunca es absoluto, es decir, enteramente independiente de contenido material (ni siquiera cuando la práctica es «formalista», pues el formalismo es siempre una cuestión de valores prácticos, no lógicos). Dado el carácter «recombinante» de las normas jurídicas, el proceder de esta práctica es esencialmente *constructivo* (lo que explica también su tecnificación) y *crítico-dialéctico* (esto es, acuñado sobre el conflicto o «desacuerdo» práctico mismo en torno a fines, normas y valores, y sobre el hecho de la desviación u omisión). Estos dos elementos van paradigmáticamente unidos en la retórica clásica, rehabilitada por la teoría contemporánea de la argumentación<sup>51</sup>. La normativización de las prácticas sociales por medio del Derecho implica, por lo tanto, un complejo *proceso* inacabado en el que hay que distinguir los estados antecedentes de la práctica social, la incidencia o transformación efectivamente operada sobre los mismos por las prácticas jurídicas y el resultado de dicha interferencia o estado final. En el curso de este proceso (histórico-social) la propia estructura normativa del Derecho experimenta *necesariamente* transformaciones: es, pues, una práctica peculiarmente «abierta», pero no totalmente abierta ni totalmente cerrada, como hemos remarcado, sino más bien «adaptativa», construida a base de un «cierre» que tiene que ser recompuesto incesantemente, en cada particular instanciación práctica de la estructura, por medio de nuevas evaluaciones y ponderaciones creativas.

Todos estos rasgos de la práctica jurídica (carácter recursivo, de segundo grado, formal, crítico-dialéctico, constructivo, retórico, procesual, histórico, abierto, valorativo...) definen aspectos esenciales del funcionamiento de todas las instituciones jurídicas (legislativas, aplicativas, profesionales y doctrinales) en cuanto instancias prácticas de resolución, a diferentes niveles, de los conflictos y problemas suscitados en la confluencia entre las distintas esferas sociales y los sistemas de reglas y principios que conforman el Derecho. Sirven también para entender su funcionamiento argumentativo, calibrando el modo preciso en que tales instituciones están conducidas por «razones», es decir, el tipo de conexión que se da entre la decisión o acción jurídica y los estándares justificativos que la gobiernan, sin caer en el error de dogmatizar o ideologizar la «racionalidad práctica» del Derecho. Y por ello encontramos diversas versiones y modulaciones de todos esos atributos (y también deformaciones y negaciones) a lo largo de la historia filosófica de la idea de «práctica». Pues esta no es, naturalmente, ninguna idea inédita, sino de muy antigua tradición, que se remonta, como vimos, a la noción

---

51. Esa tradición nos presenta a la retórica como aquella técnica consustancialmente jurídica cuyo designio es *producir* causalmente creencias colectivas mediante el discurso (es decir, la persuasión o aceptación) pero que, sin embargo, se define por la adhesión crítica hacia las *buenas* razones (los valores de verdad y justicia) y, por ello, funciona como el necesario antídoto dialéctico contra los falsos discursos y las falacias (que son un asunto *material* [Atienza 2006: 273 y ss.]) tanto en las deliberaciones político-legislativas como judiciales. Cf. Aristóteles, *Rhet.*, I, 1-6, 1354a1-1355b25 [1999: 161-173].

aristotélica de *praxis* y que desde entonces ha estado particularmente ligada al campo del Derecho (baste pensar que es responsable de la noción misma de «jurisprudencia» desde los tiempos del Derecho romano). Una idea filosófica que recorre el medioevo a través del sistema de la retórica antigua y la escolástica, donde encuentra expresión en el iusnaturalismo clásico, y cuyas ramificaciones se prolongan también en la teoría jurídica moderna y contemporánea. Así, puede seguirse su huella desde el primer iuspositivismo (Ihering) hasta el realismo jurídico (de Pound a Llewellyn), continuando por otras orientaciones posteriores del pragmatismo (Fuller, Summers) y llegando incluso a alcanzar, soterradamente, al propio iuspositivismo de tradición analítica (Hart, el primer MacCormick), a través del giro pragmático posterior a Wittgenstein (Anscombe, von Wright), sin olvidar las diversas corrientes críticas (de orientación marxista) y hermenéuticas (de orientación nearistotélica). Que podamos rastrearla en teorías tan diferentes y a veces tan contrapuestas entre sí habla de la ubicuidad y profundidad de la idea. Tampoco es casual que reaparezca con gran fuerza en las principales teorías post-positivistas, las de Dworkin y Nino. En este sentido, la concepción argumentativa del Derecho, al retomar la idea de práctica, no hace sino proseguir con lo mejor de una añeja tradición filosófica.

## BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A. (1987): *The Rational as Reasonable*, Dordrecht: Reidel.
- AGUILÓ, J. (2015): *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Madrid: Trotta.
- AGUILÓ, J. (2021): *En defensa del Estado constitucional de Derecho*, Lima: Palestra.
- ALCHOURRÓN, C. (2000): «Sobre Derecho y lógica» [1996], *Isonomía*, 13: 11-33.
- ALCHOURRÓN, C y BULYGIN, E. (2012): *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas* [1971; 1975], Buenos Aires: Astrea, 2.<sup>a</sup> ed.
- ALEXY, R. (2004): *El concepto y la validez del Derecho*, trad. J. Malem, Barcelona: Gedisa.
- ARISTÓTELES, *Tratados de Lógica (Organon)*, vol. I (1982) y II (1988), ed. M. Candel, Madrid: Gredos.
- ARISTÓTELES, *Retórica*, ed. Q. Racionero, Madrid: Gredos 1999.
- ATIENZA, M. (1991): *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ATIENZA, M. (1996): «Prólogo», en Pérez Lledó, J. A., *El movimiento «Critical Legal Studies»*, Madrid: Tecnos.
- ATIENZA, M. (1997a): *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid: Civitas.
- ATIENZA, M. (1997b): «Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos», en *Isonomía*, 6: 7-30.
- ATIENZA, M. (2001): *El sentido del Derecho*, Barcelona: Ariel.
- ATIENZA, M. (2004): «Argumentación y legislación», en A. Menéndez (ed.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Madrid: Civitas, 89-112.
- ATIENZA, M. (2006): *El Derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel.



- ATIENZA, M. (2013): *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta.
- ATIENZA, M. (2017): *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid: Trotta.
- ATIENZA, M. (2019): *Comentarios e incitaciones. Una defensa del postpositivismo jurídico*, Madrid: Trotta.
- ATIENZA, M. (2020): *Una apología del Derecho y otros ensayos*, Madrid: Trotta.
- ATIENZA, M. (2022): *Sobre la dignidad humana*, Madrid: Trotta.
- AUBENQUE, P. (2004): «El lugar de la Ética a Nicómaco en la discusión contemporánea sobre la ética», *Laguna*, 15: 9-18 (trad. I. Marieta).
- BUENO, G. (1992-93): *Teoría del cierre categorial*, Oviedo: Pentalfa, 5 vols.
- DAVIDSON, D. (2001): *Essays on Actions and Events* [1980], N. York: Oxford UP, 2.ª ed.
- DEWEY, J. (2008) [1939], *Teoría de la valoración*, trad. M.ª L. Balseiro, Madrid: Siruela.
- DWORKIN, R. (1985): *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard UP.
- DWORKIN, R. (1986): *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: Harvard UP.
- FINNIS, J. (1980): *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford UP.
- FINNIS, J. (1991): *Moral Absolutes: Tradition, Revision, and Truth*, Washington: The Catholic University of America Press.
- FINNIS, J. (1995): «Derecho natural y razonamiento jurídico», *Persona y Derecho*, 33: 9-39.
- FINNIS, J. (2002): «Natural Law: The Classical Tradition», en J. Coleman y S. Shapiro, *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1-60.
- FINNIS, J. (2011a): *Human Rights and Common Good. Collected Essays: Volume III*, New York: Oxford UP.
- FINNIS, J. (2011b): *Philosophy of Law. Collected Essays: Volume IV*, New York: Oxford UP.
- FRANK, J. (1963): *Law and the Modern Mind* [1930], N. York: Doubleday & Co. Inc.
- FRANK, J. (1973): *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice* [1949], Princeton: Princeton UP.
- FRANK, J. (2020): «Comentarios a algunas críticas acerca de los llamados “realistas”», en *Frank irreatado*, ed. de E. P. Haba y M. E. Salas, s.l. (Argentina): Olejnik, 13-47.
- FULLER, L.L. (1969): *The Morality of Law* [1964], New Haven: Yale UP, ed. rev.
- GEORGE, R. P. (2008): «Natural Law», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 31/1: 171-196.
- GREEN, L. y ADAMS, Th. (2019): «Legal Positivism», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/legal-positivism/> [consultado 27-6-2022]
- HART, H. L. A. (1980): «El nuevo desafío del positivismo jurídico», *Sistema*, 36: 3-18, trad. de F. Laporta, L. Hierro y J. R. de Páramo.
- HART, H. L. A. (1994): *The Concept of Law* [1961], Oxford: Clarendon Press, 2.ª ed.
- KELSEN, H. (1982): *Teoría pura del Derecho* [1960], trad. R. J. Vernengo, México: UNAM.
- KENNEDY, D. (1997): *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Mass.: Harvard UP.
- LEITER, B. (2017): *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford: Oxford UP.
- LIFANTE VIDAL, I. (2015), «El Derecho como práctica interpretativa», en J. M. Sauca (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del Derecho*, Madrid: CEPC, 159-180.
- LLEWELLYN, K. N. (1931): «Some Realism About Realism. Responding to Dean Pound», *Harvard Law Review*, XLIV/8: 1222-1264.
- LLEWELLYN, K. N. (1960): *The Common Law Tradition. Deciding Appeals*, Boston: Little, Brown and Co.
- LLEWELLYN, K. N. (2008): *The Bramble Bush* [1930], ed. S. Sheppard, New York: Oxford UP.

- NINO, C. S. (1993): «Derecho, moral y política», *Doxa*, 14: 35-45.
- NINO, C. S. (1989): *El constructivismo ético*, Madrid: CEC.
- PÉREZ LLEDÓ, J. A. (1996): «Teorías críticas del Derecho», en E. Garzón Valdés y F. Laporta (eds.), *El Derecho y la justicia*, Madrid: Trotta/CSIC/BOE, págs. 87-102.
- PÉREZ LLEDÓ, J. A. (2008): *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, Lima: Palestra.
- POUND, R. (1923): *Interpretations of Legal History*, Cambridge, Mass.: Harvard UP.
- POUND, R. (2002): *The Ideal Element in Law* [1958], Indianapolis: Liberty Fund, Inc.
- RAZ, J. (1985): *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral* [1979], trad. R. Tamayo, México: UNAM.
- REDONDO, M. C. (2018): *Positivismo jurídico «interno»*, Ljubljana: Klub Revus.
- RÜTHERS, B. (2016): *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich* [1988, 2.ª ed.], trad. J. A. García Amado, Madrid: Marcial Pons.
- TAMANAH, B.Z. (2006): *Law as a Means to an End*, New York: Cambridge UP.
- TWINING, W. (2012): *Karl Llewellyn and the Realist Movement* [1973], New York: Oxford UP, 2.ª ed.
- VEGA, J. (2022): «Constructivist Metaphors and Law's Autonomy in Legal Post-Positivism», en J. M. Aroso Linhares y M. Atienza (eds.), *Human Dignity and the Autonomy of Law*, Dordrecht: Springer, Cap. 6 (en prensa).
- VIEHWEG, Th. (1991): *Tópica y Filosofía del Derecho*, Barcelona: Gedisa, trad. de J. Malem.
- WALDRON, J. (2000): «“Transcendental Nonsense” and System in the Law», *Columbia Law Review*, 100: 16-53.

