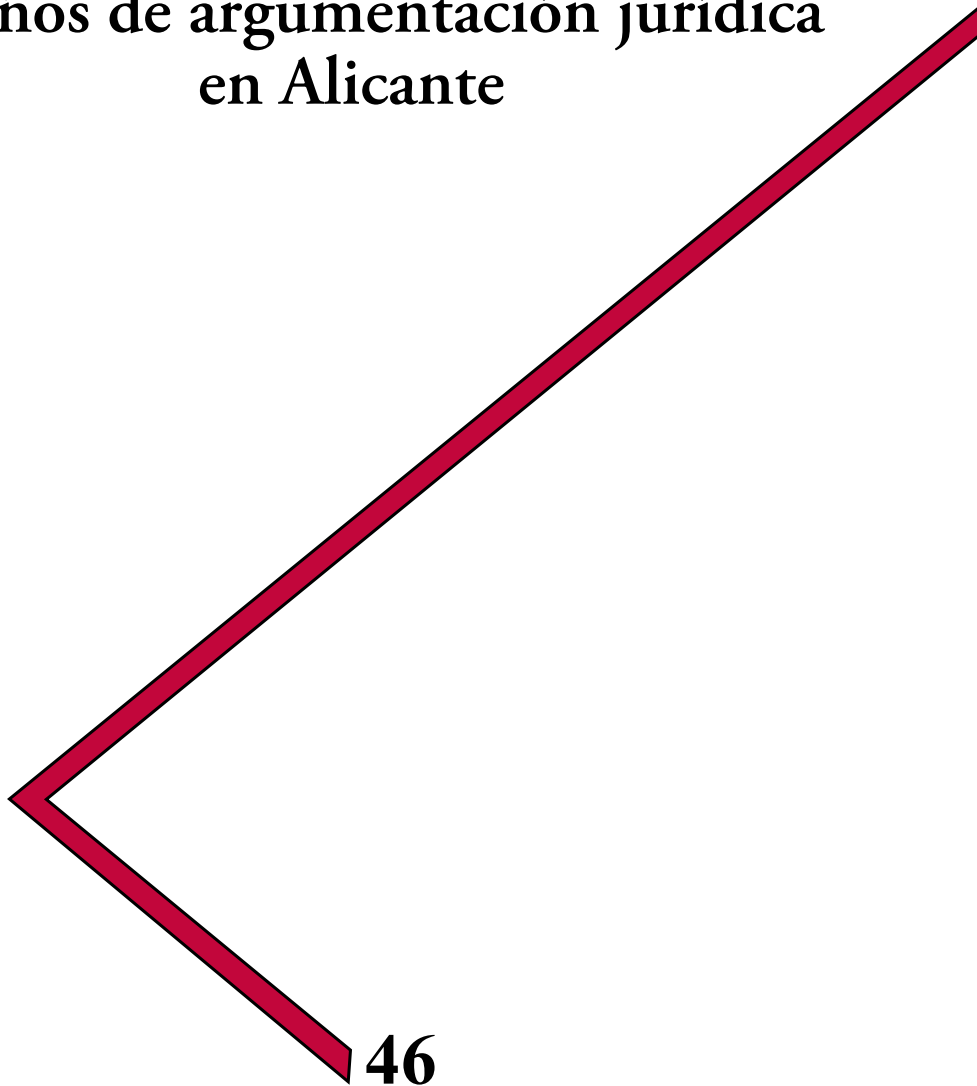


**D O X A**

# 30 años de argumentación jurídica en Alicante



**46**



**D**

**O**

**X**

**A**

CUADERNOS DE  
FILOSOFÍA DEL DERECHO

<https://doxa.ua.es>

Núm. monográfico:

# **30 años de argumentación jurídica en Alicante**

Josep Aguiló Regla, Daniel González Lagier  
e Isabel Lifante Vidal (coord.)

*Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* es una publicación de carácter anual que, desde 1984, trata de servir como vehículo de comunicación e intercambio entre los filósofos del Derecho latinoamericanos y los de Europa latina.

Esta edición de *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* ha contado con una ayuda económica del Vicerrectorado de Investigación y Transferencia del Conocimiento de la Universidad de Alicante.



Universitat d'Alacant  
03690 Sant Vicent del Raspeig  
Web Doxa: <https://doxa.ua.es>  
Web Revistas UA: <https://revistes.ua.es>  
Teléfono: 965 903 480

© los autores, 2023  
© de esta edición: Universitat d'Alacant

ISSN: 0214-8676  
e-ISSN: 2386-4702  
Depósito legal: M-27.661-1989

Diseño de cubierta: María Chana  
Composición: Marten Kwinkelenberg  
Impresión y encuadernación:  
Guada Impresores

*Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* ha sido reconocida con el Sello de Calidad de la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT) y está recogida e indexada en CARHUS PLUS+, Dialnet, InDICES-CSIC, DOAJ, ESCI (*Web of Science*), Google Scholar, Latindex, MIAR, Dimensions, CIRC, Periodical Index Online (PIO), REDIB, Scopus y Scimago Journal & Country Rank (SJR).

Scopus<sup>®</sup>



Los contenidos están bajo una licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional. Esta licencia permite que los contenidos de los artículos de *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* se puedan copiar y redistribuir en cualquier medio y formato, así como su adaptación (remezclando, transformando o construyendo a partir del material) para cualquier propósito, incluso para un uso comercial. En cualquier caso, el usuario que utilice sus contenidos debe citar de forma adecuada, proporcionar un enlace a la licencia e indicar si se han realizado cambios. Los términos de la licencia se encuentran disponibles en: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es>

Departamento de Filosofía  
del Derecho  
Universidad de  
Alicante

Alicante, 2023





Manuel Atienza





## ÍNDICE

Josep Aguiló Regla, Daniel González Lagier e Isabel Lifante Vidal <b>Presentación</b> . . . . .	13
Josep Aguiló Regla <b>Son mandatos de ponderación. Breviario de teoría del Derecho en honor de Manuel Atienza</b> . . . . .	15
Macario Alemany <b>La bioética como argumentación: la concepción bioética de Manuel Atienza</b> . . . . .	41
Horacio-José Alonso Vidal <b>Sobre los límites al deber de lealtad de los abogados</b> . . . . .	75
Maximiliano A. Aramburo C. <b>Mayorías en disidencia</b> . . . . .	85
Fernando Bañuls <b>Manuel Atienza y Elías Díaz. Imagen de una iusfilosofía en español</b> . . . .	95
Rafael Buzón <b>Introducción a la filosofía del Derecho de Manuel Atienza</b> . . . . .	111
Danny José Cevallos C. <b>El amparo de los derechos en el Estado constitucional de Derecho. Notas desde una teoría argumentativa del Derecho</b> . . . . .	125
Juan A. Cruz Parceró <b>Constitucionalismo y discrecionalidad judicial</b> . . . . .	151

Leopoldo Gama	
<b>Manuel Atienza, el activismo judicial y el consejo de Circe . . . . .</b>	<b>161</b>
Raymundo Gama Leyva	
<b>Manuel Atienza y las bases para el estudio de la prueba desde un enfoque argumentativo del Derecho . . . . .</b>	<b>177</b>
Daniel González Lagier	
<b>El barón y el tábano. Sobre los límites del argumento trascendental y el objetivismo moral . . . . .</b>	<b>187</b>
Jesús Ibarra Cárdenas	
<b>La dimensión política de «El Derecho como argumentación» de Manuel Atienza . . . . .</b>	<b>209</b>
Roberto Lara Chagoyán	
<b>Diez patologías formalistas en la cultura jurídica mexicana. Tras los pasos de M. Atienza . . . . .</b>	<b>225</b>
Isabel Lifante Vidal	
<b>Diez ideas sobre el pensamiento iusfilosófico de Manuel Atienza . . . . .</b>	<b>243</b>
Henrik López Sterup	
<b>Una reflexión sobre los problemas jurídicos. Ideas desde la argumentación jurídica . . . . .</b>	<b>259</b>
Alí Lozada	
<b>Atienza y el postpositivismo discursivo. . . . .</b>	<b>273</b>
Lucas E. Misseri	
<b>Manuel Atienza y el laberinto de su objetivismo moral mínimo: constructivismo metaético y dignidad humana . . . . .</b>	<b>297</b>
Félix Morales Luna	
<b>¿Qué tan irrelevantes son las tesis definatorias del positivismo jurídico? . .</b>	<b>321</b>
Roberta Simões Nascimento	
<b>El modelo ideal (no irreal) del legislador que argumenta . . . . .</b>	<b>335</b>

Juan Antonio Pérez Lledó	
<b>La enseñanza del Derecho en España. Un diagnóstico crítico y algunas propuestas. . . . .</b>	<b>347</b>
Catherine Ricaurte	
<b>La prueba a la luz de la argumentación jurídica. . . . .</b>	<b>367</b>
Victoria Roca	
<b>El Razonamiento práctico y el rol del abogado en la sociedad. Algunas reflexiones a partir de las contribuciones de Manuel Atienza . . .</b>	<b>385</b>
Ilse Carolina Torres Ortega	
<b>Apología del Derecho y transformación social . . . . .</b>	<b>403</b>
André Rufino do Vale	
<b>Teoría de la argumentación constitucional: nuevos aportes sobre las deliberaciones virtuales de los Tribunales Constitucionales en la era digital . . . . .</b>	<b>417</b>
Jesús Vega	
<b>El Derecho como práctica y las dimensiones de la argumentación jurídica. . . . .</b>	<b>435</b>



# PRESENTACIÓN

## «30 Años de argumentación jurídica en Alicante»

Manuel Atienza (Manolo) se jubiló en agosto de 2022 (¡viéndolo nadie lo diría!). Con este motivo sus compañeros de Alicante decidimos organizarle un homenaje de despedida dedicándole un volumen especial de *Doxa*. Desde el principio fuimos conscientes de que no podíamos hacer una convocatoria abierta a la participación de todo el mundo, porque sabíamos que el homenaje se nos iba a ir de las manos desbordando nuestras capacidades organizativas y el presupuesto de *Doxa*. Decidimos entonces convertir el volumen en un homenaje cuasi-familiar en el que participáramos todos sus compañeros de filosofía del Derecho de Alicante y todos los doctores a los que Manolo dirigió (o codirigió) su tesis doctoral («la lista de Atienza»).

La respuesta de los convocados al homenaje a Manolo fue tan entusiasta (casi unánime) que decidimos organizar un pequeño evento presencial en el que los participantes en el volumen de *Doxa* nos encontráramos con Manolo. Se trataba de que cada cual expusiera brevemente su contribución y de que Manolo hiciera un breve comentario al final de cada sesión. Allí participamos todos los que publicamos en este volumen, más Rodolfo Vázquez, Pablo Larrañaga, Hugo Ortiz y Alejandro González Piña. El evento (aprovechando el aniversario de la publicación de *Las razones del Derecho*) llevó por título «30 años de argumentación jurídica en Alicante» (Manolo rehusaba el término «homenaje»: «dejaos de homenajes, hay demasiados», decía) y tuvo lugar los días 10 y 11 de junio de 2022 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante en el marco de su Máster en Argumentación Jurídica.

Josep Aguiló Regla, Daniel González Lagier e Isabel Lifante Vidal



# Son mandatos de ponderación. Breviario de teoría del Derecho en honor de Manuel Atienza

## Mandates of Balancing. Breviary of Legal Theory in Honor of Manuel Atienza

Josep Aguiló Regla\*

### Autor:

Josep Aguiló Regla  
Universidad de Alicante, España  
josep.aguiló@ua.es  
<https://orcid.org/0000-0002-8560-8802>

Recibido: 10/06/2022

Aceptado: 10/09/2022

### Citar como:

Aguiló Regla, Josep (2023). Son mandatos de ponderación. Breviario de teoría del Derecho en honor de Manuel Atienza. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 15-39. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.01>

### Financiación:

Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación PID2021-125387NB-I00, titulado «Argumentación, constitucionalismo jurídico y derechos».

### Licencia:

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



© 2023 Josep Aguiló Regla

### Resumen

El trabajo estudia el papel de los principios constitucionales en la aplicación ordinaria del Derecho; se centra, por tanto, en las relaciones entre ponderación y legislación. Para ello, se recurre a la teoría de la legislación de M. Atienza como punto de partida y se analizan algunos modelos teóricos. El artículo se propone sobre todo operar una simplificación drástica de la discusión teórica sobre la ponderación. Se concluyen dos tesis relativas al método jurídico en un Estado constitucional. Primera, los principios constitucionales son mandatos de ponderación dirigidos al legislador. Segunda, para los jueces ordinarios la ponderación *contra legem* está prohibida; la ponderación *secundum legem* es obligatoria; y la ponderación *praeter legem* es aceptable si el juez justifica la existencia de una laguna legislativa (ya sea normativa o axiológica).

**Palabras clave:** Manuel Atienza, legislación, principios constitucionales, ponderación, mandatos de ponderación, laguna jurídica, ponderación *contra legem*, ponderación *secundum legem*, ponderación *praeter legem*.

### Abstract

The paper studies the role of constitutional principles in the ordinary application of Law; it focuses on the relationships between balancing and legislation. The theory of the legislation of M. Atienza is used as a starting point, and some theoretical models of legal method are analyzed.

\* Agradezco a Juan Antonio Pérez Lledó, Isabel Lifante, Victoria Roca, Jesús Vega, Lucas Misseri, Danny Cevallos y Rafael Buzón los comentarios, sugerencias y correcciones formuladas al presente texto.

The article intends to operate a drastic simplification of the theoretical discussion on balancing. Two theses related to the legal method in a constitutional state are concluded. First, the constitutional principles are mandates of balancing addressed to the legislator. Second, for ordinary judges balancing *contra legem* is prohibited; balancing *secundum legem* is mandatory; and balancing *praeter legem* is acceptable if the judge justifies the existence of a legislative gap (whether normative or axiological).

**Keywords:** Manuel Atienza, legislation, constitutional principles, balancing, mandates of balancing, legal gap, *contra legem* balancing, *secundum legem* balancing, *praeter legem* balancing.

## 1. INTRODUCCIÓN

«La ponderación de principios es una operación jurídica más fundamental que la de subsumir un caso en una regla porque a toda regla subyace una ponderación». En este trabajo me propongo explicar el sentido teórico de esta afirmación; que bien puede considerarse un tópico que los miembros del grupo de filosofía del Derecho de Alicante aceptamos sin reservas<sup>1</sup>. Para proceder a esta explicación voy a dividir el artículo en tres grandes apartados. El primero irá destinado a exponer —a modo de elogio— la teoría de la legislación de Manuel Atienza<sup>2</sup> (eso sí, interpretada «a mi manera»). Esta exposición libre<sup>3</sup> de las tesis de Atienza me va a permitir resaltar —sin ánimo polémico— algunas dimensiones de la legislación, así como mostrar algunos lugares comunes en torno a cómo estas dimensiones inciden en el razonamiento jurídico aplicativo.

El segundo apartado (titulado «Estado constitucional, racionalidad legislativa y método jurídico») aborda una cuestión central del debate contemporáneo en torno a la aplicación del Derecho, al método jurídico aplicativo: la del papel que juega (o debe jugar) la ponderación de principios en la aplicación ordinaria del Derecho. Para ello

1. He recurrido a frases semejantes a esta en infinidad de ocasiones. La primera vez, si no recuerdo mal, fue en la presentación del libro *Fragments para una teoría de la constitución* [de Aguiló Regla, J.; Atienza, M.; y Ruiz Manero, J.; Justel, Madrid, 2007]. Allí, en palabras de Atienza, aunque firmadas por los tres, se podía leer: «Los tres pensamos que el componente valorativo, principal o ponderativo tiene algún tipo de prioridad [sobre el autoritativo] porque no concebimos el Derecho (o no simplemente) como una realidad ya dada, como un producto de una autoridad (de una voluntad), sino (además y fundamentalmente) como una práctica social que incorpora una pretensión de justificación o corrección».
2. Este texto se elaboró para el encuentro «30 años de argumentación jurídica en Alicante», que fue concebido como un homenaje a Manuel Atienza con motivo de su jubilación. El evento, organizado por sus compañeros de Área de conocimiento de Alicante y por sus doctores, tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante los días 10 y 11 de junio de 2022. Este número de *Doxa* recoge todas las ponencias presentadas.
3. En este contexto, «libre» quiere decir «de memoria» (¡con mi memoria!) y «sin pretensiones de fidelidad a los textos»; se trata de usar la teoría de la legislación de Atienza, más que de exponerla. En cualquier caso, para una exposición de las tesis de Atienza puede verse Atienza, M.: *Contribución para una teoría sobre la legislación*, Madrid, Civitas, 1989; y, en este mismo número, Buzón, Rafael: «Introducción al pensamiento iusfilosófico de Manuel Atienza» y Nascimento, Roberta Simões: «El modelo ideal (no irreal) del legislador que argumenta».



me detendré a explicar tres modelos teóricos a los que dedicaré un subapartado, respectivamente: «Imperio de la ley y constitucionalismo político», «Estado constitucional y constitucionalismo jurídico» y «Constitucionalismo de los derechos y postpositivismo».

Finalmente, el tercer apartado, titulado «Ponderación y legislación», incluye una parte más constructiva en la que trataré de perfilar teóricamente algunos elementos —en mi opinión, imprescindibles— para una teoría adecuada del método jurídico en el Estado constitucional de Derecho. Este apartado incluirá dos subapartados: «Ponderación *contra legem, secundum legem y praeter legem*» y «Principios y valores».

Me gustaría dejar dos cosas claras desde el principio. La primera es que, aunque voy a hablar de constitucionalismo y de Estado constitucional, no me voy a detener en absoluto en cuestiones de justicia constitucional: todo lo que voy a decir sobre la aplicación judicial del Derecho va a ir referido a los jueces ordinarios, no a los jueces constitucionales. En esta ocasión solo me voy a referir a la aplicación ordinaria del Derecho<sup>4</sup>. La segunda cuestión que quiero dejar clara es que entre mis objetivos está operar una drástica simplificación de la discusión teórica sobre la ponderación. En mi opinión, esta discusión ha adquirido unos niveles de «sofisticación» y sutileza que resultan no solo innecesarios; sino que, además, constituyen un obstáculo para el desarrollo adecuado del constitucionalismo jurídico, la teoría del Derecho adaptada al Estado constitucional de Derecho<sup>5</sup>.

---

4. Soy perfectamente consciente de que la separación (distinción) entre justicia ordinaria y justicia constitucional es mucho más clara en Europa que en muchos lugares de Latinoamérica. El modelo latinoamericano de amparo (tutela, acción de protección, etc) al involucrar a jueces ordinarios en la resolución de acciones constitucionales hace problemática la frontera entre una y otra. Pero el carácter borroso de la frontera, no afecta a la existencia de casos claros, paradigmáticos. Sobre la distinción entre el modelo europeo y el latinoamericano de amparo véase: Cevallos, Danny: *El constitucionalismo jurídico y la institución del amparo* (tesis doctoral pendiente de lectura).

5. Desde que publicara su teoría de los derechos fundamentales, Alexy ha sido el gran protagonista de la discusión sobre los principios y la ponderación tanto en Europa como en Latinoamérica [Alexy, R: *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993]. «La manera de entender la ponderación por parte de Alexy es básicamente acertada, pero incurre en lo que bien puede llamarse una ‘falacia de la falsa precisión’. Quiero decir, su empeño por cuantificar los factores de su famosa fórmula no aporta realmente nada, y corre el serio riesgo de hacer pensar que se trata de algo así como de un cálculo cuando, en realidad, lo que Alexy proporciona no es nada más que una especie de tópicos, de conjunto de lugares comunes o de preguntas críticas (¿es la medida necesaria?, ¿es idónea? ¿supone una afectación grave de otro bien o derecho?, etc.) que, efectivamente, puede contribuir a evitar una decisión arbitraria. Pero la racionalidad de la ponderación tiene que ver fundamentalmente, como es obvio, con la calidad de las razones aportadas para contestar a esas preguntas». Atienza *dixit* [Atienza, M.: Prólogo a García Amado, J.A. y Giorgio Dalla Barba, R. (ed.): *Principios jurídicos. El debate metodológico entre Robert Alexy y Ralf Poscher*, Palestra, 2022] Comparto completamente este juicio Atienza y, además, estoy convencido de que la «falsa precisión» ha estado presente en buena parte de la discusión en torno a los principios y a la ponderación.

## 2. LA RACIONALIDAD LEGISLATIVA SEGÚN ATIENZA.

Ahí va mi interpretación «libre» de la concepción de la racionalidad legislativa de Atienza. Hablar de racionalidad en relación con la legislación quiere decir esencialmente dos cosas: una, que la actividad de legislar tiene un sentido, sirve a algo (y la aceptación de la legislación como pauta de conducta correcta, también); y, dos, que contamos con criterios para evaluar la calidad de las leyes, para afirmar que unas leyes son mejores que otras y que todas ellas son mejorables en algún aspecto relevante. En definitiva, las leyes tienen sentido (si no lo tuvieran no podrían aspirar a ser consideradas racionales) y hay criterios para evaluar su calidad (una ley puede ser mejor o peor).

Distingamos, pues, los siguientes cinco niveles de racionalidad legislativa: R1: racionalidad lingüística, R2: racionalidad sistemática en el nivel de las disposiciones (el sistema jurídico), R3: racionalidad sistemática en el nivel de las reglas (el sistema normativo), R4: racionalidad teleológica y R5: racionalidad ética<sup>6</sup>. Respecto de cada uno de estos niveles de racionalidad, y siguiendo los pasos de Atienza, es posible emitir juicios internos de racionalidad legislativa (es decir, relativos a cada nivel). Estos juicios naturalmente resultan reduccionistas y deben ser completados con juicios externos que relacionen los diferentes niveles de racionalidad entre sí. Ahora, sin embargo, voy a referirme exclusivamente a los juicios internos de racionalidad legislativa (los relativos a cada nivel).

**R1: Racionalidad lingüística.** La ley es vista como un acto de comunicación, como un conjunto de enunciados que pretenden transmitir cierta información. El legislador (sujeto emisor) dirige un mensaje a diferentes receptores con la pretensión de transmitir información. El sentido de la ley así considerada es manifiesto: la comunicación; y su bondad se determina a partir de su calidad comunicativa. Naturalmente, tenemos criterios compartidos para determinar la calidad comunicativa de una ley y para mejorar la de cualquier proyecto de ley. La detección y eliminación de las ambigüedades sintácticas y semánticas, el recurso a las definiciones o a las redundancias, el lenguaje tecnificado, etc. son ejemplos de recursos con los que evaluar la calidad lingüístico-comunicativa

6. Atienza distingue cinco niveles de racionalidad legislativa: la lingüística, la jurídico-formal, la pragmática, la teleológica y la ética. Como se ve, he introducido algunas modificaciones en este esquema de Atienza. Estas modificaciones responden más a necesidades internas de mi propio discurso que a una enmienda a su teoría de la legislación. En este sentido, he reinterpretado la racionalidad jurídico-formal como una racionalidad sistemática que abarca tanto el nivel de las disposiciones (el sistema jurídico) como el nivel de las reglas (el sistema normativo). Por otro lado, y a los puros efectos del discurso que estoy construyendo, he prescindido de la racionalidad pragmática. Si por racionalidad pragmática se entiende, como hace Atienza, la racionalidad que persigue el mantenimiento del orden y la eficacia del Derecho, es decir, la adecuación de las conductas de los destinatarios a lo previsto en la ley, es evidente que no es eliminable de la racionalidad legislativa. Mi elusión es, por tanto, meramente relativa al discurso que estoy tratando de construir sobre las relaciones entre legislación y ponderación en la aplicación del Derecho.

de una ley y/o mejorarla. En definitiva, en términos lingüístico-comunicativos las leyes tienen un sentido y podemos evaluar su calidad.

Todo ello se traslada al método jurídico-aplicativo del Derecho a través de la llamada «interpretación literal» o criterio gramatical de interpretación de la ley. Su lema bien podría ser este: «las palabras del legislador importan».

**R2: Racionalidad sistemática en el nivel de las disposiciones**<sup>7</sup>. Las leyes no son solo mensajes, son también fuentes-acto: actos de promulgación de disposiciones jurídicas, es decir, de conjuntos de enunciados jurídicos portadores de un determinado régimen jurídico y de una cierta sistematicidad. Estos enunciados jurídicos tienen una determinada jerarquía y vienen estructurados y ordenados de forma que componen un cierto sistema: piénsese en la estructura en libros, títulos, capítulos, secciones, artículos, apartados, letras y disposiciones transitorias, finales, etc.; donde todas estas estructuras están ordenadas (numeradas). Naturalmente, la sistematicidad de toda ley (su estructura y ordenación) es evaluable y mejorable. Además, las leyes como conjuntos de enunciados jurídicos estructurados y ordenados están llamados a insertarse dentro de otro conjunto mayor, el sistema jurídico. En efecto, la introducción de una nueva ley genera una multiplicidad de relaciones sistemáticas entre los nuevos enunciados jurídicos y los que ya componían el sistema jurídico. Cuestiones de naturaleza sistemática son, por ejemplo, las promulgaciones de disposiciones (las fuentes-acto), las derogaciones expresas (las cláusulas derogatorias), la jerarquía normativa (por tipos formales de disposiciones), la validez formal de las disposiciones (por aplicación del *lex superior*), las modificaciones de enunciados jurídicos anteriores, los textos refundidos, el derecho transitorio, la *vacatio legis*, etc. En este sentido, la bondad sistemática de una ley es analizable no solo internamente a la propia ley, sino también en términos de afectación a la sistematicidad del Derecho en su conjunto (al sistema jurídico). No hay que esforzarse mucho para darse cuenta de que la calidad de las leyes en el nivel de las disposiciones es graduable y de que hay leyes mejores y peores. Contamos, pues, con criterios relativamente claros y compartidos para mejorar la calidad sistemática de las leyes en su estructura y ordenación internas, por un lado, y en su afectación al sistema jurídico en su conjunto, por otro.

---

7. Como se ve, voy a descomponer la racionalidad jurídico-formal de Atienza en dos niveles de racionalidad sistemática: el de las disposiciones y el de las reglas. Aunque no estoy plenamente seguro de los términos usados, no albergo dudas respecto de la necesidad de la distinción. Ya en un libro sobre la derogación (institución típicamente legislativa) advertía de la necesidad de distinguir entre el nivel de las disposiciones y el de las normas (reglas): «Si se consideran estos dos tipos de derogación [...la expresa y la tácita...], es fácil percatarse de las dificultades que entraña tratar la derogación como un fenómeno unitario; pues mientras que la expresa se configura como una relación entre actos normativos (de promulgación y de derogación [de disposiciones]), la tácita se configura como una relación entre normas (es el resultado de la solución de un conflicto de normas)», en Aguiló Regla, J.: *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*, Fontamara, México, 1995.

Este nivel de racionalidad legislativa se traslada al método jurídico-aplicativo esencialmente en términos de la llamada «interpretación sistemática». Por ejemplo, todos sabemos que el *locus* (la ley, el título, el capítulo, etc.) en el que se encuentra un enunciado jurídico (una disposición) es esencial para atribuirle significado, para resolver cuestiones relativas a su sentido, a su interpretación. Un lema aplicativo adecuado podría ser «la organización de la ley por disposiciones jurídicas importa».

**R3: Racionalidad sistemática en el nivel de las reglas.** La ley es vista ahora como un conjunto de reglas jurídicas. Algunas de estas reglas indican a sus destinatarios cómo deben comportarse lo quieran o no (reglas de mandato); y otras, qué resultados institucionales pueden (en el sentido de «les es posible») producir y cómo producirlos (reglas que confieren poderes públicos y privados). Así considerada, la ley es vista como expresión de la voluntad de quien dicta dichas reglas: tanto en su dimensión regulativa (en torno a la idea de deber jurídico) como en su dimensión constitutiva (en torno a las nociones de poder normativo y de delegación de poder). Las reglas indican cómo comportarse e incorporan refuerzos de conducta: las reglas de mandato imponen deberes y refuerzan su cumplimiento mediante sanciones (generalmente) negativas; y las reglas que confieren poder ofrecen a sus destinatarios la validez de los resultados institucionales perseguidos y/o debidos. Todas las reglas jurídicas tienen una estructura condicional que correlaciona un supuesto de hecho (condición de aplicación) con una consecuencia jurídica (o solución normativa en sentido amplio).

La bondad sistemática de una ley en el nivel de las reglas puede analizarse según el grado de simplificación de la deliberación práctica que suministra a sus destinatarios (claridad en las condiciones de aplicación y en el contenido del deber<sup>8</sup>, por un lado, y en las condiciones de ejercicio de los poderes normativos y de la validez de los resultados institucionales, por otro). Por ejemplo, una ley cuyas reglas cuentan con antecedentes cargados de propiedades valorativas no suministra esquemas directos de aplicación y, en este sentido, resulta manifiestamente mejorable desde este nivel de racionalidad. Bien puede decirse que la calidad de una ley es, en este sentido, directamente proporcional (entre otras cosas) a la subsumibilidad directa que ofrecen sus reglas.

Pero las leyes vistas desde esta perspectiva no son solo conjuntos de reglas, aspiran a ser también sistemas de reglas (sistemas normativos). La razón es bien clara: para

---

8. Aunque aquí no me voy a detener a desarrollarlo, hay que tener en cuenta que cuando hablamos de deliberación en torno al contenido del deber es importante distinguir entre deberes negativos y deberes positivos. Los deberes negativos prohíben todas las formas de acción que producen el resultado prohibido (el cambio en el mundo prohibido) y, en este sentido, cierran completamente la deliberación práctica de los destinatarios. Por el contrario, los deberes positivos obligan a producir un resultado y, en este sentido, fuerzan a elegir una de entre todas las posibles formas de producirlo (siempre hay que elegir una forma de acción entre todas las posibles formas de producir el resultado obligatorio). Por ello, suele decirse que los deberes positivos conllevan siempre «discrecionalidad» en el sentido propio de la expresión. Para un análisis del concepto de discrecionalidad puede verse el cap. 3 del libro de Lifante Vidal, I., *Contra la corrupción. Estado de Derecho y transparencia*, Palestra, Lima, 2021 (pp. 95-169).

eliminar la deliberación práctica de los destinatarios de las reglas, el conjunto de reglas tiene que ser consistente (una contradicción entre reglas no resuelta por el sistema exige que el destinatario delibere sobre cómo comportarse) y pleno (no puede haber situaciones, casos, sin solución normativa; una laguna normativa –un caso no resuelto– exige también deliberación práctica para determinar el deber). Naturalmente el esquema puede complicarse mucho más, pero lo que sí está claro es que solo en los casos resueltos por las reglas se consigue eliminar la deliberación práctica de los destinatarios de las mismas. No hay duda de que desde esta perspectiva las leyes pueden ser mejores o peores y/o mejorables.

Este nivel de racionalidad legislativa se traslada al método jurídico-aplicativo en tres formas básicas. La primera tiene que ver con la interpretación: en caso de duda sobre el significado que hay que atribuir a una disposición, hay que optar por determinar qué quiso el legislador (*voluntas legislatoris*). En el nivel de las reglas, el lema está claro: «la voluntad del legislador importa». La segunda forma es a través de la consideración de que las reglas (todas las reglas) son «mandatos de subsunción», pues subsumir un caso en una regla preexistente es la única forma de «aplicar (o resolver) sin deliberar». Una regla que no permite subsumir sin valorar presenta algún defecto en relación con el caso en cuestión. El lema podría ser «las reglas son concluyentes». Y la tercera forma de traslación al método jurídico-aplicativo de este nivel de racionalidad es a través de la gran distinción entre casos regulados (es decir, casos en los que el sistema de reglas da una respuesta) y casos no regulados (casos no resueltos por el sistema de reglas, bien porque da más de una respuesta, bien porque no da respuesta alguna). La idea de unidad del sistema normativo es esencial para hablar de racionalidad sistemática de las leyes: unidad en la guía de la conducta (unidad del deber) y unidad en la autoridad jurídica (unidad en la delegación de poder normativo). El lema ahora sería «la unidad del sistema de reglas importa». Visto el Derecho desde esta perspectiva, si la unidad del sistema normativo fracasa en un caso, entonces ese caso no tiene solución desde el sistema normativo, solo decisión.

**R4: Racionalidad teleológica:** Las leyes persiguen fines sociales; todas tienen siempre un sentido práctico. Todas las leyes se dictan para algo más que para comunicar correctamente un mensaje (R1), para componer de manera adecuada un sistema de disposiciones jurídicas (R2) o para guiar la conducta a través de un sistema de reglas, un sistema normativo (R3). En efecto, todas las leyes tienen un sentido práctico pues están al servicio de algo distinto de ellas mismas. Es decir, R1, R2 y R3 están al servicio de fines perseguidos por las leyes. En particular, todas las leyes (y todas las reglas que contienen) pueden verse como orientadas a la protección y/o promoción de ciertos bienes jurídicos. La formulación normativa de estos fines (bienes a proteger y/o a promover) es lo que generalmente llamamos «principios jurídicos».

Los principios son normas regulativas que ordenan la protección de bienes jurídicos (prohíben su lesión) y/o la promoción de los mismos (ordenan su generación y/o

aseguramiento); pero que, a diferencia de las reglas, no definen el caso<sup>9</sup>. Sin embargo, lo más importante al respecto es darse cuenta de que para proteger y/o promover estos bienes jurídicos las leyes sacrifican necesariamente otros bienes jurídicos. Para mostrarlo de manera patente: todos los **delitos** están destinados a proteger bienes jurídicos relevantes; y todas las **penas** adheridas a ellos consisten en privaciones de bienes jurídicos también relevantes. Un componente esencial de la calidad (bondad) de cualquier ley es saber qué fines persiguen sus reglas (que bienes se trata de proteger y/o de promover) y qué medios (bienes) se consumen en aras de alcanzar esos mismos fines<sup>10</sup>. Bien mirado, este componente es netamente político; y, en consecuencia, la legislación nunca puede dejar de verse como una decisión política. La razón es clara: las reglas contenidas en las leyes expresan siempre una ponderación de principios, un juicio de proporcionalidad, un balance de razones, un compromiso entre medios y fines, etc.

Este nivel de racionalidad legislativa se traslada al método jurídico-aplicativo de tres maneras diferentes. La primera es a través de la llamada interpretación teleológica, que no es otra cosa que atribuir un sentido protector y/o promocional de bienes a las reglas contenidas en la ley. Si no se atribuye este sentido práctico a las leyes es imposible desarrollar en torno a ellas las actitudes de lealtad necesarias y mínimas para poder, por un lado, resolver problemas de interpretación y aplicación y, por otro, las condiciones para considerar que el mero ritualismo jurídico es una forma de conducta jurídica desviada<sup>11</sup>. Naturalmente, todo ello presupone la noción de «ponderación de principios»; pero hay muchas otras nociones –menos claras, por cierto– que cumplen funciones jurídico-argumentativas semejantes: «proporcionalidad», «razones subyacentes», «balance de

9. Siempre he pensado que una buena manera de caracterizar los principios frente a las reglas es acudir a la noción de «norma categórica» de von Wright [Von Wright, G.H.: *Norma y acción*, Tecnos, Madrid, 1970, págs.91 y ss.]. En efecto, a partir de la noción de condición de aplicación de una norma [«aquella condición que tiene que darse para que exista la oportunidad de hacer aquello que es el contenido de una norma»], von Wright distingue entre normas categóricas [aquellas cuya condición de aplicación viene dada por el contenido] e hipotéticas [aquellas cuya condición de aplicación no puede ser derivada solamente de su contenido; por ello, al tener que mencionar la condición adicional adoptan la estructura condicional típica en la forma ‘si ... entonces ...’]. Sobre ello, Aguiló Regla, J.: *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000, págs. 135 y ss.

10. Para una visión amplia de la cuestión véase Pérez Lledó, J.A.: «Sobre la función promocional del Derecho. Un análisis conceptual», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n.º 23, 2000.

11. Como es sabido, Robert K. Merton [«Social Structure and Anomie», *American Sociological Review*, vol. 3, núm. 5 (oct. 1938), 676 y ss.] clasificaba en cinco formas diferentes la adaptación de los individuos a los grupos sociales; y lo hacía a partir de la aceptación o el rechazo tanto de los fines definidos culturalmente (*cultural goals*) como de los medios institucionales (*institutionalized means*) predisuestos para alcanzarlos. Así, distinguía: 1) La conformidad: acepta los fines y los medios. 2) La innovación: acepta los fines, pero rechaza los medios. 3) El **ritualismo**: rechaza los fines, pero acepta los medios. 4) La apatía (*retreatism*): rechaza tanto los fines como los medios, pero no propone alternativas. 5) La rebelión: rechaza tanto los fines como los medios, pero propone fines y medios alternativos. Si bien se considera, la traslación de la «racionalidad teleológica» de la ley al método jurídico-aplicativo como mínimo tiene que implicar la consideración de que el ritualismo es una forma de conducta desviada.

razones» y un largo etcétera. El lema, en mi opinión, está claro: «Los fines y los costes de las reglas importan».

La segunda manera en que este nivel de racionalidad legislativa se traslada al método jurídico-aplicativo tiene dos vías. Una es a través de la idea de «revisión» (ahora no hay por qué precisar más) de lo prescrito por las reglas (piénsese en nociones tales como «deberes *prima facie*», «derrotabilidad de las reglas», «visto todo el Derecho», «todas las cosas consideradas», «ilícitos atípicos», etc.). La otra vía es a través de los llamados juicios de relevancia jurídica, es decir, juicios relativos a casos «relevantes jurídicamente» no resueltos por las reglas (piénsese, por ejemplo, en el recurso a la analogía). Sin entrar en matices, lo que tienen en común estas dos vías es que ilustran casos de desajustes entre la racionalidad de la ley como sistema de reglas (R3) y su racionalidad teleológica (R4): entre lo que ordena la ley y lo que protege y/o promueve<sup>12</sup>. Bien considerado, los principios jurídicos son mandatos de ponderación, es decir, mandatos de tomar en consideración (de ponderar) todos los bienes jurídicos relevantes en relación con los casos concretos a resolver. En el ámbito aplicativo, no se trata de sustituir la ponderación del legislador por la ponderación del juez, como suelen repetir los escépticos. La idea de mandato de ponderación remite al deber del juez de ponderar lo que el legislador (por la razón que sea) no ha ponderado. Desde esta perspectiva, la clasificación relevante de los casos a resolver no es como en el nivel anterior entre «casos regulados» y «casos no regulados»; aquí la clasificación es más bien entre casos fáciles (hay coherencia entre R3 y R4 y, por tanto, el caso puede resolverse sin deliberación práctica) y casos difíciles (hay desajustes entre R3 y R4, lo que conlleva que la aplicación del Derecho en el caso exige deliberación práctica). Más adelante regresaremos sobre esta cuestión, pero el lema ahora también es claro: «Evitar errores de regulación importa».

Y, finalmente, la tercera manera por la que la racionalidad teleológica entra en el razonamiento aplicativo del Derecho es a través de la distinción entre principios sustantivos y principios institucionales. En efecto, del mismo modo que en el nivel de las reglas (R3) puede distinguirse entre reglas de mandato (regulativas) y reglas que confieren poderes (constitutivas); en el nivel de los principios puede distinguirse entre principios sustantivos y principios institucionales (o entre sus equivalentes funcionales sin necesidad de precisar ahora mucho más: razones sustantivas y autoritativas, razones materiales y formales, etc.). Los principios sustantivos ordenan la protección y/o promoción de bienes directamente valiosos; mientras que los principios institucionales

---

12. Este desajuste puede expresarse de muchas maneras. Una de las que ha adquirido mayor notoriedad en los últimos tiempos es la de Schauer que, a partir de considerar que las reglas son generalizaciones probabilísticas, habla de «sobreinclusión» e «infrainclusión» de las mismas, Schauer, F.: *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas, en el Derecho y en la vida cotidiana*, Marcial Pons, Madrid, 2004. En palabras de Ortega y Gasset podríamos hablar de la «doble condición del decir [...]»: 1.º Todo decir es deficiente –dice menos de lo que quiere. 2.º Todo decir es exuberante –da a entender más de lo que se propone», Ortega y Gasset, J.: «Comentario al 'Banquete' de Platón» en *Misión del Bibliotecario*, Revista de Occidente (col. El arquero), Madrid, 1962, pág. 146.

protegen y/o promueven esos artificios jurídicos que llamamos «instituciones», que son necesarios para preservar y/o promocionar los bienes sustantivos. «Necesario» significa sin alternativa para el aplicador del Derecho; lo que conlleva que entre las exigencias sustantivas y las exigencias institucionales no se dé una relación meramente instrumental: el valor de unas y otras exigencias puede colapsar en muchas ocasiones. Como ilustración, piénsese en la complejidad de las relaciones entre, por un lado, el derecho a la libertad personal (principio sustantivo) y, por otro, el principio de legalidad (principio institucional). El par previsibilidad/libertad es probablemente uno de los tópicos jurídicos más asentados. Aquí el lema del aplicador del Derecho podría formularse de tres maneras diferentes, aunque compatibles entre sí (dos en forma de límite y uno, de guía): a la manera de Atienza, «No hay buenas decisiones judiciales al margen del Derecho»; a la de Nino, «Debe preservarse el Derecho en las decisiones judiciales»; o a la de Dworkin, «El Derecho debe interpretarse bajo su mejor luz».

**R5: Racionalidad ética.** La ley es vista ahora como una decisión que incorpora un conjunto de mandatos y/o directivas que interfieren en la libertad de las personas y que afectan de manera drástica a sus intereses. En este sentido, la ley es una decisión (acción) que exige justificación moral. Las interferencias intencionales en la libertad de los otros y las afectaciones intencionales de sus intereses forman el ámbito más claro de las acciones con relevancia moral; las que, sin duda, requieren justificación moral. No es necesario, por tanto, perder mucho tiempo en mostrar la relevancia moral de la legislación, podemos darla por descontada. Si pensamos en lo dicho hasta ahora, deben justificarse tanto los fines perseguidos (los bienes protegidos y/o promovidos) por la ley como los medios usados para su consecución (los bienes sacrificados). En efecto, una ley que responde a principios inmorales (por ejemplo, promueve la segregación racial) o que persigue fines no valiosos no puede aspirar a ser racional. Como tampoco puede aspirar a serlo una ley que consume medios más valiosos que los fines que pretende alcanzar: no puede ser racional una ley en la que el valor de las interferencias en la libertad y en los intereses de los destinatarios (deberes, sanciones, etc.) es superior al valor de lo protegido y/o promovido.

En cualquier caso, no nos dejemos abrumar por la cuestión de las controversias valorativas, porque siempre que llegamos a este nivel de discurso aparece algún relativista «simple» exhibiendo su seguridad vacía. Lo importante no es si hay o no acuerdos valorativos (lo que es una pura cuestión de hecho); lo fundamental es darse cuenta de que «no es posible» emitir un juicio de racionalidad en sentido ético de una ley y simultáneamente considerar que esa misma ley persigue fines inmorales y/o que sacrifica como medios bienes más valiosos que los fines que persigue alcanzar. La justificación moral de las medidas legislativas tiene una forma típica: «fin justificado», por un lado, y, por otro, «mal menor» y/o «mal necesario» de los bienes sacrificados. Esta estructura justificativa permite entender por qué la ley incorpora una «pretensión de justicia».



Para mostrar cómo este nivel de racionalidad se traslada al método jurídico-aplicativo del Derecho hay que introducir algunos elementos teóricos más. Avancemos en esta dirección.

### **3. ESTADO CONSTITUCIONAL, RACIONALIDAD LEGISLATIVA Y MÉTODO JURÍDICO**

#### **3.1. El debate contemporáneo sobre el método jurídico**

De lo referido hasta aquí hay que distinguir dos aspectos: lo dicho a propósito de la legislación y su racionalidad, por un lado, y lo dicho a propósito del traslado de lo anterior al método jurídico-aplicativo, por otro. Lo primero no es, me parece, fuertemente discutible. Todo el mundo podría aceptarlo en términos generales, pues cualquier debate sobre la calidad de las leyes puede alcanzar todas las dimensiones reseñadas. En realidad, el marco creado por Atienza recopila los tópicos sobre la legislación y su calidad<sup>13</sup>. Otra cosa es lo dicho a propósito del método jurídico aplicativo: el posible consenso en torno a la legislación (y su debate) se desvanece por completo cuando nos preguntamos por el traslado de las referidas dimensiones de la legislación al método jurídico-aplicativo. Respecto de cada nivel de racionalidad legislativa he venido haciendo algunas afirmaciones relativas al reflejo que tenía (o podía tener) en el momento de su aplicación. Pero estas afirmaciones no estaban suficientemente articuladas como para que pudieran considerarse fragmentos de una teoría del método jurídico aplicativo. Lo cierto es que en las últimas décadas se ha discutido mucho –y de forma muy polarizada– la cuestión de la aplicación del Derecho y del método jurídico. Este disenso ha quedado reflejado en diferentes modelos de teoría del Derecho. A continuación, voy a tratar de explicar algunos de estos modelos teóricos de la forma más clara de que soy capaz. Naturalmente, no hace falta advertir de que en los países que venimos de la tradición romano-justiniana del *civil law*, esta discusión teórica se ha visto interferida por la irrupción del Estado constitucional de Derecho y por la consiguiente constitucionalización de nuestros ordenamientos jurídicos. Pero vayamos por partes y no adelantemos acontecimientos.

#### **3.2. Imperio de la ley y constitucionalismo político.**

En los países de tradición legalista (romano-justiniana), el imperio de la ley ha sido la teoría del Derecho dominante del Estado de Derecho. Tanto el Estado de Derecho como el modelo teórico del imperio de la ley han girado en torno a dos grandes principios: el principio de legalidad y el principio de separación de poderes. El modelo teórico del

---

13. Téngase en cuenta que, a efectos de facilitar mi exposición, he cercenado un aspecto de la racionalidad legislativa que Atienza incluye en su elenco, la racionalidad pragmática.

imperio de la ley significa –por decirlo en palabras de Bobbio– que el soberano gobierna *per leges* y que todos los juristas en sus tareas aplicativas operan *sub lege*<sup>14</sup>. El soberano fija políticamente los fines sociales a perseguir y recurre al Derecho (a la ley) como uno de los instrumentos con los que cuenta para alcanzarlos. Para el jurista, dichos fines son externos al Derecho y solo muy marginalmente pueden tener reflejo en el método jurídico; y, cuando lo hacen, se incorporan como un hecho que expresa la voluntad del legislador. Esta forma de entender la normatividad del Derecho implica asumir que solo R1, R2 y R3 se trasladan al método jurídico-aplicativo. Todo el «imperio de la ley» (aunque con fundamentos diferentes según los autores) afirma como corolarios relativos al método jurídico-aplicativo la tesis de la separación fuerte entre Derecho y política, por un lado, y entre Derecho y moral, por otro; es decir, R4 y R5 están excluidos del razonamiento jurídico aplicativo. Y cuando R1, R2 y R3 fracasan y aparecen casos no resueltos, entonces se traslada al aplicador la libertad jurídica (discrecionalidad) propia del legislador dentro del ámbito permitido. Ello es así porque el Derecho (el sistema jurídico) y su racionalidad se agotan en R1, R2 y R3. Desde el imperio de la ley, la inclusión de normas abiertas en la legislación solo puede significar dos cosas: o bien se trata de un defecto de la legislación que traiciona el «modelo de las reglas» que le es propio (mala legislación); o bien se trata de una pura delegación de poder desde el legislador hacia el aplicador del Derecho (el legislador delega su discrecionalidad al aplicador). El «modelo de las reglas» y el «modelo teórico del imperio de ley» presuponen la tesis de la «separación» entre R1, R2 y R3, por un lado, y R4 y R5, por otro. Por ello, la clave de bóveda de la racionalidad jurídica asumida por estos modelos teóricos (el de las reglas y el del imperio de la ley) es la «división de poderes»: la racionalidad de los poderes aplicadores del Derecho se agota en R1, R2 y R3; y entrar en R4 y R5, cuando no se ha delegado poder para ello, es sobrepasar un límite que lleva a los aplicadores del Derecho a jugar ilegítimamente a ser legisladores.

Nótese algo que es muy importante para entender bien los modelos teóricos del «imperio de la ley» y de «las reglas». En ambos modelos se habla de principios jurídicos; y en ambos se distingue también entre principios institucionales y sustantivos. Nosotros mismos hemos definido el imperio de la ley a partir de la asunción de ciertos principios institucionales. El principio de legalidad, el de la división de poderes, el de *lex posterior*, etc. son un breve muestrario de los llamados «principios» vinculados al imperio de la ley. Todos ellos se caracterizan por ser institucionales: configuran y preservan una determinada forma de autoridad legítima y tratan de salvaguardar el valor jurídico institucional (adjetivo) por excelencia: la seguridad jurídica<sup>15</sup>. Todos estos principios institucionales definitorios del imperio de la ley cumplen la función

14. Cfr. Bobbio, N: «¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes», en Bobbio, N.: *El futuro de la democracia*, Plaza y Janés, Barcelona, 1985, 197 y ss.

15. Para una conceptualización de la seguridad jurídica como valor adjetivo, véase Atienza, M: *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2003.

de desplazar siempre las razones sustantivas, los principios sustantivos. Cumplen la función de encerrar el razonamiento jurídico en R1, R2 y R3 y de excluir del mismo a R4 y R5. Estos principios institucionales –así entendidos– no son ponderables con los principios sustantivos y, en realidad, funcionan como reglas. ¿Qué papel juegan, pues, los principios sustantivos en estos modelos? Los principios sustantivos se extraen a posteriori de las reglas promulgadas: se obtienen por «interpretación teleológica» de las mismas. En este sentido, los principios sustantivos están llamados a cumplir funciones de sistematización (agrupación de reglas en torno a principios) e interpretación (de atribución de significado a reglas preexistentes), pero nunca pueden cumplir funciones normativas: nunca pueden, por ejemplo, justificar el surgimiento de un deber no promulgado previamente. Desde esta perspectiva, los principios quedan normativamente reducidos a (o saturados por) las reglas<sup>16</sup>.

Es muy importante darse cuenta de que la variable relevante para que se incorpore esta forma de concebir el Derecho y su método no es tanto no contar con una constitución del constitucionalismo (una constitución rígida que establezca la división de poderes y el reconocimiento de los derechos), cuanto interpretarla únicamente en términos políticos: considerar que la constitución regula únicamente el Derecho político del país en cuestión; que se limita a gestionar y distribuir el poder soberano. Es decir, concebir la constitución de tal manera en que lo único relevante en términos jurídicos sea la parte orgánica de la misma: la división de poderes, la opción por el presidencialismo o el parlamentarismo, la sala de máquinas, la estructura territorial, las distribuciones de competencias, etc. Desde esta perspectiva, las normas sustantivas (la parte dogmática) de las constituciones no son genuinas normas jurídicas, no están llamadas a ser interpretadas jurídicamente: son normas programáticas, directrices, normas ideales, etc. que tienen que ser concretadas exclusivamente por la legislación. Conforme a esta lectura de las constituciones, las únicas normas constitucionales genuinamente jurídicas son las que estructuran el poder político, el llamado tradicionalmente «Derecho político» de un país; y precisamente por ello, se considera que el papel de los tribunales constitucionales es, en esencia, el de guardián de los procedimientos y de las divisiones competenciales. El correlato del modelo jurídico del «imperio de la ley» es, en este sentido, un «constitucionalismo meramente político»,

---

16. Para ilustrar la cuestión de si un principio queda normativamente reducido a las reglas que lo concretan en un momento determinado recurramos a la antigua doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo español sobre las causas de abstención y recusación de jueces y magistrados que sostenía que dichas causas estaban tasadas: la lista no era ampliable ni restringible. Esta doctrina reducía normativamente el principio de imparcialidad a las reglas de la imparcialidad (las causas de abstención son ejemplos claros de reglas de la imparcialidad: «si el juez tiene interés en el objeto de litigio, entonces obligatorio abstenerse de juzgar»). Esta doctrina del Tribunal Supremo muestra perfectamente la concepción de los principios jurídicos vinculada al imperio de la ley. Naturalmente, como veremos más adelante, «otra forma de entender» los principios es posible.

un constitucionalismo cuya relevancia jurídica gira exclusivamente en torno al llamado «Derecho político»<sup>17</sup>.

En mi opinión, el modelo teórico del imperio de la ley y la concepción meramente política de nuestras constituciones explican muy poco de nuestras prácticas jurídicas reales en la actualidad; sin embargo, no pocos juristas insisten en él. Esta insistencia expresa una nostalgia de un pasado que no volverá y acaba desempeñando, me parece, una función ideológica que impide abordar de verdad el desafío teórico que para el Estado de Derecho representa la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos.

### 3.3. El Estado constitucional y el «constitucionalismo jurídico»

El fenómeno de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos<sup>18</sup> cambia por completo el panorama en los Estados constitucionales que vienen de la tradición legalista del *civil law*<sup>19</sup>. El Derecho y el método jurídico cambian y, por tanto, cambia también la teoría del Derecho que trata de dar cuenta de los mismos. Si algo resulta evidente en estos Estados es la crisis del modelo teórico del «imperio de la ley». El «imperio de la ley» deja de ser «el modelo teórico del Estado de Derecho» para pasar a ser un «principio institucional» (muy importante, pero uno de tantos) del Estado constitucional de Derecho. Insistir en ese modelo teórico solo es posible a partir de

17. En el texto «Cuatro pares de concepciones opuestas de la constitución» oponía la concepción «mecánica» a la «normativa», la «procedimentalista» a la «sustantivista», la de «fuente de las fuentes del Derecho» a la de «fuente del Derecho» y la «concepción política» a la «jurídica». Los primeros términos de cada par enfatizan la lectura meramente política de las constituciones; los segundos, la lectura jurídica de las mismas. En Aguiló Regla, J.: «Cuatro pares de concepciones opuestas de la constitución», en *Fragments para una teoría de la constitución*, ob. cit.

18. Escribe R. Guastini [en *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, G. Giappichelli editore, 2006, 239 y ss.]: «En un orden jurídico no constitucionalizado el Derecho constitucional [...] tiene un radio de acción limitado: por un lado, disciplina los aspectos fundamentales de la organización del Estado (la distribución de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial [...]); por otro, determina los derechos de libertad de los ciudadanos frente a los poderes públicos [...] Por el contrario, en un orden constitucionalizado, el Derecho constitucional tiende a ocupar todo el espacio de la vida social y política, condicionando la legislación, la jurisprudencia, el estilo doctrinal, las acciones de los actores políticos, las relaciones privadas» (p. 240).

19. Estos Estados constitucionales cuentan, como todos los demás Estados constitucionales, con una constitución rígida y normativa que asume los parámetros valorativos del constitucionalismo; pero ocurre que vienen de una cultura jurídica legalista. Ello significa que el ideal jurídico y político del Estado de Derecho se ha construido en torno al «imperio de la ley». Cuentan, pues, con una constitución propia de un Estado constitucional, pero vienen de una tradición en la que el razonamiento jurídico ordinario era meramente *sub lege*; nunca quedaba penetrado por argumentos de naturaleza constitucional porque la legislación constituía el umbral jurídico de referencia para el jurista. Estos Estados constitucionales son los que han emprendido en diferentes grados e intensidades un proceso de constitucionalización de sus órdenes jurídicos. Este proceso de constitucionalización no tiene nada de misterioso y es un hecho social perfectamente observable: a medida que los juristas van introduciendo argumentos constitucionales en la resolución de sus casos jurídicos ordinarios, se va produciendo el fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico.

ignorar por completo la realidad de nuestros ordenamientos jurídicos. En un Estado constitucional con un ordenamiento constitucionalizado, el soberano (si es que ahora tiene sentido hablar en estos términos) actúa sometido a la constitución y no solo constituido por la constitución. La constitución deja de interpretarse como un documento jurídico que solo contiene las normas fundamentales del Derecho político de un país. En un ordenamiento constitucionalizado, los derechos y los principios constitucionales han dejado de ser, por un lado, meramente programáticos (políticos) y, por otro, meramente externos al Derecho y a su método (se trata de normas jurídicas llamadas a jugar su papel en todo el orden jurídico). Los fines a perseguir por la legislación ya no pueden entenderse en términos meramente políticos y en oposición al Derecho. Dicho en palabras de Ferrajoli (aunque mis discrepancias con él sean amplísimas), «la constitución incorpora el deber ser de la legislación». En definitiva, el Derecho cambia y, como consecuencia de ello, cambia también la teoría del Derecho que trata de dar cuenta del mismo.

La constitucionalización de los ordenamientos jurídicos supone el tránsito de un «constitucionalismo meramente político» (el diseño constitucional del Derecho político de un Estado constitucional) a un «constitucionalismo jurídico» (la teoría del Derecho adaptada al ordenamiento jurídico constitucionalizado de un Estado constitucional). Si el constitucionalismo político ha sido un movimiento que aboga por una determinada concepción del Derecho político de un Estado constitucional (división de poderes, representación política, independencia judicial, etc.); el «constitucionalismo jurídico» es un movimiento teórico orientado a la adaptación de la teoría del Derecho a la realidad jurídica política representada por el Estado constitucional de Derecho. Como mínimo, la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos supone la apertura del método jurídico tradicional (R1, R2 y R3) a los principios constitucionales (R4). Esto es lo que, de una u otra manera, han venido a reconocer todas las concepciones del positivismo jurídico incluyente en el ámbito en el que nos estamos refiriendo: el «incorporacionismo» es el intento de dar cuenta del hecho de que los fines de la legislación ya no pueden verse como meramente externos al Derecho y a su método.

Quien sea consciente de todo lo anterior, se dará cuenta de hasta qué punto ha sido un disparate teórico haber mezclado el «constitucionalismo jurídico» con ese engendro teórico bautizado como «neoconstitucionalismo». El constitucionalismo jurídico no puede ser «neo» porque nunca hubo un «paleoconstitucionalismo jurídico»; el «neo» solo puede referirse al «constitucionalismo político» que es precisamente a lo que no prestaron atención los inventores de esta expresión tóxica.

### **3.4. Constitucionalismo de los derechos y postpositivismo**

Pero los cambios operados en nuestros ordenamientos jurídicos han ido mucho más allá de lo hasta ahora referido, pues se ha ido internacionalizando un «Derecho

constitucional común» a través de la internacionalización de los derechos humanos y de su reconocimiento «necesario» en el interior de los Estados constitucionales de Derecho: los derechos son, en este sentido, estrictamente indisponibles para los Estados constitucionales de Derecho. Los Estados constitucionales de Derecho presentan una gran variedad de estructuras políticas (de «salas de máquinas»): unos son monarquías y otros, repúblicas; unos, presidencialistas y otros, parlamentarios; unos, federales y otros, unitarios; unos tienen tribunal constitucional (control concentrado de constitucionalidad) y otros, corte suprema (control difuso); unos tienen un régimen electoral mayoritario y otros proporcional y/o ponderado, etc. Naturalmente, dentro de cada una de esas divisiones podríamos hacer múltiples subdivisiones y con todas ellas ilustrar la multiplicidad de formas que puede adoptar el Derecho político de un Estado constitucional de Derecho. Ninguna de estas formas es definitoria del mismo. Lo que sí es definitorio del Estado constitucional de Derecho es el reconocimiento de los derechos y la atribución a los mismos de un papel de fundamentación de las relaciones jurídico-políticas. Los derechos fundamentan tanto las formas de la **autoridad legítima** (derechos vinculados al debido proceso y derechos democráticos de participación política) como algunos contenidos esenciales de **justicia** (derechos de libertad y derechos sociales)<sup>20</sup>. Es decir, los derechos fundamentan tanto la obligación política de los ciudadanos (el deber de obediencia a la autoridad legítima) como los límites de dicho deber de obediencia (por cuanto fundamentan algunos contenidos jurídicos como necesarios y otros como imposibles). Bien considerado y dicho en palabras de Bobbio, esto supone una novedad histórica que hace que la relación política ya no sea analizable únicamente *ex parte principii* (desde la parte del príncipe, del llamado a mandar, es decir, desde la soberanía), sino fundamentalmente *ex parte populi* (desde la parte del pueblo, los llamados a obedecer, desde los titulares de los derechos). Se mire como se mire, los derechos humanos incorporados a nuestros ordenamientos en la forma de derechos constitucionales y/o fundamentales son exigencias morales necesarias de los Estados constitucionales de Derecho<sup>21</sup>.

20. En otro lugar he sostenido que el «constitucionalismo» (frente al «pseudocostitucionalismo») asume el combate de cuatro males potenciales de toda dominación política y que, para ello, «arma» de manera permanente a los ciudadanos con los derechos. ¿Cuáles son esos males y esos derechos? a) Frente al mal de la arbitrariedad, los derechos vinculados al imperio de la ley y/o al debido proceso. b) Frente al mal del autoritarismo, los derechos de libertad. c) Frente al mal del despotismo, los llamados derechos democráticos y/o de participación política. Y d) frente al mal de la exclusión social, los derechos sociales (y/o de igualdad real o de oportunidades). Aguiló Regla, J.: «En defensa del Estado constitucional de Derecho», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n.º 42, 2019, pág. 87.

21. En términos biográficos, y por sorprendente que pueda resultar, el autor que más me ha influido en términos de la «lectura moral de los derechos» es Francisco Laporta: «El concepto de derechos humanos», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n.º 4, 1987. Por otro lado, es probablemente también el autor de la mejor defensa del imperio de ley de los últimos tiempos, Laporta, F.: *El Imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.

Quien sea consciente del alcance de los cambios operados en nuestros sistemas jurídico-políticos no puede sorprenderse demasiado de que el positivismo jurídico haya entrado en crisis como concepción de nuestro Derecho positivo (del Derecho realmente practicado). Lo sorprendente es precisamente lo contrario: la contumacia mostrada por muchos teóricos del Derecho en la defensa de una concepción que simplemente ya no vale. El positivismo jurídico se ha caracterizado por dos tesis esenciales: la tesis de las fuentes sociales del Derecho (el Derecho es social e histórico) y la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. La tesis de las fuentes sociales hoy no sirve para caracterizar una concepción del Derecho diferenciada porque, en realidad, nadie la discute: nadie niega de manera relevante el carácter histórico y social del Derecho positivo. La crisis del positivismo jurídico en nuestras latitudes proviene de su incapacidad teórica para dar cuenta de nuestras prácticas jurídicas y constitucionales y, en particular, del nuevo papel asumido por los derechos fundamentales; de su incapacidad para tomarse «los derechos en serio»<sup>22</sup>.

Una parte muy importante del «constitucionalismo jurídico» (el movimiento teórico que trata de construir una teoría del Derecho adaptada a nuestros Estados constitucionales) es postpositivista; se ha desembarazado del «positivismo jurídico» porque considera que, en realidad, opera como un corsé que impide dar cuenta de nuestras prácticas jurídicas reales: de su método y su racionalidad. A estas alturas, pretender que

---

22. En otro lugar he escrito: «La estructura del Estado constitucional (y, en particular, la rigidez constitucional y los derechos fundamentales) ha puesto ante los ojos de cualquiera que no quiera dejar de mirar las deficiencias de los presupuestos del positivismo. En este sentido, es sorprendente la «terquedad» teórica y la aversión al cambio que manifiestan muchos autores. En efecto, el «sostenella y no enmendalla» ha abocado al positivismo a enfrentar el desafío que suponen la rigidez constitucional y el reconocimiento de derechos fundamentales con una variedad de respuestas que, además de aclarar poco, implican asumir unos altísimos costes teóricos. Telegrafiamos algunas de estas respuestas: a) La crítica a la rigidez constitucional por elitista y contramayoritaria (Waldron) nos aboca a todos a tener que adoptar el modelo «Westminster» (parlamentarismo sin constitución rígida) para no incurrir en irracionalidad colectiva. b) La consideración de que un derecho es fundamental solo por el hecho de ser universal y estar protegido por la rigidez constitucional (Ferrajoli) convierte a los aceptantes de los derechos fundamentales en sujetos ridículos e irracionales. c) La nostalgia del imperio de la ley y del modelo de las reglas, del «libro de reglas» (Laporta y Schauer) es una pura «pendiente resbaladiza» que impide afrontar con rigor el futuro del Estado de Derecho. d) La crítica radical a la ponderación por ausencia de «ponderómetro» (García Amado) nos desarma a la hora de controlar (y criticar) muchas decisiones de los jueces (constitucionales o no). e) La exacerbación del escepticismo interpretativo dado el carácter abierto de muchas disposiciones constitucionales (Guastini y el llamado «realismo genovés») convierte todas nuestras prácticas en torno a las decisiones de los tribunales constitucionales y los tribunales de derechos humanos en puros sinsentidos. f) El incorporacionismo de las valoraciones por «imperativo (remisión) constitucional» tiene algo de autocontradictorio y de transición inacabada. g) El razonamiento excluyente para determinar el contenido del Derecho combinado con la autorización del uso de razones morales por parte de los jueces (Raz) resulta simplemente incompatible. h) El «aquí no ha pasado nada» destinado a mantener incólume la teoría de los sistemas normativos supone renunciar a hablar del mundo (Bulygin y sus epígonos), etc., etc.» en, Buzón, R. y Garza Onofre, J.J.: «Entrevista a Josep Aguiló», en *La escuela de Alicante de filosofía del Derecho. Argumentación jurídica y postpositivismo*, Tirant lo Blanch, 2022.

el método jurídico aplicativo (es decir, la racionalidad jurídica) se agota en R1, R2 y R3; y que R4 y R5 son extrajurídicas es lo más parecido a un sesgo cognitivo, un prejuicio o un error categorial. La teoría del Derecho actual (el constitucionalismo jurídico) no puede seguir diciendo lo mismo que se construyó para el «imperio de la ley» (principio de legalidad y separación de poderes), como si no hubiera diferencias estructurales y funcionales esenciales entre legislación y constitución y como si los derechos no jugaran ahora un papel de fundamentación. El constitucionalismo jurídico tiene que redefinir las relaciones entre el Derecho, la política y la moral. Carlos S. Nino fue, sin duda, un adelantado al respecto<sup>23</sup>.

## 4. PONDERACIÓN Y LEGISLACIÓN

### 4.1. Ponderación *contra legem*, *secundum legem* y *praeter legem*

Aceptemos, pues, una verdad de Perogrullo: en el Estado constitucional de Derecho hay fines que la legislación está obligada (jurídicamente) a perseguir. Es decir, que hay bienes jurídicos (sustantivos e institucionales) que la constitución obliga a proteger y/o promover. La formulación normativa de este deber categórico<sup>24</sup> de protección y/o promoción es lo que llamamos principios constitucionales (sean derechos o no). Estos fines no son externos al Derecho: son principios constitucionales que han dejado de verse como meramente políticos (programáticos); en definitiva, son principios jurídicos. A este cambio que la historia ha producido en nuestros ordenamientos jurídicos se le ha llamado en infinidad de ocasiones «la juridificación de la política». Y su manifestación más palpable se encuentra en las propias exposiciones de motivos de las leyes. Las leyes se presentan a sí mismas como desarrollos «debidos» de principios constitucionales a partir de necesidades, demandas y/o urgencias sociales. ¿Significa ello el fin de la política y de la libertad legislativa, por un lado, y la consagración de la judicialización de la política, por otro? En absoluto. Es verdad que la legislación se explica fundamentalmente como la formulación de reglas jurídicas que son el producto de la representación de intereses sociales (no espurios ni inconfesables) y de la ponderación de principios constitucionales. Pero ¿en qué se traduce lo anterior para el legislador? En que los principios constitucionales son «mandatos de ponderación». Obligan al legislador a tomar en consideración los bienes jurídicos relevantes a la hora de promulgar una nueva regulación jurídica. El legislador puede sin duda «sacrificar» un bien constitucional para preservar otro, pero no puede simplemente «ignorarlo». Los principios le obligan a ponderar: el legislador debe ponderar los bienes relevantes en relación con el caso genérico que pretende regular. Eso es precisamente lo que

23. Nino, Carlos S.: «Derecho, moral y política», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 14, 1993, págs. 35 y ss.

24. Véase la nota 9.



significa que muchos de los fines perseguidos por la política han pasado a ser internos al Derecho: que, en muchos casos, la política no es libre de determinar si se trata o no de un bien jurídico; otra cosa es el valor que se atribuya a los diferentes bienes jurídicos.

Pero no nos desviemos y regresemos al método jurídico-aplicativo, a las decisiones que toman los jueces ordinarios (no los constitucionales). ¿En qué se traduce este mandato de ponderación dirigido al legislador? Es decir, ¿qué papel juega la ponderación de principios en la aplicación de la ley? Aunque pueda sonar a provocación, no he encontrado mejor estructura para explicarlo que apelar a una antiquísima tripartición que servía para explicar las relaciones entre ley y costumbre: *contra legem*, *secundum legem* y *praeter legem*<sup>25</sup>. La ponderación *contra legem*, es decir, la ponderación judicial contra la ponderación hecha por el legislador, al igual que ocurría con la costumbre, está prohibida. Si el legislador ha ponderado los bienes jurídicos relevantes, el juez ordinario tiene prohibido ponderar de nuevo. En este caso, le corresponde aceptar la regla dictada por el legislador y aplicarla<sup>26</sup>. *Contra legem* significa contra la ponderación hecha por la ley, no contra la «letra» de la ley. La ponderación *secundum legem*, al igual que ocurría con la costumbre, es obligatoria para el aplicador del Derecho. Cuando la ley establece cosas tales como «el juez valorará (ponderará) a la luz de las circunstancias del caso», entonces el juez tiene el mandato de ponderar los principios en función de las propiedades relevantes del caso: «el juez debe ponderar». Ya tenemos, pues, ponderaciones prohibidas y ponderaciones obligatorias para el juez. La ponderación «*praeter legem*» es la ponderación en ausencia de ponderación legislativa; es decir, cuando el legislador no ha ponderado algún bien relevante dadas las circunstancias del caso que hay que resolver. Me refiero a las lagunas normativas y a las lagunas axiológicas. En las lagunas normativas, el legislador no ha ponderado porque no ha regulado el caso en cuestión (falta de regulación). En las lagunas axiológicas, el caso ha sido regulado (encaja en el supuesto de hecho de una regla), pero no ha sido ponderado por falta de previsión: aparece una propiedad relevante que no había sido considerada al sopesar los bienes jurídicos en juego. Si bien se considera, el buen aplicador del Derecho únicamente pondera en dos circunstancias: a) cuando el legislador se lo ordena (ponderación *secundum legem*) y b) cuando el legislador, dadas las circunstancias, no ha ponderado debiendo haberlo hecho (ponderación *praeter legem*).

Centrémonos en el último caso que es el que puede resultar problemático. ¿Supone la ponderación *praeter legem* que el juez ejerce de legislador? Sí y no. Sí, si la cuestión se mira solo desde la perspectiva del poder normativo que el juez ejerce (lo que le es posible hacer): el juez tiene poder para introducir una regla (o una excepción a una regla)

25. Al respecto, véase el cap. V: «Fuentes-hecho, costumbre jurídica y normas provenientes de prácticas sociales» del libro Aguiló Regla, J.: *Teoría general de las fuentes del Derecho y del orden jurídico*, Ariel, Barcelona, 2000.

26. Naturalmente, esto no afecta a las «cuestiones de inconstitucionalidad» o similares.

dentro de las alternativas convencionalmente ofrecidas por el sistema jurídico. No, si la cuestión se mira desde la perspectiva de la racionalidad (justificación) de la decisión que toma. Los argumentos a los que el juez puede recurrir son completamente diferentes de los argumentos típicamente legislativos. Los del juez miran hacia el pasado: giran esencialmente en torno a la idea de coherencia normativa de la nueva regulación con el sistema jurídico preexistente a la decisión. Frente a ello, los argumentos típicamente legislativos apuntan hacia el futuro: giran en torno al cambio de regulación y miran sobre todo hacia las consecuencias<sup>27</sup>. Naturalmente, si hablamos de método jurídico, de racionalidad de las decisiones judiciales, de justificación del ejercicio de los poderes jurisdiccionales, etc., la respuesta es claramente no: el juez no ejerce de legislador, aunque cree una regla (o una excepción a una regla)<sup>28</sup>.

Por ello, la idea de laguna jurídica exige a quien la invoca justificar que conforme al sistema jurídico actual (el que preexiste a la decisión) hay una «falta de regulación» (laguna); y ello significa que falta una norma **debida** conforme al sistema jurídico preexistente. Bien mirado, el concepto de laguna jurídica presupone el concepto de «norma debida» en algún sentido. En efecto, el concepto jurídico de laguna tiene una estructura muy semejante a la del concepto jurídico de «omisión» de una acción, pues ambos dependen de la existencia previa de un deber. La omisión de una acción (la falta de acción) presupone que la realización de la acción en cuestión «es debida» en algún sentido. La laguna jurídica (la falta de regla o la falta de excepción a la regla) presupone que la regla o la excepción «son debidas» en el sistema jurídico actual<sup>29</sup>. Si no nos damos cuenta de ello, y reparamos en los diferentes argumentos a los que el legislador y el juez pueden acudir para justificar la «norma debida», no entenderemos nada relevante de las lagunas jurídicas, ni de las cuestiones de legitimidad de la acción

27. En otro lugar he sostenido que la pretensión de explicar la incorporación de las normas de origen judicial al sistema jurídico desde los esquemas conceptuales propios de las fuentes-acto (el modelo de la legislación y de las normas provenientes de autoridades políticas) constituye un error frecuente. Cualquier explicación satisfactoria de los «precedentes» y de la «jurisprudencia» como fuentes del Derecho pasa por tomar en consideración los componentes justificativos de las decisiones jurisdiccionales. Véase al respecto el cap. VI: «Las normas de origen judicial» del libro Aguiló Regla, J.: *Teoría general de las fuentes del Derecho y del orden jurídico*, Ariel, Barcelona, 2000.

28. Especialmente relevante, en este sentido, me parece el cap. VII («Cómo evaluar las argumentaciones») de Atienza, M.: *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, 548 y ss. Véase también Atienza, M.: «Diez tesis sobre el razonamiento judicial», en Aguiló Regla, J. y Grandez, P. (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Palestra, Lima 2017.

29. Un tópico compartido por los autores positivistas post-kelsenianos en el tratamiento de las lagunas es que hay una gran diferencia entre las lagunas normativas y las lagunas axiológicas. La razón es clara: en las lagunas normativas, según sostienen, la «identificación» de la laguna no es valorativa (aunque sí su solución); mientras que en las lagunas axiológicas todo es valorativo: tanto la identificación como la solución. La tesis que estoy sosteniendo aquí es precisamente la opuesta: nunca es posible «identificar» una laguna jurídica, sea del tipo que sea, sin hacer valoraciones, sin un juicio «valorativo» de relevancia jurídica del caso no regulado o de la excepción no prevista.

de los jueces (deber de independencia y de imparcialidad) y de los legisladores (deber de representación de intereses sociales)<sup>30</sup>.

#### 4.2. Principios y valores.

Tal como hemos establecido, los principios constitucionales ordenan la protección y/o la promoción de bienes jurídicos. El recurso al «y/o» es debido a que muchos de ellos hacen las dos cosas. Por ejemplo, el principio de igualdad puede interpretarse tanto protegiendo la igualdad (y justificando el establecimiento de reglas que prohíben acciones discriminatorias) como promoviendo la igualdad de oportunidades, por ejemplo (y, en consecuencia, justificando la implantación de reglas que tratan desigualmente con la finalidad de generar una igualdad de oportunidades). Todas las reglas, al perseguir fines (sean protectores o promocionales) acaban sacrificando también bienes jurídicos. Como mínimo, siempre que se establece una prohibición u obligación de hacer algo se sacrifica la libertad de hacer o no hacer ese algo. Por ello, se dice que toda

---

30. Al respecto, he escrito en otro lugar: «En el marco de un Estado de Derecho, todos los actores que ejercen un poder público, una competencia (sea de la naturaleza que sea), tienen el deber de someterse al Derecho. Ello quiere decir que entre los criterios de legitimidad de sus decisiones está siempre la idea de cumplir o aplicar el Derecho. La aplicación del Derecho es, pues, un requisito de legitimidad de la actuación de todos los poderes públicos. En consecuencia, el deber de independencia de los jueces tiene que ser algo más y algo distinto que el mero deber de aplicar el Derecho; porque este deber es compartido por todos los actores (órganos) públicos. Entender bien la independencia judicial es oponerla a otros dos grandes criterios de legitimación que operan también en el Estado de Derecho y que están más allá de la mera aplicación del Derecho: la representación y la sujeción. Todos los órganos representativos (políticos) tienen un deber de representación de intereses sociales. Para ellos, la legitimidad de su actuación es una combinación, entre otras cosas, de juicios de legalidad (de aplicación del Derecho) y de representación de intereses sociales legítimos, no espurios. En este sentido, la corrupción, entendida como la promoción de intereses bastardos o inconfesables, es vista como una traición a los portadores de intereses legítimos y, en consecuencia, es una de las principales fuentes de deslegitimación de los órganos representativos. Otros órganos públicos incorporan entre los criterios de legitimidad de su actuación un deber especial de sujeción. Piénsese, por ejemplo, en el grueso de los órganos administrativos. La Administración pública es una estructura jerárquica en la que unos órganos están «sujetos» a las instrucciones de otros órganos superiores. En consecuencia, su legitimidad se construye asimismo en torno a la legalidad de su actuación (aplicación del Derecho), pero también en torno a la sujeción respecto de las instrucciones de los superiores (la «obediencia debida» con todos los límites y matices que quieran hacerse). Pues bien, si tenemos claro lo anterior, estamos en condiciones de entender que el «deber de independencia» de los jueces en un Estado de Derecho se construye (y se entiende) tanto *ad extra* como *ad intra*, en oposición respectivamente a estos otros dos criterios de legitimación recién mencionados. Cuando un juez realiza actos jurisdiccionales tiene prohibido tanto representar «intereses sociales», como someterse a personas (entablar relaciones de sujeción). La independencia judicial supone, en esencia, la negación de la representación y de la sujeción. En este sentido, un juez independiente nunca debe ejercer de político (de representante de intereses sociales) ni de «funcionario» subordinado a sus superiores. El ideal de un juez independiente denota a un juez que decide conforme a Derecho (aplica el Derecho) y que lo hace solo por las razones que el Derecho le suministra», en el prólogo al libro de Rondini, P.: «Organización de la jurisdicción en Chile. Análisis y bases de discusión para un nuevo diseño institucional», Ed. Tirant lo Blanch, 2021.

regla incorpora siempre una ponderación de principios: siempre protege y/o promueve bienes jurídicos y siempre sacrifica como medios bienes jurídicos. En este sentido, la ponderación de principios desemboca inevitablemente en la valoración de los bienes en juego. La determinación de que algo es un bien jurídico es una cuestión normativa, la determinación del «peso» de los principios es una cuestión valorativa. Ello remite a la cuestión de la jerarquía de los principios, de las jerarquías valorativas. Aquí, no voy a detenerme en extenso; solo voy a decir algo que me parece casi una trivialidad. Cuando hablamos de jerarquías de principios desde la perspectiva del aplicador del Derecho, podemos referirnos a tres cuestiones diferentes: jerarquías formales y/o estructurales, jerarquías sustantivas y jerarquía ponderativas.

Para dar cuenta de las jerarquías formales y/o estructurales entre principios hay que retomar lo dicho a propósito de R2, la racionalidad sistemática en el nivel de las disposiciones. El sistema jurídico visto como un sistema estructurado de disposiciones puede establecer perfectamente jerarquías entre principios. Para quien dicta la disposición, la jerarquía establecida es material; para quien la aplica, pasa a ser formal. Un ejemplo claro puede ser el art. 53 de la Constitución española cuando distingue entre diferentes capítulos y secciones a la hora de establecer las garantías de las «libertades y derechos fundamentales»<sup>31</sup>. Además de las jerarquías formales, pueden establecerse también jerarquías materiales entre principios. Estas jerarquías se corresponden con lo que generalmente llamamos –asumiendo la terminología alexiana– «el peso abstracto de los principios». Este peso abstracto es el resultado de una combinación de juicios de coherencia en torno a convenciones interpretativas de los principios y en torno a juicios morales genuinos. Opera un cierto constructivismo jurídico. Por ejemplo, el derecho a la vida pesa más que el derecho al honor. Finalmente, en nuestros ordenamientos hay infinidad de jerarquías ponderativas que presentan grados de abstracción muy diferentes: unas quedan reflejadas en tópicos jurídicos; otras, en reglas jurídicas generales; y otras, finalmente, en soluciones para casos muy concretos. Por ejemplo, en el Derecho español, la intimidad de un personaje público vale (pesa) menos que la intimidad de una persona anónima; o la «autonomía de la voluntad» pesa (vale) más en el Derecho

31. El art 53 C/78 establece:

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

civil que en el Derecho mercantil; etc. Otras jerarquías ponderativas son mucho más concretas y son el resultado de ponderar los principios constitucionales con los estados del mundo (las circunstancias del mundo). Por ejemplo, sin la pandemia del covid (y la ausencia de conocimiento sobre el comportamiento del virus), nadie hubiera llegado a sostener que el derecho a la salud podía prevalecer sobre la libertad deambulatoria de los no contagiados<sup>32</sup>.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

- 1) Los principios constitucionales son mandatos categóricos de protección y/o promoción de ciertos bienes jurídicos mediante el dictado de reglas.
- 2) Ello significa que muchos de los fines que la legislación persigue son internos al propio Derecho (son jurídicos, no meramente políticos).
- 3) Muchas reglas están orientadas a alcanzar los referidos fines, es decir, a proteger y/o promocionar los bienes jurídicos ordenados; pero al hacerlo, las reglas sacrifican como medios otros bienes jurídicos también ordenados.
- 4) Una regla que sacrifica medios más valiosos que los fines que pretende proteger está en el centro de la irracionalidad legislativa.
- 5) Por ello, el método jurídico presupone que toda regla expresa siempre una ponderación, un juicio de proporcionalidad entre el valor asignado a lo protegido (como fin) y el valor asignado a lo sacrificado (como medio).
- 6) Para el juez ordinario, la ponderación *contra legem* está prohibida; la ponderación *secundum legem* es obligatoria; y la ponderación *praeter legem* solo es aceptable si el juez en cuestión logra justificar la existencia de una laguna legislativa (ya sea normativa o axiológica).
- 7) La ponderación de principios, tanto si la hace el legislador, como si la hace un juez, desemboca en la formulación de una regla que resuelve el caso genérico abordado. Es decir, tras ponderar se crea una regla que no existía.
- 8) La gran diferencia entre la ponderación legislativa y la judicial radica en las razones que pueden usarse para justificar una y otra. Los argumentos típicamente legislativos

---

32. Aunque he advertido que no iba a tratar las cuestiones de «justicia constitucional», no puedo callar algo que creo que no se debe dejar de repetir por el «escándalo jurídico» que supone: la sentencia del Tribunal constitucional español relativa al primer estado de alarma a propósito del covid es un contramodelo de buena sentencia constitucional. En efecto, se trata de un verdadero despropósito. Por un lado, el formalismo que muestra la mayoría del Tribunal le incapacita para abordar los juicios valorativos (ponderativos) genuinos que la sentencia obviamente requería. En su lugar, la sentencia se embarca en una estúpida discusión semántica entre «limitación de derechos» (supuesto género) y «suspensión de derechos» (supuesta especie). Y, por otro, el activismo desaforado de los magistrados de la mayoría les lleva a aniquilar las jerarquías formales relevantes; entre otras cosas, ignorando las previsiones establecidas por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Se mire como se mire, una pésima sentencia.

apuntan centralmente hacia el futuro: giran en torno al cambio de regulación y miran sobre todo hacia las consecuencias. Los del juez se centran principalmente en el sistema jurídico existente: giran en torno a la idea de coherencia normativa entre la nueva regla que se pretende introducir y el sistema jurídico anterior, el que preexiste a la decisión.

9) Si se acepta que en el Estado constitucional de Derecho hay fines internos que se le imponen al legislador, carece de sentido oponerse a la ponderación de principios constitucionales. Otra cosa es oponerse a esta o aquella ponderación hecha por el legislador (cuestión política) o por un juez (cuestión jurídica).

10. Ponderar es valorar.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, J.: En defensa del Estado constitucional de Derecho», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 42, 2019.
- AGUILÓ REGLA, J.: *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000.
- AGUILÓ REGLA, J.: *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*, Fontamara, México, 1995.
- AGUILÓ REGLA, J.; ATIENZA, M.; y RUIZ MANERO, J.: *Fragments para una teoría de la constitución*, Iustel, Madrid, 2007.
- ALEX, R: *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993.
- ATIENZA, M.: *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.
- ATIENZA, M.: *Contribución para una teoría sobre la legislación*, Madrid, Civitas, 1989.
- ATIENZA, M.: *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2003.
- ATIENZA, M.: «Diez tesis sobre el razonamiento judicial», en Aguiló Regla, J. y Grandez, P. (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Palestra, Lima, 2017.
- BOBBIO, N: «¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?» en Bobbio, N.: *El futuro de la democracia*, Plaza y Janés, Barcelona, 1985.
- BUZÓN, R.: «Introducción al pensamiento iusfilosófico de Manuel Atienza», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 2023.
- BUZÓN, R. y GARZA ONOFRE, J.J.: *La escuela de Alicante de filosofía del Derecho. Argumentación jurídica y postpositivismo*, Tirant lo Blanch, 2022.
- CEVALLOS, D.: *El constitucionalismo jurídico y la institución del amparo*, tesis doctoral, Universidad de Alicante, 2022.
- GARCÍA AMADO, J.A. y GIORGIO DALLA BARBA, R.: (ed.): *Principios jurídicos. El debate metodológico entre Robert Alexy y Ralf Poscher*, Palestra, 2022.
- GUASTINI, R: *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, G. Giappichelli editore, Turín, 2006.
- LAPORTA, F: *El Imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.
- LAPORTA, F: «El concepto de derechos humanos», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 4, 1987.
- LIFANTE VIDAL, I.: *Contra la corrupción. Estado de Derecho y transparencia*, Palestra, Lima, 2021.
- MERTON, R.K.: «Social Structure and Anomie», *American Sociological Review*, vol. 3, n. 5, 1938.

- NASCIMENTO, R.S.: «El modelo ideal (no irreal) del legislador que argumenta», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 46, 2023.
- NINO, C. S.: «Derecho, moral y política», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 14, 1993.
- ORTEGA Y GASSET, J.: «Comentario al 'Banquete' de Platón», en *Misión del Bibliotecario*, Revista de Occidente (col. El arquero), Madrid, 1962
- PÉREZ LLEDÓ, J.A.: «Sobre la función promocional del Derecho. Un análisis conceptual», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 23, 2000.
- RONDINI, P.: «*Organización de la jurisdicción en Chile. Análisis y bases de discusión para un nuevo diseño institucional*», Tirant lo Blanch, 2021.
- SCHAUER, F.: *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas, en el Derecho y en la vida cotidiana*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- VON WRIGHT, G.H.: *Norma y acción*, Tecnos, Madrid, 1970.







# La bioética como argumentación: la concepción bioética de Manuel Atienza<sup>1</sup>

## Bioethics as Argumentation: the Bioethical Conception of Manuel Atienza

Macario Alemany<sup>2</sup>

### Autor:

Macario Alemany  
Universidad de Alicante, España  
Macario.alemany@ua.es  
<https://orcid.org/0000-0001-7709-1455>

**Recibido:** 10/06/2022

**Aceptado:** 10/09/2022

### Citar como:

Alemany, Macario (2023). La bioética como argumentación: la concepción bioética de Manuel Atienza. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 41-74. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.02>

### Financiación:

Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «Argumentación, constitucionalismo jurídico y derechos», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Gobierno de España, Cód. 2022/00705/001.

### Licencia:

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



© 2023 Macario Alemany

### Resumen

En este artículo se abordan los rasgos principales de la bioética de Manuel Atienza. Para ello, se resume, en primer lugar, su artículo «Juridificar la bioética». En segundo lugar, se ilustra la concepción de Atienza de la bioética como argumentación con tres tipos de argumentos frecuentemente usados por el autor: el argumento de la (i) razonabilidad y la apelación al consenso razonable, el argumento de la (in)coherencia y el argumento por las consecuencias normativas o fácticas. En tercer lugar, se da cuenta del fundamento último de la argumentación bioética de Atienza, su objetivismo moral mínimo, prestando especial atención a la idea de dignidad.

**Palabras clave:** bioética; argumentación; razonabilidad; coherencia; objetivismo moral; dignidad.

### Abstract

This paper addresses the main features of Manuel Atienza's bioethics. First, his paper «Juridificar la bioética» is summarized. Second, Atienza's conception of bioethics as argumentation is illustrated with three types of arguments frequently used by the author: the argument of (un)reasonableness and the appeal to reasonable consensus, the argument of (in)coherence and the argument by normative or factual consequences. Third, an account of moral

1. Debo agradecer a Isabel Lifante y a Lucas Misseri una revisión crítica del presente texto.

2. Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Director de la Cátedra Emilio Balaguer de Bioética, Historia de la Medicina y Medicina Social. Universidad de Alicante (España).

objectivism as the ultimate foundation of Atienza's bioethical argumentation is provided, by paying special attention to the idea of dignity.

**Keywords:** bioethics; argumentation; reasonableness; coherence; moral objectivism; dignity.

## I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este artículo es exponer las características más sobresalientes de la bioética de Manuel Atienza. Atienza ha participado en prácticamente todos los debates que sobre bioética se han planteado en las tres últimas décadas en el ámbito latino. Es autor de numerosos trabajos académicos, estudios jurisprudenciales y artículos periodísticos. Además, tuvo una temprana participación en algunas instituciones vinculadas a la bioética, como el *Comité de Ensayos Clínicos* del Hospital General de Alicante, en 1992<sup>3</sup>, o en la primera composición de la *Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida* (1997)<sup>4</sup>.

Si bien se trata de un periodo de tiempo considerable, se constata una gran coherencia entre todos los trabajos de Atienza sobre bioética. El hilo conductor de los mismos es, en sus propias palabras, «que los problemas de la bioética son esencialmente problemas de argumentación y que, para su solución, el Derecho provee algunos instrumentos (teorías y técnicas argumentativas) de gran valor» (ATIENZA, 2004, 9). Igualmente, Atienza considera que la mayoría de las cuestiones bioéticas no son tan novedosas y, mucho menos, irresolubles como se suele pensar. La presunta dificultad extraordinaria de dichos problemas tendría sus fuentes fuera de la bioética: en particular, en las concepciones del Derecho formalista legalistas que suelen asumir muchos juristas y la mayoría de los científicos y teóricos de la moral; en la existencia de prejuicios morales generalmente vinculados a las creencias religiosas (ATIENZA, 2004, 13); y, por último, en las connotaciones político-partidistas de estos temas y sus repercusiones electorales a corto plazo (ATIENZA, 2008, 4). En definitiva, Atienza entiende la bioética como argumentación y una argumentación, como veremos más adelante, con una dimensión esencialmente dialéctica.

Lo anterior no supone, sin embargo, que nuestro autor prescinda de las cuestiones de fundamentación: para Atienza el combate argumentativo contra las falacias y

3. Atienza fue invitado a participar como consecuencia de la remodelación del *Comité*, obligatoria de acuerdo con lo dispuesto en la *Ley del Medicamento, de 20 de diciembre de 1990*, por la que estos comités de ensayos pasaron a denominarse *Comités Éticos de Investigación Clínica*, con funciones ampliadas y un carácter marcadamente bioético.

4. Comisión creada por el *RD 45/1997, de 21 de marzo*, de acuerdo con lo previsto en la *Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción humana asistida*. En la actualidad, la Comisión se rige por el *RD 42/2010, de 15 de enero, por el que se regula la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida*, de acuerdo con lo previsto en la vigente *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*.

paralogismos bioéticos no puede sustentarse, en última instancia, sin el respaldo de lo que denomina un «objetivismo moral mínimo». Ahora bien, con frecuencia, al discutir sobre problemas prácticos particulares, siguiendo un principio de economía muy importante para el oficio jurídico, cuando hay razones suficientes para que una pretensión sea aceptada, Atienza considera que no es necesario (ni conveniente) seguir argumentando, por lo que las cuestiones de fundamentación quedan *provisionalmente* postergadas.

En cuanto a la naturaleza más o menos novedosa de los problemas bioéticos, nuestro autor admite que las cuestiones relacionadas con los últimos avances en genética y, en particular, con la posibilidad de edición genética de seres humanos sí que pueden presentar un elemento nuevo<sup>5</sup>. Atienza sostiene que cabría aplicar los principios de la bioética también a este campo de intervenciones genéticas y, en este sentido, se aparta de autores como Habermas o Sandel, que hacen una crítica radical de lo que denominan «eugenesia liberal» (HABERMAS, 2002a; SANDEL, 2015). Pero concuerda con ellos en su advertencia de que «el desarrollo tecnológico (de la neurociencia, de la inteligencia artificial y –en lo que aquí nos interesa– de la genética) plantea ni más ni menos que el riesgo de que dejen de existir algunas prácticas tan característicamente «humanas» como lo que llamamos «moralidad»» (ATIENZA, 2022b). Se trataría de la posibilidad de alterar las «condiciones de la moralidad», algo que hasta ahora se planteaba como «simples hipótesis» (*ibidem*). Piénsese, por ejemplo, en aquello que Hart consideraba rasgos inamovibles de la naturaleza y circunstancia humanas y que fundamentan la existencia de un contenido mínimo de derecho natural: entre otros, la igualdad aproximada entre los seres humanos y, a partir de ahí, también su parecida vulnerabilidad (HART, 1963).

Como es sabido, en la actualidad, Atienza es el autor más importante en argumentación jurídica en el ámbito latino<sup>6</sup>. Su libro *Curso de argumentación jurídica* (ATIENZA, 2013) constituye un verdadero *opus magnum* de la disciplina. Este artículo se vería desbordado si se pretendiera dar cuenta suficientemente de la teoría de la argumentación de Atienza previamente a dar cuenta de su bioética, aunque ello sería, quizás, la mejor manera de alcanzar una visión completa de esta última. Pero, por otro lado, y aquí sigo un proceder frecuente de Atienza en sus publicaciones, un breve resumen puede aportarnos lo mínimo suficiente para avanzar. Vaya, pues, a continuación, una muy

---

5. Hasta la actualidad, la línea de investigación dominante en edición genética se basa en la técnica CRISPR-Cas9, en cuyo desarrollo fue esencial la aportación del microbiólogo de la Universidad de Alicante, Francis Mojica.

6. Atienza no ha destacado solo en la materia de argumentación jurídica, creo que no cabe duda de que es uno de los iusfilósofos más destacados de su generación. Isabel Lifante ha condensado el pensamiento iusfilosófico de Atienza en diez puntos, de una forma que resulta extraordinariamente clara y útil para una aproximación al autor: vid. LIFANTE VIDAL, 2023.

esquemática presentación de la teoría de la argumentación de Atienza para el lector no familiarizado con la misma<sup>7</sup>.

Argumentar es una actividad lingüística consistente en «dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar» (ATIENZA, 2004, 15). Cabe distinguir tres concepciones de la argumentación: formal, material y pragmática. La *concepción formal*, propia de la lógica, parte del problema de qué se puede inferir a partir de determinadas premisas, la noción de argumento es la de un encadenamiento de premisas, la validez de los argumentos es puramente formal (un argumento deductivamente válido es aquel en el que la conclusión es necesariamente verdadera si las premisas son verdaderas) y, finalmente, la lógica solo se refiere al resultado de la argumentación no al proceso o actividad de argumentar. La *concepción material* parte del problema de qué se debe creer o qué se debe hacer, se centra en las premisas mismas (que son vistas como buenas razones en favor de una tesis teórica o práctica), y se considera un buen argumento a aquel que (más allá de estar formalmente bien construido) parte de premisas que son verdaderas (están bien fundadas) y relevantes para la conclusión. La *concepción pragmática* ve la argumentación como una interacción o actividad entre dos o más sujetos, el problema del que parte es cómo persuadir a un auditorio o interactuar con otro, u otros, para llegar a un acuerdo de tipo teórico o práctico, y un buen argumento desde el punto de vista pragmático es aquel que logra persuadir, lo cual depende del seguimiento de ciertas reglas de comportamiento argumentativo. Dentro de la concepción pragmática, de acuerdo con la tradición clásica, hay dos enfoques principales: el retórico, en el que la argumentación se presenta como un discurso frente a un auditorio pasivo, que no se pronuncia o lo hace al final; y la dialéctica, donde la argumentación se da entre dos sujetos que interactúan constantemente entre ellos, se interpelean (ATIENZA, 2004, 15 y ss.).

Atienza sostiene que la relevancia de estas tres concepciones para una argumentación real depende del contexto y que no se excluyen necesariamente<sup>8</sup>. En el campo de la bioética, generalmente, entran en juego las tres, puesto que se trata en definitiva de una argumentación moral. No obstante, hay que estar siempre atentos a las peculiaridades de contextos en los que encontramos argumentaciones bioéticas. Desde las numerosas limitaciones que se presentan en un contexto fuertemente institucionalizado como es, por ejemplo, la argumentación de un tribunal constitucional (donde algunos argumentos

7. Sigo la brevísima exposición que hace Atienza dirigida precisamente a un lector interesado en bioética en su libro *Bioética, Derecho y Argumentación* (Atienza, 2004). Por supuesto, quien esté interesado en tener una visión más amplia y profunda de la teoría de la argumentación de Atienza debe acudir al *Curso de argumentación jurídica* (Atienza, 2013) y a *El derecho como argumentación* (ATIENZA, 2006).

8. El rasgo más característico de la teoría de la argumentación de Atienza es, a mi juicio, la introducción de la concepción material de la argumentación junto a las concepciones formal y la pragmática y el esfuerzo por integrar a las tres en una teoría coherente.

pueden quedar excluidos o perder peso por principios institucionales)<sup>9</sup>, hasta la argumentación abierta de una discusión en el «ágora» pública, pasando por contextos con cierta institucionalización como los comités de bioética; en razón del contexto lo que cuenta como un buen argumento o una buena argumentación puede variar.

## II. RASGOS GENERALES DE LA BIOÉTICA DE MANUEL ATIENZA: «JURIDIFICAR LA BIOÉTICA»

En el artículo de Manuel Atienza «Juridificar la Bioética», publicado en la revista *Claves de Razón Práctica* en 1996<sup>10</sup>, se contienen los lineamientos generales de la bioética del autor<sup>11</sup>. Atienza comienza dando cuenta de su experiencia en el *Comité de Ética de Investigación Clínica* del Hospital General de Alicante (1992-1994). Entre otras cuestiones sobre la composición del *Comité* y, en general, sobre la discusión en el seno de este tipo de instituciones, sobre las que volveremos después, Atienza destaca el importante consenso generado en torno a los denominados «principios de la bioética» (Atienza, 2004, 41). Como es bien sabido, el origen de la formulación de dichos principios está en el famoso *Informe Belmont* (1978), elaborado por una *Comisión Nacional del Congreso de los Estados Unidos*, a la que se le encargó en 1974 un informe sobre los principios que deberían guiar la investigación con seres humanos. Sin embargo, la versión estándar de los principios en bioética, que ha devenido en un verdadero paradigma bioético, no es directamente la del *Informe Belmont*, sino la propuesta por Beauchamp y Childress, un año después, en su libro *Principles of Biomedical Ethics* (BEAUCHAMP y CHILDRESS, 1979), en el que proponen como principios fundamentales de la bioética a los siguientes: autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia<sup>12</sup>.

9. Piénsese, por ejemplo, en la relevancia que para la argumentación jurídica puede tener el que no se haya cumplido con una regla aplicable que prescribe un plazo para, por ejemplo, presentar una reclamación; o en el principio general de deferencia al legislador que limita la libertad interpretativa del Tribunal Constitucional. Estas exigencias de tipo institucional, ya sean reglas o principios, entran en tensión con otras exigencias, también jurídicas pero de carácter sustantivo. La dimensión institucional está en el origen de las visiones reduccionistas del Derecho, de carácter formalista, las cuales son una exageración de las consecuencias de esta dimensión para la interpretación y aplicación del Derecho. Esta visión está muy extendida tanto dentro como fuera del Derecho. Es la visión del Derecho que tienen la mayoría de los filósofos de la moral y la política que intervienen en el debate bioético. Sobre la dimensión institucional del Derecho véase: ATIENZA y RUIZ MANERO, 2001.

10. El artículo ha tenido diversas reimpresiones desde su primera publicación en Atienza, M. (1996) «Juridificar la bioética», *Claves de la Razón Práctica*, 61, pp. 2-15. La edición por la que se cita en este trabajo es la Atienza, 2004. Hay que advertir que la más difundida, por ser la que más fácilmente se encuentra en internet a texto completo, es la versión algo reducida de Atienza, 1998, en la revista *Isonomía* (8: 75-99). Esta última versión resumida se vuelve a publicar en Vázquez, 1999.

11. El propio Atienza suele acudir al resumen de este artículo para dar cuenta de su concepción de la bioética. Por ejemplo, en el reciente libro *Sobre la dignidad humana* (2022).

12. Atienza presenta una breve síntesis del principialismo apoyándose, a su vez, en la que lleva a cabo Diego Gracia (GRACIA, 1993). A continuación, se exponen brevemente dos alternativas a esta versión

Para aclarar su propuesta de «juridificar» la bioética, Atienza distingue dos tipos de conexiones entre Derecho y moral: una conexión material y otra metodológica. La conexión *material* entre el Derecho y la bioética (que sería una parte de la moral) es, en sí misma, una exigencia moral: de ahí que se contraponga al tópico «la moral empieza donde termina el Derecho» el de «el Derecho empieza donde termina la moral». Todos los problemas relevantes de la bioética piden una solución jurídica, aunque ésta sea la creación de una esfera de libertad negativa, de decisión privada. Si estas soluciones están o no justificadas dependerá necesariamente de si cabe derivarlas de principios o reglas justificados moralmente, pero ello no significa que el razonamiento jurídico sea igual al razonamiento moral o ético. Entre otras diferencias, hay que distinguir entre el plano de la ética individual y el de la ética pública: por ejemplo, una cosa es la deliberación individual de la mujer embarazada sobre si abortar o no, y otra la deliberación

---

estándar de los principios en bioética: la crítica de Jonsen y Toulmin a la «tiranía de los principios» y su defensa de la casuística, expuesta en el libro *The Abuse of Casuistry* (JONSEN y TOULMIN, 1988); y la revisión del principialismo que propone Diego Gracia, en el sentido de proponer una jerarquía interna a los principios de la bioética (GRACIA, 1993). Atienza sostiene que cabe establecer un paralelismo entre la casuística de Jonsen y Toulmin y la teoría de la argumentación de Viehweg (VIEHWEG, 1963), del mismo modo que cabe hacerlo de la bioética de Gracia en relación a la concepción de los principios de Dworkin. Tanto la casuística de Jonsen y Toulmin como la tónica de Viehweg parten de la noción de problema, de caso, y proceden analógicamente para buscar la solución, a partir de tópicos cuyo valor reside precisamente en su capacidad para alcanzar una solución que recabe un consenso relevante. A juicio de Atienza, estas propuestas adolecen de una falta de metodología que permita controlar la calidad de las decisiones adoptadas: en primer lugar, el recurso a los tópicos es «manifiestamente insuficiente para elaborar criterios objetivos de resolución de conflictos» (ATIENZA, 2004, 48), y, en segundo lugar, se exagera el papel de la «prudencia» (la *frónesis* aristotélica) para alcanzar soluciones aceptables, las cuáles –por otro lado– no pueden validarse simplemente constatando un consenso fáctico sobre las mismas (*ibidem*). Por su parte, Diego Gracia defiende una jerarquización interna a los principios de la bioética, de modo que los principios de justicia y no maleficencia tienen una prioridad sobre los de autonomía y beneficencia. Atienza ve una petición de principio en esta distinción por lo que respecta a la autonomía, en la medida en que el criterio usado sea que los principios del primer nivel obligan con independencia de la opinión y voluntad de los implicados, pues ello parece ser así solo si se presupone aquello que se quiere probar, esto es, el carácter subordinado de la autonomía (ATIENZA, 2004, 49). Tampoco le parece aceptable a Atienza que tal prioridad –como pretende Gracia– se derive del principio más general de que todas las personas son iguales y merecen la misma consideración y respeto, puesto que no se entiende «por qué la autonomía no es también expresión de ese principio general» (*ibidem*). Junto a esto, Atienza considera inaceptables dos consecuencias que se siguen de la propuesta de Gracia: «que causar un daño a un persona es moralmente peor que no hacerle un bien» y que, en relación con el Derecho, este orden de prioridad de los principios solo encajaría con el Derecho del Estado liberal, pero no con el del Estado social y democrático (ATIENZA, 2004, 50-51). En relación con este tema del Derecho y la bioética, es fácil advertir el parecido entre el principialismo de Gracia y la teoría de los principios de Dworkin, el cual partiendo de un principio básico, tratar a todos los individuos con igual consideración y respeto, defiende una jerarquía interna a los principios más específicos; el problema es que la conocida distinción entre principios y directrices de Dworkin no se puede aplicar a lo principios de la bioética porque –nos dice Atienza– ninguno de ellos cabe interpretarlo como simples directrices o *polícies* (ATIENZA, 2004: 56). En definitiva, algunos de los aspectos criticables a la propuesta de Gracia se deben, en gran medida, a una deficiente comprensión de las relaciones entre el Derecho de nuestro tiempo y la moral.

pública sobre si se debe permitir que las mujeres decidan libremente si abortar o no. Para Atienza, la bioética es centralmente una ética pública. Teniendo en cuenta esta perspectiva, en la que es central la justificación de la regulación jurídica de problemas bioéticos, la bioética de Atienza se situaría en un nivel parecido al de un hipotético Tribunal Constitucional, que hubiera de juzgar los casos que se le presentan de acuerdo con una Constitución *ideal* (pero que no puede dejar de ser «realista» en el sentido de aplicable a la realidad, con la capacidad de ordenar efectivamente una sociedad política). No se trata, por tanto, para Atienza, de una bio-jurídica, se trata de una bioética que puede ser crítica, pero que debe ser pensada para este mundo. El propio Atienza ha afirmado en numerosas ocasiones que su orientación filosófica general es «pragmatista», la cual supone ante todo una actitud de compromiso con la mejora de la realidad (vid., ATIENZA, 2017).

Ahora bien, la «juridificación de la bioética» que propone Atienza, se refiere específicamente a lo que denomina «la conexión metodológica» entre el Derecho y la bioética, en el siguiente sentido: «hay un tipo de conflicto jurídico cuya resolución consiste justamente en “ponderar” principios contrapuestos y que, para tratar con esos casos, se ha ido desarrollando una cierta metodología que podría resultar de utilidad también para la aplicación a los casos concretos de los principios de la bioética» (ATIENZA, 2004, 54). Esta conexión entre la bioética y el método jurídico de resolución de casos particulares a partir de principios muy generales, la ponderación, es posible porque los principios jurídicos y los principios de la bioética son el mismo tipo de normas. Se trataría de normas que disponen un deber ser (expresivo de un valor) y que no precisan las condiciones que deben darse para que el principio se aplique. Los principios son, en este sentido, normas categóricas, por contraposición a normas hipotéticas; normas que «prima facie» hay que cumplir siempre que se dé la oportunidad para cumplirlas, pero solo cuando no haya otros principios que exijan una conducta diferente y que, siguiendo con la metáfora bien conocida, tengan más peso.

La dimensión de peso de los principios significa, en la concepción de Atienza, que su papel en el razonamiento moral es el de orientar la búsqueda de una regla que pueda solucionar el caso de forma satisfactoria. En esta, que podríamos denominar, geometría conceptual, la noción básica es la de principio (o valor, según se ponga el énfasis o no en el aspecto directivo de los principios), de la cual se deriva la de problema (una colisión de principios), ponderación (un razonamiento moral con principios) y regla, entendida como la norma que permite resolver el problema. Esta última, la regla, consta de dos partes: un conjunto de condiciones de aplicación (el antecedente) y el establecimiento de una obligación, prohibición o permisión de una conducta o de la obtención de un estado de cosas. La regla que resuelve el caso y que es el resultado de la ponderación, tiene como consecuente el carácter y contenido del principio ponderado de mayor peso

y como condiciones de aplicación aquellos hechos del caso que han sido tomados como razones para dicha ponderación<sup>13</sup>.

Atienza ilustra su método con una serie de casos del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional español. Se trata de casos paradigmáticos de colisión entre las libertades de expresión e información y los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Estos conflictos jurídicos se dan continuamente en cualquier ordenamiento constitucional. Las soluciones que se proponen dependen de las circunstancias de los casos y suponen que unas veces prima un principio y otras otro, sin que quepa zanjar la cuestión de una vez por todas. Pero tampoco implica un casuismo sin más, en la medida en que toda ponderación, en la concepción de Atienza, resulta en una regla universal que pretende, como toda regla, su aplicación a los supuestos que contempla (subsunción y no ponderación). En conclusión, el método jurídico tiene dos pasos fundamentales: primero, determinar los principios en colisión (realizar una taxonomía) y, segundo, establecer una regla de prioridad de acuerdo con las circunstancias de los casos.

La racionalidad de este método jurídico descansa, a juicio de nuestro autor, en los siguientes rasgos:

«Por un lado, no estamos en presencia de un conjunto de opiniones más o menos arbitrarias y subjetivas, sino que obedecen a una idea de racionalidad que podría caracterizarse así: las decisiones mantienen entre sí un considerable grado de coherencia; se fundamentan en criterios que pretenden ser universalizables; producen consecuencias socialmente aceptables; y (por supuesto) no contradicen ningún extremo constitucional. Por otro lado, en la medida en que no constituyen simplemente soluciones para un caso, sino que pretenden servir como pautas para el futuro, constituyen también un mecanismo –imperfecto– de previsión. Finalmente, al tratarse de decisiones fundamentadas, esto es, de decisiones en favor de las cuales se aducen razones que pretenden ser intersubjetivamente válidas (al menos, para quien acepte los anteriores requisitos de coherencia, universalidad, aceptabilidad de las consecuencias y respeto de la Constitución), las mismas pueden también ser (racionalmente) criticadas y, llegado el caso, modificadas» (ATIENZA, 2004: 65-66).

Para Atienza, la ética es única: los principios de la bioética «no pueden ser otros que los principios generales de la ética» (*ibidem*). Estos principios se modulan dependiendo de las peculiaridades del contexto en el que se aplican, de modo que algunos principios ganan en importancia o especificidad frente a otros. Se trata de dar respuesta a los problemas más frecuentes e importantes de una actividad. Sostiene Atienza que los principios de la bioética tratan de dar respuesta a los siguientes cuatro problemas generales: «a) ¿quién debe decidir (el enfermo, el médico, los familiares, el investigador)?; b) ¿qué daño y qué beneficio se puede (o se debe) causar?; c) ¿cómo debe tratarse a un individuo en relación con los demás?, y d) ¿qué se debe decir y a quién?» (ATIENZA, 2004, 67).

13. Sobre la concepción de los principios de Atienza, elaborada en gran parte con Ruiz Manero, puede verse el libro *Las piezas del Derecho* (ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996).



Inspirándose en Kant (con quien mantiene, no obstante, distancias), nuestro autor, propone orientar la respuesta a estos problemas a partir de los principios de autonomía, dignidad, universalidad y publicidad. Aunque el problema de la fundamentación de los principios es relevante, como ya se ha dicho, tanto teórica como prácticamente, Atienza propone una fundamentación mínima basada en que: «los mismos están ligados a ciertos rasgos profundos que caracterizan a las personas, esto es, que reconocemos a otro como persona o somos reconocidos como tales por los demás si: a) nadie puede decidir por nosotros, si podemos hacerlo; b) no se nos instrumentaliza, esto es, se nos respeta; c) no se nos trata peor que a los demás, y d) podemos conocer para decidir» (ATIENZA, 2004, 68).

Este cuadro sinóptico de la bioética de Atienza describe con claridad el método propuesto, pero su sencillez no debe ocultarnos su alcance. Pone de manifiesto una concepción argumentativa de la bioética, que se orienta a la toma de decisiones justificadas y, siguiendo con la analogía jurídica, que deben ser públicamente motivadas. La bioética de Atienza se opone a las éticas situacionistas, a su exacerbado particularismo e intuicionismo: pensemos, por ejemplo, en la bioética de Fletcher (1966). No obstante, tiene en común con estas éticas que parte del problema, la primera columna del cuadro. Atienza concibe la bioética como una ética práctica, en el sentido de aplicada, que, análogamente a la casuística de Jonsen y Toulmin o a las tesis de Viehweg sobre la jurisprudencia, no puede desligarse totalmente de los problemas prácticos particulares. Sin embargo, alejándose del casuismo o de la tópica, para nuestro autor, la solución a los problemas es una cuestión de reglas, que se enuncian universalmente y, en esta medida, no hay particularismo de nuevo. Aquí los ajustes de Atienza son sutiles; el paso de la columna segunda a la tercera pone de manifiesto la importancia que para Atienza tienen las cuestiones de fundamentación. En la interpretación de esta columna tercera está el meollo de la concepción de la ética de Atienza. Se volverá a esta cuestión al final, después de haber analizado en los siguientes apartados la argumentación de nuestro autor en relación con problemas concretos.

Problemas generales de la bioética	Principios primarios	Justificación:		Principios secundarios (se aplican si se dan las siguientes circunstancias)	Casos controvertidos	Reglas
¿Quién debe decidir?	Autonomía. Cada individuo tiene derecho a decidir <sup>14</sup> sobre lo que afecta a su vida y salud.	R A S G O S	Autonomía	Paternalismo justificado. - Beneficio objetivo. Incompetente básico. - Consentimiento.	- Investigación con niños, personas inconscientes, etc. - Límites de la libertad clínica. - Eutanasia. - Testigos de Jehová.	- Un padre no puede impedir que a un niño se le transfunda en caso de necesidad. - ...
¿Qué daño y qué beneficio se puede (debe) causar?	Dignidad. Un ser humano no puede ser tratado como un medio para otros.	P R O F U N D O S	Dignidad	Utilitarismo restringido. - Beneficio social apreciable. - Consentimiento. - Medida no degradante.	- Investigación que no mejora directamente la salud. - Realización de trasplantes.	- Es lícito transplantar un órgano de un fallecido sin contar con el consentimiento de sus familiares. - ...
¿Cómo debe tratarse a un individuo en relación con los demás?	Universalidad (igualdad). Quienes están en las mismas condiciones deben ser tratados igual.	Q U E	Igualdad	Diferencia. - Circunstancia universalizable. - Mayor beneficio apreciable. - Consentimiento.	- Listas de trasplantes. - Investigación con placebo. - Trato de sidosos. - Aleatoriedad para formar el grupo de control.	- Es lícito preferir para un trasplante (a igualdad de condiciones) al enfermo al que pueda pronosticarse una mayor cantidad y calidad de vida. - ...
¿Qué se debe decir y a quién?	Información. Todos los individuos tienen derecho a saber lo que afecta a su salud.	C A R A C T E R I Z A N A L A S	Información	Secreto. - Respeto de la personalidad. - Hacer posible la investigación.	- Publicidad de los protocolos. - Información que causa dolor innecesario. - Ensayos con técnica de doble ciego.	- El enfermo que participa en un ensayo debe ser informado, en su caso, de que él puede integrar (aleatoriamente) el grupo de control. - ...

14. En el cuadro leemos «a saber» en lugar de «a decidir»; se trata, a mi juicio, de una errata.

## II. LA BIOÉTICA COMO ARGUMENTACIÓN

### II.1. La dimensión dialéctica de la bioética de Atienza

En este apartado, me centraré en tres tipos de argumentos que son frecuentemente usados por Atienza y que arrojan luz sobre las características generales de su bioética. Ya se ha dicho que, para Atienza, la bioética puede ser vista como una parte de la teoría de la argumentación; un campo en el que entran en juego las tres concepciones (formal, material y pragmática), aunque, dependiendo del contexto, alguna en particular tendrá mayor importancia (ATIENZA, 2004, 25): «esto se debe a que –explica Atienza–, en las argumentaciones de tipo moral, están en juego tanto valores de carácter formal (nuestras opiniones morales han de ser entre sí consistentes), como material (esas opiniones han de estar bien fundadas en cuanto al fondo) y pragmático (tienen la pretensión de ser aceptadas por los demás)» (*ibidem*).

Partiendo de la clasificación de Atienza de concepciones de la argumentación, Aguiló ha propuesto verlas también como «dimensiones de la argumentación», ello supone pasar de la teoría de la argumentación a su práctica: «hablar de dimensiones –explica Aguiló– supone hablar de algo más básico, implica referirse “directamente” al fenómeno de la argumentación, tomándolo como un fenómeno social complejo que presenta simultáneamente diversos aspectos» (AGUILÓ, 2015, 20). En este sentido, la práctica de la argumentación de Atienza en materia de bioética tiene, a mi juicio, una *dimensión* principalmente pragmática, de carácter dialéctico, orientada a –siguiendo con Aguiló– «vencer» a los frecuentes prejuicios y paralogismos y a «convencer» de unas tesis que se presentan como merecedoras de un consenso razonable. Sin que ello suponga negar que, como se ha dicho anteriormente, en el discurso bioético, en alguna medida, siempre están presentes las tres concepciones de la argumentación.

De acuerdo con esta dimensión pragmática y dialéctica de la argumentación de Atienza, generalmente, en sus aportaciones el punto de partida es una postura que se presenta como relevante, ya sea por sus propios méritos o porque es un punto de vista comúnmente aceptado, y que es criticada. Así lo explica, por ejemplo, el propio Atienza en su polémica sobre el aborto con González-Meneses: se trata de partir del «argumento estándar que puede encontrarse en quienes defienden posturas antiabortistas, para mostrar que al menos una de las premisas de dicho argumento no es aceptable y, por tanto, la conclusión no puede sostenerse; esta era –dice Atienza sobre su participación en la polémica– «mi estrategia argumentativa»» (Atienza, 2009, 15)<sup>14</sup>. En otras ocasiones, Atienza no parte de una opinión criticable en particular, sino de una falacia

14. Más allá de esta cuestión de «estrategia» argumentativa, el proceder de Atienza refleja su compromiso con un determinado modelo de práctica académica. Atienza ha sostenido que una de las manifestaciones de la crisis por la que pasa la universidad española es que ya no se lee a los otros: especialmente, si esos otros escriben en lengua española. Cada quien, por decirlo así, o bien empieza el tema que le interesa adánicamente, como si nadie lo hubiera tratado, o bien tan solo tiene una visión «telescópica»,

o paralogismo, esto es, de formas de argumentar que conducen a engaños o errores. Este es el caso de la serie de artículos periodísticos reunidos bajo el título *La guerra de las falacias*: cada uno de ellos arranca con la breve descripción de una falacia de la que las opiniones que se exponen serían un caso particular<sup>15</sup>. Por ejemplo, en relación con la clonación reproductiva de seres humanos, Atienza muestra que la condena casi universal y radical de la misma es consecuencia, en general, del error de no plantear bien la pregunta, puesto que se entiende que solo cabe prohibir o permitir la clonación, descartándose que se deba prohibir en algunas circunstancias y permitir las en otras (ATIENZA, 2008, 46).

Con la misma perspectiva crítica, que pone el acento en falacias y paralogismos, Atienza ha resumido en diez los errores más frecuentes en la argumentación bioética:

«1) No distinguir la moral social o positiva de la moral crítica o justificada; las opiniones que un determinado grupo humano tiene sobre lo que está bien o está mal, de los juicios morales racionalmente justificados. 2) Considerar que la ética no es más que una colección de opiniones subjetivas y subjetivas no solamente porque provengan de cada sujeto ético –lo que inevitablemente es así–, sino porque no pueden pretender ser válidas más allá del ámbito definido por la actividad de ese sujeto. 3) Identificar el Derecho con la moral y aceptar que lo correcto o lo bueno es lo que un determinado Derecho positivo considera como tal. 4) Identificar la ética con la técnica, de manera que se supone que lo que puede (técnicamente) hacerse es también lo que debe hacerse. 5) Sustituir la ética por la ideología, el discurso ético racional por invocaciones o palabras prestigiosas («derechos humanos», «dignidad humana», «bien común», etc.) que, si no se precisan mínimamente, no tienen más que un significado emotivo. 6) Confundir la ética con la religión, el contexto de descubrimiento de las ideas morales (cuya raíz, en el caso de mucha gente, es la religión) con el contexto de justificación (en el que la religión no debería jugar ningún papel). 7) Incurrir en la «falacia naturalista», que consiste en pasar, sin más fundamentación, del discurso descriptivo al prescriptivo o valorativo. 8) Confundir en la argumentación moral, las cuestiones fácticas con las normativas. 9) Desconocer que los principios morales tienen carácter *prima facie*: aportan razones que pueden, en algún caso, ser derrotadas por otras (provenientes de otros principios), pero por ello no quiere decir que carezcan de objetividad. 10) Recabar de la ética –de los supuestos «especialistas en ética»– lo que no puede dar: doctrina moral (lo que choca con el hecho de que no existen «autoridades morales»: nadie tiene competencia particular frente a los demás para determinar lo que está bien o mal) en lugar de teoría moral» (Atienza, 2004, 30-31).

---

de modo que nada del entorno cercano existe y solo se mira aquello que se ha publicado, preferentemente, en inglés.

15. El libro fue editado por primera vez en 1999 por la editorial Compás. En 2016 se publicó la 4.ª edición también en Compás. Existen diferentes reediciones en Latinoamérica. La obra ha ido creciendo, recopilando los nuevos artículos periodísticos del autor. Se cita por la tercera edición de 2008.

## II.2. Argumentos principales en la bioética de Manuel Atienza

Como es bien sabido, disponemos de incontables formas de clasificar argumentos. Quizás las distinciones más básicas sean, en primer lugar, la distinción entre argumentos teóricos y prácticos y, en segundo lugar, en referencia a estos últimos, entre argumentos de principios o deontológicos y argumentos consecuencialistas. Perelman, sin embargo, comienza por diferenciar argumentos de asociación y de disociación para, a partir de ahí, ofrecer una rica y variada clasificación (él mismo advierte de que no se trata de una clasificación en sentido lógico y, por tanto, exhaustiva y excluyente) de argumentos más específicos (vid. Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989). Otras veces, los argumentos no se clasifican sino que se presentan simplemente en una lista: por ejemplo, los denominados argumentos jurídicos *a pari*, *a contrario*, *por reducción al absurdo*, *a fortiori*, etc.

Para el estudio de la bioética de Atienza, bien se podría partir de la distinción entre argumentos formales, materiales y pragmáticos. Y dentro de cada una de estas categorías distinguir, a su vez, las subcategorías pertinentes. Esto creo que sería lo más interesante para un análisis *exhaustivo* de la argumentación de Atienza en bioética. Pero ese no es el objetivo de este trabajo (ni lo puede ser por razones de espacio). El objetivo es, como ya se ha dicho, dar cuenta de los rasgos *principales* de la bioética de Atienza y para ello me parece que cabe destacar tres tipos de argumentos. En primer lugar, un conjunto de argumentos que se construye en torno al binomio razonabilidad/irrazonabilidad y la apelación al consenso razonable. Se trataría de una argumentación en la que predomina un enfoque pragmático. En segundo lugar, un conjunto de argumentos construido en torno al binomio de coherencia/incoherencia, el cual, dependiendo del caso, puede tener una dimensión más formal, material o pragmática. Y, en tercer y último lugar, argumentos que miran a las consecuencias, pero en un sentido que incluye tanto las consecuencias normativas como fácticas. Caerían en este conjunto tanto una reducción al absurdo como un argumento de la pendiente resbaladiza, que muestran una misma estructura. Mi apuesta, si se me permite la expresión, es que, como ya he dicho, con estas tres categorías basta para describir cabalmente la bioética como argumentación de Atienza.

Antes de pasar al siguiente apartado, conviene hacer dos advertencias sobre la selección de argumentos propuesta: En primer lugar, que los tres tipos de argumentos guardan estrechas y obvias relaciones entre ellos; podríamos decir, utilizando una expresión de Atienza referida a los argumentos jurídicos tradicionales, que están «ligados» pero pueden ser distinguidos. En segundo lugar, en la explicación del manejo de estos argumentos por nuestro autor, debemos tener en cuenta la advertencia de Perelman y Olbrechts-Tyteca sobre que la identificación de un fragmento de argumentación real como un tipo u otro de argumento «solo es una hipótesis más o menos verosímil», porque «casi siempre captamos simultáneamente más de una forma de concebir la estructura de un argumento» (PERELMAN Y OLBRECHTS-TYTECA, 1989, 295).

### II.2.1. El argumento de la (ir)razonabilidad y la apelación al consenso razonable

En el texto «Investigación con embriones y clonación: la ética de la razonabilidad», Atienza trae a colación la distinción de Ortega y Gasset entre *ideas* y *creencias*, para tratar de explicar las «hondas diferencias» que la gente parece tener sobre el estatuto moral del embrión. Se diría que no estamos ante un debate en el plano de las ideas, sino en el de las creencias, es decir, «en el de las ideas más básicas que “constituyen el estrato más profundo de nuestra vida”<sup>16</sup>; que no han sido creadas por nosotros, sino que más bien las heredamos; y sobre las que no es posible dudar (...)» (ATIENZA, 2004, 82)<sup>17</sup>. Sin embargo, esta inconmensurabilidad en las creencias puede ser *aparente* atendiendo a la relativa facilidad con la que se alcanzan consensos en torno a problemas concretos.

En este sentido, Atienza pone en valor su experiencia en la *Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida*, en la cual fue posible llegar a acuerdos *razonables* sobre temas tan espinosos como la clonación de seres humanos<sup>18</sup> o la investigación con embriones humanos «sobrantes» de tratamientos de infertilidad. Del mismo modo que el *Comité Británico de la Cámara de los Lores* alcanzó también un importante consenso en su famoso informe de 2002 sobre el mismo tema de la investigación con embriones humanos. Para Atienza, la explicación de que se llegue a estos consensos razonables es que, de un lado, se parte de un acuerdo que podría decirse de *mínimos* sobre la validez de los principios de la bioética y, de otro lado, se adopta una *actitud adecuada*.

Cuando se dan estos dos elementos, se puede alcanzar un acuerdo razonable que, sobre la cuestión central del estatuto moral del embrión humano, podría resumirse del siguiente modo:

«El embrión (o el preembrión) humano –explica Atienza– es un bien que merece protección desde el momento de la fecundación, pero no tiene el mismo valor en las distintas fases de su desarrollo, sino que ese valor se va incrementando a medida que se producen ciertos cambios

16. Citado por Atienza: Ortega y Gasset, J. (1999): *Ideas y creencias*, Madrid, Alianza Editorial, p. 34.

17. La misma distinción aparece en ATIENZA, 2008, p. 9.

18. «La mayoría de la Comisión –explica Atienza– (y cuando hablo de la «mayoría» excluyo sólo a dos de sus miembros) entendió que la clonación por gemelación no podía rechazarse de manera absoluta, y no excluía que, excepcionalmente, pudiera resultar aceptable «el caso de la fecundación in vitro cuando la pareja tenga mucha dificultad en conseguir siquiera un embrión y se pretenda obtener varios embriones a partir del conseguido, mediante separación de sus blastómeros». En cuanto a la clonación por transferencia de núcleos, aun considerando que hay diversas razones de peso para oponerse a esta técnica, las únicas que justificarían «un rechazo absoluto a la clonación con fines reproductivos» en el momento actual se refieren a la seguridad (a la falta de seguridad) en el manejo de esa técnica; de manera que la Comisión –esa mayoría de sus miembros– dejaba abierta la posibilidad de que, aunque excepcionalmente, pudiera llegar a usarse esa técnica, por ejemplo, «en el caso de que exista riesgo de transmisión de ciertas anomalías genéticas». Finalmente, y a propósito ahora de la clonación no reproductiva, o sea, la clonación «de líneas celulares para establecer un cultivo de tejidos y, si fuera posible, de órganos», la conclusión –sí es que se puede llamar «conclusión»– a la que se llegó es que «se trata de una debate en el que la posición de distintos miembros de la Comisión es diferente y que (...) no se ha cerrado todavía» (ATIENZA, 2004, p. 83-84).

biológicos como la implantación estable en el útero, la aparición de la cresta primitiva, la formación de los órganos... Se trata de un punto de vista (sostener que los datos biológicos tienen algún significado moral) «intermedio» entre dos extremos (pongamos: la idea de que la capacidad de vivir equivale a ser persona, y la idea de que lo único que tiene significado moral –antes del nacimiento– es la voluntad de la madre). La existencia de esas diferencias permite efectuar ponderaciones y establecer ciertos criterios, del tipo de: 1) es lícito el uso de las técnicas de reproducción humana asistida aunque –como se ha visto– lleven a la producción de embriones sobrantes; 2) es preferible usar los preembriones sobrantes para fines de investigación, antes que destruirlos; 3) es preferible investigar con preembriones sobrantes, antes que crearlos expresamente para ese propósito (...» (ATIENZA, 2004, 91).

Otro ejemplo de posible consenso razonable lo encontramos en la cuestión, muy vinculada a la anterior, de la interrupción voluntaria del embarazo. En el debate, tan intenso en el fondo como impecable en las formas, que Atienza mantiene con González-Meneses sobre la regulación del aborto, la llamada «Ley de plazos» (ATIENZA, 2009), nuestro autor comienza dando cuenta de la *ratio decidendi* de la sentencia del Tribunal Constitucional español de 1985 (STC 53/1985, de 11 de abril), de acuerdo con la cual –recordemos– el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida (art. 15 CE) pero sí constituye un bien jurídico que debe ser protegido. Esta doctrina abría la posibilidad de ponderar entre «ese bien con otros valores como la dignidad, la autonomía o la intimidad» (Atienza, 2009, 7). Para Atienza, esta sentencia contribuyó de manera decisiva a disminuir la polémica en torno al aborto, hasta el punto que «en cierto modo, dejó de ser un problema (legal)». La relevancia práctica de la sentencia, se vio reforzada, además, por diversos factores, entre los que Atienza destaca que la modificación del Código penal, sumada a la práctica interpretativa que generó (el *law in action*), acercó la realidad jurídica española a la de los países de nuestro entorno, que las opiniones de la gente fueron conformándose a la regulación jurídica y, por último, que la conveniencia política llevó al partido de la derecha (y en parte a la Iglesia Católica) a abandonar iniciativas para promover la reforma. En conclusión, se generalizó en la mayoría de la sociedad un consenso razonable en torno a la interrupción voluntaria del embarazo, esta vez, no como resultado de un proceso deliberativo de una comisión o tribunal, sino como un fenómeno social complejo con la interacción de numerosos elementos; de una praxis social compleja.

La *actitud adecuada* que permite estos consensos razonables supone, de acuerdo con nuestro autor, que los participantes en el mismo «han tenido que hacer concesiones con respecto a lo que serían sus convicciones más profundas» (ATIENZA, 2004, 92). Y, a la inversa, la negativa a hacer concesión alguna sobre las propias convicciones profundas sería lo propio de la actitud irrazonable. Como ya se ha dicho, Atienza sostiene que muchos de los debates bioéticos se alimentan más que de su originalidad (que no existe), de la falta de razonabilidad de algunos de los participantes. Entre ellos, de forma destacada, muchas organizaciones religiosas y, en particular, la Iglesia Católica. Atienza se ha «batido» argumentativamente contra la doctrina católica en diversos temas bioéticos por considerarla el paradigma de lo irrazonable. Veamos esto con algo más de detalle.

Sobre la cuestión central del estatuto moral del embrión humano, la posición de la Iglesia Católica es que «el óvulo fecundado es una persona moral en el mismo sentido en que lo es un ser humano adulto» (ATIENZA, 2004, 98; vid. igualmente, ATIENZA, 2008, 5). Por ello, la Iglesia aplica la misma interpretación del principio de dignidad humana al embrión y hace inaceptable cualquier ponderación o establecimiento de criterios como los asumidos por los comités de bioética antes mencionados<sup>19</sup>. La actitud irrazonable prescinde de las consecuencias a las que lleva la posición defendida. Así, la doctrina de la Iglesia católica sobre los embriones humanos conduce a la imposibilidad práctica de las técnicas de reproducción humana asistida, «negando a muchos individuos el derecho a ser padres» (p. 99); a preferir la «destrucción de los embriones sobrantes como un “mal menor”» que a su uso para fines de investigación (*ibidem*); o conduce a que «el “derecho” de un preembrión a no ser manipulado (incluso cuando se trata de preembriones no viables, esto es, que nunca van a generar una vida humana) se pone por encima del derecho de los pacientes de Alzheimer, Parkinson o diabetes a obtener (a la esperanza fundada de obtener) una curación de sus enfermedades» (p.100). Para Atienza, no se trata de atacar la actitud religiosa, sino la particular doctrina de la Iglesia católica sobre estos temas, la cual comienza con Pío IX, «enemigo acerbo de los derechos humanos» (p. 101), doctrina que es rechazada por muchas otras confesiones religiosas: por ejemplo, el anglicanismo o el judaísmo.

La fuerza del argumento de lo irrazonable es inversamente proporcional a la amplitud de su ámbito de aplicación. Atienza, en este sentido, lo usa siempre en relación con cuestiones muy determinadas, de nuevo, en cuanto a la materia de investigación con preembriones y clonación, explica lo siguiente:

«Cabría incluso decir que lo único irrazonable, el único obstáculo para que en estas materias pueda alcanzarse un consenso suficiente, consiste en no ver ninguna diferencia, a efectos del juicio moral, entre –pongamos– una persona adulta que ha desarrollado con mayor o menor éxito cierto proyecto de vida, y el preembrión humano en la fase de blastocisto: una bola de tamaño inferior a una cabeza de alfiler que, con una alta probabilidad –dejando a un lado la intervención humana–, no llegará a implantarse establemente en el útero y a dar lugar a un ser humano, carente de todo vestigio de sistema nervioso y, por tanto, sin ninguna capacidad de sentir, y que contiene unas 100 células relativamente indiferenciadas, pero algunas de ellas con la capacidad potencial de diferenciarse en cualquiera de los aproximadamente 200 tipos de células que forman el cuerpo humano» (ATIENZA, 2004, p. 101).

Volviendo a la cuestión del aborto, el consenso al que antes se aludía se ha ido socavando en los últimos años, de modo que se vuelve a poner en cuestión la prevalencia de la autonomía de la mujer gestante sobre los intereses del embrión, en los primeros tres meses de embarazo. Como Atienza recuerda en diversas ocasiones, para John Rawls

19. Esta doctrina sobre la dignidad humana de la Iglesia católica se mantiene inalterada de acuerdo con la reciente Instrucción aprobada por Benedicto XVI (2008) *Dignitas humanae*. Un resumen de la misma puede verse en Atienza, 2022, pp. 19 y 20.



negar el derecho de la mujer, debidamente cualificado, a abortar durante los tres primeros meses es un ejemplo de irrazonabilidad (vid. RAWLS, 1996). En un estudio de hace una década, Marta Lamas describía el «lamentable panorama» de la acérrima oposición de la Iglesia Católica al aborto, usando de su privilegiado estatus como «Estado del Vaticano» (LAMAS, 2012). Una oposición con algunas victorias como las conseguidas en El Salvador y Nicaragua. En relación con la situación en este último país, Atienza comenta la noticia de que el Arzobispo de Toledo, Antonio Cañizares, tacha de «atentado contra la humanidad» el aborto de una niña nicaragüense (*El País*, 27 de febrero de 2003). La niña, que había sido violada, tan solo tenía 9 años. Sus padres, a instancias del cardenal nicaragüense Enrique Obando, fueron excomulgados «*ipso facto*». A Atienza, la noticia le causa asombro, puesto que afirmar, como lo hace Cañizares, que todo aborto es un «atentado contra la humanidad», sitúa la ilicitud de esa conducta por encima de los asesinatos comunes, la mayoría de los atentados terroristas, etc. (ATIENZA, 2005, 121). Pero, en definitiva, se trata de una nueva demostración de la posición absolutamente irrazonable de la Iglesia sobre el tema, que considera que todos los abortos son iguales: «la irrazonabilidad del arzobispo español y del cardenal nicaragüense consiste, pues, en lo siguiente: en ser incapaces de ver diferencias donde la gente razonable las encuentra» (p. 123). No se trata de cometer un error de argumentación, sino de hacer «imposible la argumentación racional» (*ibidem*).

### II.2.2. El argumento de la (in)coherencia

Desde un punto de vista argumentativo, la incoherencia es un defecto con independencia de cuáles sean las tesis que se sostienen o los fundamentos de las mismas. Muestra que el discurso es débil o no se sostiene, que hay algún problema, ya sea en el nivel de los principios, o en el de las soluciones particulares a los casos. Para Atienza, el argumento de la (in)coherencia tiene dos dimensiones: una más teórica y otra más práctica. De acuerdo con la primera, poner de manifiesto la incoherencia forma parte de lo que sería una crítica interna a una postura filosófica o ideológica. La coherencia es vista como un valor adjetivo que no toma en cuenta –insisto– los valores sustantivos de la doctrina de la que se predica. A este respecto, hay que advertir que Atienza no es un coherentista ético, la coherencia es en su obra un criterio entre otros de valoración de una argumentación (Atienza, 2010, 15).

La segunda dimensión, más práctica, del argumento de la (in)coherencia alcanza también al comportamiento, de modo que mostrar que alguien sostiene la validez de un principio y, al mismo tiempo, que sus actos generalmente no lo respetan es también una crítica a sus pretensiones argumentativas. En este sentido, Atienza parece seguir la tradición filosófica aristotélica, según la cual el silogismo práctico, que está en la justificación de todo acto moral, concluye en un acto (ATIENZA, 2014, 277).

El ejemplo más importante del uso del argumento de la coherencia en Atienza lo encontramos en una de sus críticas al relativismo moral: no es imposible sostener el relativismo (aunque sea mucho menos frecuente de lo que se supone en la academia), pero resulta casi imposible –nos dice, en numerosas ocasiones– ser coherente con el principio relativista (ATIENZA, 2017, 197). No se trata únicamente del argumento de la retorsión (si todo es relativo, podemos preguntarnos sobre cuál es el valor de la propia afirmación de que «todo es relativo»), sino de que en la práctica argumentativa, nadie parece poder conducirse coherentemente con esa máxima. Y tampoco se trata solo de una falta de integridad (que también), sino de que esa integridad deviene casi imposible por los problemas internos a las tesis que se asumen. Esta vinculación entre el nivel del discurso y el nivel de la práctica (no meramente discursiva) es, si no me equivoco, otra de las dimensiones de la concepción del pragmatismo de Atienza.

Un recurso sistemático al argumento de la incoherencia, lo vemos en la crítica de Atienza a las posturas más conservadoras sobre problemas bioéticos al principio y al final de la vida humana. Pensemos en los casos del aborto o la eutanasia. El argumento que se suele esgrimir en contra de la permisión de alguna forma de aborto o de eutanasia es que la vida humana tiene un valor absoluto. Atienza nos advierte de que esta tesis, por más que sea sostenida en muchas ocasiones, «casi nadie la acepta de manera reflexiva» (ATIENZA, 2009, 8). Por un lado, afirmarla es incoherente con, al mismo tiempo, aceptar formas justificadas de quitar la vida: como los supuestos de legítima defensa, estado de necesidad o de la guerra (justificada). Por otro lado, la aceptación del valor absoluto de la vida humana nos conduciría, para ser coherentes, a tratar de evitar la muerte de cualquier ser humano en cualquier circunstancia, aunque ello supusiera, en la línea de una ética como la de Peter Singer, renunciar a todo bien que no esté directamente vinculado a la satisfacción de nuestras necesidades más básicas. «Si verdaderamente pensáramos –dice Atienza– que la vida es el mayor de los bienes, entonces parece que también tendríamos que aceptar que existe la obligación moral de sacrificar cualquier otro bien (no digamos la propiedad de bienes materiales que no son usados para satisfacer necesidades básicas de su propietario) para garantizar la vida de los demás» (*ibidem*). El argumento dirigido directamente al bando conservador no puede ser más incisivo, dado que la defensa de la propiedad privada es una de sus señas de identidad.

Sobre el mismo –y socorrido para mis propósitos– tema del aborto, un «llamativo» ejemplo de incoherencia interna lo encuentra Atienza en la fallida reforma que quiso llevar a cabo el ministro del Partido Popular español Alberto Ruiz-Gallardón, en 2014. Se trataba en suma de derogar el sistema de plazos instaurado por la *Ley de interrupción del embarazo* de 2010 y volver a un sistema parecido al anterior y que Atienza consideraba *razonablemente* superado. De acuerdo con el Anteproyecto, en el resumen que presenta nuestro autor, el «concebido es una persona moral que tiene la misma dignidad que el nacido o que una persona adulta» (ATIENZA, 2014) y, sin embargo, en el mismo documento, se mantiene el supuesto de aborto impune en casos

en los que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito contra la libertad o indemnidad sexual. Pero no se entiende de ninguna manera que si el feto tiene la misma dignidad que la gestante y la regulación se orienta a protegerlo como la parte más débil, se permita en estos casos lo que sería el asesinato de un ser indefenso; la incoherencia, advierte Atienza, es manifiesta (*ibidem*).

La incoherencia puede mostrarse de forma diacrónica. También sobre el tema del aborto y, en particular, sobre la posición de la Iglesia católica, Atienza recuerda que en la propia Iglesia prevaleció, hasta fecha relativamente reciente, una opinión diferente, y de ahí, por ejemplo, la prohibición de bautizar a los fetos (ATIENZA, 2009: 9). Esta incoherencia en el tiempo resulta más inaceptable cuando se trata de una ideología con el carácter dogmático que le presume la propia Iglesia: los papas dicen la verdad siempre, ¡aun cuando se contradigan! La incoherencia diacrónica es, si se me permite el juego de palabras, crónica en el principal partido conservador español, al que se acaba de aludir (el Partido Popular) que suele repetir la misma política en estas materias bioéticas: por ejemplo, recurrir ante el Tribunal constitucional la primera *Ley de reproducción humana asistida* (1988) por considerarla inconstitucional, en tanto que atentatoria a la dignidad del preembrión humano, para aprobar posteriormente otra ley (2003), que no implicaba atribuirle en absoluto «dignidad» al preembrión, abriendo la posibilidad tanto de la investigación con los mismos, como de diversas conductas afirmadas anteriormente como inconstitucionales (ATIENZA, 2008, 5).

### II.2.3. El argumento por las consecuencias normativas o fácticas

En la argumentación moral y específicamente en la bioética, los argumentos consecuencialistas, del mismo modo que ocurre en la argumentación jurídica, tienen un papel muy importante, una vez que descartamos todas aquellas soluciones que serían inaceptables por principio. Además, por «consecuencias» hay que entender tanto aquellas que derivan de una relación lógica o normativa (de tal tesis se sigue lógicamente esta otra, o una implica normativamente, en sentido amplio, a la otra), como aquellas que derivan de una relación causal (si se asume la licitud de tal acción o estado de cosas, ello conducirá causalmente, con más o menos probabilidad, a esta otra acción o estado de cosas).

Vinculado al primer sentido de consecuencias, lógico o normativo, podemos encontrar muchos usos del argumento por reducción al absurdo. En el curso de argumentación jurídica, Atienza explica que este argumento adopta la forma lógica de una contradicción: supongamos  $p$ , pero a partir de  $p$  se puede concluir tanto  $q$  como  $no\ q$ , por tanto  $no\ p$  (Atienza, 2013, 181). Como sabemos,  $q \wedge \neg q$  es una fórmula lógica falsa para cualquier valor de verdad o falsedad de  $p$ : una contradicción. Los dos rasgos principales del argumento son que (1) «es una forma indirecta de argumentar: se parte de aquello que se va a negar en la conclusión», y (2) el absurdo al que se llega no tiene por qué interpretarse en términos de contradicción lógica, «en realidad muchas

veces lo que quiere decirse –explica Atienza– simplemente es que no resulta aceptable» (*ibidem*). Perelman y Olbrechts-Tyteca señalan, en la misma línea, que en retórica la contradicción consiste generalmente en algo que el orador presenta como absurdo, en su extremo como ridículo, es decir, como aquello que «merece ser sancionado por la risa» (PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, 1989, 321).

El lector advertirá que este esquema de argumentación puede servir para interpretar el argumento de Atienza que se ha presentado más arriba sobre el carácter no absoluto de la vida humana: (1) se afirma el valor absoluto de la vida humana, de donde se sigue que (2) cualquier otro bien debería ser sacrificado en favor de la protección de la vida humana, de donde se sigue que (3) la propiedad privada debería sacrificarse para salvar todas las vidas humanas posibles, pero (4, conclusión) «3» no es aceptable puesto que simultáneamente se afirma el derecho a la propiedad privada. Pero hay algo forzado en esta interpretación; como se ha dicho más arriba, en el argumento de la coherencia el énfasis está puesto en la incoherencia interna a la propia doctrina conservadora y no en la idea de lo absurdo o ridículo de la conclusión (la cual, en el ejemplo de la vida humana, a Atienza, por otro lado, le parece en cierta medida correcta por lo que al valor relativo de la propiedad privada se refiere).

Dicho de otra manera, mientras que en el argumento de la (in)coherencia el énfasis está puesto en una cierta incompatibilidad entre dos tesis que se sostienen en el marco de una misma doctrina, en el argumento por reducción al absurdo se muestra una cierta incompatibilidad entre la tesis sostenida y otra, u otras, tesis, idea, creencia, etc., que es aceptable para cualquier persona con sentido común. Este es uno de los sentidos de la noción de «tópico», que no se refiere a los postulados de ningún campo especializado del conocimiento, sino a los del campo general de la experiencia humana. Los tópicos, en este sentido, tienen una vigencia relativa a un tiempo y espacio determinados, son consensos provisionales, pero no se puede prescindir de ellos en la argumentación si es que se quiere persuadir (como advierte Viehweg, su función primordial no es reflejar la realidad, sino dirigir el proceso de comunicación).

Uno de estos tópicos o puntos de partida es que, en las sociedades pluralistas, la pregunta sobre qué es lo moralmente correcto no puede contestarse directamente a partir de una determinada creencia religiosa. No cabe duda de que con frecuencia las creencias de las personas sobre lo correcto o incorrecto surgen de las creencias religiosas. De hecho, algunas de las controversias bioéticas más recalcitrantes como la del aborto merecen ser, como sostiene Dworkin, tratadas como un problema de libertad religiosa (vid. Dworkin, 1994). Ahora bien, en la discusión pública, el mecanismo del liberalismo político funciona en la medida en que los participantes estén dispuestos a no transformar las cuestiones de ética pública en cuestiones teológicas o de interpretación de su propia fe.

En el problema de la licitud de la clonación reproductiva de seres humanos, Atienza ve posturas contrarias tan tajantes como poco fundamentadas. A finales de la década de los noventa, se produjo un escándalo cuando el empresario norteamericano Richard

Seed anunció que iba a empezar un proyecto de clonación de seres humanos a petición de parejas estériles. Seed, explica Atienza, se justificaba en términos religiosos, afirmando que la voluntad de Dios es que los seres humanos terminaran «convirtiéndose en Dios» y que la clonación era el primer paso en esa dirección (Atienza, 2008, 46). La opinión casi unánime es que Seed era un «científico loco» y que la clonación de seres humanos es «intrínsecamente mala». En contra de esta última tesis, la maldad intrínseca de la clonación, Atienza argumenta por reducción al absurdo: asumamos que la clonación es, como se pretende, intrínsecamente mala, ello supone que lo es con independencia de cualquier consecuencia negativa que pudiera tener en la realidad, lo sería entonces –intrínsecamente mala– no por una cuestión de razones en contra sino por una mera voluntad, esa voluntad legisladora universal solo puede ser la voluntad de Dios, entonces de lo que se trata en el debate es de interpretar cuál es la voluntad de Dios y, por tanto, de copiar la justificación de Seed pero en sentido contrario: Dios *no* lo quiere (p. 51). Es una forma de argumentar absurda si del ágora pública se trata.

El argumento principal de los antiabortistas es que la vida humana tiene el mismo valor desde la concepción que en cualquier otro momento de su desarrollo: por ejemplo, ya en la vida adulta. Esta tesis, a la que ya hemos aludido en relación con la coherencia, es la piedra angular de la actual posición de la Iglesia católica. Contra la misma, Atienza ha usado frecuentemente la reducción al absurdo: por ejemplo, sostener tal idea «significaría equiparar a campos de exterminio no solo a las clínicas en las que se practican abortos, sino también a los centros en los que se aplican técnicas de reproducción humana asistida (y que suponen la existencia de miles de preembriones congelados)» (Atienza, 2009, 16). En relación con este argumento, Atienza señala que el mismo apela al «simple sentido común» a que «no es sensato comparar una clínica abortista o un centro de reproducción humana asistida con campos de exterminio» (Atienza, 2009: 21).

Una versión diferente de este argumento central de los antiabortistas está basada en la distinción entre potencia y acto: desde la misma concepción (digamos, en términos biológicos, desde que el óvulo anida en el útero de la mujer), ya tendríamos un ser humano en potencia. De ahí se pretende derivar la vigencia de un derecho a la vida igual al de los nacidos. Atienza contraargumenta, de nuevo, por reducción al absurdo: «el argumento no puede ser utilizado, al menos sin alguna restricción, puesto que, en otro caso, lleva fácilmente al absurdo: decir que el concebido es un ser humano porque puede llegar a serlo es lo mismo (desde un punto de vista lógico) que afirmar que una bellota es una encina o que todos estamos ya muertos» (Atienza, 2009: 9). Aquí vemos con claridad que la incompatibilidad no se da entre dos tesis propias de algún campo específico (como una doctrina religiosa), sino entre una tesis doctrinal y afirmaciones de sentido común.

El absurdo puede adoptar la forma de lo ridículo y, como ya se ha dicho, éste se vincula a lo risible. La ironía se presta perfectamente como presentación retórica de una reducción al absurdo. Atienza evita, en general, el recurso al humor. Se trata de una

cuestión de estilo y carácter personal, pero también creo que hay una moderación muy buscada en sus escritos (plagados de cualificadores modales como «en cierta medida», «es razonable pensar», etc.) que al tiempo que fortalece las pretensiones argumentativas (en los matices está la clave), muestra una actitud de respeto al tratar cuestiones que, como las de bioética, tienen graves repercusiones en la realidad. No obstante, en algún caso, nuestro autor parece invitarnos al menos a una sonrisa. Criticando el argumento de que «como la vida es el presupuesto de los demás valores debe, por ello, considerarse de más importancia que los otros», Atienza sostiene: «procrear a Einstein fue un requisito para que éste formulara las leyes de la relatividad, pero solemos pensar que hay más mérito (más valor) en lo segundo que en lo primero» (Atienza, 2015, 9).

En esta línea que podríamos calificar de más incisiva, encontramos la réplica de Atienza a una crítica de Octavio Salazar, publicada en el diario *El País*, sobre su posición en torno a los contratos de maternidad subrogada (SALAZAR, 22 de mayo de 2017)<sup>20</sup>. Salazar se refería principalmente a la opinión de Atienza en torno a la legalidad de estos contratos, que el propio Atienza ha resumido en tres tesis:

«1) La gestación por sustitución no está prohibida por el Derecho español; 2) ese tipo de contrato (de práctica) no es en sí mismo contrario al principio de dignidad; y 3) la regulación de la gestación por sustitución no tiene por qué exigir de la mujer gestante un comportamiento estrictamente altruista» (ATIENZA, 2021, 107)<sup>21</sup>.

Atienza comienza «reconociendo» la dificultad para estar de acuerdo con los argumentos de Salazar, puesto que –nos dice– «no he sido capaz de encontrar en su texto nada que pueda identificarse como un argumento» (ATIENZA, 2021, p. 111). Los pretendidos argumentos críticos serían falacias y «bastante gruesas» (*ibidem*). Entre ellas, se encontraría la pretensión de Salazar de que los hombres, dado que no pueden gestar, no deberían opinar sobre estos temas; deben callarse y dejar la voz a las mujeres. Atienza se pregunta «si se ha parado Salazar a pensar en las consecuencias a que nos llevaría seguir semejante sugerencia» (*ibidem*). Entre otras, a una contradicción del propio Salazar al escribir ese artículo crítico, «contradicción que, me parece –añade Atienza–, se agrava en su caso dado que, según tengo entendido, buena parte de su producción intelectual está dedicada al tema del feminismo» (p. 112).

Un argumento que apela a las consecuencias en sentido fáctico es el que maneja Atienza para defender la licitud de una compensación económica por donar un órgano. Para Atienza, se trata de comparar dos estados de cosas igualmente cualificados por

20. Salazar recomienda a Manuel Atienza que lea el libro *El cuento de la criada* de M. Atwood y que vea la adaptación que se ha hecho con el mismo nombre para una serie de televisión «porque en materia de derechos humanos –dice Salazar– es muy importante tener la percepción emocional de aquellas situaciones que viven las personas que ven pisoteada su dignidad». Más adelante, expresa su sorpresa porque Atienza sea capaz de poner en duda «que pudiese alegarse la dignidad de las mujeres para cuestionar la legitimidad de unos contratos que las convierten en sirvas, incluso cuando se amparan en un pretendido carácter altruista».

21. Véase, igualmente, ATIENZA, 2008, pp. 6 y 7.

exigencias previas de los principios morales (una adjudicación a los receptores basada en criterios públicos, igualitarios en relación con las necesidades y modulados por la eficiencia): el estado de cosas actual en que no se compensan las donaciones, con un hipotético estado de cosas en el que sí. Atienza no está pensando en un mercado de órganos, sino en una compensación por parte de los poderes públicos, en un grado que no supusiera un incentivo para que los donantes pusieran en riesgo su salud y que diera lugar a la disponibilidad de más órganos. Si es dable pensar que un sistema así es viable, entonces sería incluso moralmente obligatorio ponerlo en marcha. Por supuesto, este argumento consecuencialista vale en la medida en que las conexiones causales que presupone sean efectivas (ATIENZA, 2022, p. 62).

### III. CUESTIONES DE FUNDAMENTACIÓN

#### III.1. El objetivismo mínimo de Manuel Atienza

En uno de los libros esenciales de la rehabilitación de la argumentación jurídica en el siglo xx, *Los usos de la argumentación*, de Stephen Toulmin, se contraponen el modelo de la lógica deductiva, una lógica idealizada, al modelo de la lógica operativa, para el cual cabe acudir a la analogía con la jurisprudencia: la lógica, afirmará Toulmin, es una «jurisprudencia generalizada» (TOULMIN, 2007, 24). De acuerdo con este último modelo, «un argumento sólido, una afirmación bien fundamentada y firmemente respaldada, es el que resiste la crítica, aquel para el que se puede presentar un caso que se aproxima al nivel requerido, si es que ha de merecer un veredicto favorable» (p. 25). Toulmin nos presenta su famoso modelo simple de análisis de argumentos, en el que la *pretensión* se apoya en *razones*, las cuales son tomadas como tales en virtud de la aceptación de una *garantía* (que autoriza el paso de las razones a la pretensión) y que, a su vez, derivan su validez argumentativa de la aceptabilidad de un *respaldo*. Atienza considera que Toulmin ofrece una perfecta ilustración de la concepción pragmática de la argumentación, en particular de un enfoque dialéctico (ATIENZA, 2017, 31; ATIENZA, 1993, 81-104). Pues bien, a mi juicio, la bioética de Atienza, a su vez, me parece una buena ilustración del *modelo jurisprudencial* de Toulmin.

No se trata solo de que las argumentaciones bioéticas de Atienza puedan ser analizadas y explicadas a partir del «esquema de Toulmin». Esto puede hacerse con toda argumentación que no sea puramente formal (y que esté mínimamente bien construida). Se trata de que, en la argumentación bioética de Atienza, la finalidad principal es la de buscar un consenso mínimo pero suficiente, ese «veredicto favorable» al que alude Toulmin para dar una respuesta (que se entiende siempre falible y, por tanto, revisable) a los problemas bioéticos; se trata, del enfoque pragmático y pragmatista. Para ello, en el método bioético de Atienza se satisfacen dos rasgos muy destacados en el modelo de Toulmin: 1) cuando se ha llegado a un acuerdo suficiente para que

la pretensión argumentativa se acepte ya no es necesario (ni conveniente) seguir argumentando y 2) la clave del acierto en la argumentación suele residir –como insiste Toulmin– en introducir un cualificador modal adecuado. El primer rasgo se pone de manifiesto cuando Atienza deriva conclusiones del consenso que se da sobre la aceptabilidad de los principios de dignidad, autonomía, universalidad y publicidad. Si dicha aceptación permite dar respuesta a problemas bioéticos concretos es, en parte, porque los intervinientes aceptan, a su vez, interpretaciones de dichos principios que se pueden alejar bastante de sus convicciones más profundas (del nivel de las creencias a que se aludía antes en referencia a Ortega y Gasset) pero que pueden ser compartidas por los demás. El segundo rasgo –el relativo a los cualificadores modales– lo vemos en las innumerables veces que Atienza, como ya se ha destacado anteriormente, modula sus conclusiones: sobre el aborto, dirá que no hay razones ni para una prohibición absoluta ni para una permisión absoluta; sobre el estatus moral del embrión, que no cabe considerar que carece de todo valor moral, si bien este es pequeño; sobre maternidad subrogada, que hay casos en los que no parece haber razones para la prohibición; etc.

Todo esto parece apuntar a la tradición griega de los sofistas, que está en los fundamentos mismos del desarrollo de la retórica clásica, en sentido amplio. Atienza sería, como buen exponente moderno de la retórica, un sofista que argumenta a la contra, que descubre falacias y paralogismos y cuyos principios son aquellos que, por recabar un consenso suficiente, permiten resolver las cosas sin violencia ni imposiciones coercitivas; permiten llegar a acuerdos. Los sofistas eran relativistas, si se quiere amantes de la palabra y no de la fuerza (o partidarios de la fuerza de la palabra), pero descreídos de una fundamentación objetiva de los juicios morales. Todos sabemos, sin embargo, que Atienza es un objetivista moral y, en cierto sentido, lo contrario de un sofista. Podría decirse de Atienza lo mismo que de Sócrates: que pareciendo un sofista es, sin embargo, todo lo contrario. Volviendo a Toulmin, la cuestión es cuál es la naturaleza del *respaldo* para los principios de la bioética que Atienza defiende.

Atienza denomina a su propia posición como de «objetivismo moral mínimo». La misma ha sido objeto de diversos debates (por ejemplo, en los últimos años, con Paolo Comanducci o Juan Antonio García Amado) y estudios<sup>22</sup>. Aquí debo limitarme a decir aquello que es indispensable para dar cuenta de forma suficiente de la bioética de Atienza. Se trata, para mis objetivos, de volver al cuadro sinóptico que vimos más arriba y, en particular a la columna tercera, para aclarar qué significa que los mismos términos de autonomía, dignidad, universalidad y publicidad aparecen vinculados a «rasgos profundos que caracterizan a las personas».

En un texto relativamente reciente, «Objetivismo moral y Derecho», Atienza ha resumido su concepción de la moral (ATIENZA, 2017, 193-220). Por «*objetivismo mínimo*» hay que entender, en primer lugar, que cuando se participa en el debate moral

---

22. Vid. ATIENZA, 2011 y 2020; ATIENZA y GARCÍA AMADO, 2021. En este mismo número de DOXA, Lucas Misseri realiza un interesante estudio crítico sobre el objetivismo mínimo de Atienza.



se hace con una pretensión de corrección, esto es, que lo que se dice se pretende que es «correcto» y que no se limita a mostrar una preferencia personal o de un determinado grupo social y, en segundo lugar, que esa pretensión de objetivismo *mínimo* «no implica el realismo moral, o sea, no postula la existencia de entidades morales semejantes a los objetos o a las propiedades del mundo físico» (p. 194). El juicio del objetivista moral mínimo sobre un problema concreto descansa, en última instancia, en la asunción de ciertos valores como válidos intersubjetivamente: al decir, por ejemplo, que, en determinadas circunstancias, una mujer tiene derecho a abortar, teniendo en cuenta entre otros el valor de la autonomía individual, lo que «queremos decir con ello es que cualquier persona razonable tendría que estar de acuerdo con nosotros al pensar así... aunque de hecho no todas lo estén» (p. 195). El punto de vista objetivista mínimo, lejos de ser algo extravagante o minoritario, sería indispensable para dar cuenta de nuestras prácticas morales y jurídicas, las cuales «son incompatibles con el relativismo moral, por lo menos si este es generalizado» (p. 197). Otra cosa es que se esté dispuesto a admitir dicho objetivismo públicamente, reticencia que se debe a que se cree erróneamente que ser objetivista conduce «a la intolerancia y a la arbitrariedad» (p. 199).

Para Atienza, la pretensión de corrección que presupone el objetivismo mínimo en los juicios morales no debe entenderse en términos de pretensión de verdad, puesto que ello sería «una manera de hablar que debilita innecesariamente la distinción entre razón teórica y razón práctica, entre la razón que pretende describir y explicar cómo es el mundo y la que tiene como su principal función establecer cómo deberíamos actuar en el mundo para que este fuera como debiera ser» (p. 204). Siguiendo a Habermas, Atienza propone entender que tanto la pretensión de corrección de los juicios normativos y de valor como la pretensión de verdad de los juicios descriptivos serían supuestos distintos de una misma pretensión general de validez (HABERMAS, 2002, 273-274).

En contra de lo que se suele pensar, advierte nuestro autor, la pretensión de corrección no socava el valor de la tolerancia. Muy al contrario, dicho valor solo puede sustentarse en un objetivismo moral mínimo<sup>23</sup>. El error consiste en confundir objetivismo con absolutismo moral. Atienza recuerda en este punto la clasificación de posiciones éticas de Fishkin (*vid.* FISHKIN, 1984). Frente a la pretensión del absolutismo moral de que los juicios de valor son absolutos (no cabe cuestionar su inviolabilidad, y como inviolables, no tienen excepciones justificadas); la pretensión de corrección del objetivismo mínimo es falibilista y no dogmática. Para nuestro autor, la crítica al escepticismo moral y la defensa del falibilismo «es uno de los aspectos más importantes del pragmatismo filosófico» y «acerca obviamente el razonamiento moral al científico» (ATIENZA, 2017, 210).

A la pregunta de cuáles son los criterios objetivos que se pueden ofrecer a favor de la objetividad de un determinado juicio normativo o de valor, Atienza responde:

---

23. Sobre el concepto y la justificación de la tolerancia, Atienza sigue sustancialmente a Ernesto Garzón Valdés, a quien reconoce como uno de sus maestros. Vid. GARZÓN VALDÉS, E., 2007.

«son los que proporcionaría una argumentación racional sobre el tema; lo que respalda una pretensión de corrección es eso que aceptarían todas las personas razonables» (p. 212). Más arriba, ya se ha explicado el núcleo de la idea de «razonable» e «irrazonable» de Atienza. Aquí quisiera tan solo añadir que nuestro autor destaca que «lo razonable juega un papel muy importante en diversas teorías de la argumentación» (ATIENZA, 2004, 93). En particular, pone como ejemplos la teoría de la interpretación jurídica de Recaséns Siches, el cual, siguiendo a Ortega, contrapone el «logos de lo razonable» al «logos de lo racional» (*ibidem*)<sup>24</sup>; la nueva retórica de Perelman; y, sobre todos, en los últimos tiempos, la doctrina de la razonabilidad desarrollada por John Rawls en su obra *El liberalismo político* (Rawls, 1996). Para Rawls, resume Atienza, la posibilidad del consenso en sociedades abiertas como las democracias constitucionales, en las que los ciudadanos discrepan sobre cuestiones políticas y morales, depende precisamente de la razonabilidad, la cual se podría caracterizar por medio de dos rasgos:

«1) la razonabilidad supone capacidad para proponer y estar dispuesto a aceptar criterios que se puede esperar que los otros puedan aceptar; o sea, la persona razonable es la que se esfuerza por alcanzar un consenso (...) y 2) la razonabilidad supone también disposición a aceptar lo que Rawls llama las “cargas del juicio”, esto es, la existencia de diversas fuentes o causas del desacuerdo entre personas razonables» (ATIENZA, 2004, 94).

Esta es la base –reconoce Atienza– de todos los constructivismos éticos, pero él se aparta, sin embargo, de estas posturas en la medida en que no comparte la idea de que «la racionalidad moral haya de ser exclusivamente procedimental» (p. 213). Apoyándose en Nagel, Atienza defiende la objetividad de algunas ideas morales que constituirían creencias de las que no se puede prescindir (aunque Atienza no lo menciona aquí, de nuevo, vemos una cercanía al pensamiento de Ortega y Gasset y su distinción entre *ideas* y *creencias*). Una de estas ideas fundamentales es la de «dignidad», al respecto explica Atienza:

«Pues bien, esa idea de que cada persona tiene valor para sí misma y en sí misma, una idea que no podemos dejar de tener (¿Quién se atrevería a ponerla en duda, aunque en la práctica no la respetemos –pero esa es otra cuestión–?), tiene manifiestamente consecuencias sustantivas desde el punto de vista moral. O, si se quiere decirlo de otra manera, la segunda formulación del imperativo categórico kantiano, el imperativo de los fines, que es el principio más fundamental de la moral, no es puramente formal, sino que tiene un carácter sustantivo, con independencia de que se vea como un mandato negativo o (también) positivo». (p. 214).

Sin embargo, Atienza se aparta de Kant en que la fundamentación de este principio sustantivo de la dignidad no tiene un carácter absoluto. En primer lugar, es necesario que el individuo quiera ser moral, formar parte de una comunidad moral, lo cual implica necesariamente respeto recíproco y, en este sentido, respeto de la dignidad humana.

24. Vid. RECASENS SICHES, L., 1956.

En segundo lugar, en favor de una ética basada en los principios de universalidad, autonomía y dignidad cabe dar buenas razones, pero estas no pueden ser absolutas sino solo plausibles (como tampoco son absolutas las razones para preferir el conocimiento científico). La aceptación del carácter objetivo del principio de dignidad, conduce, de acuerdo con nuestro autor, a que «estamos comprometidos a aceptar también que todas las personas tienen un derecho moral (y los demás, la obligación correlativa) a la satisfacción de sus necesidades básicas, al disfrute de aquellos bienes primarios que son condición necesaria para poder vivir una vida humanamente digna» (p. 215).

Finalmente, Atienza resume su concepción del «objetivismo mínimo» en ética (y, por tanto, en bioética) del siguiente modo:

«De manera que la objetividad moral es, por así decirlo, una objetividad de razones (una objetividad no ontológica), pero esas razones objetivas son tanto procedimentales como sustantivas. Y, por otro lado, la vía de la fundamentación procedimental de la ética y la vía sustantiva se complementan: esas necesidades o capacidades podrían verse como el resultado de un procedimiento de discusión racional; pero el diálogo racional presupone también que quienes participan en el mismo son individuos a los que no se niega sus capacidades básicas»

### III.2. El valor sustantivo de la dignidad

Para Atienza, el concepto de dignidad es la clave de bóveda tanto de su concepción del Derecho, pospositivismo constitucionalista, como de la ética y, por supuesto, de la bioética. De hecho, Atienza explica que el interés por profundizar en este concepto proviene en parte de su participación en temas de bioética. Efectivamente, las referencias a la dignidad son muy frecuentes en bioética, tanto en el nivel de los documentos normativos como en el de los textos académicos o de opinión<sup>25</sup>. Y lo son más desde que la Iglesia católica (y otras confesiones religiosas) ha tomado el concepto de dignidad como el «arma» argumentativa fundamental en la polémica sobre temas tales como aborto, eutanasia, reproducción humana asistida, investigación con preembriones, modificaciones genéticas en seres humanos, maternidad subrogada, etc. Este uso nos debe poner en alerta sobre la «retórica» de la dignidad, pero en contra de autores como Mosterín o Pinker, y en línea con Garzón Valdés, Atienza piensa que no solo es posible un manejo racional del concepto, sino que, como se ha dicho, es el concepto basilar de la moral.

Atienza reconoce que el concepto de dignidad es notablemente complejo. El primer paso para aclarar el significado de expresiones como «los embriones humanos no tienen dignidad» o «los contratos de maternidad subrogada no violan necesariamente la dignidad de la madre gestante» es, a juicio de nuestro autor, entender que se trata de un concepto de enlace que, por tanto, cumple dos funciones: «para decir que alguien

---

25. De forma muy destacada el Convenio de Oviedo (1997), promovido por el Consejo de Europa, cuya denominación completa es *Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina*, que fue ratificado por España en 1999.

—ciertas entidades— poseen dignidad; y/o para adscribir determinadas consecuencias normativas o valorativas a las entidades que poseen esa propiedad» (ATIENZA, 2022, p. 22).

Por la parte del antecedente del enlace, Atienza, y en esto se aparta de Garzón Valdés, considera que la propiedad de las entidades de las que se predica «dignidad» no puede ser únicamente «pertenecer a la especie humana», en el sentido puramente biológico (p. 29). Por dos razones: una primera, de carácter práctico, es que de ahí se derivaría que el aborto, la investigación con células madre o casi cualquier técnica de fecundación humana asistida sería, como sostiene la Iglesia católica, inmorales; la segunda, de carácter teórico, es que si apareciesen seres que no pertenecieran a la especie humana, pero que tuvieran sus mismas propiedades psicológicas (sensibilidad, inteligencia, capacidad de argumentar, decidir, etc.), no se ve por qué deberían ser excluidos de la categoría de entidades con dignidad (p. 30). Atienza no pretende dejar zanjada esta cuestión, pero hace una propuesta que asume una «perspectiva pluralista», de acuerdo con la cual la posibilidad de adscribir dignidad a una entidad no depende de un único criterio. A su juicio, habría que contar, al menos, con los cuatro siguientes: «la capacidad de sentir; la capacidad de experimentar una vida en mayor o menor grado; la competencia comunicativa, la racionalidad, la inteligencia o como queramos llamarlo; la pertenencia a una especie (a la especie humana)» (ATIENZA, 2022, 145). Cuando una entidad reúne estas cuatro características, no cabe duda de que tiene dignidad, el problema viene cuando está ausente alguna o no está presente en el grado necesario. La primera propiedad, que Atienza considera de tipo todo o nada, marca un límite infranqueable de lo que tiene o no relevancia moral, con la excepción de los seres humanos, que tendrían un privilegio de especie<sup>26</sup>. En ausencia de la cuarta propiedad, pero con presencia de la primera y algún grado relevante de las otras dos se situarían algunas especies animales (nuestro autor menciona a los grandes simios, los delfines y las ballenas) a las que no se les podría atribuir una dignidad plena pero sí una «dignidad incipiente, precaria, o algún atributo moral análogo al de dignidad» (p. 149).

Llegamos aquí al problema de la otra parte del concepto de dignidad, la que se refiere a las consecuencias de predicar la misma de una entidad: en el caso de los seres humanos, ello supone la atribución plena de un conjunto de derechos que, precisamente, llamamos derechos humanos; mientras que en los casos de otras entidades, como los animales no humanos que se acaban de mencionar, podría suponer la atribución de derechos pero no «plena», en el sentido de que no sería el conjunto pleno de derechos (piénsese, por ejemplo, en los derechos políticos) y tampoco con la misma fuerza (la violación del derecho a la vida de un animal no humano sería menos grave que la de un animal humano).

26. Quiere decirse que si un individuo humano puede seguir vivo a pesar de haber perdido la capacidad de sentir (por ejemplo, un coma profundo), se seguiría predicando del mismo la dignidad por el mero hecho de pertenecer a la especie «*homo sapiens*».

Esta relativización de la idea de «dignidad» es, por así decirlo, relativa. Hay que entender que, incluso pensando únicamente en seres humanos, la idea de dignidad se vuelve inmanejable si se le adscribe un carácter absoluto a las razones que se apoyan en la misma. Por ello, es necesario explicar en qué sentido la dignidad es un límite infranqueable de la moral. Su propuesta es admitir dos dimensiones en la idea de dignidad humana: por un lado, «la dignidad se nos aparece como una noción muy abstracta que marca los límites de la moral –de lo moralmente admisible–, cuyo contenido sería esencial o exclusivamente negativo y que, en ese sentido, podría considerarse el fundamento último de los derechos, de todos los derechos» (p. 33). Por otro lado, la dignidad tendría una dimensión más concreta, más específica «que es la que más suele interesar a los juristas, porque conecta el valor (o el principio) de dignidad no ya con todos los derechos, sino (al menos de manera particular) con algunos de ellos» (p.34). En su primera dimensión, la dignidad es absoluta y no puede, efectivamente, ponderarse con los valores de autonomía y universalidad, pero tampoco puede darse el conflicto pues los tres valores son manifestaciones distintas de lo mismo. En su segunda dimensión, los derechos vinculados a la dignidad (derechos de la personalidad, derechos básicos de seguridad o garantías procesales) sí que pueden entrar en colisión con los derechos vinculados a los principios de igualdad y autonomía.

Si volvemos al cuadro sinóptico de la bioética de Atienza y a la pregunta que se dejó abierta sobre la relevancia del paso de la columna segunda a la tercera, ahora podemos dar la siguiente respuesta: el principio de dignidad que aparece en la segunda columna corresponde a su dimensión más concreta o específica, la cual permite que el principio sea ponderado con los otros, de ahí la obtención de principios secundarios y, finalmente, de reglas que permiten adoptar decisiones justificadas a los casos particulares. Mientras que la «dignidad» que aparece mencionada en la tercera columna correspondería a su sentido más profundo implicado en la propia noción de persona.

Esta idea de la dignidad, fundamental, es objeto de dos interpretaciones principales: la concepción (puramente) liberal lockeana y la kantiana. Ambas concepciones se opondrían, a su vez, a las religiosas y comunitaristas. Atienza se adhiere a la tradición kantiana. Para ello, parte de su formulación del principio de dignidad: «Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio». Siguiendo a Jiménez Redondo, sostiene que Kant extrajo su idea de persona del Derecho de una de las categorías de cosas del *Corpus Iuris Civilis*: «las cosas que no pueden ser objeto de apropiación porque, por esencia, son cosas de nadie: las cosas sagradas, religiosas o santas, como las murallas y las puertas de la ciudad» (Atienza, 2016b, p. 263; 2022, p.48). Esta noción de dignidad contrasta con la tradición liberal que parte de Locke y que la explica a partir de la noción de propiedad: mientras que ser persona implica en la tradición kantiana también obligaciones y límites para el propio individuo, en la tradición liberal ser persona implica fundamentalmente obligaciones y límites para

los otros. La dignidad entendida de este último modo se confunde con la noción de autonomía.

De este modo, para Atienza, siguiendo a Kant, la dignidad entraña obligaciones autorreferentes para el titular de la misma y el «derecho al propio cuerpo» no sería, en términos morales, equivalente a una forma de propiedad, a un «*ius utendi et abutendi*». Sobre cuáles serían esas obligaciones autorreferentes, nuestro autor, parece asumir también una postura kantiana y defender, en consecuencia, una obligación de desarrollar nuestros talentos y capacidades, de desarrollarnos como personas y ayudar a los otros a hacer lo propio (Atienza, 2022, p. 54). Ahora bien, esta concepción –advierte Atienza– no deriva necesariamente en un perfeccionismo jurídico (la imposición de una concepción de la buena vida por el Derecho), pues en este sentido no hay que olvidar lo siguiente: 1) que una cosa es afirmar la inmoralidad de una acción y otra que deba ser, por ello mismo, convertida en un ilícito jurídico; 2) que la idea de dignidad kantiana tiene el carácter de límite o de negación de lo que puede ser hecho, de manera que permite fundar la ética de mínimos que sea la base de una regulación jurídica liberal; y 3) que es posible una interpretación funcional de la noción de persona. Sobre esto Atienza dice lo siguiente:

«De la misma manera, podríamos decir que la función de las cosas que son esencialmente de nadie es la de fijar ciertos límites que hagan posible una vida civilizada dentro de la polis, la función de la noción de persona es la de hacer posible que, quien es persona, pueda llevar a cabo una vida moralmente satisfactoria, pueda desarrollar libremente su personalidad. Y, por eso, cuando deja de existir esa posibilidad, no cabe pensar ya que quien decide terminar con su vida física, esté atentando también contra su dignidad» (ATIENZA, 2022, p. 55).

Llegados a este punto, se podría resumir la posición de Atienza en cuanto a la fundamentación de los juicios bioéticos, teniendo a la vista el cuadro sinóptico de su bioética: 1) la bioética es una argumentación orientada a resolver problemas particulares; 2) para ello son necesarios tanto una serie de principios sobre los que se suscita un importante consenso (segunda columna del cuadro), como una metodología que permita un manejo racional (y razonable de dichos principios); 3) dicha metodología argumentativa consiste esencialmente en el paso de los principios a las reglas: la lectura del cuadro de izquierda a derecha; 4) pero no se puede prescindir del fundamento último de los juicios morales; 5) la clave de este fundamento último es la idea de dignidad, entendida en el sentido del segundo imperativo categórico de la moral kantiana, la cual está implicada junto a la universalidad y la autonomía en una concepción de la persona moral.

#### IV. ÚLTIMAS CONSIDERACIONES

En el estudio ya citado de Lucas Misseri, este evoca la imagen, la metáfora, del laberinto para «hacer referencia a las dificultades de comprensión que suscita el objetivismo moral mínimo de Atienza» (MISSERI, 2023). Descontando lo que se deba a mi propia falta

de pericia para presentar con claridad la bioética de Atienza, creo que el lector que haya llegado hasta aquí podría, quizás, estar de acuerdo en alguna medida con el juicio de Misseri, sobre todo por lo que a las últimas cuestiones de fundamentación se refiere (que es donde se centra este autor). Sin embargo, al mismo tiempo, creo que a la bioética de Atienza cabría aplicarle otra metáfora y de signo contrario, una que ya utilizó el que, a mi juicio, es el otro gran bioeticista español, Diego Gracia, me refiero a la de «como arqueros al blanco» y que, sabido es, viene de Aristóteles. Porque por debajo (o, si se quiere, por encima) de todas las distinciones, ajustes y reajustes, interpretaciones de otros autores, controversias, ponderaciones, cualificaciones, etc., que encontramos en los escritos bioéticos de nuestro autor, este parece apuntar siempre al mismo blanco. Y aquí, espero no abusar introduciendo una tercera metáfora, el «zorro» Atienza, que entra en todas las discusiones bioéticas, que polemiza y maneja con maestría cualquier recurso de la argumentación en defensa de sus tesis, oculta un «erizo» Atienza que desarrolla siempre una misma idea.

La cuestión es cuál es esa gran idea rectora del pensamiento de Atienza, cuál es el blanco al que siempre terminan yendo sus flechas. A mi juicio, el centro de la diana es la creencia en un humanismo ilustrado y, como consecuencia, Atienza es un liberal en cuanto la vida privada de los individuos, un socialista democrático en el plano social y un pragmata en lo filosófico. No descubro nada, puesto que el propio Atienza se ha calificado a sí mismo de esta manera. Además, quienes estamos cerca personalmente de él le hemos oído mil veces decir que él es un socialista y un pragmata (menos que es un liberal, por la posible confusión de la etiqueta con el inmoral libertarianismo de nuestro tiempo).

Ahora bien, el laberinto al que se refiere Misseri se debe en parte a la dimensión polémica de la argumentación de Atienza, a la que se ha hecho referencia más arriba; Atienza ha ido construyendo su discurso con elementos y en respuesta a diferentes tradiciones que son, en gran medida, las de sus maestros y autores de la misma generación (por ejemplo, el individualismo metodológico estricto de Garzón Valdés o el constructivismo ético de Nino). Sin embargo, creo que le podríamos pedir que aclare más el alcance de ese pragmatismo filosófico. Se trata de una actitud, pero no solo, también de un meta-criterio para juzgar el valor de una teoría sobre el derecho en la medida en que pueda contribuir a mejorar la práctica jurídica, pero, creo que hay más, y convendría profundizar en ello (vid. ATIENZA y RUIZ MANERO, 2009, 272-287)<sup>27</sup>. Piénsese, por ejemplo, en que Atienza admira profundamente a autores como Dewey, el segundo

---

27. En esta polémica publicada entre Atienza y Ruiz Manero, entre otros temas, Ruiz Manero pide aclaraciones a Atienza sobre su auto-calificación como «pragmatista»; el punto está, sin embargo, muy centrado en lo terminológico, en el uso del término. Yo no considero que haya tal problema terminológico, pero con Rodolfo Vázquez (VÁZQUEZ, 2014) y, a pesar de que, como hemos visto, en el último libro de Atienza (2022) este nos describe a fondo su concepción ética, sigo pensando que nos falta algo más para que el panorama esté completo, algo sobre los rasgos de su pragmatismo (y que, a su juicio, incluiría a autores como Kant, Habermas o Dworkin; vid. Atienza, 2014, 30)

Ihering u Ortega y Gasset (de quien cabe dar una interpretación pragmatista)<sup>28</sup> –de hecho, no deja de recomendar su lectura–, pero finalmente no están tan presentes en sus escritos como sería de esperar. La insistencia de Atienza en tomar en consideración *las circunstancias* de los casos, que es lo que se necesita para justificar sus pretensiones argumentativas, se respalda, en última instancia, en la apreciación de *la circunstancia humana*, que está en el núcleo de la filosofía orteguiana. Mi crítica sería –y no es una verdadera crítica–, que quizás Atienza haya pretendido integrar demasiados elementos dispares, mantener una excesiva coherencia en sus escritos a lo largo del tiempo, mantener un diálogo o una polémica abierta con todos los autores relevantes de su tiempo y sobre casi todos los temas importantes, de modo que las habilidades del «zorro», por así decirlo de nuevo, han velado algo de la sabiduría del «erizo»<sup>29</sup>.

Quisiera terminar este artículo, que está pensado para formar parte de un homenaje a Manuel Atienza por parte de sus doctores, reconociendo la gran deuda que tengo contraída con él, en lo académico y no solo. Cuando echo la vista atrás, entre las muchas personas que me han ayudado a que mi vida sea mejor, la suya ha sido una influencia decisiva, tanto en lo profesional como en lo humano. Los que conocen de cerca lo que recientemente ha comenzado a llamarse «escuela alicantina», saben que en ella no ha sido habitual hablar de «maestros», quizás para que no se nos confundiera con esas realidades académicas de sometimiento que, por desgracia, no son infrecuentes en la universidad; o quizás por el ambiente de Alicante, tan poco propicio a las formalidades, para lo bueno y para lo malo. El caso es que sí, Atienza es un maestro, en el mejor sentido de la palabra, en una época donde cada vez hay menos (¿cómo los ha de haber si todo parece diseñado para evitarlo!) y mi buena fortuna es que haya sido mi maestro.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ, J. (2015): *El arte de la mediación: argumentación, negociación y mediación*, Madrid, Trotta.
- ATIENZA, M. (1993): *Las razones del Derecho*, México, UNAM.
- ATIENZA, M., (1996): «Juridificar la bioética», *Claves de Razón Práctica*, 61: 2-15.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (1996): *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel.
- ATIENZA, M., (1998): «Juridificar la bioética», *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 8: 75-99.

28. Vid. GRAHAM, J.T. (1994): *A pragmatist philosophy of Life in Ortega y Gasset*, University of Missouri Press, Missouri.

29. Creo que Atienza podría replicarme que él es un «zorizo», un término de su invención (esperemos que pronto encuentre una alternativa que «suene» mejor), con el que se refiere al jurista ideal: que combina el ser zorro, con el ser erizo. Mi crítica sería, entonces, que en la dimensión más filosófica del pensamiento de Atienza habría cierto desequilibrio hacia el lado del zorro. Vid. ATIENZA, 2016c.



- ATIENZA, M., (2002): «Investigación con embriones y clonación. La ética de la razonabilidad», *Revista de Administración Sanitaria*, 24: 79-100.
- ATIENZA, M., (2004): *Bioética, derecho y argumentación*, Lima: Palestra-Temis.
- ATIENZA, M. (2006): *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel.
- ATIENZA, M. (2008a): *La guerra de las falacias*, Alicante, Compás.
- ATIENZA, M. (2008b): «Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida», *Revista de Bioética y Derecho*, 14, pp. 4-9.
- ATIENZA, M. (2010): «¿Coherencia o racionalidad?», *Discusiones*, 10: 11-20.
- ATIENZA, M. (2011): «Sobre la interpretación jurídica, de Paolo Comanducci», en Ferrer, J. y Ratti, G. B. (eds.): *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, pp. 71-79.
- ATIENZA, M., (2013): *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta.
- ATIENZA, M. (2014): Una ley cruel, *El notario del siglo XXI*, 53.
- ATIENZA, M. (2016a): «El derecho sobre el propio cuerpo y sus consecuencias», en Casado, M. (coord.): *De la solidaridad al mercado: el cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, México, Fontamara.
- ATIENZA, M. (2016b): «Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad», *Revista Ius et Veritas*, 53, diciembre.
- ATIENZA, M. (2016c): «Juristas y zorizos», en <http://lamiradadepeitho.blogspot.com/2016>.
- ATIENZA, M. (2017): *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid, Trotta.
- ATIENZA, M. (2020): «García Amado y le objetivismo moral», *Teoría y derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 27, pp. 44-57.
- ATIENZA, M. (2022a): *Sobre la dignidad humana*, Madrid, Trotta.
- ATIENZA, M. (2022b). *Justicia genética. II Conferencia «Emilio Balaguer»*, Alicante, Publicaciones de la Universidad de Alicante.
- ATIENZA, M. y GARCÍA AMADO, J.A. (2021): *Debates iusfilosóficos: sobre ponderación, objetivismo y objetivismo moral*, Lima, Palestra.
- ATIENZA, M. y GONZÁLEZ-MENESES, M., (2009): «Debate sobre el proyecto de nueva regulación del aborto», *Revista de Bioética y Derecho*, 16, abril: 2-14.
- ATIENZA, M y RUIZ MANERO, J. (2001): «La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica», *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 24: 115-130.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (2009): *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Lima, Temis-Palestra.
- BEAUCHAMP, T.L. y CHILDRESS, J. F., (1979): *Principles of Biomedical Ethics*, Nueva York, Oxford University Press.
- DWORKIN, R. (1994): *El dominio de la vida*, Barcelona, Ariel.
- FISHKIN, J. S. (1984): *Beyond Subjective Morality: Ethical Reasoning and Political Philosophy*, Yale University Press, New Haven.
- FLETCHER, J.F. (1966): *Situation Ethics. The New Morality*, Philadelphia, The Westminster Press.
- GARZÓN VALDÉS, E. (2007): *Tolerancia, dignidad y democracia*, Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- GRACIA, D. (1993): *Procedimientos de decisión en ética clínica*, Madrid, Eudema.
- GRAHAM, J.T. (1994): *A pragmatist philosophy of Life in Ortega y Gasset*, University of Missouri Press, Missouri.
- HABERMAS, J. (2002a): *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, Barcelona, Paidós.

- HABERMAS, J. (2002b): *Verdad y justificación. Ensayos filosóficos*, Madrid, Trotta.
- JONSEN, A. R. y TOULMIN, S., (1988): *The Abuse of Casuistry. A History of Moral Reasoning*, Berkeley, University of California Press.
- LAMAS, M. (2012): «Mujeres, aborto e Iglesia Católica», *Revista de El Colegio de San Luis*, Año II, 3, pp. 42-67.
- LIFANTE VIDAL, I. (2023): «Diez ideas sobre el pensamiento iusfilosófico de Manuel Atienza», en *DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 46.
- MISSERI, L. E. (2023): «Manuel Atienza y el laberinto de su objetivismo moral mínimo: constructivismo metaético y dignidad humana», *DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 46.
- ORTEGA Y GASSET, J. (1999): *Ideas y creencias*, Madrid, Alianza Editorial.
- PERELMAN, Ch. y OLBRECHTS-TYTECA (1989): *La nueva retórica. Tratado de la argumentación*, Madrid, Gredos.
- RAWLS, J. (1996): *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica.
- RECASENS SICHES, L. (1956): *Nueva filosofía del Derecho*, México, Dianoia.
- SALAZAR, O. (22 de mayo de 2017): «Cedo mi cuerpo libremente para que lo usen los demás. Pueden hacer conmigo lo que quieran», *El País*.
- SANDEL, M. (2015): *Contra la perfección. La ética en la era de la ingeniería genética*, Barcelona, Marbot.
- TOULMIN, S. (2007): *Los usos de la argumentación*, Barcelona, Península.
- VÁZQUEZ, R. (Comp.) (1999): *Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas actuales*, México, ITAM-FCE.
- VÁZQUEZ, R. (2014): «Algo más sobre el pragmatismo jurídico de Manuel Atienza», *Nuevas fronteras de filosofía práctica*, 2, pp. 59-66.
- VIEHWEG, T. (1963): *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Civitas. La primera edición en alemán es de 1953.



# Sobre los límites al deber de lealtad de los abogados

## On the Limits to the Duty of Loyalty of Lawyers

Horacio-José Alonso Vidal<sup>1</sup>

### Autor:

Horacio-José Alonso Vidal  
Universidad de Alicante, España  
[horacio.alonso@ua.es](mailto:horacio.alonso@ua.es)

Recibido: 10/06/2022

Aceptado: 10/09/2022

### Citar como:

Alonso Vidal, Horacio-José (2023). Sobre los límites al deber de lealtad de los abogados. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 75-84. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.03>

### Licencia:

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



© 2023 Horacio-José Alonso Vidal

### Resumen

En este trabajo, el autor, desde la perspectiva del Derecho como argumentación propuesta por el Profesor Atienza, analiza los límites al deber de lealtad de los abogados, esto es, la obligación de los abogados de maximizar los objetivos de sus clientes. En el texto se defiende que el deber de lealtad constituiría un deber moral especial, cuyo ámbito de aplicación estaría condicionado por la propia relación de los abogados con el Derecho. Así, mientras que para los jueces y tribunales el Derecho constituiría el único fundamento de su actuación, para los abogados el Derecho sería un medio para conseguir los fines encomendados por sus clientes. Siendo esto así, se propone la viabilidad de la pretensión como un criterio regulativo en la actuación de los abogados, de suerte que los abogados sólo deberían defender aquellos casos que sean viables jurídicamente. Asimismo, el autor analiza, a través de un caso concreto –la aportación como prueba de comunicaciones reservadas entre abogados– el alcance de las normas deontológicas que regulan el ejercicio de la abogacía como otros límites al deber de lealtad de los abogados. Finalmente, el trabajo finaliza con dos reflexiones sobre el ejercicio de la abogacía.

**Palabras claves:** abogados; deontología; deber de lealtad.

### Abstract

In this paper, the author, from an argumentative perspective defended by Professor Atienza, analyzes the limits to the duty of loyalty of lawyers with their clients, that is, the obligation of lawyers to maximize the objectives of

1. Es Abogado en ejercicio y Profesor asociado de Filosofía del Derecho en la Universidad de Alicante.

their clients. The text argues that the duty of loyalty would constitute a special moral duty, whose scope would be conditioned by the lawyers' own relationship with the Law. Thus, while for judges and courts the law would be the only basis for their action, for lawyers the law would be a means to achieve the ends entrusted by their clients. This being so, the viability of the claim is proposed as a regulatory criterion in the performance of lawyers, so that lawyers should only defend those cases that are legally viable. Likewise, the author analyzes, through a specific case – the contribution as evidence of confidential communications between lawyers – the scope of the deontological norms that regulate the practice of law as other limits to the duty of loyalty of lawyers. Finally, the paper is ended with two reflections on the practice of law.

**Keywords:** lawyers; deontology; duty of loyalty.

## INTRODUCCIÓN

Como señala Garrido (2012: 166) el rol del abogado no ha sido objeto, tradicionalmente, de un gran interés por la filosofía del derecho<sup>2</sup>. En efecto, autores, que podríamos denominar «clásicos» de nuestra disciplina han estado más centrados en otras figuras; tales como el soberano (Austin), el legislador (Kelsen) o los jueces y funcionarios (Hart o Dworkin). Este desinterés, en honor de la verdad, ha sido más bien recíproco, puesto que los abogados, al menos en España, tampoco han mostrado un excesivo interés por cuestiones iusfilosóficas o sobre las implicaciones morales del ejercicio de su profesión. Sin embargo, este no es el caso, desde luego, del Profesor Atienza, quien, a lo largo de su trayectoria, además de abordar cuestiones nucleares de la reflexión teórica sobre el Derecho, se ha ocupado también de estudiar lo que la práctica del Derecho implica para los operadores jurídicos y, entre ellos, para el operador práctico por excelencia, el abogado.

En este sentido, el objetivo de este trabajo es analizar críticamente un interesante problema que plantea el ejercicio de abogacía, puesto de manifiesto por el Profesor Atienza (2015: 19-20): los límites al deber de lealtad de los abogados, entendiendo a tal deber como la obligación de los abogados de maximizar los objetivos enmendados por sus clientes.

Señala el Profesor Atienza que este problema habría dos formas de abordarlo: Una sería «*contraponiendo el deber de lealtad hacia el cliente del abogado (...) a los deberes morales generales*». Desde esta perspectiva, el deber de lealtad sería un deber moral especial, que encontraría su fundamento en la especial labor que desarrolla el abogado en defensa de los intereses del cliente, al igual que el médico que atiende la salud de sus pacientes. Desde otro punto de vista, «*la lealtad consistiría en diversos círculos de lealtad*», además de la lealtad con el cliente, existiría la lealtad hacia el propio Derecho o la lealtad hacia

2. Si bien es cierto que, en tiempos más recientes, comienza a manifestarse un mayor interés sobre las implicaciones iusfilosóficas del ejercicio de la abogacía en autores en lengua española, como ya la citada Garrido (2012) o Garza (2019).

la sociedad en su conjunto. Para el Profesor Atienza esta segunda perspectiva plantea un problema obvio: cómo conjugar la lealtad a una persona, el cliente, con la lealtad a toda la sociedad o al ordenamiento jurídico.

Sentados los términos del problema, mi posición es que esta contradicción puede resolverse si consideramos que el deber de lealtad de los abogados tendría su fundamento, efectivamente, en un deber moral especial, cuyo ámbito de aplicación estaría condicionado por la propia relación de los abogados con el Derecho. Es decir, serían los especiales conocimientos jurídicos de los abogados –como profesionales del Derecho– los que justificarían su deber de lealtad, del mismo modo que los especiales conocimientos de los médicos justificarían su deber de velar por la salud de sus pacientes. Al propio tiempo, los abogados, al defender a sus clientes, estarían cumpliendo una clara función social: la defensa técnica de los derechos e intereses de los ciudadanos, especialmente ante los tribunales de justicia. No en vano, en la propia Ley Orgánica del Poder Judicial se califica a los abogados como «colaboradores» de la Administración de Justicia entendida como institución.

Como decía, el propósito de este trabajo es desarrollar esta idea, para lo cual lo he estructurado en los siguientes apartados.

En el primer apartado, analizaré la relación de los abogados con el Derecho, desde la perspectiva argumentativa defendida por el Profesor Atienza, haciendo una contraposición entre el deber de lealtad de los abogados con sus clientes y el deber de independencia e imparcialidad de los jueces y tribunales al resolver los casos sometidos a su enjuiciamiento.

En el segundo apartado, propondré un criterio, el de la sostenibilidad de la pretensión, que nos ayudaría a delimitar el contenido del deber de lealtad.

En el tercer apartado, haré referencia a las normas deontológicas que regulan el ejercicio de la profesión de abogado como otro límite a la actuación de los abogados y su necesaria ponderación con el deber de lealtad, haciéndome eco de un caso concreto: la prohibición de utilizar la correspondencia reservada entre letrados.

Finalmente, terminaré mi exposición con dos reflexiones sobre las implicaciones del ejercicio de la abogacía a propósito de las tesis defendidas en el trabajo.

## **1. EL DEBER DE LEALTAD DE LOS ABOGADOS EN CONTRAPOSICIÓN CON EL DEBER DE IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DE LOS JUECES Y TRIBUNALES**

Siguiendo a Aguiló (1997), el deber de independencia e imparcialidad de los jueces y tribunales consiste en cumplir con el Derecho. O, dicho de otra forma, los jueces y tribunales deben resolver los casos que se les presenten movidos única y exclusivamente por el Derecho. El cumplimiento del Derecho se constituye así en una suerte de imperativo categórico para los jueces y tribunales. Como es sabido, para Kant la conducta

moral sería aquella en la que no sólo se actúa conforme al deber, sino por mor al deber. En este sentido y, como señala Aguiló, el «*ideal de un juez independiente e imparcial designa a un juez que no tiene más motivos para decidir que el cumplimiento del deber*» (1997: 8). Por tanto, el Derecho para los jueces y tribunales se constituiría en un fin en sí mismo, siendo la razón operativa<sup>3</sup> de sus decisiones.

Esta no es, sin embargo, la relación que tienen los abogados con el Derecho. En contraposición a los jueces y tribunales, el abogado no actúa –ni puede actuar– única y exclusivamente movido por el cumplimiento del Derecho, sino que el deber de lealtad con los clientes les obliga a utilizar el Derecho para maximizar los fines que le sean encomendados, ya sea lograr la absolución de un cliente de una acusación de blanqueo de capitales o que se condene a un deudor a pagar una determinada deuda pecuniaria. En consecuencia, continuando con la terminología kantiana, el Derecho constituiría para los abogados una suerte de imperativo hipotético asertórico, esto es, un medio para conseguir un fin –la absolución, la condena al deudor etc– que no pueden dejar que quererse por los letrados, pues el fin universal de los abogados es maximizar los objetivos de sus clientes. Por consiguiente, el ideal del abogado leal designa a un abogado que maximiza los objetivos de su cliente, sirviéndose del propio ordenamiento jurídico, tal y como ha puesto de manifiesto el Profesor Atienza (2006: 202). El razonamiento del abogado tiene un carácter principalmente instrumental, de modo que los abogados utilizan las posibilidades que brinda el ordenamiento jurídico para maximizar los objetivos de sus clientes.

Por otro lado, mientras los jueces argumentan a favor de una determinada solución porque consideran que, conforme al Derecho, eso es lo correcto, la argumentación de los abogados, como señala el Profesor Atienza (2006: 224), obedecería a un esquema finalista en el que «*las premisas consisten en la fijación de un determinado objetivo (maximizar los intereses de los clientes), que constituye la razón operativa; la razón auxiliar son los medios jurídicos que permiten alcanzar el objetivo, y la conclusión, el deber de realizar determinada acción*».

## 2. LA SOSTENIBILIDAD DE LA PRETENSIÓN COMO LÍMITE AL DEBER DE LEALTAD DE LOS ABOGADOS

En el apartado anterior, he sostenido que el abogado leal sería aquel que maximiza los objetivos de sus clientes empleando al Derecho como un medio para tal fin. Ahora bien, dicho razonamiento instrumental, estaría limitado desde, al menos, dos perspectivas:

3. A continuación, voy a utilizar la distinción entre razones operativas y razones auxiliares expuesta por Atienza (2006: 207-208), quien a su vez la toma de Raz (1991). Así, una razón operativa consiste en la premisa de deber ser, que, en sí misma, podría constituir una razón completa para alguna acción; mientras una razón auxiliar consiste en un juicio fáctico que indica un medio para satisfacer una razón operativa.

(i) Una en cuanto a los fines a maximizar (ii) y otra relativa a los medios a utilizar. Atendiendo a los fines perseguidos, resulta una obviedad decirlo, estos deberán ser lícitos, de suerte que un abogado que ayude a su cliente a conseguir fines ilícitos sirviéndose del Derecho no sería leal, sino simplemente un infractor, un delincuente en el peor de los casos. En cuanto a los medios a emplear, como los destinatarios de sus argumentaciones son los jueces y tribunales, la argumentación de los abogados, apunta el Profesor Atienza (2006: 224), sería vicaria de los jueces y tribunales, pues los abogados deben justificar sus argumentaciones en normas y valores del ordenamiento jurídico y no en otras consideraciones. En consecuencia, si el deber de lealtad de los abogados consiste en conseguir los objetivos de sus clientes empleando al Derecho, *a contrario sensu* el abogado no estaría actuando conforme a tal deber cuando los objetivos a conseguir por sus clientes fueran inviables, es decir, cuando los abogados no puedan justificar jurídicamente sus argumentaciones, o, dicho de otra forma, cuando la pretensión sea insostenible<sup>4</sup>.

Sin embargo, la propia pericia del abogado determinará que esto ocurra en pocas ocasiones, pues habrá pocos casos claros en los que la pretensión a defender sea, efectivamente, insostenible. En efecto, como señala el Profesor Atienza, al analizar la teoría de la argumentación jurídica de MacCormick (Atienza 1997:169) «*los casos realmente claros sólo serían aquellos en que concebiblemente no puedan surgir dudas respecto a la interpretación de la norma o a la calificación de los hechos*», pero como apuntaba el propio autor escocés, lo habitual es que a los jueces no se les planteen casos fáciles, sino difíciles. En este sentido, es muy conocida la clasificación de los casos difíciles que formula MacCormick, según se trate de problemas de interpretación, de relevancia, de prueba o de calificación. Un problema de interpretación existe cuando no hay duda sobre cuál sea la norma aplicable, pero la norma en cuestión admite más de una lectura. Los problemas de relevancia plantean una cuestión previa a la interpretación, esto es, no cómo ha de interpretarse una determinada norma, sino si existe tal norma aplicable al caso. Los problemas de prueba se refieren al establecimiento de la premisa menor. Probar significa establecer proposiciones verdaderas sobre el presente y, a partir de ellas, inferir proposiciones sobre el pasado. Finalmente, los problemas de calificación o de «hechos secundarios» se plantean cuando no existen dudas sobre la existencia de determinados hechos primarios (que se consideran probados), pero lo que se discute es si los mismos integran o no un caso que pueda subsumirse en el supuesto de hecho de la norma. *A fortiori*, el Profesor Atienza (2013, 432-434) ha ampliado la clasificación a otros problemas, como los de validez o los procesales, que no habrían sido tenido en cuenta por MacCormick. Pues bien, los encargados de plantear este tipo de problemas,

---

4. La insostenibilidad de la pretensión está recogida expresamente en el artículo 15.2 de Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita como causa de denegación de dicha asistencia. Creo, sin embargo, que este criterio podría ser aplicable, como un ideal regulativo, para los abogados en general y no sólo los adscritos al turno de oficio.

convirtiendo lo que en otro caso pudiera considerarse un caso fácil en un caso difícil, serían, precisamente, los abogados. De hecho, cuanto mejor sea el abogado, más probable será que encuentre un resquicio argumentativo para sostener la pretensión de su cliente. En este sentido, unos de los problemas de relevancia más famosos de la historia, popularizado por Dworkin, es el archiconocido caso Riggs vs. Palmer, resuelto en 1889 por el Tribunal de Apelaciones de Nueva York. En este caso, el Tribunal debía decidir si un nieto (Elmer E. Palmer) que asesinó a su abuelo (Francis B. Palmer) tenía derecho a heredarle, como disponía el testamento, situación que no estaba expresamente resulta por el derecho de sucesiones del Estado de Nueva York en ese momento. Las hijas del fallecido (la Sra. Riggs y la Sra. Preston), que también concurrían a la herencia al haberseles atribuido unos pequeños legados por testamento, solicitaron la nulidad de la disposición testamentaria que instituía al nieto como principal heredero. El resto, como se suele decir es historia, pero lo relevante es que, si el abogado de Sra. Riggs no hubiese aceptado llevar el caso, invocando el famoso principio, no expresamente recogido por ninguna norma concreta del sistema jurídico, de que *«nadie puede sacar provecho de su propio acto ilícito»*, el nieto asesino se habría salido con la suya y habría heredado la mayor parte de la fortuna de su abuelo.

En este punto, creo importante destacar que la *«viabilidad de la pretensión»* no sería un concepto categórico, esto es, aplicable en la forma «todo o nada», sino que sería un concepto graduable. Así, el juicio de viabilidad de la pretensión que realizan los abogados consistiría en un juicio de probabilidad, cuyo resultado puede ofrecer un amplio rango, que iría desde la alta probabilidad de éxito hasta la escasa o casi nula viabilidad de que se logre el resultado deseado por el cliente. Aun en estas últimas situaciones, considero que el abogado en cuestión actuaría conforme a su deber de lealtad con el cliente, siempre que informe sobre las escasas posibilidades de éxito de su pretensión y los costes que ello puede suponer (el pago de las costas, si se desestima una demanda, por ejemplo), máxime si consideramos que la práctica forense evidencia que casos aparentemente muy difíciles de ganar en un primer momento, se pueden terminar ganando finalmente, tal y como sucedió en el caso Riggs vs Palmer.

Otro ejemplo de nuestra práctica forense en la que los abogados habrían planteado como casos difíciles casos que venían siendo considerados por los jueces y tribunales como fáciles y rutinarios, serían los de nulidad de todo tipo de cláusulas abusivas incorporadas en las escrituras de formalización de préstamos para la compra de vivienda con garantía hipotecaria. Una de estas cláusulas de las más llamativas, por sus graves efectos para el deudor, eran las llamadas «cláusulas de vencimiento anticipado», en virtud de las cuales la falta de pago en su vencimiento de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses facultaba a la entidad financiera para dar por resuelto el préstamo, reclamando la totalidad del capital e intereses, e instando la ejecución de la vivienda dada en garantía. Pues bien, lo cierto es que fueron los abogados, muchos de ellos como voluntarios de asociaciones o adscritos al turno de oficio los que empezaron a plantear la nulidad de este tipo de cláusulas, cuestionando una práctica bancaria que



hasta entonces contaba con el respaldo de los jueces y tribunales, hasta que finalmente la Justicia europea, posteriormente nuestro Tribunal Supremo y, finalmente, el legislador<sup>5</sup>, pusieron coto a esta práctica.

### 3. LÍMITES DEONTOLÓGICOS A LA ACTUACIÓN DE LOS ABOGADOS Y SU PONDERACIÓN CON EL DEBER DE LEALTAD

Las diversas normas deontológicas que regulan el ejercicio de la profesión de abogado constituirían otro posible límite a su actuación, tal y como señala el Profesor Atienza (2006: 202). Así, por ejemplo, existe una norma deontológica que obliga a «mantener como materia reservada las conversaciones y correspondencia habidas con el abogado o abogados contrarios, con prohibición de revelarlos o presentarlos en juicio sin su previo consentimiento<sup>6</sup>», lo que ha llevado a considerar como ilícita la prueba que haya sido obtenida vulnerando esta norma deontológica. Así, por ejemplo, en el caso enjuiciado por la sentencia de la Audiencia provincial de Pontevedra, de fecha 9 marzo de 2012, no se admitió como prueba las correspondencias entre letrados propuesta por una de las partes, con el argumento de que el artículo que el artículo 283.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que no se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley, y que esta práctica está claramente recogida como prohibida en el Estatuto de la Abogacía como acabo de referir.

En consecuencia, las normas deontológicas de la profesión pueden constituir también límites a la actuación de los abogados, aunque su alcance sería más bien limitado, como expondré a continuación. Ello es así porque las normas deontológicas no constituirían en sí mismas límites absolutos al deber de lealtad. En este sentido, ya la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 29 de noviembre de 1984 se establecía que, respecto de la admisibilidad de la prueba obtenida ilícitamente, siempre debe ponderarse el interés público en la obtención de la verdad procesal —la finalidad del proceso— con la plena eficacia del reconocimiento de plena eficacia a los derechos constitucionales. Al respecto, otras resoluciones judiciales, han considerado que la correspondencia reservada entre letrados sí que resultaría admisible como prueba, ya que el deber de guardar

5. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 14 de marzo de 2013, nº C-415/2011 terminó señalando que corresponde al juez nacional resolver si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo está justificada, para lo cual debe poner en relación la gravedad del incumplimiento respecto a la duración y a la cuantía del préstamo. Este criterio fue recogido por el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 23 de febrero de 2015. Nuestro legislador terminó modificando la Ley y actualmente sólo permite la ejecución del préstamo hipotecaria cuando se haya impagado el 3% del capital del préstamo o 12 mensualidades, si el impago se produce dentro de la primera mitad de la vigencia del préstamo hipotecario y del 7% del capital o 15 mensualidades, si el impago se produce durante la segunda mitad de vigencia del préstamo, según dispone el artículo 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo.

6. Artículo 5.3 del Código Deontológico de la Abogacía española) del Estatuto de la Abogacía.

secreto respecto de estas comunicaciones no tendría rango constitucional sino legal, al estar recogido en normas de naturaleza reglamentaria –como el Código deontológico o el Estatuto General de la Abogacía–, mientras el derecho de la parte a aportar pruebas tendría rango constitucional ex artículo 24.2 CE; sin perjuicio de las responsabilidades de orden colegial que ello pueda suponer para el letrado que haya difundido en un juicio las comunicaciones reservadas con otro abogado. Esta es la postura, adoptada, entre otras, por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha de 11 octubre de 2013, y es la posición que ha terminado por convertirse en mayoritaria, aunque personalmente disiento de la misma, porque solo tiene en consideración el derecho de defensa de la parte que aporta como prueba la comunicación reservada entre letrados, sin tener en cuenta que el derecho de defensa de la parte que ha visto difundidas las comunicaciones de su letrado en su perjuicio, lo cual, me parece obvio, también afectaría a su derecho de defensa.

#### 4. CONCLUSIONES

4.1. He sostenido en el presente trabajo que el Derecho constituiría una razón auxiliar para el abogado, siendo su razón operativa maximizar el objetivo planteado por el cliente. Ello no significa, sin embargo, que el Derecho deba ser la única razón auxiliar que deba ser tenida en cuenta por los abogados en el ejercicio de su profesión, sobre todo fuera del proceso. En efecto, si en el seno de un litigio el razonamiento del abogado, como he señalado, es vicario del razonamiento judicial y, en consecuencia, debe estar fundado en términos estrictamente jurídicos, fuera del proceso hay un amplio margen para que los abogados puedan tener como referencia otras consideraciones de oportunidad, compromiso, mediación o negociación, tal y como ha defendido Aguiló (2015). Los abogados no solamente pueden ganar casos, sino también alcanzar acuerdos, mediar entre las partes etc., lo que, en muchas ocasiones, será más beneficioso para sus clientes y el propio sistema judicial. En efecto, una formación enfocada exclusivamente en el éxito en la contienda judicial, puede terminar produciendo lo que podríamos denominar la paradoja del «*abogado leal*», es decir, los abogados son tan hábiles para encontrar resquicios argumentativos que prácticamente casi todos casos pueden ser defendidos razonablemente, por lo que los tribunales de justicia se acaban saturando, lo que deriva en que, paradójicamente, el buen hacer argumentativo de los abogados termina perjudicando los derechos de los justiciables que pretenden defender por el colapso de los juzgados y tribunales. Sirva de ejemplo el siguiente dato: En el ejercicio 2022 existían casi 180.000 casos pendientes de resolución por los Juzgados especializados en cláusulas abusivas según los datos ofrecidos por el Consejo General

del Poder Judicial<sup>7</sup>. Por ello, considero que sería altamente positivo completar la formación de los futuros abogados, incluso en los estudios de grado, en la negociación y mediación y no sólo en la argumentación puramente jurídica<sup>8</sup>.

4.2. En el trabajo también he señalado que las normas deontológicas constituirían un límite al deber de lealtad de los abogados, si bien dicho límite, en la práctica, se habría reducido al riesgo de sanción por el Colegio profesional, como ha sucedido con el secreto de la correspondencia reservada entre letrados que he puesto de ejemplo. El motivo es que jueces y tribunales consideran que el derecho de lealtad de los abogados con sus clientes, su derecho de defensa, en definitiva, prevalecería sobre el cumplimiento de las normas deontológicas. Ahora bien, aunque nuestra práctica judicial haya dado carta de naturaleza a prácticas que flagrantemente violan normas deontológicas –como la aportación de comunicaciones reservadas entre letrados en juicio– ello, no implica, en mi opinión, que este tipo de actuaciones estén moralmente justificadas, por mucho que se les haya dado amparo con fundamento en el deber de lealtad. Es aquí creo pertinente traer a colación la figura de González Vicén (1979) y su conocida apelación a la autonomía de la individualidad moral, conforme a la cual «*si un derecho entra en colisión con la exigencia absoluta de la obligación moral, este Derecho carece de vinculatoriedad y debe ser desobedecido*». Por tanto, aunque se haya reconocido el derecho a aportar como prueba las comunicaciones reservadas entre letrados, no existiría ninguna obligación moral (sino al contrario) para los abogados de utilizar este medio de prueba.

## REFERENCIAS

- AGUILÓ REGLA, J., 1997: «Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica», *Isonomía*, núm. 6.
- AGUILÓ REGLA, J., 2015: *El arte de la mediación. argumentación, negociación y mediación*, Madrid: Trotta.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., 1997: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, 2.<sup>a</sup> reimpresión, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., 2006: *El Derecho como argumentación*, Madrid: Ariel.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., 2013: *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta.

---

7. Información disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-da-por-concluido-el-plan-de-especializacion-en-clausulas-abusivas-en-20-juzgados-gracias-a-la-notable-disminucion-de-asuntos-pendientes>, consultado el 1 de julio de 2022.

8. Quiero aclarar que no estoy sosteniendo que la labor de los abogados sea la única causa del atasco que sufren nuestros juzgados y tribunales, pues existen múltiples y complejas causas para este problema cuyo abordaje supera el objeto de este trabajo. Sin embargo, sí que considero que una mayor formación de los abogados en la negociación y mediación sí que contribuiría positivamente a, al menos, mitigar este grave problema.

- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., 2015 «Sobre la ética de los abogados», disponible en [http://lamiradadepeitho.blogspot.com/2015/01/sobre-la-etica-de-los-abogados\\_84.html](http://lamiradadepeitho.blogspot.com/2015/01/sobre-la-etica-de-los-abogados_84.html), consultado el 07/06/2022.
- GARRIDO SUÁREZ, H., 2012: «Confiabilidad y abogacía: principios deontológicos», *Anuario Filosofía del Derecho*, núm. 28.
- GARZA ONOFRE, J.J., 2019: *Historia alternativa de la abogacía. Análisis crítico sobre la profesión*. México. D.F. México: Distribuciones Fontamara.
- GONZÁLEZ VICÉN, F., 1979: *La obediencia al Derecho*, Universidad de la Laguna.



# Mayorías en disidencia<sup>1</sup>

## Majorities in Dissent

Maximiliano A. Aramburo C.

### Autor:

Maximiliano A. Aramburo C.  
Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín,  
Colombia  
[maximilianoaramburo@gmail.com](mailto:maximilianoaramburo@gmail.com)

Recibido: 10/06/2022

Aceptado: 10/09/2022

### Citar como:

Aramburo C., Maximiliano A. (2023). Mayorías en disidencia. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 85-94. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.04>

### Licencia:

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



© 2023 Maximiliano A. Aramburo C.

### Resumen

El ideal de racionalidad de las decisiones judiciales se compromete cuando la motivación debe someterse a mayorías frágiles. Cuando hay incentivos para disentir del fallo o de su motivación, se crea la posibilidad de que la mayoría de un tribunal se aparte del texto definitivo de la sentencia. En esos casos, identificar la parte vinculante de un precedente es una tarea difícil, si no imposible. El trabajo sugiere la necesidad de adoptar un modelo de motivación de las decisiones colegiadas que respete la posibilidad democrática y el ideal de transparencia del disenso, que no comprometa la racionalidad esperable de la decisión que tiene vocación de convertirse en precedente.

**Palabras clave:** Decisión judicial, voto particular, mayorías, tribunales, jueces colegiados

### Abstract

The ideal of rationality of judicial decisions is compromised when the motivation must be submitted to fragile majorities. When there are incentives to dissent from the ruling or its motivation, it creates the possibility that the majority of a court will depart from the final text of the judgment. In such cases, identifying the binding part of a precedent is a difficult, if not impossible, task. The paper suggests the need to adopt a model of motivation of collegiate decisions that respects the democratic possibility and the ideal of transparency of dissent, which does not compromise the expected rationality of the decision that has the vocation of becoming a precedent.

1. Aunque este texto se preparó con ocasión del homenaje a Manuel Atienza, no es sobre su obra, sino a propósito de ella porque gira en torno a varias cuestiones que él ha discutido: la ética judicial, la argumentación y la deliberación, la posibilidad de una decisión judicial razonada y razonable, por ejemplo. Para él, maestro incansable y generoso, admiración y gratitud sin ambages.

**Keywords:** judicial decision, dissenting opinion, majorities, courts, collegiate judges.

## 1. ¿A QUIÉN PERTENECE EL PRECEDENTE?

Una pregunta clásica de lo que podríamos llamar la doctrina del precedente judicial versa sobre lo que podríamos llamar su «autoría»: tomando prestados los términos del derecho penal, es la cuestión de a quién corresponde la autoría del precedente. Dos posibles respuestas saltan a la vista en la literatura sobre la materia:

- a) el precedente lo crea quien dicta o emite la sentencia que contiene la regla que ha de aplicarse en casos futuros;
- b) el precedente lo «crea» (es decir, lo constituye en precedente) el juez que decide aplicar una regla contenida en una decisión judicial anterior, a un caso actual.

Según la primera de las posiciones, quien dicta una decisión casi siempre tiene claridad sobre cuáles son los argumentos que integran la *ratio decidendi* del fallo que emite y, por lo tanto, la dimensión performativa de su decisión no consistiría únicamente en dictar una resolución judicial individual y concreta debidamente fundamentada, ya que a esta se le suma otra: la de servir como precedente para casos por venir, con independencia de cuál sea la concepción que sobre el precedente desarrolle un determinado sistema jurídico. Según la posición alternativa, la segunda de las dimensiones no existe, o sólo «es» en potencia, hasta que un juez decide adoptarla e incorporarla en acto a una nueva decisión, tomándola como regla de juicio.

Michele Taruffo sostenía que el juez que «recibe» el precedente tiene incluso la posibilidad de identificar la *ratio decidendi* aun en contra de la que haya identificado el propio autor de la decisión, con la finalidad de seguirlo o de apartarse de él (Taruffo, 1996; 2009). A eso lo llamó Jordi Ferrer el «gen iusrealista» del profesor de Pavía (Ferrer, 2016). Tratándose de decisiones judiciales unipersonales, que son el paradigma sobre el cual se ha edificado la teoría de la argumentación jurídica, esa concepción será más o menos plausible, pero en todo caso dependerá de que sea posible o no encontrar algo que cuente como la *ratio decidendi* del fallo en cuestión. Por el contrario, en las decisiones colegiadas la cuestión parece un poco más compleja porque, aunque estas sentencias estén llamadas a cumplir semejantes funciones, se construyen de manera diferente pues suponen, al menos en teoría, la posibilidad de desacuerdos y, como consecuencia de ello, la necesidad de alcanzar acuerdos.

Aquí tomaré como punto de referencia la monografía de Taruffo sobre la motivación de la sentencia civil (Taruffo, 2011) y una idea esclarecedora: la de la motivación de una decisión como fuente de indicios, que permite identificar lo que el profesor de Pavía denominó «significados impropios», es decir, cuestiones alrededor de eventos no comprendidos en la motivación misma porque no fueron explícitamente señalados

por el juez (o, en el caso de lo que nos ocupa, por el tribunal colegiado). Alrededor de esta idea, cabe preguntarse si «lo que el juez no dice» no tiene una mayor entidad en las sentencias de jueces plurales o colegiados, en las que las dinámicas propias de las decisiones de grupo se ven en la obligación de negociar y ceder para llegar a lo que Aguiló denomina un acuerdo-decisión (Aguiló, 2015) y, por ello, tanto lo que quieren decir como lo que no, al final en una medida más o menos importante, no resulta finalmente comprendido de manera explícita o expresa en la motivación a la que se llega por acuerdo y suscita los llamados votos particulares, tanto concurrentes (aceptación de la decisión, disidencia en los motivos) como disidentes (apartamiento de la decisión).

## 2. CUANDO LAS MAYORÍAS PIERDEN

Parto de un ejemplo de un tribunal de casación pues casos como éste pueden presentarse en todos los ordenamientos, y no solo en materia constitucional. Se trata de la sentencia SC10297 del 5 de agosto de 2014, de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, que es un tribunal de casación. Tras haber casado una sentencia de segunda instancia, debía ese tribunal proferir la decisión de reemplazo: se trataba de un caso en el que el demandante reclamaba la indemnización por daños al buen nombre, tras haber sido equivocadamente perseguido judicialmente por un banco al que realmente no le debía dinero. La Sala (compuesta por siete magistrados) concedió una indemnización por daño al buen nombre, como una especie de perjuicio extrapatrimonial diferente del daño moral: lo denominó «bien de especial protección constitucional». Pero profirió voto concurrente (llamado en Colombia «aclaración de voto») uno de los seis magistrados, en un pronunciamiento casi tan extenso como el fallo en el que explicaba por qué el marco teórico del caso debía ser completamente diferente del empleado por la mayoría. Tres magistrados más (del total de siete) profirieron voto disidente (es decir, no compartían el fallo y, por lo tanto, tampoco su motivación). Esto quería decir que solo tres de los siete magistrados estuvieron íntegramente de acuerdo con el discurso justificativo, y cuatro de ellos en desacuerdo. Si ha de tomarse en serio la idea de que el núcleo del precedente está en la motivación –y, en los casos de tribunales colegiados, en los acuerdos– parece claro que en casos como éste, no triunfó la mayoría.

Otro ejemplo de la misma época: la Corte Constitucional colombiana, en sentencia C-071 de 2015, en su sala plena compuesta por nueve magistrados, profirió una sentencia en la que se examinó la constitucionalidad de una norma que permitía la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo. Hubo un voto disidente total (en desacuerdo total con el fallo); tres concurrentes parciales (en desacuerdo con parte de la motivación); dos magistrados más se apartaron de algunas de las decisiones adoptadas y de parte de la motivación (concurrente y disidente al mismo tiempo); y otros dos formularon aclaraciones parciales a su voto (votos concurrentes parciales). El comunicado de prensa de la época, además, anunció que llegaría una aclaración de

voto más de un magistrado que, al parecer, apenas se lo estaba pensando, y que existía la posibilidad de que otros dos magistrados presentasen un par de votos concurrentes más<sup>2</sup>. ¿Cómo sostener, pues, que la motivación no compartida por la mayoría del tribunal en cuestión, es el núcleo del precedente a aplicar? Se trata de eventos ciertamente atípicos, de los que la teoría debería poder dar cuenta suficientemente son casos en los que los votos particulares son mayoría y en los que es al menos teóricamente posible que la totalidad de los integrantes del cuerpo colegiado tengan un voto que discrepe o de la resolución o de su motivación.

Una primera pregunta alrededor de estos dos ejemplos, entonces, es si el argumento de la universalidad de la motivación es suficiente de manera necesaria para atribuirle al juez que dicta el fallo la «autoría» del precedente –el *dominio* del precedente, para decirlo en términos del derecho penal– cuando puede afirmarse que el Tribunal, en estricto sentido, no llegó a un acuerdo sobre los dos componentes de la sentencia, es decir, tanto sobre el fallo como sobre su motivación. Estos son los casos que llamaré fallos con una mayoría en disidencia<sup>3</sup>, y que incluyen tanto los votos en estricto sentido disidente (no compartir el *decisum*) como los concurrentes (no compartir la motivación).

Si uno concluye que no hay un acuerdo sobre las razones señaladas por el Tribunal para haber adoptado la decisión correspondiente, es difícil sostener el argumento de la universalidad, salvo que se haga sobre una especie de ficción: se sabe que solo la

2. Hay más casos, y pongo solo dos como ejemplo:

a) En la sentencia C-816 de 2004 se ocupó la misma Corte Constitucional de la constitucionalidad de una reforma constitucional por vicios de forma. De los nueve magistrados, cuatro salvaron su voto, y ocho (todos menos uno de los que disintió), además lo aclararon.

b) En la preparación de este texto, un caso más (con antecedentes aun más complejos), llegó a nuestro conocimiento). El 15 de agosto de 2018, el Consejo de Estado, que es el máximo tribunal de lo contencioso administrativo de Colombia, echó mano de una figura consagrada en la ley, denominada «unificación de la jurisprudencia», para aclarar con efectos generales cuál era el régimen de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad. El régimen de esa institución había sido vacilante en la jurisprudencia, ante el silencio del legislador, así que la Corte Constitucional, en un caso de amparo constitucional (sentencia SU-072 de 2018) había sentado un criterio que el Consejo de Estado debía seguir. La sentencia constitucional no carecía de polémica (de nueve magistrados, dos estaban ausentes, con permiso; uno se declaró impedido; dos aclararon su voto; uno más lo salvó: solo tres compartieron fallo y motivación), pero se impuso y el Consejo de Estado acató la orden y dictó la sentencia de unificación mencionada. Sin embargo, fue impugnada en amparo constitucional por considerar que adolecía de un defecto sustantivo. La Corte Constitucional, con una conformación parcialmente distinta de la de 2018, anunció en octubre 22 de 2021, en un comunicado de prensa, que había proferido la sentencia SU-363 de 2021, mediante la cual ordenaba al Consejo de Estado proferir una nueva decisión, con contenido diferente al de agosto 15 de 2018. En ese comunicado de prensa se anunció que del total de nueve magistrados de la Corte, cuatro profririeron voto disidente y dos magistrados más, un voto concurrente. Al momento de terminar este artículo, al menos un tercio de la Sección del Consejo de Estado que debe acatar la orden ya ha cambiado. También desde octubre 22 de 2021 han cambiado dos magistrados permanentes de la Corte Constitucional, pero ni la sentencia SU-363 de 2021, ni los votos particulares, han sido publicados.

3. Tomo la expresión prestada de Juan Sebastián Ceballos, con quien he discutido algunas de las ideas que aquí expreso.



«minoría» está dispuesta a universalizar la motivación, pero actuamos como si fuese la mayoría. Esto, en cualquier caso, no es incompatible con que es el juez que aplica el precedente quien lo *crea*, según Taruffo, y lo hace al desenmarañar de todo esto: al *crear* el precedente, le *atribuye* al tribunal redactor una única motivación clara y comprensible, dotada de unidad, a pesar de que sabemos a ciencia cierta cómo operaron los desacuerdos.

### 3. MOTIVOS EXPRESADOS Y MOTIVOS OCULTOS

Aparquemos al menos al menos para estos efectos un momento las líneas sobre el precedente y consideremos primero el problema de la motivación misma de la sentencia. Una posible línea de justificación de la práctica de poder expresar los votos en minoría, consiste en verlos como expresión de una suerte de democracia deliberativa, de un cierto constructivismo: la decisión no es sólo la que se impone por mayoría, sino que estaría integrada *también* por los votos en disidencia, o al menos sólo puede entenderse completa si los incluye. En ese sentido, con algo de optimismo *naïf* se suele decir que los votos disidentes de hoy serán precedentes mañana, asignándole a la disidencia una especie de valor intrínseco que anuncia el cambio de los tiempos: los votos disidentes serían, así, zahoríes de las decisiones futuras que versen sobre el mismo punto.

La mirada que propongo no es exactamente optimista. Como señalaba Taruffo, quien asume el punto de vista de la motivación como discurso cuyo significado quiere identificar, busca establecer cuál es el significado de la motivación en su conjunto, un significado que no es definitivo, sino tendencial. El significado de la motivación (que parte de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación) asume en ese sentido una especie de constante, que es la estructura necesariamente compleja que tiene la decisión judicial. Ese dato, la complejidad, se exagera, se magnifica, cuando la sentencia proviene de un órgano colegiado. Es el propio Taruffo quien señala que no es posible adoptar un único significado propio de la decisión judicial. Esa tímida adscripción realista me permite conectar la obra de Taruffo con un argumento que desarrolló parcialmente Ezquiaga (Ezquiaga, 1990). Según él, con los votos disidentes se provoca una mayor atención social hacia la actividad de los tribunales, pero hay argumentos de tipo institucional y relacionados con la aplicación judicial del derecho, alrededor de la admisión y publicidad de las *dissenting opinions*. Entre tales argumentos, la posibilidad de adoptar decisiones no unánimes (es decir, la posibilidad de aclarar o salvar el voto, de concurrir con otra motivación o de disentir y, sobre todo, de publicar ese disenso) reduce los estímulos para obtener consensos y acuerdos entre los miembros de los tribunales colegiados o, en los términos ya citados de Aguiló, para alcanzar acuerdos-decisión «cuyo contenido es un intercambio» (Aguiló, 2015).

Es cierto que los votos particulares han permitido conocer en toda su dimensión a célebres magistrados que hicieron del disenso un estilo. Pero la sola posibilidad de

tantos votos particulares y concurrentes cuantos magistrados integren la sala, en los fallos con mayoría disidente, al menos dificulta conocer cuáles son los «verdaderos» fundamentos de la decisión o, al menos, los que el órgano en su mayoría quiso darle. Esto, por supuesto, es un punto que se anotan escépticos y los realistas. Taruffo, incluso, sostuvo que carecía de sentido preguntarse cuál es el *verdadero* significado del indicio en el que consiste la sentencia, pues en todo caso, la huella realista que parece seguir le lleva a considerar que es el significado que le atribuye el intérprete el que cuenta de manera definitiva (Taruffo, 2011).

Con todo, el problema de cuándo y cómo *debe* disentir quien lo hace, son cuestiones no susceptibles de ser completamente regladas. De nuevo con Taruffo, habría un modelo estructural de la sentencia que define en tres partes lo que hacen prácticamente todos los órganos jurisdiccionales: narración del desarrollo del proceso, motivación y dispositivo. Incluso, el modelo fundamental y más difundido sería aquél en el que la decisión es presentada como un producto necesario e inevitable de las premisas y de las inferencias que de ellas se extraen. Sin embargo, si la adecuada motivación no tiene caracteres formales definidos, quizás con mayor razón el voto disidente. La enorme complejidad de las operaciones (lógicas, cognoscitivas, valorativas) que integran la actividad de formular un juicio, hacen hoy inviable fijar un único procedimiento a través del cual el juez disidente pueda llegar a la decisión más adecuada, que se aparta de la adoptada por la mayoría. Una primera hipótesis está anclada a la concepción sobre la interpretación y a la discusión sobre la única respuesta correcta. Como afirma Jori, si existe una única respuesta correcta, o la mayoría o la minoría estará equivocada (o ambas) y entonces solo parece justificado que se publique la mayoría por razones de autoridad (Jori, 2019). Pero al mismo tiempo, si se trata de altos tribunales de justicia, nada parece explicar por qué habría de obligar a los disidentes (a veces en mayoría) a suscribir lo que consideran un error.

En efecto, si el procedimiento de motivación nunca parte de premisas cerradas (como parece creer Taruffo), una teoría general del juicio entendido como el resultado de la actividad juzgadora tendría como tarea analizar el contexto de la elección entre hipótesis alternativas, según criterios simplemente racionales: el contenido de las hipótesis, la naturaleza de los criterios y las modalidades concretas de las elecciones del juez estarían condicionados social, cultural y políticamente, de manera que la disidencia podría provenir de una cualquiera de esas fuentes, e incluso de varias de ellas. Y así debería explicitarlo el voto que se aparta. Pero así como se debate acerca de lo que es la decisión judicial, y los códigos no suelen tener una definición de la sentencia, tampoco suele haber reglas acerca de lo que cuenta como una disidencia que esté justificado expresar.

Ahora bien: si el carácter propiamente decisorio de una decisión judicial (Chiassoni, 1999) proviene de su aptitud para marcar la suerte de quienes tiene parte en el proceso judicial, tiene sentido preguntarse qué papel podría cumplir el voto disidente, que carece por definición de esa aptitud. Aquí conviene recordar que la sentencia y la

motivación no sólo cumplen funciones al interior del proceso y de cara a las partes, sino que aseguran la posibilidad del control del externo del poder judicial por parte de la sociedad (Taruffo, 1986). Esto plantea al juez disidente una exigencia acerca de la oportunidad y conveniencia de su apartamiento deliberado de la decisión, que tiene rasgos tanto éticos como epistémicos. Así, en términos de virtudes se habla de un balance entre «detalle y abstracción» en la motivación, que se obtiene a partir de la «concentración de la prosa» (Oteiza, 2016), que parece gravar más al juez disidente que al mayoritario. Por su parte, cuando se reivindica la distinción entre los motivos reales de la sentencia y los motivos expresados en ella (Taruffo, 2011), para sostener que éstos son indicio de aquéllos, parece abrirse una puerta a la necesidad epistemológica de identificar las elecciones éticas, políticas (prácticas, en general) que el juez no enuncia en la motivación, e identificar los rasgos psicológicos, sociales y culturales que han influido en la decisión. Y esta tarea es una, tratándose de jueces individuales, y otra tratándose de jueces colegiados.

#### 4. ¿PARA QUÉ EXPRESAR LA DISIDENCIA?

Factores como el estilo de la redacción de las decisiones o, sobre todo, el *modelo* de deliberación judicial (Lasser, 2009) inciden en el papel que cumplen esas decisiones desde el punto de vista de la transparencia de la decisión que se ha adoptado. Lasser distingue al menos tres modelos diferentes de deliberación judicial: el americano (estadounidense), el francés y el que atribuye al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Atribuye al modelo francés una «bifurcación discursiva radical», según la cual la motivación «oficial» es formalista, al tiempo que habría otra motivación profesional en los debates, informada por la doctrina y los argumentos genuinamente deliberativos, que no aparece o no tiene que aparecer en la decisión final que se publica. Lasser parece suponer que hay una cuestión lingüística subyacente (la existencia de un ideolecto) en algunos de los modelos, pero además, que las discusiones que se dan dependen de una concepción de lo que es el derecho y cuáles son sus fuentes, de tal manera que la cultura jurídica francesa, al no considerar la jurisprudencia como fuente del derecho, no se permite dar lugar a las discusiones de los jueces *dentro* de las decisiones judiciales: el derecho se define como de origen legislativo, parece pensar Lasser –y un argumento similar sostiene Jori en relación con el derecho continental, especialmente el italiano (Jori, 2019), o Andrés, en el derecho español (Andrés, 2015)–. Sin embargo, como es un hecho que los jueces y los académicos franceses prestan extraordinaria atención a la jurisprudencia, hay una especie de tensión con la convicción de que los jueces no crean y no deben crear derecho. El «control normativo» que ejercen los jueces no implica crear derecho, así que trasladar esa preocupación sobre cómo se concibe la labor judicial respecto de la creación del derecho, permitiría identificar, en lo atinente al disenso, al

menos tres cuestiones, que quisiera plantear como marco de una posible investigación y que aquí solo voy a esbozar, porque parten de dos problemas que ha planteado Atienza<sup>4</sup>:

- 1) Sobre qué tipo de cuestiones –de hecho o de derecho; de identificación, relevancia, interpretación o aplicación–, es posible discrepar.
- 2) Si hay algo característico en el derecho constitucional (o en aspectos constitucionalmente relevantes del derecho ordinario) que haga sus cuestiones más susceptibles de disenso que el derecho infraconstitucional.
- 3) Si puede funcionar (como pareció sugerir Posner) una especie de análisis económico del voto disidente, para identificar cuáles son los incentivos para discrepar.

Sobre las primeras cuestiones, bastante ha discurrido Atienza, así que en este escrito sugeriré las líneas de una cuestión poco explorada por él. Según Posner (Posner, 2008) la mayor parte de los jueces tiene «aversión al disenso» porque erosiona las relaciones y sobredimensiona la relevancia de la opinión mayoritaria. Al diferenciar nueve teorías diferentes que explicarían cómo deciden los jueces, sostiene que según una de ellas, en la dinámica de pequeños grupos, el juez en minoría es el *whistle blower* que revelará las oscuridades de la argumentación de la mayoría. Según esto, el disenso sería más frecuente en salas de decisión con más jueces, de tal manera que cuanto más grande el tribunal, menos frecuente es que dos jueces deban conocer juntos de un mismo asunto, y menos cuidado se invierte en cuidar las relaciones con los colegas. Esto explicaría, por ejemplo, por qué hay más disenso en los tribunales constitucionales que deciden en salas de más magistrados, pues en ellos la aversión al disenso la dificultad y la importancia de la cooperación: juzgar es acción colectiva y no funciona bien si las relaciones se tiñen de animosidad, sostiene Posner. Pero el punto que interesa destacar no es tanto el psicológico o el explicativo, sino el del valor argumentativo que tiene el voto en disidencia: ¿es posible conocer la *ratio decidendi* de un caso, cuando los votos en disidencia evidencian el desacuerdo –o, en términos de Posner, incluso la animosidad– entre los magistrados? El hecho de que haya casos extremos como los ejemplificados antes, no implica en sí mismo un ataque a la práctica del voto en aparente minoría y es posible que ese sea el coste de tener decisiones judiciales más democráticas y pluralistas, pues así se logra integrar al *corpus* de las decisiones la mayor cantidad de disidencias posibles.

Pero los fallos con disidencias mayoritarias parecen presentar un problema. Que haya un problema, no significa que sea irresoluble, como si las decisiones judiciales no debieran o no pudieran tener disidencias, sino que la posibilidad de comprensión de los fundamentos del fallo se ofusca, y ello merece atención. Así que tal vez el primer paso es identificar qué tipo de problema es.

Si las disidencias no son centrales al argumento, parece no haber dificultad en comprender la motivación de un fallo, a pesar de los votos particulares. Pero la cuestión

4. Me refiero a las siguientes: el incremento de la complejidad de la labor judicial por razones éticas y técnicas, la heterogeneidad creciente del «mundo» judicial y el aumento de su poder (Atienza, 2001).

no es de casuística: si hay varias cuestiones por discutir, y los votos particulares se distribuyen entre esas varias cuestiones, entonces no estamos ante el mismo tipo de problemas. En un asunto constitucional, por ejemplo, puede haber varias normas bajo control o varios asuntos en discusión, y sobre cada uno de ellos puede haber diferentes posiciones, pues no necesariamente se compromete la coherencia de los integrantes de la sala judicial correspondiente.

Esto no sugiere, sin embargo, que haya un ideal de la motivación judicial que repele la disidencia, ni un ideal acerca de cómo deben ser alcanzados los acuerdos-decisión judiciales, para desincentivar los desacuerdos. El paradigma de la motivación que se puede dibujar a partir de ciertos modelos argumentativamente fuertes (que privilegian la racionalidad de los acuerdos alcanzables), no es inmune a las desilusiones institucionales que pueden producirse como consecuencia de permitir desacuerdos y su publicación. Pero las decisiones judiciales de los tribunales colegiados –y, paradigmáticamente de los tribunales constitucionales– no pueden deshacerse de su dimensión autoritativa, que se diluye o se resquebraja cuando las disidencias son mayoritarias, como en los casos tomados como pretexto.

Sea ese o no un rasgo inevitable de sociedades pluralistas, un número «elevado» de disidencias evidencia la dificultad de alcanzar acuerdos mayoritarios vinculantes y puede ser un notable incentivo en contra de lograr esos acuerdos. Esto, por supuesto, no se produce en otras fuentes-acto –nuevamente, la expresión es de Aguiló (Aguiló, 2000)– en las que el resultado ha sido construido por cuerpos plurales a partir de votos, casi nunca motivados pero dotados de la legitimidad que da la representación popular, como en el caso de la ley emanada de un parlamento. Ciertamente, es teóricamente posible que un fallo con disidencia mayoritaria no presente problema alguno, si las disidencias no versan sobre el núcleo de la cuestión debatida. Pero en esos casos, el problema será determinar si está justificado discrepar de cuestiones no centrales.

Si se observan desde los ideales de certeza y claridad del derecho, predicables también del que tiene origen jurisprudencial, suprimir la posibilidad de las disidencias o evitar su publicación, sería puede verse como una práctica hipócrita, pues la posibilidad de disentir sin limitaciones, abierta y públicamente, es más compatible con el ideal de claridad, que la prohibición de disentir o de publicar el disenso. Pero no es a la prohibición a donde apunta el argumento que denuncia al problema. La responsabilidad moral y política de quien sea el «autor» de los fallos –una responsabilidad que parece autoevidente al menos en asuntos constitucionales–, parece dar alicientes a los magistrados para adoptar posiciones comprometidas aun al costo de quedar en minoría, en nombre del pluralismo. Algún modelo podría desincentivar la publicación de las discrepancias, al menos en cierto tipo de casos (cuando la disidencia es mayoría, por ejemplo). Pero hacerlo trasladaría una falsa idea de solidez y sería paradójico que fuesen precisamente los fallos con mayor desacuerdo los que parezcan unánimes. La cuestión no es solo política, pero se refleja en los casos en los que la fortaleza institucional puede quedar comprometida. La ilusión –creada deliberadamente– de que hay

acuerdos donde no los hay, no solo parece proscrita por un ideal de transparencia, sino que también parece eliminar algunas aristas argumentativas de la decisión que necesitan ventilarse públicamente.

Esta cuestión dista de tener una solución contundente pues el ideal justificativo de las decisiones, al menos en este tipo de casos, queda seriamente comprometido.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, 2015: *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez en el Estado constitucional*. Madrid: Trotta.
- AGUILÓ, Josep, 2015: *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*. Madrid: Trotta.
- ATIENZA, Manuel, 2001: *Cuestiones judiciales*. México: Fontamara.
- CHIASSONI, Pierluigi, 1999: *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giuffrè.
- FERRER, Jordi, 2016: «El gen iusrealista de Michele Taruffo: la teoría del precedente judicial», en Ferrer, J. y Vázquez, C. (doeds.): *debatiendo con Taruffo*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons, pp. 177-192.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, 1990: *El voto particular*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- JORI, Mario, 2019: «Dissenting Opinions: Short Philosophical Considerations», en Zanon, N. y Ragone, G. (ed.): *The Dissenting Opinion. Selected Essays*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. 3-40.
- LASSER, Mitchell, 2004: *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press.
- POSNER, Richard, 2011: *Cómo deciden los jueces*. Trad. V. Roca. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- TARUFFO, Michele, 1986: La fisonomía della sentenza in Italia», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986-II, pp. 435-467.
- TARUFFO, Michele, 1996: «Per un'analisi comparata del precedente giudiziario», en *Ragion Pratica*, vol. 6.
- TARUFFO, Michele, 2009: *Páginas sobre justicia civil*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- TARUFFO, Michele, 2011: *La motivación de la sentencia civil*. Trad. L. Córdova. Madrid: Trotta.



# Manuel Atienza y Elías Díaz. Imagen de una iusfilosofía en español

## Manuel Atienza and Elias Diaz. Image of a Iusphilosophy in Spanish

Fernando Bañuls

### Autor:

Fernando Bañuls  
Universidad de Alicante, España  
[fernando.banyuls@ua.es](mailto:fernando.banyuls@ua.es)

Recibido: 10/06/2022

Aceptado: 10/09/2022

### Citar como:

Bañuls, Fernando (2023). Manuel Atienza y Elías Díaz. Imagen de una iusfilosofía en español. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 95-109. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.05>

### Licencia:

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



© 2023 Fernando Bañuls

### Resumen

Examen de la iusfilosofía de Manuel Atienza señalando especialmente su relación con Elías Díaz, y con referencias al proyecto Imagenación Ética (Ética en Imágenes), en el que se realiza una aproximación a la reflexión ética a partir de imágenes seleccionadas.

**Palabras clave:** razón práctica; ética; imagen; Derecho; positivismo; postpositivismo; Manuel Atienza; Elías Díaz

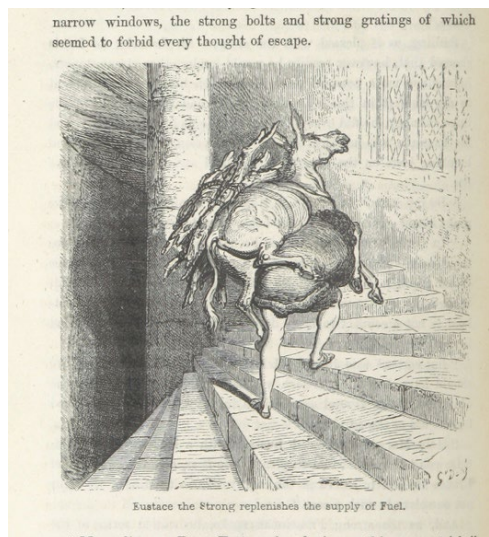
### Abstract

Review of Manuel Atienza's philosophy of law –underlining his relationship with Elías Díaz– together with references to the Ethical Imagination project (Ethics in Images), in which an attempt to ethical reflection is made based on selected images.

**Keywords:** practical reason; ethics; image; Law; positivism; postpositivism; Manuel Atienza; Elías Díaz

Cuando llega la jubilación, mientras que el común de los mortales agradece y señala como inmerecido el homenaje que se le rinde<sup>1</sup>, Elías Díaz y Manuel Atienza (las dos en las que yo he participado –tal vez sea un rasgo característico de los iusfilósofos–), huyen como de la peste del «homenaje»; o por mejor decir, no quieren que el reconocimiento de

1. Excepto Unamuno, que ante el homenaje a su persona que presidía el rey Alfonso XIII, le espetó al monarca: «Gracias majestad, verdaderamente me lo merezco», y el rey le observó... «me sorprende usted don Miguel, los homenajeados indefectiblemente me manifiestan que no lo merecen...», a lo que el titán vasco le respondió, «¡y tienen razón, majestad! ¡y tienen razón!». [Recojo la anécdota de Elías Díaz]



**No siempre es fácil ponerse en el lugar de otro.**  
01/11/2015. Diario *Información*, Alicante (p. 62)

su jubilación tenga tanto un carácter de homenaje, como de *revisión crítica*, *debate* o *discusión* (que le pregunten a los editores de *Revisión de Elías Díaz* (2007), el libro que celebra la jubilación del salmantino, lo que les costó convencer al homenajeado, empeñado en evitar lo que llamaba «el centón»). Parece que imbuido del mismo espíritu, también Atienza prefirió «discusión» a «homenaje», para el acto presencial que los organizadores programaron. Rastreando los motivos de esta sintonía crítica (que diría Elías), se impuso una consulta al diccionario: el de la RAE, en su primera acepción de «homenaje» recoge: «Acto o serie de actos que se celebran en honor de alguien»; pero en la segunda señala: «Sumisión, veneración, respeto hacia alguien o de algo».

Entendido así, es verdad que lo de sumisión y veneración casa mal con el necesario carácter crítico de la reflexión filosófica, al que tan aficionados son ambos, de ahí probablemente sus reticencias por el merecido homenaje (en su primera acepción) que he empezado destacando. Pero centrémonos en *su* jubilación, en la de Manuel Atienza.

Su obra publicada incluye decenas de libros (Wikipedia recoge *sólo* los 25 más destacados), los artículos y capítulos de libros se elevan a una potencia más; su blog etiqueta más de cien entradas, y en *Youtube* pueden seguirse sus series sobre *Tres minutos de Filosofía del Derecho* (dirigida por Danny Cevallos y Yiggal Olivares), *Diálogos iusfilosóficos* (Silex, codirigido con Juan Antonio García Amado), además de incontables conferencias y entrevistas grabadas. Ante ese panorama, la ordenación sistemática de sus ideas hay que dejarla para un trabajo capaz de afrontarla con la envergadura y esfuerzo que el tema requiere<sup>2</sup>. Por lo que atañe a este escrito, conviene aclarar que su pretensión es, claro, homenajear a Manuel Atienza, como las demás aportaciones a este número de *Doxa*, pero aquí centrada en dos aspectos que lo singularizan: su relación con Elías Díaz, y el proyecto *Ética en Imágenes*, o *Imaginación ética*, que de las dos formas se le puede llamar. Empecemos por esto último.

¿Se pueden tratar problemáticas relacionadas con la forma de entender el Derecho, su alcance, la relación de éste con la ética o la argumentación y la mediación? La pregunta es retórica, porque de eso va precisamente el proyecto que aquí se revisa. En

2. Hay en marcha una tesis doctoral de Rafael Buzón Ibáñez dirigida por Josep Aguiló



palabras de sus autores (la redacción es de Atienza) recojo –parte– de la ‘Presentación’ del libro, y del texto que se publicó en el diario *Información*, de Alicante:

«Es muy probable que una causa de que el mundo sea como es, un mundo injusto, resida en nuestra falta de imaginación, en nuestra incapacidad para trascender la realidad y darnos cuenta de que las cosas no tienen por qué ser como son, de que el mundo podría ser distinto a como es. (...) Las imágenes que siguen, con las leyendas correspondientes, se publicaron semanalmente en un periódico de Alicante, *Información*, a partir de septiembre del 2015 (con alguna que otra interrupción), en una sección dominical titulada «Imaginación ética». (...) [Reproducimos] el texto con el que habíamos iniciado nuestra tarea ético-imaginativa, el domingo 27 de septiembre de 2015:

“El mayor filósofo de la moral en España, Javier Muguerza, suele decir, con bastante sorna, que la ética no es de este mundo, vale decir, no pertenece al mundo del ser: No pretende describir cómo son las cosas, sino proponer, a partir de cómo son, cómo deberían ser. La ética exige, por ello, un esfuerzo de imaginación que podría estar originado precisamente en imágenes que muestran algún aspecto (presente o pasado) de nuestro mundo y que suscitan en quien las contempla un comentario que a menudo no puede ser de complacencia. Muguerza (a quien dedicamos esta sección) suele repetir también en sus escritos que un poco de metafísica al año no hace daño. Y nosotros pensamos que un poco (en realidad muy poco: un minuto o algo así) de imaginación ética a la semana tampoco tiene por qué venirle mal al lector de *Información*”».

La intrahistoria del proyecto, muy brevemente, es la siguiente: en mi trabajo como artista plástico, utilizo frecuentemente grabados e imágenes –normalmente del siglo XIX– manipulados con diferentes técnicas, y di en presentarle a Manuel Atienza una selección de algunas de esas imágenes, proponiéndole que escribiera al dorso la evocación que le sugería. No pareció recibirlo como el mejor consejo del día, pero para mi sorpresa –y la suya, según reconoció después–, me llamó para comunicarme que le había resultado no solo interesante, sino también gratificante. Tanto, que propuso llevar a cabo el proyecto que acabó llamándose *Imaginación Ética*, en la forma que aquí ha sido recogida.

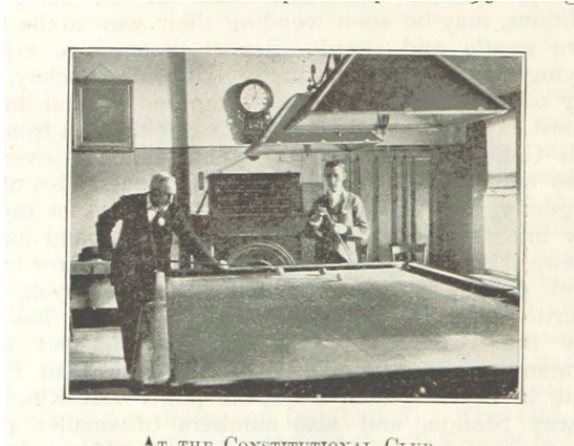
Tratar sobre Ética y Derecho, no es, desde luego, ninguna novedad, pero hacerlo a partir de imágenes, que yo sepa, sí que lo es. Ese carácter innovador no ha facilitado la publicación de este artículo, pero los editores de Doxa han accedido generosamente a insertar algunas de esas imágenes, lo que hay que agradecer. Aunque la generosidad tiene un límite, y resultaría imposible realizar aquí una recopilación y comentario de todas (o un gran número) de las imágenes y sus leyendas. En cualquier caso, la persona interesada puede consultarlas, además de en el libro (Atienza y Bañuls (2018)), en el blog de Atienza<sup>3</sup>. De tal forma que lo que aquí se va a abordar es una –corta– selección de temas que resultan significativos en la iusfilosofía de Manuel Atienza, que serán tratados discursiva y conceptualmente, pero recogiendo, además, alguna aportación

3. «La mirada de Peitho»: <http://lamiradadepeitho.blogspot.com/search/label/Imaginación%20ética>

de *Ética en imágenes*, que ilustre el poder evocador para el pensamiento, para la razón práctica, que tienen las imágenes, con sus respectivas leyendas.

La selección y ordenación de los temas está lejos de ser el resultado de un proceso sistemático de investigación, pero sí son, creo, significativos y relevantes en el pensamiento del catedrático de Alicante. Son los siguientes.

### «PARA ELÍAS DÍAZ. CON ÉL EMPEZÓ TODO»



«En el Club Constitucional» *El arte de la mediación*.  
Diario *Información*, Alicante, 26/11/2017 (p. 70)<sup>4</sup>

Empiezo con una transgresión. *Imaginación ética* no consiste en publicar imágenes, insertarles una leyenda, y *explicarlas*. El poder evocador de la imagen (con su leyenda), quedaría desvirtuado si se acompañara de un texto que recogiera *lo que quiere decir*; sería algo así como explicar un Miró o una obra de Chillida (se puede comentar, pero no explicar). En todo mensaje el receptor descodifica lo que el emisor transmite, y esa relación hermenéutica gana en sutileza y significación (aunque puede perder

en precisión conceptual), cuando el mensaje es una leyenda asociada a una imagen. Vaguedad creativa, podría catalogarse. Y digo que empiezo con una transgresión, porque comienzo violando este principio; comienzo *explicando* la imagen; explicando *el sentido* de la imagen en este texto. Lo que esta recoge son dos jugadores de billar «en el Club Constitucional», y la leyenda que le acompaña es *El arte de la mediación*. Desde luego, Elías Díaz no tiene la exclusiva sobre la mediación, y la referencia no se agota en su persona, ni mucho menos, pero puede dirigirse perfectamente a él, porque como él mismo se encarga de recoger en su último trabajo publicado en Doxa:

«(...) reconozco que he venido reiterando en mis escritos con alguna frecuencia esa metodología de la «mediación» entendida –ya digo– como proceso, como método de razón y de comunicación en el sentido de graduación y hasta de evolución. Si vuelvo aquí sobre

4. Las referencias a las imágenes incluyen entre antilambdas el texto original recogido en la imagen (si se da el caso; aquí «En el Club Constitucional»), y en cursiva la leyenda referida a la imagen que incluyen los autores (aquí *El arte de la mediación*). La fecha en la que fueron publicadas en el diario *Información*, y además, entre paréntesis, se recoge la página en la que aparecen en el libro *Ética en Imágenes* (2018).

ello es por considerar tal enfoque, tal perspectiva o actitud personal, diría que como a la vez necesaria regla de carácter general, que es por lo demás la más utilizada en la práctica y la más acertada –creo– en la teoría.»<sup>5</sup>

Dejando ya la imagen; la referencia a la relación entre las respectivas iusfilosofías, se va a constituir en una especie de hilo conductor que conecta los diferentes epígrafes del trabajo. Si optáramos por la respuesta corta sobre la naturaleza de la misma, bastaría con recoger que la relación entre ambos, intensa y fructífera, aunque «no acrítica», es la de maestro/discípulo. Se pueden hacer muchas bromas sobre cómo el maestro niega la evidencia de su papel de maestro, y sobre todo por las razones por lo que lo hace, al ver en esa relación riesgos de «repetición y seguidismo formal», así como de «autismo, incomunicación y aislamiento sectorial» (Laporta y Ruiz Miguel, 1994, 87). Pero la necesaria matización de esa relación nos aboca a la respuesta larga.

El título del epígrafe, «Para Elías Díaz. Con él empezó todo», es la dedicatoria del penúltimo libro de Atienza (siempre está preparando el último), *Una apología del Derecho y otros ensayos* (2020). Treinta y cinco años antes, Elías Díaz se refería así sobre quien había sido su doctorando: «Atienza, hoy catedrático de la Universidad de Alicante, discípulo también de Gustavo Bueno, fue en Oviedo mi mejor colaborador y desde entonces también íntimo amigo; es ya uno de los jóvenes maestros de la actual filosofía del Derecho en nuestro país: sabe casi tanto como Laporta, pero creo que es más “rojo” que él» (Díaz, 1986, 24).

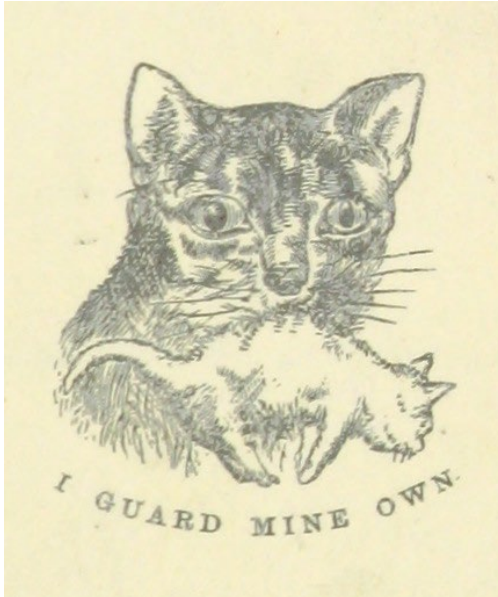
Además de maestro, «desde entonces también íntimo amigo». Remarcando esa amistad fraternal (casi filial, dice Elías) continuó recogiendo aspectos relevantes de la iusfilosofía del homenajead: el marxismo, la iusfilosofía latina en un universo académico de perfil claramente anglosajón, y las diferentes formas de entender el Derecho. Todo ello, ya ha quedado dicho, con referencias de *Imaginación ética*.

## MARXISMO

El marxismo es una tradición de pensamiento cuya referencia era central en los 70, y que según Atienza haríamos mal en abandonar sin más. Es cierto que ahora queda lejos de ser la mejor alternativa, tanto metodológica como de filosofía de la praxis desde la que abordar la reflexión iusfilosófica, pero se nota (para bien) la emprenta que ha dejado en quienes viniendo de él (del marxismo) reflexionan sobre la razón práctica. De tal forma que lamenta la deriva actual, según la cual:

«Hasta hace no muchos años, el marxismo era una de las concepciones generales que podían orientar el trabajo de los científicos sociales y de los filósofos –y, por tanto, de los filósofos del derecho– (...). Hoy, sin embargo, podría decirse que el marxismo ha pasado a ser la única corriente de pensamiento que no puede adoptarse, al menos por quien aspire a que sus

5. Díaz,E. (2022).



«Yo a lo mío» ¿Es lo mismo que «A cada uno lo suyo?» Diario *Información*, Alicante, 11/09/2016 (p. 30)

trabajos gocen de una cierta respetabilidad académica» (Atienza y Ruiz Manero, 1993 «Presentación»).

El caso es que el citado libro se inicia, también, con esta dedicatoria: «Para Elías Díaz, quien –con el marxismo y con otras muchas cosas– ha sabido mantener siempre la distancia justa». Y lo cierto es que a él le tocó lidiar nada menos que con el XXVIII Congreso del PSOE, mayo del 79, aquel en el que se planteó si se mantenía o no el rótulo de marxista para el partido. En tiempos de freudo-marxismo, marxismo-estructuralismo, lecturas althusserianas y poulantzianas, Elías Díaz explicaba con rotundidad suficiente que el marxismo «ofrece todavía un objetivo y un instrumental que me parecen perfectamente válidos para nuestro tiempo», pero siempre que como método científico «se le

depure analíticamente y se le entienda y maneje sin dogmatismos de ninguna especie» (Díaz, 1982, 128 y ss.).

Sintonía, pues, en lo esencial. Tal vez en la obra de Atienza destaque más lo obsoleta de la propuesta marxista, pero no por antimarxista, sino porque las actuales tendencias conceptuales y ontológicas de las formas de entender el Derecho, seguidas muy de cerca por él, desbancan al marxismo del puesto de privilegio que ocupó; pero aún así lo hace reconociendo lo que esa inercia pasada ha llegado a tener como impulso en el presente: «Uno puede leer a Marx –y obtener de ello un provecho considerable– sin necesidad de pensar que el comunismo es un estado necesario en el desarrollo de la historia, que el Estado y el Derecho están destinados a extinguirse...» (Atienza, 2017, 67). Queda claro.

Otra referencia, aunque más que al marxismo, al socialismo. En el 2021, al iniciar el proyecto de programa de entrevistas *Diálogos iusfilosóficos* dirigido por Juan Antonio García Amado (Silex), y realizado por Manuel Atienza (que estudió también periodismo), ambos coincidieron en que Elías Díaz debía ser el personaje inaugural (con el reconocimiento que eso supone –y ya van tres sólo hasta aquí–). Al hilo de una reflexión sobre la autobiografía intelectual de este, Atienza le recuerda que siempre se ha identificado como socialista democrático, y le pregunta si seguiría identificándose así. La respuesta es que, frente a la visión distorsionada del pensamiento norteamericano que identifica sin más socialismo con estalinismo (véase el enlace de la entrevista),

Elías Díaz sí reconoce el término y se identifica como tal. Y entonces el catedrático de Alicante le señala que en América latina, probablemente por la influencia negativa del chavismo y movimientos similares, parece preferirse e imponerse cada vez más el término *liberalismo igualitario* (ya usado por Nino y Garzón Valdés, entre otros); y le pregunta directamente: «¿Crees que hay que eliminar el término *socialismo democrático*?». La respuesta corta es: «No».

Atienza es el entrevistador y no comenta la respuesta, aunque no es difícil encontrar comentarios suyos en los que se decanta su postura, y esta coincide con la de Elías Díaz. Al tratar sobre formas de entender el Derecho que no favorecen que éste pueda contribuir a la transformación social (como él reclama que debe ser), precisa que hay que entender la expresión ‘transformación social’, «como emancipación social, lo que no puede significar otra cosa que hacer avanzar los valores del socialismo democrático» (p.346).

## FILOSOFÍA DEL DERECHO PARA EL MUNDO LATINO

En mayo de 2016 se realizó en Alicante el primer congreso con ese título (Filosofía del Derecho Para el Mundo Latino), que materializaba la idea que venía madurando Manuel Atienza desde hacía ya algunos años. La justificación ontológica y metodológica del proyecto puede rastrearse en sendos trabajos recogidos en *Filosofía del Derecho y Transformación Social* (2017)<sup>6</sup>. Reflexionar



¿Quién descubrió a quién? (p. 32)

sobre lo que ello supone, sobre su conveniencia y su justificación, resulta un (interesante) objeto de estudio en sí mismo, pero aquí no me detendré en ello, sino en sus pretensiones (que esperamos tengan consecuencias). Y entre ellas destaca «la necesidad de “equilibrar la filosofía del Derecho a nivel mundial”. Pero se aclaraba que con ello no se trataba de «embarcarse en una batalla cultural dirigida a excluir la presencia entre nosotros de las grandes figuras del mundo anglosajón», sino de «evitar un colonialismo cultural que no parece estar justificado en términos intelectuales y que condena

6. Atienza, 2017, «Una Filosofía del Derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca», 47-69. Y «La Filosofía del Derecho como filosofía “regional”», 71-93.

a quienes se dedican a la filosofía del Derecho en el mundo latino (en América y en Europa) a jugar un papel subordinado» (p.88). Para referirse a la misma situación Atienza habla del «paradigma (anglosajón) dominante», haciendo suya una idea de Boaventura de Sousa Santos según la cual «el globalismo es la globalización exitosa de un localismo dado»; y Elías Díaz suele utilizar la expresión «escolástica analítica anglosajona», (últimamente «giro anglosajón») y lamenta la sobreabundancia de trabajos académicos que resultan ser «la enésima nota a pie de página sobre la filosofía de Rawls».

En el primero de los trabajos a los que me he referido, revisando la intrahistoria del proyecto, recoge Atienza que «en realidad creo que siempre ha estado en el trasfondo de todo mi trabajo intelectual: desde que comencé mi carrera académica con una tesis sobre la Filosofía del Derecho en Argentina (completada en 1976)» (p.47). Esa tesis, que inicialmente iba a tratar sobre Hart<sup>7</sup>, fue dirigida... por Elías Díaz. Tengo entendido que la primera versión del proyecto se dirigía a la Filosofía del Derecho en América latina, pero finalmente se circunscribió a Argentina. Y desde luego puede insertarse sin estridencias en las motivaciones intelectuales de Elías Díaz, que animó a buena parte de sus doctorandos a realizar tesis sobre iusfilosofía en español que ayudaran a articular su proyecto de reconstrucción de la razón: Francisco Laporta lo hizo sobre Adolfo Posada, Emilio Lamo sobre Julián Besteiro, Virgilio Zapatero sobre Fernando de los Ríos, Manuel Núñez Encabo sobre Manuel Sales i Ferré y Eusebio Fernández sobre marxismo y positivismo en el socialismo español.

El interés por el pensamiento latino (el español forma parte del latino) resulta ser un rasgo común inmediatamente apreciable en ambas iusfilosofías. Aunque se trata, claro está, de planteamientos de naturaleza distinta.

Por un lado, la reconstrucción de la razón, el proyecto que emprende Elías Díaz, busca reenlazar con la razón ilustrada expurgada en el franquismo, tratando de subrayar los aspectos liberales, democráticos y socialistas que en el pensamiento español reciente el régimen se había encargado de demonizar; y se dedica (siguiendo la cronología de la publicación de sus libros) primero a revisar críticamente el pensamiento político de Unamuno reivindicando aquellos aspectos que insertan al titán vasco en la tradición liberal; sigue con el krausismo y la Institución Libre de Enseñanza, verdadera anti-España para el régimen dictatorial que se ensañó a fondo en la postguerra expurgando a esos intelectuales; y continúa con el pensamiento español durante el franquismo, porque también ahí mantuvo raíces liberales y democráticas, tratando de «superar las patologías de la modernidad». Sin duda resulta un proyecto mucho más acotado en el espacio y el tiempo que el de Atienza; se circunscribe a España, y se sitúa cronológicamente entre la Institución Libre de Enseñanza (1876) y la Constitución (1978).

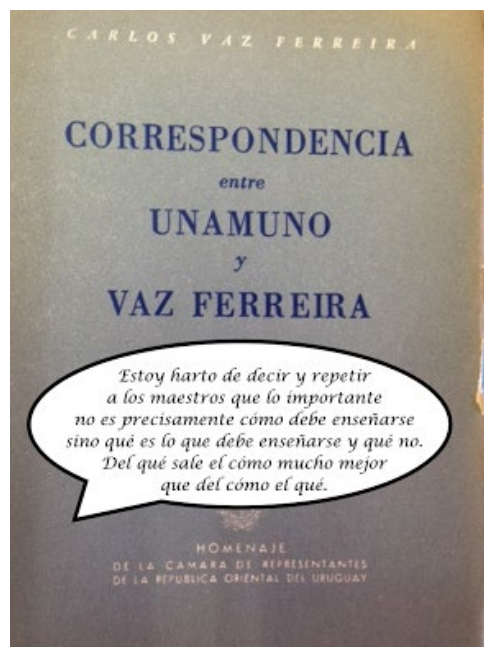
7. Hay todo un campo de estudio dentro de la Historia dirigido a narrarla de forma contrafáctica: qué hubiera pasado si los hechos no hubieran sucedido como lo hicieron, sino de otra forma... Si Atienza hubiera hecho su tesis sobre Hart y no hubiera viajado a Argentina... casi seguro que quien ahora lea esto, estaría leyendo otra cosa.

Por otra parte, el de la filosofía del Derecho para el mundo latino tiene un entramado gnoseológico y ontológico bien diferente, vinculándose con el carácter totalizador de la filosofía general, pero justificando la pertinencia de una filosofía regional, doblemente regional: de una filosofía *del* Derecho y *del* mundo latino. Su marco geográfico de aplicación va más allá de la península ibérica, recogiendo a todos los países latinos (no sólo americanos), tratando de tomar conciencia de la existencia de cierto tipo de problemas que requieren ser debatidos en la comunidad latina. Y para acotarlo cronológicamente valga esta cita de Atienza en el congreso de Alicante: «Nuestros clásicos existen, y merece la pena ocuparse de ellos para rescatarlos del olvido y hacer que su obra perdure entre las nuevas generaciones [el uruguayo Vaz Ferreira sería uno de ellos]. El conocimiento de nuestro pasado intelectual puede contribuir bastante a entender nuestras insuficiencias del presente».

Proyectos bien distintos, como se ve, pero con un cierto aire de familia (aquí sí que están claramente identificados los miembros de la familia), pero para precisar si quiera sea un poco esa ambigua referencia wittgensteiniana, recojo sólo una de las justificaciones aportadas a favor del proyecto.

Proponer una Filosofía del Derecho para el mundo latino «no es una invitación al localismo en la teoría del Derecho, sino a distinguir entre lo puro o fundamentalmente local y lo que tiene —o puede tener— un valor genuinamente general o universal (en relación, al menos, con el universo del Estado constitucional)» (p.49). Ha de quedar meridianamente claro; «no se trata de defender una especie de “nacionalismo iusfilosófico” que seguramente traería males semejantes a los producidos por el nacionalismo en el campo de la política: el populismo, la confusión ideológica, etc. Se trata de no engañarse y de construir una filosofía del Derecho apoyada sobre el suelo firme que supone la realidad de nuestros derechos y de nuestras culturas jurídicas» (p. 59).

Atienza presenta todo un decálogo del que aquí únicamente he recogido esta justificación, porque creo que resulta suficiente para mostrar la



«Estoy harto de decir y repetir a los maestros que lo importante no es precisamente cómo debe enseñarse sino qué es lo que debe enseñarse y qué no. Del qué sale el cómo mucho mejor que de el cómo el qué». *Un mensaje de Unamuno a la nueva pedagogía y a los promotores del Plan Bolonia.*

Diario *Información*, Alicante, 29/11/2015 (p. 24)

sintonía con Elías Díaz que trato de señalar. En su libro de 1971 *Sociología y Filosofía del Derecho*, Elías Díaz introdujo a Hart y a la filosofía analítica en el ámbito del panorama iusfilosófico español; pero también a Renato Treves, a Bobbio y en menor medida a Ross y el realismo jurídico. De esa forma contribuyó enormemente a abrir la filosofía del Derecho española, por entonces asfixiada por un iusnaturalismo medieval promovido por el poder político franquista, al pensamiento iusfilosófico mundial. Y sin embargo buena parte de sus aportaciones intelectuales (de Elías Díaz) van dirigidas a tratar sobre el pensamiento español: Unamuno, Institución Libre de Enseñanza, Ruiz-Giménez, Tierno... En el proyecto de reconstrucción de la razón perseguido por él, hay una clara intención de recoger aportaciones del pensamiento español desde su coyuntura sociopolítica concreta, pero que se consideran valiosas en sí mismas como aportaciones intelectuales con un fundamento ético y científico universal, una vez depuradas analíticamente tanto de prejuicios «triumfalistas y de superioridad como los arraigados complejos masoquistas de inferioridad.» Esto es, esa dialéctica universal/regional que Aienza desmenuza de forma mucho más elaborada, por necesitarlo un proyecto de la envergadura y complejidad como es el que él propone, de alguna forma está ya presente en Elías Díaz.

Y si empezaba este epígrafe recogiendo las pretensiones de la Filosofía del Derecho para el mundo latino, lo acabo con las condiciones que debe cumplir si fuera posible llevarlo a cabo (que su inspirador apuesta por que sí): «la existencia de una cultura jurídica más o menos homogénea...no confundir una iusfilosofía regional con una iusfilosofía localista y centrada en sí misma... [buena parte de esos requisitos] se dan ya en el contexto de los países latinos. Pero falta probablemente un mayor grado de institucionalidad (no se trata con ello de perseguir la uniformidad, sino de tomar conciencia de la existencia de cierto tipo de problemas que requieren ser debatidos en esa comunidad... [y continúa] Un signo de identidad de esa comunidad (una comunidad, por lo demás, plural) es la existencia de tres grandes orientaciones: el positivismo jurídico, el iusnaturalismo y la teoría crítica (...)» (pp. 86-87). Lo que nos lleva directamente a presentar el penúltimo epígrafe del trabajo.

## DERECHO: RÓTULOS E IMPLICACIONES

«Definitivamente hay controversias mal planteadas». Desde luego la afirmación tiene un alcance tremendamente amplio, pero puede tener una significación muy precisa en el tema que me propongo abordar: la forma de entender el Derecho, que a su vez está íntimamente ligada a la manera de entender la relación ética/Derecho. También aquí va a resultar útil el debate con Elías Díaz. Veamos.

Para ubicar al lector: Elías Díaz tal vez sea el autor que, desde los convulsos tiempos del franquismo hasta ahora, más firmemente haya permanecido anclado en unos mismos fundamentos ético-políticos; tras la crítica al iusnaturalismo escolástico



franquista adopta un normativismo positivista flexible, o como prefiere denominarlo últimamente, un realismo crítico. Con esos antecedentes Atienza, en la entrevista de Silex, le pregunta a su reconocido maestro por los contenidos de su último trabajo, en los que aboga por la mediación<sup>8</sup>, y le enfrenta a una pregunta directa relacionada con la forma de entender el Derecho. Transcribo: «ese concepto de mediación, creo que te aleja del positivismo jurídico (...) que es fundamentalmente una ideología de la separación, del empeño por separar los valores de los hechos, etc.; tú siempre has insistido en la necesidad de mediar (sin confundir) hechos/valores, ser/deber-ser... Creo que eso te separa del positivismo jurídico y te aproxima a lo que hoy solemos llamar postpositivismo. ¿Estarías de acuerdo en que hoy no se puede ser positivista? [Y le concreta más] ¿Qué entiendes por realismo crítico?»

Por no extender más allá de lo razonable el uso de las comillas, la respuesta de aquel consistió en precisar que el Derecho es derecho positivo cuando el que tiene el poder es capaz de imponerlo, pero que debe ir acompañado de una teoría de la justicia; que Derecho y justicia son dos cosas diferentes, pero relacionadas; de ahí que no aprecie como incompatible la reivindicación de la mediación con la concepción positivista del Derecho. Atienza, que ya lo he dicho, estudió también periodismo, no afloja la presión e insiste: «Eso no parece una tesis muy positivista», a lo que el salmantino responde reafirmando lo anterior y añadiendo que «el poder de la democracia puede ser más justo.»

Pero la idea de Atienza es otra. Tras una reivindicación de Ihering, «el precursor de la idea del Derecho que caracteriza al postpositivismo contemporáneo», acaba aceptando una forma de entender al Derecho pragmatista, que lo entiende como una práctica social, no tanto como un sistema ya elaborado, cerrado, cuanto, sobre todo, como una actividad, creada de manera intencional para lograr con él ciertos propósitos; es decir, también finalista, y además centrada en la dimensión argumentativa del Derecho (sin reducirlo a ella).

8. Véase nota 5.

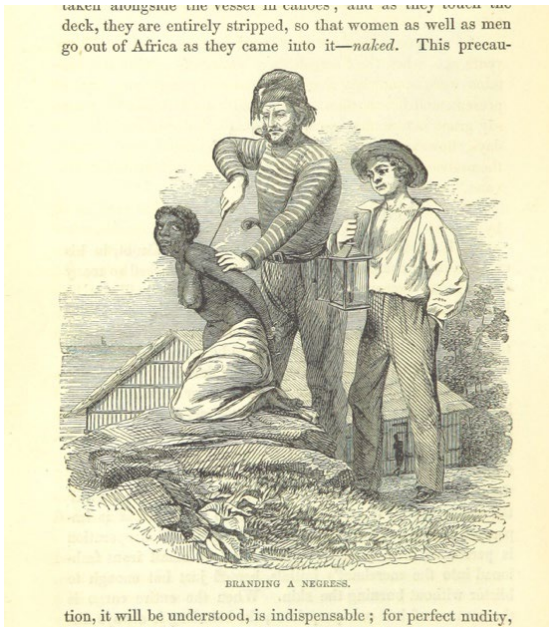


THE CONTROVERSY.

«La controversia» *Definitivamente hay controversias mal planteadas*. Diario *Información*, Alicante, 04/10/2015 (p. 15)

La propuesta de Elías Díaz sobre la naturaleza del Derecho, recoge lo que esencialmente es el problema que se plantea un normativista: el de dilucidar si puede existir una norma jurídica (válida) contraria a la moral. Sintetizando mucho, para un iusnaturalista, no, mientras que el normativismo positivista sí lo vería posible. Tras constatar el director de Doxa que el grueso de los juristas latinos de su generación se ha formado en una concepción normativista del Derecho, reivindica, no obstante, una idea del Derecho que vea en él una actividad o práctica social, más que un conjunto de normas. Y esta diferente forma de apreciar el Derecho, para Atienza resulta ontológica, no únicamente de perspectiva. De tal manera que, esa clásica cuestión sobre la relación ética/Derecho, se plantea de forma muy distinta. Sintetizando mucho, tal vez demasiado, «ahora se trataría de ver si es posible dar cuenta de la práctica, de las diversas facetas de la práctica jurídica, prescindiendo de la moral. Y parece que la respuesta tiene que ser negativa (...) Así, el juez que tiene que justificar una decisión no puede partir de la idea de que el sistema jurídico bajo el que opera es injusto, y ni siquiera puede dejar simplemente de lado esa cuestión (el enjuiciamiento moral del Derecho) puesto que, si así lo hiciera, lo que ocurriría es que no podría justificar propiamente su decisión. O sea, hay al menos un tipo de actividad en que consiste la práctica jurídica (...) que se opone a la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral» (pp. 18-19).

Si no se puede dar cuenta de la práctica jurídica prescindiendo de la moral (sin



«Marcando a una negra» ¿No existen normas morales de conducta objetiva? *Diario Información*, Alicante, 15/11/2015, (p. 64)

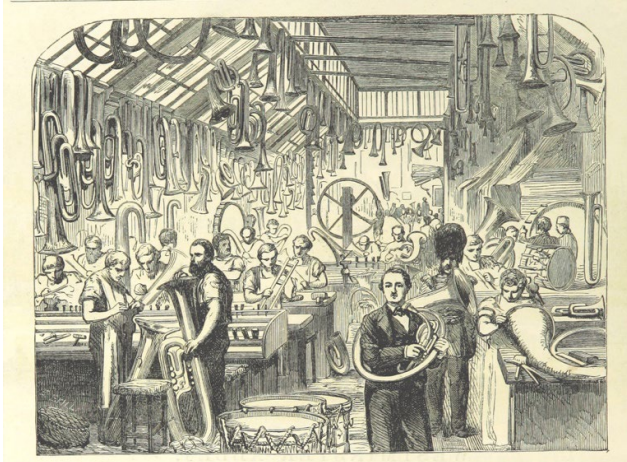
necesidad de ser iusnaturalista, «la superación del positivismo jurídico no supone –no debe suponer– una vuelta al Derecho natural») (p. 64), cuando González Vicén denuncia que hay una justificación ética para desobedecer al Derecho, no así para obedecerlo, está poniendo la carreta delante de los bueyes. En la idea postpositivista del Derecho que abraza Atienza, la dicotomía válido/justo no habría que plantearla como un conflicto entre Derecho y moral, sino entre maneras distintas de interpretar los principios morales incorporados por el Derecho (véase Atienza, 2001, p.125). Claro que puede haber un Derecho válido injusto, pero si el Derecho es una actividad, o

mejor, si la idea regulativa del Derecho lo es (y esta afirmación que recojo citada ahora lo es del año 2006, cuando Atienza se refería a los cambios que estaban aconteciendo en el Derecho y la sociedad, –y que él consideraba entonces que permitían hablar de una nueva concepción del Derecho «*in statu nascendi*»–), repito, si la idea regulativa del Derecho es una actividad, para Atienza lo es de tal tipo que entre el Derecho y la moral «existe una conexión no solo en cuanto al contenido, sino de tipo conceptual o intrínseco; incluso aunque se piense que la identificación del Derecho se hace mediante algún criterio como el de la regla de reconocimiento hartiana, esa regla incorporaría criterios sustantivos de carácter moral y, además, la aceptación de la misma tendría necesariamente un carácter moral» (Atienza 2006, pp.55-56).

Y un último apunte sobre la idea regulativa del Derecho que Atienza propone como más eficaz, ahora en relación a la Filosofía del Derecho para el mundo latino. Para hacerlo voy a centrarme en las consecuencias (lo cual tal vez me sitúe en el punto de vista interno). He recogido que, en un sentido amplio, se podía encontrar una vinculación entre la filosofía regional de Atienza, y el proyecto de reconstrucción de la razón de Elías Díaz. Relación muy vaga, tal vez demasiado genérica, porque lo que señalaba es que ambas buscan adentrarse en la dialéctica universal/regional, conectándolas, tratando de abordar cuestiones universales, pero desde teorizaciones que sepan conectarlas con las realidades sociales, jurídicas o políticas concretas. Aquí se trata de filosofía, no de ciencia, pero quiero apelar a la autoridad del más importante sociólogo de la ciencia, Robert K. Merton, para señalar la que en su opinión es la mejor forma de abordar, de manera fructífera, esa dialéctica: las teorías de alcance medio (*middle-range theories*); teorías con un grado de generalidad situado entre las estrategias nomotéticas (cuyo objeto de investigación le lleva a la elaboración de leyes generales y universales válidas para cualquier tiempo y lugar), y las idiográficas (que ven lo anterior como imposible por tener la realidad social un carácter particular, idiosincrásico). Entre «la gran teoría», con un amplísimo grado de abstracción (podríamos pensar en Talcott Parsons en sociología), y el modelo teórico que tiene valor únicamente en una estrecha gama de hechos (la etnometodología, por ejemplo). La teoría de *El suicidio* (1897) de Durkheim es el ejemplo que suele presentarse para mostrar el alcance intermedio entre el nivel micro y macrosociológico.

La idea regulativa del Derecho que sigue Atienza, le permite situarse perfectamente en ese productivo nivel de investigación que es el meso: «Las teorías iusfilosóficas de ámbito regional podrían configurar una útil mediación entre lo local y lo universal y contribuir así a una globalización más equilibrada en la teoría del Derecho (en relación, al menos, con el universo del Estado constitucional)» (Atienza 2017, p. 49).

## CONCLUSIÓN



*La música no la hacen sólo los músicos.* Diario *Información*, Alicante, 26/02/2017 (p. 40)

El eje de coordenadas en el que se ha enmarcado este trabajo lo configuran, la relación de Atienza con Elías Díaz, y el proyecto del asturiano *Ética en imágenes*. Respecto de lo primero Manuel Atienza recoge el testigo del esfuerzo renovador en la iusfilosofía española realizado por Elías Díaz desde la década de los 60 del siglo pasado, y aprovechando esa inercia renovadora trata de «hacer más», de impulsar

el pensamiento iusfilosófico por la senda del Estado constitucional que permita encontrar buenos argumentos capaces de evitar injusticias. En ese proceso, la insaciable labor investigadora y reflexiva de Atienza sobre el Derecho y las ciencias sociales (a veces parece Habermas, por su capacidad de integrar tal cantidad de información proveniente de distintas áreas)<sup>9</sup>, le lleva a considerar que algunos esfuerzos renovadores de su maestro y amigo, la propia concepción del Derecho, sin ir más lejos –el realismo crítico (normativismo)–, queda desbancada por una forma más fructífera de entender esta naturaleza, –el postpositivismo, pragmatista, finalista y argumentativo–, con toda la serie de importantes consecuencias que se desprenden de ello, de la que la relación ser/deber-ser, validez/justicia, no es la menos importante.

Aunque en la *idea* de Derecho (véase p.23), la sintonía parece ser total entre ellos. Elías Díaz, como realista crítico, entendería que un razonamiento jurídico se justifica con la enunciación de la norma aplicable al caso, sin necesidad de apelar a la ética, y en ese sentido considerará prescindible la concepción teleológica del Derecho que propone Atienza, que lo entiende como una actividad que recoge el carácter final de las razones morales en la argumentación práctica. Y sin embargo el catedrático de la Autónoma, al tratar precisamente sobre su positivismo normativista, señala que tenían el encargo de Tierno Galván de «cambiar las cosas», de tal forma que su preocupación por la filosofía del Derecho no era de carácter académico, o mejor dicho, no era tanto

9. Elías Díaz, por su parte, reconoce por activa y por pasiva que «sabéis más»; el plural incluye a toda la nueva generación de iusfilósofos.

únicamente de carácter académico, como práctico: preparar el terreno para hacer posible la instauración de la democracia en una España que todavía no lo era. Eso es una forma de reconocer la unidad de la razón práctica. Y precisamente a eso se refiere el carácter teleológico postpositivista del catedrático de Alicante. Esa es la *idea*.

Y respecto del proyecto *Ética en Imágenes* (al que se le podría atribuir en el corpus de la obra de Atienza el papel de Krause en la filosofía alemana: «el Job de los filósofos alemanes»), el lector juzgará por la selección aquí recogida, lo pertinente o no que puede resultar el tratar problemáticas relacionadas con la forma de entender el Derecho, su alcance, la relación de éste con la ética o la argumentación y la mediación, por medio de imágenes seleccionadas a las que se les incorpora una leyenda, que dé que pensar.

Enhorabuena Manolo, y suerte a los dos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel (2001) *El sentido del Derecho*, ed. Ariel, Barcelona.
- ATIENZA, Manuel (2006) *El Derecho como argumentación*, ed. Ariel, Barcelona.
- ATIENZA, Manuel (2017) *Filosofía del Derecho y transformación social*, ed. Trotta, Madrid.
- ATIENZA, Manuel y Bañuls, Fernando (2018) *Ética en imágenes*, ed. Grijley, Lima.
- ATIENZA, Manuel y GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2021) «Diálogos iusfilosóficos: Elías Díaz». Puede consultarse [https://www.youtube.com/watch?v=bjaG-RN\\_MzQ&list=PLddMH0cOuoyFC7QAeTylhmf0zsXNjxg2&index=1](https://www.youtube.com/watch?v=bjaG-RN_MzQ&list=PLddMH0cOuoyFC7QAeTylhmf0zsXNjxg2&index=1)
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (1993) *Marxismo y Filosofía del Derecho*, ed. Fontamara, México.
- BARNES, Barry; KUHN, Thomas S.; MERTON, Robert K. *et al.* (1980) *Estudios sobre sociología de la ciencia*, ed. Alianza, Madrid.
- DÍAZ, Elías (1982). *Socialismo en España. El partido y el Estado*. Ed. Mezquita
- DÍAZ, Elías (1986) «Autobiografía intelectual», *Anthropos* (62)
- DÍAZ, Elías (2022) «Autonomía individual y moral universal. Un repaso autobiográfico», inédito, de inminente publicación en *Doxa. Cuadernos de Filosofía y Derecho*
- LAPORTA, Francisco y RUIZ MIGUEL, Alfonso (1994) «Entrevista a Elías Díaz», *Doxa. Cuadernos de Filosofía y Derecho* (15-16), Alicante.





# Introducción a la filosofía del Derecho de Manuel Atienza

## Introduction to the Philosophy of Law of Manuel Atienza

Rafael Buzón

### Autor:

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

**Recibido:** 10/06/2022

**Aceptado:** 10/09/2022

### Citar como:

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

### Financiación:

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

### Licencia:

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



© 2023 Rafael Buzón

### Resumen

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

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

### Abstract

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

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

## INTRODUCCIÓN

**T**oda introducción al pensamiento de un filósofo del Derecho cuya obra responda a los temas principales de la disciplina se enfrenta, al menos, con un problema: por dónde empezar. Creo que para reconstruir el pensamiento jurídico de Manuel Atienza puedo partir de la siguiente idea: hay que proteger los derechos. Una idea en apariencia trivial e incontrovertible pero que tiene algún truco<sup>1</sup>.

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

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

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

---

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



## 1. LA RACIONALIDAD JURÍDICA

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

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

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

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

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

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

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

## 2. TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 3. TEORÍA DE LA JURISDICCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

Hay algunas precisiones que realizar respecto de la anterior clasificación. La primera es que Atienza elabora su tipología de los tipos de casos difíciles a partir de la propuesta por MacCormick<sup>2</sup>, considerando que deja fuera las cuestiones procesales, los problemas de validez y los supuestos en los que el juez tiene que aplicar una norma de fin. La tipología resultante de casos difíciles sería como sigue:

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

#### **4. LA DOGMÁTICA JURÍDICA COMO TECNO-PRAXIS**

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

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

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

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

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

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

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

## 5. EL POSTPOSITIVISMO JURÍDICO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## BIBLIOGRAFÍA

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



# El amparo de los derechos en el Estado constitucional de Derecho. Notas desde una teoría argumentativa del Derecho<sup>1</sup>

## The *Amparo* of Rights in the Constitutional Rule of Law. Notes from an Argumentative Theory of Law

Danny José Cevallos C.

### Autor:

Danny José Cevallos C.  
Universidad de Alicante, España  
danny.cevallos@ua.es  
<https://orcid.org/0000-0001-5528-3851>

Recibido: 10/06/2022

Aceptado: 10/09/2022

### Citar como:

Cevallos C., Danny José (2023). El amparo de los derechos en el Estado constitucional de Derecho. Notas desde una teoría argumentativa del Derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 125-149. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.07>

### Financiación:

Este trabajo se desarrolla dentro del proyecto de investigación «Argumentación, constitucionalismo jurídico y derechos», PID2021-125387NB-I00, 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 Danny José Cevallos C.

### Resumen

Este trabajo revisa la *institución del amparo* dentro del Estado constitucional de Derecho, en la cultura jurídica del *civil law*. Se defiende la tesis de que la institución procesal del amparo no es teóricamente necesaria –en sentido lógico– para la existencia del Estado constitucional; las razones para justificar su implementación son entonces de tipo práctico. Se argumenta también que, con base en el constitucionalismo jurídico y tomándose en serio el proceso de constitucionalización de los ordenamientos, es posible estipular una concepción general del amparo e inferir un modelo óptimo, ajustado a las propiedades del Estado constitucional, que armoniza lo relevante de los actuales modelos europeo y latinoamericano y diluye sus problemas. Este modelo óptimo es el que deben tener presente quienes decidan implementar o mantener (con ajustes) la institución procesal del amparo.

**Palabras clave:** Amparo; protección de derechos; Estado de Derecho; Estado constitucional de Derecho; constitucionalismo jurídico; postpositivismo; teoría del Derecho; teoría argumentativa del Derecho.

1. Este artículo constituye un compendio de las principales ideas y conclusiones de mi tesis doctoral *El constitucionalismo jurídico y la institución del amparo*, dirigida por Manuel Atienza y Josep Aguiló Regla, y próxima a ser leída. La estructura de este trabajo y varias de sus ideas fueron expuestas en el marco del encuentro «30 años de argumentación jurídica en Alicante», efectuado en la Universidad de Alicante el 10 y 11 de junio de 2022, como un homenaje a Manuel Atienza con motivo de su jubilación. Algunas ideas previas sobre este esquema fueron presentadas también en el *workshop* «*Fatti istituzionali e interpretazione costituzionale*», organizado por el *Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto* de la Universidad de Génova, el 29 de noviembre de 2021. En el texto de mi tesis doctoral dejo constancia de mi agradecimiento a todos ellos.

## Abstract

This research reviews the institution of *amparo* within the Constitutional Rule of Law, in the civil law culture. It defends the thesis that the procedural institution of *amparo* is not theoretically necessary –in a logical sense– for the existence of the Constitutional Rule of Law; the reasons to justify its implementation are then of a practical nature. It is also argued that, based on legal constitutionalism and taking the process of constitutionalization of legal systems seriously, it is possible to stipulate a general conception of *amparo* and to infer an optimal model. This model is adjusted to the properties of the Constitutional Rule of Law, harmonizing the relevant aspects of the current European and Latin American models and dilutes its problems. The countries that decide to implement or maintain (with adjustments) the procedural institution of *amparo* ought to keep in mind this optimal model.

**Keywords:** *Amparo*; rights protection; Rule of Law; Constitutional Rule of Law; legal constitutionalism; post-positivism; theory of law; argumentative theory of law.

## 1. INTRODUCCIÓN

En lo que respecta a los países de la tradición jurídica del *civil law*, la implementación del Estado constitucional de Derecho ha significado una serie de cambios, ajustes y avances, principalmente sobre sus dimensiones política y jurídica. Con relación a esta última dimensión, el proceso de *constitucionalización de los ordenamientos jurídicos* se ha estado desarrollando como un fenómeno gradual y de intensidades diversas. A través de este, el *constitucionalismo de los derechos* se ha ido implantando y ha ido «invadiendo» formal y materialmente los ordenamientos jurídicos. Todo ello ha implicado no solo el reconocimiento de cartas de derechos fundamentales como parte de las constituciones y del rol argumentativo y de fundamentación que estos derechos pasan a cumplir, sino también la necesidad de garantizarlos judicialmente y de manera eficaz.

Por su parte, la institución del *amparo* es considerada en muchos países de Europa continental y de América Latina –de tradición del *civil law*– como la institución procesal de mayor trascendencia y prestigio para la protección de los derechos en el Estado constitucional –como la «joya de la corona» en materia de protección de derechos, dentro de cada ordenamiento–. En tal sentido, si bien esta institución en cada país puede responder a diversos nombres –recurso/acción/juicio de amparo, de protección, de tutela, de queja constitucional– y se efectúa a través de diversas modalidades, es posible identificar una noción mínima compartida, un propósito similar pretendido mediante los diversos diseños del amparo.

Interesa entonces indagar sobre varios aspectos relevantes de la figura del amparo y su funcionamiento de cara a los derechos. Se trata, pues, de entender de qué hablamos cuando hablamos de amparo dentro del Estado constitucional de Derecho como marco regulativo, su finalidad, alcances y también sus dificultades. La idea es preguntarse sobre cuestiones como: si es posible hablar de una concepción general del amparo; si

esta es en realidad una institución necesaria para el Estado constitucional dentro de la cultura jurídica del *civil law*; y si, de implementarse como vía judicial, quiénes (qué jueces y qué jurisdicción) y mediante qué procedimiento (en cuanto su diseño) sería lo más óptimo para su aplicación.

Para este propósito repasaré primero la noción del Estado constitucional de Derecho y la teórica jurídica dentro de este modelo, al constituir todo ello el marco teórico donde se generan las condiciones de posibilidad para la actual práctica del amparo; luego me interesará comprender la institución del amparo a través de su diseño en varios países de Europa continental y de América Latina. Finalmente, identificaré varios rasgos relevantes en los modelos y abordaré algunos de los principales problemas teóricos y prácticos compartidos, bosquejando posibles formas de simplificación y superación.

Debe quedar claro desde ahora que el objeto que aquí interesa es la idea del amparo de los derechos como institución procesal *ad intra* a los Estados. Aquí no tendré en cuenta, por tanto, los mecanismos supraestatales de protección de derechos humanos, ni las discusiones sobre la posibilidad de un constitucionalismo «más allá del Estado»<sup>2</sup>, o de especulación sobre un «Estado constitucional democrático mundial de Derecho»<sup>3</sup>. Lo que interesará son las discusiones que surgen de la regulación del amparo dentro de varios países, en el contexto de un Estado «soberano» –en el sentido político tradicional–, y donde los derechos humanos reconocidos en tratados y convenciones internacionales pueden –deberían– ser objeto de protección mediante amparo; pero esto se dará de acuerdo con las consideraciones de jerarquía y el carácter vinculante que el propio ordenamiento jurídico estatal le reconozca al Derecho internacional de los derechos humanos.

Si bien las discusiones sobre la posibilidad de un constitucionalismo supraestatal parecen loables y necesarias, creo que no está nada claro, al menos hasta ahora, cómo el Derecho internacional, a partir de sus actuales instituciones jurídico-políticas<sup>4</sup>, pueda asumir e implementar los ideales del Estado constitucional de Derecho.

---

2. *Vid.*, las ideas de Luigi Ferrajoli (2018) sobre un *Constitucionalismo más allá del Estado* (cap. 2, 25-46). Ferrajoli ya venía reflexionado sobre esto desde el capítulo «12.19. Niveles de ordenamientos. Federaciones y confederaciones. Hacia un nuevo paradigma: el constitucionalismo global», del tomo I de su conocida obra *Principia Iuris* (2011: 884 ss).

3. Juan Carlos Bayón (2013) ha demostrado ya los problemas en la concepción de democracia constitucional –en especial en lo que respecta a la autoridad legítima– y en la de pluralismo, dentro del modelo de constitucionalismo (estatal) propuesto inicialmente por Ferrajoli, y que es desde donde este último partiría para su proyección a nivel global (pp. 57-99). *Ergo*, partir de esas nociones para pensar un constitucionalismo «más allá del Estado», en los términos de Ferrajoli, resultaría todavía más problemático.

4. En el establecimiento y aplicación del *control de convencionalidad*, *v.g.*, es posible identificar ya algunas de las dificultades. *Vid.*, Orunesu, C., 2020. También, Cevallos, D.J., 2021: 275.

## 2. SOBRE EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO, LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS, Y LA TEORÍA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA

La conocida expresión de Elías Díaz (1998): «No todo Estado es Estado de Derecho» (p. 29), da cuenta de las inquietudes que pueden surgir con relación a la ontología del Estado de Derecho, sobre qué es lo que hace que sea eso y no otra cosa, y si de sus componentes es posible predicar un ideal regulativo, formal y material. Este suele ser abordado como un concepto impreciso, con ambigüedades que permitirían cobijar un amplio espectro de ideas en su interior, incluso contradictorias, complejizando así los intentos de clasificación. Sin embargo, sí es posible abordarlo en términos menos polémicos y más configurativos de su contenido, si se aceptan varios caracteres básicos, necesarios, que permiten en alguna medida reconocer, comprender y defender un contenido mínimo. Esto, claro está, no significa que efectivamente no sea posible tropezarse con «casos dudosos», esto es, «con organizaciones estatales con respecto a las cuales existirían dudas razonables sobre si integran o no un Estado de Derecho», ni que impida que se haga un uso «interesado» de la expresión, teniendo en cuenta la carga emotiva que puede generar<sup>5</sup>.

El Estado de Derecho es una invención moderna, gradual y civilizatoria. Dicho aquí de forma muy sumaria, empieza a institucionalizarse en los Estados liberales luego de la Revolución francesa, con la incorporación de la idea de la *Ley* –en sentido formal– como mandato máximo de la soberanía popular. La idea de un determinado tipo de organización y funcionamiento del Estado y de sus poderes regulados a través de la ley positiva parlamentaria, sería el escenario que en la Europa continental decimonónica se procuraría captar con la locución germánica *Rechtsstaat* (Estado de Derecho), que, en líneas generales, conectaría con el liberalismo político y con el constitucionalismo liberal (Díaz, Elías, 1963:26).

Este sería el punto de partida de la expresión, que luego empezaría a adjetivarse en la medida de su interacción con otros elementos que emergerían en entornos sociales y momentos dados: el Estado liberal de Derecho, luego el Estado social de Derecho, hasta hablar contemporáneamente del Estado constitucional de Derecho. No interesa aquí entrar en los dos primeros, sino bosquejar algunas cuestiones del último, entendiéndolo como un resultado evolutivo de los dos anteriores.

En el Estado constitucional de Derecho se comprueban en efecto los caracteres generales, como exigencias mínimas, imprescindibles, que deberán verificarse para poder calificar a un Estado como Estado de Derecho<sup>6</sup>. Ahora, en este modelo de Estado

5. Atienza, M., 1997: 465, 466. Los regímenes dictatoriales, los Estados totalitarios –el Estado alemán nazi y el Estado fascista italiano–, suelen ser los ejemplos recurrentes de discusión sobre si aquellos fueron o no Estados de Derecho, al menos en sentido formal.

6. Según Elías Díaz, estos caracteres básicamente son: 1) imperio de la ley –como expresión de la voluntad general–, 2) división de poderes, 3) legalidad de la Administración, y, 4) derechos y libertades



estos caracteres generales se implementan a través de una Constitución rígida, normativa, con supremacía formal y material, con procedimientos de reforma constitucional agravados que la distinguen de la ley –como forma jurídica–, que contiene un catálogo de derechos que vinculan y limitan materialmente al poder, y donde se instauran garantías para proteger esos derechos y cuya protección última se confía principalmente a tribunales independientes.

La Constitución juega así un rol no solo programático, sino que debe ser interpretada y atendida como norma directamente aplicable en el razonamiento jurídico, y todos los elementos del Estado de Derecho deben funcionar asumiendo y materializando los parámetros –ideales– del *constitucionalismo de los derechos*; entendiendo a esto último no *solo* desde los postulados clásicos de la garantía de derechos y la separación de poderes, sino también como el conjunto de derechos que se establecen para contener y erradicar los «males» que suelen ser característicos de la dominación política<sup>7</sup>.

En este constitucionalismo de los derechos coexisten una dimensión autoritativa/institucional y una dimensión valorativa, y tanto la idea de *poder legítimo* como la de *justicia* se determinan y se fundamentan a raíz de la noción de derechos, lo que lleva al uso necesario de razones tanto materiales como formales para lidiar con las tensiones que puedan surgir; uso que, por tanto, deberá efectuarse a partir de un método jurídico basado en prácticas argumentativas.

La implementación de las constituciones del Estado constitucional genera el fenómeno de la *constitucionalización de los ordenamientos jurídicos*. Se entiende a este como

---

fundamentales –garantía jurídico-formal y efectiva realización material–. *Cfr.*, Díaz, Elías, 1998: 44-55. Ahora, es necesario aclarar que si bien aquí tengo en cuenta las propiedades básicas del Estado de Derecho y el paso del Estado liberal de Derecho al Estado social de Derecho siguiendo el planteamiento de Elías Díaz, con relación al paso hacia el Estado constitucional de Derecho no sigo ya los términos de ese autor. Esto, porque según el planteamiento de Elías Díaz, lo que se daría en este punto es el paso del *Estado social* de Derecho al *Estado democrático* de Derecho –socialismo más democracia– (pp. 132-134). Se debe tener presente, asimismo, que el contenido del «imperio de la ley», la forma de aproximarse y entenderlo como ideal, variará de acuerdo a la concepción del Derecho con que se enfoque. Para una visión positivista –que no es la que se sostiene en este trabajo–, *vid.*, Laporta, F., 2007.

7. Josep Aguiló (2019) ha propuesto que una forma más adecuada de captar plenamente los ideales del constitucionalismo de los Estados constitucionales, es no fijarse ya tanto en los clásicos postulados del artículo 16 de la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 –garantía de los derechos y separación de poderes–, sino en los «males» potenciales y característicos de la dominación política que este constitucionalismo pretende enfrentar y la forma como pretende erradicarlos. Estos «males» suelen ser: la *arbitrariedad* (como sometimiento a la pura voluntad de la autoridad o de otra persona) ante la que emergen los *derechos vinculados al imperio de la ley y del debido proceso*; el *autoritarismo* (como tendencia de la autoridad a regular lo que quiera y como quiera), ante lo que se erigen los *derechos de libertad*; el *despotismo* (como dominación política, cuando se prescinde de la participación de las personas en la toma de decisiones que pueden afectarles), frente a lo que se esgrimen los *derechos de participación política y democráticos*; y la *exclusión social* (como el impedimento material de individuos y colectivos que, por sus condiciones de vida, se ven sin oportunidad de acceder a que sus intereses y necesidades sean tomadas en cuenta como parte del interés general), frente a la que surgen los *derechos sociales*, como derechos de igualdad y de oportunidad, y que el poder público no puede dejar de satisfacer (pp. 87,88).

el proceso gradual mediante el cual se ha fraguado la transformación hacia el Estado de Derecho contemporáneo, cuya intensidad varía entre cada país, y del que derivan una serie de cuestiones y discusiones teóricas y prácticas<sup>8</sup>. Riccardo Guastini (2001 y 2016) ha propuesto una enumeración sobre las condiciones que un ordenamiento debe satisfacer para poder considerarlo como «impregnado» por las normas constitucionales. Dado que la propuesta de este autor genovés ha sido ya ampliamente difundida no me detendré en ello; solo me interesa recordar aquí la utilidad de aquella enumeración como parámetro para determinar cuándo un ordenamiento está *más* o *menos* constitucionalizado<sup>9</sup>.

Lo que interesa enfatizar del proceso de constitucionalización, es que de la «irradiación» y la implementación de la Constitución sobre el resto del ordenamiento derivan discusiones no solo de aspectos estructurales y competenciales, sino también, una serie de complejas cuestiones de teoría y filosofía jurídicas especialmente relevantes, que van desde la distinción del tipo de enunciados jurídicos sobre derechos –principios/reglas– y sus mecanismos de interpretación y aplicación, hasta la ya clásica, y ahora renovada, discusión sobre la separación –o no– entre el Derecho y la moral y sobre el límite entre estos dos sistemas normativos dentro del constitucionalismo actual (Cevallos, D.J., 2019: 771,772). Esto, recuérdese, porque los procesos de constitucionalización consolidan la centralidad de la Constitución material, como un «orden jurídico fundamental de la comunidad en su conjunto» –siguiendo la distinción propuesta por Böckenförde (1993) sobre el entendimiento de la Constitución–, pues dirige y «fuerza a la realización de los principios básicos en ella contenidos. A ello se corresponde un entendimiento de los derechos fundamentales como normas objetivas de principio que actúan en todos los ámbitos del Derecho».<sup>10</sup> Visto así, la Constitución funge como la «carta de navegación» de un país<sup>11</sup>, regulando (subordinando) adjetiva y sustantivamente todos

8. En nuestras prácticas jurídicas actuales creo que nadie negaría ya la existencia de la constitucionalización, si se lo entiende como el producto de un proceso histórico dentro de países europeos y latinoamericanos desde mediados de la centuria pasada, y en los que se ha producido el tránsito hacia el Estado constitucional como forma jurídica que pretende su institucionalización y duración en el tiempo. *Vid.*, Häberle, P., 2020: 30.

9. Recuérdese que Guastini advertía de al menos tres condiciones como necesarias: la existencia de una Constitución escrita y larga (que no solo organice el poder), una Constitución rígida, y que la Constitución esté jurisdiccionalmente garantizada. Luego están algunas condiciones cuya suficiencia refleja grados distintos de constitucionalización: la fuerza vinculante, la sobreinterpretación, y la aplicación directa de la Constitución, la interpretación conforme de las leyes a la Constitución, y la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. *Vid.*, Guastini, R., 2001:154 ss., y 2016:177 ss.

10. Frente al «orden jurídico fundamental de la comunidad en su conjunto», Böckenförde distingue también la concepción de la Constitución como un «ordenamiento-marco», en la medida que garantiza y regula la organización política y estatal y la relación Estado-ciudadano. *Cfr.*, Böckenförde, E., 1993: 137.

11. Tomo la expresión de Carlos S. Nino, quien a su vez usó esta expresión siguiendo a Juan Bautista Alberdi. *Cfr.*, Nino, C.S., 2005: 1.

los procesos de creación, aplicación y razonamiento jurídicos que se desarrollen dentro del respectivo ordenamiento.

Establecido lo anterior, lo siguiente es indagar sobre cómo dar cuenta de los escenarios y prácticas que derivan de este fenómeno, y si operar jurídicamente con todo ello implica repensar las estructuras. En pocas palabras: si es necesaria una nueva teoría jurídica para el Estado constitucional de Derecho.

Ahora bien, desde su dimensión jurídica el Estado constitucional no significa solo un acomodo, en términos de grado, del «imperio de la ley» –en el sentido del Estado legalista– a los contenidos de la Constitución, sino que se trata de una transformación sustancial de las propiedades y de las relaciones materiales que genera la Constitución desde la centralidad de los derechos, como razones para fundar acciones y justificar decisiones. Se trata de entender a la Constitución ya no solo como «fuente de las fuentes de Derecho» sino como «fuente de Derecho» (Aguiló Regla, J., 2021:10). La teoría jurídica del Estado constitucional debe ser, por tanto, una teoría valorativa, con un fuerte enfoque argumentativo. Si esto es así, entonces una nueva teoría jurídica sí sería necesaria.

Surge así el constitucionalismo jurídico –postpositivismo– como el movimiento teórico que pretende ser una teoría del Derecho y del razonamiento jurídico adaptada a los ordenamientos jurídicos constitucionalizados, o en vías de estarlo<sup>12</sup>. Esta se presenta como una teoría basada en la unidad de la razón práctica, que reconoce una coexistencia tensionada entre una dimensión valorativa –un marco de valores– y una dimensión autoritativa en las constituciones contemporáneas, y que tiene muy en cuenta las relaciones argumentativas y de justificación que de esto se generan entre Derecho y moral, pero sin confundir conceptualmente a estos dos sistemas normativos.

Esta posición teórica se distancia así del positivismo jurídico, que sigue manteniendo la tesis de una separación fuerte entre Derecho y moral, y del Derecho natural, que mantiene la posición de *no* entender al Derecho como un fenómeno social cuyas fuentes son los hechos sociales. Estas son, por tanto, teorías incapaces de dar cuenta, o al menos no de forma satisfactoria, de los elementos jurídicos, fenómenos y prácticas que se dan dentro del Estado constitucional, y que el constitucionalismo jurídico sí incorpora.

Por último, el constitucionalismo jurídico, en cuanto teoría del Derecho, no debe ser confundido con movimientos dispersos como el denominado «neoconstitucionalismo», que, como bien lo ha expuesto Manuel Atienza (2017): «no se sabe qué es», a qué alude teóricamente<sup>13</sup>; y tampoco con enfoques como los llamados constitucionalismos

12. «...Del mismo modo que, en términos regionales, «el imperio de la ley» fue el modelo teórico del Estado legal de Derecho; el llamado “constitucionalismo jurídico” vendría a ser el modelo teórico del Estado constitucional de Derecho». Aguiló Regla, J., 2021:10.

13. Recuérdese que, si de lo que se trata es de teorías jurídicas, antes del Estado constitucional no existía una teoría jurídica que se denominara «constitucionalismo» a la cual incorporarle el prefijo «neo». *Vid., in extenso*, Atienza, M., 2017: 117 ss.

«participativo», «dialógico», «popular», «nuevo constitucionalismo latinoamericano», entre otras denominaciones similares, que no son ni pretenden ser modelos de teoría jurídica, pues su interés apunta hacia lecturas e interpretaciones de la Constitución en términos prioritariamente estructurales, de establecimiento y regulación del poder, de Derecho político, y no –o solo parasitariamente– en clave de método, de técnica ni de razonamiento jurídicos.

Establecido este marco, interesa ahora comprender los mecanismos con los que se pretende garantizar y hacer valer los derechos.

### 3. EL AMPARO COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA

Cuando uno se introduce en el tema de los mecanismos de protección de derechos, rápidamente observa que en la literatura jurídica de nuestro entorno cultural la principal referencia es el *amparo* o las instituciones procesales similares. Esto es palpable particularmente en trabajos de Derecho comparado que se focalizan en Derecho constitucional y constitucional procesal, Justicia constitucional, entre otras especialidades y/o etiquetas de materias dogmáticas. Bien sea por intuiciones conceptuales, por razones de índole finalistas o consecuencialistas, o incluso por simple *nomen iuri*, en el Derecho comparado las instituciones encaminadas a la protección de los derechos suelen agruparse bajo el paraguas de la noción del *amparo*, al menos en sentido lato, y con un mínimo de propiedades y fines compartidos, remarcando similitudes y diferencias.

Dado este contexto es pertinente preguntarse, por tanto, si la institución del amparo es en efecto necesaria para el funcionamiento del Estado constitucional de Derecho, y si, a su vez, es posible hablar de algo parecido a una «concepción general del amparo» en el *civil law*<sup>14</sup>.

En la aplicación del amparo suelen identificarse una serie de temas centrales de teoría constitucional y de teoría general del Derecho. La idea *contemporánea* de amparo, ontológica y epistémicamente, incorpora ya las discusiones sobre el control judicial de constitucionalidad de las leyes y sobre la justicia constitucional. Y es que, con relación

14. Vale llamar la atención sobre la escasa reflexión iusteórica acerca de los fundamentos del amparo. Son pocos los teóricos del Derecho –en cuanto iusfilósofos, no dogmáticos– que se han acercado en algún grado al tema de la justificación de las garantías de protección de los derechos. Dentro de esas excepciones podría mencionarse, al menos entre los más relevantes, a Luigi Ferrajoli (2011) y su aproximación a las funciones de «garantías primarias» –normativas– y «garantías secundarias» –jurisdiccionales– de los derechos dentro del paradigma del Estado constitucional de Derecho (p. 827), y las características estructurales de la jurisdicción (2006: 25-27; 2011: 831, 832), pero sin entrar luego en cuestiones justificatorias sobre tipos específicos de garantías jurisdiccionales. Por su parte, los trabajos de Genaro R. Carrió (1959 y 1987) –quien reunía de manera excepcional las virtudes de jurista teórico y práctico– sobre el recurso de amparo en Argentina, constituyen también un ejemplo de excepción sobre esto. Podrían especularse varias causas que expliquen la falta de este interés. Este no es el espacio para entrar en ello, pero sí creo pertinente al menos recordar aquí aquello de que «no hay nada más práctico que una buena teoría». *Vid.*, Atienza, M., 2006: 18.

al tema de la justicia constitucional, lo que encontramos en nuestras actuales prácticas jurídicas no es ya solo el diseño kelseniano<sup>15</sup>, esto es, el modelo desde el cual se veía *solo* al Tribunal Constitucional como «guardián de la Constitución», y se entendía como jurisdicción constitucional *solo* al conjunto de competencias de los tribunales constitucionales, sino que estas funciones son ahora compartidas también con otros órganos constitucionales, claro está, manteniendo los tribunales o cortes constitucionales la competencia de guardianes máximos e intérpretes finales de la Constitución<sup>16</sup>.

En suma, los procesos de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos y las dinámicas complejas de las prácticas actuales han empujado a que el control de constitucionalidad, en general, comprenda no solo la constitucionalidad de leyes sino también de otras normas jurídicas y muchos otros actos/omisiones de poder que puedan vulnerar derechos, y que el examen de constitucionalidad y la «defensa» de la Constitución no sea ya competencia única de los tribunales o cortes constitucionales. Estos conceptos e instituciones son ahora, en definitiva, mucho más abiertos y complejos<sup>17</sup>.

Sin embargo, de lo anterior no se sigue que esas prácticas y dinámicas complejas para ejercer el control de constitucionalidad deban efectuarse necesariamente a través de una figura como la del amparo. Esto es fácil de verificar. El ordenamiento italiano suele ser el ejemplo de un ordenamiento jurídico que no incorpora un recurso o acción que se asemeje a la idea del amparo como institución procesal autónoma; no obstante, nadie duda en calificar a Italia como un Estado constitucional de Derecho<sup>18</sup>. En esa misma línea, en el caso de España, *v.g.*, Pablo Pérez Tremps (2015) comentaba que la introducción del recurso de amparo en el ordenamiento español «no resultaba obligada desde el punto de vista conceptual ya que no se trata de una figura procesal que venga

15. Me refiero al que Kelsen configuró para la Constitución austriaca de 1920, creando por primera vez un Tribunal Constitucional separado del Poder Judicial. *Vid.*, un interesante trabajo de Herrera, A., 2011.

16. Sobre estos temas, *vid.*, *in extenso*, Fernández Segado, F., 2004; Ferreres, V., 2007. Filósofos no juristas como Jürgen Habermas también han intervenido en discusiones sobre este tema. En su caso, revisando la legitimidad de la jurisprudencia constitucional y su preocupación de que el Tribunal Constitucional llegue a imponer un determinada «forma de vida» a la sociedad, mediante una jurisprudencia interpretativa del orden de valores de la Constitución. *Vid.*, Habermas, J., 1998: 311 ss.

17. En efecto, como lo expresaran Alí Lozada y Catherine Ricaurte (2015), «hoy no se discute tanto si los atentados en contra de la Constitución, y especialmente en contra de los derechos fundamentales, deben ser objeto de la justicia constitucional, la cuestión mayor es la de cómo ha de justificarse tales violaciones. Esta pregunta, si se deja de lado la ingenuidad de pensar que ese “cómo” corresponde a la estrechez de las normas procesales, es en último término la pregunta por cómo argumentar en la justicia constitucional». p. 25.

18. O al menos no por esta causa. Según comentan Silvia Bagni y Matteo Nicolini (2021), «[l]a introducción del control de constitucionalidad sobre los actos legislativos fue afrontada, en Italia, por la Asamblea Constituyente. La preferencia fue por un control jurisdiccional y objetivo, con efectos *ex tunc*: se propuso la introducción de la acción popular (que se acercaba a la cuestión incidental) y se renunciaba al recurso constitucional por violación de los derechos fundamentales, al considerar suficiente para la protección de los individuos las garantías ofrecidas por los jueces ordinarios y administrativos» (p. 118). *Vid.*, también, Groppi, T., 2006: 4090-4092. Sobre las funciones de la Corte Constitucional italiana, *vid.*, Romboli, R., 2021: cap. IV, 57-140.

impuesta por dicho modelo, como pone de manifiesto, por ejemplo, el sistema italiano de justicia constitucional» (p. 23).

Como se observa, el amparo no es una idea intrínseca, esencial, del Estado constitucional de Derecho; no es una institución «necesaria» —en términos lógicos— para la implantación de este modelo de Estado. Lo que sí es una necesidad dentro del modelo constitucional es la existencia de derechos, de garantías, y de jueces ordinarios que los tutelen. Siendo esto así, la idea del amparo como institución procesal no se fundamenta entonces en razones de tipo teóricas, sino de otro tipo.

Una primera conclusión sería, por tanto, que las razones que justificarían la decisión de implementar el amparo en un ordenamiento jurídico con un determinado diseño y alcances, serían razones prácticas. Es decir, aquella decisión estaría basada en necesidades prácticas, contextuales a cada realidad, que justificarían establecer un mecanismo específico de tutela de derechos.

Bien, paso ahora a referirme a varios de los diseños de amparo existentes, aunque lo haré aquí de forma muy general. Lo principal, me parece, es conocer el *qué* y el *cómo* de la idea de amparo en varios países, identificando usos del lenguaje, de argumentos, tensiones y límites que se presentan en la interacción entre los diversos niveles jurisdiccionales que intervienen, y los problemas teóricos y prácticos que de estos deriven.

Repasada comparativamente la arquitectura y el propósito de esta institución en varios países de Europa continental y de América Latina —tengo en cuenta aquí a Alemania, España, México, Colombia, Argentina y Ecuador—<sup>19</sup>, en efecto es posible identificar las características, escenarios y tensiones más relevantes dentro de la configuración del amparo en cada ordenamiento. Esto permite construir no solo un mapa de similitudes y diferencias en general, sino que, principalmente, permite identificar los problemas compartidos y estipular definiciones y clasificaciones en torno a una idea general del amparo y sus propiedades, tanto necesarias como contingentes.

Analizadas algunas variables que se relacionan tanto con cuestiones generales, como con cuestiones de carácter procesal y sustantivas<sup>20</sup>, es posible simplificar el espectro

19. No me es posible entrar ahora a explicar el diseño de cada uno de estos países; esto lo hago con detalle en el cap. 2 de la tesis doctoral, *ibidem*. No obstante, creo necesario precisar aquí que estos países han sido escogidos por las singularidades en sus respectivos diseños y/o por el desarrollo e influencia que en algún sentido «su amparo» ha tenido en nuestra cultura jurídica. La variedad de procedimientos, las peculiaridades en ellos, la importancia en sus prácticas internas, así como su desenvolvimiento dentro de distintos modelos políticos de organización y gobierno, han sido los criterios para la selección de estos países —el diseño ecuatoriano, *v.g.*, incorpora propiedades tanto del modelo latinoamericano (en la *acción de protección*) como del europeo (en la *acción extraordinaria de protección*), incorporando a su vez vías específicas de control para las decisiones de la justicia indígena—. A partir del diseño de estos países me parece posible obtener muestras suficientes para elaborar un mapa que dé cuenta de los principales componentes y problemas de esta institución.

20. Algunas variables relacionadas con cuestiones más de carácter general son, *v.g.*, jerarquía constitucional, extensión normativa, derechos objeto de amparo, si se trata de un proceso judicial breve. Variables con relación a cuestiones más de carácter procesal son, *v.g.*, plazos y excepciones para interponer un amparo, legitimación activa, legitimación pasiva, tipos de acto/omisión contra los que es posible ampararse, fase

de los diseños existentes, y estipular *dos modelos generales* descriptivos que, expuestos sucintamente, son:

(i) El *modelo europeo*, que supone una forma compartida de protección de los derechos fundamentales. Los jueces de la Función Judicial tutelan inicialmente estos derechos como parte de sus tareas jurisdiccionales cotidianas, es decir, dentro de los procesos ordinarios que sean de su competencia en aplicación de la *jurisdicción ordinaria*, en la forma y exigencias previstas para cada proceso, sin que ello implique perder de vista los preceptos constitucionales aplicables a cada caso.

Las personas acuden inicialmente a solicitar la protección de sus derechos como parte de la acción ordinaria que corresponda según la materia. Solo después de agotadas todas las instancias y recursos posibles en lo ordinario, si se considera que la vulneración de algún derecho fundamental no ha sido debidamente reparada o no ha sido atendida; o, que a su vez, la propia decisión ordinaria contiene o genera una vulneración de derechos fundamentales, las personas podrán acudir a la *justicia constitucional*, competencia del Tribunal Constitucional, e interponer un *recurso* de amparo. Si el recurso interpuesto cumple con los requisitos formales para su admisión, el tribunal *deberá* conocerlo y en única instancia realizar un *control final de constitucionalidad* sobre las decisiones adoptadas en el proceso ordinario impugnado.

Este control final de constitucionalidad tiene como objeto de protección los derechos ubicados dentro del epígrafe «fundamentales» en las respectivas constituciones, y puede derivar, de ser necesario, en la declaratoria de inconstitucionalidad de leyes. Por tanto, para los efectos de este modelo se entiende como *jurisdicción constitucional* solo al conjunto de competencias, procesos y actuaciones de los tribunales constitucionales.

(ii) El *modelo latinoamericano*, donde es posible demandar la protección de derechos constitucionales mediante un proceso judicial «constitucional» específico, directo y sumario, y de competencia inicial de jueces de instancia de la Función Judicial. Es decir, es un proceso autónomo a los procesos ordinarios, y suele regirse por la idea de mínima formalidad y de prioridad sobre las demás causas ordinarias en los juzgados al momento de su interposición. Dependiendo del diseño, puede interponerse como vía *principal* ante la vulneración directa y grave de derechos constitucionales, o de forma *subsidiaria* ante la falta de eficacia de los procesos ordinarios. En ambos escenarios, si se supera la fase de admisión a trámite, este debe ser sustanciado y resuelto rápidamente. En este modelo, en inicio se busca la protección judicial frente a actos ilegítimos de

---

de admisibilidad a trámite y su función, la necesidad de agotamiento previo de los recursos/remedios judiciales posibles en la jurisdicción ordinaria (subsidiariedad), sobrecarga de la jurisdicción constitucional en materia de amparo. Variables con relación a cuestiones más de carácter sustantivo son, *v.g.*, la función cautelar y/o de resolución de fondo (la necesidad de urgencia y/o interpretación constitucional), la función subjetiva y/o objetiva, la distinción (competencial) entre jueces constitucionales (como jueces especializados) y jueces ordinarios de legalidad, la distinción entre constitucionalidad y legalidad como parámetro de control, y la cuestión de la independencia interna de los jueces.

autoridades públicas *no* judiciales, o frente al abuso del poder por parte de particulares; no obstante, algunos diseños han desarrollado –jurisprudencialmente, por lo general– la posibilidad excepcional de impugnar decisiones judiciales mediante amparo, al entender a este tipo de decisiones también como actos de poder que pudieran vulnerar derechos.

Este modelo contempla mecanismos de apelación que suelen ser competencia del tribunal superior correspondiente en la distribución ordinaria; y en cuanto al control de constitucionalidad de leyes como parte del amparo, se procede conforme al modelo existente en cada país –difuso o concentrado–. El punto común aquí es que la última decisión tomada dentro de estos procesos puede llegar a ser revisada por la Corte/Tribunal Constitucional/Corte Suprema, que ejercerá un *control final de constitucionalidad* que cierre el sistema, y esto podrá darse, bien mediante algún recurso o acción específica interpuesta por las personas, o bien ejerciendo la propia Corte/Tribunal Constitucional facultades discrecionales de selección y revisión<sup>21</sup>.

Aquí por lo general el control de constitucionalidad se extiende a todos los derechos establecidos en la Constitución y en convenciones internacionales sobre derechos humanos<sup>22</sup>, a excepción de aquellos que ya posean mecanismos judiciales específicos de protección –como el *habeas corpus* o el *habeas data*–. En cuanto a la idea de *jurisdicción constitucional*, esta se entiende como el conjunto de competencias, procesos y actuaciones, tanto de los tribunales/cortes constitucionales como de los juzgados y tribunales ordinarios cuando intervengan en los procesos de garantías jurisdiccionales de derechos constitucionales. Así, dado su objeto y finalidad, estos procesos se consideran como parte de la jurisdicción constitucional; por ello es común ilustrar esto diciendo que al conocer sobre garantías constitucionales, el juez ordinario se «invierte temporalmente» como «juez constitucional», y se centra exclusivamente en un examen de constitucionalidad sin reparar en aspectos de legalidad ordinaria en el caso.

Por otro lado, me parece necesario mencionar que en el ámbito latinoamericano suele argumentarse que el establecimiento del amparo o similares, como procesos judiciales con características de sencillez, rapidez y efectividad, deriva de una obligación establecida en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

21. Ejemplo de esto es la facultad discrecional de selección y revisión de la Corte Constitucional colombiana; la facultad de atracción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana; en Ecuador, tanto la posibilidad de que la Corte Constitucional conozca a petición de parte a través de la acción extraordinaria de protección, o de oficio a través de la facultad discrecional de selección y revisión; y el recurso extraordinario por sentencia arbitraria, o la figura del *per saltum*, en el caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina.

22. En el caso de Colombia, *v.g.*, si bien el artículo 86 de la Constitución hace referencia a los derechos *constitucionales fundamentales* como los derechos objeto de la acción de tutela, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha terminado ampliando el objeto al rechazar el argumento literal como criterio único para identificar los derechos fundamentales en la Constitución, negando así que solo los derechos contemplados dentro del capítulo denominado «derechos fundamentales» pueden ser objeto de una acción de tutela. A partir de argumentos materiales de apertura, la Corte ha desarrollado tesis como la *conexidad* y la *transmutación*, reconociendo una conexión sustantiva entre derechos, la existencia de derechos fundamentales implícitos, e incluso de derechos «mal ubicados» dentro de la Constitución.



No entraré aquí en los detalles de esa argumentación. Solo mencionaré que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido al amparo en términos muy amplios y generales; en tal contexto, ni la Convención ni la jurisprudencia de la Corte IDH estarían imponiendo específicamente la institución del amparo, en los términos del modelo latinoamericano aquí visto –como todo un entramado de instancias autónomas a las ordinarias–<sup>23</sup>.

Como corolario de todo lo anterior, si se profundiza en el resultado material que buscan todos estos procesos, es posible sostener la idea de que, en definitiva, los modelos de amparo/tutela latinoamericanos y europeos persiguen una finalidad similar: que todos los actos de poder, incluyendo las decisiones judiciales, de los que derive un afectación de derechos constitucionales, puedan ser judicialmente impugnados y controlados, existiendo la posibilidad de un control final de constitucionalidad efectuado por un órgano de jurisdicción constitucional que cierre el sistema y genere interpretaciones en algún sentido vinculantes. Así también, en estos modelos es posible observar que algunos procesos de amparo están dirigidos hacia una función más cautelar, de protección inmediata de la dimensión no discutible de los derechos, y otros procesos están más encaminados hacia conocer, interpretar y decidir sobre el contenido de los derechos, sobre delimitación de sus facetas. Estos diseños implican, por tanto, el establecimiento de dos tipos o categorías de amparo que, a su vez, plantean distintos tipos de problemas en el constitucionalismo: (i) el *amparo de urgencia*, con relación a la función de vigencia efectiva de los derechos; y (ii) el *amparo de interpretación*, que derivaría de las funciones de interpretación, limitación/expansión de contenido y alcance de los derechos.

Esto último da lugar a una de las discusiones que atraviesa a los modelos: sobre la función de urgencia o la función de interpretación que debería asignarse al amparo. En realidad, en ambos modelos es posible identificar, *mutatis mutandis*, todo un catálogo de discusiones teóricas y prácticas que comprenden diversos aspectos. Entro otros: si el amparo debe ser una acción principal o subsidiaria; los tipos de derechos amparables; si con él –con relación a la función de urgencia y de interpretación– se deben proteger los derechos subjetivos y/o también el Derecho objetivo; o sobre la necesidad de una adecuada distinción entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria, y, en esa línea, entre jueces de constitucionalidad y jueces de legalidad, a fin de evitar un

---

23. De lo que se trata, en términos convencionales, es del derecho de las personas a tener en los Estados parte un recurso con características de rapidez y sencillez –es decir, urgente–, y que tutele no solo los derechos constitucionales o convencionales sino también derechos fundamentales establecidos en una ley. Así, la protección de los derechos con las características de urgencia no necesariamente tiene que efectuarse mediante la institución del amparo –como todo un entramado de instancias autónomas a las ordinarias–, sino que la especial atención y protección de esos derechos bien puede estar inserta en primer momento en los propios procesos ordinarios a través de procedimientos, mecanismos o recursos extraordinarios para cuando sea necesario acudir a ellos –como sucede en el diseño español, alemán o el italiano–; eso sí, trazados de forma tal que sean ágiles y efectivos, cumpliendo así con las obligaciones convencionales. Sobre el artículo 25 de la Convención y la jurisprudencia de la Corte IDH relacionada al mismo, *vid.*, Ibáñez, J., 2019.

solapamiento de competencias. A su vez, de estos derivan otros problemas más prácticos como la alta carga de trabajo en cuanto temas de amparo en juzgados, cortes y tribunales. De algunas de estas discusiones trataré de dar cuenta a continuación.

#### 4. ALGUNO DE LOS PROBLEMAS IDENTIFICADOS

Una crítica común a estos diseños del amparo es que posibilitarían la «constitucionalización» de cuestiones de «mera legalidad», o, al contrario, que ciertos casos que podrían tener interés directo en cuanto derechos constitucionales se terminen «ordinarizando»<sup>24</sup>. Esto conduciría a que el número de recursos/acciones que se interponen en esta materia sea considerablemente alto, generando la consabida sobrecarga de trabajo, tanto para los jueces de instancia como para las altas cortes, quienes tienen que dedicar la mayor parte de su tiempo a conocer y despachar estos casos, desatendiendo otros temas también de su competencia y también relevantes. En pocas palabras, las diversas configuraciones del amparo facilitarían –claro está, con diversas intensidades– el uso abusivo de los procesos de amparo. Esto, por cierto, en varias ocasiones ha generado debates sobre la necesidad de reformas institucionales, que van desde el aumento de jueces, de salas, restricción de los derechos objeto de amparo, hasta discusiones sobre la posibilidad de eliminarlo.

Al uso abusivo, espurio, del amparo se enlaza una cadena de problemas que se sigue, asimismo, de otros elementos presentes en los propios diseños. Esta secuencia podría ser más o menos reconstruida de la siguiente forma:

A partir de la dificultad para delimitar los derechos –la faceta o el contenido– que pueden ser objeto de protección mediante el amparo, se genera la posibilidad de que se intente «constitucionalizar» lo «meramente legal», ya sea para conseguir una decisión más rápida que acudiendo a la vía ordinaria, como en el modelo latinoamericano, o para conseguir una revisión extraordinaria de una decisión ya tomada por la justicia ordinaria, como en el modelo europeo, desencadenando todo esto un volumen excesivo de demandas de amparo<sup>25</sup>.

Ante estos problemas de uso abusivo y volumen de causas, se genera como reacción la implementación de criterios restrictivos que operan a modo de cuestionables filtros para la admisión a trámite de demandas; lo que a su vez termina creando problemas constantes de casos de *infra* o *supra* inclusión. Como resultado, las funciones de protección urgente y de interpretación de los derechos, y las especificidades que implica cada una, terminan siendo confundidas y desvirtuadas –por los accionantes, por los

24. Los casos en los que se alega vulneración directa del derecho constitucional al trabajo frente a situaciones cotidianas de despido intempestivo, suelen esgrimirse como ejemplo de lo primero. Como ejemplo de lo segundo, suele esgrimirse el caso del despido laboral aparentemente procedente, pero que enmascara un acto de discriminación por razones directamente relacionadas con la condición de la persona despedida.

25. *Vid.*, los datos de los países expuestos en el cap. 2 de mi tesis doctoral, *ibidem*.

juzgadores y por el propio diseño—. Todo esto termina traducándose, por último, en confusiones, distorsiones y dificultades al momento de querer diferenciar entre las competencias de jueces de constitucionalidad y jueces de legalidad ordinaria en cuanto a la protección de derechos se refiere.

Parece ser que la cuestión de fondo pasa entonces por determinar suficientemente cuáles son los derechos en efecto «amparables» y bajo qué contextos, para luego discriminar si un caso concreto procede realmente. Soy consciente de que este planteamiento puede parecer una manifiesta obviedad, pero sucede que en la práctica la aplicación de todo esto no es ni tan clara ni tan sencilla, y de ahí que sea un problema transversal a los modelos. El análisis de las peticiones relacionadas sobre estos derechos muchas veces requiere de complejas justificaciones para decidir sobre su procedencia, en especial cuando de un primer análisis del caso no se infiere *prima facie* una vulneración «amparable» por esta vía, sino que esto solo *emerge* después de una compleja argumentación que lo haga notorio.

Si bien los diseños suelen establecer medidas correctivas ante el uso abusivo, en materia de amparo pocos son los casos claros en que se aplican. Y es que por lo común los diseños suelen dar un amplio espacio para maniobrar argumentativamente en el caso desde «algún» derecho constitucional, y por tanto intentar el amparo aunque luego este no prospere; lo que, por lo general, no suele ser visto como uso abusivo sino, más bien, como recursos técnicamente mal o insuficientemente fundados.

De todo lo repasado me parece que la cuestión acerca de distinguir entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria, y, a su vez, entre jueces de constitucionalidad y jueces de legalidad ordinaria, como criterio para establecer competencias y justificar determinados procesos a efectos de tutelar derechos constitucionales, se posiciona como una de las discusiones nucleares, determinantes, pues en gran medida la respuesta a esto delimitará las demás polémicas. En este tema confluyen, pues, discusiones concatenadas: si en los ordenamientos constitucionalizados todos los jueces cumplen tareas de constitucionalidad; si toda disputa jurídica debe ser resuelta directamente desde la Constitución; y si lo legal está ya diluido *en* o desplazado *por* lo constitucional, y el razonamiento jurídico *sub lege* pierde relevancia y se reemplaza por el razonamiento constitucional.

A continuación me limitaré a enunciar brevemente varios razonamientos generados desde el constitucionalismo jurídico —postpositivismo—, en los que considero posible encontrar argumentos para abordar varias de los temas transversales planteados.

(i) *Respecto al tipo de relación que existe entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria.* Uno de los efectos de la constitucionalización de los ordenamientos es la posibilidad

tanto de *sobreconstitucionalización*<sup>26</sup> como de *infraconstitucionalización*. Estos extremos no son deseables, el objetivo debe ser una *constitucionalización adecuada*.

Ahora, según Robert Alexy (2003), una constitucionalización adecuada «solo puede construirse por el camino pedregoso y arduo de la dogmática de los márgenes de acción» (p. 53). Para este autor alemán, el concepto de *margen de acción* está ligado a la idea de que la Constitución representa el *orden marco* dentro del cual los poderes pueden actuar. A su vez, el orden marco está conformado por lo constitucionalmente imposible, es decir, lo *prohibido*, y lo constitucionalmente necesario, es decir, lo *ordenado*; así, lo constitucionalmente posible, esto es, lo *discrecional*, es lo que se sitúa al interior de ese marco. Con base en esta idea de orden marco, los tipos de márgenes de acción pueden ser:

- A) *márgenes de acción de tipo estructural*, que se definen a partir de las calificaciones deónticas que establece la Constitución como marco; y estos, a su vez, pueden ser de tres tipos: para la *fijación de fines*, para la *fijación de medios*, y para la *ponderación*; y,
- B) *márgenes de acción de tipo epistémico*, que se origina a partir de *los límites de la capacidad para conocer* lo constitucionalmente ordenado, prohibido y permitido; así, estos márgenes epistémicos aparecen cuando es incierto el conocimiento de aquello en la Constitución<sup>27</sup>. A su vez, los márgenes de tipo *epistémicos* pueden ser de dos tipos: B.1) *cognitivo de tipo empírico*, que tratan solo de manera indirecta lo que la Constitución ordena, prohíbe o deja a la discrecionalidad, y se relacionan con «el problema general de la diferencia entre lo óntico y lo epistémico en el derecho constitucional», y, B.2) *cognitivo de tipo normativo*, que sí se relacionan directamente con el contenido material de la Constitución. Este último es, pues, el que interesaría aquí.

Siguiendo a Alexy, si se lo mira bien, en lo que se basarían los márgenes de acción cognitivos de tipo normativo de la jurisdicción ordinaria, es precisamente en que la jurisdicción ordinaria comparte con el Tribunal Constitucional el carácter de «jurisdiccional». Es por esto que Alexy insiste en que «en el ámbito en que se extienden los márgenes de acción cognitivos y solo en este ámbito, existe una verdadera relación de cooperación entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, puesto que en el margen de acción cognitivo de tipo normativo los tribunales ordinarios ejercen una función de jurisdicción constitucional material. En este sentido son pequeñas cortes constitucionales» (pp. 86, 87), pero aclarándose que el Tribunal Constitucional

26. Entendida como la idea de que la Constitución ya contiene ella misma todo el orden jurídico que fijaría toda la parte normativa de todas las decisiones judiciales ordinarias –el «huevo jurídico originario», en la conocida expresión de Forsthoﬀ–.

27. Alexy (2003) lo esquematiza así: «puede decirse que el margen de acción epistémico se origina a partir de los límites de la capacidad para conocer los límites de la Constitución» (p. 59).

«conserva su función de vigilancia en todo cuanto se refiera al problema de cuál es el alcance de este margen de acción. La cooperación permanece entonces no solo limitada, sino también jerárquicamente cubierta con una bóveda» (p. 87).

(ii) *Con relación a distinguir entre la forma constitucional y la forma legal a efectos interpretativos y aplicativos.* Recuérdese que la Constitución es también una norma jurídica, y en tal sentido le son también aplicables los criterios jurídicos de atribución de significados de los demás cuerpos jurídicos. Ahora bien, existen varios rasgos que efectivamente permiten hablar de una especificidad interpretativa de la Constitución con relación a la interpretación de la ley<sup>28</sup>, y distinguir entre la *forma constitucional* y la *forma legal*. Pero esto, véase bien, es con el propósito de interpretación y atribución de significado. Así, según Josep Aguiló (2012), uno de los rasgos de las normas constitucionales es el de la rigidez –la *propiedad de la rigidez*–, que se entiende con la dificultad para cambiar el texto constitucional; el otro rasgo es el de la sobre abundancia de conceptos valorativos y de principios en los textos constitucionales –la *propiedad de la apertura regulativa*–, lo que genera que la regulación constitucional, y por tanto, el nivel de deliberación valorativa que exige la aplicación de normas constitucionales, sea mucho más abierto que el de la aplicación de las leyes (pp. 240, 241).

La interpretación de la Constitución, de los derechos reconocidos en ella –comúnmente con forma de principios–, implica en general una tarea mucho más valorativa y demanda un mayor esfuerzo argumentativo, como contrapunto a la interpretación de las leyes cuya estructura por lo general es cerradas, precisamente pretendiendo excluir la deliberación del juez al momento de su aplicación.

(iii) *Las tareas aplicativos del Derecho entre jueces constitucionales y jueces ordinarios, a propósito de los casos fáciles/difíciles y la ponderación.* La importancia de los principios, de su abundancia en las constituciones del Estado constitucional y de su aplicación mediante ponderaciones, es un tema ya suficientemente conocido. La ponderación suele verse como la operación principal y característica del juez constitucional y solo de carácter excepcional para el juez ordinario, porque por su posición institucional este último estaría vinculado por las ponderaciones previas ya efectuadas por el legislador o por el propio Tribunal Constitucional<sup>29</sup>. Desde la perspectiva judicial, la *argumentación constitucional* sería entonces aquella dirigida a justificar procesos de interpretación, aplicación y desarrollo de la Constitución, basada en premisas que serían enunciados de principio y aplicables ponderativamente –lo que no excluiría la utilización (limitada) de esquemas de adecuación y/o clasificatorios– (Atienza, M., 2007: 141, 142).

Siendo así, la diferencia entre la argumentación llevada a cabo por los tribunales constitucionales y por los tribunales ordinarios, como comenta Manuel Atienza (2007),

28. Nótese que se refiere aquí a la interpretación de las normas de la Constitución, no de la interpretación constitucional de las leyes –de la interpretación «conforme» de la ley con la Constitución, etcétera–.

29. *Cfr.*, Aguiló Regla, J., Atienza, M., Ruiz Manero, J., 2007: 17

«no puede ser una diferencia cualitativa, dado que una de las características del constitucionalismo es que la Constitución permea todo el ordenamiento jurídico. Cualquier argumentación judicial de carácter justificativo se apoya en último término en premisas (normas y valores) constitucionales» (p. 168). Por tanto, si se tienen en cuenta los elementos formales y materiales de la argumentación, es posible percatarse de que no hay –no puede haber, enfatiza Atienza– mayores diferencias en cuanto a la forma de justificación de la decisión de un caso difícil por parte de los tribunales ordinarios o constitucionales. Los elementos distintivos tendrán que ver, más bien, con cuestiones de tipo institucional, de competencia –como para la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes–, y de autoridad –sobre la última palabra y su vinculatoriedad– (pp. 168, 169).

## 5. VARIAS REFLEXIONES EN TORNO A LOS PROBLEMAS

Establecidos esos planteamientos, parece que, en efecto, si se aclara la discusión sobre el propósito de la distinción entre constitucionalidad y legalidad ordinaria –en el contexto aquí abordado–, las bifurcaciones que suelen atribuirse a esa distinción a efectos del amparo se diluyen considerablemente.

Las propiedades de rigidez y de apertura regulativa de las normas constitucionales permiten en efecto distinguir la forma constitucional de la forma legal, y hablar así de «lo constitucional» y «lo legal», pero esto no en el sentido de dividir artificialmente los problemas jurídicos –como casos judiciales– en dos realidades distintas, en dos mundos diferentes. Esta distinción cumple la función de diferenciar entre tipos de enunciados jurídicos según sus propiedades estructurales y su jerarquía en el ordenamiento, y a partir de eso guiar la interpretación y uso de sus elementos valorativos, lógicos y sus consecuencias; es decir, *v.g.*, de cómo interpretar y aplicar lo regulado por la norma N a partir de establecer si se trata de una norma regulativa con forma de principio o de regla, y si se sitúa en la Constitución o está en una ley, un reglamento, etcétera, y de acuerdo a eso deducir técnicamente sus consecuencias jurídico-aplicativas. No obstante, esto por sí solo no dice nada sobre la necesidad de un modelo procesal específico.

Si se tiene en cuenta que en un ordenamiento constitucionalizado todo el material jurídico se encuentra permeado por la Constitución, y que las argumentaciones judiciales en último término se apoyan en normas constitucionales, entonces todos los jueces al ejercer sus funciones deben tener presente los contenidos constitucionales. Pero esto no significa que todo sea materia constitucional. Una cosa es que algo sea constitucional en cuanto estar *en*, o de pertenecer directamente *al* ámbito de la Constitución, y las consecuencias técnico-jurídicas que ello implica, y otra distinta es que, aunque no esté o no pertenezca a ese ámbito, sino al del marco de acción de las leyes emanadas del legislador, deba ser coherente y consistente con la Constitución.

Es por esto que ante un determinado caso, no será lo mismo *tener que* interpretar y aplicar directamente normas de la Constitución, a tener que aplicar las normas legales *conforme a* la Constitución. Dependiendo de los escenarios, en el caso de los jueces ordinarios se podrá tratar de problemas jurídicos cuyas soluciones estén debidamente reguladas en normas legales que resuelvan de manera satisfactoria el caso –esto es, protegiendo de forma suficiente los derechos involucrados–; otros en los que, vistos todos esos los elementos, se justificará tener que ir más allá de la regla *prima facie* aplicable al caso, y entrar a decidir con base en principios y ponderaciones, y en estos casos (difíciles) los jueces deberán argumentar solventemente esa necesidad de realizar nuevas ponderaciones y no acudir a las ya realizadas –*v.g.*, por el legislador o en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional–; es decir, justificando la necesidad de tener que escalar en la jerarquía de normas para decidir el caso desde la Constitución, siempre dentro de los límites que el ordenamiento le establezca. En cuanto al Tribunal Constitucional, por antonomasia su materia jurídica primaria son las normas constitucionales y serán estas las que interpretará y aplicará, lo que, claro está, no significa que para resolver debidamente los casos no pueda entrar a aplicar normas legales y realizar operaciones interpretativas del resto del ordenamiento jurídico.

En la tarea de protección y garantía de derechos, el énfasis está más en la noción argumentativa de problema que en la idea formal de sistema. El control de la constitucionalidad de los actos u omisiones –del poder público administrativo o judicial, o de personas de Derecho privado– debe ser entendido como una tarea compartida por todas las jurisdicciones pero dentro de los límites institucionales, de autoridad y de competencia, a los que cada juez está constreñido de acuerdo con su ubicación. De esta forma cada jurisdicción, cada juez, va configurando y justificando su margen de acción y de alcance en materia de protección de los derechos reconocidos en la Constitución. En los estados constitucionalizados la idea de la tutela de los derechos se ha expandido; se ha abierto al punto que todos los jueces son, en algún sentido, jueces de tutela de derechos. En este sentido, la distinción constitucionalidad/legalidad puede implicar una artificialidad que pretende separar innecesariamente una sola realidad práctica.

Es que debe tenerse claro que el Estado constitucional no implica simplemente agregar un escalón más al razonamiento jurídico en términos formales, como si se tratara solamente de trasladar la relación –propia del Estado legal– entre la Ley y el Reglamento, ahora a la relación entre Constitución y Ley. Si se tiene en cuenta el giro argumentativo en la teoría del Derecho<sup>30</sup>, y que el material jurídico pertinente y las propiedades relevantes para solucionar un caso pueden estar dispersas por todo el ordenamiento, bien como forma de principios o de reglas, y a su vez, «irradiados» por el marco de valores de la Constitución, entonces es posible afirmar que el proceso para la tutela del derecho «D» en el escenario o contexto «C», no debe responder solamente

30. Sobre el «giro argumentativo» en la teoría del Derecho en la «edad de los derechos», *vid.*, Atienza, M., 2017: 95 ss.

a la «ubicación» jerárquica de ese derecho en el ordenamiento, sino al resultado de un proceso argumentativo más o menos complejo de identificación del material relevante, de valoraciones, justificación de razones, etcétera, sobre cuál es y por qué la mejor norma y la mejor interpretación para resolver el caso del derecho «D» en «C». Lo contrario podría llevar a confundir los derechos con sus garantías.

La distinción entre constitucionalidad y legalidad ordinaria como criterio para establecer –y justificar– vías específicas de protección de derechos, no es, por tanto, una distinción necesaria de tipo teórico. Las razones para justificar la necesidad o no de un proceso autónomo específico –no ordinario– revestido de singulares características, y para la determinación de qué derechos serán los «amparables» mediante esa vía procesal, se revelan entonces como razones de carácter político, funcional, y condicionadas por factores contextuales como la realidad judicial, social, entre otras, de cada país que decide establecerlo. Recuérdese que incluso la implementación de los propios tribunales constitucionales constituye una elección de política judicial y de diseño institucional, que suelen responder a cuestiones prácticas e intereses contingentes. En este sentido, se debe tener presente también que desde una aproximación más sociológica interesa no solo que las instituciones jurídicas sean teóricamente coherentes, sino, además, materialmente eficaces, que ayuden a transformar la realidad.

Así, los distintos grados de constitucionalización y las necesidades prácticas explicarían, al menos en parte, el modelo latinoamericano. Este surge en contextos donde la implementación de los derechos se enfrenta a complejos desafíos de diversa índole –problemas políticos, económicos, de ineficacia de los diseños judiciales–, y donde el grado de inseguridad social y jurídica puede ser muy elevado. Ante eso, ese modelo ha tratado de responder implementando mecanismos jurídicos específicos que funcionen como garantías procesales para la protección directa y urgente de los derechos, intentando de esta forma ofrecer una oportunidad de defensa –se supone– más eficaz para estos derechos que la de los procesos ordinarios.

Sin embargo, uno de los aspectos a tener en cuenta aquí es que estos procesos especiales terminen desviando la atención de las verdaderas causas de los problemas: la falta de una seria y genuina reestructuración de la justicia ordinaria, de jueces comprometidos y capacitados acorde al ideal regulativo del Estado constitucional, y de la inoperancia de la clase política para atender los problemas de desigualdades sociales, entre muchos otros. El peligro está, en cierto modo, en acostumbrarse a judicializar (constitucionalizar) todo mediante acciones rápidas de derechos, pretendiendo que sea la justicia constitucional quien resuelva los problemas sociales de fondo, y esperando a que sean las sentencias las que creen e implementen las políticas públicas.

No solo se trata de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, sino también de una suerte de constitucionalización de toda la consciencia cívica y del compromiso ciudadano en general con los valores del Estado constitucional. Las causas, problemas y consecuencias que todo esto entraña requieren de un análisis de sociología jurídica de profundo interés. Es manifiesta la necesidad de abordar también desde una



dimensión empírica y sociológica a los mecanismos de protección de derechos, indagando sobre su real eficacia e impacto en las sociedades. No se trata únicamente del diseño y de cuántos amparos se interponen y cuántos se resuelven, sino del impacto material que las decisiones en estos casos generan. Esta es una tarea ardua y muy interesante para la sociología jurídica.

## 6. A MODO DE CONCLUSIÓN

¿Cómo queda el amparo como institución procesal?, ¿cómo entenderlo? Nuevamente, del Estado constitucional de Derecho no se sigue, como necesidad lógica, la implementación del amparo como institución jurídica. No obstante, por situaciones contextuales, por una necesidad de eficacia material de los derechos en determinadas realidades la implementación de esta institución podría estar justificada, al menos temporalmente, de acuerdo al grado de constitucionalización existente en cada ordenamiento. La decisión de implementar el amparo, con qué características procesales y competenciales, y con qué función y alcances, responde por tanto a razones políticas y de necesidades prácticas. En tal sentido, el amparo en efecto es una institución jurídicamente posible, y que de una u otra manera su existencia en varios países, a pesar de los problemas que haya podido presentar, ha contribuido a acelerar el proceso de constitucionalización y a la cultura de protección y ejercicio de los derechos –con grados y resultados con valoraciones distintas–.

Sin embargo, se plantea la necesidad de efectuar ajustes y simplificaciones a los modelos existentes para que esta institución resulte más coherente, consistente y eficiente con relación al modelo de Estado. Es deseable entonces ordenar los diversos componentes del amparo, ajustarlos al ideal regulativo del Estado contemporáneo y, en especial, efectuar una simplificación de procedimientos. Puede estipularse para ello una concepción general del amparo, bosquejar una tipología básica, y especular finalmente –como reflexión en el plano teórico– con un modelo «óptimo» para una funcionalidad futura.

Teniendo en cuenta la finalidad y el resultado material de los modelos europeo y latinoamericano, creo entonces plausible estipular algo similar a una *concepción general del amparo*: la idea sería la de una institución jurídica procesal que garantice que todos los actos de poder, tanto públicos como privados, incluyendo las decisiones judiciales, que vulneren arbitraria e injustificadamente derechos considerados por un ordenamiento jurídico como especialmente valiosos, puedan ser judicialmente controladas desde los procesos ordinarios, y las lesiones a los derechos reparadas de la forma más eficiente y eficaz posible, con la posibilidad de un control final de constitucionalidad efectuado por un órgano de jurisdicción constitucional que cierre el sistema y que, con facultades discrecionales, pueda generar interpretaciones con efectos generales en algún sentido vinculantes.

En esa idea general se recogen los dos tipos de amparo que todo diseño debería tener en cuenta, pues abordan distintos tipos de problemas presentes en el constitucionalismo. Recuérdese: *amparo de urgencia*, en cuanto procesos de protección inmediata, cautelar, de los contenidos mínimos y de vigencia de los derechos subjetivos, los que inicialmente podrían efectuarse mediante procedimientos específicos fuera de los ordinarios, pero que, a medida que se constitucionaliza el ordenamiento, estas funciones van siendo incorporadas adecuadamente dentro de los propios procesos ordinarios; y, *amparo de interpretación*, con relación a cuestiones sobre el alcance e interpretación del contenido de los derechos y sus condiciones de aplicación, siendo su énfasis la protección objetiva del Derecho; función reservada para los órganos jurisdiccionales con potestad de cierre del sistema y que decidan sobre la Constitución con efectos vinculantes.

Lo anterior no es más que la consolidación gradual de la constitucionalización del ordenamiento y de los procesos de garantía de derechos. Esto conduce a que la tarea de protección de todos los derechos subjetivos –obviamente también los constitucionales– quede en los jueces ordinarios, y que esto se «naturalice» sustantiva y adjetivamente dentro del Derecho ordinario, del método jurídico y del razonamiento judicial, lo que paulatinamente desplaza la necesidad práctica de procesos autónomos y específicos para esa función. Consecuentemente, una vez encargada satisfactoriamente la justicia ordinaria, los tribunales/cortes constitucionales como máximos y últimos «guardianes» de la Constitución, en materia de amparo se encargarán solo de la función objetiva e interpretativa de los derechos y de la Constitución, así como de la tarea de unificación de criterios y creación de precedentes. Y estas funciones, tal parece, deberán cumplirse de manera *discrecional*<sup>31</sup>, pues de lo contrario el volumen de recursos de amparo sobre los cuales estarían forzados a pronunciarse cronológicamente y que no presentan mayor relevancia objetiva, supondrían una saturación de tareas y consumo de tiempo que limitaría el eficaz cumplimiento de dichas funciones.

Ahora, de los modelos expuestos ciertamente el europeo es el que se aproxima mejor al ideal de la protección de los derechos por parte de *todos* los jueces y el que menos problemas conceptuales plantea con relación a tipos de derechos y cuestiones competenciales. Sin embargo, la limitación de este modelo es que todavía no ha incorporado como uno de sus elementos, en sentido estricto, la competencia *discrecional* plena para que el Tribunal Constitucional pueda seleccionar los casos.

31. En algún sentido similar, tal vez, a la función que cumple el *writ of certiorari* en la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de América. Sobre esta figura, *vid., in extenso*, Ahumada, M., 1994. Esto es lo que habría sugerido ya, en el caso de Alemania, la *Comisión Benda* en su informe de 1997, cuando recomendaba un modelo de *libre admisión*, con matices próximos a la objetivación del recurso. Esta comisión estuvo presidida por Ernst Benda, expresidente del Tribunal Constitucional Federal alemán, y fue instituida por el Ministerio de Justicia alemán a petición del propio Tribunal Constitucional Federal para analizar posibles soluciones a sus problemas de sobrecarga de trabajo. *Vid., in extenso*, López Pietsch, P., 1998.

En definitiva, un *modelo óptimo* es aquel que responde a la concepción general del amparo y la implementa de manera satisfactoria. Así pues, será aquel que se tome en serio el proceso de constitucionalización –jurídico y social–, y (i) coadyuve a institucionalizar y robustecer la defensa urgente y eficaz de los derechos constitucionales dentro de los propios procesos judiciales ordinarios, aunque para ello deba *transitar* primero por procesos extraordinarios específicos hasta estabilizarse, y, (ii) establezca la posibilidad de que un órgano de máxima jerarquía lleve a cabo, con competencias *discrecionales* y decisiones vinculantes, tareas de interpretación y sistematización de los derechos. Dicho sumariamente: el modelo óptimo sería un modelo cercano al europeo pero con competencia plenamente discrecional del Tribunal Constitucional para la selección de los casos<sup>32</sup>.

Finalmente, bajo esta concepción y modelo óptimo del amparo, las discusiones identificadas en los modelos existentes –tipos de derechos amparables, dicotomías sobre las funciones subsidiaria/principal, subjetiva/objetiva, urgencia/interpretación como criterios para determinar vías procesales–, se disuelven. Así también, y principalmente, se aclara y pacifica la cuestión sobre las tareas de los jueces ordinarios y los jueces constitucionales con relación al amparo; y, en igual sentido, la distinción constitucionalidad/legalidad como criterio clasificatorio para vías de amparo deja de tener relevancia, al entenderse el control de constitucionalidad de los actos de poder integrado de alguna manera a todos los procesos judiciales, quedando claro que la protección de los derechos fundamentales es responsabilidad, sin confusiones ni excusa alguna, de todos los jueces y todas las jurisdicciones.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ REGLA, J. (2007). «Positivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras», en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 30, 665-675. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.55>

---

32. Ilustraré esta afirmación: todos los diseños de los países latinoamericanos revisados basan su amparo en procesos judiciales extraordinarios específicos fuera de la justicia ordinaria, y al menos hasta ahora, la tendencia no es a unificar los procesos sino a profundizar la brecha entre estos; por tanto, no responderían al elemento (i) de lo que aquí he denominado «el modelo *óptimo*». En contraste, en el diseño de los países europeos revisados sí se verificaría en general el elemento (i). Por su parte, en cuanto al elemento (ii) del modelo *óptimo*, en los países europeos revisados este elemento no se verifica, pues sus tribunales constitucionales no tienen, en sentido estricto, una competencia discrecional para seleccionar los casos. En lo que respecta a los diseños latinoamericano y el elemento (ii), no hay uniformidad; así, *v.g.*, en el diseño colombiano y el ecuatoriano sí se reconoce una facultad discrecional de selección y revisión para la tutela y la acción de protección, respectivamente, pero en el diseño ecuatoriano esa facultad ya no es discrecional en el caso de la acción extraordinaria de protección –que puede interponerse, a su vez, contra una sentencia de una acción de protección–, acercándose en este punto al diseño europeo. De esta forma, actualmente ninguno de los diseños de los países abordados contiene conjuntamente los elementos (i) y (ii), y por tanto no son, en ese sentido –al menos todavía– un modelo *óptimo*.

- AGUILÓ REGLA, J. (2012). «Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta», en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 35, 235-258. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2012.35.11>
- AGUILÓ REGLA, J. (2019). «En defensa del Estado constitucional de Derecho», en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 42, 85-100. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2019.42.04>
- AGUILÓ REGLA, J. (2021). *En defensa del Estado constitucional de Derecho*. Lima: Palestra.
- AGUILÓ REGLA, J., ATIENZA, M., RUIZ MANERO, J. (2007). *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel.
- AHUMADA RUIZ, M. (1994). «El “certiorari”. El ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 41, mayo-agosto, 89-136. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/25177redc041089.pdf>.
- ALEXY, R. (2003). «Derecho Constitucional y Derecho Ordinario – Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinaria», en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Carlos Bernal Pulido (trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ATIENZA, M. (1997). «Estado de Derecho, argumentación e interpretación», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. XIV. Madrid: Ministerio de Justicia, BOE.
- ATIENZA, M. (2006). *Las razones del Derecho*. Lima: Palestra.
- ATIENZA, M. (2007). «Argumentación y Constitución», en *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel.
- ATIENZA, M. (2017). *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.
- BAGNI, S., NICOLINI, M. (2021). *Justicia constitucional comparada*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BAYÓN, J.C. (2013). «El constitucionalismo en la esfera pública global», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. XXIX. Madrid: Ministerio de Justicia, BOE.
- BÖCKENFÖRDE, E. (1993). *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Nomos Baden-Baden.
- CARRÍO, G.R. (1959). *Algunos aspectos del Recurso de Amparo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- CARRÍO, G.R. (1987). *Recurso de Amparo y técnica judicial (Análisis crítico del caso «Kot»)*, 2da ed. amp. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- CEVALLOS, D.J. (2019). «El Estado constitucional de derecho en América Latina y la Ley Fundamental de Bonn. Observaciones desde la teoría del derecho», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.
- CEVALLOS, D.J. (2021). «Control de Convencionalidad y Argumentación Jurídica», en *Impacto y desafíos a medio siglo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Alejandro Saiz-Arnaiz (dir.), Andrés Cervantes, Mario Matarrita, Sofía Reca (coords.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- CEVALLOS, D.J. *El constitucionalismo jurídico y la institución del amparo*. Tesis doctoral pendiente de lectura.
- DÍAZ, Elías (1963). «Teoría General del Estado de Derecho», en *Revista de Estudios Políticos*, No. 131, 21-48. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-estudios-politicos/numero-131-septiembreoctubre-1963/teoria-general-del-estado-de-derecho-1>
- DÍAZ, Elías (1998). *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 9na. ed. Madrid: Taurus.

- DÍAZ, Elías (2000). «Derechos humanos y estado de derecho», en *Diccionario Crítico de los Derechos Humanos*, Ramón Soriano, Carlos Alarcón, y Juan Mora (coords.). Universidad Internacional de Andalucía, sede Iberoamericana.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (2004). *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. México: UNAM.
- FERRAJOLI, L. (2006). «Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales», en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 29, 15-31. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2006.29.01>
- FERRAJOLI, L. (2011). *Principia Iuris*, tomo I, Teoría del derecho. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2018). *Constitucionalismo más allá del Estado*. Madrid: Trotta.
- FERRERES, V. (2007). *Justicia constitucional y democracia*, 2da. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GROPPI, T. (2006). «¿Hacia una justicia constitucional «dúctil»? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana», en *Derecho Constitucional para el Siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, tomo 2. Navarra: Thomson-Aranzadi.
- GUASTINI, R. (2001). *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Fontamara – UNAM.
- GUASTINI, R. (2016). *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- HÄBERLE, P. (2020). «Salutación», en *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del Constitucionalismo multinivel*. Libro homenaje a Jörg Luther; Peter Häberle, Francisco Balaguer, Ingo Sarlet, Carlos Strapazzon, y Augusto Aguilar (coords.). Navarra: Civitas-Thomson Reuters.
- HABERMAS, J. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- HERRERA, A. (2011). «El recurso de amparo en el modelo kelseniano de jurisdicción constitucional ¿un elemento atípico?», en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, No. 1, 1-28. [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/784\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/784_es.pdf)
- IBÁÑEZ, J. (2019). Artículo 25. Protección judicial», en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2da edición, Christian Steiner, Marie-Christine Fuchs (eds.), Patricia Uribe (coord.). Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.
- LAPORTA, F. (2007). *El imperio de la ley. Una versión actual*. Madrid: Trotta.
- LÓPEZ PIETSCH, P. (1998). «Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 53, mayo-agosto. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. <http://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/25403redc053113.pdf>
- LOZADA, A., RICAURTE, C. (2015). *Manual de Argumentación Constitucional. Propuesta de un Método*. Quito: Corte Constitucional de Ecuador.
- NINO, C. (2005). *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- ORUNESU, C. (2020). «Conventionality control and international judicial supremacy», en *Revus* [Online], n. 40, 45-62. DOI: <https://doi.org/10.4000/revus.5838>
- PÉREZ TREMPES, P. (2015). *El Recurso de Amparo*, 2da. ed. Valencia: Tirant lo blanch.
- ROMBOLI, R. (2021). *La justicia constitucional en Italia*. Valencia: Tirant lo blanch.





# Constitucionalismo y discrecionalidad judicial

## Constitutionalism and Judicial Discretion

Juan A. Cruz Parceró

### Autor:

Juan A. Cruz Parceró  
Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM,  
México  
[cruzparc@unam.mx](mailto:cruzparc@unam.mx)

**Recibido:** 10/06/2022

**Aceptado:** 10/09/2022

### Citar como:

Cruz Parceró, Juan A. (2023). Constitucionalismo y discrecionalidad judicial. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 151-160. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.08>

### Licencia:

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



© 2023 Juan A. Cruz Parceró

### Resumen

En este trabajo se argumenta en contra de una tesis de Fernando Atria que le atribuye al (neo)constitucionalismo ser un Derecho premoderno e incurrir en un ciclo de aplicación del Derecho que denomina «arbitrariedad hasta la perfección». Se presentan dos objeciones a esta tesis. La primera relacionada con la distinción gobierno de hombres y gobierno de leyes que, a decir de Aguiló, es una distinción que suele exagerarse; mientras que, para Atienza, la idea de gobierno de leyes presupone una racionalidad formalista, cuando podría ser compatible con una forma de racionalidad más abierta. La segunda objeción se basa en que también se presupone que los únicos fines que cuentan en el Derecho son los mismos fines del Derecho (certeza, previsibilidad) y no los fines de la política. Se abunda precisamente en mostrar cómo el Derecho moderno se ha transformado de modo que éste persigue y debe perseguir otros fines (protección de derechos humanos, redistribuciones, bienestar, desarrollo sostenible, entre otros). Finalmente, se trata de dejar apuntadas las ideas principales para sostener que el juzgador en el modelo constitucional o postpositivista no tiene la posibilidad de optar arbitrariamente por resolver ponderando o resolver aplicando reglas, como sugiere la tesis de la arbitrariedad hasta la perfección.

**Palabras clave:** Estado de Derecho, discrecionalidad, principio de proporcionalidad, ponderación, constitucionalismo, postpositivismo.

### Abstract

This paper argues against a thesis of Fernando Atria that considers (neo)constitutionalism to be a pre-modern law that participates in a cycle of application of law that he calls «arbitrariness to perfection». There are two objections to this thesis. The first is related to the distinction

between the government of men and the government of laws which, according to Aguiló, is a distinction that tends to be exaggerated; while, for Atienza, the idea of the government of laws presupposes a formalist rationality, when it could be compatible with a more open form of rationality. The second objection is based on the fact that it also presupposes that the only ends that count in law are the ends of law itself (certainty, predictability) and not the ends of politics. I show how modern law has been transformed in such a way that it pursues and must pursue other ends (protection of human rights, redistribution, welfare, sustainable development, among others). Finally, I sustain that the judge in the constitutional or post-positivist model does not have the possibility of arbitrarily choosing to resolve by pondering or to resolve by applying rules, as suggested by the thesis of arbitrariness to perfection.

**Keywords:** Rule of Law, discretion, weighing, principle of proportionality, constitutionalism, post-positivism.

## 1. EL PROBLEMA DEL CONSTITUCIONALISMO

En un excelente libro, *La forma del derecho*, su autor, Fernando Atria, lanzaba una crítica a diversas teorías del Derecho, al positivismo jurídico y al neo-constitucionalismo.<sup>1</sup> A este último lo identifica como una forma pre-moderna de Derecho donde la adjudicación (aplicación judicial) del Derecho desformalizada conlleva arbitrariedad, pero ahora conduce a un modelo de «arbitrariedad hasta la perfección», es decir, conduce a un ciclo de aplicación judicial donde la arbitrariedad se presenta como un remedio. En términos simples el ciclo sería el siguiente: el Derecho pre-moderno, caracterizado por la flexibilidad y la arbitrariedad, tuvo que ser limitado por reglas formales que generaban certeza y eliminaban la arbitrariedad, pero dado que esta aplicación formal llevaba a su vez a no ver que las reglas generales pueden tener excepciones justificables, el Derecho moderno termina generando inequidad e injusticia, entonces en el nuevo modelo neoconstitucional, que reacciona frente al positivismo, el juzgador puede apelar a la justicia y decidir conforme a criterios sustantivos (moral) o puede apelar a la certeza y decidir conforme a la forma. A esto llama Atria «arbitrariedad hasta la perfección» (Atria 2016: 68).

1. Aunque Atria no es suficientemente claro respecto de quiénes son los autores que formarían parte del «neo-constitucionalismo», expresamente cita a Zagrebelsky, Ferrajoli y Dworkin, pero ninguno de éstos se reconoce como tal. Ferrajoli, por ejemplo, se ha distanciado expresamente de Dworkin y autores como Alexy y Atienza. Como nos recuerda José Juan Moreso, el único que se adscribe como «neo-constitucionalista» es Alfonso J. García Figueroa (Moreso 2020:122). Manuel Atienza, por su parte, ha señalado que la categoría de «neo-constitucionalismo», a la que curiosamente casi nadie se auto adscribe (él menciona, además de García Figueroa, al colombiano Leonardo García Jaramillo y el español Santiago Sastre Ariza), funciona como un cajón de sastre para incluir autores como Alexy, Dworkin, Nino, Ferrajoli, el mismo Atienza, entre otros (Atienza 2017: 123 ss). Asumiré en este trabajo, con la finalidad de seguir el argumento de Atria, que se está dirigiendo a lo que Atienza y Ruiz Manero han llamado post-positivismo (Atienza-Ruiz Manero: 2009), o lo que podemos reconocer como el constitucionalismo contemporáneo. Una caracterización didáctica del postpositivismo se puede encontrar en Aguiló Regla (2008).



Su alegato en contra del (neo)constitucionalismo se sostiene en que se pone en riesgo la idea de autogobierno democrático, la idea de gobierno conforme a Derecho. Para Atria la idea sostenida por autores como Ferrajoli, Dworkin (podríamos añadir a Alexy y Atienza, entre muchos otros) es que ahora la constitución no vale porque haya sido dictada por un poder legislativo que representa al pueblo, sino que para estos autores las leyes valen por su coherencia con la constitución, y la constitución vale por lo que significa, por su mejor lectura moral como ha sostenido Dworkin.

En otras palabras –escribe Atria–, lo que vale en la constitución es el valor de la justicia que se le imputa: ella no es contingente, su contenido no depende de lo que haya dicho alguien. Si las palabras utilizadas indican que no hay ponderación que proceda respecto de un derecho y la justicia reclama ponderación, entonces la constitución correctamente entendida, exige ponderación. El texto constitucional no contiene normas que manden, prohíban o permitan, sino un intento, no necesariamente exitoso, de describir, por ejemplo, la idea de dignidad del ser humano y sus consecuencias, de modo que cuando las expresiones describan mal, no tendrán valor alguno: serán descripciones «falsas» (Atria 2016: 70).

La ironía –nos dice Atria– es que, frente a estas cuestiones, el positivismo (excluyente e incluyente) se encuentra extraviado, ignora enteramente el problema. El positivismo duro o excluyente porque cree que lo teóricamente relevante es la distinción entre hecho social y valor moral, que lo que les ocupa es la cuestión conceptual de qué es Derecho. El positivista incluyente considera que cuando se incorporan derechos fundamentales y valores morales a la constitución entramos en la esfera de la discreción judicial, y los positivistas no pueden controlar esa discreción, se queda sin argumentos contra el (neo)constitucionalista, porque el positivista acepta de antemano que el juez en tales casos tiene discreción, es decir, que puede hacer cualquier tipo de lectura, que la elección entre ellas es indiferente. La alternativa del positivista a la incertidumbre del (neo)constitucionalista no es la certeza del Derecho, sino la incertidumbre de la discreción o arbitrariedad judicial cuando el juez se enfrenta a las normas constitucionales. Frente a esto el (neo)constitucionalismo tiene la ventaja de tomarse en serio el problema de la aplicación y de la justificación. En suma, el problema del positivismo actual es que no está interesado en el Derecho realmente existente, sino en las características necesarias de un Derecho imaginario (Atria 2016:72-74).

Para Atria, el problema del Derecho pre-moderno, del (neo)constitucionalismo, radica en que nos orilla a aceptar que hemos recibido un mundo ordenado, armónico, y que cualquier desacuerdo puede solucionarse a través de una buena argumentación, por referencia a formas aceptadas y dominantes de razonamiento y autoridad moral, lo que lleva a aceptar que una élite profesional de jueces y abogados tienen una vía de acceso epistemológicamente privilegiado para dirimir los desacuerdos.

La descripción del problema que hace Atria me parece relevante, pone en cuestión tanto a (neo) constitucionalistas, como a los positivistas. No me ocuparé de algunos aspectos de su argumento; particularmente, como he indicado antes, no es nada claro lo que sea para él el «neoconstitucionalismo» y las tesis que se le puedan atribuir. Me

limitaré aquí a tomar la acusación de la «arbitrariedad a la perfección» y presentar un par de argumentos contra esta tesis para mostrar que el problema del constitucionalismo no es como lo percibe, sin dejar de advertir que el tema de la discrecionalidad aparece como un problema a atender y resolver.

## 2. LA DISTINCIÓN ENTRE GOBIERNO DE HOMBRES Y GOBIERNO DE LEYES

El argumento de Atria parece partir de que el sistema político premoderno, incluido el Derecho, se regía por la idea de un «gobierno de hombres», por tanto, era arbitrario e injusto. El remedio moderno fue un «gobierno de leyes». La idea del Estado de Derecho se asocia entonces a este modelo, con ello se evita la arbitrariedad y se genera igualdad y certeza, entre otras cosas.

Sobre este punto parto de una observación que Aguiló hacía sobre esta distinción, al advertirnos que la distinción entre ambos modelos suele exagerarse en algunas discusiones, pues un gobierno de leyes es siempre también un gobierno de hombres (excluyendo las formas de gobierno meramente tradicionales basadas en el carisma, como sostenía Weber). El gobierno de leyes puede interpretarse de dos formas: gobierno *per lege*, y gobierno *sub lege*. Atria, como muchos de los críticos del constitucionalismo, enfatiza la idea del gobierno *per lege*, especialmente el gobierno a través de *reglas*, y exige que la actuación del poder judicial sea *sub lege*. El constitucionalismo, nos dice Aguiló, pretende extender la idea de actuar *sub lege* a otros órganos de gobierno, sin que ello implique renunciar a la idea de que se gobierna *per lege*. Una concepción sensata de los principios, a los cuales se oponen los críticos del constitucionalismo por ver en ellos el germen de la discrecionalidad, es que la aplicación de principios conduce siempre a la formulación de una regla, y en este sentido el constitucionalismo no es incompatible con las exigencias del Estado de Derecho (Aguiló Regla 2007: 40-41). Quizá decir que la aplicación de un principio concluye siempre en la aplicación de una regla no sirva para atajar la crítica, pues se trata de una regla creada (o inferida) por el juez, no por el legislador, pero Aguiló tiene razón en que la distinción entre gobierno de leyes y gobierno de hombres suele exagerarse. Atienza advertía –a propósito de una discusión entre administrativistas en torno al control judicial de las decisiones del Ejecutivo–, que en el fondo de aquella discusión se encontraban dos concepciones del Derecho en pugna, una donde el modelo de racionalidad estaba limitado a la racionalidad formal y al decisionismo (el modelo de «racionalidad formal» de Weber), que radicalizado conducía a construcciones teóricas como la de Kelsen o la de Luhmann. El otro modelo sería precisamente el del postpositivismo de autores como Dworkin, Alexy y Nino, que adopta un modelo de racionalidad abierto a fines y valores sustantivos, sin abandonar los valores formales del Derecho (Atienza 2001:57-8). De forma que la distinción que pre-ocupa a Aguiló suele exagerarse precisamente cuando se asocia a un modelo formalista.

Esto entonces, para Aguiló, conduce a otro error. Este segundo error consiste en identificar los fines del Estado de Derecho con los fines de la política; dicho de otro modo, se comete el error de creer que los fines de la política no pueden ser regulados y dejarlos por ello completamente abiertos (Aguiló Regla 2007: 42). En seguida abundaremos sobre este punto.

### 3. LOS FINES SOCIALES EN EL DERECHO

La historia del Derecho ha tenido momentos especialmente importantes, Víctor Ferreres recordaba que el principio de proporcionalidad que solemos decir que se desarrolló en Alemania a partir de la Constitución de Bonn de 1949, en realidad tiene sus orígenes en el Derecho administrativo decimonónico, las cortes administrativas prusianas recurrieron constantemente al análisis de proporcionalidad para limitar los poderes de policía del Estado (Ferreres-Comella 2020: 163). Como recuerda también el historiador Samuel Moyn al hacer una historia de los derechos sociales, en el siglo XIX en Alemania principalmente, pero también en Francia e Italia, apareció una nueva forma de concebir el Derecho, un Derecho pensado un siglo atrás por los jacobinos en Francia, pero que ahora tendría oportunidad de surgir y cristalizar, ya no en una democracia, sino dentro de un modelo de gobierno autoritario. Nos referimos a la idea de un Derecho que pudiera servir a la justicia social, un Derecho ligado a un modelo de Estado que fue antecedente al Estado de bienestar (Moyn 2020: 35 ss). Este Derecho fue pensado como un instrumento de los gobiernos para alcanzar objetivos públicos, sociales, colectivos. Un nuevo tipo de normas, las famosas normas de fin, los principios y directrices, vendrían a darle una nueva estructura y nuevas funciones al Derecho (Medina Alcoz, 2016).

Se trató de una época que vino a revolucionar el Derecho y sus teorías, apareció por ejemplo la poderosa teoría de Ihering. Para Luis Medina Alcoz,

Antes de Ihering, el Derecho era un mecanismo liberal para armonizar voluntades individuales, que asegura que cada cual elija sus fines; después de él, un mecanismo social para conciliar los objetivos del individuo con los del grupo (Medina Alcoz, 2016: 72).

El enfoque finalista de Ihering supuso reconocer que el Estado y el Derecho tienen el poder de decidir los fines o intereses merecedores de protección y, con ello, el poder de dar, configurar y quitar derechos subjetivos (entonces derechos privados principalmente) según lo que entiendan que beneficia al interés general (Medina Alcoz, 2016: 74).

El problema fue que todos los cambios se insertaron en un modelo autoritario, donde incluso las ideas de los derechos entrarían en cierta crisis, pues los derechos naturales e individuales que provenían del iusnaturalismo de la Ilustración eran vistos como un obstáculo frente a estos nuevos cambios y las necesidades públicas. Por ello, la proporcionalidad que surgiría entonces no se centró del todo en los derechos, como ahora, sino en nuevas figuras jurídicas como los intereses o los intereses legítimos.

Y es por ello que la técnica de la proporcionalidad renacería de alguna forma después de la Segunda Guerra Mundial, dentro de un modelo de Estado de Bienestar que perseguía ambiciosos fines sociales y económicos. La diferencia más importante es que ahora se utiliza dentro de estados democráticos en Europa donde también se fortalecía ya una renovada idea de los derechos fundamentales, donde ya se habían incorporado los derechos sociales (salud, educación, trabajo, seguridad social, vivienda, etc.).

Como ha afirmado Isabel Lifante, este nuevo Derecho dejaba amplios márgenes de discrecionalidad a los funcionarios y jueces para elegir los medios que se pudieran considerar más adecuados para alcanzar una serie de fines, objetivos y derechos que estaban reconocidos en las Constituciones. La discrecionalidad fue un tema muy importante en la teoría del derecho, tanto para autores como Kelsen que la consideraban algo inherente al proceso de aplicación de normas, como para Hart que la consideraba como un costo de usar términos clasificatorios generales (lenguaje). La idea de discrecionalidad se asociaría más adelante, especialmente en la obra de Dworkin, con la idea de libertad y con la de responsabilidad (Lifante Vidal 2021: 74 ss).

Lifante nos recuerda un ejemplo de Kelsen de una norma sanitaria que establecía que, al estallar una epidemia, el órgano administrativo tenía que determinar las medidas a adoptar para evitar la expansión de la enfermedad. Si bien la indeterminación normativa que tanto preocupaba a los teóricos del Derecho genera discrecionalidad, en este caso el origen de la discrecionalidad es de otro tipo. En caso de ocurrir una epidemia, y sin lugar a dudas de que se trate de tal caso, se actualiza la norma sanitaria en que pensaba Kelsen, pero en estos casos donde la norma sin duda se debe aplicar lo que queda por determinar son las acciones para combatir la epidemia, para evitar su expansión, lo que se necesita para determinar y desarrollar el contenido de la norma no lo podríamos calificar como interpretación –nos dice Lifante–, la decisión está orientada hacia el futuro, hacia las consecuencias, lo que conlleva el poder de introducir nuevas evaluaciones de intereses (Lifante Vidal 2021: 85).

Este tipo de discrecionalidad fue resultado necesario de este proceso de transformación del Derecho, no se podía ser ya un exegeta ni un formalista, al menos no en amplios campos del Derecho. Pero tampoco en los ámbitos tradicionales como el Derecho civil o el penal, que también se vieron influenciados por esos cambios decimonónicos (el Derecho penal serviría a objetivos de una política criminal, y el Derecho civil y mercantil servirían igualmente para objetivos de carácter económico, social, etc.) (Medina Alcoz 2016: 78).

El positivismo jurídico que sirvió para acompañar estos cambios, especialmente como una doctrina que se opuso a los postulados del iusnaturalismo, jugaría un rol muy importante para comprender que el Derecho podía ser maleable por el legislador que buscaba proteger o priorizar algunos fines, pero no otros. Pero los amplios márgenes de discrecionalidad que generaba esta modelo de Derecho, donde no había lugar a reglas precisas que se pudieran aplicar silogísticamente o los espacios de defecto de regulación, se resolvían en el positivismo justificando una concepción fuerte de la discrecionalidad

por parte de funcionarios y jueces, lo cual resultaba coherente con un escepticismo moral más o menos dominante entre estos pensadores, pero también con el espíritu autoritario que prevalecía.

Por mucho tiempo se pensó que donde había poderes discrecionales había necesariamente arbitrariedad. Todavía hoy día, muchos piensan que la forma de evitar la arbitrariedad en las decisiones es regresar a un Derecho de reglas, limitar al máximo los poderes discrecionales de funcionarios y de jueces. Pero ello es simplemente un error, que puedan existir ámbitos donde efectivamente no se justifiquen tales poderes, no significa que no se requieran en otros. El Derecho que requerimos, el gobierno y las políticas que necesitamos exige hasta cierto grado poderes discrecionales, porque esperamos con ellos alcanzar fines y proteger valores y derechos para todos. Esperamos pues que el Derecho sea un instrumento para perseguir fines políticos. Y que sea un instrumento para proteger y garantizar derechos humanos. Desde mediados del siglo xx, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), hizo irrupción la idea de los derechos humanos como fenómeno global, y con ello lo que algunos han llamado la «cultura de la justificación». Los derechos constitucionales de los siglos xix y principios del xx, se fueron transformando, primero en derechos fundamentales teorizados por constitucionalistas y por filósofos del Derecho como Alexy o Dworkin, luego se introduciría la idea de derechos humanos en las constituciones, como ha ocurrido especialmente en América Latina, cambios que han exigido una nueva teoría constitucional de los derechos como he afirmado en otra parte.<sup>2</sup>

Y aquí llego a lo que creo es el segundo error en el argumento de Atria, que había anunciado en la sección previa retomando una idea de Aguiló. La idealización del Estado de Derecho, ligada, como sostuviera Atria, a la idea formalista de racionalidad, comete el error de tomar como relevantes exclusivamente los fines del Estado de Derecho (la previsibilidad y la certeza), e ignorar la posibilidad de regular los fines de la política (Aguiló Regla 2007: 42).

Es entonces en el contexto de un modelo de Estado y de Derecho que busca alcanzar una serie de valores, fines y proteger derechos, que el principio de proporcionalidad cobra nueva relevancia y adquiere nuevos marcos o contornos. La proporcionalidad tiene como objetivo determinar y en ocasiones delimitar el alcance de los derechos (fundamentales o humanos), ya sea en conflictos que surjan entre ellos o frente a políticas u objetivos sociales de todo tipo. La proporcionalidad no es tarea solamente de los jueces, es tarea del legislador también. En esto consiste la extensión del gobierno *sub lege* a que alude Aguiló, la labor del legislador ya no se ve como totalmente soberana, como una labor totalmente discrecional, pues en el Estado constitucional existen parámetros constitucionales a los que ellos mismos está sujetos.

---

2. Véase Cruz Parceró (2017).

#### 4. ¿ES POSIBLE EL CONTROL RACIONAL DE LA DISCRECIONALIDAD?

Hay que decir que hoy día el Derecho debe afrontar de forma más contundente una serie de retos de nuestro tiempo, que le exigen una función promocional más radical de la que hemos tenido en las últimas décadas. La humanidad se enfrenta a nuevos retos como el cambio climático, la migración, la delincuencia y el terrorismo internacional, la desigualdad económica galopante, cambios tecnológicos y de las comunicaciones, entre otros muchos retos. La reciente pandemia de Covid-19 es un buen ejemplo de este tipo de retos. El Derecho está llamado a fortalecer ese ideal de transformación social, de sustentabilidad, de garantía de derechos para todos, de igualdad. El reclamo de Atria hacia el positivismo jurídico es precisamente no entender lo que es el Derecho hoy día, y añadiría, entender el rol que necesitamos que juegue para afrontar el futuro inmediato. Sin embargo, él piensa que el constitucionalismo conduce a una idea pre-moderna del Derecho, que consagra la «arbitrariedad a la perfección».

Y las dudas entonces recaen sobre las técnicas de aplicación de reglas y principios basadas en el principio de proporcionalidad. Ciertamente el principio de proporcionalidad (o el método de proporcionalidad), no es la panacea o como sostiene Atienza no es una receta mágica, porque no se puede resolver todo con él, ni puede usarse de modo mecánico, para producir respuestas automáticas (Atienza 2017: 153). La proporcionalidad, con sus tres subcriterios (idoneidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto), depende de otras teorías sobre otras tantas cuestiones relacionadas: los valores, lo correcto, la justicia, los derechos... Estas teorías se han ido construyendo y afinando en las últimas décadas por filósofos, filósofos morales, filósofos del Derecho. Y depende también de la información empírica disponible. Como en muchos ámbitos de la racionalidad humana, en la ciencia, por ejemplo, no tenemos *la* teoría que explique todo, es factible que nunca la tengamos, pero vamos sobre la marcha, como en el famoso navío de Otto Neurath, navegando y al mismo tiempo reconstruyendo nuestro barco.

Manuel Atienza ha sostenido que las transformaciones del Estado contemporáneo, el paso de una vinculación positiva de la ley a una «vinculación estratégica», etc., suministra una explicación del impulso creciente de la discrecionalidad administrativa, pero eso no es ningún argumento a favor de la limitación del control judicial de esa actividad discrecional. Para llegar a esa última conclusión se necesitaría probar antes que ese control es imposible o bien que es indeseable (Atienza 2001:52). Sabemos que el control es posible puesto que las prácticas judiciales existen al respecto así lo muestran, la cuestión entonces es si esas prácticas pueden ser racionales, pues de no serlo, habría un buen punto para decir que son indeseables. Quizá todavía, aún cuando se pruebe que pueden ser racionales, se pueda tratar de argumentar en su contra, pero el argumento de Atria, me parece, se basa en presentar la idea de la arbitrariedad a la perfección, es decir, en tener la opción de ponderar con base en principios o bien la de aplicar las reglas. Esta forma de presentar la idea de la discrecionalidad de que se dispone en el (neo)constitucionalismo, me recuerda la idea kelseniana de la cláusula alternativa tácita

que tenían los jueces para aplicar el Derecho o no aplicarlo (pues al final la aplicación del derecho es siempre un acto de voluntad), idea muy bien analizada y criticada por Juan Ruiz Manero (1990).

Por ello, pienso que es un error pensar el modelo de decisión del constitucionalismo de esa forma. El hecho de que una decisión pueda basarse en la aplicación del principio de proporcionalidad no significa que también pueda basarse en la aplicación de una regla. La idea de justificación que suele compartirse en el constitucionalismo es una que apela a la motivación y fundamentación racional, no solamente a invocar un precepto o algunos hechos, sino a presentar argumentos donde cabe la objetividad, donde el discurso racional y los márgenes institucionales son objetivos. De forma que no es concebible que una decisión pueda «justificarse» de un modo u otro. Esto no implica tener que asumir una tesis de la única respuesta posible, como fuera formulada por Dworkin en algunos trabajos. Sí implica asumir que hay algunas respuestas correctas y otras incorrectas, que éstas deben buscarse (ideal regulativo).

Atienza presenta los temas cruciales sobre la ponderación con tres preguntas: ¿En qué consiste la ponderación?, ¿cuándo hay que ponderar?, y ¿es la ponderación un procedimiento racional? La tesis de Atria sugeriría que a la segunda respuesta de cuándo ponderar, se podría contestar diciendo que en cualquier momento, que siempre en el constitucionalismo se podría optar por ponderar en vez de aplicar una regla. Para Atienza –y asumo que para la mayoría de los constitucionalistas o postpositivistas–, claramente esa no sería la respuesta. Se pondera cuando se tienen que aplicar los principios y se apela a éstos cuando existen lagunas normativas o cuando hay lagunas axiológicas. La cuestión más compleja sería cuándo se puede justificar aludir a una laguna axiológica, pues de ser este un recurso retórico sin ningún tipo de control, Atria estaría en lo correcto con su tesis. Atienza piensa que hay algunas situaciones donde se puede justificar esto, utiliza la idea de desajuste que toma de Schauer: a) desajuste entre lo establecido en la regla y las razones subyacentes a la propia regla, b) entre las razones subyacentes de la regla y las razones (valores y principios) del orden jurídico en su conjunto, y c) entre las razones subyacentes a la regla y las razones (y eventualmente las del ordenamiento jurídico), y otras provenientes de un sistema moral o de algún principio moral no incorporado en el sistema jurídico. Atienza encuentra que en el primer caso es fácil ofrecer una justificación cuando la hay; en el tercer caso no habría una justificación jurídica dado que esta situación implica dejar de jugar el juego del Derecho; el caso problemático sería el segundo, pero dentro de ello puede aceptar que es posible ofrecer una justificación (Atienza 2017: 157).

No puedo abundar más por razones de espacio, habría que reforzar todavía este argumento, lo cual supondría entrar en otras cuestiones que forman parte de las tesis que sostienen los constitucionalistas o postpositivistas, entre ellas, la discusión sobre el objetivismo moral y sobre la justificación misma del control judicial en el Estado constitucional y democrático. Estas cuestiones exceden por ahora el propósito de este texto. Dejo entonces inacabado uno de los argumentos en contra de la tesis de Atria,

pero con suficientes elementos para poder apreciar que su objeción puede ser afrontada con éxito por parte del constitucionalismo, que su referencia a que este es un Derecho pre-moderno y conlleva la tesis de la arbitrariedad a la perfección, es una exageración y, por ende, es falsa.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, Josep (2007), «Cuatro pares de concepciones opuestas de la Constitución», en Josep Aguiló Regla, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Fragments para una teoría de la Constitución*, Iustel, Madrid.
- AGUILÓ REGLA, Josep (2008), *Sobre Derecho y argumentación*, Ed. Leonardo Muntaner, Mallorca.
- ATIENZA, Manuel (2001), *Cuestiones Judiciales*, Fontamara, México.
- ATIENZA, Manuel (2017), *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2009), *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá.
- ATRIA, Fernando (2016), *La forma del derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio (2017), *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales del estado de Querétaro, México.
- FERRERES-COMELLA, Víctor (2020), «Más allá del principio de proporcionalidad», *Revista Derecho del Estado*, No.46, Mayo-Agosto, Bogotá.
- LIFANTE VIDAL, Isabel (2021), *Contra la corrupción. Estado de Derecho y transparencia*, Palestra, Lima.
- MEDINA ALCOZ, Luis (2016), *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid.
- MORESO, José Juan (2020), *Lo Normativo: variedades y variaciones*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- MOYN, Samuel (2019), *No bastan. Los derechos humanos en un mundo desigual*, Tirant lo blanch, Valencia.
- RUIZ MANERO, Juan (1990), *Jurisdicción y Normas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.





# Manuel Atienza, el activismo judicial y el consejo de Circe

## Manuel Atienza, Judicial Activism and Circe's Advice

Leopoldo Gama<sup>1</sup>

**Autor:**

Leopoldo Gama  
pologama@gmail.com  
Universidad Autónoma de Tlaxcala, México  
<https://orcid.org/0000-0003-2121-705X>

**Recibido:** 10/06/2022

**Aceptado:** 10/09/2022

**Citar como:**

Gama, Leopoldo (2023). Manuel Atienza, el activismo judicial y el consejo de Circe. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 161-176. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.09>

**Licencia:**

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



© 2023 Leopoldo Gama

### Resumen

En este texto se aborda la caracterización del activismo judicial en la teoría de la argumentación jurídica de Manuel Atienza. En primer lugar, se enmarca el activismo judicial en la concepción postpositivista del Derecho desarrollada por Atienza y se vincula su postura teórica con el modelo de democracia constitucional. A continuación, se caracteriza al activismo judicial por oposición al formalismo y se le considera como dos extremos o desviaciones institucionales en la interpretación del Derecho que deben ser evitadas por la judicatura, como el Escila y Caribdis en el texto de Homero. Posteriormente, se señala que la virtud judicial, la actitud interpretativa ideal de los jueces en los casos difíciles, se encuentra a medio camino entre el formalismo y el activismo judicial. No obstante, en la resolución de casos difíciles es preferible en ocasiones optar por un formalismo, pero más bien de tipo reflexivo, que atienda a las razones subyacentes a las normas en lugar por salidas activistas. Esto equivale a escuchar el consejo de Circe que recomendaba acercarse a Escila (formalismo) y alejarse lo más posible de Caribdis (activismo).

**Palabras clave:** Activismo judicial; formalismo jurídico; argumentación jurídica; interpretación jurídica.

### Abstract

This text addresses the characterization of judicial activism in Manuel Atienza's theory of legal argumentation. In the first place, judicial activism is framed in the post-positivist conception of Law developed by Atienza and his

1. Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante y profesor del Núcleo Académico del Doctorado en Derecho y Argumentación Jurídica, Centro de Investigaciones Jurídico Políticas de la Universidad Autónoma de Tlaxcala.

theoretical position is linked to the model of constitutional democracy. Next, judicial activism is characterized by opposition to formalism, and both are considered as two extremes or institutional deviations in the interpretation of Law that must be avoided by the judiciary, such as Scylla and Charibdis in Homer's text. Subsequently, it is pointed out that judicial virtue, the ideal interpretive attitude of judges in difficult cases, is halfway between formalism and judicial activism. However, in the resolution of difficult cases it is sometimes preferable to opt for a formalism, but rather of a reflexive type, which attends to the underlying reasons of the norms instead of activist solutions. This is equivalent to listening to Cirse's advice, which recommended getting closer to Scylla (formalism) and getting as far away from Charybdis (activism) as possible.

**Keywords:** Judicial activism; legal formalism; legal argumentation; legal interpretation.

## 1. EL ENFOQUE POSTPOSITIVISTA Y ARGUMENTATIVO HACIA EL DERECHO DE MANUEL ATIENZA

**M**anuel Atienza ha insistido en una serie de textos<sup>2</sup> que el formalismo y el activismo judicial son los dos extremos, en el sentido de que se trata de desviaciones institucionales (según mi interpretación) que se deben evitar a toda costa por los jueces. De ahí que los asemeje a uno y a otro con Escila y a Caribdis de la Odisea, los dos monstruos marinos que amenazan con hundir el barco de Ulises o devorar a su tripulación, de acuerdo con la narración de Homero.

Considero relevante reflexionar sobre el activismo judicial, especialmente por la presencia que tiene este concepto para comprender las diversas actitudes prácticas que adoptan los jueces en los casos prácticos, fundamentalmente en la comunidad jurídica latinoamericana. En esos países se espera por lo regular que los jueces sean activistas. A esa expectativa se une también un persistente acercamiento de corte «neoconstitucionalista»<sup>3</sup> al Derecho caracterizado por una excesiva confianza en los tribunales para generar equilibrios sociales, sumada a una suspicacia en los cuerpos legislativos para el manejo de los derechos.

El activismo judicial ha sido uno de los temas que se han mantenido constantes en la amplia red de preocupaciones del filósofo del Derecho español en sus análisis sobre las decisiones judiciales. La postura de Atienza a este respecto se vincula con su concepción del Derecho y de la argumentación jurídica de las que intentaré dar cuenta muy someramente.

Respecto a las concepciones del Derecho en nuestro ámbito cultural, Atienza señala que se han elaborado tres enfoques usuales: uno estructural, típico del positivismo

2. Reconstruyo la caracterización que traza del activismo fundamentalmente a partir de dos textos: Atienza, Manuel, (2013a), *Curso de Argumentación Jurídica*, Trotta, Madrid, y Atienza, Manuel, (2020) «Siete tesis sobre el activismo judicial» en *Una apología del Derecho y otros ensayos*, Trotta, Madrid, 2020.

3. Una etiqueta que, como ha insistido el propio Atienza, conduce a la confusión pues no es descriptiva de los autores que pretende englobar.

jurídico normativista; un enfoque valorativo, característico del iusnaturalismo y un enfoque sociológico o funcional. A las anteriores perspectivas hacia el Derecho, Atienza añade una comprensión adicional que sobreviene por el carácter argumentativo del Derecho. El Derecho es una empresa colectiva, una técnica para solucionar problemas prácticos. El Derecho no puede observarse únicamente a través de los ojos del positivista, como un fenómeno ya dado. Tampoco consiste meramente en lenguaje, del legislador o de los juristas. Esa es la forma en la que habitualmente lo concibe el positivismo jurídico de inspiración iusanalítica. El Derecho es, además, una práctica con la que se trata de obtener ciertos fines y valores sociales dentro de los límites que marca el sistema de normas. Aquí es donde entra la perspectiva o enfoque argumentativo hacia el Derecho o, como dice Manuel Atienza, entender el Derecho como argumentación.

La concepción argumentativa del Derecho está ligada además con el modelo de estado constitucional, caracterizado por la necesidad de motivar las decisiones estatales, particularmente en el ámbito judicial. Los jueces deben exponer las razones que justifican sus decisiones, deben pues argumentar, afirma insistentemente Atienza. De tal suerte, la perspectiva argumentativa hacia el Derecho está vinculada con la función justificativa de las decisiones propia del estado constitucional de Derecho.

Los autores que se sitúan en un paradigma no-estrictamente-positivista (o «postpositivista», en términos del propio Atienza) como Ronald Dworkin, Carlos Nino o Robert Alexy, consideran que el razonamiento jurídico es de carácter justificativo, es decir, incluye necesariamente alguna premisa de carácter político-moral. En una concepción del Derecho, como por ejemplo la de Nino, esto significa que, en el razonamiento práctico en el ámbito del Derecho, apelar meramente a las normas jurídicas es insuficiente para justificar una acción o una decisión. En cambio, una decisión, como la judicial, estará justificada a la luz de un conjunto de principios morales de los que se derivan los derechos fundamentales. Ello significa que el conjunto de derechos que se derivan de los principios morales se encuentra en el nivel último de justificación de las decisiones jurídicas<sup>4</sup>.

Merece también señalarse que, en la obra de Atienza, la vinculación entre la teoría del Derecho, la filosofía moral y también política, se hace patente en el ámbito de la interpretación, propiamente de la interpretación constitucional y es explicada en sus palabras del siguiente modo: «la interpretación del Derecho, de la Constitución, exige una filosofía moral y política, la cual, en algún sentido, forma parte del Derecho»<sup>5</sup>. Y en sentido similar, más recientemente ha dicho que: «[u]na teoría de la interpretación constitucional requiere una filosofía moral y política para dar cuenta de la Constitución y el ordenamiento jurídico»<sup>6</sup>.

4. Véase Gama, Leopoldo, (2019), *Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional*. Madrid, Marcial Pons.

5. Atienza, 2013a, p. 86.

6. Atienza, (2013b), *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el derecho*, Madrid.

Este marco teórico es relevante pues el modo como propone Atienza –y muy acertadamente en mi opinión–, aproximarse al activismo judicial, no puede hacerse al margen de una teoría del Derecho, pero, sobre todo, dejando a un lado la filosofía moral y política. Sirva este marco general, expuesto a trazos muy gruesos, para contextualizar la idea de activismo judicial en la teoría del Derecho de Manuel Atienza.

## 2. EL ACTIVISMO JUDICIAL SEGÚN ATIENZA

Por lo general, el empleo del término ‘activismo judicial’ no es uniforme. La expresión se ha usado y se usa en términos muy disímiles. En los Estados Unidos de Norteamérica, por ejemplo, eran calificados de activistas los jueces que se opusieron a la legislación de corte socialista en tiempos del *New Deal*: se trató del caso *Lochner v. New York* (1905), en el que se declaró inconstitucional una ley del estado de Nueva York destinada a mejorar la situación laboral en las fábricas<sup>7</sup>. Asimismo, en el contexto europeo el uso del término suele ser en ocasiones negativo: calificar a un juez de activismo se suele hacer con una clara finalidad descalificatoria. Aunque también suele verse como algo deseable que los tribunales asuman un papel «represor y justiciero»<sup>8</sup>.

En cambio, el uso que se da a ese término en Latinoamérica y, sobre todo, por los propios jueces es radicalmente contrario, y más a raíz del influjo neoconstitucionalista y la consolidación del sistema interamericano de derechos humanos en la región. En esos países se espera que la judicatura adopte un rol activista en su función. Ahí donde imperan grandes niveles de desigualdad social y altos niveles de corrupción institucional y desconfianza hacia la clase política y los partidos, se exige de los jueces un papel protagónico en la defensa de los derechos y los remedios a las injusticias sociales. El fracaso de la política representativa pretende compensarse con un judicialismo protagónico. ¿Se trata de un mal remedio para un grave padecimiento?

Atienza señala en repetidas ocasiones que el juez de ideología tanto «progresista» como «conservadora» puede adoptar actitudes activistas: el activismo no distingue pues entre ideologías y es imposible distinguir el bueno del mal activismo judicial. Por eso me parece adecuada la estrategia de Atienza consistente en caracterizar al activismo judicial por oposición al formalismo: la actitud judicial que se encuentra en el extremo opuesto en la interpretación y aplicación del Derecho.

7. La Suprema Corte norteamericana sostuvo que las cláusulas del debido proceso contenidas en la quinta y decimocuarta enmiendas a la Constitución de ese país protegían la libertad contractual y la propiedad privada frente a toda intromisión estatal por interferir en estas, como lo fue la ley de Nueva York que pretendió limitar el trabajo a 10 horas diarias, seis días a la semana.

8. La frase es de Fernandes-Viagas, Plácido, (1998), «Activismo judicial, medios de comunicación y estado de derecho», *Revista de las Cortes Generales*, No 43, <https://doi.org/10.33426/rcg/1998/48/251>.

En 1993 Atienza oponía a «la más cruda de la ética del legalismo» la más «ingenua de las éticas del activismo»<sup>9</sup>. La ética del legalismo consistiría en considerar como justo todo aquello que prescriba el Derecho positivo, sin entrar en ningún tipo de evaluación: lo ético –lo justo– se confunde así con lo jurídico. Por el contrario, la ética del activismo es la que caracteriza al juez que toma sus decisiones considerando únicamente sus propias concepciones éticas o políticas, prescindiendo de la existencia de normas autoritativas. Desde este momento, Atienza empieza a destacar, como un rasgo característico del activismo, el desconocimiento de lo que más tarde en otros textos identificaría como razones autoritativas.

En sentido opuesto, una actuación judicial formalista sería entonces aquella que pretende encontrar soluciones a un caso sin tomar en consideración elementos como las consecuencias sociales de las decisiones o los valores morales de las normas. En *Curso de Argumentación Jurídica* define con gran precisión los dos opuestos judiciales en el siguiente sentido:

«El formalismo se manifiesta en la tendencia a no tomar en consideración las razones subyacentes a las normas. Y el activismo, en la propensión a subestimar el valor de los textos, del imperio de la ley y de la división de poderes, en cuanto elementos esenciales del Estado de Derecho y cuya razón de ser no es otra que proteger a los individuos frente a la arbitrariedad judicial»<sup>10</sup>.

Desde el punto de vista del razonamiento jurídico, el Derecho, para un formalista, se entiende a partir de sus fuentes autoritativas y sólo hasta ahí. Es por eso, que se siente vinculado únicamente por las normas tal y como se encuentran en los textos sin preguntarse por su trasfondo social o justificativo, es decir, por las razones en las que esas normas se fundamentan y por las problemáticas sociales que las enmarcan. La estrategia que el formalismo emplea para no toparse con las razones subyacentes a las normas es, como el propio Atienza señala, optar por interpretaciones literales y descontextualizadas de las mismas. El activista, por su parte, decide de acuerdo con su concepción de lo justo aun cuando ello implique transgredir los límites fijados de antemano por el Derecho.

El Derecho para el formalismo consiste entonces exclusivamente en reglas preexistentes (nunca en principios) que deben interpretarse literalmente. Para el activismo judicial, en cambio, el Derecho se reduce a principios y valores. Precisamente es la noción básica sobre el Derecho que tiene el neoconstitucionalismo, responsable de acuerdo con Atienza de fomentar (y estoy de acuerdo en ello), un irresponsable (ingenuo, añadiría) activismo judicial.

9. Atienza, Manuel, (1993), *Tras la Justicia*, Ariel, Barcelona, p. 240.

10. Atienza, Manuel, (2013a), pp. 154-55.

### 3. ENTRE CARIBDIS Y ESCILA

Tras este recorrido, puede decirse que la virtud judicial para Atienza se sitúa en una actitud que transita entre el formalismo y el activismo judicial. La propuesta de Atienza es no caer en los errores del neconstitucionalismo, con su reducción del Derecho a los principios y su promoción por un «irresponsable activismo judicial»<sup>11</sup>. Ello no impide negarle importancia a la búsqueda por hacer compatibles las técnicas del razonamiento jurídico con la justicia de los resultados. Desde esta perspectiva, la solución deseable será aquella que haga compatible la justicia del resultado con la justicia del procedimiento.

Para Atienza, al igual que, por ejemplo, para Chaim Perleman, el buen juez (ni formalista ni activista) se encuentra ligado al legislador (o bien al constituyente). Es un juez que no suprime la distinción entre lo justo de *lege lata* y lo justo de *lege ferenda*. Este modo de ver las cosas supone que el razonamiento jurídico no consiste en una simple deducción de reglas a casos concretos, pero tampoco consiste en la mera búsqueda de una solución equitativa o justa.

En resumen: un buen juez, no debe ser ni formalista ni activista. Por eso, me parece que no cabe afirmar simple y llanamente que el activismo «debe ser progresista» (¿cuál progresismo? ¿El progresismo de quién?)<sup>12</sup>. Si el activismo lesiona la dimensión autoritativa del Derecho, ya sea progresista o conservador, debe tenerse por una posición extrema: una anomalía institucional.

Llegado este punto puede decirse que, en realidad, la concepción de la argumentación jurídica de Atienza, así como de la función judicial, no se opone a una comprensión sistemática (formalista del Derecho) sino a la aplicación rígida o inflexible de las reglas. Este es un dato importante que merece subrayarse pues, a mi modo de ver, en ocasiones la única salida preferible ante un dilema judicial será optar por una decisión que llamaré, de *formalismo reflexivo*. Además, debe tenerse en cuenta que la argumentación jurídica en la concepción de Atienza es compatible con una comprensión valorativa del Derecho, sin que ello implique reducir el razonamiento jurídico a las razones sustantivas, a la aplicación laxa o dúctil de principios sustantivos. Es el «justo medio», si se quiere: entre el formalismo y el activismo judicial. Por esto, es que sostiene Atienza:

«[E]l razonamiento jurídico es tanto subsuntivo como ponderativo. Y que los jueces no pueden ser ni activistas ni formalistas, sino que deben esforzarse por encontrar (lo que casi siempre es posible, en el contexto de un Estado constitucional) una solución justa a los casos que se les plantea, pero sin sobrepasar los límites autoritativamente fijados»<sup>13</sup>.

11. Atienza, Manuel, (2013b), «Más allá del neoconstitucionalismo y del formalismo», en el *Diario El Universo de Guayaquil* (2-XI-2013); puede consultarse en el blog: lamiradadepeitho.blospot.com

12. García Jaramillo, Leonardo, (2016), *Neoconstitucionalismo, activismo judicial y dogmática de márgenes de acción*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, Querétaro, p. 96.

13. Atienza, M., (2019), «Mejor abandonemos el neoconstitucionalismo (con comillas o sin ellas)» *Revista i-Latina* 1 (2019): 1-8. DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.25, p. 8.

La ruta que señala Atienza para evitar caer en el formalismo o el activismo (acercarse que a Escila o a Caribdis) es el equilibrio. Los órganos judiciales deben preferir aquella interpretación que permita desarrollar al máximo los derechos fundamentales, pero sin que con ello se vea vulnerado el elemento autoritativo del Derecho<sup>14</sup>. Así pues, la justicia que tiene en sus manos el juez es una justicia limitada, una justicia condicionada a los límites impuestos por el Derecho<sup>15</sup>. De ahí que:

«La mejor interpretación (aquella, pues, por la que tendría que optar el intérprete) es la que (sin vulnerar el elemento autoritativo del Derecho: sin ir contra el Derecho establecido) nos permite desarrollar al máximo los derechos fundamentales» (en Justicia constitucional y escepticismo moral)<sup>16</sup>.

Y en sentido similar, y llevando el tema a las virtudes judiciales, afirma Atienza lo siguiente:

«El modelo de juez del Estado de Derecho no es simplemente el de alguien que posee la virtud del valor y del sentido de la justicia, sino el de quien une a ello la cualidad de la prudencia, de la modestia y de la autorrestricción»<sup>17</sup>.

Mientras que en *Curso de Argumentación Jurídica* sostiene:

«Seguramente la virtud más importante de un juez (y de la que ha de quedar algún reflejo en una sentencia) sea el equilibrio. Un equilibrio entre las dosis de imaginación que se necesitan para encontrar soluciones innovadoras que permitan hacer justicia y la exigencia de ser coherente –y leal– con el sistema bajo (no «sobre») el que opera... entre la modestia, la auto-restricción y la resistencia al activismo judicial, y el valor necesario en ocasiones para resistir todo tipo de presiones (provenientes del poder político, económico, de los medios de comunicación o de los propios jueces); entre las convicciones morales fuertes y la exigencia de no imponérselas a los demás, a no ser que lo que esté en juego sean los derechos fundamentales de los individuos»<sup>18</sup>.

Llegado este punto surge una interrogante: ¿hay alguna estrategia judicial que logre evitar los extremos representados por el formalismo y el activismo judicial?

14. Atienza, (2013b), p. 93.

15. Así pues, la función que cumple el juez no es similar a la de los abogados, por ejemplo, quienes pueden adoptar una actitud estratégica frente al Derecho. De ahí que tenga sentido, la práctica reciente denominada «litigio estratégico» que pretende llevar ante los tribunales casos que puedan impactar en el Derecho legislado. El juez, adopta en cambio un punto de vista interno, comprometido, no es su papel decidir los casos con una perspectiva estratégica (activista, reformadora o de *lege ferenda*).

16. Atienza, Manuel, (2018), *Filosofía del derecho y transformación social*, Trotta, Madrid, p. 93.

17. Atienza, Manuel, (2010), «El caso Gürtel y la objetividad del derecho», *El Notario del siglo XXI*, No. 31. Mayo-Junio, disponible en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-31?id=1207:el-caso-guertel-y-la-objetividad-del-derecho-0-7020989988950072>, última visita 3 de junio de 2022.

18. : Atienza, Manuel, (2013a), p. 154.

#### 4. UN FORMALISMO REFLEXIVO: ACERCARSE A ESCILA

Hay casos judiciales que le parecen a Atienza enteramente representativos del activismo judicial. Un ejemplo claro de ello es el auto de quien fuera magistrado de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón, en el que se declaró competente para instruir una serie de denuncias por más de cien mil desapariciones forzadas ocurridas bajo la sublevación militar durante los primeros años de la dictadura franquista. También le parece a Atienza un ejemplo de activismo judicial la sentencia del Tribunal Plurinacional de Bolivia (elegido por vía popular) que declaró la constitucionalidad de la reelección de Evo Morales.

Sin embargo, es distinta su posición en el llamado caso Gürtel, donde el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó un auto en el que anulaba, por considerarlas ilícitas, las intervenciones de las comunicaciones carcelarias entre tres imputados y sus abogados, instruida también por Baltasar Garzón. Aquí Atienza parece decantarse por la posición minoritaria y considera «manifiestamente errónea» la tesis del tribunal<sup>19</sup>. A su juicio, una vez teniendo en consideración todos los elementos relevantes del caso, la solución razonable es la defendida en el voto particular que lleva a considerar válidas las intervenciones y no, en cambio, a considerar que primaba el derecho a la confidencialidad de las comunicaciones entre imputados y letrados.

Al contrario de lo que piensa Atienza, a mí me parece que optar por validar las intervenciones equivale a justificar el activismo judicial y que, considerando todos los elementos del caso, sobre todo el tipo de delito en cuestión y el bien jurídico protegido (de gravedad mucho menor que el terrorismo, vale decir), no se justificaba la intervención de las comunicaciones. De tal suerte que, frente a la colisión de los dos principios en juego, es de mayor peso el de la protección del derecho a la defensa (que lleva a invalidar la intervención de las comunicaciones) frente al de hacer eficaz la persecución de los delitos.

Un caso hipotético de actuación judicial en la que, según mi lectura, Atienza coincidiría en descalificar como activista, sería la posibilidad de inaplicar normas de rango constitucional por un tribunal nacional. La hipótesis en todo caso no está tan alejada de la realidad, en México están pendiente de resolución ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación una serie de juicios que vendrían a plantear, como problema central, la posibilidad de considerar «inconveniente» una disposición de la Constitución nacional que avala la figura de la prisión preventiva oficiosa<sup>20</sup>. Lo anterior, ante la ausencia de una facultad expresa de la Corte mexicana para invalidar o inaplicar una disposición de la propia Constitución, por un lado y, por otro, ante una práctica judicial reiterada en donde la Corte ha rehusado a enjuiciar la validez de las reformas a la Constitución nacional.

19. Atienza, Manuel, (2010).

20. Se trata de la Acción de Inconstitucionalidad 130/2019 y 136/2019.



Me parece que si la Suprema Corte de México abriera la puerta a la revisión judicial de normas de rango constitucional sería un ejemplo claro de actuación activista, bajo las premisas de Atienza. Recojo, a propósito del caso comentado, un supuesto similar planteado por el propio Atienza en una intervención que tuvo, precisamente en México<sup>21</sup>. En esa ocasión señaló lo siguiente:

«si el control difuso de constitucionalidad reconocido a todos los jueces del país debe estar limitado por la sujeción de los mismos a los criterios jurisprudenciales establecidos por la Suprema Corte, o si, por el contrario, un juez puede inaplicar una norma, incluso de rango constitucional, por considerar que la misma va en contra de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de algún otro tratado suscrito por México, con independencia del criterio fijado por la Corte Suprema. Pues bien, yo creo que en este tema Mariano Otero se habría apartado claramente de las tesis que ahora se suelen calificar de «neoconstitucionalistas» (quienes defienden la segunda de las opciones) y que, en lo esencial, significa desconocer que el Derecho es una práctica autoritativa (aunque no sea sólo eso), de manera que la apertura del sistema jurídico hacia razones sustantivas (el principio «pro persona») tiene que tener un límite en una concepción bastante estricta del precedente (y los precedentes constituyen ejemplos de razones formales o autoritativas)».

El pasaje anterior, a mi modo de ver, revela la falta de justificación de una decisión judicial de la Corte mexicana que, eventualmente, llegase a inaplicar una norma de la propia Constitución federal, a falta de disposición expresa que le otorgue esa competencia y en contra de sus propios precedentes, en aras de favorecer el principio *pro-persona* consagrado en el artículo 1.º de la Constitución Mexicana. Esta postura no encaja exactamente en un formalismo a secas sino en un formalismo justificado o un formalismo reflexivo: aquel que es consciente de los valores subyacentes al Derecho, pero también de los límites en los que debe operar la jurisdicción.

Debe tomarse en consideración que la definición de activismo de Atienza, como él mismo apunta<sup>22</sup>, se asienta en dos presupuestos: a) que los jueces deben decidir las controversias conforme a parámetros preestablecidos; y b) que estos parámetros determinan, *en general*, una respuesta correcta para los casos. En todo caso y con independencia de mi discrepancia recién señalada, ¿qué hacer ante supuestos en donde no sea posible optar por la decisión más apegada a los derechos sin erosionar el elemento autoritativo? Es decir, situaciones donde existan genuinos desacuerdos con la solución correcta a un caso. En otras palabras, ¿qué debe hacer el juez ante un caso difícil en el que «hay dos respuestas igualmente bien fundamentadas, de manera que no cabría decir exactamente que una es la correcta y la otra no»<sup>23</sup>? ¿Qué recomienda Atienza cuando

21. En la mesa redonda «Otero universal» que formó parte del «Homenaje a Mariano Otero a 200 años de su nacimiento», organizado por la Suprema Corte de la Nación en la FIL de Guadalajara, el 26 de noviembre de 2017, Atienza, Manuel, «Sobre Mariano» Otero, disponible en <https://dfddip.ua.es/es/documentos/sobre-mariano-otero.pdf?noCache=1516703070411>

22. Atienza, Manuel, (2020).

23. Atienza, Manuel, (2010).

hay casos de empate en la ponderación o cuando no es posible establecer la certeza en las consideraciones empíricas en las que se asienta la determinación del peso de los principios en juego?

Recordemos que en el canto *XII* de la *Odisea*, Circe aconseja a Odiseo navegar más cerca de Escila y alejarse lo más posible de Caribdis: Escila devoraría a todos los tripulantes del barco, pero Caribdis lo devoraría por completo. De tal suerte que sería preferible perder a seis hombres que toda la nave. A mí me parece que hay situaciones, en ciertos ámbitos del Derecho, donde optar por una salida activista, mediante lecturas «principalistas» para la solución de casos equivalen a perder toda la nave. Ante esas situaciones es deseable tras previa reflexión, acercarse a Escila, al formalismo, a un formalismo reflexivo. Se trata de una solución que, me parece, es conciliable con la propia postura de Atienza ya señalada y con lo que Carlos Nino llegó a denominar tesis de lo «segundo mejor».

De acuerdo con Nino, el Derecho es una obra colectiva a cargo de los operadores jurídicos, fundamentalmente los jueces, cuyo producto final no está bajo su control. Tratándose de empresas de ese tipo, lo racional para la resolución de las controversias puede ser elegir no el principio sustantivo más defendible, sino otros con méritos menores<sup>24</sup>. Por esa razón, concluye Nino, que tratándose de obras colectivas como el Derecho rige un tipo de racionalidad muy específica que denomina «de lo segundo mejor», la cual en ocasiones nos lleva paulatinamente a un alejamiento de la decisión correcta a la luz de los principios sustantivos.

En palabras de Nino:

«[C]uando sólo podemos hacer un aporte a una obra colectiva cuyo producto final no controlamos [como el caso de la construcción de una catedral], lo racional puede ser elegir no el modelo o principio más defendible sino otros con méritos menores»<sup>25</sup>.

La idea es que en contextos como el Derecho de una sociedad compleja y plural no es posible (y es poco realista) razonar fuera de la práctica constitucional vigente, por lo que deberá intentarse, ante todo, justificar las decisiones bajo la premisa de que, si el orden jurídico vigente (la Constitución) es valioso pero mejorable y perfectible, es necesario preservarlo si es lo segundo mejor cercano a la Constitución ideal.

La postura de Nino tiene como punto de partida el carácter justificativo del razonamiento jurídico. Desde ese punto de partida el intérprete debe conducirse conforme a un razonamiento de dos niveles: en el primer nivel se debe valorar la legitimidad de la práctica constitucional a la luz de los ideales participativos y de los derechos fundamentales. Si de ese razonamiento se deriva que la Constitución es legítima por su coherencia con tales parámetros, entonces (segundo nivel), esta puede usarse como premisa para justificar una decisión, a pesar de que llegue a reconocerse que la práctica

24. Nino, C. S. (1980a): *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, p. 66 y Nino, C. S. (1987), *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 53.

25. Nino, 1980a, p. 66.

es relativamente defectuosa a la luz de la Constitución ideal (tesis de lo segundo mejor). Por el contrario, si se concluye que la práctica vigente está tan dañada que no es posible justificar legítimamente una decisión, es preferible optar por su refundación es decir instituir una nueva práctica constitucional. A partir de las afirmaciones anteriores, se deriva la obligación de los jueces de preservar, en la medida de lo posible, la práctica jurídica vigente.

Precosamente para Atienza, la tesis de lo segundo mejor de Nino:

«lleva a subrayar los ingredientes institucionales del Derecho, la necesidad de preservar el mantenimiento de esa institución (la práctica constitucional, de la que depende la práctica del Derecho en general), puesto que, de otra forma, no se podrían satisfacer ciertos valores morales»<sup>26</sup>.

La racionalidad de lo segundo mejor hace referencia a mi parecer a un tipo de justicia más respetuosa con el legislador democrático. No se trata de optar por un formalismo ciego a las razones subyacentes sino por un formalismo justificado. Si en un caso concreto se encuentran una multiplicidad de principios en juego, o bien, si ante su indentificación no es posible establecer cuál de ellos posee prevalencia sobre otro, un tribunal se encontrará frente a un ejercicio muy difícil de justificar y correrá el riesgo de reemplazar al legislador democrático. Me parece más preferible optar por esta salida que abrirse a un claro activismo judicial principialista en el cual la decisión se termine rigiendo por la interpretación de los principios que más se acerque a las preferencias del juzgador.

Debe tomarse en cuenta por otro lado, que el papel del control judicial de las leyes en una sociedad democrática es siempre complejo. A ello debe añadirse el riesgo siempre latente de que, mediante el ejercicio por ejemplo de herramientas como el test de proporcionalidad, los tribunales ejerzan un control intenso de los actos legislativos de tal suerte que no deja de estar presente la cuestión sobre la amplitud del espacio que debe tener la jurisdicción constitucional.

En estas situaciones, entra en juego el principio de la competencia del legislador democrático que le reconoce aptitud para determinar los alcances de los derechos en situaciones de incertidumbre. Se trata a mi modo de ver del tipo de actuación judicial que Juan Carlos Bayón identifica como del «juez deferente», es decir, el que no es un mero formalista y aplica mecánicamente reglas sin considerar sus razones subyacentes. Tampoco se trata de un juez principialista para el cual la ley no establece un parámetro para regir sus decisiones, las cuales «han de resultar directamente de la ponderación –*su* ponderación– de las razones en juego, sino que además no toma en serio que dichas razones hayan de ser *las del legislador*, las que este haya tenido en cuenta y con el peso que haya pretendido darles». Bayón (2017: 70)<sup>27</sup>.

26. Atienza, Manuel, (2013a), p. 357.

27. Bayón, Juan Carlos, (2017), «El imperio de la ley y la interpretación y aplicación del Derecho: dos visiones», Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial.

## 5. BREVES NOTAS SOBRE EL ACTIVISMO JUDICIAL EN MATERIA ELECTORAL EN MÉXICO

Es probable que no todos los subsistemas del Derecho requieran una salida como la recién propuesta, pero uno de los campos del Derecho donde creo que cabe una racionalidad de lo segundo mejor, tendente más al formalismo reflexivo del que se ha venido hablando, es el ámbito del Derecho electoral. El activismo judicial en esa rama daña a mi modo de ver el aspecto autoritativo del Derecho y, a fin de cuentas, el imperio de la ley.

El imperio de la ley es un rasgo característico de todo Estado de Derecho, que cobra especial relevancia en la regulación de la política. Para Elías Díaz, el Estado de Derecho «es el Estado sometido al Derecho, o mejor, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley. El Estado de Derecho consiste así fundamentalmente en el imperio de la ley»<sup>28</sup>. Para lograr ese fin, es necesario que las normas provengan de autoridades competentes, que sean resultado de un procedimiento institucionalizado previamente diseñado, que sean públicas, generales, no retroactivas y claras. Este ideal exige que las normas creadas por los poderes públicos sean previsibles para los ciudadanos. Si la libertad es posible bajo un régimen de reglas y la libertad mediante éstas es compatible con los planes de vida de cada persona, debe estar a su alcance la posibilidad de prever las consecuencias que surgirán a partir de sus acciones y las de otros agentes.

El imperio de la ley se erige pues como un instrumento necesario para proteger la autonomía personal, la idea del ser humano como agente capaz de diseñar su plan de vida y elegir los medios para llevarlo a cabo. Para que sea posible la coexistencia entre personas autónomas, cada una con sus propios planes de vida, es necesario establecer reglas e instituciones. Las personas poseen intereses y preferencias contrapuestas. La persecución de los planes de una puede entrar en conflicto con los de otras, presentándose contextos de interacción estratégica que excluyen la cooperación: pues un agente prefiere *A* mientras otro prefiere *B* (dilema del prisionero). Incluso, aunque los intereses y preferencias sean coincidentes, pueden generarse problemas de coordinación entre las personas para satisfacerlos.

Bajo estos contextos de incertidumbre, es una necesidad urgente contar con instituciones, reglas (legales y jurisprudenciales) y prácticas que hagan previsible el actuar de las personas bajo la expectativa de que se cumplirán sus consecuencias normativas. Únicamente las normas que poseen esos rasgos permiten la realización efectiva de los intereses y preocupaciones fundamentales de las personas.

El imperio de la ley se robustece además cuando las reglas poseen origen democrático. Las normas resultantes de un proceso democrático son fruto de deliberaciones, compromisos y consensos entre las fuerzas políticas que representan los principales desacuerdos existentes en la sociedad sobre la justicia, la política, la economía, la

28. Díaz, Elías, Estado de Derecho y sociedad democrática, Edicusa, Madrid, 1973, p. 13.

seguridad nacional, etc. Lleva algo de razón Jeremy Waldron<sup>29</sup> cuando afirma que la ley resultante del método de decisión mayoritaria, goza de un especial estatus por haber sido producida bajo lo que denomina las ‘circunstancias de la política’, esto es, bajo un escenario en el que se requieren acciones conjuntas a pesar de la existencia de fuertes y profundos desacuerdos sustantivos entre los individuos. Siguiendo esa línea de pensamiento, la ley democrática merece respeto: (a) por el logro que representa haber tomado una decisión bajo las circunstancias de la política; (b) porque el procedimiento mayoritario es respetuoso con las diversas opiniones que los ciudadanos poseen acerca de la justicia y el bien común dado que otorga igual peso a todos los puntos de vista de los participantes; (c) porque respeta a cada persona en el proceso a través del cual los ciudadanos acordamos que la decisión final sea considerada como nuestra decisión, a pesar de la presencia de desacuerdos<sup>30</sup>.

A mi modo de ver, en ciertos ámbitos de regulación de la conducta, como en el Derecho electoral, la mejor actitud judicial es evitar el activismo. Esto cobra especial importancia debido a la clase de conductas y sujetos regulados, así como a la posición estratégica que desempeñan los actores políticos en un juicio como litigantes. El Derecho electoral, además, atiende institucionalmente problemas de coordinación muy específicos y hace frente a contextos de interacción estratégica mediante procesos y normas. Los actores políticos requieren diseñar planes, trazar estrategias, lograr la cooperación entre sus miembros, generar pactos y consensos internos, todo con cierto tiempo de antelación. Sus intereses se contraponen a los de otros partidos y cada cual buscará maximizar sus ganancias y reducir sus pérdidas. En este sentido, las sentencias activistas que pretenden extraer reglas de actuación concretas a partir de una interpretación de principios abstractos haciendo caso omiso de disposiciones legislativas claras, resta normatividad al Derecho electoral.

Uno de los recientes ejemplos de activismo judicial electoral ejercido sin la menor cautela, de clara inspiración neoconstitucionalista o principialista, se puede hallar en algunos ejercicios del test de proporcionalidad en manos de algunas salas regionales del Tribunal Electoral de México. Por ejemplo, en la sentencia SCM-JDC-137/2019 donde una Sala determinó la falta de proporcionalidad de las disposiciones que establecían una temporalidad de seis años para registrar un partido político de nueva creación. Así, se invalidó el artículo de una Ley electoral local al considerar que la limitante temporal no cumple con el criterio de necesidad porque, para preservar el sistema de partidos políticos y el principio de certeza, existen medidas menos lesivas que no limitan en un

---

29. Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999a [hay trad., cast., de Martí, J.L. y Quiroga A, *Derecho y desacuerdos* (2005), Marcial Pons, Madrid], pp. 101 y ss. [123 y ss.]. Véase, además, Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999b.

30. Esto quiere decir que, para Waldron, las leyes que son el resultado de un procedimiento mayoritario representan –y tienen la pretensión de representar–, el punto de vista que obtuvo el mayor número de votos y no, el punto de vista correcto, como apunta Stone, A. (2002): «Disagreement and an Australian Bill of Rights: Review Essay: Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*», *Melbourne University Law Review*, 26p. 483.

periodo tan extenso a la ciudadanía para ejercer sus derechos político-electorales. La Sala resolvió el caso como si no existiera prácticamente una disposición legal.

Otra muestra de activismo judicial bajo el influjo neoconstitucionalista en la justicia electoral mexicana se presenta a mi juicio en una sentencia de la sala regional especializada del Tribunal Electoral SRE-PSC-34/2022 que impuso fijar, sin una determinación legal previamente existente y bajo un ánimo claramente perfeccionista, una especie de disculpa pública a los llamados *influencers* de redes sociales que divulgaron propaganda a favor de un partido político en período de veda.

La jurisdicción electoral en México ha presentado un terreno muy fructífero para los ejercicios de activismo judicial. Uno de los más significativos a mi parecer, fue el de la llamada ‘paridad horizontal’ en las presidencias municipales. El problema que presentó ese caso puede formularse así: ¿es inconstitucional una ley que no reconoce la ‘paridad horizontal’ en las candidaturas a las presidencias municipales de México? Al respecto la Suprema Corte de México en una acción de inconstitucionalidad<sup>31</sup> ya había resuelto que se encontraba bajo el ámbito de libre configuración del legislador local garantizar el respeto a la igualdad de género en la postulación de candidatos en tanto la naturaleza del órgano lo permitiese. En cambio, el Tribunal Electoral, y a pesar de aquella determinación confirmó unos lineamientos emitidos por una autoridad administrativa electoral local que, en ausencia de desarrollo legal en ese sentido, ordenaba a los partidos políticos registrar planillas atendiendo a la ‘paridad horizontal’.

## 6. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Los jueces latinoamericanos deben evitar a toda costa los riesgos del activismo judicial. Ello equivale a cerrar las puertas a la arbitrariedad. Siguiendo a Atienza, tienen el deber de evitar acercarse al formalismo y al activismo judicial: alejarse del formalismo, como una actitud ciega a los valores subyacentes a las disposiciones jurídicas. Apartarse también del activismo judicial, pues erosiona el estado de derecho y la división de poderes y los coloca por arriba del legislador democrático o, incluso, por encima del constituyente. Sin embargo, en ocasiones será difícil optar por uno de los dos extremos, en esas situaciones es preferible optar por un formalismo más equilibrado (lo segundo mejor). Es preferible acercarse a Escila, siguiendo el consejo de Cirse, que optar por el activismo judicial que equivale tanto como arriesgarse a perder el barco.

Atienza señala que «el sometimiento a la Constitución debe ir unido a la deferencia hacia el legislador como principio interpretativo fundamental. Si las cosas no fueran así, no habría Estado de Derecho, simplemente porque el imperio de la ley habría pasado a ser imperio o gobierno de los jueces»<sup>32</sup>.

31. Acción de inconstitucionalidad 36/2015 y sus acumulados

32. Atienza, Manuel, (2013a), p. 50.

Una de las propuestas actuales de teoría constitucional y constitucionalismo comparado que de manera inconsciente (o quizás, subrepticia) promueve un abierto activismo judicial es la de los *unconstitutional constitutional amendments*<sup>33</sup>. Esta corriente tiene como punto de partida la existencia reciente de una práctica en diversas cortes del mundo (principalmente en democracias no consolidadas) de invalidar enmiendas constitucionales por vicios de «inconstitucionalidad»: por violar principios básicos irreformables. La idea detrás de esta corriente es que el poder de reforma constitucional es la máxima expresión jurídica de la soberanía. No obstante este poder podría ser limitado e, incluso, anulado por los tribunales constitucionales al declarar que las enmiendas constitucionales, a pesar de estar debidamente promulgadas son «inconstitucionales» por violar principios constitucionales básicos explícitos o implícitos de carácter sustantivo. Las constituciones, en esencia, contienen un conjunto de «principios y reglas supremos» así como los arreglos y prácticas institucionales básicos del estado y expresan «los valores más duraderos» de la nación. El control judicial de las enmiendas constitucionales vendría a ser el remedio para limitar el poder de reforma constitucional.

A mi modo de ver, el argumento de fondo de esta propuesta peca de cierta circularidad: la Constitución (lo que según los tribunales ‘dice’ expresa o implícitamente) vendría a ser el parámetro para evaluar cuándo una enmienda a sí misma es como ella misma. La propuesta estaría abierta a que los tribunales, sobre la base de su interpretación de los principios, invaliden normas constitucionales bajo un marco en donde ya no hay límites claros de carácter jurídico sino sólo aquello que los jueces consideren para tales efectos: una corriente que opta porque los jueces se encuentren atados nada más y nada menos que al resultado de sus propias consideraciones interpretativas, lo cual equivale, en el fondo, a una propuesta que sugiere que el barco sea devorado por Caribdis.

¿Serían para Manuel Atienza las propuestas recién señaladas una clara invitación al activismo judicial? Y, a fin de cuentas ¿cómo distingue Atienza entre el activismo judicial justificado del injustificado? ¿Encontraría Manuel Atienza una diferencia desde el punto de vista del activismo judicial, por ejemplo, entre *Roe vs Wade* y la reciente sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos en *Dobbs vs Jackson* que invalida ese precedente, tras cas cincuenta años? ¿Cómo nos podría convencer Atienza de que la salida en *Roe* fue correcta mientras que en *Dobbs* fue una decisión incorrecta desde una postura que quiere alejarnos del formalismo y el activismo judicial? ¿Estaría de acuerdo Atienza en añadir una dimensión adicional en la caracterización del activismo judicial consistente en considerar las consecuencias contramayoritarias de la decisión judicial, en el sentido de que con su intervención, el juez termina frustrando la voluntad mayoritaria expresada en la regla que ha sido ignorada por la interpretación principialista? ¿En qué ocasiones Atienza nos sugeriría acercarnos a Escila? ¿Sería capaz Atienza de sugerirnos caer en manos de Caribdis u optaría por seguir el consejo de Circe?

33. Véase Roznai, Yaniv, *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of Amendment Powers*, Oxford University Press, 2017.

## BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, (1993), *Tras la Justicia*, Ariel, Barcelona,
- ATIENZA, Manuel, (2010), «El caso Gürtel y la objetividad del derecho», *El Notario del siglo XXI*, No. 31. Mayo-Junio, disponible en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-31?id=1207:el-caso-guertel-y-la-objetividad-del-derecho-0-7020989988950072>, última visita 3 de junio de 2022.
- ATIENZA, Manuel, (2013a), *Curso de Argumentación Jurídica*, Trotta, Madrid
- ATIENZA, Manuel, (2013b), «Más allá del neoconstitucionalismo y del formalismo», en el *Diario El Universo de Guayaquil (2-XI-2013)*; puede consultarse en el blog: [lamiradadepeitho.blogspot.com](http://lamiradadepeitho.blogspot.com)
- ATIENZA, Manuel, (2017), «Sobre Mariano Otero», *Homenaje a Mariano Otero a 200 años de su nacimiento*, FIL de Guadalajara.
- ATIENZA, Manuel, (2018), *Filosofía del derecho y transformación social*, Trotta, Madrid.
- ATIENZA, Manuel, (2019), «Mejor abandonemos el neoconstitucionalismo (con comillas o sin ellas)» *Revista i-Latina 1* (2019): 1-8. DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.25, p. 8.
- ATIENZA, Manuel, (2020), «Siete tesis sobre el activismo judicial» en *Una apología del Derecho y otros ensayos*, Trotta, Madrid.
- ATIENZA, Manuel, (2013b), *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el derecho*, Madrid
- BAYÓN, Juan Carlos, (2017), «El imperio de la ley y la interpretación y aplicación del Derecho: dos visiones», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, edición especial.
- DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Edicusa, Madrid
- FERNANDES-VIAGAS, Plácido, (1998), «Activismo judicial, medios de comunicación y estado de derecho», *Revista de las Cortes Generales*, No 43, <https://doi.org/10.33426/rcg/1998/48/251>.
- GAMA, Leopoldo, (2019), *Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional*. Madrid, Marcial Pons
- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, (2016), *Neoconstitucionalismo, activismo judicial y dogmática de márgenes de acción*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, Querétaro
- NINO, C. S. (1980a): *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea
- NINO, C. S. (1987), *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997
- ROZNAI, Yaniv, *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of Amendment Powers*, Oxford University Press, 2017
- STONE, A. (2002): «Disagreement and an Australian Bill of Rights: Review Essay:Waldron, Jeremy, Law and Disagreement», *Melbourne University Law Review*, 26
- WALDRON, Jeremy, (1999a) *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford,
- WALDRON, Jeremy, (1999b), *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, Cambridge





# Manuel Atienza y las bases para el estudio de la prueba desde un enfoque argumentativo del Derecho\*

## Manuel Atienza and the Grounds for an Argumentative Approach to Evidence

Raymundo Gama Leyva

### Autor:

Raymundo Gama Leyva  
ITAM, México  
raymundo.gama@itam.mx  
<https://orcid.org/0000-0002-2730-9222>

Recibido: 10/06/2022

Aceptado: 10/09/2022

### Citar como:

Gama Leyva, Raymundo (2023). Manuel Atienza y las bases para el estudio de la prueba desde un enfoque argumentativo del Derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 177-185. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.10>

### Licencia:

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



© 2023 Raymundo Gama Leyva

### Resumen

Tras hacer un repaso por la presencia del tema de la prueba en los trabajos académicos de Manuel Atienza, se presentan cinco ideas para abordar el estudio de la prueba desde un enfoque argumentativo del Derecho: 1. La prueba en el Derecho no se reduce a las reglas sobre la prueba. 2. El estudio de la prueba tiene un carácter multidisciplinar y representa un punto de encuentro en el que convergen distintas disciplinas. 3. El estudio de la prueba no puede prescindir de su dimensión jurídica e institucional. 4. La prueba en el Derecho tiene una dimensión valorativa. 5. El estudio de la prueba puede abordarse desde un enfoque argumentativo que integre diversas aproximaciones (conceptual, empírica, historiográfica y metodológica).

**Palabras clave:** Atienza, argumentación jurídica, prueba, hechos, razonamiento probatorio

### Abstract

Manuel Atienza has acknowledged the importance of reasoning about facts throughout his academic work. In this paper I present five ideas about the grounds of an argumentative approach to Evidence. 1. The subject of evidence is no co-extensive to the rules of evidence. 2. Evidence is a multidisciplinary discipline in which several disciplines find a common ground. 3. The study of evidence should account of its institutional dimension. 4.

\* El presente texto fue presentado en el congreso «30 años de argumentación jurídica en Alicante» en homenaje a Manuel Atienza el 11 de junio de 2022.

The subject of Evidence is connected with a series of legal, procedural and substantive values. 5. An argumentative approach to Evidence could integrate several approaches (analytical, empirical historiographic and methodological) in a coherent framework.

**Keywords:** Atienza, legal argumentation, evidence, facts, evidential Reasoning

Hace treinta años, cuando los estudios sobre la prueba se encontraban aún en una etapa de letargo, Manuel Atienza advertía la importancia de la argumentación sobre los hechos. Como plantea en las primeras páginas de *Las Razones del Derecho*: «la mayor parte de los problemas sobre los que tienen que conocer y decidir tanto los tribunales como los órganos no jurisdiccionales de la Administración son más bien problemas concernientes a los hechos», lo que a su juicio contrastaba con la falta de atención hacia este tema por parte de las teorías usuales de la argumentación jurídica (Atienza, 2005, p. 2).

El tema de los hechos aparece en otras partes de *Las Razones del Derecho*. Al explicar la diferencia entre razonamientos deductivos y no deductivos, Atienza recurre a dos ejemplos abducciones: el cuento de *La Carta Robada* de Edgar Allen y el caso de la Audiencia Provincial de Alicante. En el primero, Atienza reconstruye el razonamiento que llevó a Dupin a conjeturar el lugar en el que el ministro D había escondido la carta que sustrajo de las habitaciones reales. Dupin había llegado a la conclusión de que la carta estaba oculta en la casa del ministro y en un lugar que no estuviera al alcance de la búsqueda de los agentes y del prefecto. Su razonamiento habría sido el siguiente: «si la carta hubiese estado al alcance de la búsqueda, los agentes la habrían descubierto, y, como la carta tiene que encontrarse en el domicilio del ministro, ello quiere decir que la policía ha buscado mal», de donde infiere que el ministro «tuvo que dejar la carta en un lugar muy visible pero, precisamente por ello, inesperado» (Atienza, 2005, p. 8). Y efectivamente, después de ciertas observaciones, Dupin experimenta un golpe de genialidad que lo lleva a poner su vista en un tarjetero de cartón que colgaba de una cinta azul en el que efectivamente se encontraba la carta.

El caso de la Audiencia Provincial de Alicante se refiere a una acusación penal en contra de un hombre (A) y una mujer (B), por el delito de tráfico de drogas. La policía había efectuado un registro en un piso a las 6 de la mañana en el que encontró 122 gramos de heroína pura. Los policías encontraron la droga en una bolsa oculta en la almohada de una cama de matrimonio de una de las habitaciones en la que se encontraban también las dos personas. Uno de los problemas a dilucidar consistía en establecer si la mujer (B) tenía conocimiento de la existencia de la droga y había participado en la actividad de tráfico de drogas que se les imputaba a ambos.

La defensa planteó que B no estaba al tanto de la existencia de las drogas, señalando que si bien vivían en el mismo piso, únicamente tenían una relación de amistad y utilizaban habitaciones distintas. La sentencia, sin embargo, consideró probada la hipótesis de la fiscalía, según la cual B tenía conocimiento de su existencia y había participado

en la actividad de tráfico de drogas que se le imputaba a los dos. A partir de una serie de indicios (1.– El registro se efectuó a las 6 AM. 2.–A esa hora sólo estaba desecha una de las camas. 3.– En la habitación en que se encontró la droga estaban todos los objetos personales de los acusados. 4.– En una de las actuaciones el acusado A se refirió B como «mi mujer»), el tribunal habría llegado a la conclusión de que A y B mantenían relaciones íntimas, de donde infirió a su vez que B sabía de la existencia de la droga y que habría participado en la actividad tráfico de drogas.

Sin embargo, ¿el hecho de que los acusados mantuvieran probablemente una relación de pareja, permite inferir que B sabía de la existencia de la droga y a partir de ello inferir su responsabilidad en el delito de tráfico de drogas? Como señala Atienza, el argumento de la Audiencia Provincial de Alicante guarda semejanza con el cuento de Edgar Allan Poe: en los dos casos intervienen máximas de la experiencia. Sin embargo, el caso de la Audiencia Provincial plantea una peculiaridad del razonamiento probatorio en el derecho: su carácter reglado e institucionalizado. Además de las reglas de experiencia, en el Derecho intervienen reglas procesales como la presunción de inocencia. Por ello, señala Atienza: «un juez puede estar personalmente convencido de que también B conocía la existencia de la droga (al igual que Dupin lo estaba de dónde tenía que encontrarse la carta) y, sin embargo, no considerar esto como un *hecho probado*, pues el principio de presunción de inocencia requiere que la certeza sobre los hechos sea no sólo altamente probable, sino –podríamos decir– absoluta» (Atienza, 2005, p. 19). En otras palabras, una cosa es conjeturar, sobre la base de determinados indicios, la probabilidad de una hipótesis y otra es tomar una decisión en la que se determine que ciertos hechos resultan probados o no. Al establecer un elevado estándar de prueba, el proceso penal descartaría una hipótesis plausible o incluso meramente probable.

Más adelante, al analizar la teoría de la argumentación de Stephen Toulmin en el capítulo séptimo de *Las Razones del Derecho*, Manuel Atienza anticipa una idea que sería desarrollada con éxito un par de años después por Daniel González Lagier: la posibilidad de trasladar el esquema de Toulmin al razonamiento judicial en materia de hechos (Atienza, 2005, p. 95; González Lagier, 2022, 52). Toulmin habría encontrado en el Derecho un ámbito paradigmático del razonamiento práctico y de la argumentación. En el Derecho se presentan tesis en forma de pretensiones (o acusaciones). Para sustentar las pretensiones, las partes ofrecen razones. En caso de que estas últimas se controvertan, se requiere explicitar el enlace o garantía que autoriza el paso de las razones a la pretensión. Y en fin, si se cuestiona la validez, la relevancia o la fuerza de la garantía, se tendría que acudir al campo general de información o respaldo sirve de sustento a la garantía aducida.

González Lagier desarrolló con éxito esta idea al analizar la estructura de la inferencia probatoria a partir del esquema de Toulmin. En el razonamiento probatorio el hecho a probar sería el equivalente a la pretensión. Las razones empleadas para sustentar la pretensión estarían representadas por los hechos probatorios y el enlace que permite conectar el hecho probatorio con el hecho a probar sería el equivalente a la garantía. El

hecho probatorio puede ser, a su vez, el resultado de otra inferencia probatoria con lo que se podía distinguir la inferencia probatoria completa y cada uno de las inferencias probatorias que la componen. Finalmente, dependiendo de la naturaleza del enlace, la inferencia probatoria tendría un carácter epistémico (el enlace está formado por una máxima de experiencia), normativo (el enlace está formado por una regla que establece un resultado probatorio) o interpretativo (el enlace está formado por un enunciado que establece una definición (González Lagier, 2022, p. 52).

En el último capítulo de *Las Razones del Derecho*, Atienza retoma el tema de la importancia de los hechos y la necesidad de ocuparse de su estudio. A su juicio, una teoría de la argumentación jurídica «plenamente desarrollada» tendría que ocuparse de la argumentación de los hechos y de hacerlo *no sólo* desde la teoría del derecho sino *también* desde la teoría moral y desde la sociología del Derecho (con aportaciones de teorías sociológicas y de investigaciones de carácter empírico) (Atienza, 2005, p. 205). Atienza destacaba en ese momento el carácter abierto y multidisciplinar desde el que se podía abordar el estudio de la prueba en el Derecho.

El tema de los hechos ha estado presente en otros momentos del trabajo académico de Atienza. Su interés en las cuestiones metodológicas lo llevó a examinar el *chart method* de Wigmore durante su estancia en Cornell en 1989 y a apreciar la semejanza con el método que el propio Atienza había elaborado para analizar las argumentaciones jurídicas (Atienza, 1990 y Atienza, 2013). Con todo, hay un momento en particular que me parece relevante destacar: el intercambio con Perfecto Andrés Ibáñez a raíz de la publicación de un artículo de este último que fue central para la renovación de los estudios sobre la prueba: «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal» (Andrés, 1992).

Uno de los puntos criticados por Atienza se refiere a la configuración que hacen Perfecto Andrés Ibáñez y Luigi Ferrajoli de la presunción de inocencia y de otras garantías procesales como garantías epistemológicas. Frente a esta idea, Atienza venía a subrayar que la presunción de inocencia no responde a un interés de tipo epistemológico sino a un interés de tipo práctico y en última instancia valorativo.<sup>1</sup> En relación con este debate, mi impresión es que entre estos dos autores no habría un desacuerdo genuino, en la medida que la averiguación de la verdad, como cuestión metodológica que se desarrolla a través del proceso penal, y el respeto de las garantías son dos dimensiones conjugables y compatibles.<sup>2</sup>

Podría señalar más ejemplos para ilustrar la presencia del tema de los hechos en el trabajo académico de Manuel Atienza.<sup>3</sup> El hecho de que esta edición del Máster en

1. Véase adicionalmente la reciente entrevista de Manuel Atienza a Perfecto Andrés Ibáñez en donde retoman este punto. [https://youtu.be/oN2kDAs58\\_s](https://youtu.be/oN2kDAs58_s)

2. Sobre el desacuerdo aparente entre estos dos autores vid. Marína Gascón, 2010: 128 y González Lagier, 2014.

3. En mi paso por la Universidad de Alicante fueron especialmente formativos en los que se analizó *El caso Marey* de Juan Igartua (Igartua, 1999) y *La prueba de los hechos* de Michele Taruffo (Taruffo, 2002).

Argumentación Jurídica esté dedicada a la obra de Michele Taruffo y su presencia ininterrumpida en las ediciones anteriores son una prueba de ello. Con todo, los ejemplos anteriores me permiten poner de relieve un punto: en su propuesta para construir una visión argumentativa del Derecho, Manuel Atienza puso las bases para que varios de nosotros nos ocupáramos de la prueba de los hechos.<sup>4</sup>

Puesto que considero que esto es así, me parece que tendría sentido preguntarse cuáles serían las bases para abordar el estudio de la prueba desde un enfoque argumentativo como el que ha venido defendiendo Manuel Atienza. Lo que el lector encontrará a continuación son algunas ideas (algunos esbozos) que, me parece, habría que tener en cuenta.

## **1. EL ESTUDIO DE LA PRUEBA EN EL DERECHO NO SE REDUCE AL ESTUDIO DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA PRUEBA**

El estudio de las reglas jurídicas sobre la prueba es sin duda importante para comprender a cabalidad la prueba en el Derecho. Pero el estudio de la prueba no se agota ni resulta coextensivo con la regulación jurídica de la prueba. Esta idea ha sido advertida por distintos autores en diferentes momentos. John Henry Wigmore (Wigmore, 1913, p. 77) divide el estudio de la prueba en dos partes: la Prueba en sentido general (la parte referida «al estudio del proceso racional de persuasión contenciosa») y el derecho probatorio (las reglas sobre admisibilidad). A su juicio, los estudios de la prueba se habrían enfocado primordialmente de este último aspecto. De hecho, señala Wigmore, lo habría monopolizado, dejando el estudio de la parte general de la prueba al albur de su adquisición «azarosa y empírica» en el transcurso de la práctica.

William Twining señala que se quedó perplejo cuando Rupert Cross afirmó que estaba trabajando para el momento en que el derecho probatorio fuera abolido. ¿Qué habría que estudiar además de las reglas sobre la prueba? ¿Qué supondría repensar el estudio de la prueba desde un enfoque más amplio que no se redujera al estudio dogmático de las reglas sobre la prueba? (Twining, 2006: 1).

En la tradición continental, Michele Taruffo y Daniel González Lagier se han referido a este mismo fenómeno al aludir, respectivamente a la concepción cerrada sobre la prueba y a la falacia normativista (Taruffo 2002, p. 343 y González Lagier 2022, pp. 12 ss.). La dogmática procesal se habría ocupado de problemas relativos al ofrecimiento, admisibilidad, desahogo y práctica de las pruebas desde la óptica de las reglas jurídicas, desatendiendo otros enfoques y otros temas como la valoración de la prueba y el juicio sobre los hechos.

---

4. Además de las contribuciones de Daniel González Lagier, se encuentran varias tesis doctorales relacionadas con el tema de la prueba de los hechos. Gama, 2001; Ricaurte, 2019 y Aramburo, 2020.

## **2. EL ESTUDIO DE LA PRUEBA EN EL DERECHO SE ABRE HACIA OTRAS DISCIPLINAS EXTRA JURÍDICAS**

Una de las principales contribuciones de Taruffo fue advertir que «el tema de la prueba se presta, en menor medida que otros, a agotarse en la dimensión jurídica y tiende, en cambio, a proyectarse fuera de ella y a penetrar en otros campos» (Taruffo, 2002, p. 22). Taruffo advirtió con acierto que el estudio de la prueba desborda los confines jurídicos para adentrarse en otras disciplinas. Desde esta perspectiva, la prueba representa un punto de encuentro en el que convergen distintas disciplinas: la epistemología, la psicología, la estadística, la historia, la antropología, las ciencias forenses, la sociología y un largo etcétera. En los últimos años William Twining ha venido trabajando en la configuración de la Prueba como un ámbito de estudio multidisciplinar en el que el Derecho y otras disciplinas comparten un terreno común (Twining, 2006, p. 36 ss., Dawid, Twining y Vasilaki, 2011 y Twining, 2020, pp. 19 ss.). La riqueza del diálogo multidisciplinar sobre la prueba es recíproco: el estudio de la prueba en el Derecho puede enriquecerse con las contribuciones provenientes de otros ámbitos y disciplinas y a la inversa, el Derecho tiene mucho que aportar al estudio de la prueba en otras disciplinas.

## **3. EL ESTUDIO DE LA PRUEBA EN EL DERECHO NO PUEDE PRESCINDIR DE SU DIMENSIÓN JURÍDICA E INSTITUCIONAL**

Manuel Atienza ha planteado que la función del jurista (o al menos una de sus funciones) sería la de fungir como intermediario «entre los saberes y prácticas jurídicas, por un lado, y el resto de las prácticas y saberes sociales –incluida la filosofía–, por el otro» El jurista parte «de los materiales jurídicos, de los problemas que surgen de la práctica del Derecho, para remontarse luego a la filosofía [o a otro tipo de saberes sociales] –sacando provecho de alguna idea, esquema, método de análisis, etc. y regresar de nuevo al Derecho (Atienza 2015).

Pues bien, este sería a mi juicio uno de los recorridos que cobran más sentido en las investigaciones sobre la prueba en el Derecho: identificar un tema o un problema probatorio que tenga relevancia en el Derecho, acudir a otros saberes y prácticas para encontrar algún tipo de elemento que arroje luz o que permita enriquecer su comprensión y volver al Derecho para incorporar esos nuevos enfoques o perspectivas.

Esto supone que la apertura de la prueba hacia otras disciplinas no debería conducirnos a olvidarnos del Derecho y de su dimensión jurídica e institucional. En el ámbito del proceso, por ejemplo, la práctica de la prueba tiene lugar en un contexto institucionalizado en el que tienen aplicación una serie de principios que la dotan de especificidades, como el principio de aportación de parte, la configuración de etapas procesales, el principio de preclusión, la formalidad de los actos procesales de las partes

y del juez y de los actos de prueba relativos al ofrecimiento, admisión y desahogo de las pruebas. En algunas materias sustantivas dichos principios revisten algunas especificidades ulteriores. Tal es el caso de los procedimientos familiares, donde el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes y la configuración de la familia como una cuestión de orden público generan importantes repercusiones probatorias (Gama, 2023). Algo parecido ocurre en otras disciplinas. El estudio de la prueba en el Derecho podría desarrollarse para dar cuenta de las peculiaridades institucionales de la prueba en materias específicas del Derecho, así como de la prueba en distintos contextos (prueba en el Derecho penal, prueba en el derecho de daños, prueba en el arbitraje, prueba en los procedimientos de competencia económica, prueba de violaciones de derechos humanos, etc.).

#### **4. LA PRUEBA EN EL DERECHO TIENE UNA DIMENSIÓN VALORATIVA**

En el ámbito de la prueba ocurre un fenómeno peculiar que no suele advertirse o reconocerse en otras áreas del Derecho o del Derecho en general: su dimensión valorativa.

Una de las tesis asumida de manera prácticamente unánime es que la prueba tiene como objetivo averiguar la verdad de los hechos. A través de la pruebas ofrecidas por las partes se busca determinar la verdad de los hechos jurídicamente relevantes para la decisión. En una controversia familiar sobre paternidad, por ejemplo, la prueba biológica de ADN tiene como objetivo establecer la correspondencia genética entre el presunto padre con el hijo o hija. El establecimiento de la paternidad que realiza el juez a partir de los resultados de la prueba de ADN tiene como presupuesto que su decisión está basada en una determinación verdadera de los hechos. Esto es, que es cierto que A es hijo de B. Del mismo modo, algunos ordenamientos procesales establecen poderes probatorios a los órganos jurisdiccionales para averiguar la verdad de los hechos.<sup>5</sup>

Con todo, está ampliamente aceptado que la prueba no tiene como único objetivo la averiguación de la verdad. En la prueba en el derecho es posible advertir la búsqueda de valores y objetivos distintos a la averiguación de la verdad; tales valores y objetivos que en ocasiones pueden llegar a prevalecer sobre la averiguación de esta última. Los valores pueden estar relacionados, por ejemplo con el aseguramiento de principios procesales como la celeridad, la economía procesal, la concentración o la preclusión o con el aseguramiento de principios sustantivos como el respeto de los derechos fundamentales y la presunción de inocencia, el derecho a guardar silencio y la no autoincriminación o la exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas. Otros valores tienen un carácter sustantivo como el principio del interés superior de los niños niñas y adolescentes o la

---

5. A manera de ejemplo, el artículo 1045 del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México establece que en las audiencias del juicio oral: «El juez tendrá la más amplia facultad para hacer a los testigos, peritos y a las partes las preguntas que estime conducentes a la investigación de la verdad respecto a los puntos controvertidos».

protección de la familia. Del mismo modo, el estudio de las reglas sobre la prueba se entiende mejor cuando se tienen en cuenta los principios o valores que dichas reglas tratan de proteger y asegurar. Al igual que ocurre en otras partes o áreas jurídicas, la prueba en el Derecho tiene una clara dimensión valorativa de la que es preciso dar cuenta en nuestros estudios convencionales.

## 5. EL ESTUDIO DE LA PRUEBA PUEDE ABORDARSE DESDE UN ENFOQUE ARGUMENTATIVO QUE INTEGRE DIVERSAS APROXIMACIONES (CONCEPTUAL, EMPÍRICA, HISTORIOGRÁFICA Y METODOLÓGICA)

El estudio sobre la prueba puede enriquecerse a través de distintas aproximaciones y enfoques. Uno de ellos es el análisis y clarificación de conceptos probatorios. Una segunda aproximación consistiría en el estudio de la prueba desde un punto de vista historiográfico y de historia de las ideas (por ejemplo, para rastrear e identificar los antecedentes de la tradición cognoscitivista y racionalista en la cultura jurídica continental en los juristas ilustrados o el estudio histórico sobre la prueba realizado por la Société Jean Bodin). Una tercera aproximación estaría enfocada en análisis de carácter empírico de problemas y cuestiones probatorias (como los realizados por Mauricio Duce y Ricardo Manuel Lillo sobre controles de identidad realizados por Carabineros o el uso de la prueba pericial (Duce, 2022 y Duce, 2018). Y en fin una cuarta aproximación consistiría en el estudio y enseñanza de la prueba desde una perspectiva metodológica como la protagonizada por Wigmore (ss), Muñoz Sabaté (2017), Anderson, Twining y Schum (2006), Andrés Ibáñez (xx) y Andrew Palmer (2021). Todos estos enfoques podrían integrarse desde un enfoque argumentativo como el que ha venido construyendo Manuel Atienza.

## BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, M. (1990), «Para una teoría de la argumentación jurídica», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (8), 39-61. <https://doi.org/10.14198/DOXA1990.8.02>
- ANDRÉS, P. (1992), «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (12), 257-259. <https://doi.org/10.14198/DOXA1992.12.08>
- ANDRÉS, P. (2009), *Prueba y convicción en el proceso penal*, Hammurabi, Argentina.
- ANDERSON, T. TWINING WILLIAM y SCHUM D. (2005), *Analysis of evidence*, Cambridge University Pres.
- ARAMBURO, M. *Decisión judicial y prueba en la obra de Michele Taruffo*, tesis doctoral, Universidad de Alicante.
- ATIENZA, M. [1991](2005), *Las razones del Derecho*. UNAM, México.
- ATIENZA, M. (2013), *Curso de argumentación jurídica*. Trotta, Madrid.



- ATIENZA, M. (2022), *Entrevista a Perfecto Andrés Ibáñez*, Diálogos Iusfilosóficos, SILEX, [https://youtu.be/oN2kDAs58\\_s](https://youtu.be/oN2kDAs58_s)
- DAWID, A. Ph. Twining, W. y Vasilaki, M. (2011), *Evidence, inference, enquiry*, Oxford University Press.
- DUCE, M. «Una aproximación empírica al uso y prácticas de la prueba pericial en el proceso penal Chileno a la luz de su impacto en los errores del sistema». *Polít. crim.* (13) 25, pp. pp. 42-103.
- DUCE, M. y LILLO, R. M. (2020). Controles de identidad realizados por Carabineros: Una aproximación empírica y evaluativa sobre su uso en Chile: An empirical approach and assessment in Chile. *Revista De Estudios De La Justicia*, (33), 167-203. <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2020.57635>
- GAMA, R. (2001), *Las presunciones en el Derecho y la argumentación*, tesis doctoral. Universidad de Alicante
- GAMA, R. (2023), *Guía práctica para el análisis de pruebas en materia familiar*, Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.
- GASCÓN, M. *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid.
- GONZÁLEZ, D. (2022), *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, 2.ª ed. Vol 1. Palestra, Lima.
- IGARTUA, J. (1999), *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*, Trotta, Madrid.
- MUÑOZ E. (2017), *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades del proceso*, 4.ª ed. La Ley, Madrid.
- PALMER, A. (2021), *How to analyse evidence in preparation for trials*, Lawbook Co, Australia.
- RICOURTE, C. (2019), *Argumentación y teoría de la prueba en el mundo latino. Un punto de partida*, tesis doctoral, Universidad de Alicante.
- TARUFFO, M. (2002), *La prueba de los hechos*, trad. Jordi Ferrer, Trotta, Madrid.
- TWINING, W. (2020), «La prueba como un ámbito multidisciplinar: ¿De qué manera puede el derecho y su estudio contribuir a esta empresa?», en *El razonamiento probatorio en el proceso judicial, Un encuentro entre diferentes tradiciones*, Jordi Ferrer y Carmen Vázquez (eds.), Madrid, Marcial Pons.
- TWINING, W. (2006), *Rethinking Evidence*, Cambridge.
- WIGMORE, J. H (1913), «The problem of proof», *Illinois Law Review*, (8) 2, pp. 77-103.





# El barón y el tábano. Sobre los límites del argumento trascendental y el objetivismo moral

## The Baron and the Horsefly. On the Limits of Transcendental Argument and the Moral Objectivism

Daniel González Lagier

*Para Manuel Atienza,  
condición de posibilidad de tantas cosas.*

### Autor:

Daniel González Lagier  
Universidad de Alicante, España  
Daniel.Gonzalez@ua.es  
<https://orcid.org/0000-0003-0295-4206>

**Recibido:** 10/06/2022

**Aceptado:** 10/09/2022

### Citar como:

González Lagier, Daniel (2023). El barón y el tábano. Sobre los límites del argumento trascendental y el objetivismo moral. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 187-207. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.11>

### Financiación:

Este trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto «Argumentación, constitucionalismo jurídico y derechos», PID2021-125387NB-I00, 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 Daniel González Lagier

### Resumen

El texto trata, en primer lugar, de la estructura y los requisitos para la validez de los argumentos trascendentales, con especial atención a su fuerza frente a los diversos tipos de escepticismo. A continuación se ocupa de la transformación de estos argumentos en argumentos pragmáticos-transcendentales, propuesta por Apel para su intento de fundamentación de la ética. Por último, se analiza el argumento trascendental propuesto por Manuel Atienza para la justificación de la tesis de la objetividad de la moral.

**Palabras clave:** Manuel Atienza, argumentos trascendentales, escepticismo, objetivismo moral.

### Abstract

The text deals, first, with the structure and requirements for the validity of transcendental arguments, with special attention to their strength against the various types of skepticism. Next, it deals with the transformation of these arguments into pragmatic-transcendental arguments, proposed by Apel for his attempt at the foundation of ethics. Finally, the transcendental argument proposed by Manuel Atienza to justify the thesis of the objectivity of morality is analyzed.

**Keywords:** Manuel Atienza, Transcendental Arguments, Skepticism, Moral Objectivism.

## I

## SOBRE LOS ARGUMENTOS TRASCENDENTALES, EN GENERAL

1. «Pienso, luego existo». La aparente sencillez de la inferencia cartesiana esconde una profunda y fructífera estrategia argumentativa. Esta estrategia consiste en plantear una verdad que no puede ser puesta en duda, o que no es razonable negar, y mostrar que la verdad de esa proposición presupone necesariamente la verdad de otra; esto es, que sólo es posible si se acepta alguna otra, que es la que se quiere concluir. Si es verdad que pienso (cosa que no puedo sensatamente rechazar), entonces necesariamente debe ser verdad que hay un ser (yo) pensante, esto es, que existo. Y si es verdad que existo, debe haber un mundo donde existo; y si es verdad que subsisto en ese mundo, el conocimiento que tengo del mismo debe ser fiable, etc. Suele llamarse «argumento trascendental» (o prueba trascendental, deducción trascendental, etc; en adelante AT) a esta manera de argumentar.

2. Muchos filósofos –Aristóteles, Descartes, Kant, Wittgenstein, Strawson, Habermas, Alexy, ...– han propuesto argumentos de este tipo. Andrés Crelier nos proporciona los siguientes ejemplos (Crelier, 2010:66):

«Aristóteles: la validez del principio de no contradicción es condición del diálogo con el escéptico (basta con que el escéptico diga algo para concluir que este principio es válido).  
 Descartes: la existencia de quien piensa es condición para que éste piense (al afirmar que pienso –o que dudo, afirmo, etcétera– concluyo que existo (más allá del significado que esto último tenga)).

Kant: las formas de la sensibilidad y la serie de las categorías son las condiciones para que la experiencia sea posible.

Wittgenstein: la publicidad del lenguaje es condición para el uso de términos lingüísticos en general.

Heidegger: el «ser-en-el-mundo» es condición para el trato con entes dentro del mundo.

Davidson: la verdad global de las creencias que interpretamos es condición de que podamos entenderlas.

Apel: el reconocimiento de que se debe solucionar los conflictos prácticos argumentativamente y no por medio de la violencia es condición de la participación en la argumentación».

3. La estructura de estos argumentos es fácil de reconstruir. Una primera premisa establece una afirmación: que  $x$  es el caso; una segunda premisa señala una condición de posibilidad de  $x$  (esto es, una condición que es necesaria para que  $x$  sea posible), y la conclusión establece que esa condición es el caso (Cabrera, 1999:8):

$x$

$w$  es condición necesaria de  $x$  (es decir,  $-w \rightarrow -x$ )

-----

$w$

Se trata, por tanto, de un argumento deductivo, que se basa en el principio de no contradicción. Su prueba consiste en una reducción al absurdo: no es posible sostener a la vez  $x$  y  $\neg w$ , porque  $\neg w$  implica  $\neg x$ , con lo que se estaría sosteniendo simultáneamente  $x$  y  $\neg x$ , lo cual es absurdo. Pero no todos los argumentos con esta estructura serían considerados AT por los filósofos; lo que los distingue se aprecia más bien desde una perspectiva material (el contenido de sus premisas y conclusión) y pragmática (su finalidad)<sup>1</sup>.

4. Empecemos por esta última. Los AT parecen ser, de entrada, una buena herramienta contra el escéptico, hasta el punto que se ha dicho que su principal finalidad es establecer un asidero firme frente a la duda escéptica (Stroud, 2007:48; Crelier, 2010:64 y ss; Coll Mármol, 2006). Se ha propuesto, incluso, que esta finalidad se considere una de sus notas definitorias (Crelier, 2010:70). Con los AT se trata, como dice Bennett, de mostrar que «si el escéptico sabe lo que piensa que sabe, entonces también ha de saber algunas de las cosas que piensa que no sabe» (Bennett, 1999:202). Con frecuencia, lo que se pretende con el argumento es mostrar que la misma formulación del reto escéptico presupone lo que se quiere negar, porque ciertos principios o ciertos conceptos o asunciones básicas son un presupuesto de algún aspecto del pensamiento, de las experiencias (Kant) o de la argumentación (Apel). Esto es claro en el argumento de Aristóteles frente a los sofistas a propósito del principio de no contradicción: el sofista, al decir «Afirmo que el principio de no contradicción no tiene validez» presupone el principio de no contradicción, porque el mero acto de afirmar algo con sentido implica que se afirma ese algo y no lo contrario (Aristóteles, 1994:1006a).

El escepticismo contra el que se dirige la deducción trascendental puede tener diversos contenidos: la existencia del mundo, la posibilidad de conocerlo, la existencia de otras mentes, el libre albedrío, la existencia de verdades morales... Por ejemplo, recientemente Manuel Atienza ha defendido el principio de dignidad y el objetivismo moral frente el escepticismo ético de la siguiente manera: «El principio de dignidad humana (que incluye también el de igualdad y el de autonomía) no es algo sobre lo que podamos decidir, sino condición de posibilidad para que pueda haber una comunidad moral, para que tengan sentido muchas de las instituciones en las que participamos y que nos constituyen» (Atienza, 2022: 136). El argumento da por sentado que no puede negarse que exista una comunidad moral y señala que el principio de dignidad (cuya defensa a su vez presupone el objetivismo moral) es condición de posibilidad de esa comunidad, por lo que no puede ser negado.

5. Profundicemos más en los requisitos materiales de los AT. En primer lugar, la primera premisa debe consistir en una verdad «inapelable», bien (a) porque es empíricamente evidente, esto es, un hecho que cualquiera pueda constatar (por ejemplo, que tenemos

---

1. Sobre la distinción entre la perspectiva formal, material y pragmática de la argumentación véase, por ejemplo, Atienza, 1999.

experiencias, que razonamos, que tenemos creencias, que podemos distinguir unos objetos de otros, que tomamos decisiones, que actuamos, etc.); o bien (b) porque es una verdad necesaria (por ejemplo, una definición como «una sustancia compuesta es el agregado de dos o más sustancias simples»); o bien (c) porque es la conclusión correcta de otro argumento (por ejemplo, de otro argumento trascendental)<sup>2</sup>. Como acabamos de ver, muchas veces se toma como premisa algo que el propio escéptico ha afirmado. Esta premisa puede tener un alcance mayor o menor: no es lo mismo afirmar que podemos percibir los colores y preguntarse cuáles son las condiciones necesarias para ello, que afirmar que tenemos experiencias en general y preguntarse por las condiciones necesarias para tener cualquier clase de experiencia concebible (Schaper, 1999:52).

La segunda premisa expresa una «condición de posibilidad». Se afirma que  $w$  es condición necesaria de  $x$ , una condición sin la cual  $x$  es imposible. ¿De qué tipo de necesidad hablamos?

Una primera posibilidad es que se trate de una necesidad causal. En este caso se plantean varios problemas. Debe demostrarse no sólo que  $w$  es causa de  $x$ , sino que es la única causa posible. Esto parece una «prueba diabólica»: ¿Cómo es posible demostrar que una clase de eventos sólo puede tener una causa determinada, excluyendo toda otra posibilidad? La fundamentación de esta premisa, en este caso, será más bien una «inferencia a la mejor explicación» (la única causa conocida de la clase de eventos  $x$  es la clase de eventos  $w$ , por lo que la mejor explicación de que  $x$  haya tenido lugar es que  $w$  ha tenido lugar). No obstante, los argumentos trascendentales (por lo que veremos más adelante) no suelen ser la búsqueda de la causa de un evento.

Una segunda alternativa es que se trate de una necesidad lógica, analítica o conceptual; el argumento trascendental, en este supuesto, consiste en sacar a la luz algo que está conceptualmente presupuesto en lo que el escéptico acepta. Esto no significa necesariamente que sea una relación trivial, una tautología evidente (en cuyo caso habría sido advertida sin más por el escéptico), sino que existe una relación que se puede ver tras un esmerado análisis de dilucidación conceptual. Ahora bien, si la relación de necesidad a la que hace referencia un AT es de carácter conceptual o analítico, entonces estos argumentos no hacen referencia a cómo es la realidad, sino simplemente a características de nuestro lenguaje, de nuestro entramado de conceptos. Esto limita su fuerza frente al escéptico.

¿Hay alguna otra posibilidad? Si se analizan los ejemplos de AT usados por los filósofos, parece que muchas veces se postula un tipo de necesidad que no es ni causal ni lógica. Se le podría llamar una «necesidad metafísica». La necesidad metafísica es la que depende de la esencia de las cosas, de cómo son, de hecho (aunque podrían haber sido de otra forma en otro mundo posible). Por ejemplo, cuando Merleau-Ponty afirma que la estructura de nuestras percepciones prueba que somos «seres encarnados», o cuando Wittgenstein afirma que es imposible un lenguaje privado, no parece que se

2. Charles Taylor ha propuesto ver los AT como «cadenas de indispensabilidad» (Taylor, 1997:52).

esté aludiendo ni a una necesidad (o imposibilidad) causal ni lógica. Los AT que se esgrimen contra el escéptico suelen asumir este tipo de conexión<sup>3</sup>.

Finalmente, fijémonos en la conclusión del argumento. En ocasiones se ha distinguido entre cuestiones «internas» y «externas»: las primeras son cuestiones genuinamente teóricas que se plantean y responden desde dentro de un marco de conceptos y creencias con procedimientos empíricos; las segundas son cuestiones metafísicas acerca del propio marco, que se plantean desde fuera (Carnap, 1956). «Preguntar si hay objetos a más de diez mil millones de millas de la Tierra es preguntar una pregunta interna para la cual hay una respuesta objetivamente correcta (...) Pero preguntar simplemente si hay objetos en absoluto es preguntar una pregunta externa» (Stroud, 2007:49). Pues bien, la conclusión de un AT (de los AT que más han interesado a los filósofos, al menos) cae dentro de este último tipo de cuestiones: es una cuestión que no puede ser resuelta por medio de procedimientos empíricos ordinarios y que trata de justificar afirmaciones sobre el «marco» o el esquema conceptual que asumimos.

Por último, un examen de los AT filosóficos nos muestra que algunas veces la conclusión, *w*, se afirma como condición de existencia y otras veces como condición de sentido de *x*. Esto es, la idea de «condición de posibilidad» se bifurca en dos: condición de existencia y condición de inteligibilidad. En el primer supuesto se trata de mostrar que debe aceptarse *w* porque de lo contrario *x* no podría ser el caso; en el segundo se trata de mostrar que debe aceptarse *w* porque de lo contrario *x* no tendría sentido (Cabrera, 1999:27). En este supuesto, *x* debe ser un «portador de significado», es decir, algo (una práctica, un texto, una obra de arte...) susceptible de interpretación.

6. ¿Son realmente los AT un buen instrumento contra el escéptico? Esta cuestión ha constituido el principal punto de discusión sobre los AT en la filosofía analítica del siglo pasado, al menos desde las críticas de Barry Stroud en su artículo «Argumentos trascendentales», publicado originalmente en 1968 (Stroud, 2007). Alteraré un tanto la presentación que él hace de su crítica, simplificándola, pero manteniendo el fondo de la misma.

Comencemos planteándonos cómo satisfacer los requisitos materiales de los AT. Para que un AT sea sólido, sus premisas deben estar justificadas. La primera premisa, como hemos visto, debe ser una verdad que no pueda negarse, una evidencia, incluso para el escéptico. Pero el escéptico es un ser insidioso, que siempre parece encontrar una razón para dudar de cualquier afirmación. En los casos más extremos puede afirmar que ciertamente él *acepta* la premisa de la que parte el argumento (por ejemplo, que todos tenemos experiencias sensibles), pero al mismo tiempo matizar que eso no quiere decir que *crea*<sup>4</sup> que es verdad lo que esa premisa afirma (o que *sepa*, esto es, que crea justificadamente lo que la premisa afirma), por ejemplo porque esa afirmación

3. Para una explicación de este tipo de necesidad puede verse Chilovi 2022:85 y ss.

4. Sobre la distinción entre aceptar y creer, véase más adelante.

presupone un marco, un esquema conceptual, una cierta forma de comprendernos a nosotros mismos, que podría ser falsa y que, en todo caso, no ha sido fundamentada. La acepta (y actúa conforme a la misma) por razones pragmáticas y porque es correcta «dentro del marco», pero no la considera justificada porque no tiene una demostración «completa» de la misma. Esta demostración completa requeriría mostrar que nuestra manera de vernos y entendernos a nosotros mismos es correcta y que es la única posible, lo que parece una exigencia inalcanzable<sup>5</sup>.

Respecto de la segunda premisa (que  $w$  es condición de posibilidad de  $x$ ) el escéptico puede plantear el mismo tipo de objeción: que  $w$  es condición de posibilidad de  $x$  es sólo una hipótesis (la mejor explicación de  $x$ ) que el autor del argumento formula *desde dentro* de su marco conceptual, pero no sirve para fundamentar ese mismo marco.

Dadas estas dificultades, surge un problema en torno a la objetividad de las conclusiones de estos argumentos, que puede plantearse con las siguientes preguntas: ¿Hasta qué punto «trascienden» las conclusiones de un AT? ¿Hasta dónde llegan? ¿Poseen algún tipo de validez objetiva, es decir, dicen algo acerca de cómo es realmente el mundo? ¿O, por el contrario, sólo nos hablan de cómo son nuestros esquemas conceptuales y sus relaciones internas, de cuáles son los requisitos para la coherencia de nuestras creencias, de nuestra manera de ver el mundo y, por tanto, son conclusiones, a lo sumo, intersubjetivas? ¿Es posible dar un «salto» de los requisitos de racionalidad y coherencia de nuestras creencias a las afirmaciones de carácter ontológico?<sup>6</sup>

Supongamos que argumentamos sólidamente que, puesto que hablamos un lenguaje con sentido con el que podemos comunicarnos, entonces necesariamente hemos de afirmar que existe una realidad externa a la que ese lenguaje hace referencia. ¿Probaría un argumento de este tipo que existe esa realidad, o sólo estaría probando que *creer* que existe esa realidad es condición necesaria de que nuestro lenguaje tenga sentido (esto es, que la existencia de una realidad externa es una pretensión intrínseca de nuestro lenguaje, pero sin que ello diga nada sobre la corrección de esa pretensión?). Los críticos de los AT sostienen precisamente esto último. Salvo que podamos mostrar que nuestra concepción del mundo es la única correcta, es decir, salvo que se excluya la posibilidad lógica de que esté equivocada, un AT no demuestra que las cosas sean como afirma su conclusión. A lo sumo puede demostrar que, dada una forma de comprender el mundo, no es posible negar esa conclusión, pero nuestra forma de ver el mundo puede

5. Podría pensarse que esta estrategia escéptica no está abierta cuando la primera premisa del AT (la  $x$  de nuestro esquema) no es una afirmación que busca la aquiescencia del escéptico, sino una afirmación que hace el propio escéptico para formular su posición escéptica, como en el ejemplo de Aristóteles sobre el principio de no contradicción. Lo que se buscaría es mostrar que el escéptico se auto-contradice de alguna manera. Sobre esto volveremos en el apartado II.

6. Es, como puede verse, el tipo de preguntas que llevaron a Kant a sostener que las conclusiones de los AT sólo nos hablan del mundo fenoménico. Pero, como se pregunta Stroud, ¿por qué es el idealismo kantiano una postura mejor que la del escéptico que pretende rechazar? (Stroud, 1994:235).



ser engañosa o sólo una de las muchas posibles. Demostrar que no es engañosa o la única requiere argumentos anti-escépticos adicionales con los que completar el AT.

7. La anterior crítica se puede formular abreviadamente en un lenguaje que se ha hecho popular en las discusiones de filosofía jurídica y moral: que nuestras reglas y nuestras afirmaciones, nuestro lenguaje en general o nuestra forma de pensar, tengan ciertas *pretensiones* (que existe un mundo objetivo, que nuestras creencias son por lo general verdaderas, que existen otras mentes, que nuestros principios morales son objetivamente correctos, etc.), no dice nada acerca de si esas pretensiones se satisfacen. Pero aunque se asuma que esta crítica es correcta, de ahí no se sigue –como reconoció Stroud casi 30 años después de su crítica– que los AT sean completamente inútiles. Las anteriores consideraciones pueden excluir las pretensiones ontológicas de los AT (o limitarlas, como en el caso de Kant, al mundo fenoménico), pero ahora estos se pueden reinterpretar, de una forma más modesta, como argumentos que, cuando son sólidos, explicitan los principios o creencias básicas que necesariamente hemos de creer o asumir, dado el marco que tenemos. En cierto sentido, nos «inmunizan» contra el escéptico, nos hacen invulnerables a su crítica (Stroud, 1994:250). El escéptico podría tener razón, pero sus argumentos, en opinión de Stroud, no pueden ser eficaces, porque no podemos dudar de los presupuestos de nuestras creencias al mismo tiempo que mantenemos nuestras creencias. La única salida que le queda al escéptico es provocar un cambio radical de paradigma (que, por cierto, generará nuevas condiciones trascendentales, de las que no podremos dudar desde dentro del nuevo marco).

En definitiva, podemos distinguir dos pretensiones en los AT: la primera, más fuerte, la demostración de una realidad objetiva; la segunda, más débil, la demostración de que, dadas ciertas creencias sobre el mundo, hay otras creencias que son necesarias (lo que no garantiza que sean verdaderas). Aunque un AT sea sólido, existe hoy entre los filósofos cierto consenso en que sólo puede satisfacer la segunda pretensión.

## II LOS ARGUMENTOS PRAGMÁTICO-TRASCENDENTALES Y LA FUNDAMENTACIÓN DE LA MORAL

1. Evidentemente, la cuestión de si existe o no una moral objetiva, cuál es el principio básico de la misma y cómo fundamentarlo, es un problema que puede abordarse –y ha sido abordado– por medio de AT. Curiosamente no por Kant, quien, a pesar de haber usado profusamente esta estrategia argumentativa en la *Crítica de la razón pura*, no recurre a ella para fundamentar el imperativo categórico (la piedra filosofal de su filosofía moral), entendiéndolo como autoevidente. En su *Crítica de la razón práctica* renuncia expresamente a este tipo de fundamentación de la ley moral: «la realidad objetiva de la ley moral no puede verse probada por una deducción, ni tampoco por un empeño de la razón teórica subvenida especulativa o empíricamente» (Kant, 2013:73/

AKv47); esto es, no cabe una fundamentación del imperativo categórico fundamental ni por medio de pruebas empíricas (dado que es un enunciado *a priori*) ni por medio de pruebas trascendentales (especulativas). La razón de esta segunda imposibilidad es que la deducción trascendental requiere mostrar que la realidad «cumple» con el principio que se quiere justificar, pero la ley moral no dice cómo son las cosas, sino cómo deben ser, y sigue siendo válida aunque no se cumpla (López de Lizaga, 2010:69).

Uno de los intentos más conocidos de fundamentación de la moral por medio de AT es el de K.O. Apel (que, como sabemos, es en parte asumido por Habermas y por un autor más cercano al Derecho y la argumentación jurídica, como es Robert Alexy). Como hemos visto, los AT plantean el problema de encontrar una primera premisa que el escéptico no pueda negar, lo que no es tarea fácil. Una vía prometedora es partir de una afirmación del propio escéptico y mostrar que es auto-contradictoria. Por ejemplo, si el escéptico dice «Sé que no sé nada», su afirmación es auto-contradictoria (porque al menos sabe que no sabe nada, con lo cual sí sabe algo). Pero en estos casos resulta bastante fácil para el escéptico modificar su afirmación para que deje de serlo (por ejemplo, puede decir «creo que es dudoso que sepa algo»). Pero ¿y si abandonamos la búsqueda de contradicciones estrictamente lógicas y buscamos contradicciones performativas? Para ello podemos asumir una perspectiva pragmática del lenguaje y fijarnos en las características intrínsecas del acto de habla que realiza el escéptico, con el fin de mostrar que al realizarlo asume ciertas pretensiones, es decir, que sus actos de habla tienen ciertas condiciones de posibilidad. Una contradicción performativa sería un desajuste entre el contenido proposicional expresado en el acto de habla y las pretensiones (condiciones de posibilidad) del mismo. Supongamos que el escéptico dice «Afirmo que no existo» (o, incluso, «dudo si existo»). El contenido proposicional de su acto de habla («no existo») contradice una condición esencial para poder realizar el acto ilocucionario que pretende (afirmar), porque sólo quien existe puede afirmar algo. El intento de Apel consiste precisamente en tratar de superar los problemas de los AT como instrumentos de fundamentación, transformándolos en argumentos pragmático-trascendentales, con el objetivo de construir un argumento de este tipo que muestre el fundamento último de la moral<sup>7</sup>.

2. Apel pretende construir su argumento pragmático-trascendental a partir de la argumentación. ¿Por qué la argumentación? Por su carácter central en la comunicación: cuando nos comunicamos con los demás (e, incluso, con nosotros mismos) tenemos la pretensión de que lo que decimos es válido (verdadero, correcto, etc.); ahora bien, lo que es verdadero, correcto, etc., para una concepción dialógica de la racionalidad, es aquello que sería aceptado por la comunidad de hablantes, por lo que necesitamos

7. Como ha señalado el propio Apel, su «ética del discurso» es tanto una teoría sobre la fundamentación de las normas en general (las normas están fundamentadas si se sigue el procedimiento discursivo adecuado) como una teoría acerca de la fundamentación última de la moral; es esta segunda dimensión la que nos interesa ahora (Apel, 1991:147 y ss.)

el consenso, esto es, la aceptación de un auditorio racional. Afirmar algo implica estar dispuesto a defenderlo, a argumentar a favor de lo que decimos (y lo mismo ocurre con las pretensiones de validez de otros actos de habla). Decir algo y no estar dispuesto a defenderlo argumentando (aunque sea idealmente) es un sinsentido (recuerdo la perplejidad que nos causó a Manuel Atienza y a mí la respuesta de un profesor de nuestra facultad cuando Manolo le criticó algo que éste había escrito en el periódico; su respuesta fue algo así como «que yo haya afirmado éso no quiere decir que lo vaya a defender»).

Cuando argumentamos (en cualquier ámbito, incluido el científico y el ético) estamos sujetos a las reglas constitutivas del acto de habla argumentativo. El cumplimiento de estas reglas es condición de posibilidad del acto de habla. Pues bien, lo que afirma Apel es que entre las reglas constitutivas (las condiciones de posibilidad) que es *necesario* cumplir para realizar un acto de argumentación, una de ellas es *una norma moral* acerca de cómo debemos considerar y tratar a los demás. Esta regla básica –el equivalente en el pensamiento de Apel al imperativo categórico kantiano– puede ser formulada de la siguiente manera: «en la comunidad de argumentación se presupone que todos los miembros se reconocen recíprocamente como interlocutores con los mismos derechos» (Apel, 1985, vol. II:380). Si el escéptico niega esta pretensión, incurre en una contradicción performativa: «El esquema de la autocontradicción performativa [...] obtiene su sentido sólo en la fractura [...] entre lo que yo afirmo y lo que implica performativamente mi afirmación [...]: por ejemplo, en la fractura entre la proposición «yo no necesito reconocer, en principio, la igualdad de derechos de todos los participantes imaginables en la argumentación y el acto de afirmación por el que precisamente esa tesis se pone en discusión como capaz de ser consensuada universalmente» (Apel, 1991: 136).

¿Y por qué este principio (el reconocimiento como sujetos con iguales derechos en la comunidad argumentativa de todos los participantes potenciales en la discusión) es una condición de posibilidad de la argumentación? Porque no tendría sentido, por un lado, pretender el consenso racional sobre lo que hemos afirmado y, por otro, no tener en consideración a las personas a las que le reclamamos el consenso, o negarles el derecho a replicar, o no permitirles siquiera hablar... Negarles alguno de los «derechos del discurso» sería lo mismo que no pretender un consenso.

Si la estrategia de Apel es correcta, la comunidad argumentativa es una comunidad moral (incluso aunque no se discutan problemas prácticos, sino científicos o teóricos) y la argumentación (y toda comunicación) tiene un lado moral. Sobre todo: si es una estrategia correcta, se ha conseguido una fundamentación última de la moral. Pero, ¿es correcta?

3. Hay una objeción obvia que hacerle a Apel, que tiene relación con la idea de «marco» con la que tropezaban los AT en otros ámbitos: ¿por qué hemos de aceptar que la conclusión es válida más allá de los contextos argumentativos? ¿Por qué no pensar que

lo único que Apel ha encontrado es el principio básico de una ética especial del discurso (en el sentido de una ética *de* la argumentación, como hay una ética del deporte o una ética científica), pero no de una ética de la acción o una ética general para los problemas cotidianos? Es más: ¿por qué hemos de considerar que el principio de igual reconocimiento de los derechos de los participantes en la argumentación es un principio moral y no sólo una regla técnica<sup>8</sup> (una necesidad práctica) del discurso (no aplicable necesariamente más allá)? Se trata, en realidad, de dos críticas distintas: (a) la cuestión del ámbito de validez del principio básico de igual reconocimiento de los derechos y (b) la cuestión de su estatus normativo.

a) De acuerdo con la primera crítica, el AT construido por Apel sólo nos habla de una ética especial para cierto tipo de relaciones intersubjetivas (la comunicación, la argumentación) o de una «lógica» de la argumentación, pero no de una ética «para la humanidad», aplicable a las decisiones y a las acciones, a las situaciones y relaciones más allá del discurso<sup>9</sup>. Entre una cosa y otra hay al menos dos saltos: 1) De las reglas constitutivas o condiciones de posibilidad del acto de habla argumentativo a las condiciones de posibilidad del resto de actos de habla e, incluso, de la comunicación y el pensamiento; 2) de la deliberación argumentativa a la acción (es decir, Apel debe justificar que esta misma regla es necesaria para cada toma de decisión y cada elección de acción) (Vallaey, 1994: 309 y ss). Para evitar estos saltos (o para justificarlos), Apel presenta a la argumentación como una «metainstitución» (Apel 1999:169) que posibilita todos los actos con sentido («no sólo los enunciados lingüísticos –afirma–, sino también las acciones con sentido pueden comprenderse como «argumentos virtuales». Apel, 1985; vol. II, 380). Y afirma que aunque es empíricamente posible «salir del círculo argumentativo» (por ejemplo, para mantener relaciones meramente estratégicas con los demás) y eludir así el principio moral básico, quien lo hace queda fuera de la comunidad racional e «inicia una vía patológica al final de la cual tiene que encontrarse la “idiotez” –es decir, la pérdida de la propia identidad, que siempre es proporcionada dialógicamente» (Apel, 1999:169 y 170)<sup>10</sup>. Es decir, para Apel «argumentar es pensar, es actuar, es existir como hombre» (Vallaey, 1994: 312).

8. Sobre la noción de regla técnica, véase von Wright, 1970:29 y ss.

9. Como dice Habermas, «Incluso aunque los participantes en la argumentación estuvieran obligados a obrar con presupuestos de contenido normativo (por ejemplo, a considerarse mutuamente como sujetos responsables, a tratarse como interlocutores iguales, a concederse crédito recíproco y a cooperar mutuamente), podrían liberarse de esta exigencia pragmática trascendental en cuanto salieran del círculo de la argumentación (...) Tal obligación no se transmite inmediatamente del discurso a la acción. (...) En todo caso, la fuerza susceptible de regular la acción, inherente al contenido normativo que se manifiesta en las presuposiciones pragmáticas de la argumentación, precisaría una fundamentación especial. Esta transferencia no se puede demostrar de la forma en que lo intentan Peters y Apel extrayendo de los presupuestos de la argumentación unas normas fundamentales inmediatamente éticas» (Habermas, 2000:109).

10. La respuesta de Alexy a la cuestión de por qué hemos de participar en la comunidad argumentativa es distinta, y de carácter estratégico. Alexy introduce la idea de que hay un número tan elevado de

El problema de esta solución es, de nuevo, el problema del marco: lo que Apel está reconstruyendo es la autocomprensión (quizá un tanto idealizada) que en el Occidente moderno tenemos de la racionalidad, del lenguaje y de la comunidad moral a la que pertenecemos. Pero es razonable aceptar que ha habido, hay o puede haber «otros marcos». Sin justificar la superioridad (o la unicidad) de nuestra forma de comprendernos a nosotros mismos y a nuestras relaciones con los demás, no se sigue el carácter universal del principio básico que Apel infiere con su argumento pragmático-trascendental. Pero probar esto es imposible, dado que no podemos salir del marco y ver desde fuera de él.

b) La segunda crítica a la propuesta de Apel tiene que ver con el estatus normativo del supuesto principio básico de la moral. Recordemos cómo funciona un argumento pragmático-trascendental. La segunda premisa de este argumento señala una condición de posibilidad, eso es, una condición necesaria de la posibilidad o inteligibilidad de una práctica, una experiencia, etc. En el caso de los AT de carácter pragmático-lingüístico, esta premisa es (o deriva de) una regla constitutiva. Ahora bien, las relaciones de este tipo no dan lugar a enunciados normativos, a genuinos deberes deónticos, sino a deberes técnicos o necesidades prácticas. Si queremos hacer una promesa, dadas las reglas constitutivas de ese acto de habla, *tenemos que* decir ciertas palabras («prometo...» o equivalentes) y *tenemos que* hacerlo en ciertas circunstancias y con ciertas intenciones. Pero ese «tenemos que» no es un deber derivado de una norma regulativa, sino una necesidad práctica<sup>11</sup>. Si esto es así, actuar conforme al principio básico de Apel no sería una conducta moral en el sentido kantiano: no tratamos a los participantes en el discurso con igual consideración por respeto a la ley moral, sino por necesidad (no podemos elegir no hacerlo, dado el carácter necesario de la participación en la comunidad argumentativa). El principio básico de la moral no sería un imperativo categórico, sino hipotético (lo cumplimos porque necesitamos su resultado). Apel se aparta de Kant más de lo que probablemente quisiera.

En definitiva, la fundamentación de la moral que Apel hace descansar en su propuesta sobre cómo construir los argumentos trascendentales parece susceptible de dos objeciones: no es una fundamentación universal (está limitada al marco<sup>12</sup>) ni última (no es categórica, sino hipotética).

---

personas que tienen interés en la corrección que lo más conveniente es participar en el discurso racional, aunque no estemos interesados en la corrección de los argumentos. Pero se trata de una tesis empírica para la que fácilmente se pueden encontrar contraejemplos.

11. Sobre la diferencia entre genuinos deberes y deberes técnicos, véase von Wright 2010: 181 y ss.

12. Un marco, por cierto, que es más visible en el caso de la moral que en el de la epistemología o la ontología.

### III

## EL ARGUMENTO TRASCENDENTAL Y EL OBJETIVISMO MÍNIMO DE MANUEL ATIENZA

1. El argumento de Manuel Atienza transcrito más arriba es un intento de fundamentación última de la moral, como el de Apel. No es un argumento novedoso (en el sentido de que se enmarca en la línea de Apel, Alexy y las éticas del discurso), pero no por ello es menos ambicioso: el argumento pretende fundamentar el carácter objetivo de la moral y que el principio de dignidad es su principio básico (el imperativo categórico). Dejaré de lado la fundamentación del principio de dignidad (cuya explicación requeriría indicar cómo lo entiende Atienza) y me centraré en la justificación de la tesis del objetivismo moral.

Atienza ha usado su argumento en diversos textos (y en numerosas discusiones), a veces con formulaciones distintas, aunque equivalentes. Podemos reconstruir el argumento como sigue:

Formamos parte de una comunidad moral

La objetividad de la moral es condición necesaria de la existencia de la comunidad moral como una práctica con sentido.

-----  
La moral es objetiva

El argumento debe completarse con la explicación de qué es lo que debemos entender por «comunidad moral» y por «objetividad». Comencemos por este segundo concepto. En sus trabajos, Atienza califica su concepción de la moral de «objetivismo mínimo», que creo que podría caracterizarse a partir de los siguientes puntos<sup>13</sup>:

- 1) Los juicios morales son correctos o no con independencia de las preferencias individuales o de grupo. Un juicio moral es correcto cuando está sustentado por las razones que cualquier persona razonable tendría que aceptar (Atienza, 2017:194). Se trata, por tanto, de un «objetivismo de razones». Desarrollando más esta idea, Atienza explicita su adhesión a una teoría discursiva y procedimental (con los límites que señalaré a continuación) de la ética: «Lo objetivamente correcto sería aquello a lo que se llegaría por consenso, como fruto de una discusión en la que se respetaran determinadas condiciones que, según cada autor (por ejemplo, Rawls o Habermas) pueden variar algo, pero que, en el fondo, apuntan siempre en la misma dirección, hacia la idea de imparcialidad» (Atienza 2017:212)

---

13. Además de las citas siguientes, véase también Atienza, 2022:135 y ss.

- 2) Es un objetivismo moral, pero no un realismo moral. Esto es, para el objetivismo mínimo no hay «hechos morales» (al menos, en el mismo sentido en el que hay hechos físicos) que hagan verdaderos o falsos a los juicios morales (por eso es preferible hablar de juicios correctos o incorrectos)<sup>14</sup> (Atienza, 2017:200 y ss).
- 3) No es dogmático. Se diferencia del absolutismo moral en que las razones en las que se sustentan los juicios morales (y, por tanto, ellos mismos) son revisables. Esto quiere decir que mientras se defiende un juicio moral éste se toma como correcto (no puede sustentarse y al mismo tiempo aceptar que es falso), pero quien lo afirma debe ser sensible a las mejores razones y cambiar su juicio si se le demuestra que no es razonable (Atienza, 2017:210 y ss).
- 4) A diferencia del «procedimentalismo puro», el objetivismo mínimo no es una concepción exclusivamente formal: «Una concepción de la moral –escribe Atienza– necesitaría algo más que la mera apelación al procedimiento (por ejemplo, a la situación ideal de habla) e incorporar (como base de la moral) algún contenido sustantivo» (Atienza, 2017:213). Éste es el papel que juega el principio de dignidad.
- 5) Las prácticas discursivas de las que se extraen (por medio de un AT) las reglas procedimentales de la moral «podrían no ser completamente universales y podría ocurrir que un individuo no estuviera dispuesto a aceptarlas» (Atienza, 2017:213). Con estos individuos sería imposible razonar sobre cuestiones morales, pero los resultados del discurso racional ideal se les aplicaría a ellos también (Atienza, 2017:213).

En cuanto a la idea de «comunidad moral», habría que entenderla como la del conjunto de participantes en la práctica moral y jurídica, como el espacio en el que intercambiamos juicios morales, adoptamos posiciones políticas, discutimos sobre la justificación de una decisión judicial, nos planteamos cómo resolver un dilema moral al que nos enfrentamos, etc., todo ello bajo las condiciones de la argumentación racional. En todas estas actividades, se presupone una pretensión de corrección, es decir, se presupone que existe una moral objetiva que nos permite dar soluciones correctas a estas cuestiones (Atienza, 2017:196). Por tanto, el AT usado por Atienza viene a decir que

---

14. Sin embargo, resulta paradójica esta pretensión de las éticas del discurso de presentarse como una alternativa al realismo moral, por lo siguiente: Si el criterio de corrección de los juicios morales es el acuerdo real (de acuerdo con reglas discursivas racionales) de los participantes en la práctica deliberativa, entonces ese acuerdo es un hecho. Si el criterio es un acuerdo ideal, entonces el criterio es un hecho contrafáctico (que los participantes razonables en la discusión llegarían a tal acuerdo). Un juicio moral sería verdadero o no en función de su correspondencia con esos hechos. Es cierto que se trata de hechos de un tipo distinto al postulado por el realismo moral «típico», pero esto podría fundamentar una caracterización de las éticas constructivistas como un tipo peculiar de realismo (quizá un objetivismo moral sin un realismo *robusto* (Moreso, 2015), más que como una alternativa completamente distinta. En todo caso, quizá no sea más que una discusión terminológica).

la objetividad de la moral (y el principio de dignidad) es condición de posibilidad (o de sentido) de estas actividades y del modo como las desarrollamos. Los escépticos, al negar esta objetividad, «no permiten dar cuenta de aspectos importantes de nuestras prácticas sociales, de la moral y del Derecho. Por ejemplo, quien reivindica el derecho a vivir en un Estado laico (o cualquier otro derecho fundamental) lo hace (por lo menos, en general) no solamente porque él, o el grupo del que forma parte, tenga este tipo de preferencia, sino porque considera que eso es lo correcto. Y no piensa que es una elección suya que, en último término, no puede justificar (...) Y algo parecido podría decirse con el Derecho. O sea, algunos aspectos de esa práctica serían difícilmente comprensibles sin el objetivismo moral» (Atienza, 2017:195 y ss.).

2. Como hemos visto, la mayor o menor fuerza de un AT depende de la calidad de sus premisas: La primera premisa debe ser una verdad «inapelable» y la segunda premisa debe mostrar una relación de necesidad que esté bien fundada; además, esta necesidad puede ser «necesidad para la existencia» o «necesidad para la inteligibilidad» (o ambas cosas). Por último, la «prueba» del argumento consiste en mostrar que se incurre en una contradicción (lógica, semántica o pragmática) al negar la conclusión.

Valoremos la primera premisa. ¿Formamos parte de una comunidad moral, definida de esta manera? Atienza, y yo, y los posibles lectores de este tipo de artículos (incluso los críticos y la mayoría de los que se declaran escépticos), desde luego. Compartimos la idea de que los problemas morales deben resolverse racionalmente, de que quien toma una decisión moral debe estar dispuesto a dar razones y de que estas razones deben ser intersubjetivamente aceptables. Pero esta tesis no parece el tipo de verdad fuerte que se necesita para fundamentar una conclusión sólida sobre la objetividad de la moral, porque no es una verdad universal ni necesaria. Es, a lo sumo, una verdad contextual. El escéptico siempre nos puede recordar que ni en todas las épocas ni en todos los lugares –ni siquiera hoy en día– se han aceptado universalmente las prácticas que caracterizan a esta comunidad moral, ni se ha pretendido tener una corrección racional (sino, por ejemplo, religiosa o dogmática). No es que quepa la posibilidad lógica de otro marco; es que esos otros marcos son una realidad empírica. Esta es una diferencia importante respecto de los AT que parten de afirmaciones como «todos hablamos un lenguaje con sentido», «todos experimentamos percepciones», «todos tenemos una noción del paso del tiempo», etc., que –dentro del marco– se perciben como universales (o cuasi-universales). Si se pretende justificar la objetividad de la moral (lo que implica que sus principios son independientes de las preferencias morales subjetivas o grupales) a partir de las prácticas de la comunidad moral, éstas deberían tener un trasfondo universal, ser prácticas *necesarias*, pero Atienza reconoce que no lo son (Atienza, 2017:213). Si no son prácticas universales y necesarias, sino elegidas (expresa o tácitamente), no podemos estar seguros de que a partir de ellas estemos extrayendo trascendentalmente principios independientes de las preferencias del grupo que las ha elegido, es decir, objetivos.



Se podría argumentar que evidentemente nuestras prácticas son superiores a otras, más racionales, pero eso querría decir que son las que están justificadas, con lo que la afirmación se convertiría en una norma: no es que formemos parte de la comunidad moral discursiva, es que *debemos* hacerlo. Además, el AT entonces se volvería circular. También es posible ofrecer una explicación histórica de la convergencia en estas prácticas, de cómo ha llegado a construirse el marco discursivo, pero esa explicación, o bien pone el acento en el carácter convencional y contingente de las mismas (lo que socavaría la fuerza del AT), o bien, acompañada de la idea de progreso moral, incide en la misma circularidad que si afirmamos que son superiores.

Vayamos ahora a la segunda premisa. ¿Hay realmente una relación de necesidad entre la objetividad de la moral y la existencia de la comunidad moral? Para afirmar que algo es condición necesaria de otra cosa hay que excluir el resto de alternativas. Sin embargo, parece haber otras formas de explicar la existencia de la comunidad moral (con sus rasgos «discursivos») que no presuponen la objetividad de la moral. Por ejemplo, el escéptico, aunque se adhiera a este tipo de prácticas, nos puede decir –como, de hecho, suele hacer– que lo hace sólo porque las mismas coinciden con sus preferencias (formarían parte de la comunidad moral aquellos cuyas preferencias morales son similares), pero que éstas no tienen una justificación última. O puede decir que lo que buscamos con la participación en la comunidad es –por razones emocionales o de cohesión del grupo (Haidt, 2012:177 y ss)– la aprobación de aquellos con los que convivimos. O puede simplemente –desde un punto de vista externo– objetar que la relación no se da entre la objetividad de la moral y la existencia de la comunidad moral, sino entre ciertas actitudes mentales y nuestras prácticas: para explicar la comunidad moral discursiva basta con que los que participan en la misma *crean* que la moral es objetiva y que hay criterios objetivos de corrección de sus opiniones y decisiones morales, no que realmente los haya. Esta última maniobra (mover la conclusión desde la realidad objetiva hacia la percepción subjetiva de la misma o a ciertos estados mentales cognitivos) es una estrategia a la que siempre puede recurrir un escéptico.

Supongamos ahora que interpretamos la relación de necesidad no como condición de existencia, sino como condición de inteligibilidad de nuestras prácticas. Estaríamos diciendo que nuestras prácticas son posibles aunque no hubiera criterios objetivos de corrección, pero en ese caso no tendrían sentido, no podrían entenderse, es decir, estarían equivocadas. Ahora el argumento tendría la siguiente forma: «Si la moral no fuera objetiva, nuestras prácticas estarían equivocadas, luego la moral es objetiva»: ¿no sería esto una clara petición de principio? ¿Por qué nuestras prácticas no pueden estar equivocadas (en el sentido de que no hay criterios de corrección independientes de las preferencias individuales o de grupo)? Establecer esto requiere argumentos adicionales al AT.

En definitiva, el argumento de Atienza no logra una demostración de la objetividad de la moral. Choca con los mismos límites que el resto de AT: no satisface su pretensión fuerte (recordemos que los AT sobre cuestiones ontológicas, como la existencia del

mundo externo, tampoco podían hacerlo). El abandono del realismo moral (de una noción de objetividad como verdad o correspondencia con cierto tipo de hechos) no sitúa al objetivismo mínimo dentro del ámbito de lo que el AT puede establecer. Pero quizá eso es más de lo que Atienza pretendía. Para un admirador del pragmatismo y defensor del sentido común, como él, puede ser suficiente mostrar que el escéptico no puede coherentemente no creer en la objetividad de la moral (es decir, la pretensión débil de los AT). No es necesario más, porque desde un punto de vista pragmático «la apariencia es tan buena como la realidad» (Rorty, 1971:5).

3. Si los AT en materia moral no logran establecer de manera concluyente la objetividad de la moral, ¿logran al menos establecer la necesidad de creer en ella? Como hemos visto, un buen AT puede –rebajando sus pretensiones iniciales– aspirar a mostrar que no es posible sostener coherentemente ciertas afirmaciones y negar algunos de sus presupuestos (es decir, no creer en ellos). El AT sería una forma de detectar incoherencias. ¿Incurre en alguna contradicción –lógica, conceptual o performativa– quien participa en las prácticas de la comunidad moral (opina, se justifica, critica, etc.) pero afirma no creer en la objetividad de la moral?

Ya he señalado que el punto clave para mostrar que en el ejemplo anterior se incurriría en una contradicción pragmática se encuentra en la pretensión de validez de los actos de habla (de corrección, en este caso). Si cada vez que opinamos en materia moral (o proponemos una norma moral) expresamos una pretensión de corrección de acuerdo con la cual esa opinión es objetivamente correcta, entonces, quien afirma que la esclavitud es inmoral pero a continuación niega la existencia de criterios objetivos de corrección moral, está incurriendo en una contradicción performativa. Para lidiar con esta acusación el escéptico moral puede recurrir a varias estrategias distintas. Mencionemos algunas:

- a) *Negar la pretensión de corrección*: Una primera opción consiste en negar que la pretensión de corrección –al menos tal y como es entendida por la ética del discurso– sea un elemento necesario, constitutivo, de los juicios morales. En opinión de Searle (y a diferencia de Habermas, que dice basarse en el primero), las pretensiones de validez no son condiciones esenciales de cualquier acto de habla, sino exclusivamente de los actos de habla argumentativos. Otros actos de habla tienen condiciones de posibilidad menos exigentes, porque se dirigen a la comprensión (entender su significado), no al acuerdo (Searle-Soler, 2009; López de Lizaga, 2015:421). Entonces el escéptico sólo sería incoherente si entabla una discusión tratando de defender su preferencia moral, pero no si se limita a expresarla o a opinar.
- b) *Negar la pretensión de objetividad*: Una segunda estrategia consistiría en adoptar una noción relativa de corrección, que no implique necesariamente una «pretensión de objetividad». Esto llevaría a un relativismo moral (normativo, no meramente descriptivo) de acuerdo con el cual «correcto» significa actuar

conforme a las reglas morales individuales o de un grupo. Para esta concepción «correcto» es una relación entre acciones, normas o juicios y las reglas aceptadas por la comunidad (o por uno mismo), pero no «hacia fuera» de ese ámbito. A diferencia de lo que ocurre con la anterior estrategia, sería coherente participar en la argumentación moral (por ejemplo, acerca de si la prohibición de la esclavitud se deriva de las reglas morales aceptadas), pero siempre dentro de ese marco, esto es, sin cuestionar (ni pretender fundamentar) los principios últimos definitorios del mismo. Esta posición haría que el escéptico (ahora, relativista o convencionalista) no pueda discutir con otras comunidades donde rigen reglas o principios distintos, pero sí puede dirigir reproches «hacia dentro». «Hacia fuera» el relativista debería callar<sup>15</sup>.

- c) *Aceptar la incoherencia pragmática y achacarla a un defecto del lenguaje*: Una forma de escepticismo que, en cierta medida, sería una toma de postura frente a la acusación de incoherencia pragmática, consistiría en aceptar –en la línea de la teoría del error de Mackie (Mackie, 2000: 53 y ss<sup>16</sup>)– que nuestro lenguaje nos involucra en pretensiones de corrección, pero al mismo tiempo sostener que esto es un defecto del lenguaje, porque estas pretensiones son infundadas, están siempre equivocadas. En lugar de resolver la incoherencia sosteniendo que lo equivocado es el rechazo de la tesis de la objetividad, se afirma que lo equivocado es nuestra forma de hablar.
- d) *Aceptar sin creer*: Otra postura sería –como se apuntó al principio de este artículo– echar mano de la distinción entre «aceptación» y «creencia», propuesta por L.J. Cohen. Aceptar es una actitud proposicional que también tiene relación con la verdad, pero de una manera distinta de la creencia: el que cree algo tiene la pretensión de que su creencia es verdadera, pero esta pretensión no está necesariamente presente en la aceptación. El que acepta algo puede pretender sólo que hay razones para actuar como si la afirmación fuera verdadera, aunque no lo sea. De acuerdo con Cohen «Aceptar que *p* es tener o adoptar la política de juzgar, plantear o postular que *p*, esto es, de incluir esa proposición o regla entre las propias premisas para decidir qué hacer o pensar en un contexto particular, sienta uno o no que *p* es verdadera» (Cohen, 1992:4). Por tanto, la creencia está determinada por razones epistémicas, razones para creer, pero no por razones prácticas (que sea prudente que crea *p* no es una razón apta para

15. Hay un problema con esta estrategia, no obstante. Y es que parte de una definición de «correcto» que parece remitir a una regla que sí se considera objetiva: la de que cada uno actúe conforme a las convenciones morales de su comunidad. No está claro que esta regla pueda interpretarse meramente como una regla conceptual y no comprometa con una genuina regla moral, con lo que se incurriría en incoherencia.

16. Aunque –como recuerda Atienza– la crítica de Mackie se dirige al realismo moral, varias de las razones que en su opinión avalan la teoría del error (como la de la relatividad cultural de las opiniones morales) afectarían también a un objetivismo constructivista.

hacer que crea  $p$ ); la aceptación, en cambio, viene determinada por razones epistémicas y/o prácticas. De acuerdo con esta distinción, aunque no puedo creer algo que sé que es falso, sí puedo aceptar algo sobre lo que tengo dudas, o incluso que creo que es falso, y actuar como si fuera verdadero. Pues bien, el escéptico puede realizar una maniobra que recuerda a la apuesta de Pascal para creer en Dios: puede alegar que no cree en la objetividad de la moral, o que no tiene una creencia formada sobre el asunto, pero que sí cree que hay razones prudenciales para aceptarla, para actuar conforme a ella (por ejemplo, porque desea integrarse en la comunidad). La pretensión anudada a sus juicios morales no se referiría a que haya razones para creer en la objetividad de la moral, sino razones para actuar como si las hubiera.

- e) *Reivindicar su función*: El escéptico puede reforzar su postura señalando que, aunque se demostrara que su posición es realmente inconsistente, también incurriría en algún tipo de incoherencia –y de deshonestidad intelectual– si postulara la objetividad de la moral teniendo al mismo tiempo razones para pensar que esas creencias no están suficientemente justificadas. El escéptico suele guiarse por el siguiente principio metodológico (o alguno similar), que es una de las premisas del argumento escéptico de Carnéades (Vilanova, 2011:11): «Si mis presuntas justificaciones para creer que  $p$  son compatibles con no  $p$ , entonces no sé que  $p$ ». Como hemos visto, los AT no pueden excluir que el mundo sea diferente a como establece su conclusión (esto es, no satisfacen lo que he llamado su pretensión fuerte). Luego el escéptico puede alegar que aunque tiene razones para creer en la objetividad de la moral ( $p$ ), éstas son compatibles con la negación de esta tesis ( $-p$ ). Por tanto, su escepticismo está justificado y negarlo sería inconsistente. Este nivel de exigencia (excluir toda posibilidad de  $-p$ ) es superior al razonable en la vida cotidiana, al sentido común. Pero esto –puede aducir el escéptico– le permite cumplir una función crítica relevante. Reprocharle al filósofo escéptico su actitud de duda, de reclamar fundamentaciones últimas, de «poner palos en las ruedas» del carro del conocimiento, con el argumento de que va más allá de lo que el lenguaje le permite (aunque sea cierto), es renunciar a una dimensión importante del pensamiento filosófico.

No trato ni de ser exhaustivo ni de defender estas estrategias. Se necesitaría un examen más profundo de las mismas para ver si son consistentes; mi intuición es que no todas lo son (aunque la teoría del error parece una posición sólida). Mi propósito es simplemente mostrar que la cuestión de la incoherencia del escéptico moral no es tan evidente o, al menos, no tiene por qué ser tan directamente destructiva para su posición. Un AT como el formulado por Atienza, en mi opinión, no parece suficiente para mostrar *por sí solo* que el escéptico que emite juicios de valor es *necesariamente* incoherente (porque

dispone de varias defensas frente a esa acusación), aunque puede dejarlo en una posición inestable y necesitada de contra-argumentaciones (cosa que muchas veces el escéptico no hace, «encastillándose» en su rechazo inicial<sup>17</sup>).

4. La conclusión a la que llegamos tras el examen de los AT en materia ontológica o epistemológica fue que no lograban alcanzar su pretensión fuerte (que el mundo es de tal o cual manera, o que nuestros métodos de conocimiento son objetivamente fiables), pero sí podían llegar a satisfacer una pretensión débil: mostrar que existe una relación necesaria entre ciertas creencias básicas (el elemento  $x$  del esquema de la inferencia trascendental) y la creencia en ciertos principios trascendentales (el elemento  $w$ ) y, por tanto, explicar por qué el escéptico no puede cambiar nuestra convicción sobre esos presupuestos sin cambiar las creencias básicas. Mi impresión es que, por el contrario, los AT en materia moral (al menos, los dos que hemos examinado) tampoco parecen alcanzar la pretensión débil, porque no logran mostrar una conexión necesaria entre las creencias básicas (que, además, no aparecen como universales) y los principios trascendentales que postula (la objetividad de la moral).

¿Qué pueden aportar, entonces, los AT en materia moral? Una tercera pretensión, aún más modesta, pero no trivial. El escéptico es, como Sócrates, un molesto tábano, que exige una demostración del conocimiento al mismo tiempo que eleva la exigencia de lo que entiende por «demostrar» o «justificar» (argucia que le hace imbatible en sus dominios filosóficos). En mi opinión, su flanco más débil no es su incoherencia, sino precisamente lo desmesurado de su exigencia desde un punto de vista cotidiano. Pero frente a él, la estrategia trascendental (tratando de auparse sin más ayuda desde las creencias o prácticas básicas hasta una fundamentación objetiva) recuerda al Barón de Münchhausen<sup>18</sup> saliendo por sí solo de una ciénaga tirando de su propio pelo. En lugar de eso, me parece que sería mejor estrategia no caer en la provocación del escéptico (es decir, renunciar a una refutación absoluta del Escepticismo con mayúsculas), aportar todos los argumentos que se pueda en su contra (aunque ninguno de ellos sea suficiente por sí solo) y, poco a poco, acorralarlo en un nivel de exigencia cada vez más extravagante, más alejado del sentido común. Si ésta es una meta viable, sin duda los trabajos de Atienza sobre el objetivismo moral contribuyen a alcanzarla.

---

17. Esta es la actitud que adopta el escéptico moral, en mi opinión, cuando se limita a insistir, sin añadir más argumentos, en que una cosa es el nivel de la ética normativa y otra el de la metaética, que es precisamente lo que pone en duda el argumento trascendental.

18. La misma metáfora puede encontrarse en Chiassoni, 2011:183.

**BIBLIOGRAFÍA:**

- APEL, Karl Otto, 1985, *La transformación de la filosofía*, vol. II, Ed. Taurus, Madrid, trad. de Adela Cortina, Joaquín Chamorro y Jesús Conill.
- APEL, Karl Otto, 1991, *Teoría de la verdad y ética del discurso*, Ed. Paidós, Barcelona, trad. de Norberto Smilg.
- APEL, Karl Otto, 1999, *Estudios éticos*, Ed. Fontamara, México, trad. de Carlos de Santiago.
- ARISTÓTELES, 1994, *Metafísica*, ed. Gredos, Madrid, Trad. de Tomás Calvo Martínez.
- ATIENZA, Manuel, 1999, «El Derecho como argumentación», *Isegoría*, núm. 21.
- ATIENZA, Manuel, 2017, *Filosofía del Derecho y transformación social*, Ed. Trotta, Madrid.
- ATIENZA, Manuel, 2022, *Sobre la dignidad humana*, Ed. Trotta, Madrid.
- BENNETT, Jonathan, 1999, «Argumentos trascendentales analíticos», en Isabel Cabrera (comp.), *Argumentos trascendentales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, trad. de Laura Lecuona.
- CABRERA, Isabel (comp.), 1999, *Argumentos trascendentales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México
- CABRERA, Isabel, 1999, «Argumentos trascendentales. O cómo no perderse en un laberinto de modalidades», en Isabel Cabrera (comp.), *Argumentos trascendentales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México.
- CHIASSONI, Pierluigi, 2011, «Tres ejercicios para una crítica del objetivismo moral, con una premisa sobre la *Grundphilosophie*», en Jordi Ferrer Beltrán y Giovanni B. Ratti, *El realismo jurídico genovés*, Ed. Marcial Pons, Madrid, trad. de Pau Luque.
- CHILOVI, Samuele, 2022, «Metafísica para juristas», en G. Lariguat y D. González Lagier (eds.), *Filosofía. Una introducción para juristas*, Ed. Trotta, Madrid.
- COHEN, L.J., 1992, *Belief and Acceptance*, Oxford: Clarendon Press
- COLL MARMOL, 2006, «Argumentos trascendentales e invulnerabilidad», en *Teorema*, Vol. XXV/3.
- CRELIER, Andrés, 2010, *De los argumentos trascendentales a la hermenéutica trascendental*, Editorial de la Universidad de la Plata, La Plata.
- HABERMAS, Jürgen, 2000, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Ed. Península, Barcelona, trad. de Ramón García Cotarelo.
- HAIDT, Jonathan, 2012, «El perro emocional y su cola racional. Un enfoque intuicionista social del juicio moral», en Adela Cortina (ed.), *Guía Comares de neurofilosofía práctica*, Ed. Comares, Granada.
- KANT, Immanuel, 2013, *Crítica de la razón práctica*, Alianza Editorial, Madrid, trad. de Roberto R. Aramayo.
- LÓPEZ DE LIZAGA, José Luis, 2010, «Kant y Apel: El problema de la fundamentación trascendental de la moral», en *Revista de Filosofía*, vol. 35, núm. 2.
- LÓPEZ DE LIZAGA, José Luis, 2015, «Pedir, exigir, ordenar, coaccionar. Searle y Habermas sobre la fuerza ilocucionaria de los actos de habla», en *Estudios de lingüística del español*, núm. 36.
- MACKIE, John, 2000, *La invención del bien y del mal*, Ed. Gedisa, Barcelona, trad. de Tomás Fernández Auz.
- MORESO, J.J., 2015, «Objetividad moral sin realismo robusto», en *Revista Discusiones*, núm. 16, 1.
- RORTY, Richard, 1971, «Verificationism and Transcendental Arguments», en *Nous*, Vol. 5, núm. 1.

- SCHAPER, Eva, 1999, «¿Son imposibles las deducciones trascendentales?», en Isabel Cabrera (comp.), *Argumentos trascendentales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, trad. de Isabel Cabrera.
- SEARLE, John; SOLER, Marta, ed. 2004. *Lenguaje y ciencias sociales*. Ed. El Roure, Barcelona.
- STROUD, Barry, 1994, «Kantian Argument, Conceptual Capacities, and Invulnerability», en Paolo Parrini (ed.), *Kant and Contemporary Epistemology*, Ed. Springer.
- STROUD, Barry, 2007, «Argumentos trascendentales», en Stroud, Barry; McDowell, John, *Argumentos trascendentales. La concepción disyuntiva de la experiencia: material para un argumento*, KRK Ediciones, Oviedo.
- TAYLOR, Charles, 1997, *Argumentos filosóficos. Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*, Ed. Paidós, Barcelona, trad. de Fina Birulés Beltrán.
- VALLAEYS, François, 1994, «Fundamentación de la ética del discurso: La discusión Apel/Habermas y los límites del giro pragmático», en *Areté. Revista de filosofía*, Vol. VI, núm. 2.
- VILANOVA, Javier, 2011, «Los argumentos escépticos a la luz de la teoría de la argumentación», *RIA-Revista Iberoamericana de Argumentación*, núm. 2.
- VON WRIGHT, Georg Henrik, 1970, *Norma y acción*, Ed. Tecnos, Madrid, trad. de Pedro García Ferreró.
- VON WRIGHT, Georg Henrik, *La diversidad de lo bueno*, Ed. Marcial Pons, Madrid, trad. de Daniel González Lagier y Victoria Roca Pérez.







# La dimensión política de «El Derecho como argumentación» de Manuel Atienza

## The Political Dimension of «El Derecho como argumentación» by Manuel Atienza

Jesús Ibarra Cárdenas

**Autor:**

Jesús Ibarra Cárdenas  
ITESO, México  
[jibarra@iteso.mx](mailto:jibarra@iteso.mx)

**Recibido:** 10/06/2022

**Aceptado:** 10/09/2022

**Citar como:**

Ibarra Cárdenas, Jesús (2023). La dimensión política de «El Derecho como argumentación» de Manuel Atienza. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 209-224. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.12>

**Licencia:**

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



© 2023 Jesús Ibarra Cárdenas

### Resumen

La propuesta teórica de Manuel Atienza, expresada en *El Derecho como argumentación*, contiene un factor potencial de transformación social de la práctica jurídica. Mediante categorías y conceptos de Hannah Arendt, el autor analiza la incidencia de las corrientes postpositivistas en el cambio político, específicamente la argumentación como forma de acción política en favor del Estado constitucional de Derecho.

**Palabras clave:** Derecho como argumentación; postpositivismo; Estado constitucional; Hanna Arendt; acción.

### Abstract

Manuel Atienza's theoretical proposal, expressed in *El Derecho como argumentación*, contains a potential factor for the social transformation of legal practice. Through the categories and concepts of Hannah Arendt, the author analyzes the incidence of post-positivist currents in political change, specific argumentation as a form of political action in favor of the constitutional State of Law.

**Keywords:** Law as argumentation; post-positivism; constitutional rule of law; Hanna Arendt; action.

## INTRODUCCIÓN

**M**anuel Atienza (MA) es el filósofo del Derecho prototipo, un profesor universitario que ha dedicado prácticamente toda su vida a la docencia y a la investigación. Su trabajo intelectual ha confrontado y nutrido el debate jurídico contemporáneo entorno a tres preguntas clásicas: ¿qué es el Derecho? referida a su ontología, ¿cómo conocerlo? que alude al tema epistemológico y ¿cuál sería una teoría del Derecho justo? cuestión que analiza el aspecto axiológico, de teoría de la justicia. El eje transversal que cruza su pensamiento es la apuesta por un conocimiento jurídico promotor de valores que se pueda llevar a la acción, el instrumento: la argumentación jurídica. De lectura clara y debate profundo, su obra ha cobrado una vigencia inusitada especialmente en cortes y tribunales latinoamericanos. Ineludible para quién busca un horizonte más allá del positivismo jurídico, pero sin descarrilar al Derecho como fenómeno de autoridad, ni disolver su fuerza coactiva en la deliberación moral.

Aunque el Derecho no es solo argumentación, sería equívoco reducir la teoría del Derecho a la teoría de la argumentación jurídica<sup>1</sup>, la dimensión argumentativa es particularmente relevante para el cambio político en nuestras frágiles democracias, especialmente aquellas, como las latinoamericanas, que han ido incorporando elementos constitutivos de un Estado constitucional de Derecho. La relevancia de este cambio no sólo ha sido institucional, más importante aún, es que ha permeado significativamente en la cultura jurídica. Es decir, además de las modificaciones sustanciales a la estructura y operación de diversos regímenes jurídicos, también ha trascendido a los hábitos, prácticas y significantes de las personas (profesionales o no) involucrados en el fenómeno del Derecho.

*El Derecho como argumentación* se ha convertido en un factor subversivo, determinante para el cambio político de la región debido a su capacidad de incidencia en la cultura jurídica –interna y externa– en cuanto a que la argumentación no solo tiene incidencia en cómo piensan el Derecho los profesionales de la disciplina, sino también los no instruidos, pero que participan de la obligación política y han aumentado significativamente las esperanzas en el Derecho como factor de transformación social.

...cuando hoy se habla de constitucionalismo o de «Estados constitucionales», se hace referencia a algo más, esto es, un ordenamiento jurídico constitucionalizado (el de algunos «Estados constitucionales» de algunos países occidentales) se caracteriza por poseer una Constitución densamente poblada de derechos y capaz de condicionar la legislación, la

1. En cuanto a la confusión de identificar Derecho y argumentación, en el libro *Curso de argumentación jurídica*, MA niega que alguna vez haya propuesta tal reducción, en este sentido señala que: «...De lo que quizás sea culpable es de haber escrito un libro con el título de «El Derecho como argumentación», que puede resultar –ha resultado– equívoco. Pues no solo hay lectores de solapas de libro, sino lectores de títulos que, habiendo hecho solo eso –por increíble que parezca–, se atreven a opinar y criticar (Atienza, 2013a, pág. 810).

jurisprudencia, la acción de los actores políticos o las relaciones sociales (Atienza, 2013b, p. 32).

En el mundo latino, «...el Estado constitucional opera como un ideal regulativo para el desarrollo del Derecho y de la cultura jurídica» (Atienza, 2017, p. 49). Sin embargo, no ha sido fácil la transición de un régimen jurídico positivista centrado en el modelo de imperio de la ley, a otro enfocado en cumplir las promesas y valores de un Estado constitucional de Derecho (básicamente la garantía de los derechos humanos y la democracia). En los países de la región, no se han logrado instaurar sus condiciones mínimas de operación, esto debido a diversos factores que, en conjunto, confluyen para mantener una marcada debilidad institucional<sup>2</sup>. Al final, el gobierno de los hombres termina por imponerse sobre el gobierno de las leyes, en favor de quienes cuentan con mayores recursos de todo tipo<sup>3</sup>. Esta debilidad institucional se expresa y reproduce sistemáticamente debido a la insultante y cínica desigualdad que configura de manera estructural a nuestras sociedades. Dicho de otra manera, especialmente en América Latina, nuestras sociedades aspiran a participar de la práctica de un Estado constitucional de Derecho, pero, al mismo tiempo, no hemos sido capaces, por un lado, de atemperar los niveles extremos de desigualdad traducidos en exclusión de los más desfavorecidos, así como de impunidad y privilegios para las elites económicas y políticas.

En lo que sigue, se analiza la dimensión política de la propuesta teórica –postpositivista– de MA en tres aspectos relevantes de su *Derecho como argumentación*: a) la argumentación del fenómeno jurídico como forma de acción política, b) su carácter dialógico abierto a la deliberación moral y, c) como propuesta teórica capaz de incidir en el fortalecimiento del modelo de Estado constitucional de Derecho.

## UN DERECHO QUE SE PUEDE LLEVAR A LA ACCIÓN POLÍTICA

MA tiene claro el rol que debe jugar la disciplina que ha cultivado a lo largo de su vida académica: «...el objeto de cualquier filosofía del Derecho que merezca la pena: la transformación social» (Atienza, 2017, pág. 10). Se trata de un autor de toma de posición, de lucha de convicciones jurídicas, su perfil teórico se opone a la neutralidad valorativa, a la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral, con lo cual no se le puede leer desde el estrecho marco de los enunciados jurídicos y sus relaciones. Considera que el Derecho juega un papel imprescindible como factor de transformación, en el sentido de que ningún cambio social relevante ha ocurrido prescindiendo del Derecho.

---

2. En el sentido que ha analizado Oscar Vilhena: «...en sociedades con niveles extremos de desigualdad –donde los recursos y poder de las personas y los grupos son marcadamente desiguales–, el Estado tiende a ser menos capaz de proteger a los pobres y de lograr que los poderosos respondan ante la ley» (Vilhena, 2011, pág. 29).

3. Acerca de los problemas de vigencia y aplicación del Derecho en América Latina ver el texto de Francisco Laporta: «América Latina: problemas de vigencia y aplicación del Derecho» (Laporta, 2015).

«En el tipo de sociedades en las que vivimos no es posible conseguir ningún proyecto de emancipación humana (con independencia de su carácter más o menos modesto o ambicioso) al margen del Derecho» (Atienza, 2013b, pág. 11).

Este rasgo característico de la teoría del Derecho de MA –la transformación social como finalidad– es lo que separa de manera irreconciliable a su propuesta teórica, el constitucionalismo pospositivista, de otras corrientes en la filosofía del derecho, especialmente de la perspectiva hegemónica heredada, el positivismo normativista y, en la forma y los métodos de trabajar los procesos jurídicos, también de la teoría crítica. Las diferencias más significativas se pueden observar en el rol que juega la argumentación jurídica; marginal en los dos últimos paradigmas jurídicos mencionados y preponderante en los acercamientos pospositivistas.<sup>4</sup>

En este sentido, MA no habla sólo a otros filósofos del Derecho, sino, de manera especial a los operadores jurídicos, a los usuarios del Derecho, buscando incidir y promover cursos de acción comprometidos con la transformación de las sociedades desiguales e injustas en diversos sentidos, eso sí, y esto es importante destacarlo, siempre, sin abandonar los márgenes del Derecho, sin negar su carácter autoritativo, lo que significa respetar los límites establecidos que mantienen la práctica en el ámbito de lo jurídico<sup>5</sup>.

En nuestros días y de manera ordinaria, las Cortes constitucionales resuelven multiplicidad de casos dotando de contenido a conceptos jurídica y moralmente indeterminados, ponderando ante una eventual colisión de los mismos o inaplicando reglas que les afectan, entre otras modalidades. El fallo no concluye el caso, además de que otras autoridades intervienen para su ejecución, la prensa –cada vez más–, las redes sociales, la comunidad académica y, desde luego abogadas y otras juezas, disienten, soportan, abren o cubren los flecos argumentativos que quedaron sueltos. De esta manera, el ascenso de la democracia y el proceso de constitucionalización del sistema jurídico abarcan espacios sociales e institucionales antes ajenos a la discusión jurídica, respondiendo de esta manera a la creciente demanda de justificación de las decisiones de la autoridad; «...las sociedades occidentales han sufrido un proceso de pérdida de legitimidad basada en la autoridad y en la tradición; en su lugar –como fuente de legitimidad– aparece el consentimiento de los afectados, la democracia. El proceso tiene lugar en todas las esferas de la vida, y explica el interés creciente por la argumentación» (Atienza, 2006, pág. 19).

4. Los factores que MA considera de mayor relevancia para explicar el auge de los aspectos argumentativos del Derecho son los siguientes: «...el predominio en el pasado inmediato de una cultura muy formalista, ...un sentimiento de gran insatisfacción con respecto a la enseñanza del Derecho: casi exclusivamente memorística y ...una demanda creciente de democratización (de necesidad de justificar con razones, y no apelando simplemente a la autoridad, las decisiones de los órganos públicos)» (Atienza, 2017, pág. 98).

5. Acerca del carácter autoritativo del Derecho, más específicamente en torno a la discusión sobre si los jueces crean Derecho ver «Los jueces crean Derecho, los principios jurídicos y la ponderación». (Atienza, 2020, pág. 117).

Abrir el debate haciendo presentes a los involucrados del fenómeno del Derecho, significa constituir una esfera pública jurídica, una *polis jurídica* que ha estado dispersa o incluso ausente en otros paradigmas como en el positivismo o en la teoría crítica. En otras palabras, *El Derecho como argumentación* pone a disposición de todos los involucrados, –vuelve común– el mundo jurídico celosamente gestionado por el positivismo de los especialistas en Derecho. De esta manera, es un llamado a la acción política, lleva implícito en sus postulados una exigencia no sólo moral, sino también de compromiso con el interés común, un interés en discutir la cosa pública en torno al Derecho. No alude únicamente a la descripción de los materiales jurídicos, exige razones acerca de sus implicaciones, de su relación con problemas sociales y políticos que compartimos y nos agobian, cuestión que va más allá de las problemáticas jurídicas definidas en los cerrados círculos académicos. Se trata del *sapere aude* kantiano que sacude a los participantes de la práctica social. «Necesitamos una idea suficientemente rica y compleja del Derecho para poder guiar la conducta de los diversos operadores jurídicos» (Atienza 2017, pág. 74).

Las implicaciones –políticas– de expandir o generar una esfera pública jurídica (la mencionada *polis jurídica*) tal y como se sigue de las teorías postpositivistas como la de MA, se puede explicar mediante el concepto de *acción* de Hanna Arendt que presenta en *La Condición Humana* (Arendt, 2016, cap. V y VI). Arendt entiende por *acción* el incursionar en el discurso en compañía de iguales para comenzar algo nuevo cuyos resultados no pueden ser anticipados. «Actuar, en su sentido más general, significa tomar la iniciativa, comenzar (como indica la palabra *archein*, ‘comenzar’, ‘conducir’ y finalmente ‘gobernar’), poner algo en movimiento (que es el significado original del *agere* latino)» (Arendt, 2005, pág. 207). Su planteamiento no busca explicar cómo ocurre el actuar de las personas, sino más bien, determinar las condiciones bajo las cuales la *acción* se encuentra justificada de cara a definir decisiones colectivas. A través de la *acción* se logra la experiencia de la libertad ya que se manifiestan la singularidad de cada quién y la novedad que aporta frente a la pluralidad de los demás. El vehículo de la acción es la palabra, el discurso que cuestiona y deconstruye el *statu quo*. De esta manera, la manifestación de la persona ante sus semejantes (su aparición), la pluralidad de las mismas (no se puede actuar sin los otros) y su capacidad de empezar algo nuevo (la natalidad) son las propiedades de la *acción* necesarias para constituir el espacio público común (la *res pública*).<sup>6</sup> Así, la política expresada en la *acción*, consustancial a la pluralidad a la vida en común, es lo más propiamente humano de la condición humana.

6. De acuerdo con Arendt, en la vida de las personas –en la *vita activa*– hay tres actividades fundamentales; la labor, el trabajo y la acción, las cuales, a su vez, corresponden a tres condiciones de la vida humana; la vida, la mundanidad y la pluralidad. La *labor* es todo aquello que nos permite sobrevivir, es una actividad ligada a las necesidades que tenemos con seres vivos, tales como alimentación, cuidado de la salud, seguridad, entre otras. El *trabajo* crea y fabrica objetos que se usan, no que se consumen, nos permite construir un mundo estable y duradero. A diferencia de la labor, el trabajo no es cíclico, tiene un principio y un fin. Por último, la *acción* es la actividad más elevada, es la forma no solo de estar en el

Visto bajo el prisma de la *acción* de Arendt, el impacto político de *El Derecho como argumentación* se encuentra en la capacidad que logra una comunidad jurídica –una *polis jurídica* inclusiva– de poner en crisis el principio de autoridad normativa, pero, al mismo tiempo, de dotarle de contenidos sustantivos que le mantengan vigente, con cierta estabilidad necesaria para brindar una estructura institucional a las prácticas jurídicas. En este contexto, un rasgo distintivo de las perspectivas postpositivistas es su apertura a problematizar en clave jurídica temas políticos y sociales que, bajo otras perspectivas, no serían relevantes o muy difíciles de formalizar y digerir en el plano jurídico. Dicho en otras palabras, no todo problema es un problema jurídico, pero cualquiera es susceptible de ser problematizado desde el Derecho.

### LA DIELECTICA POLÍTICA DE ‘EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN’

Además de mostrar que la argumentación es una forma de acción política, al activar y construir una *polis jurídica* mediante la cual se hace posible la irrupción de nuevos actores –antes lejanos– en las discusiones del mundo del Derecho, algo más que permite analizar el concepto arendtiano de *acción*, es la dialéctica que subyace a *El Derecho como argumentación*. Una dialéctica ausente en posiciones positivistas o también de teoría crítica, la cual es posible sólo bajo una comprensión no sólo autoritativa, sino también valorativa del fenómeno jurídico, lo que permite conjugar aspectos políticos y morales en la argumentación jurídica,<sup>7</sup> es decir, comprender al Derecho no sólo como un conjunto de reglas, sino también de principios.

Algunas metáforas que cita MA dan cuenta de dicha dialéctica, por ejemplo, aquella de Ihering que compara el Derecho con la navegación o Carlos Nino que identifica al Derecho, retomando la idea original de Roscoe Pound, como «una gran actividad que transcurre en el tiempo y que puede parangonarse a la construcción de una catedral» (Atienza, 2017, p. 30), también la imagen de Mario Jori que cita Atienza (2019a, p. 68) «...cuando nos ocupamos del Derecho, también para describirlo, no es como contemplar un bloque de mármol, sino como cantar en un coro ...no es algo que conozcamos, sino algo que hacemos, es algo en lo que participamos».

Resulta sumamente ilustrativa para comprender el elemento dialéctico de las posturas postpositivistas, la «novela encadena» (*chain novel*) que nos propone Dworkin, como representación de la «actividad interpretativa» que realizan los operadores jurídicos al

---

mundo sino de incidir en él, proporciona una identidad frente al resto de personas y es constitutiva de la pluralidad. Como las acciones tienen repercusiones para a los demás, es imperativo ser responsables (el precio de la libertad), lo que significa *pensar*, en el sentido de asumir las consecuencias de nuestras acciones.

7. En palabras de MA, «El Derecho no tiene solo una dimensión organizativa y autoritativa, sino también una finalista y valorativa, esta segunda, tiene que gozar de cierta prioridad frente a la primera, pues en otro caso se caería simplemente en el ritualismo, en conceder a los medios un papel preponderante frente a los fines» (Atienza, 2017, pág. 45).

momento de aplicar una norma jurídica de la que no son autores. En su libro *Law's Empire* compara el desarrollo del Derecho con la escritura de una novela colectiva, se trata de un proyecto común en el que un grupo de personas escribe una novela en serie; cada novelista de la cadena interpreta los capítulos que ha recibido para poder escribir uno nuevo, que luego agrega a lo que recibe el siguiente novelista y así sucesivamente. «Cada uno tiene la tarea de escribir su propio capítulo de forma tal que se construya la mejor novela posible» (Dworkin, 1986, pág. 229). Desde luego, en este ejercicio es necesario guardar fidelidad a los objetivos del texto original (de las normas y precedentes jurídicos), así como mantener la *coherencia* como principio rector en el desarrollo de las interpretaciones que modifiquen su sentido.

De esta manera, para que la dialéctica de *El Derecho como argumentación* se haga posible exige a los operadores jurídicos, especialmente a las y los jueces, mantener un equilibrio (siempre inestable) entre dos elementos normativos del Derecho: reglas y principios. Ambos tipos de normas, son un rasgo identitario de las teorías postpositivistas las cuales sostienen que el Derecho no consiste únicamente en reglas, sino también en principios que manifiestan fines y valores que debe realizar. Articular ambos componentes remiten a un ejercicio de razonamiento práctico en dos niveles, en un primer nivel, se debe verificar si las reglas cumplen con su función instrumental de preservar los bienes jurídicos considerados valiosos en el ordenamiento jurídico, si no es así, entonces se desarrolla una *ponderación*<sup>8</sup> entre los principios involucrados para obtener una nueva regla coherente con el ordenamiento en su conjunto. Una vez que se cuenta con la regla adecuada, es posible pasar al siguiente nivel de razonamiento, el que consiste básicamente en aplicarla al caso mediante un silogismo subsuntivo<sup>9</sup>.

Un esquema como el descrito básicamente introduce la razón práctica en el razonamiento jurídico, es decir, somete –en ciertos casos– a las reglas a una prueba de racionalidad para verificar si cumplen o no con los fines o los valores morales y políticos que debieran proteger. Desde luego, solo ciertas instancias deberían tener competencias para implicarlas, modificarlas o expulsarlas del ordenamiento jurídico (tribunales constitucionales, parlamentos), no obstante, su discusión, aplicación o seguimiento ordinario corresponde a otros actores vinculados al mundo jurídico. Así, instalados en

8. En opinión de MA «...el tema de la ponderación es uno de los que –parece– marcan la frontera entre una concepción positivista y una no positivista del Derecho» (Atienza, 2021, pág. 99). Sobre el tema resulta muy esclarecedor el debate de gran contraste, rico en conceptos y bastante animado entre Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado (Atienza, 2021).

9. Este tipo de razonamiento escalonado, en el que no se pueden aplicar directamente los principios, no es exclusivo del ámbito jurídico. Según explica Carlos Nino en el ámbito moral ha sido propuesto por el utilitarismo de reglas cuando, respondiendo a sus objetores, afirma que el principio de utilidad no debe aplicarse directamente a actos sino a reglas generales. También está presupuesto –escribe Nino–, por Rawls cuando sostiene que sus principios de justicia no se aplican a acciones o decisiones particulares sino a la estructura básica de la sociedad. De la misma forma en los juegos o deportes, ya que al practicarlos no se discuten los fundamentos («las reglas del juego» del primer nivel), sino los términos de su aplicación (segundo nivel). (Nino, 2000, págs. 66-67).

el postpositivismo la *polis jurídica* debe tomar precauciones ante dos extremos amenazantes para la práctica jurídica. Uno, el disolver en la moral o en la política el carácter autoritativo del derecho, específicamente al tomar decisiones con criterios o normas que no forman parte del Derecho, circunstancia válida en comprensiones iusnaturalistas o neoconstitucionalistas. El otro extremo, es un excesivo formalismo que no permita abrir la discusión y los procedimientos a las razones subyacentes a las reglas, es decir, a los fines y valores que le justifican su existencia en el orden jurídico.

En torno a si el razonamiento jurídico es independiente de la corrección moral, específicamente acerca de la tesis de la separación entre Derecho y moral como un rasgo distintivo de las doctrinas positivistas, la filosofía del derecho ha desplegado un amplio debate en los últimos años, no es este el lugar para referirse a él, sin embargo, sí para retomar la aguda defensa de MA del objetivismo en materia moral, como fundamento epistemológico del razonamiento jurídico. Frente las críticas provenientes de posturas escépticas o relativistas que abogan por una teoría descriptiva del Derecho al defender el no cognoscitivismo en materia moral, en sentido contrario, MA defiende que identificar el Derecho válido, interpretarlo, entre otras operaciones del razonamiento jurídico, en muchos casos requieren recurrir a juicios morales.

...el Derecho no podría cumplir algunas de sus funciones características sin el recurso a la moral; y la existencia de un sistema jurídico es condición necesaria para que los individuos... puedan perseguir valores morales (como la autonomía). Este tipo de consideraciones son las que me han llevado a pensar que Derecho y Moral son –para emplear la terminología de Gustavo Bueno– «conceptos conjugados», lo que no quiere decir que, por cierto, que se trate de un mismo tipo de realidad o que el Derecho sea sencillamente un aspecto de la moralidad (Atienza y García Amado, 2021, pág. 236).

El objetivismo moral es un componente necesario para contar con *criterios de corrección* que permitan no solo estar en posibilidades de *pensar*, de criticar la práctica jurídica (especialmente la actividad de los órganos terminales de aplicación del Derecho), sino también para que «La dimensión autoritativa del Derecho no pueda anular (ni hacer menos) la otra dimensión: la valorativa» (Atienza, 2019b, pág. 318). Son cinco los argumentos que presenta MA en defensa del objetivismo moral (Atienza, 2017, pág. 193).

- 1) Frente a la crítica según la cual los juicios morales, al ser enunciados axiológicos, no pueden ser calificados de verdaderos o falsos y en consecuencia no es posible su tratamiento objetivo, MA responde que para ser objetivista no hace falta ser realista moral. Aunque ontológicamente no existan partículas morales, «morons» (para usar la feliz metáfora de Dworkin), aunque no exista un mundo moral como el mundo de las ideas de Platón, de cualquier forma, podemos apelar a la objetividad de los valores si el criterio de racionalidad es epistémico y se debe entender como correcto –incorrecto, no verdadero– falso como en las ciencias formales.



- 2) Ante la objeción de que solo es posible predicar objetividad de las normas emitidas por una autoridad o seguidas como pautas de moral social, pero no de los valores que son relativos y más bien reflejan preferencias subjetivas, MA defiende que ambas entidades son susceptibles de ser analizadas, de manera objetiva por cualquier persona que posea información completa y siga las reglas del discurso, e intersubjetivamente cuando quienes avalan los valores en cuestión es un grupo social con un contexto histórico y antropológico que dota de validez a su posición.
- 3) En torno a la crítica que afirma la imposibilidad de la objetividad de los valores, ante el pluralismo de nuestras sociedades y por ello solo queda la tolerancia ante la diversidad de opiniones. MA muestra la confusión que supone renunciar a la objetividad sólo porque existen discrepancias; señala que en la ciencia también existen y no por ello se renuncia a contar con criterio de corrección objetivos. Los extremos inaceptables para las perspectivas postpositivistas, más bien serían el absolutismo y la indiferencia moral, el primero por su carácter incuestionable que frustra cualquier tipo de deliberación y el segundo por su renuncia a justificar o fundamentar nada. Un objetivismo mínimo en materia moral (que establezca, por ejemplo, un «coto vedado» de derechos según la propuesta de Ernesto Garzón,) es necesario para que la tolerancia justificada cumpla con su papel de estabilizar la diversidad de opiniones y pulsiones en sociedades plurales y estratificadas.
- 4) En cuanto a cuáles serían los criterios de fundamentación del objetivismo moral, son básicamente los que ofrece el discurso racional, la pretensión de corrección que aceptarían las personas razonables dispuestas a ajustar sus preferencias y perspectivas del mundo a partir de la fuerza del mejor argumento. Se trata de una racionalidad que permite una objetividad epistemológica, intersubjetiva, que no tiene un carácter ontológico. Las teorías promotoras del constructivismo ético ofrecen un amplio menú de herramientas instrumentales y conceptuales para facilitar la deliberación y los consensos. Además, nociones como el imperativo categórico kantiano o ideas como la dignidad, nos llevan a considerar «que cada persona es un fin en sí misma, lo que presupone que seamos capaces de adoptar una actitud impersonal ...» (Atienza, 2017, pág. 214).
- 5) Finalmente, el objetivismo moral cumple una función necesaria para el Derecho, internamente para dotar de criterios de corrección a aquellos que desarrollan investigación, dogmática jurídica, así como a los operadores jurídicos cuando necesitan interpretar o motivar casos judiciales. Externamente, ante la necesidad de fundar objetivamente la creación del Derecho en el ámbito legislativo, como señala MA, «La racionalidad ética es uno de los componentes de la racionalidad legislativa» (Atienza, 2017, pág. 214).

De esta manera, mantener vigente el equilibrio entre los mandatos de la autoridad expresados en reglas y su correspondencia adecuada con los principios del ordenamiento jurídico, requiere asumir el compromiso con ciertos valores éticos y políticos que defender, es decir, un objetivismo mínimo que dote de contenido y estabilidad a la práctica jurídica. Así, *El Derecho como argumentación* asume a los participantes de la práctica social (que se desarrolla en la *polis jurídica*), como agentes libres en cuanto a que cuentan con la «capacidad de pensar» de la que nos habla Arendt, es decir, pensar no en términos de generar conocimiento, sino en cuanto a definir cursos de acción y hacerse responsables de sus consecuencias. En un sentido muy similar lo expresa MacCormic: «La idea de razón práctica humana no puede tener sentido a menos que postulemos una capacidad humana de autodomínio o autogobierno al enfrentarse a dilemas y decisiones y al elaborar planes sobre qué hacer» (MacCormick, 2021, pág. 16).

Un planteamiento que complementa la defensa del objetivismo moral que hace MA –como un elemento constitutivo de *El Derecho como argumentación*–, es el de Hannah Arendt al analizar la «facultad de juzgar» que retoma de *La crítica del juicio* de Kant, en donde llama la atención sobre esa capacidad de la mente humana para explicar un tipo de «racionalidad especial» (en su opinión descubierta por Kant) que está influida por la racionalidad teórica (especialmente por el razonamiento lógico formal en sus versiones inductivo y deductivo), como también por la racionalidad práctica (propia del ámbito de la acción donde interviene la voluntad de los agentes), pero que, sin embargo, mantiene rasgos autónomos de ambas y por ello distintivos. «La diferencia decisiva entre *Crítica de la razón práctica* y la *Crítica del juicio* estriba en que las normas morales de la primera de ellas son válidas para todos los seres inteligibles, mientras que las reglas de la última... se ocupa de particulares, que, como tales, en consideración a lo universal, encierran algo contingente» (Arendt, 2003, pág 33).

La actividad de juzgar (en el sentido de Arendt), se despliega cuando se requiere de *saberes* que no provienen exclusivamente del uso teórico de la razón, ni tampoco de su uso práctico; sino que pertenecen a un espacio intermedio. Se trata de una racionalidad intersubjetiva, que traza una específica relación entre particular y universal, que supone el intercambio de juicios propios los cuales, sin ser incontestables, llevan una pretensión de validez universal. Esos *saberes* no operan motivados exclusivamente por la *verdad* o manteniendo la seguridad de partir de una premisa *universal* (moral); funcionan mediante el *sentido común* que vincula el uso teórico y práctico de la razón. Kant lo explica de la siguiente manera:

Por muy completa que sea la teoría, salta a la vista que entre teoría y la práctica se requiere aún un término medio como enlace para el tránsito de la una hacia la otra, pues al concepto de entendimiento, concepto que contiene una regla, se tiene que añadir un acto de la facultad de juzgar por medio del cual el práctico distingue si algo cae bajo la regla o no. Y como, por otra parte, para la facultad de juzgar no siempre se pueden dar reglas conforme a las cuales tenga que regirse en la subsunción (porque se daría un *regressus in infinitum*), puede haber teóricos que nunca en su vida serán capaces de convertirse en prácticos, porque

carecen de la facultad de juzgar; tal es el caso, por ejemplo, de médicos o juristas que han hecho bien sus estudios pero no saben cómo han de conducirse a la hora de dar un consejo. (Kant, 2006, pág. 3).

Es decir, se trata de juicios presentados por individuos particulares en el convencimiento de que deberían –ante al peso de sus méritos– ser compartidos por todos. En este contexto, «no se puede obligar a nadie a estar de acuerdo con los propios juicios [...], sólo se puede ‘solicitar’ o ‘cortejar’ el acuerdo de los otros» (Arendt, 2003, pág. 133), recurriendo al sentido común (*sensus communis*)<sup>10</sup> en calidad de miembro de una comunidad, como parte de un sentir común, motivo por el cual: «Se solicita la aprobación de todos los demás, porque se tiene para ello un fundamento que es común a todos» (Arendt, 2003, pág. 134).

*El Derecho como argumentación* opera en este espacio de racionalidad intersubjetiva, en donde los participantes están constreñidos por las pautas que marcan los materiales jurídicos válidos y los precedentes establecidos, pero al mismo tiempo, frente a un caso particular, corresponde adaptar de la mejor manera posible (incluso con estándares de moralidad política) dichas pautas preestablecidas. Se trata de mantener dialécticamente un equilibrio, de adaptar la regulación establecida a las propiedades *particulares* del caso en cuestión par así mantener la vigencia y consolidación de los valores que subyacen al ordenamiento jurídico en cuestión. Por eso se trata de Derecho vivo, su identidad se define por la *acción* de sus participantes, es una práctica social.

## **EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN... DEL ESTADO CONSTITUCIONAL**

En el prólogo de *Fundamentos de derecho constitucional*, Carlos Nino narra una anécdota de cuando participó en 1986 en la discusión sobre la reforma constitucional argentina. En ese entonces fungía como coordinador del Consejo para la Consolidación de la Democracia. En el ejercicio de ese encargo tuvo discusiones con juristas, filósofos y politólogos y, en su opinión el enfoque de cada uno de ellos ignora a los otros, «y producen así una visión parcial, y a veces distorsionada, del fenómeno constitucional» (Nino, 2000, pág. VII).

---

10. Para Arendt, el *sentido común* es una clase de preentendimiento compartido por los miembros de una comunidad que los une en una forma de vida particular. Gracias al sentido común, los individuos pueden comunicarse y comprenderse entre sí; lo cual es la base potencial de validez de los futuros acuerdos políticos y jurídicos necesarios para una convivencia pacífica. En su visión, el sentido común es en realidad un sentido de comunidad por cuanto está adscrito a una comunidad histórica concreta como consecuencia de su actuar compartido. Por ello, el sentido común no pertenece a los individuos en calidad de seres aislados, sino en tanto que son miembros de una comunidad cultural y política concreta (Arendt, 2003, pág. 133).

Los juristas lo encaran desde lo que Hart denomina el punto de «vista interno», que parte de ciertas premisas normativas, fundadas aparentemente en el derecho positivo, para llegar a conclusiones justificatorias. Los politólogos adoptan «el punto de vista externo» que toma en cuenta la interacción causal entre el funcionamiento institucional y otros procesos sociales. Los filósofos políticos se ocupan de los valores que justifican la adopción de ciertos mecanismos de decisión y de sus limitaciones en función de ciertos derechos, y cómo tales valores se reflejan o no en las instituciones vigentes (Nino, 2000, pág. VII).

La ausencia de interacción entre las disciplinas que menciona Nino no es el principal reto del que debe ocuparse *El Derecho como argumentación*; su enfoque centrado en la noción de problema, abre a la interdisciplina desde sus concepciones formal, material y pragmática, según las necesidades de argumentación que emergen en la práctica constitucional (Atienza, 2006, pág. 80). El reto, en los tiempos que corren, se encuentra en una cuestión política, en la aportación efectiva para la construcción de un Estado constitucional de Derecho<sup>11</sup>, más importante aún, para su defensa ante un fenómeno cada vez más extendido: «...la tendencia de las poblaciones actuales a polarizarse en frentes antagónicos e irreconciliables que hace imposible la práctica de una política democrático-deliberativa bajo el paraguas de una constitución» (Aguiló, 2019, pág. 86).

En este sentido, las perspectivas postpositivistas pueden aportar no solo un mejor fundamento sino una mayor oportunidad para la democracia y la garantía de a los derechos humanos, especialmente frente a los cuatro males característicos de toda dominación política que analiza Josep Aguiló, lo cuales, en grados distintos, aquejan a países del mundo latino: arbitrariedad, autoritarismo, despotismo y exclusión social (Aguiló, 2019, pág. 87). En principio, el alcance de los acercamientos postpositivistas a los contextos jurídicos cotidianos es superior; *El Derecho como argumentación* no sustituye la realidad jurídica por otra meramente conceptual, por ejemplo, como lo hace el positivismo de raigambre analítica. Es la *experiencia* y no el análisis del lenguaje de los enunciados normativos el objeto de estudio del planteamiento de MA, se trata de una diferencia ontológica que llama a la *acción* de la comunidad jurídica y no exclusivamente a la articulación de un sistema de normas. A esto se refiere MA cuando caracteriza al Derecho como una práctica social.<sup>12</sup> Implica que el Derecho, en lugar de ser una realidad

11. Josep Aguiló presenta dos propiedades relevantes y definitorias de este modelo de organización política: «La primera es que los derechos cumplen esencialmente un papel de fundamentación dentro del sistema jurídico-político: fundamentan tanto la obligación política de los ciudadanos, esto es, el deber de obediencia (no en vano fundamentan la autoridad legítima), como los límites de dicho deber de obediencia (por cuanto fundamentan una idea de justicia que determina los contenidos necesarios e imposibles). La segunda es que la tradicional tensión entre autoridad y justicia se plantea de manera bien peculiar en el constitucionalismo de los derechos: pues tanto la autoridad legítima como la justicia encuentran su fundamento en los derechos de los gobernados». (Aguiló, 2019, pág. 86).

12. Los tres componentes de dicha práctica los describe MA de la siguiente manera: «(1) una concepción dinámica del Derecho, lo que supone considerarlo no simplemente como un hecho social, sino –cabría decir– como un artefacto social (extremadamente complejo) inventado para cumplir ciertos propósitos; la distinción, dentro de esa realidad, de dos dimensiones, una organizativa o autoritativa y otra finalista o axiológica, y articuladas de tal forma que la segunda no puede reducirse a la primera, sino que,

que está ahí afuera, que solo hace falta describir y explicar, es una actividad en la que lo esencial son los fines y valores a perseguir, así como los instrumentos que han de usarse para ello. Tales fines y valores, así como la propia argumentación jurídica, están intrínsecamente conectadas con la práctica moral (Atienza, 2019, pág. 104).

Otra distinción de Hannah Arendt aporta un argumento poco considerado, pero que muestra con claridad la superioridad de los enfoques postpositivistas en favor de las instituciones del Estado constitucional, más importante aún, podría explicar el fondo de las objeciones al postpositivismo por parte de posturas positivistas. Se trata de la contraposición tajante que establece Arendt entre filosofía y política; en su opinión, ambas son experiencias radicalmente distintas. Se trata de la distinción clásica entre vida teórica centrada en contemplación y que ocurre «con uno mismo» en soledad, en contraste con la política centrada en las relaciones humanas, que sucede en referencia con los otros, «juntos como iguales» en lo público. Aunque Arendt reconoce que pensar y actuar son acciones que no se pueden escindir, sí que son contradictorias, incluso hostiles. La filosofía solo puede darse al margen de la política es una experiencia intelectual, casi en silencio, que privilegia la observación y cuida no modificar el fenómeno observado para dar cuenta en toda su integridad, en su forma más pura. Por el contrario, la experiencia política es necesariamente ruidosa, transformadora, se preocupa por esquema de medios fines<sup>13</sup>.

Poner la filosofía del derecho al servicio de la política, así sea para salvaguardar el Estado constitucional de Derecho, es algo que no cabe en el paradigma positivista estrictamente descriptivo, sería una anomalía metodológica para empezar. Así lo comenta Arendt: «...el conflicto entre la filosofía y la política, entre el filósofo y la *polis*, estalló no porque Sócrates hubiese deseado desempeñar un papel político, sino porque quiso convertir a la filosofía en algo relevante para la polis» (Arendt, 2018, p. 63).

De esta manera, el *giro argumentativo* en el Derecho tiene implicaciones más allá de las preferencias sobre la perspectiva de teoría a adoptar, se trata de cambios de calado, se podría decir de paradigma, en el sentido de que implica asumir un conjunto básico de creencias acerca del Derecho que guían la *acción* de acuerdo al rol de cada participante del fenómeno jurídico. Mientras que el positivismo jurídico asume una posición descriptiva del Derecho centrada en la autoridad, el postpositivismo postula una práctica performativa, en cuanto a que llama y confronta a los usuarios del Derecho a

---

más bien goza, de cierta preminencia; y 3) la necesaria vinculación entre práctica jurídica con valores morales objetivos o, si se quiere, con la idea de justicia». (Atienza, 2017, pág. 35).

13. Arendt atribuye a Platón la hostilidad de la filosofía hacia la política, comenta que en el comienzo de nuestra tradición de filosofía política «...se alza el desprecio de Platón hacia la política, su convicción de que los asuntos y acciones de los hombres (*ta ton anthropon prágmata*) no son merecedores de una gran seriedad y de que la única razón por la que el filósofo necesita preocuparse de ellos es el infortunado hecho de que la filosofía [...] es materialmente imposible sin un arreglo medianamente razonable de todos los asuntos que conciernen a los hombres en la medida en que viven juntos». (Arendt, 2007, pág. 60).

defender y cuestionar razones mediante la argumentación. Dependiendo el rol de cada integrante, es el espacio para hacerse presente en esa práctica, no es lo mismo un juez, que un profesor o académico, tampoco un periodista que cubre la fuente judicial o un legislador. Pero todos, interactúan en el tema, la ley o el caso jurídico de que se trate con una actitud que asume un cierto objetivismo moral y un pragmatismo, pero como MA advierte, un pragmatismo bien entendido, que podríamos identificar más cercano al planteamiento de John Dewey y muy lejano del propuesto por Richar Rorty y otros autores posmodernos. Es decir, MA rechaza las versiones del pragmatismo que identifican lo justo con lo útil, más bien piensa que es posible reconocer lo justo mediante la práctica –argumentativa–, por vía de la experiencia.

A partir de lo dicho, MA presenta una definición de Derecho el cual identifica «... como el conjunto de las condiciones de vida de la sociedad que satisfacen los derechos fundamentales basados en la dignidad humana, aseguradas esas condiciones mediante la coacción externa por un poder ejercido de acuerdo con los requerimientos del Estado de Derecho» (Atienza 2017, pág. 46). A manera de síntesis comparativa, a continuación, se presenta un cuadro con las principales características distintivas de *El Derecho como argumentación*, más puntualmente del paradigma postpositivista frente al de la teoría crítica y el positivismo normativista. Desde luego, estas dos últimas perspectivas no se analizan con amplitud ni suficiencia en este escrito, sin embargo, en trazos muy gruesos son de utilidad para ordenar gráficamente sus características principales frente al postpositivismo.

<i>Comprensión del Derecho</i>	<b>Positivismo normativista</b>	<b>Postpositivismo</b>	<b>Teoría crítica</b>
<b>Ontología</b>	Sistema de reglas e instituciones	Práctica social. Reglas y principios.	Relaciones de poder que se instrumentan mediante el Derecho
<b>Axiología</b>	Separación entre Derecho, moral y política	Derecho, moral y política son «conceptos conjugados»	Escepticismo moral. El Derecho es un instrumento de dominación del poder
<b>Epistemología</b>	Escepticismo moral y objetivismo en las relaciones lógicas de las reglas	Objetivismo moral y en las relaciones lógicas de las disposiciones normativas	Escepticismo moral. Crítica y evidencia de relaciones de dominación
<b>Metodología</b>	Razonamiento lógico, análisis lógico del lenguaje	Razonamiento lógico condicionado por la justificación moral	Operador jurídico transformador, como defensor y activista
<b>Fines</b>	Previsibilidad, certeza, seguridad jurídica	Transformación social, promotora de la dignidad de las personas, los DH y la democracia	Transformación social basada en la emancipación de relaciones de dominación

Fuente: Elaboración propia.

## CONSIDERACIONES FINALES

La dimensión política de *El Derecho como argumentación* de MA se puede observar en tres aspectos interrelacionados: a) la noción de *pensar* el Derecho más allá de las autoridades normativas que lo crean y atender, en su lugar, a la práctica social que desarrollan sus usuarios y operadores. Así, la argumentación se transforma en un instrumento de acción colectiva, que se despliega en una esfera pública jurídica, como una forma de acción política tendiente a cumplir fines y valores; b) su carácter dialógico abierto a la deliberación moral y política, pero, sin abandonar su origen e identidad autoritativa; c) como propuesta teórica con capacidad de incidir en las prácticas jurídicas que construyen un modelo de Estado constitucional de Derecho. Visto así, se comprende mejor el por qué «...la capacidad argumentativa de los ciudadanos es una condición necesaria para poder calificar a una sociedad de democrática» (Atienza, 2017, p. 69).

Frente a los embates del populismo y las ideologías que día a día incrementan su influencia en la vida pública, las perspectivas postpositivistas del Derecho, ante la exigencia de justificación de las decisiones, son un instrumento de resistencia para salvaguardar la democracia y la protección de los derechos de las personas. Por ello, *El Derecho como argumentación* de MA, aún le resta incursionar y rehabilitar, en la medida de lo posible, la crisis civilizatoria que marca los tiempos que corren.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, J., (2019). «En defensa del Estado constitucional de Derecho», *Doxa*, núm. 42, 85-100.
- ARENDT, H., (2003). *Conferencias sobre la filosofía política de Kant*, Barcelona: Paidós.
- ARENDT, H., (2005). *La condición humana*, Barcelona: Paidós Surcos 15.
- ARENDT, H., (2007). *Karl Marx y la tradición del pensamiento político occidental*, Madrid: Ediciones Encuentro.
- ARENDT, H., (2018). *La promesa de la política*, Barcelona: Paidós.
- ATIENZA, M., (2006). *El Derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel.
- ATIENZA, M., (2013a). *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta.
- ATIENZA, M., (2013b). *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Madrid: Pasos Perdidos.
- ATIENZA, M., (2019a). *Comentarios e incitaciones. Una defensa del postpositivismo jurídico*, Madrid: Trotta.
- ATIENZA, M., (2019b). «Epílogo. Positivismo y derechos: un debate. ¿Una visión postpositivista de los Derechos? Comentario a propósito de un libro de Bruno Celano», en Celano, B. *Los derechos en el Estado constitucional*, Lima: Palestra.
- ATIENZA, M., (2020). *Una apología del Derecho y otros ensayos*, Madrid: Trotta.
- ATIENZA, M. Y GARCÍA AMADO, J., A., (2021). *Debates iusfilosóficos. Sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral*, Lima: Palestra.

- KANT, I., (2006). «En torno al tópico: tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica», en *Teoría y práctica*, (ed. original de 1793), Madrid: Tecnos.
- DWORKIN, R. (1986). *Law's empire*, Cambridge, London: Harvard University Press.
- LAPORTA, F. (2015). «América Latina: problemas de vigencia y aplicación del Derecho», en Carles Cruz, Carolina Fernández y Jordi Ferrer (eds.) *Seguridad Jurídica y Democracia en América Latina*, Barcelona: Marcial Pons.
- MACCORMICK, N., (2021). *La razón práctica en el Derecho y la moral*. Lima: Palestra.
- NINO, C., (2000). *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires: Astrea.
- VILHENA VIEIRA, O. (2011). «Desigualdad estructural y estado de derecho» en RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (coord.). *El Derecho en América latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires: Siglo veintiuno editores.





# Diez patologías formalistas en la cultura jurídica mexicana. Tras los pasos de M. Atienza

## Ten Formalistic Pathologies in the Mexican Legal culture. About the Theses of M. Atienza

Roberto Lara Chagoyán

### Autor:

Roberto Lara Chagoyán  
Tecnológico de Monterrey, México  
<https://orcid.org/0000-0003-1692-8826>  
rlarac@tec.mx

Recibido: 10/06/2022

Aceptado: 10/09/2022

### Citar como:

Lara Chagoyán, Roberto (2023). Diez patologías formalistas en la cultura jurídica mexicana. Tras los pasos de M. Atienza. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 225-242. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.13>

### Licencia:

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



© 2023 Roberto Lara Chagoyán

### Resumen

En este trabajo se aborda el problema del formalismo jurídico, a partir de tres nociones teóricas: como racionalidad formal, como concepción del Derecho y como comportamiento ritualista de los operadores jurídicos, que aparecen en la obra de M. Atienza. A partir de la experiencia jurídica mexicana, se exponen diez patologías formalistas que surgen de la combinación del activismo judicial con algunas de las nociones de formalismo propuestas por el autor.

**Palabras clave:** formalismo jurídico, activismo judicial, sustantivismo, comportamiento ritualista, juicio de amparo.

### Abstract

According to Manuel Atienza, «legal formalism» expresses three theoretical meanings. First, as formal rationality; second, as a conception of Law; and finally, as ritualistic behavior of legal operators. Then, I describe ten examples that I consider paradigmatic of a formalistic way of thinking which I call pathologies in Mexican legal practice, arising from a combination of both judicial activism and ritualistic behaviors widely described in Atienza's *opus*.

**Keywords:** legal formalism, judicial activism, substantivism, ritualistic behavior, amparo.

## 1. INTRODUCCIÓN

**M**i propósito en este trabajo es mostrar que, al intentar promover la dimensión valorativa del Derecho, los legisladores, jueces y académicos mexicanos hemos elegido, de forma más o menos inconsciente, el único modo de hacer Derecho que, quizás, conocemos: el formalismo jurídico. Dicho de forma sencilla: o bien hemos intentado formalizar rígidamente el antiformalismo, o bien hemos buscado combatir el formalismo con más formalismo. Para ello, utilizo tres nociones de formalismo de Manuel Atienza: como racionalidad formal, como concepción del Derecho y como comportamiento ritualista. La primera y la tercera se identifican, respectivamente, con una característica inherente al Derecho y con un comportamiento desviado de los operadores jurídicos; la segunda es ambigua porque, en la obra del autor, a veces se identifica con la racionalidad y otras con la desviación.

Sostendré centralmente que los comportamientos típicamente ritualistas son el resultado de una mezcla de factores tales como: una mala legislación, una jurisprudencia que reproduce actitudes formalistas, una enseñanza del Derecho que no está a la altura de las exigencias del Estado Constitucional, una práctica jurídica que desatiende los fines y se concentra en los medios, y ciertas actitudes activistas impulsadas por un exceso de buenas intenciones. He detectado diez de estos comportamientos que aquí he llamado patologías formalistas.

Manuel Atienza es, ante todo, un incansable constructor de ideas y de personas. Su obra no se agota en su prolífica producción escrita, sino que se extiende a través de todos aquellos a quienes ha formado. No existen palabras para agradecer lo suficiente a quien nos ha enseñado a pensar mejor y a tener la convicción de que el Derecho puede transformar, para bien, a la sociedad, si es que se lo entiende de forma adecuada. Este reconocimiento lo extiendo también al resto de los integrantes del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante y a todos los condiscípulos de nuestro querido maestro.

## 1. TRES NOCIONES DE FORMALISMO

### 1.1. Formalismo como racionalidad formal o legalismo

Para Manuel Atienza el formalismo es un elemento consustancial del Derecho que viene a coincidir con la idea de racionalidad formal de Max Weber, que implica que la actividad del jurista se conduce dentro de ciertos límites institucionales o autoritativos. De acuerdo con esta característica, el jurista se mueve dentro de un marco constituido por *reglas* que funcionan como razones excluyentes o perentorias, que evitan a quien las aplica llevar a cabo deliberaciones de tipo moral o político. El formalismo, así

entendido, no ofrece ningún problema para Manuel Atienza, ya que sencillamente se trata de una cualidad inherente al Derecho.<sup>1</sup>

## 1.2. Formalismo como concepción del Derecho

Se trata, según Atienza, de una desviación o exageración de alguno de los componentes del Derecho visto desde el modelo positivista. El autor hace referencia los tres formalismos históricos del siglo XIX: el conceptual, asociado a la escuela histórica alemana; el legal, relacionado con la escuela francesa de la exégesis; y el jurisprudencial derivado de la jurisprudencia inglesa. Esta aproximación al Derecho se caracterizaría «...por la tendencia a la simplificación de las operaciones de aplicación e interpretación del Derecho. Como dirían Hart o Carrió: por no ver los casos de la penumbra, los casos difíciles, y tratar a todos ellos como si fueran casos fáciles» (Atienza, 2006, pp. 26 y 27).<sup>2</sup>

## 1.3. Formalismo como comportamiento ritualista

De acuerdo con esta acepción, los operadores jurídicos, especialmente los jueces, parecen sentirse vinculados exclusivamente por el texto de las normas jurídicas vigentes, y no, también, por las razones subyacentes a estas. Para Atienza, este sería un comportamiento ritualista porque, como se verá en los ejemplos a los que más adelante me referiré, algunos operadores jurídicos podrían tomar decisiones claramente no

---

1. Esta acepción se puede encontrar en *Introducción al Derecho*, de 1985, en la que el autor predica el formalismo de la ciencia jurídica, la cual debe estar organizada lógicamente y sistemáticamente para que los que la aplican no tengan que incorporar aspectos de carácter sociológico, psicológico o ético (Atienza, 1985, p. 208). En *El sentido del Derecho*, de 2001, el autor se refiere a esta misma noción, pero ahora la predica del Derecho mismo (Atienza, 2001, p. 276). En *El Derecho como argumentación*, de 2006, identifica al formalismo como «legalismo» (Atienza, 2006, p. 25). En «Cómo desenmascarar a un formalista», sostiene que el Derecho es un fenómeno de autoridad, en el que las razones formales tienen una importancia que, por ejemplo, no le da la moral (Atienza, 2011, p. 199). En el *Curso de argumentación jurídica*, de 2013, reitera esta noción, y agrega que, así entendido, no habría ninguna razón para oponerse al él (Atienza, 2013, p. 23).

2. En *El sentido del Derecho* establece como notas características de esta concepción, las siguientes: 1) completitud y coherencia de los sistemas jurídicos; 2) creación del Derecho sólo por los legisladores; 3) el carácter esencialmente estático del Derecho; 4) reglas generales como componentes esenciales; 5) generalidad y abstracción de las normas y conceptos; 6) «lógica interna» de los conceptos que hace innecesario recurrir a elementos extrajurídicos; 7) la subsunción como única posibilidad en el razonamiento; 8) la seguridad jurídica como máximo ideal; 9) la interpretación en sentido descriptivo para evitar la discrecionalidad del intérprete; 10) la adecuación del Derecho a una sociedad en transformación; y 11) el Derecho como un fin en sí mismo, aislado de la política, que prescinde de sus funciones sociales y que excluye la posibilidad de la crítica moral (Atienza, 2001, pp. 277-279). En *El Derecho como argumentación* identifica al formalismo con la ideología (Atienza, 2006, p. 26). Y en el *Curso de argumentación jurídica* señala que se trata de una concepción muy desacreditada en la teoría, pero no en la práctica (Atienza, 2013, p. 23).

justificadas a pesar de que están atrapadas en un texto legal. La práctica del Derecho se convierte, entonces, en un rito, en una liturgia que a menudo desdeña el contexto del caso y los valores a los que el Derecho sirve.<sup>3</sup>

Hasta aquí las tres distintas nociones de formalismo detectadas en la obra de Manuel Atienza. Al respecto, podríamos decir que en ninguna de ellas hace un uso puramente descriptivo. En cuanto al formalismo como racionalidad formal, considera que resulta una obviedad el hecho de que el Derecho se base en reglas vistas como razones perentorias y excluyentes; nadie en su sano juicio estaría en contra de que en eso básicamente consiste el Derecho. La discusión relevante no es negar esa cualidad inapelable del Derecho, sino determinar si el Derecho en la actualidad, además de racionalidad formal, necesita también una racionalidad de tipo material. Esta valoración se hace más intensa en la segunda noción (formalismo como concepción del Derecho), ya que claramente Atienza no la comparte. Aunque aclara que positivismo y formalismo no son lo mismo (de hecho, afirma que existen positivistas no formalistas) lo cierto es que considera que ni el formalismo ni el positivismo son ofertas teóricas adecuadas para afrontar los retos del paradigma constitucionalista.

Y acerca del formalismo como comportamiento ritualista habría que decir que se trata, ni más ni menos, de uno de los retos o apuestas más relevantes a lo largo de la carrera académica del maestro de Alicante. En este caso la descalificación no es de una teoría o grupo de teorías, sino de una actitud de ciertos operadores jurídicos que se ve reflejada en sentencias, demandas, recursos, etcétera.

## 2. ALGUNAS COMBINACIONES RELEVANTES

Las tres nociones detectadas suelen confundirse o traslaparse, especialmente cuando se las compara con otras, que también ha tratado Manuel Atienza: el *activismo* de los jueces, por un lado, y la actitud simplemente *activa* que debería adoptar un juez no formalista. El *juez activista* es el que desprecia los límites de lo jurídico y actúa como si el Derecho no fuera una práctica autoritativa (Atienza, 2017, p. 141). En cambio, el *juez activo* sería una especie de «juez argumentativo» que, al tomarse en serio la obligación de fundamentar sus decisiones, acepta que es necesario constreñir su actuación a

3. En «Cómo desenmascarar a un formalista» se refiere al formalismo como una «dolencia que aqueja al Derecho» y como una «enfermedad endémica» de la cultura jurídica latina (Atienza, 2011, p. 199). En *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, de 2013, destaca la que el ritualista da primacía a la interpretación literal de las normas frente a la teleológica o valorativa, y que se desentiende de las consecuencias de las decisiones judiciales (Atienza, 2013a, 123-124). En 2017, en *Filosofía del Derecho y transformación social*, señala que el juez formalista, en oposición al activista –el otro extremo también criticable– es «...el que atiende a únicamente al texto de la ley y no toma en cuenta las razones subyacentes a las normas, de tal manera que se olvida de los fines y valores que caracterizan esa práctica» (Atienza, 2017, p. 141).

aquellos límites que «marcan la diferencia entre lo que es y lo que no es argumentable en el Derecho» (*Ibidem*, p. 142).

Para evitar esos traslapes que sólo causan malentendidos, J. Aguiló aclara que se trata de dos pares de conceptos: el de formalismo y activismo judiciales, por un lado, y el de formalismo y sustantivismo, por el otro.

## 2.1. Pares oponibles y no oponibles

Se puede afirmar «el juez X es formalista» y «el juez Y es activista» intentando destacar que X es «un juez apegado a la legalidad y desapegado de la constitucionalidad», mientras que Y es «un juez desapegado de la legalidad y apegado a la constitucionalidad» (Aguiló, 2021, p. 34). Si se mira bien, en realidad estos no serían conceptos opuestos, ya que tanto X como Y serían malos jueces, porque uno y otro estarían dejando de lado un componente esencial de lo que el Derecho es: el activista obviaría el imperio de la ley; el formalista, por su parte, estaría sintiéndose vinculado exclusivamente por el texto de las reglas, sin atender a las razones subyacentes a ellas, incurriendo en una actitud ritualista o fetichista ante el texto de la ley.

El segundo par está formado por dos actitudes que sí resultan opuestas: la formalista y la sustantivista. El juez formalista prioriza las razones formales, mientras que el sustantivista lo hace con las razones sustantivas o materiales. Esta oposición es ineliminable porque se trata, en realidad de una combinación de lo que Alf Ross llamó «conciencia jurídica formal» y «conciencia jurídica material». La primera se traduce en la obediencia al Derecho vigente, a partir de la deferencia del juez a las reglas y a una interpretación literalista; mientras que la segunda se traduce en una valoración consciente de las razones (fines y valores) que están detrás de las reglas.<sup>4</sup> De este modo, el juez ideal no puede prescindir ni del formalismo, así entendido, ni del sustantivismo. Los jueces de carne y hueso que actúan sin desdeñar alguno de estos aspectos estarían dispuestos simplemente a poner más acento en la forma o en la sustancia. El autor compara dos modelos de jueces asociados a estas dos dimensiones: el modelo de Francisco Laporta y el de Manuel Atienza. El siguiente cuadro resume las diferencias:

---

4. En palabras de Ross: «Puede decirse así que la administración de justicia es la resultante de un paralelogramo de fuerzas en el que los vectores dominantes son la conciencia jurídica formal y la conciencia jurídica material. La decisión a que se arriba está determinada por el efecto combinado de la interpretación cognoscitiva de la ley y de la actitud valorativa de la conciencia jurídica» (Ross, 1970, p. 134, citado por Aguiló, 2021, p. 36).

Cuadro 1. Modelos de jueces ideales

Variables	Francisco Laporta	Manuel Atienza
Tipo ideal de juez	Deferente	Activo
Conciencia jurídica (Ross)	Formal	Material
Modelo	Reglas	Reglas y principios
Interpretación	Literalismo	Constructivismo
Acento	Formalismo	Sustantivismo

Elaboración propia a partir de Aguiló, 2021, pp. 36 y 37.

Siempre de acuerdo con Aguiló, si comparásemos a dos jueces, uno deferente y otro activo, ambos estarían de acuerdo en identificar los casos fáciles, sin mayores sobresaltos; también identificarían los difíciles, en los que podría haber desacuerdo en cuanto a la toma de la decisión, pero se reconocerían recíprocamente legitimidad para alcanzarla; y también podrían identificar casos de franca desviación judicial asociados al activismo, en el sentido de desapego a la legalidad, o al formalismo en el sentido de desapego a la constitucionalidad. Por otra parte, valiéndose de la conocida clasificación de Merton acerca de la adaptación de los individuos a los grupos sociales<sup>5</sup>, Aguiló asocia los dos pares de conceptos analizados para distinguir las conductas judiciales desviadas de las que no lo son. El siguiente cuadro resume la propuesta del autor:

Cuadro 2. Tipología de jueces

	Conducta desviada	R. K. Merton	Tipo ideal de juez (Atienza/Laporta)	Énfasis en la conciencia jurídica (Ross)
Juez formalista	No	Conforme	Deferente	Formal
Juez sustantivista	No	Conforme	Activo	Material
Juez formalista	Sí	Ritualista	-	-
Juez activista	Sí	Innovador	-	-

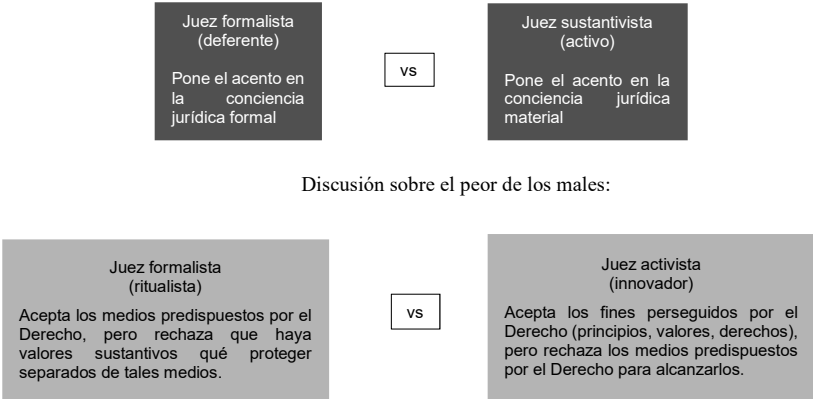
Elaboración propia, a partir de Aguiló, 2021, pp. 39-41.

Cuando se juega con el par «formalista (deferente)-sustantivista (activo)», se entra a una discusión en el terreno de la ética judicial, esto es, en una discusión sobre excelencia

5. De acuerdo con Robert K. Merton, el individuo **conforme** acepta los fines y los medios; el **innovador** acepta los fines pero rechaza los medios; el **ritualista** rechaza los fines pero acepta los medios; el **apático** rechaza tanto los fines como los medios, pero no propone alternativas; y el **rebeld** rechaza tanto los fines como los medios, pero propone fines y medios alternativos (Merton, 1938, pp. 676 y ss., citado por Aguiló, 2021, p. 39).

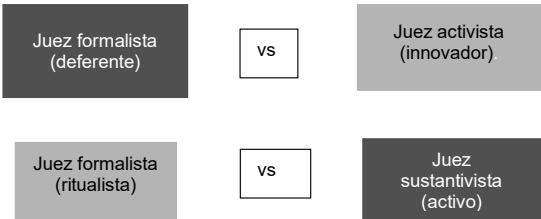
en la impartición de justicia; y cuando se juega con el par «formalista (ritualista)-activista (innovador), la discusión versa sobre cuál de las dos formas de conducta judicial desviada puede ser más perjudicial o cuál de los dos vicios es más común en un determinado país.

Cuadro 3. Tipos de discusiones



Por eso –nos dice Aguiló– oponer de forma descuidada un modelo de juez formalista (en el sentido de deferente) a uno *activista*, y oponer, también de forma descuidada, un modelo de juez sustantivista a otro ritualista, sencillamente carece de interés, ya que quien discutiera en cada uno de esos supuestos lo haría contra un hombre de paja, pues estaría enfrentando un modelo ideal de juez contra una conducta desviada:

Cuadro 4. Discusiones basadas en la falacia del hombre de paja



2.2. ¿Dos o tres nociones de formalismo?

Si cruzamos la clasificación de Atienza con el análisis de Aguiló, tendríamos como resultado que la primera acepción (racionalidad formal) está relacionada con la idea de conciencia jurídica formal de Ross, que pondría en práctica un juez deferente, en el sentido de Laporta; mientras que la tercera (comportamiento ritualista) se identifica

con una conducta judicial desviada. Sin embargo, no queda claro cómo clasificar en el esquema de Aguiló la noción de formalismo como concepción del Derecho. Sólo caben dos posibilidades: 1) considerar que las nociones de formalismo como racionalidad formal, y como concepción del Derecho, son en realidad una sola; o bien, 2) que las nociones de formalismo como concepción del Derecho, y como comportamiento ritualista son una misma cosa. En cualquiera de los dos escenarios estaríamos reduciendo a dos las nociones de formalismo de Manuel Atienza (de hecho, a lo largo de su obra, él nunca se refiere a tres, sino a dos).

Esta disyunción es problemática, por no decir, dilemática, ya que si se opta por la primera posibilidad, se estaría afirmando que el formalismo legal, el formalismo conceptual y el formalismo jurisprudencial serían meras manifestaciones de la racionalidad formal a la que se refería Max Weber. De este modo, dado que Atienza no se opone en absoluto a ese tipo de racionalidad, porque la considera como un elemento consubstancial al Derecho, entonces tampoco tendría razones para oponerse a cierto tipo de positivismo de corte formalista. Sin embargo, no podemos olvidar los constantes llamados del autor a «dejar atrás el positivismo» (Atienza y Ruiz Manero, 2007). Por otra parte, si se opta por identificar el formalismo como concepción con el comportamiento ritualista, se estaría afirmando que el ritualismo no sólo se predica del comportamiento desviado de ciertos jueces, sino también de cierto tipo de positivismo. ¿Atienza aceptaría que cierto tipo de positivismo es ritualista?

Atienza reprueba las versiones 2 y 3 del formalismo, aunque por diferentes razones. Al formalismo como concepción lo ataca porque ofrece una perspectiva limitada y parcial del fenómeno jurídico, de lo cual son responsables los teóricos que defienden ese tipo de posturas. Y al formalismo como comportamiento ritualista lo ataca porque demuestra una actitud poco comprometida con la defensa de los valores constitucionales y especialmente una concepción pobre de la motivación de las decisiones, de lo cual son responsables ciertos operadores jurídicos —especialmente jueces— que hacen de la práctica del Derecho un culto basado en el texto de la ley.

### **3. DIEZ PATOLOGÍAS FORMALISTAS EN LA CULTURA JURÍDICA MEXICANA**

Lo anterior me lleva a pensar que si bien el formalismo, como concepción del Derecho, no condiciona el ritualismo, sí lo favorece. Sin embargo, para incurrir en él, se requiere, además la conjugación dos o más de las siguientes variables: una legislación deficiente, una jurisprudencia que reproduce actitudes formalistas, una enseñanza del Derecho orientada en exclusiva por los textos legales, una práctica jurídica que desatiende los fines y se concentra en los medios, y ciertas actitudes activistas. Estos factores producen distintas patologías formalistas. Logré detectar diez de ellas en la práctica jurídica mexicana.



## I) La tergiversación de los principios

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 es, sin duda, la más relevante en las últimas décadas. Uno de los fines perseguidos por el Poder Reformador fue buscar que los jueces miraran más al territorio de la constitucionalidad que al de la legalidad<sup>6</sup>, es decir, combatir el mal formalismo, que seguía presente, a pesar de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) se había convertido en un tribunal constitucional desde 1994. Por ello, ante la cerrazón de ese tipo de jurista que no está dispuesto a hacer nada si no se lo ordena expresamente un texto, se consideró que era necesario positivizar el antiformalismo mediante, por ejemplo, la obligación de ponderar en todos los casos a partir del principio *pro persona*, como si de reglas se tratara. Aunque la reforma constitucional trajo grandes beneficios, no se puede negar que, paradójicamente, también despertó una furia formalista que, en ocasiones, ha generado actitudes innovadoras de los jueces. Así, por ejemplo, el control de convencionalidad *ex officio* se fundió con un modelo de control difuso de constitucionalidad, habiéndose establecido para ello reglas estrictas [Tesis P. LXVII/2011 (9a.)]; y se elevó a la categoría de derecho humano el principio *pro persona* [Tesis VII.2o.C.5 K (10a.)]. De este modo, al buscar combatir el formalismo, se sigue poniendo atención en los medios para combatirlo (los principios) pero se dejan a un lado los fines y propósitos del combate: una argumentación jurídica orientada por la justificación de las decisiones.

## II) La reforma en materia penal atada por el formalismo de la Ley de Amparo

Históricamente, el sistema de justicia penal en México ha estado marcado por altos niveles de impunidad y de corrupción, así como a la falta de políticas públicas adecuadas y a una raquítica inyección de recursos a las fiscalías, que impiden que el debido proceso realmente se respete. En 2008 se intentó cambiar esta realidad mediante la instauración de un sistema penal acusatorio, oral, con audiencias públicas que se celebran obligatoriamente ante un juez de control. Sin embargo, esta reforma no ha sido suficiente para paliar esos terribles vicios. Un factor que impide el avance es que la reforma penal no fue acompañada de una reforma al juicio de amparo, que sigue siendo escrito y ultra formalizado (*Infra* § III), con lo cual, el propio sistema se auto sabotea.

Como ejemplo, podemos citar un caso en el que la SCJN determinó que, al dictar auto de vinculación a proceso, el juez de control puede reclasificar un hecho delictivo aun cuando con ello se agrave la situación del acusado. De acuerdo con la reforma penal de 2008, el juez de control no puede agravar la situación jurídica del imputado, porque ello no es compatible con el principio acusatorio del proceso penal, ya que el

---

6. La metáfora es de F. Laporta. La utilizó al discutir con Atienza acerca del constitucionalismo (Atienza, 2021, p. 29).

juzgador no puede impulsar la persecución de los delitos, sino que debe limitarse a decidir las cuestiones que se le plantean. No obstante, para la SCJN, cuando un juez de control reclasifica y agrava un hecho delictivo no realiza funciones de acusación, porque es necesario que exista una correspondencia entre la hipótesis fáctica que formula el fiscal y la decisión del juez de control. La razón de esta determinación es que el juicio de amparo debe garantizar el equilibrio entre las partes en el proceso penal, por lo que se justifica la posibilidad de reclasificar el hecho delictivo en un tipo más grave para no generar impunidad (CT 190/2019, p. 44). Obsérvese cómo, con este tipo de decisiones, el juicio de amparo, tremendamente formalista, frena los alcances de un sistema de justicia penal que fue pensado para ser coherente con el paradigma constitucionalista.

### III) El juicio de amparo: un molde formalista para la defensa de derechos

La ley de amparo fue reformada en 2013, con el fin de ajustarla a las exigencias del constitucionalismo, como hecho. Sin embargo, la reforma se quedó corta y no ha cumplido las expectativas generadas por las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y amparo de 2011. El amparo continúa siendo farragoso, elitista, formalista y fuertemente condicionado por su herencia histórica porque siempre ha operado como canal de supervisión del cumplimiento de la legalidad ordinaria (Pou, 2014, p. 92).

Una comunidad indígena, por ejemplo, intentó un amparo por violación al derecho a la consulta previa, tras la concesión que la autoridad otorgó a una empresa privada para explotar las aguas de los ríos Tezeyacapa y Jalacingo, en el Estado de Veracruz, para generación de energía eléctrica (Sentencia 1697/2014). El amparo fue negado. En la sentencia se reconoce que la concesión tendrá un impacto ambiental, pero se determinó que en todo caso no afectaría a los quejosos porque no quedó demostrado que sus domicilios estuvieran ubicados dentro del radio de afectación. El juez no tomó en cuenta que los domicilios de los indígenas no tienen las características ordinarias: nombre de la calle, número visible en la vivienda, etcétera; sus viviendas se identifican a partir de árboles conocidos, arroyos, subidas, bajadas, etcétera. En la sentencia se afirma que, dado que en las credenciales para votar de los quejosos sólo aparece la localidad o el municipio donde habitan («Epapa, Municipio de Jalacingo», «El Arco», «El Mohón» y «Municipio de Huetamalco»), pero no un número preciso de los edificios correspondientes, entonces no se puede determinar que estuvieran ubicados en el radio de afectación de las obras y, por ende, resultaba irrelevante la consulta previa. Como se ve, la ley de amparo, excesivamente formalista, impide que los jueces vean que detrás de la letra de la ley existen razones subyacentes.

#### IV). El formalismo jurídico está enquistado en todas las profesiones jurídicas

Durante el siglo xx el estudio y la práctica del Derecho se han caracterizado por tres factores (Cortez, 2018): 1) el nacionalismo jurídico, combinado con un estilo formalista, ligado al positivismo jurídico, incrementado en los años sesenta con influencia de la obra de Kelsen; se caracterizó por «mexicanizar» la literatura jurídica y reivindicar el amparo como la institución jurídica que da el sello de identidad del Derecho en México; 2) la enseñanza mediante la toma apuntes (sirviéndose incluso de mecanógrafas) de los alumnos que, a la postre, se convertían en libros de Derecho acrílicos y ajenos a las sentencias o la jurisprudencia, con lo cual la reverencia al texto escrito de la ley se asentaba cada vez más; además, los libros se escribían como si los artículos constitucionales no necesitaran interpretaciones; y 3) la «trivialización del estudio de la Constitución», derivada de una concepción política (y no normativa) de la misma. Con lo anterior, quedó listo el caldo de cultivo para el formalismo.

No fue sino hasta los años noventa del s. xx cuando se inició un incipiente cambio, primero, en instituciones educativas como el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM o el ITAM, y más tarde, en el Tribunal Electoral y en la SCJN. Consecuentemente, y dado que los juristas mexicanos se formaron durante gran parte del siglo xx en la tradición formalista del Derecho, no resulta extraño que quienes trabajaron como asesores en los congresos federal y locales, o como jueces federales y locales, o como funcionarios públicos en los tres niveles de gobierno hubieran hecho las cosas –sentencias, autorizaciones, contratos, dictámenes, iniciativas de ley, minutas, etcétera– siempre con la horma del formalismo. Por ello, al implementar cambios legislativos o constitucionales, políticas públicas, códigos de ética o manuales de redacción de sentencias, se nota la impronta formalista. Así, por ejemplo, la Corte instituyó, entre el 2011 y el 2015, el *Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción de la Ética Judicial*, en el que se tramitaban, a la manera formalizada de un proceso jurisdiccional, expedientes sobre violaciones al Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, donde los acusados de violar el Código de Ética eran «procesados y sentenciados». Se trató de un intento fallido de formalizar las virtudes judiciales.

#### V) La desaparición forzada de personas agravada por el formalismo

Una de las crisis sociales por las que atraviesa México es la desaparición forzada de personas. En este año (2022) alcanzamos la alarmante cifra de 100,000 casos, desde 1964. A pesar de que para estos casos el amparo prevé un procedimiento abreviado y excepcional, el formalismo, como comportamiento ritualista, muestra también aquí su cara feroz. En un caso paradigmático, una abogada fue multada por no haber informado el domicilio donde pudieran localizarse un grupo de migrantes desaparecidos (Sentencia 524/2019-IV). El artículo 15 de la Ley de Amparo permite que cualquier

persona presente la demanda en caso de desaparición forzada; pero también exige la ratificación del agraviado dentro de un término de tres días, so pena de no tenerla por presentada; dado que la abogada no informó sobre el domicilio de los migrantes desaparecidos, entonces se le multó. Desgraciadamente, este caso no es aislado. Muchos jueces de distrito tienen por no interpuesta la demanda cuando un familiar del desaparecido la presenta, pero luego «no aparece el desaparecido» o su representante legal a la ratificación. Muchas esposas de desaparecidos pasan por ese laberinto (Yankelevich, 2017, pp. 129-231, y 2018, pp. 341-432).

## VI) Ritualismo progresista

A partir de la primera década de este siglo, la SCJN comenzó a emitir criterios menos formalistas, aunque no de manera uniforme. Cuando un criterio novedoso y no formalista llega a convertirse en jurisprudencia obligatoria y cae en manos de un juez ritualista, suele ser aplicado, precisamente, de manera ritualista; consecuentemente, algunas veces se producen situaciones en las que se toman decisiones extravagantes, por decir lo menos. En un ejemplo reciente (Sentencia 1096/2021-VIII), un juez de Distrito, tomando en cuenta un conocido precedente sobre «formato de sentencia lectura fácil»<sup>7</sup>, emitió una sentencia mediante la cual sobreseyó el juicio de amparo a un menor de cinco años representado por sus padres. En la demanda, se denunciaban algunas declaraciones consideradas discriminatorias, a cargo del Dr. Hugo López Gatel, Subsecretario de Salud, en un programa de televisión. En ese programa el funcionario acusó a los niños como «golpistas» contra el gobierno por reclamar la radical reducción de recursos públicos para atender a los niños con cáncer. El juez de distrito consideró que el juicio no resultaba procedente porque aun cuando dichas declaraciones llegaran a declararse inconstitucionales en el fondo del asunto, no se podrían materializar los efectos de una eventual concesión de amparo.<sup>8</sup> De este modo, el juez consideró que, dado que el quejoso era un niño de cinco años representado por sus padres, debía ser informado del sobreseimiento mediante un formato de lectura fácil que, además, fuera tierno. Para eso, el juez tuvo la idea de colocar la figura de un oso panda:

7. Se trata sobre el caso de Ricardo Aldair, diagnosticado con síndrome de Asperger, a quien le fue concedido un amparo que se tradujo en modificar en determinados aspectos el estado de interdicción en el que se encontraba, sobre la base de dictámenes periciales. En ese caso se emitió por vez primera en México el formato de lectura fácil: una sencilla traducción en términos llanos de las principales razones del fallo, mediante frases como estas: «Al analizar tu caso la Corte decidió que tú, Ricardo Adair, tienes razón (...) el juez platicará de tu caso con tus papás, con médicos y con otras personas como maestros y abogados [y] decidirá qué cosas puedes hacer solo y en qué cosas vas a necesitar que alguien te ayude» (Sentencia AR 159/2013).


8. Arts. 61, fracción XXIII, 63, fracción IV, y 77 de la Ley de Amparo.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS  
JUNTO CON LA FEDERACIÓN

FORMA-A-85

**Juicio de amparo indirecto 1096/2021-VIII**

**Formato de lectura fácil.**



Hola, S.C.F.:

Fijate que hoy dicté sentencia en el amparo que promoviste contra las declaraciones que el doctor **Gatelli** expuso en un programa de TV.

En principio, te hago saber que repruebo sus manifestaciones, pues me parecen abiertamente discriminatorias por estar basadas en un tema de salud.

No se puede politizar la salud de los niños. Definitivamente, no.

Sin embargo, te cuento que los efectos reparadores de un amparo son muy limitados y, desgraciadamente, en este asunto no podría ordenar al Subsecretario que te pague el daño moral que dice tu mami te ocasionaron sus declaraciones; tampoco puedo obligarlo a que ofrezca una disculpa pública; ni a que se abstenga en el futuro de exponer argumentos similares.

No, y no porque no quiera, sino porque la Ley que rige al amparo, no lo permite, y yo debo obedecer la Ley.

Por ese motivo, concluí que tu amparo no procede.

No obstante, tu mami y tu abogado están en aptitud de promover otros juicios, donde sí sería posible obtener una reparación integral para ti.

Te mando un abrazo con mis mejores deseos.

Saludos.  
Mauricio.

La falsa analogía entre el precedente y este es notoria: una cosa es haber pensado en un formato de lectura fácil para un adulto con cierto grado de discapacidad intelectual, aunque con un alto grado de funcionalidad, y otra muy distinta es hacerlo para un niño de cinco años que apenas aprende a leer, y que no va a enterarse de lo que significa un sobreseimiento asociado a una Ley de Amparo tan compleja y anacrónica como la mexicana. A mi juicio, este es un ejemplo de ritualismo progresista. Por cierto, actualmente existe una auténtica fiebre por los formatos de lectura fácil que refleja este tipo de excesos.

## VII) La mezcla de innovación y ritualismo

Recientemente se resolvió el caso de una mujer que había sido vinculada a proceso por el delito de violencia familiar en contra de su ex cónyuge, por haberle espetado que era un «pobre jodido, bueno para nada y tacaño». El tribunal llevó a cabo una interpretación

innovadora del artículo 200 del Código Penal, de acuerdo con la cual la expresión referida puede ser inadmisibles social y moralmente, pero no debe llevarse al terreno del derecho penal porque podría «...trivializar figuras típicas penales que se han incorporado al derecho penal para protección de las personas que históricamente las han padecido; que en una relación de pareja es la mujer, y no el hombre» (Sentencia AR 107/2021, pp. 12 y 13). Este caso, por un lado, es un ejemplo de innovación, dado que el tribunal va más allá del tipo penal para modificarlo y así excluir al marido como sujeto pasivo del delito; pero, por otro lado, es un caso de comportamiento ritualista, ya que el tribunal aplicó, a través de un abuso en la literalidad, un precedente de la SCJN, según el cual «...no toda agresión (como evento único) debe ser sancionada penalmente, porque [es necesario que ésta] sea apta, eficiente y suficiente para lesionar la integridad física o psicológica de algún integrante de la familia. De modo que el intérprete es el que debe determinar si es factible que ese evento [haya ocasionado] el daño a la integridad que la norma penal quiere evitar» (Sentencia ADR 6606/2015, párrafo 66).

### VIII) Esquizofrenia ritualista-activista

En el afán de escapar del formalismo, como comportamiento ritualista, algunos operadores jurídicos saltan de forma inconsciente al extremo del activismo, como innovación. Uno de estos casos (Sentencia ADR 3516/2013) es el de un millonario que compró un lujoso departamento en primera línea de Playa en Nuevo Vallarta, por un precio de un poco más de 420,000.00 dólares. Cuando el inmueble le fue entregado, se dio cuenta de que una de las dos habitaciones no tenía ventanas y daba al pasillo del elevador, mientras que la otra tenía vista al mar. El comprador demandó la nulidad absoluta del contrato porque, a su juicio, había existido un error en el objeto. Luego de que los tribunales ordinarios determinaran que no tenía razón, el comprador acudió al juicio de amparo para argumentar que se había violado su derecho a una vivienda digna y que los argumentos de la sala de apelación eran «racistas y discriminatorios», porque no estaba justificado que se le excluyera de la protección constitucional sólo porque su vivienda no era de interés social y él no pertenecía a un grupo desfavorecido o marginado. El amparo le fue negado por los tribunales federales; sin embargo, mediante un recurso, la Corte finalmente le dio la razón, bajo el argumento de que el derecho a una vivienda digna no se limita a la vivienda popular, sino que corresponde a todo ser humano «desde un punto de vista individual por ser una condición inherente a su dignidad»; de este modo –sostuvo– si no se pacta un estándar mínimo de dignidad en el contrato, entonces se viola el derecho a una vivienda digna (a un millonario). Como puede verse, un sencillo caso de interpretación contractual fue analizado innecesaria y erróneamente desde una perspectiva de derechos sociales, tergiversando por completo el sentido de ese tipo de análisis. Uno de los errores la Corte fue haber mirado exclusivamente el terreno

de la constitucionalidad, y no el de la legalidad, es decir, haber caído en el extremo del activismo judicial, con el afán de evitar el formalismo.

### **IX) El formalismo en la argumentación en materia de hechos**

Cuando un juez atiende problemas de prueba o de calificación mediante una actitud formalista, entonces la conclusión alcanzada en esa fase, es decir, la determinación sobre los hechos probados puede generar errores en la conclusión del razonamiento final. Eso significa que quien fija la premisa fáctica puede hacerlo de manera formalista o no formalista. Un ejemplo de formalismo probatorio lo encontramos en un criterio emitido por un tribunal colegiado [Tesis (II Región) 1o.7 P (11a.)], según el cual la prueba indiciaria o circunstancial no debe ser tomada en cuenta por tres razones: 1) porque el Código Nacional de Procedimientos Penales no la contempla en su capítulo IV; 2) porque proviene del sistema penal inquisitivo y se aplicaba cuando las pruebas plenas o directas resultaban insuficientes; y 3) porque el nuevo sistema acusatorio predomina el razonamiento probatorio de carácter inductivo y en él resulta irrelevante la distinción entre pruebas directas e indirectas y, por ende, las pruebas indiciarias son igualmente irrelevantes. En otras palabras, el tribunal considera que, dado que en la letra de la nueva ley las pruebas indiciarias no se mencionan, entonces deben excluirse, y además pertenecen a un «pasado formalista» que debe ser superado. ¿Se puede ser más ritualista?

### **X) El formalismo entorpece el razonamiento moral de los jueces**

En una célebre discusión entre Manuel Atienza y Francisco Laporta, a propósito del libro *El imperio de la ley. Una visión actual*, los profesores mostraron sus diferencias acerca del constitucionalismo. Uno de los puntos más álgidos de la discusión tuvo que ver con la posibilidad del razonamiento moral de los jueces. A Laporta le da miedo el hecho de que los jueces, al ponderar, tengan que obrar sobre la base de un razonamiento moral abierto, ya que considera que no están suficientemente preparados para ello, y que «...su razonamiento moral no deja de ser vulgar» (Atienza, 2021, p. 23). Atienza le responde que concuerda con que el razonamiento moral de los jueces no debe ser abierto, sino que debe llevarse a cabo entre determinados límites, es decir, que el razonamiento judicial tiene una dimensión moral y otra formal (en el sentido de racionalidad formal), pero se muestra menos pesimista con relación a la ponderación, ya que, aunque reconoce que la práctica es aún muy heterogénea, es posible detectar buenos ejercicios (*Ibidem*, p. 27).

En México también existen buenos y malos ejemplos de ponderación, pero en ocasiones los malos constituyen auténticas patologías debido, precisamente, al formalismo. En efecto, algunos operadores aplican el test de proporcionalidad de manera forzada, es

decir, tomando al pie de la letra los pasos fijados en la jurisprudencia, porque se sienten constreñidos a su texto. En un ejemplo reciente (ADR 7691/2019) la Corte aplicó el test de proporcionalidad en un caso en el que una persona que buscaba una rectificación de acta de nacimiento para cambiar su nombre con el afán de adaptarlo al que realmente usaba. El artículo 70, fracción I, del Código Civil del Estado de Puebla establece como requisito para el cambio de nombre una demostración fehaciente con «documentos indubitables e inobjetable» de que una persona ha usado en su vida social y jurídica otro nombre distinto al de su registro. Las dos primeras gradas del test, referidas al fin perseguido y a la idoneidad, fueron satisfechas, porque tanto la certeza que se busca, como la carga probatoria exigida, están justificadas; sin embargo, para la Corte la norma no cumplió con el principio de necesidad, porque no existe una justificación válida y racional, para acotar a esos específicos medios de convicción, ya que existen otros medios de prueba, como las testimoniales, que también pueden generar convicción en la autoridad jurisdiccional sobre la existencia de la realidad. Por otro lado, la medida legislativa no es proporcional en sentido estricto, porque el sacrificio del derecho a la modificación del nombre es demasiado elevado en contraste con la certeza que con ella se puede obtener (*Ibidem*, pp. 29-30).

El anterior razonamiento es defectuoso por varias razones. En primer lugar, la norma involucrada no es regulativa de mandato, sino constitutiva, lo que significa que realmente no impone deberes ni establece sanciones propiamente dichas. Si se observa bien, en realidad, la norma no constituye un obstáculo para cambiar el nombre, sino una oportunidad para ello. Como es obvio, estos cambios deben producirse bajo determinados límites (formas) indispensables para preservar el sistema. Bien vistos, estos requisitos (documentos indubitables e inobjetable) no parecen irrazonables. En segundo lugar, el caso no es un buen candidato para el test de proporcionalidad, porque, por ejemplo, las exigencias de la norma no entran en ninguna categoría sospechosa (origen ético, orientación sexual, etcétera). En tercer lugar, el razonamiento de la Corte es contradictorio, ya que no es lógicamente posible afirmar simultáneamente que el estándar probatorio es idóneo, por exigir pruebas indubitables para el cambio de nombre, y al mismo tiempo que esa exigencia no está justificada porque existen otros medios de prueba, como las testimoniales, para ello. Por otro lado, si la disposición señala que «cualquiera otra prueba» es posible para demostrar que se usa otro nombre, entonces también están incluidas las testimoniales.

## A MANERA DE CONCLUSIÓN

El formalismo jurídico es al mismo tiempo una forma de pensar y de practicar el Derecho. En su modalidad de racionalidad formal no resulta, en principio, problemática. Sin embargo, los problemas empiezan cuando se echa a andar en un escenario en el que la mala legislación, la formación profesional deficiente y la cultura jurídica



acentúan de forma peligrosa la dimensión autoritativa del Derecho, en demérito de la valorativa. Luego de analizar los casos expuestos en este trabajo, se puede concluir que incluso para salir del formalismo muchos operadores jurídicos son formalistas.

En una situación como esta no hay otro camino que insistir en buscar el punto medio, es decir, en provocar que los operadores jurídicos se muevan dentro de los límites autoritativos del Derecho, pero sin dejar de mirar hacia el territorio de los valores constitucionales en cada una de sus decisiones. Necesitamos jueces activos, pero no activistas; sustantivistas, pero no ritualistas. Ese punto virtuoso demanda el concurso de muchos actores: teóricos, docentes, legisladores, autoridades judiciales y responsables de políticas públicas, que sepan suministrar una buena teoría del Derecho mediante una enseñanza de tipo práctico en todos los niveles, pero especialmente en los cursos de formación judicial. Las patologías aquí expuestas pueden servir como guía para concientizar a los juristas teóricos y prácticos acerca de aquello que no debe hacerse, con el espíritu crítico que caracteriza a Manuel Atienza.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ, J., 2021: *En defensa del Estado Constitucional*, Lima, Palestra.
- ATIENZA M. Y RUIZ MANERO, J., 2007: «Dejemos atrás el positivismo jurídico», *Isonomía*, México, ITAM.
- ATIENZA, M., 1985: *Introducción al Derecho*, Barcelona, Barcanova.
- ATIENZA, M., 2001: *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel.
- ATIENZA, M., 2006: *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel.
- ATIENZA, M., 2009: «Reflexiones sobre tres sentencias del tribunal electoral», México, TEPJF.
- ATIENZA, M., 2011: «Cómo desenmascarar a un formalista», *Isonomía*, núm. 34, México, ITAM.
- ATIENZA, M., 2013: *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta.
- ATIENZA, M., 2013a: *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Madrid, Pasos Perdidos.
- ATIENZA, M., 2017: *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid, Trotta.
- CORTEZ, J., 2018: «Los cambios en las ideas jurídicas en México y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 51, núm. 153, México, UNAM.
- POU, F., 2014: «El nuevo amparo mexicano y la protección de los derechos: ¿ni tan nuevo ni tan protector?», en *Anuario de Derechos Humanos*, No. 10, Universidad de Chile.
- YANKELEVICH, J., 2017: «Poder Judicial y desaparición de personas en México», en *Desde y frente al Estado: pensar, atender y resistir la desaparición de personas en México*, México, CEC-SCNJ.
- YANKELEVICH, J., 2018: «Jueces y leviantes en el laberinto: diagnóstico del juicio de amparo contra desaparición forzada (habeas corpus) en México (2013-2018)», México, CEC-SCJN.

**SENTENCIAS, TESIS Y JURISPRUDENCIA**

- Resolución CT 190/2019: Primera Sala, SCJN. 19 de enero de 2020.
- Sentencia 1096/2021-VIII. Juzgado Séptimo de Distrito en Materia de Amparo Civil, Administrativa y de Trabajo y de Juicios Federales en el Estado de Puebla. 15 de octubre de 2021.
- Sentencia 1697/2014. Juzgado Decimoséptimo de Distrito del Estado de Veracruz, 20 de mayo de 2020.
- Sentencia 524/2019-IV. Juzgado Tercero de Distrito de Amparo en Materia Penal en la Ciudad de México. Auto de 2 de agosto de 2019.
- Sentencia ADR 3516/2013. Primera Sala, SCJN. 22 de enero de 2014.
- Sentencia ADR 6606/2015. Primera Sala, SCJN. 8 de junio de 2016.
- Sentencia ADR 7691/2019. Primera Sala, SCJN. 10 de marzo de 2021.
- Sentencia AR 107/2021. Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito. 19 de agosto de 2021.
- Sentencia AR 159/2013, Primera Sala, SCJN. 16 de octubre de 2013.
- Tesis P. LXVII/2011(9a.). Registro núm. 160589. Pleno de la SCJN. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.
- Tesis VII.2o.C.5 K (10a.). Registro núm. 2002599. Tribunales Colegiados. PRINCIPIO PRO PERSONA. ES UN DERECHO PLASMADO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS QUE REQUIERE SU VINCULACIÓN CON LA VIOLACIÓN DE UN DERECHO HUMANO PARA SU EFECTIVIDAD.
- Tesis (II Región)1o.7 P (11a.). Registro núm. 2024139. Tribunales Colegiados. PRUEBA CIRCUNSTANCIAL. AL HABERSE CONCEBIDO EN EL SISTEMA PENAL INQUISITIVO COMO UN ELEMENTO DE CARÁCTER SUBSIDIARIO O EXCEPCIONAL, ES OPUESTA A LA LÓGICA DEL ACTUAL SISTEMA ACUSATORIO Y ORAL Y, POR ENDE, NO PUEDE SUSTENTAR LA DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS DEL TRIBUNAL DE ENJUICIAMIENTO.



# Diez ideas sobre el pensamiento iusfilosófico de Manuel Atienza

## Ten Ideas on Legal Philosophy of Manuel Atienza

Isabel Lifante Vidal

### Autor:

Isabel Lifante Vidal  
Isabel.Lifante@ua.es  
Universidad de Alicante, España  
<https://orcid.org/0000-0003-3348-2299>

Recibido: 10/06/2022

Aceptado: 10/09/2022

### Citar como:

Lifante Vidal, Isabel (2023). Diez ideas sobre el pensamiento iusfilosófico de Manuel Atienza. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 243-257. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.14>

### 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.

### Licencia:

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



© 2023 Isabel Lifante Vidal

### Resumen

Este artículo presenta una introducción al pensamiento iusfilosófico de Manuel Atienza, rastreando para ello en su obra las diez ideas más características de su concepción a propósito del Derecho y de la tarea de los iusfilósofos. Estas ideas son: el Derecho como práctica social; el Derecho como argumentación; la unidad de la razón práctica; el objetivismo moral mínimo basado en la idea de dignidad; la defensa de los valores constitucionalistas; la defensa del socialismo democrático; el antirreduccionismo; el pragmatismo analítico; la reivindicación del pensamiento latino; y la atribución de una función práctica –y crítica– a la filosofía del Derecho.

**Palabras clave:** Manuel Atienza; filosofía del Derecho; postpositivismo; constitucionalismo.

### Abstract

This papers presents an introduction to the ius-philosophical thought of Manuel Atienza, tracing in his work the ten most characteristic ideas of his conception of law and the task of iusphilosophers. These ideas are: law as a social practice; law as argumentation; the unity of practical reason; minimal moral objectivism based on the idea of dignity; defense of constitutional values; defense of democratic socialism; anti-reductionism; analytical pragmatism; the vindication of Latin thought; and the attribution of a practical –and critical– function to the philosophy of Law.

**Keywords:** Manuel Atienza; legal philosophy; postpositivism; constitutionalism.

Conocí a Manuel Atienza en 1986, cuando comencé mis estudios en Derecho en la Universidad de Alicante. Durante todo este tiempo no sólo he tenido la oportunidad de aprender de él, de sus conocimientos teóricos y de sus actitudes prácticas, sino que he tenido también la suerte de que me prestara el respaldo intelectual necesario para desempeñar mi tarea investigadora. Alguien podría pensar –y no le faltaría razón– que con los maestros es muy difícil ser crítico. Aunque, si –como es el caso– se trata de un buen maestro, esta dificultad no se debe a que el discípulo no se atreva a criticarle, sino a que encuentra «poco» que criticar en el pensamiento del maestro. Este es mi caso. Por un lado, todo mi pensamiento jurídico se ha ido conformando a través de las enseñanzas de Manuel Atienza; y, por otro lado, su carácter dialogante –o, mejor dicho, discutidor<sup>1</sup>– le lleva a someter al escrutinio de los que le rodeamos la gran mayoría de sus trabajos o simplemente las ideas que le rondan por la cabeza, bien sea en seminarios, en los despachos, en la cafetería o incluso en el ascensor. De modo que las críticas que pudiera dirigir a su pensamiento se encuentran en gran medida ya incorporadas (o contestadas) en sus escritos. Por ello, en este trabajo adopto una perspectiva más bien reconstructiva del pensamiento de Atienza, sin apenas realizar observaciones críticas.

El objetivo en este artículo es caracterizar, a grandes rasgos, el pensamiento iusfilosófico de Atienza, rastreando para ello en su obra las ideas o tesis más características de su concepción a propósito del Derecho y de la tarea de los iusfilósofos. Al tratarse de las ideas básicas de su pensamiento, las podemos encontrar expuestas transversalmente en toda su obra escrita y también en sus conferencias, en sus clases o en sus charlas; aquí intentaré reconstruirlas y presentarlas bajo su mejor luz (utilizando una metodología que podríamos considerar «dworkiniana») y no me preocuparé de en qué concreto lugar las ha sostenido, o de las distintas presentaciones que de esas ideas hace en tal o cual obra, huyendo de este modo de cualquier aproximación filológica a su pensamiento.

Como a los maestros se les tiende a emular, y es de sobra conocida la afición de Manolo por los decálogos (no es casualidad que muchos de sus libros tengan 10 capítulos; o que varios de sus trabajos se titulen «Diez ideas» o «Diez tesis sobre X», donde X pueden ser los derechos humanos o consejos para argumentar), presentaré su pensamiento condensado en diez ideas. Obviamente no se trata de ideas independientes, sino que unas se apoyan en otras, se presuponen o se retroalimentan, de modo que sin duda podrían presentarse de muchas otras maneras. Como buena discípula que aprende de su maestro, no tendré reparos en unir o separar tesis si fuera necesario para que el resultado sean diez ideas, ni más, ni menos.

1. Es ilustrativo, en este sentido, las palabras de Atienza en la presentación de uno de sus últimos libros: «pensar es en buena medida una acción colectiva [...], pero que consiste no solo en pensar *con* otros, sino también en pensar *contra* otros» (Atienza, 2019, pp. 11-12).

## PRIMERA IDEA: El Derecho como práctica social

Frente a la idea más extendida en el positivismo normativista, que ve al Derecho como algo dado (un conjunto de normas, o de materiales jurídicos), Manuel Atienza sostiene la idea de que el Derecho es fundamentalmente una actividad, una praxis o práctica social que se va desarrollando y en la que –en distinta medida– todos participamos. Si desde el normativismo se hace primar el aspecto estructural y organizativo del fenómeno jurídico (se ve al Derecho fundamentalmente como un sistema: un conjunto estructurado de normas de diversos tipos), desde esta perspectiva propuesta por Atienza y que ve al Derecho como una práctica social se da mayor relevancia a los aspectos teleológicos y valorativos del fenómeno jurídico, así como a sus aspectos procedimentales.

Asumir esta idea implica considerar que el Derecho no es un mero conjunto de normas (ni siquiera aunque amplíemos la tipología normativa, incorporando, junto a las reglas, a los principios y otros tipos de estándares) y que, por tanto, no puede ser contemplado como algo acabado, como un mero artefacto. Se trata, más bien, de verlo como una actividad, como una empresa en la que nos embarcamos socialmente y que está orientada a la persecución de ciertos fines considerados valiosos; lo que nos hace considerar que el Derecho se encuentra en permanente construcción. Esta es, en mi opinión, la idea más fundamental del pensamiento iusfilosófico de Manuel Atienza y que vertebra el resto de sus tesis a propósito del Derecho y de sus relaciones con otras prácticas sociales. Es esta consideración del Derecho como una actividad la que explica que la metáfora jurídica que más seduce a Manuel Atienza no sea tanto la de la novela dworkiniana (a la que considera muy encorsetada), ni siquiera la de la construcción de la catedral de Nino (con la que ya muestra más simpatías), sino la del arte de la navegación ofrecida por Ihering, porque sería la que destacaría esa idea funcional del Derecho que Atienza propugna. Para Ihering (al que Atienza considera precursor del postpositivismo), el Derecho sería una «idea de fin»: lo que interesa es, sobre todo, aquello que puede lograrse con el Derecho<sup>2</sup>.

A partir de esta visión del Derecho como una actividad en la que nos embarcamos socialmente y con la que pretendemos alcanzar ciertos fines considerados valiosos, se entiende que cobre gran relevancia la función de los juristas en la conformación del propio Derecho. Los juristas son participantes, no meros observadores de la práctica; y por eso mismo Atienza no se cansa de recordarles su responsabilidad por el Derecho que tenemos, responsabilidad que compartimos todos los juristas (jueces, abogados, dogmáticos, filósofos del Derecho), pero también los ciudadanos en general. De ahí su hincapié en extender la cultura jurídica. En este sentido, Atienza incide en diversas ocasiones en la relevancia de la formación jurídica como parte de una formación integral necesaria para cualquier ciudadano, lo que le lleva a criticar la falta de formación jurídica

---

2. Véase, por ejemplo, la entrevista que le realizó Mora Sifuentes en *Ars iusphilophica* (Mora Sifuentes, 2019, esp. pp. 249-250).

de algunos intelectuales, a los que, por otra parte, admira profundamente, como sería el caso, por ejemplo, de Rafael Sánchez Ferlosio o de Martha Nussbaum. Esta responsabilidad social a la que apela Atienza queda patente cuando, al final de su discurso de inauguración del curso académico 2018-2019 de la Universidad de Alicante, Atienza nos dice (por boca de una futura decana de una Facultad de Derecho):

En cierto sentido, la transmisión de cultura jurídica es todavía más importante que la de cultura científica. Pues, al fin y al cabo, las leyes de la física o de la biología [...] siguen funcionando, con independencia de que las conozcamos o no, de que las compartamos o las rechacemos. Pero eso no ocurre en relación con el Derecho [...] Un sistema jurídico no puede funcionar bien si no existe un número suficiente de agentes que compartan sus valores, que comprendan lo que significa realmente tener derechos, vivir en un Estado constitucional (Atienza, 2020, p. 34).

A su vez, junto a la necesidad de extender la formación jurídica a los legos, Atienza también recalca la importancia de una formación integral para los juristas; en particular en materia de ciencias sociales, aunque también reclama la necesidad de contar con las ideas básicas de física, biología, historia y por supuesto de filosofía. Atienza también concede un papel fundamental a la literatura en la formación del jurista: la literatura –nos dice– ayuda a cultivar la imaginación, tan necesaria para desarrollar la compasión. Esta virtud, la compasión, sería a su vez un elemento esencial de la prudencia (la *frónesis* aristotélica), que es la virtud fundamental del jurista: «un rasgo de carácter consistente en saber deliberar sobre los fines humanos» (Atienza, 2020, p. 203).

En definitiva, esta primera idea trata de resaltar la consideración de que el Derecho es una práctica social imbricada con otras prácticas y que no sería posible operar satisfactoriamente en ella si la consideramos aisladamente.

## SEGUNDA IDEA: El Derecho como argumentación

Una de las características fundamentales de la práctica jurídica es –para Atienza– su aspecto o dimensión argumentativa, que habría sido injustificadamente desatendida por la teoría tradicional del Derecho. Este énfasis en el enfoque argumentativo del Derecho es, quizás, la faceta más conocida del pensamiento de Atienza, quien –desde hace muchos años– viene defendiendo una visión del Derecho «como argumentación»<sup>3</sup>. La idea central de este proyecto consiste en sostener que, junto a las perspectivas clásicas de estudio del Derecho (la estructural, la funcional y la valorativa), es necesario incorporar una «nueva» perspectiva: la argumentativa. En cada uno de los distintos ámbitos jurídicos (legislativo, judicial, administrativo, doctrinal, etc.), el Derecho –dice Atienza– puede verse como un entramado muy complejo de decisiones vinculadas –directa o

3. Cf. M. Atienza, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica* (1991); *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006; o *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.

indirectamente— con la resolución de ciertos problemas prácticos; pero, y esto es lo que destaca este enfoque, estas decisiones han de venir acompañadas por argumentos o razones en su favor (o en contra de decisiones alternativas). El Derecho sería, desde esta perspectiva, una compleja institución volcada hacia la resolución (o el tratamiento) de conflictos a través de decisiones avaladas por medios argumentativos. Se trata de un enfoque dinámico e instrumental del Derecho, que cobra especial relevancia en el marco de una sociedad democrática que incide en la necesidad de justificar «racionalmente» las decisiones de los distintos ámbitos jurídicos y que está especialmente comprometida con la erradicación de la arbitrariedad de las actuaciones de los poderes públicos y su sometimiento al Derecho.

Atienza caracteriza el concepto de argumentación a partir de las siguientes características: (1) Se trata de una acción relativa a un lenguaje. (2) Presupone un problema (de diversa índole), cuya solución tiene que basarse en razones apropiadas. (3) Presupone tanto un proceso (actividad), como el producto (resultado) de la misma. (4) Argumentar es una actividad racional en doble sentido: por un lado, porque se trata de una actividad orientada a un fin, por otro lado, porque presenta criterios de evaluación que permiten valorar las argumentaciones como buenas o malas, o al menos compararlas como mejores o peores que otras.

Ahora bien, la argumentación puede ser analizada desde tres perspectivas distintas, cada una de las cuales se ocuparía de una de sus dimensiones: la formal, la material y la pragmática (en la que incluye tanto a la retórica como a la dialéctica). La dimensión formal hace abstracción del contenido, y se ocupa simplemente de qué puede concluirse o deducirse de unas determinadas premisas. La dimensión material se ocupa de la fundamentación de las premisas, de determinar qué debemos creer (en la argumentación teórica) o qué debemos hacer (en la argumentación práctica). Por último, la dimensión pragmática se ocupa de la argumentación en cuanto un tipo de interacción social, en el que la cuestión clave sería cómo convencer a otros. A su vez, dentro de esta dimensión puede distinguirse la retórica (en el que la cuestión sería cómo persuadir a un auditorio pasivo) y la dialéctica (en la que todos participantes en esa interacción social —tanto proponente como oponente— desempeñarían un rol activo). Atienza pretende presentar una teoría integradora de la argumentación jurídica que se ocupe de esas tres dimensiones. Pero creo que, si hay que elegir una de ellas como especialmente característica de su concepción de la argumentación jurídica, ésta sería la dimensión material. La teoría de Atienza está especialmente comprometida con la corrección de las premisas de nuestras argumentaciones.

### **TERCERA IDEA: La unidad de la razón práctica**

Atienza sostiene que los tres componentes de la razón práctica, el Derecho, la moral y la política, forman una unidad compleja, son interdependientes. Se trata, por supuesto, de

cosas distintas, y que, como tal, no deben confundirse; pero eso no implica que deban separarse, como sostiene el positivismo jurídico. La tesis positivista de la separación conceptual entre el Derecho y la moral presentaría, en opinión de Atienza, un claro efecto reduccionista al olvidar que el Derecho tiene, junto a su dimensión autoritativa, una dimensión valorativa. Es por ello, que nuestro autor se desvincula de la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral y, en este sentido, defiende una concepción postpositivista o no positivista del Derecho.

Ahora bien, esta idea de la unidad de la razón práctica no implica –ni mucho menos– que la moral tenga que dejar de cumplir su función crítica respecto al Derecho. Atienza recalca que es un error sostener –como parecen hacer muchos de los positivistas– que la única función de la moral en el ámbito jurídico es la de servir desde fuera para la crítica del Derecho positivo y que, por tanto, si la moral se introduce en el Derecho, se incurriría inevitablemente en un positivismo ideológico. En realidad, nos recuerda Atienza, la moral cumpliría una doble función respecto al Derecho. Por un lado, una función externa, consistente en una crítica al Derecho positivo existente y, en su caso, de propuestas de nuevo Derecho; pero, por otro lado, también una función interna: el Derecho es una práctica social imbricada con otras prácticas sociales que no puede entenderse separada de objetivos y valores morales; así por ejemplo esta relación resulta indispensable, en particular, para la determinación –vía interpretativa– del contenido del Derecho.

#### **CUARTA IDEA. Un objetivismo moral mínimo basado en la idea de dignidad**

En el ámbito de la moral, Atienza defiende lo que considera un «objetivismo moral mínimo», de carácter constructivista y de inspiración kantiana; una concepción que se opondría tanto al absolutismo como al relativismo<sup>4</sup>. A diferencia del absolutismo, el objetivismo defendido por Atienza se caracteriza por exponer sus juicios a la crítica racional, adhiriéndose a una concepción falibilista de la corrección en materia moral. Y, por otro lado, y a diferencia del escepticismo, considera que los valores que se atribuyen a ciertas acciones o estados de cosas (como pueda ser la protección de determinadas expectativas frente a otras, o el peso dado a cada uno de los principios en conflicto en una ponderación, etc.) no son arbitrarios, y por lo tanto no dependen de una mera preferencia personal o compartida con un determinado grupo. Estos valores se justifican, en último término, nos dice Atienza, porque ayudan a satisfacer necesidades básicas de los individuos o a proveerles de las capacidades indispensables para desarrollar una

4. Este objetivismo ha sido caracterizado en diversas ocasiones por Atienza. Véase, por ejemplo, el capítulo VIII de su libro: *Filosofía del Derecho y transformación social* (Trotta, Madrid, 2017). Sobre las peculiaridades de este objetivismo mínimo y los problemas de su fundamentación, pueden verse los artículos de Misseri o González Lagier, en este mismo volumen.



vida buena. Atribuir a estas razones un carácter «objetivo» equivale a considerar que es posible una discusión racional (controlable intersubjetivamente) sobre estos asuntos.

Este objetivismo apela, por tanto, a la idea de imparcialidad, en la línea de todos los constructivismos éticos de inspiración kantiana. Ahora bien, Atienza señala que las aproximaciones éticas meramente procedimentalistas, dado que no incorporan ningún criterio sustantivo, acaban teniendo problemas para justificar las propias reglas del discurso. Para superar este déficit, podemos acudir –nos dice Atienza– a la tesis de Nagel de que hay pensamientos que no pueden verse como exclusivamente ‘nuestros’. Según este autor, «sí es que en alguna medida pensamos, debemos pensar en nosotros, individual y colectivamente, como sometiéndonos al orden de las razones, más que creándolo»<sup>5</sup>. Y así, del mismo modo que en el ámbito teórico nos sometemos, entre otras, a la creencia en la existencia del mundo exterior; en el ámbito práctico nos sometemos a la idea de dignidad (a la que Atienza ha dedicado el que, hasta el momento, es su último libro<sup>6</sup>), es decir, a la consideración de cada persona como un fin en sí misma. Aceptar esta idea –nos dice Atienza– presupone considerar que no sólo hay razones relativas al agente (que serían las que derivan de sus propios intereses y compromisos) y que, por tanto, somos capaces de adoptar una actitud imparcial, que es lo que en último término nos permite superar el escepticismo en materia de racionalidad práctica.

Esta idea de dignidad cumple un papel fundamental en el pensamiento de Atienza. Por un lado, es condición de posibilidad de la propia práctica discursiva. Y, por otro lado, también es considerada una idea fundamental en el ámbito jurídico por ser «el fundamento de todos los derechos»; se trata –nos dice Atienza– de un valor que, de alguna manera, contiene al resto de valores. En este punto, y siguiendo muy de cerca el planteamiento kantiano, Atienza considera que dignidad, igualdad y autonomía formarían una unidad compleja, pudiendo ser consideradas como perspectivas distintas de una misma ley moral.

Pero la idea de dignidad en el pensamiento de Atienza en realidad presenta dos dimensiones distintas y no fácilmente integrables en un mismo concepto<sup>7</sup>. Por un lado, Atienza nos dice que la dignidad implica el reconocimiento de un cierto estatus (algo así como el derecho a tener derechos), lo que nos remite a la idea del respeto por un individuo, a su reconocimiento como igual o semejante a nosotros. La segunda dimensión de la dignidad hace referencia a la exigencia de que el ser humano cuente con ciertos recursos necesarios para desarrollarse como individuo; dicho de otro modo, a la exclusión de la miseria socioeconómica (es por ello que, como veremos más adelante, los derechos sociales, conectados con la satisfacción de las necesidades básicas, son los

---

5. Thomas Nagel, *La última palabra. La razón ante el relativismo y el subjetivismo*, trad. P. Margallo y Marcelo Alegre, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 155.

6. Manuel Atienza, *Sobre la dignidad humana*, Trotta, 2022.

7. Sobre esto véase el artículo de Lucas E. Misseri antes citado (Misseri, 2023).

que en opinión de Atienza se vinculan de manera más directa con la idea de dignidad y gozan de prioridad frente al resto de derechos del individuo).

### QUNTA IDEA. Defensa de los valores constitucionalistas

Desde una perspectiva que cabría llamar jurídico-política, Atienza está firmemente comprometido con los valores del constitucionalismo, en sus dos vertientes: tanto por lo que se refiere a la necesidad de poner límite al poder político, como a la necesidad de garantizar los derechos humanos. Esto le lleva a defender el ideal del Estado de Derecho como una gran conquista civilizatoria dotada de un valor instrumental irremplazable, y también a la defensa de los valores sustantivos plasmados en los derechos fundamentales, a cuyo servicio estaría precisamente el entramado institucional que conforma el Estado de Derecho.

De este modo, la obra de Atienza ofrece una sólida apología del Derecho, en particular de un Estado constitucional de Derecho, frente a los posibles críticos que pueden surgir desde flancos muy distintos. Tanto desde el **negacionismo jurídico** de aquellos que o bien ven el Derecho como un mal (basándose en una concepción exclusivamente formalista del Derecho), o bien niegan alguno uno de sus presupuestos básicos, como puede ser el libre albedrío (sería el caso de Harari), y por lo tanto lo consideran como una mera ficción destinada a desaparecer o ser absorbida por la biología. Como también desde los distintos **reduccionismos**, que tienden a presentar el Derecho exclusivamente a partir de una de sus dimensiones. Aquí nos encontraríamos, por un lado, con las teorías que reducen el Derecho a su dimensión política (sería el caso de muchos autores de inspiración «crítica», que defienden la politización de lo jurídico, incurriendo en lo que Atienza denomina «populismo político»); y, por otro lado, con las teorías que reducen el Derecho a su dimensión moral, olvidándose del elemento de tensión y conflicto existente en el Derecho, y que Atienza no se cansa de recordar. Ese sería el caso del imperialismo de la moral, representado por los «neoconstitucionalistas», a los que Atienza considera especialmente nocivos.

El «neoconstitucionalismo», a diferencia del constitucionalismo propugnado por Atienza, se caracterizaría por tomar en cuenta exclusivamente los aspectos valorativos sustantivos del Derecho, olvidándose de sus rasgos institucionales, lo que le llevaría, por ejemplo, a justificar el activismo judicial. Atienza, sin embargo, recalca el valor de los rasgos formales<sup>8</sup> o institucionales del Derecho (el principio de legalidad, la división de poderes, la jerarquía normativa...), de los que no se pueden prescindir para conseguir desarrollar la justicia sustantiva.

8. En este punto, la obra de Atienza se encuentra fuertemente influida por las aportaciones de Robert S. Summers (entre otras, Summers, 2005), con quien estuvo un año, durante una estancia de investigación en Cornell.

Respecto al futuro del Derecho, dos desafíos le parecen a Atienza especialmente preocupantes: el transhumanismo o el posthumanismo y la globalización. Respecto al primero señala que «una sociedad completamente posthumana probablemente no necesitaría ya el Derecho: el control social habría pasado a ser competencia de la ingeniería genética, de la neurociencia, de la inteligencia artificial... que, sin duda, proveen mecanismos mucho más eficientes que los del Derecho, pero también mucho más temibles» (Atienza, 2020, p. 26). Del segundo desafío, el de la globalización, se ocupa al analizar las propuestas que realizan diversos autores, tales como Ferrajoli, Laporta, frente a la crisis del Derecho contemporáneo (que sería un Derecho eminentemente estatal) en cuanto regulador de una sociedad globalizada<sup>9</sup>.

### SEXTA IDEA: Defensa del socialismo democrático

En materia de ideología política, Atienza se adhiere sin tapujos al socialismo democrático, al que considera injustamente ignorado o denostado. La explicación del desprestigio de esta tradición política la achaca (al menos en parte) al colonialismo cultural angloamericano al que estamos sometidos, y que conlleva un fuerte individualismo, ajeno a la tradición filosófica y política europea. Este colonialismo, al que luego haré referencia, sería el causante de haber sustituido la ideología socialista por la del liberalismo igualitarista, de inspiración mucho más individualista. En este sentido, en una reciente entrevista realizada por Benjamín Rivaya, Manuel Atienza señala lo siguiente:

«A los amigos latinoamericanos de izquierda les suelo reprochar que eviten hablar de socialismo y utilicen la expresión de “liberalismo igualitario” o alguna otra por el estilo. El descrédito de la expresión “socialismo” es un indicio más de hasta qué punto el neoliberalismo se ha ido imponiendo en los últimos tiempos, incluso en nuestra manera de hablar. Es como si se nos hubiera olvidado cuál ha sido históricamente el movimiento político al que debemos, entre otras cosas, que existan derechos sociales» (Rivaya, 2020).

Precisamente estos derechos sociales que están dirigidos a conseguir la igualdad real de los individuos, evitando la exclusión social generada por la miseria socio-económica, serían, entre todos los derechos de los individuos (los derechos de libertad, de participación política, etc.)<sup>10</sup>, los que Atienza considera como más básicos o fundamentales,

9. El tema lo trata fundamentalmente en su obra *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho* (Atienza, 2013b).

10. Recientemente, Josep Aguiló ha clasificado los derechos del constitucionalismo, atendiendo precisamente a qué males potenciales de la dominación política estarían dirigidos a evitar: 1) los derechos vinculados al debido proceso, se dirigirían a evitar la arbitrariedad (la sumisión a la pura voluntad de personas); 2) los derechos de libertad, dirigidos a evitar el autoritarismo; 3) los derechos de participación política, dirigidos a evitar el despotismo; y por último, 4) los derechos sociales y de igualdad real, dirigidos a evitar la exclusión social (Aguiló Regla, 2019, pp. 87-88).

dado que son ellos los que establecen las condiciones de existencia de una vida digna, entendiendo esta idea –como antes vimos– como una vida en la que las necesidades básicas estén cubiertas<sup>11</sup>.

En este sentido, resulta indicativo que en la utopía que Atienza diseña para un futuro 2048<sup>12</sup> (precisamente, el año en que se celebraría el bicentenario del *Manifiesto del Partido Comunista* de Karl Marx) se habría conseguido –entre otras cosas– la renta básica universal (eso sí, sólo para el ámbito europeo: ¡el optimismo de Atienza parece tener sus límites incluso para diseñar utopías!).

### SÉPTIMA IDEA: Antirreduccionismo

Cualquiera que haya escuchado a Manuel Atienza en algún debate sabe que su respuesta a cualquier pregunta comprometida comienza siempre con un «depende». Con ello quiere remarcar que no debemos olvidarnos de la complejidad presente en la realidad. Y es que otra de las características del pensamiento de Atienza es su rechazo a cualquier tipo de reduccionismo; entendiendo por tal aquella teoría o concepción que presenta una visión deformada de la realidad, al tomar en consideración exclusivamente uno de los rasgos que la caracterizan, ocultando el resto de sus rasgos o elementos.

Este profundo antirreduccionismo se ve reflejado a lo largo de la obra de Atienza en numerosas ocasiones. Así, por ejemplo, cuando para caracterizar al buen jurista propone un híbrido entre las cualidades del intelectual zorra y del erizo (el buen jurista habrá de ser, en palabras de Atienza, un «zorizo»); cuando define al buen juez como aquel que no sería ni formalista ni activista, sino un juez «activo»; o cuando rechaza tanto el positivismo jurídico (por desentenderse de la moral a la hora de caracterizar al Derecho) como el neoconstitucionalismo (que de lo que se desentendería sería de los aspectos formales o institucionales del mismo).

En un reciente comentario al libro de Atienza *Una apología del Derecho y otros ensayos*, Roberta Simoens Nascimento (2021) calificaba su pensamiento con el rótulo de «sincretismo». Con ello, esta autora se refería a la capacidad que presenta de integrar aportaciones de muy diversos orígenes (Aristóteles, Kant, Perelman, Fuller, Hart, Dworkin, Bulygin, Bobbio, Ihering, Carrió, Summers, Nino y un largo etcétera). Pero quizás el rótulo de «sincretismo» no sea del todo adecuado, pues lo que caracteriza a Atienza no es tanto realizar una síntesis de esas aportaciones tan diversas, sino su

11. Esta «prioridad» otorgada a los derechos sociales puede resultar un poco chocante a la luz de otra tesis que Atienza ha sostenido –junto a Juan Ruiz Manero– a la hora de caracterizar a los distintos tipos de principios jurídicos. Me refiero a la «prioridad absoluta» que estos autores otorgaron a los principios en sentido estricto sobre las directrices en su caracterización primigenia de estas normas (me refiero a su obra *Las piezas del Derecho*, de 1996). Atienza, sin embargo, ha matizado algo esta idea en diversos trabajos posteriores.

12. Lo hace en la lección inaugural antes citada (Atienza, 2020).

capacidad de usar todas ellas en la medida en que resulten útiles para abordar los problemas que le interesan; esta cualidad puede explicarse a partir del antirreduccionismo que le caracteriza, pero también tiene mucho que ver con la siguiente idea a la que voy a hacer referencia: su pragmatismo filosófico.

### **OCTAVA IDEA: Pragmatismo analítico**

Por lo que al método filosófico se refiere, Atienza se adhiere a lo que suele calificar como «pragmatismo bien entendido». Con ello se refiere a una concepción amplia del pragmatismo, más cercana al pragmatismo en sentido clásico (en la línea de las tesis sostenidas por Pierce y Susan Haak), que a un neopragmatismo al estilo de Rorty, del que Atienza quiere distanciarse a toda costa, pues lo considera muy perjudicial.

No es fácil saber con precisión en qué consiste este «pragmatismo bien entendido» al que Atienza se refiere, pero en una de sus últimas obras (*Una apología del Derecho y otros ensayos*), nos presenta una caracterización del mismo a partir de las siguientes «tendencias»:

«el desprecio a las cuestiones meramente de palabras; la tendencia a lo concreto, a lo real (que no significa proscribir la abstracción, sino borrar la impresión de que solo las cuestiones abstractas son importantes); la tendencia a discutir problemas importantes; y el respeto a las ideas y a los sentimientos de los adversarios, o sea, la apertura y la tolerancia en el trabajo intelectual» (Atienza, 2020, p. 55).

Y si éstos son los rasgos que definen a un pragmatista, creo que no hay duda en calificar a Atienza como tal: no hay ninguno de sus trabajos en el que no aborde un problema práctico relevante o en el que no discuta tomándose en serio las tesis de sus adversarios.

Por otro lado, algo característico de la metodología de Manuel Atienza (y diría que también –debido quizás a su influencia– de todo el grupo de Alicante), sería un cierto «estilo analítico» en la exposición de sus ideas. Utilizo esta expresión, en lugar de la más extendida de «método analítico, porque esta última presenta cierta ambigüedad. Daniel González Lagier ha señalado recientemente tres niveles que podrían distinguirse en el llamado «método analítico»<sup>13</sup>. En el primero, el método analítico consistiría simplemente en un esfuerzo especial por la claridad en la construcción y expresión de las ideas, rechazando la indeterminación y oscuridad. El segundo nivel implicaría utilizar el análisis del lenguaje y de los conceptos, así como otras herramientas formales, como medio para solucionar problemas filosóficos (mostrando ambigüedades y deshaciendo malentendidos). Por último, en el tercer nivel, el método analítico se caracterizaría, por un lado, por tomar ciertas distinciones como barreras infranqueables, tales como la distinción entre describir y prescribir, entre hecho y norma, entre explicar y justificar,

---

13. Me refiero a su entrevista en el libro: *La escuela de Alicante de filosofía del Derecho. Argumentación jurídica y postpositivismo* (Buzón y Garza Onofre, 2022).

entre lenguaje objeto y metalenguaje, etc.; y, por otro lado, por la adopción de algunas ideas y orientaciones teóricas compartidas, tales como un cierto exceso de «espíritu científico» (entre comillas) o una tendencia al relativismo ético. Atienza compartiría el «estilo analítico» del primer y segundo nivel, lo que podemos considerar que se traduce en un firme compromiso con la claridad. Sin embargo, se distanciaría del tercer nivel. Considera que esas distinciones contribuyen a clarificar muchos problemas, y en este sentido pueden ser muy útiles, pero las mismas no deben ser «ontologizadas» y convertidas en dicotomías que dividen el mundo. Este sería el lado «perverso» de estas distinciones y que tiene que ver con el riesgo de deslizarse de la distinción a una falsa oposición<sup>14</sup>; por otra parte, este deslizamiento suele estar en la base de muchos de los reduccionismos que nos ofrecen una visión deformada del mundo y de los que –como hemos visto– Atienza huye a toda costa.

### NOVENA IDEA: Reivindicación del pensamiento latino

Otra de las ideas transversales del pensamiento de Manuel Atienza es la reivindicación del pensamiento latino, oponiéndose así al colonialismo cultural que en su opinión reina en el ámbito iusfilosófico o, más en general, en toda nuestra cultura.

En este sentido, en diversas ocasiones Atienza se ha mostrado partidario de impulsar una filosofía del Derecho regional para el ámbito latino<sup>15</sup>, cuyo cometido principal sería «el desarrollo de un pensamiento capaz de incidir en la cultura jurídica (y en la cultura en general) y, por tanto, de transformar las instituciones jurídicas, políticas y sociales del mundo latino». Ahora bien, Atienza advierte que el adjetivo «regional» puede entenderse en un doble sentido: o bien en cuanto contrapuesta a la filosofía general y en sentido geográfico-cultural. El sentido al que Atienza se refiere es el segundo, el geográfico-cultural:

«No se trata de construir una iusfilosofía provinciana, de espaldas a lo que se hace en otros ámbitos culturales. Se trata, en primer lugar, de tomar conciencia de que lo que aparece como una filosofía del Derecho universal no es tal, sino que también en este ámbito cultural, la globalización opera en buena medida, como diría Boaventura Santos, como la globalización de un localismo. O sea, el canon «universal» aceptado de filosofía del Derecho es en

14. Las falsas oposiciones serían –siguiendo a Vaz Ferreira (1979)– un tipo de paralogismo (junto a las falsas precisiones, la extrapolación de los esquemas verbales a la realidad de las cosas o el tratamiento de las cuestiones normativas como si fueran fácticas o explicativas). Los paralogismos se caracterizarían por ser falacias que, a diferencia de los sofismas, consisten en errores involuntarios, cometidos o inducidos por confusiones a menudo inadvertidas; aunque conviene señalar que, tal y como sugiere Vaz Ferreira, lo que en muchas ocasiones constituye el paralogismo no es la contraposición en sí, que puede resultar clarificadora en muchos contextos, sino su extrapolación o exceso.

15. En este sentido Manuel Atienza es el impulsor del proyecto de la *i-Latina* (la Asociación de Filosofía del Derecho para el mundo latino), que se creó en el seno del *I Congreso de Filosofía del Derecho para el mundo latino*, celebrado en Alicante en 2016.

ocasiones bastante localista y creo que no somos conscientes de ello. Resulta por ejemplo bastante sorprendente (por no decir, ridículo) que los ejemplos que uno puede encontrar en la obra de algunos filósofos del Derecho españoles sean casi siempre del Derecho estadounidense» (Rivaya, 2020).

Esa iniciativa podría contribuir –nos dice Atienza– a equilibrar la filosofía del Derecho a nivel mundial y a reducir el excesivo peso que en las últimas décadas está teniendo la cultura anglosajona. Por supuesto, con ello no pretende que se rechacen o ignoren las ideas o los autores que provengan de otros ámbitos culturales (en numerosas ocasiones, Atienza discute ideas de filósofos del Derecho ajenos a nuestra tradición cultural pero que considera relevantes y que han tenido gran influencia sobre su pensamiento, tales como Summers, Dworkin, Alexy, MacCormick, Hart, Kelsen, Ihering, etc.), pero insiste en que no debemos olvidar las interesantes aportaciones que encontramos en nuestra propia tradición cultural, más cercana a nuestros problemas. Se trata –nos dice– de evitar «un colonialismo cultural que no parece estar justificado en términos intelectuales y que condena a quienes se dedican a la filosofía del Derecho en el mundo latino (en América y en Europa) a jugar un papel subordinado». Y así en sus diversas obras, Atienza reivindica o discute a fondo con numerosos autores latinos, de lo más variado (juristas, filósofos, intelectuales o escritores; clásicos o contemporáneos; jóvenes o seniors), en muchas ocasiones injustamente menospreciados. En este sentido, especial relevancia tienen en la obra de Atienza las aportaciones de Carlos Santiago Nino, Norberto Bobbio, Genaro Carrió, Ernesto Garzón Valdés, Carlos Vaz Ferreira, Carlos Alchourrón o Eugenio Bulygin.

### **DÉCIMA IDEA: La función práctica –y crítica– de la filosofía del Derecho**

La última idea que quiero destacar sobre el pensamiento de Atienza tiene que ver con su propia concepción de la filosofía del Derecho. Coherentemente con las ideas que hemos analizado, en particular con su compromiso con los valores del constitucionalismo, con su pragmatismo y con su concepción del Derecho como práctica social (de la que se deriva la responsabilidad de los juristas en la conformación del Derecho), Atienza considera que la función última de la filosofía del Derecho no puede ser otra que la de contribuir (directa o indirectamente) a la transformación social, al desarrollo de la justicia (a esta idea le dedicó, en 2017, un libro titulado precisamente *Filosofía del Derecho y transformación social*). Con este objetivo, nos dice, la filosofía del Derecho debe conseguir insertarse eficazmente en la cultura jurídica sin perder su función crítica; para lo cual debe estar atenta a los problemas relevantes que el Derecho debe abordar y no aislarse del resto de disciplinas jurídicas o sociales.

En opinión de Atienza, ninguna de las tres direcciones tradicionalmente dominantes de la filosofía del Derecho contemporánea, la de los iusnaturalistas, la de los positivistas analíticos y la de los «críticos» y tampoco la nueva corriente que aboga por

la naturalización de la filosofía (o teoría) del Derecho (y cuyo principal representante sería Leiter) conseguiría estos objetivos. La única candidata plausible para desarrollar dichas funciones sería una concepción postpositivista como la que él sostiene: una concepción que no incurra en reduccionismos a la hora de dar cuenta del Derecho, que interiorice los valores últimos de nuestros Derechos constitucionalizados y que preste atención a los problemas socialmente relevantes.

El compromiso de la filosofía del Derecho de Atienza con la transformación social le lleva a una gran preocupación por el futuro, que puede percibirse en muchos de sus trabajos. En ellos se ha ocupado tanto del futuro de la sociedad en general, como del Derecho, de la Universidad o de la propia disciplina iusfilosófica. En este sentido, no hay tema de relevancia práctica en cuyo debate público no haya intervenido Atienza: la prisión permanente revisable, la eutanasia, la huelga de hambre, la gestación subrogada, los desahucios, los nacionalismos, la renta básica universal, la inteligencia artificial, etc., etc. Mención especial merece su preocupación y compromiso con la formación de los juristas. Tema al que no solo ha dedicado gran cantidad de escritos –el más reciente, en la revista *Eunomía* (Atienza, 2022b)–, sino también gran cantidad de esfuerzos prácticos. En este sentido, me gustaría acabar como empecé, destacando la faceta de maestro de Manuel Atienza, que se materializa en muchas iniciativas, como el máster de argumentación jurídica, que impulsó en esta Universidad hace ya unos 20 años y por el que han pasado más de mil juristas, y sobre todo en el propio grupo de filosofía del Derecho generado en la Universidad de Alicante en torno a su figura y que integra no solo a los miembros del Departamento, sino a todos los que nos hemos formado en el seno de este grupo.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, Josep (2019): «En defensa del Estado constitucional de Derecho», *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 42, pp. 85-100. (<https://doi.org/10.14198/DOXA2019.42.04>)
- ALEMANY, Macario (2023): «La bioética como argumentación. Un análisis argumentativo de la bioética de Manuel Atienza», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 46.
- ATIENZA, Manuel (1991): *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ATIENZA, Manuel (2006): *El Derecho como argumentación: Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona.
- ATIENZA, Manuel (2013a): *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid.
- ATIENZA, Manuel (2013b): *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Pasos Perdidos, Madrid.
- ATIENZA, Manuel (2017). *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid.
- ATIENZA, Manuel (2019). *Comentarios e incitaciones. Una defensa del postpositivismo jurídico*, Trotta, Madrid.
- ATIENZA, Manuel (2020). *Una apología del Derecho y otros ensayos*, Trotta, Madrid.
- ATIENZA, Manuel (2022a). *Sobre la dignidad humana*, Trotta, Madrid.



- ATIENZA, Manuel (2022b). «Cinco ideas para la formación del jurista de mediados del siglo XXI», en *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad*, n. 22, pp. 365-378 (<https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6822>)
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (1996). *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.
- BUZÓN, Rafael y GARZA ONOFRE, Juan Jesús (2022). *La escuela de Alicante de filosofía del Derecho. Argumentación jurídica y postpositivismo*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2023). «El barón y el tábano. Sobre los límites del argumento trascendental y el objetivismo moral», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 46.
- MISSERI, Lucas E. (2023). «Manuel Atienza y el laberinto de su objetivismo moral mínimo: constructivismo metaético y dignidad humana», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 46.
- MORA SIFUENTES, Francisco M. (2019). «*Ars iusphilosophica*. Entrevista a Manuel Atienza», en *Ius et veritas*, n. 58, pp. 246-254.
- NAGEL, Thomas (2001). *La última palabra. La razón ante el relativismo y el subjetivismo*, trad. P. Margallo y Marcelo Alegre, Gedisa, Barcelona, 2001.
- NASCIMENTO, Roberta Simoes (2021). «Atienza, Manuel. Una apología del Derecho y otros ensayos. Madrid: Trotta, 2020», en *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, n 44, pp. 186-193. <https://doi.org/10.7203/CEFD.44.20625>
- RIVAYA, Benjamín (2020). «Entrevista a Manuel Atienza Rodríguez», en *Diálogos Jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, n. 5, 2020, págs. 273-293
- SUMMERS, Robert S. (2005). *Form and Function in a Legal System: A General Study*, Cambridge University Press.
- VAZ FERREIRA, Carlos (1979). *Lógica viva. Moral para intelectuales*, Biblioteca Ayacucho, Venezuela.





# Una reflexión sobre los problemas jurídicos. Ideas desde la argumentación jurídica

## A Reflection on Legal Problems. Ideas from Legal Argumentation

Henrik López Sterup

### Autor:

Henrik López Sterup  
Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes,  
Colombia  
[hlopez@uniandes.edu.co](mailto:hlopez@uniandes.edu.co) / [prof.henriklopez@gmail.com](mailto:prof.henriklopez@gmail.com)  
<https://orcid.org/0000-0002-3947-0363>

**Recibido:** 10/06/2022

**Aceptado:** 10/06/2022

### Citar como:

López Sterup, Henrik (2023). Una reflexión sobre los problemas jurídicos. Ideas desde la argumentación jurídica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 259-272. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.15>

### Licencia:

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



© 2023 Henrik López Sterup

### Resumen

La manera en que se entiende qué es un problema jurídico está relacionado con la concepción de derecho que se acoja y cómo enseña el derecho. Esta enseñanza, si parte de metodologías que privilegian el estudio de la normatividad o las decisiones judiciales (que enseñan qué es el derecho) promoverá como prototipo de problemas jurídicos aquellos que el juez decide resolver; aquél del contexto de justificación. Si se reconoce un espacio para la racionalidad crítica dentro de la argumentación estratégica, es posible construir un distinto prototipo de problemas jurídicos, ligado al contexto de descubrimiento. Esto permite identificar nuevas falacias pragmáticas. Esta aproximación demanda metodologías que enseñen a pensar como abogados.

**Palabras Clave:** Manuel Atienza, Problema jurídico; metodología de la enseñanza; racionalidad crítica; racionalidad estratégica; concepciones de derecho

### Abstract

The way in which a legal problem is understood is related to the conception of law that is accepted and how the law is taught. This teaching, if part of methodologies that privilege the study of regulations or judicial decisions (which teach what the law is), will promote as a prototype of legal problems those that the judge decides to solve; that of the context of justification. If a space for critical rationality is recognized within strategic argumentation, it is possible to build a different prototype of legal problems, linked to the context of discovery. This allows identifying new pragmatic fallacies. This approach demands methodologies that teach how to think like lawyers.

**Keywords:** Manuel Atienza, Legal problem; teaching methodology; critical rationality; strategic rationality; conceptions of law

## UNA REFLEXIÓN SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS. IDEAS DESDE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

**H**acer un homenaje a Manuel Atienza no es fácil. Sus méritos intelectuales son ampliamente reconocidos y cualquier cosa que se diga será inferior a lo justo. También, en cuanto a su persona. Así, solo resta intentar, humildemente, reconocerlo como maestro. Este texto busca partir de esas enseñanzas y avanzar apoyado en sus pilares. Siempre agradeceré el haber tenido la fortuna de aprender y reflexionar a su lado. Este texto es un intento de responder a una pregunta que Manuel Atienza nos lanzó en el curso de Argumentación Jurídica, en Alicante.

La obra de Manuel Atienza es extensa y profunda. También, consistente. Uno de los ámbitos en que su postura y sus reflexiones merecen una dedicación particular es relativa a la enseñanza. Bien conocido es que Atienza defiende que la enseñanza del derecho debería superar (no necesariamente abandonar) la cátedra magistral y apoyarse en otras metodologías. Él ha señalado que considera apropiado el método se sigue en la escuela de derecho de Harvard (Atienza, 2022).

Este método, en adelante el método de Harvard, consiste en la integración de dos estrategias que se traducen en la aplicación del método socrático al análisis de decisiones judiciales. Según muchos, el método Harvard permite lograr un desarrollo profundo de ciertas habilidades en los estudiantes de derecho, en particular el análisis y la argumentación crítica (Hawkins-Leon, 1998; Kerr, 1999; Moskovitz, 1992). Los críticos del método cuestionan su aptitud para fomentar un pensamiento dirigido a la solución de problemas (Hawkins-Leon, 1998; Kerr, 1999).

Esta observación resulta sorprendente pues, tanto los estudiantes que se forman bajo la cátedra magistral como quienes lo hacen bajo el método de Harvard realizan su actividad profesional, precisamente, planteando y solucionando problemas. Y, si ello es así, la respuesta podría ser que estos métodos promueven el análisis de problemas jurídicos dependientes de la estructura del razonamiento justificatorio judicial.

En relación a la respuesta, aquí se planteará que existe un vínculo entre concepciones del derecho, determinadas metodologías de enseñanza, que enseñan qué es derecho, y la forma de los problemas jurídicos que se promueven entre estudiantes de derecho. Se propone que la concepción del derecho de Atienza permite avanzar hacia otras metodologías, que conduce a otra forma de construir los problemas jurídicos y que, con ello, es posible introducir la racionalidad crítica al enseñar a pensar como abogados.

## DOS DECISIONES EMBLEMÁTICAS Y SUS PROBLEMAS JURÍDICOS

El desarrollo de o el debate en la filosofía del derecho ocurre, en algunas ocasiones, a partir del análisis de decisiones judiciales. En esto podríamos decir que «siguen» el método Harvard para el desarrollo de sus investigaciones. Tal es el caso de Ronald Dworkin, quien se apoyan en jurisprudencia para su análisis. Aquí se tomarán los casos *Riggs vs. Palmer* y *Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.*, que este autor utiliza. El objetivo de exponerlos es entender cómo el juez presentó los problemas jurídicos que debían resolverse. Este ejercicio permitirá abordar la estructura de los problemas jurídicos.

En la sentencia que resuelve *Riggs vs. Palmer* se analiza el caso de un nieto que asesinó a su abuelo, quien le había dejado, mediante testamento, parte de su herencia. En la sentencia se plantea el problema en los siguientes términos:

Elmer, para obtener el disfrute rápido y la posesión inmediata de su propiedad, le asesinó intencionadamente mediante envenenamiento. Ahora reclama la propiedad, y la única pregunta que debemos determinar es: ¿puede tenerla? (Jimenez Cano *et al.*, 2007)

Esta presentación del problema puede replantearse de la siguiente manera: ¿tiene el heredero asesino del testador derecho a la herencia establecida a su favor? Si o no. A partir de ese planteamiento la sentencia se desarrolla para mostrar cómo, a pesar de que el testamento era válido y «ley para las partes», debía aplicarse un principio que, en últimas, condujo a que se respondiera negativamente.

El caso *Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.*, trata de la esposa de un comprador de un vehículo que sufrió una lesión debido a una falla mecánica, que ocurrió mientras conducía. En la sentencia se analiza el contrato de compraventa suscrito entre *Henningsen* y *Bloomfield Motors*, en particular las cláusulas que excluían la responsabilidad del fabricante por daños distintos a los materiales (es decir, fijaba un exclusivo deber de reparar el bien vendido). En la sentencia se puede identificar, en el siguiente pasaje, el problema jurídico:

Dejando de lado por el momento el problema de la eficacia de las disposiciones de exención de responsabilidad contenidas en la garantía expresa, una cuestión de primera importancia que debe decidirse es si una garantía implícita de comerciabilidad por parte de Chrysler Corporation acompañó la venta del automóvil a Claus Henningsen. (*Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 1960)

La cuestión tiene que ver con el hecho de que no existe una relación contractual entre el productor del bien y el consumidor final. La compra la realiza el consumidor a un distribuidor. Este, a su vez, no tiene un contrato de compra con el productor, sino uno de otra naturaleza. Con ello, el problema base puede expresarse de la siguiente manera: ¿es el productor de un bien, que es tercero en el contrato entre vendedor y comprador,

responsable ante el comprador (consumidor) por los daños generados<sup>1</sup> por el bien vendido? Si o no. La respuesta a esta pregunta fue afirmativa.

Los problemas jurídicos de estas sentencias pueden entenderse de manera similar: dada la situación X, debe ser Y ¿sí o no? Con esto en mente, pasaremos al problema teórico del problema jurídico.

## EL PROBLEMA DE LOS PROBLEMAS PROPUESTOS

La estructura de los problemas jurídicos que se han propuesto responde a lo que se suele presentar en la academia como tal. Diego López indica, refiriéndose a los problemas jurídicos, que «mejor resulta tratar de identificar el patrón fáctico fundamental y relacionarlo con el texto o norma constitucional controlante» (López Medina, 2006, p. 151). Manuel Atienza, por otro lado, señala que «una argumentación (justificación) judicial es un proceso que comienza con el planteamiento de un problema (casi siempre bivalente) y termina con una solución al mismo que se resuelve también con un ‘sí’ o un ‘no?’» (Atienza, 2017a, p. 22). En otro momento, señala que los problemas jurídicos (que interesan) son bivalentes y bien estructurados (Atienza, 2013, p. 708).

Esta aproximación también se encuentra en otras disciplinas. Por ejemplo, Luhmann considera que el sistema del derecho opera de manera binaria. En últimas interesa determinar si una conducta es o no conforme a derecho: es culpable/no es culpable, es lícito/no es lícito, es constitucional/no es constitucional (Luhmann, 2002).

La coincidencia entre el sociólogo y los juristas mencionados se explica por el hecho de que todos fijan su atención en las «operaciones» finales, por utilizar las palabras de Luhmann, del sistema del derecho. En uno y otro caso existe un interés en analizar la decisión judicial, sea para considerar la «operación» del sistema del derecho, la argumentación (crítica) expuesta por el juez o para identificar líneas jurisprudenciales. En todos los casos se desconoce la complejidad del conflicto que antecede la decisión del juez o la operación dentro del sistema del derecho. Ante este fenómeno ¿cómo es posible que sea así?

## LA CÁTEDRA MAGISTRAL Y EL MÉTODO DE HARVARD.

Como se ha mencionado, Atienza considera que en la enseñanza del derecho debería superarse el método de la cátedra, para avanzar hacia otros modelos, en particular el método de Harvard. Quizás una indagación sobre estos métodos ofrezca luces sobre las razones que llevan a centrarse en problemas derivados de la decisión judicial.

---

1. La discusión es más amplia, por referirse a la «comerciability», pero el debate se concreta en el punto de la responsabilidad por daños, en un aspecto más allá de las partes defectuosas.

La cátedra, clase magistral o *lecture* es la forma más común de formación de abogados y de otros profesionales (quizás, al margen de la medicina). Consiste en que el experto presenta la información de manera ordenada y sistemática para que el estudiante conozca qué es el derecho. Se reconoce como una excelente aproximación a un saber bien organizado y sistemático, apropiado para ciertos campos del derecho reglado, como el derecho privado, el penal o el derecho de los procedimientos (del Valle & Valdivia, 2017).

En cuanto al método socrático ligado al *case method*, debe recordarse que su adopción más conocida es aquella por la escuela de derecho de Harvard, gracias al profesor Langdell (Hawkins-Leon, 1998; Langdell, 1879). El consideraba que los futuros abogados debían ser expertos en los principios y doctrinas que definen al derecho como ciencia (Langdell, 1879, p. Viii), por lo que debería estudiarse la doctrina (las sentencias, *cases*) en que ella aparece o se desarrolla. Así, se buscó aplicar el método científico al derecho, donde las sentencias serían el material observable. El método llevaría a «disecionar la decisión (*case*) para encontrar cómo el derecho funciona» (Moskovitz, 1992, p. 243). Esto a partir de un debate en torno a los argumentos que los estudiantes preparan sobre las decisiones estudiadas. Así, desarrolla habilidades analíticas (Hawkins-Leon, 1998), de manera que se fomenta la capacidad de establecer la fuerza de los argumentos, criticar sus prejuicios, ampliar sus perspectivas y lograr un entendimiento profundo del derecho y la construcción social de éste (Kerr, 1999).

Esta corta caracterización de ambas metodologías permite avanzar ciertas ideas. El método de la clase magistral tiene por objetivo la formación en qué es el derecho. Así, la idea de que debe entregarse una visión sistemática y organizada del material jurídico demanda que, en caso de considerar la jurisprudencia, se identifiquen las posturas de las cortes que alteran o precisan ese material jurídico. Así, interesa la doctrina probable, la «jurisprudencia» o la *ratio decidendi*, en tanto que se relacionen con el sistema jurídico (derecho formal).

En el caso del método de Harvard, el interés en las decisiones judiciales radica, además de la comprensión del sistema jurídico (saber qué es el derecho), en identificar argumentos correctos. Así, la decisión judicial es eje para indagar sobre argumentos que satisfacen, por ejemplo, los estándares de argumentación, pretensiones de justicia material o atienden debidamente los problemas morales involucrados en la decisión. Como se mostró antes, este tipo de análisis es una de las vías que utilizó Dworkin proponer su tesis sobre los principios en el derecho.

## ENSEÑAR QUÉ ES EL DERECHO

Hablar de enseñanza del derecho es algo bastante impreciso. Seguramente se relacione con la actividad en las escuelas de derecho y se culmine diciendo que se trata de la formación de abogados, de «lo que se hace y ocurre en las escuelas de derecho». Pues

si ello es así ¿qué se hace o qué ocurre en las escuelas de derecho? Para precisar más la interrogante ¿qué es formar abogados? Una respuesta altamente probable es que formar abogados es enseñar a personas legas qué es el derecho.

Naturalmente, ante esa respuesta habría que preguntar ¿qué es el derecho? La respuesta a esa pregunta estará ligada al método que se utilice para enseñar qué es el derecho. Como se mostró, el método de la cátedra magistral centra su enseñanza en el sistema, en el sistema jurídico. Son innumerables los filósofos del derecho que acogerían esta visión<sup>2</sup>. Tomemos uno al azar.

Eugenio Navarro escribe en un artículo que «[N]ormalmente, las normas jurídicas son creadas con el objeto de motivar el comportamiento de los sujetos» (Navarro, 1993) y, añade, para ello las se formulan prescripciones. Así las cosas, siguiendo con estas premisas, el fenómeno de lo jurídico se podría reducir a la verificación de que el mundo se oriente a las palabras. Alrededor de ello habría que estudiar si la producción legislativa (mundo) se orientó a las palabras (reglas de producción normativa), es decir, el problema de validez; y si el juez, al decidir (mundo), se orientó a las palabras (aplicó la norma pertinente). Como es de esperarse, bajo esta óptica el razonamiento jurídico es, por definición, subsuntivo.

En esta imagen de lo que es el fenómeno jurídico, el grueso de los problemas jurídicos es de carácter fáctico, es decir, un problema de calificación (Ferrajoli, 2011). Es el tipo de problemas que se desprendería de textos clásicos, como las Institutas de Gayo.

Si se toman las partes de las fórmulas que presenta Gayo y las integramos, nos encontramos con el patrón propio de un silogismo. En las Institutas, Gayo ofrece un ejemplo que se integra así (Comentario IV, Num. 41)

Por cuanto Aulo Agerio vendió un esclavo a Numerio Negidio. Si aparece probado que Numerio Negidio tiene obligación de dar diez mil sestercios a Aulo Agerio. Juez, condena a Numerio Negidio en diez mil sestercios a favor de Aulo Agerio: si no aparece probado, absuévalo. (Gayo, 1845, p. 275)

En este caso el debate es de naturaleza probatoria, lo que indica que la norma que regula la situación se admite como existente<sup>3</sup>. Así, la estructura silogística permite construir un problema jurídico en que se discute la consecuencia en caso de darse probado lo alegado. Es decir, Si llega a darse X, está obligado Y ¿sí o no? Bien sabemos que el silogismo, en este nivel, determina la corrección de la decisión.

Además, esta imagen se corresponde a un ideal del comportamiento. En ese ideal todos conocen la ley y se adecúan a sus mandatos. También, en caso de duda, las personas acuden al *counselor* o *legal adviser*, para que le advierta sobre el comportamiento debido. ¡El *bonus pater familias* es precavido!

2. Esto, claro está, obviando la influencia de las «formas» de los sistemas del derecho civil y del *common law* sobre la manera de enseñar qué es el derecho.

3. Se ruega admitir el término, pues su existencia, pertenencia, validez o vigencia no es cuestión de debate acá.



Dicho esto, es fácil advertir que la comprensión del abogado que estaría ligado a esta concepción de derecho es la del que conoce el derecho. Poco o nada importa si sabe aplicarlo. Lo central es el conocimiento científico (como diría Langell) del derecho. El objeto del análisis jurídico sería, en este escenario, conocer el sistema jurídico o el de precedentes. En últimas, saber si una norma pertenece o no al sistema y, con base en ello, aconsejar. Esto, claro está, es lo que debe aprender el estudiante de derecho.

¿Cómo se conecta esta visión del derecho con la construcción de problemas jurídicos? Una opción es analizar el conflicto en función del concepto de sistema jurídico. Un caso, según Navarro, en sentido estricto sería las «circunstancias o situaciones en las cuales interesa saber la clasificación deóntica de una determinada acción» (Navarro, 1993, p. 250) Pues bien, ¿de qué manera concibe este autor un problema?

Navarro sostiene que «el conocimiento de las normas jurídicas, o de las soluciones correspondientes a los casos genéricos de un universo de casos UC, determina normalmente la selección de propiedades que conforman los casos genéricos» (Navarro, 1993, pp. 255-256) Siguiendo esta línea, la estructuración de un problema consiste en la reducción del llamado caso en sentido amplio a un problema en sentido estricto. Esto se logra con el conocimiento de las normas jurídicas. En otras palabras, un problema se entiende a partir de la posibilidad de ajuste de la situación fáctica en una norma (grosso modo). Esto, porque, como precisa Navarro «[E]n otras palabras, ni los casos difíciles (fáciles) ni sus soluciones son identificados fuera del contexto determinado por un sistema jurídico específico» (Navarro, 1993, p. 260)

Dicho esto, un problema jurídico tendría la siguiente estructura (o, debería estructurarse así): Dado el sistema jurídico X y dada la situación S es obligatorio (debido) C ¿sí o no? De esta manera se cumple con lo que señala Navarro: Opera una selección de propiedades, que son dependientes de un sistema jurídico y se indaga por la consecuencia jurídica que dicho sistema impone a las propiedades (supuesto fáctico). Así, el ajuste analítico parte, necesariamente, del sistema y sus soluciones normativas.

Frente a esta aproximación, centrada en la pertenencia de la norma al sistema, se han presentado objeciones, por olvidar qué interesa al jurista. Como bien lo ha mostrado Aguiló, este lejos es el problema que incumbe al abogado. Por el contrario, el jurista se «ha preocupado determinar el conjunto de normas aplicables a un caso y sobre ellas resolver los conflictos y las lagunas. Lo relevante para él es (y ha sido siempre) la aplicabilidad, no la «pertenencia»». (Aguiló Regla, 1992, p. 278). Si la cuestión práctica del derecho es la correcta la aplicación de soluciones generales dirigido a producir soluciones particulares, ¿cómo estructurar debidamente los problemas jurídicos? ¿Cómo identificarlos?

Quizás el camino sea aquél que propone Atienza. Según expone, «el Derecho no puede verse exclusivamente como una realidad ya dada, como el producto de una autoridad (de una voluntad), sino (además y fundamentalmente) como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación», por lo que «el ideal regulativo del jurista... tendría que ser el de integrar en un todo coherente la

dimensión autoritativa del Derecho con el orden de valores expresado en los principios constitucionales» (Atienza, 2013, p. 29). Esta visión demanda una aproximación a la manera hacer realidad la pretensión de corrección, que se concreta en el desarrollo de una teoría de la argumentación jurídica (Atienza, 2013, p. 31). Esta debería conducir a «proporcionar una guía para llevar a cabo las tres grandes operaciones argumentativas que se le plantean a un jurista: cómo entender y analizar una argumentación que ha tenido lugar; cómo evaluarla; cómo argumentar» (Atienza, 2020, p. 175).

Pues bien, bajo esta línea la importancia de lo sistémico no se disminuye, sino que se complementa con lo argumentativo (práctica social). El eje estructurador será el análisis de aquellos documentos que sinceramente pretenden la corrección. Es decir, las sentencias judiciales. En ellas se identifican problemas bien estructurados, de carácter bivalente y con respuesta sí o no, como se mencionó antes. Se convierte en natural que la justificación interna y externa de la decisión tenga como punto de partida el problema que analizó el juez, el cual, en la mayoría de los casos seguirá el modelo que se ha presentado.

En este camino, el método de Harvard permite ofrecer una visión más completa, señalaría Atienza (2013, p. 429), de qué es el derecho, en tanto que, sin negar el elemento del sistema, se logra aprender a argumentar y, de manera central, identificar argumentos correctos.

## DE VUELTA A AL CASO RIGGS

El caso Riggs es utilizado por Dworkin para mostrar la relevancia de los principios en la praxis jurídica y, a partir de ello, desarrollar su tesis en la materia. Dworkin, desmenuza el caso, lo que nos recuerda el tipo de análisis que se promueve bajo el método socrático. Con este análisis, Dworkin se centra en el problema que analizó el juez, pero oculta otras dimensiones que aparecen en el debate.

Ya se ha mencionado que la decisión se basó en establecer si el asesino del testador tenía o no derecho a la herencia que recibiría por el testamento. Pues bien ¿qué dijo la contra parte? El juez Gray salvó el voto (voto discrepante). En su escrito propone el siguiente problema:

La pregunta con la que estamos tratando no es otra que la de si una disposición testamentaria puede ser alterada o un testamento ser revocado, después de la muerte del testador, a través de una apelación a los tribunales, cuando el legislador ha prescrito exactamente, por medio de sus promulgaciones, cuándo y cómo los testamentos serán preparados, alterados y revocados (Jimenez Cano *et al.*, 2007).

La presentación de este problema llama la atención a dos cuestiones. La primera, que, si bien los hechos objeto de juzgamiento son los mismos, cada juez hace énfasis en ciertos hechos. La mayoría se enfocó en el homicidio del testador por parte de un beneficiario y, Gray, en la existencia de un testamento válido y una regulación existente sobre la

modificación de los testamentos. La segunda, que ambos problemas son razonables. Es decir, cada problema presenta una situación que se podría resolver, de manera justificada, con base en el sistema jurídico.

La primera cuestión identificada nos lleva a que el caso no existe como un hecho autónomo, sino que es construido por el juez<sup>4</sup>. Esto contradice la idea dominante según la cual la selección de hechos relevantes es realizada por el derecho<sup>5</sup> y que el juez simplemente decide con base en ello (aplica el derecho).

La contradicción se resuelve al constatar que al proceso llegan hechos presentados de manera diversa por las partes y con pretensiones, igualmente distintas. Así, es el juez quien toma una decisión sobre qué hechos considera relevantes. Con ello, el juez decide qué problema resolverá (y, además, qué reglas aplicará). Se podría pensar que esto es expresión, en su genuino alcance, del principio *iura novit curia*.

Cuando los filósofos del derecho y los docentes hacen énfasis en el análisis de las decisiones judiciales, reducen los problemas jurídicos a aquél seleccionado (escogido) por el juez, que es, en definitiva, un lado de la tensión. El centro del análisis es la consistencia y la corrección de la solución a ese problema. Sin embargo, como se vio, la realidad es más compleja. Así es necesario enfrentar el hecho de que se está frente a propuestas de solución alternativas ante la situación conflictiva. Para reflexionar sobre este punto ha de abordarse, primero, el tema de la argumentación estratégica.

## LA TEORÍA DEL CASO ESPECIAL Y ARGUMENTACIÓN ESTRATÉGICA

Manuel Atienza reconoce que una de las principales críticas que se ha hecho a la teoría de la argumentación jurídica es que se trata de una teoría centrada en el razonamiento judicial y que no recoge otras estructuras argumentativas, entre ellas la argumentación estratégica de los abogados. Esto se aprecia en la crítica a la tesis de Alexy de que la argumentación jurídica es una forma especial de la argumentación práctica, crítica que Atienza comparte. Con todo, según Atienza, «las formas estratégicas de argumentación no están a la par de la argumentación crítica racional» y que una teoría general de la argumentación debe darle «cierta prioridad al discurso práctico racional (al diálogo crítico)» (Atienza, 2010, p. 365).

En cuanto a la estructura de la argumentación estratégica, si bien Atienza considera que formalmente el discurso judicial y el de los abogados son similares, se distinguen por sus elementos retóricos (fuertes en la argumentación estratégica). Además, en la argumentación estratégica no rige (del todo) el principio de sinceridad, lo que implica negar la pretensión de corrección. Además, esta argumentación se orienta según una razón instrumental basada en normas de fin. En suma, la argumentación estratégica se

4. A partir de los hechos probados.

5. Que se expresa en la regulación sobre el objeto de la prueba.

orienta hacia el éxito y se caracteriza por que no se esperan condiciones de sinceridad (Atienza, 2013, p. 708)

Si bien es posible establecer este vínculo entre éxito y falta de sinceridad, ello no significa que la argumentación estratégica ocurra al margen de la argumentación crítica racional (Atienza sugiere que es un tema de énfasis). Antes bien, la argumentación estratégica requiere de considerar la argumentación crítica racional como condición de éxito. Sobre este punto, los estudios desde la pragma-dialéctica han ubicado esta tensión en las llamadas maniobras estratégicas. Estas «buscan disminuir la tensión potencial entre la búsqueda simultánea del objetivo “dialéctico” de lo razonable y del objetivo “retórico” de lo efectivo» (Eemeren, 2012, p. 38).

La incapacidad del argumentador de mantener el equilibrio entre la discusión crítica (dialéctica según Atienza) y lo retórico genera una falacia: «Vistas desde esta perspectiva, las falacias son descarrilamientos de las maniobras estratégicas que involucran violaciones de las reglas de la discusión crítica» (Eemeren, 2012, p. 40).

Si se acepta este análisis desde la pragma-dialéctica, puede sostenerse que la situación problemática surge de un debate entre dos propuestas, dirigidas a lograr éxito (como en el debate dialéctico aristotélico), pero sinceras en tanto que pretenden que se asuman como correctas. Como lo señala Van Eemeren «para poder alcanzar exitosamente a la audiencia, los movimientos argumentativos que se hacen deben ser ajustados a las actitudes y a los marcos de referencia de aquellos a los que se convencerá» (Eemeren *et al.*, 2019, p. 169). Así, la falta de sinceridad es limitada y se evidencia, más precisamente, en la selección de lo que Van Eemeren llama «potencial tópico»; esto es, «la elección de puntos de partida particulares como puntos de salida del proceso de resolución, en lugar de otros puntos de partida opcionales» (Eemeren *et al.*, 2019, p. 169).

En resumidas cuentas, el litigante, por ejemplo, al proponer una argumentación (estratégica) selecciona las «jugadas» –hechos– que considera relevantes para lograr que el juez se convenza de que la solución propuesta es la correcta. Esa corrección está marcada, tanto por la capacidad o aptitud de lograr que el juez se «fije» en esos y no en otros hechos, como por mostrar que la solución es compatible (justificable) dentro del sistema jurídico o la práctica jurídica.

## **APRENDER A PENSAR COMO ABOGADO, PROBLEMA JURÍDICO Y CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO**

Lo expuesto hasta este momento permite construir un cuadro bastante más complejo. Se tiene una situación determinada, frente al cual dos litigantes presentan argumentos (de carácter estratégico). Estos argumentos destacan ciertos elementos de esa situación (espacio en que, según Atienza, podría evidenciarse la falta de sinceridad) y proponen su acomodo (subsunción) a partir de ciertas normas que estiman aplicables al caso. Ante estas opciones el juez, bien puede seleccionar una de ellas o, también, puede resaltar

ciertos elementos no considerados por los litigantes y proponer una argumentación alternativa. En uno u otro caso, el juez propondrá una solución. Ante esto ¿cuál es el problema jurídico?

Como vimos, la cátedra magistral y el método socrático tenderán a considerar como problema jurídico aquél que solucionó el juez. ¿Por qué? Pues resulta compatible con la concepción del derecho presentada que, operativamente, llamaremos estática. En tal caso ¿qué interés tienen los argumentos (estratégicos) presentados por los litigantes? ¿Cómo pasó el juez de esos argumentos al propio?

Manuel Atienza ha insistido en que para la teoría de la argumentación jurídica es importante la distinción entre contexto de descubrimiento y el contexto de la justificación (Atienza, 2013). También ha señalado que la distinción no es nítida. La importancia radica en que la distinción permite ubicar el campo en el cual es esperable una argumentación crítica, dónde es posible demandar una justificación correcta. Pero ha dejado en cierta oscuridad sobre qué ocurre en el contexto de descubrimiento.

Según se ha presentado, el juez selecciona o decide qué problema resolverá. Esta decisión no es arbitraria. Las decisiones del juez ocurren en el marco del proceso, guiado, entre otras, por principios como defensa y congruencia. Así, el juez está, por decirlo de alguna manera, atado a los hechos probados y al argumento (pretensión y sus soportes argumentativos). Esta actividad y condiciones integran, parcialmente, el contexto de descubrimiento.

Dicho esto, el real problema jurídico no es aquél que el juez selecciona, sino que «el problema jurídico es el conflicto que los litigantes someten al juez para su solución» (Alvarez-Correa Duperly, 1988, p. 17). Su estructura será bivalente, pero no atendiendo a respuestas sí o no frente a un supuesto fáctico estático, sino que debe revelar los énfasis que hacen los litigantes en cada elemento fáctico y las soluciones que derivan de ello. Como lo reconoce Atienza, «el abogado no se encuentra frente a lo que podríamos llamar un problema bien estructurado y de tipo binario» (Atienza, 2013, p. 708).

Con lo analizado, el (real) problema jurídico sería algo del siguiente estilo: dada la situación D, donde, por una parte, si son relevantes los hechos H1, H2 y H3 ¿debe decidirse C? o, si son relevantes los hechos H2, H3 y H4 ¿debe resolverse Z? También podría darse el caso de que exista acuerdo sobre los hechos, evento en el cual el problema tendría la siguiente formulación: Dado el (los) hecho H, ¿debe darse X o Z?, donde X y Z pueden ser soluciones alternativas, pero no necesariamente contradictorias.

Esta forma de entender un problema jurídico se apoya en la idea de que el derecho, además de un sistema de normas, es una práctica social (Atienza, 2017b). En tanto que práctica social, los argumentos tienen un espacio central, no sólo para justificar las decisiones, sino también, y de manera significativa, para configurar los conflictos y proponer soluciones; para transformar la realidad desde el derecho. Para la enseñanza, el entender el derecho de esta manera obliga a seleccionar metodologías centradas en el problema, pues permiten que se enseñe a pensar como abogado (por tomar las palabras

de Schauer). Esto, en la medida en que no solo interesa cómo los jueces han justificado, sino también cómo lo hacen los litigantes.

Falta una cuestión. ¿Cómo pasa el juez del problema jurídico presentado por las partes al seleccionado? Quizás la respuesta la encontremos en la dialéctica aristotélica. Según una lectura tradicional sobre Aristóteles, la dialéctica juega un papel reducido o nulo frente a la ciencia. Empero, algunos estudios señalan que la función de la dialéctica «sería colocar bajo examen crítico candidatos previamente postulados por otros conductos a la dignidad de primeros principios», de manera que «la dialéctica ciertamente tendría que ver con el descubrimiento de los primeros principios» (Meléndez, 1998, p. 103).

Si se admite esta posibilidad, el momento previo a la decisión judicial sería una suerte de debate dialéctico, que permite fundar o fijar los hechos relevantes y las razones plausibles para una decisión. Ocurre que hoy el juez no decide ateniéndose únicamente a lo expuesto, sino que le corresponde construir una decisión a partir del resultado del debate; a partir de lo que considera plausible. Así las cosas, este sería el espacio del contexto del descubrimiento y también sería un espacio de argumentación crítica. En suma, el proceso judicial sería la respuesta institucionalizada del debate dialéctico previo al ejercicio crítico judicial (motivar la decisión).

## REFLEXIÓN FINAL

Llegados a este punto ¿se equivoca Atienza al proponer el método de Harvard? Como el mismo diría frente a otros debates, la solución es correcta, pero insuficiente. Es insuficiente porque esa metodología no traslada al análisis de la argumentación estratégica los requerimientos de la justificación crítica.

Al estudiante de derecho se le debería enseñar a justificar la selección de hechos que considera relevantes, igual que las normas aplicables y, en general, la motivación de la solución que propone al decisor. ¿Cómo lograr ese aprendizaje?

Por mucho que los filósofos, los teóricos y los docentes de derecho se esfuercen por enseñar qué es el derecho y a pensar como abogados, no pueden olvidarse que la praxis jurídica tiene un inicio claro: una situación conflictiva que ocurre y que debe traducirse a cánones jurídicos. Sea el interés o la consulta de un cliente, de un ciudadano, de una persona.

Así, junto al método Harvard, debería también acogerse prácticas de enseñanza centrados en los problemas –en lo experiencial, diría Dewey (1988, p. 133)–, como el método del caso (Nohria, 2021; Perafán *et al.*, 2017) o el aprendizaje basado en problemas (Hawkins-Leon, 1998; Moskovitz, 1992; Perafán, 2017).

Quizás así, respondiendo a una pregunta que Atienza lanzó alguna vez, podríamos encontrar un lugar más de las falacias pragmáticas en la argumentación jurídica.

**BIBLIOGRAFÍA**

- AGUILÓ REGLA, J. (1992). Derogación, rechazo y sistema jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 0(11), 263-280. <https://doi.org/10.14198/DOXA1992.11.11>
- ALVAREZ-CORREA DUPERLY, E. (1988). *Curso de metodología jurídica I y metodología jurídica II / Eduardo Alvarez-Correa D.* Universidad de los Andes, facultad de derecho. <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat07441a&AN=cpu.715946&site=eds-live>
- ATIENZA, M. (2010). Crítica de la crítica crítica: contra Enrique Haba y consortes. *Doxa. Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 33, 361. <https://doi.org/10.14198/doxa2010.33.18>
- ATIENZA, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica.* Editorial Trotta.
- ATIENZA, M. (2017a). Algunas tesis sobre el razonamiento judicial. In *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza* (Primera, pp. 43-58). Palestra Editores S.A.C.
- ATIENZA, M. (2017b). *Filosofía del derecho y transformación social* (Primera). Editorial Trotta.
- ATIENZA, M. (2020). *Una apología del Derecho y otros ensayos.* Trotta.
- ATIENZA, M. (2022). Vista de Cinco ideas para la formación del jurista de mediados del siglo XXI. *Eunomía. Revista En Cultura de La Legalidad*, 22, 365-378. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6822>
- DEL VALLE, J., & VALDIVIA, S. (2017). *Clase Magistral Activa. Colección Métodos de Formación Jurídica n.º7.* Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- DEWEY, J. (1988). *Democracia y educación.* Ediciones Morata, S.L.
- EEMEREN, F. H. van. (2012). Maniobras estratégicas: combinando lo razonable y lo efectivo en el discurso argumentativo. *Acta Poética*, 33(1), 19-47.
- EEMEREN, F. H. van, WOLF, K., & Santibáñez, C. (2019). *La teoría de la argumentación : una perspectiva pragmatialéctica.* (Primera ed). Palestra Editores. <https://ezproxy.uniandes.edu.co/login?url=https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat07441a&AN=cpu.825554&lang=es&site=eds-live&scope=site>
- FERRAJOLI, L. (2011). Constitucionalismo principialista y Constitucionalismo garantista \*. *Doxa. Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 34, 15-53.
- GAYO. (1845). *LA INSTITUTA.* IMPRENTA DE LA SOCIEDAD LITERARIA Y TIPOGRÁFICA.
- HAWKINS-LEON, C. G. (1998). The Socratic Method-Problem Method Dichotomy: The Debate Over Teaching Method Continues. *Brigham Young University Education and Law Journal*, 1998(1), 1-1-18. <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/byuelj1998&div=5>
- JIMENEZ CANO, R., FABRA ZAMORA, J. L., & GUZMÁN BUELVAS, C. E. (Traductores). (2007). RIGGS CONTRA PALMER. *Revista Telemática de Filosofía Del Derecho*, 11, 363-374. [www.filosofiyderecho.com/rtfd](http://www.filosofiyderecho.com/rtfd) | [www.rtfed.es](http://www.rtfed.es)
- KERR, O. S. (1999). The Decline of the Socratic Method at Harvard. *Nebraska Law Review*, 78(1), 113-113-134. <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/nebklr78&div=12>
- LANGDELL, C. C. (1879). *A selection of cases on the law of contracts.* Little, Brown and Company.
- LÓPEZ MEDINA, D. (2006). *El derecho de los jueces* (Segunda). Legis Editores S.A.
- LUHMANN, N. (2002). *El derecho de la sociedad* (Primera). Universidad Iberoamericana, ITESO, UNAM.
- MELÉNDEZ, G. (1998). Dialéctica y ciencia en Aristóteles. Una revisión de la literatura en torno al problema. *Ideas y Valores*, 47(108), 87-107. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/idval/article/view/21896>

- MOSKOVITZ, M. (1992). Beyond the Case Method: It's Time to Teach with Problems. *Journal of Legal Education*, 42, 241-270. <http://digitalcommons.law.ggu.edu/pubs>
- NAVARRO, P. E. (1993). Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 0(14), 243-268. <https://doi.org/10.14198/DOXA1993.14.13>
- NOHRIA, N. (2021). What the Case Study Method Really Teaches. *Harvard Business Review Digital Articles*, 1-7. <https://ezproxy.uniandes.edu.co/login?url=https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=154330699&lang=es&site=eds-live&scope=site>
- PERAFÁN, B. (2017). *Aprendizaje Basado en Problemas. Colección Métodos de Formación Jurídica n.º3*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- PERAFÁN, B., CARILLO, G., & GÁLVEZ, A. (2017). *Estudio de Casos. Colección Métodos de Formación Jurídica n.º2*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- HENNINGSEN v. BLOOMFIELD MOTORS, Inc., (1960). <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1960/32-n-j-358-0.html>





# Atienza y el postpositivismo discursivo

## Atienza and the Discursive Postpositivism

Alí Lozada\*

### Autor:

Alí Lozada\*  
Universidad de O'Higgins, Chile  
alilozada@gmail.com  
<https://orcid.org/0000-0001-9206-3647> Universidad  
de O'Higgins, Chile  
alilozada@gmail.com  
<https://orcid.org/0000-0001-9206-3647>

Recibido: 10/06/2022

Aceptado: 10/09/2022

### Citar como:

Lozada Prado, Alí (2023). Atienza y el postpositivismo discursivo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 273-295. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.16>

### Financiación:

Este trabajo se enmarcó en el proyecto ANID/ CONICYT FONDECYT Postdoctoral N° 3180579 – 2018 (Gobierno de Chile), «Modelos de argumentación jurídica con principios formales y reglas de origen judicial (Precedente y jurisprudencia): una reconstrucción teórica basada en el caso chileno».

### Licencia:

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



© 2023 Alí Lozada

### Resumen

En el presente trabajo, se aborda el pensamiento de Manuel Atienza a partir sus discrepancias principales, a pesar de su esencial coincidencia, con el *postpositivismo discursivo*, modelo teórico que comparten autores como Carlos Nino y Robert Alexy. De esta manera, se obtienen algunas conclusiones sobre el pensamiento postpositivista del autor español.

**Palabras clave:** Alexy, Atienza, autonomía, constitucionalismo discursivo, derechos, derechos sociales, dignidad, Estado constitucional, objetivismo moral, Nino, normas de fin, ponderación, principios jurídicos, tesis del caso especial.

### Abstract

In the present work, the thought of Manuel Atienza is approached based on its main discrepancies, despite its essential coincidence, with discursive postpositivism, a theoretical model shared by authors such as Carlos Nino and Robert Alexy. In this way, some conclusions are obtained about the postpositivist thought of the Spanish author.

**Keywords:** Alexy, Atienza, autonomy, discursive constitutionalism, rights, social rights, dignity, constitutional State, moral objectivism, Nino, goal norms, balancing, legal principles, thesis of the special case.

**E**n el presente trabajo exploro las principales discrepancias de Manuel Atienza con el que llamaré *postpositivismo discursivo*. En mi tesis doctoral, dirigida por el propio Atienza y por Juan Ruiz Manero (Lozada, 2016a), intenté reconstruir ese modelo de postpositivismo a partir de dos de sus exponentes, Robert Alexy y Carlos Nino. Basándome en esa investigación, (1)

\* Agradezco a José Fonseca y Catherine Ricaurte por los aportes recibidos en la realización de este texto.

conceptualizaré el postpositivismo jurídico en relación con el Estado constitucional y el constitucionalismo, para luego (2) presentar una reconstrucción de las tesis centrales del postpositivismo discursivo; tras ello, (3) abordaré las principales divergencias de Atienza con esa concepción del Derecho; y finalmente, (4) extraeré algunas conclusiones sobre el pensamiento postpositivista del autor español

## 1. EL POSTPOSITIVISMO O CONSTITUCIONALISMO ARGUMENTATIVO

En la praxis jurídica de nuestro tiempo, la expresión «constitucionalismo» se ha extendido profusamente en el lenguaje de los juristas, aunque presenta cierta ambigüedad. De los muchos significados que se le adscriben, hay dos que nos interesa distinguir aquí (Atienza, 2007, pp. 115s).

De acuerdo con el primero, el *constitucionalismo* viene a ser una determinada arquitectura institucional, usualmente llamada *Estado constitucional*, resultante de procesos históricos ligados principalmente a la tradición político-institucional estadounidense y a la europea de inspiración kelseniana (Bayón, 2004, p. 64). Sus rasgos principales serían estos tres: la limitación del poder normativo del legislador democrático por los *derechos fundamentales*, la *rigidez de la constitución* y la *justicia constitucional* (Ibíd., p. 69).

En una segunda acepción, por *constitucionalismo* se entiende la *teoría del Derecho* apta para dar cuenta de las mencionadas características del Estado constitucional (Prieto Sanchís, 2003, p. 123). En efecto, como sostiene Atienza (Atienza, 2008, pp. 144s; y 2007, pp. 115ss), frente a la novedad histórica del Estado constitucional, cabe adoptar las siguientes posturas teóricas: (1) ignorar o negar el mencionado fenómeno y, en consecuencia, optar por seguir construyendo la teoría del Derecho de la misma forma que en el pasado, como lo hacen autores como Ricardo Guastini o Paolo Comanducci; (2) reconocer la existencia de los cambios que el Estado constitucional entraña, pero negar que ello exija la introducción de un nuevo paradigma teórico, cual es la postura de autores como Francisco Laporta (véase Atienza y Laporta, 2008, p. 53); y (3) sostener que sí es preciso construir una nueva teoría a partir de los referidos cambios institucionales: una teoría constitucionalista. A su vez, las teorías de este último tipo, continuando con el esquema de Atienza, serían de dos clases: (3.1) las que «consideran que la nueva teoría puede –y debe– elaborarse sin abandonar la horma del positivismo jurídico (sino reformando –o desarrollando– el propio paradigma del positivismo jurídico)» (Atienza, 2007, pp. 115ss.); y (3.2) las que, «por el contrario, consideran que el positivismo (en cualquiera de sus múltiples formas) no ofrece una base teórica adecuada para dar cuenta de esos fenómenos: el constitucionalismo contemporáneo obligaría a ir ‘más allá’ del positivismo jurídico» (Ídem).

Habría, entonces, dos modelos de constitucionalismo. El primero viene a ser una actualización del paradigma positivista normativista, centrado exclusivamente en la dimensión *autoritativa* del Derecho, y cuyo exponente más destacado es Luigi Ferrajoli;

quien propone denominar a su concepción *neopositivismo*, *positivismo crítico*, o –como él prefiere– *constitucionalismo normativo o garantista* (Ferrajoli, 2011, p. 20). El segundo modelo de constitucionalismo lo suscribirían autores como Ronald Dworkin, Carlos Nino, Robert Alexy, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, Josep Aguiló, el último Neil MacCormick, entre otros. La peculiaridad de esta corriente estribaría en la idea de que el Derecho se halla atravesado por dos dimensiones: la *autoritativa* y la *valorativa* (Atienza, 2007, p. 125). Es decir, mientras que Ferrajoli teoriza sobre el Derecho del Estado constitucional a partir de la tesis de la separación entre Derecho y moral, los autores recientemente aludidos lo hacen desde la tesis inversa, la de la conexión necesaria entre Derecho y moral. A esta segunda forma de constitucionalismo también podría denominarse *no positivismo*, *postpositivismo*<sup>1</sup> o –como ha sugerido Ferrajoli (2011, p. 20)– *constitucionalismo principialista*<sup>2</sup> o *argumentativo*.

Una vez identificados los anteriores dos conceptos de constitucionalismo, aquí me referiré al primero con el término «Estado constitucional», y reservaré el uso de «constitucionalismo» para el segundo: para toda teoría del Derecho que, ante el carácter históricamente novedoso del Estado constitucional, defienda la necesidad de construir una teoría jurídica también nueva que, o bien, «refuerce» el positivismo jurídico tradicional, como pretende el *neopositivismo* o *constitucionalismo garantista* de Ferrajoli (Ferrajoli, 2011, p. 24), o bien, lo «deje atrás»<sup>3</sup>, como pretende el *postpositivismo* o *constitucionalismo argumentativo* de los autores arriba mencionados.

Varios constitucionalistas argumentativos han criticado el constitucionalismo garantista de Ferrajoli y han concluido que se trata de una teoría no apta para dar cuenta del Derecho propio del Estado constitucional de manera plena. Para Atienza, por ejemplo, el constitucionalismo ferrajoliano es «insuficiente» porque «implica una visión excesivamente simple del Derecho»: «se queda a mitad de camino: da el paso del ‘paleopositivismo’ al ‘positivismo crítico’, pero la reducción del Derecho a un fenómeno de autoridad y el relativismo (o no objetivismo) ético hacen que su teoría se quede corta [...] Lo que se echa en falta en su obra es, sobre todo, una teoría moral que se integre con (y reequilibre) sus planteamientos jurídicos y políticos» (Atienza, 2009, p. 85). Ruiz Manero, por su parte, considera que el pensamiento de Ferrajoli padece de «unilateralidad», por cuanto niega «que nuestras normas y nuestras instituciones están atravesadas por tensiones internas que obedecen a que dichas normas e instituciones tratan de realizar valores que se encuentran, a su vez, en tensión entre sí. Y de que este tratar de realizar valores que se encuentran en tensión entre sí no es ningún defecto

1. Albert Casalmiglia fue uno de los primeros en proponer el término «postpositivismo» para referirse a «las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política» (Casalmiglia, 1998, p. 209).

2. Aunque hay autores que se identifican con la etiqueta de «principialista», como Ruiz Manero (véase Ferrajoli y Ruiz Manero, 2012, *passim.*), quizá no todos los autores postpositivistas lo harían.

3. Sobre esta expresión, véase Atienza y Ruiz Manero, 2006a; y Aguiló, Atienza y Ruiz Manero, 2007, p. 16.

a superar de nuestros entramados institucionales, sino que obedece a que nuestros sistemas de valores están, a su vez, cruzados también por tensiones internas, pues la conciliación entre los valores que los integran, en la medida en que es posible, no es, desde luego, asunto sencillo» (Ruiz Manero, 2012, p. 100). Y, en sentido análogo, Aguiló ha sostenido que el constitucionalismo de Ferrajoli es «imposible», vale decir, «impracticable porque su asunción desemboca en sinsentidos prácticos» (Aguiló, 2011, p. 57) «pues se queda con ‘lo peor de cada cosa’: es **relativista** (él dirá que no cognoscitivista) respecto de cuáles son los derechos y los principios justificados (respecto de qué proteger) y es **absolutista** respecto de la técnica de protección elegida (reglas cerradas a la deliberación e inmodificables)» (Ibíd. p. 71, el énfasis aparece en el original). Si bien se observa, las referidas críticas de la insuficiencia, unilateralidad e imposibilidad del constitucionalismo ferrajoliano apuntan en contra de los dos rasgos primordiales de aquella concepción: el *positivismo normativista* y el *no objetivismo ético*. Por lo que, para caracterizar el constitucionalismo argumentativista, es útil preguntarse, ¿a partir de qué tesis teóricas este busca superar aquellos dos rasgos?

En mi opinión, el postpositivismo puede caracterizarse de manera general a partir de tres tesis básicas. La *primera tesis* elabora una versión particular de la tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral: hay una *conexión necesaria entre la argumentación jurídica y la argumentación moral*<sup>4</sup>. Esta necesita de una *segunda tesis*, la del *objetivismo moral basado en derechos*, según la cual, los derechos humanos son los valores más básicos de la moralidad; sin tal objetivismo, la conexión argumentativa entre Derecho y moral se frustraría. Y, de las dos anteriores, surge una *tercera tesis*, la de la *focalidad jurídico-moral de los derechos fundamentales*: en la argumentación jurídico-moral, las razones con mayor potencia justificativa vienen dadas por los derechos *fundamentales*, debido a su conexión argumentativa necesaria con los derechos *humanos* en cuanto derechos morales<sup>5</sup>.

4. De ahí que el positivismo sea un constitucionalismo *argumentativo*: la imagen del Derecho es la de una práctica institucionalizada en que se abordan problemas susceptibles de ser solucionados dando razones y con sujeción a ciertos criterios de racionalidad. No es casualidad, entonces, que varios de los autores postpositivistas hayan elaborado su propia teoría de la argumentación jurídica, como es el caso de Alexy, MacCormick o Atienza. Podría objetarse, sin embargo, que autores como Dworkin o Nino no serían constitucionalistas argumentativos porque no llegaron a formular una teoría de la argumentación, ni se adscribieron explícitamente a alguna. Sin embargo, de manera bastante convincente, Ma. Lourdes Santos (Santos, 2008, p. 4) ha defendido que en la teoría de Dworkin es posible identificar algunas tesis y posiciones centrales de una teoría de la argumentación y que aquella suscita algunos problemas que afectan a una teoría de ese tipo. En mi opinión, algo muy similar cabe afirmar acerca de Nino, como se mostrará más adelante.

5. En Lozada, 2020, desarrollo una crítica a Ferrajoli por carecer de una tesis como esta.

## 2. EL POSTPOSITIVISMO *DISCURSIVO*

A su vez, el postpositivismo *discursivo* se puede caracterizar según la manera en que él especifica las ya mencionadas tres tesis del postpositivismo en general. De manera muy apretada, aquella concepción del Derecho se reconstruiría como sigue (tomo, con algunas variaciones, las conclusiones que formulé en Lozada, 2016a):

### 2.1. Primera tesis *del postpositivismo (la de la conexión necesaria entre la argumentación jurídica y la argumentación moral)*

En el postpositivismo discursivo, esta tesis se compone de las dos siguientes subtesis:

#### 2.1.1. Subtesis de la *dimensión argumentativa* de la *praxis* jurídica

El Derecho es una práctica social (Nino) o una serie de procedimientos reales (Alexy), los sujetos que allí operan adoptan el punto interno de la *praxis* –enfoque normativo (Nino) o perspectiva del participante (Alexy)– el que también debe ser el punto de vista primordial para el iusfilósofo: se pone la mira en el aspecto interno de la práctica jurídica (Nino) o corrección jurídica (Alexy), aspecto interno que tiene primacía lógica frente al aspecto externo de la *praxis* (Nino), vale decir, esta incorpora una pretensión de corrección jurídica (Alexy).

#### 2.1.2. Subtesis de la *conexión argumentativo-discursiva necesaria* entre Derecho y moral

El enfoque metaético *discursivo* –que se caracterizará más adelante– constituye el punto arquimediano con apoyo en el cual se construye la tesis de la conexión necesaria entre el discurso jurídico y el discurso moral: la «tesis de la no insularidad» (Nino) o «tesis del caso especial» (Alexy); pues desde aquella óptica se puede constatar el nexo entre el punto de vista interno del Derecho y el punto de vista interno de la moral (Nino), es decir, entre la corrección jurídica y la corrección práctica general (Alexy)<sup>6</sup>.

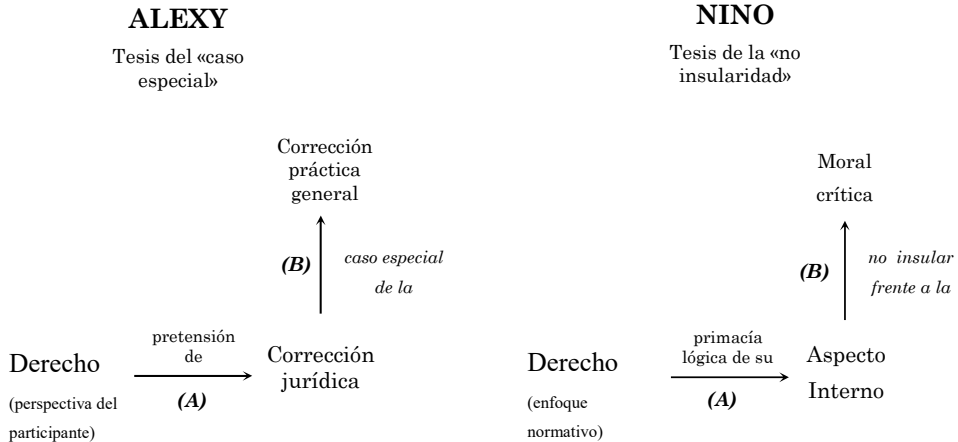
---

6. Lo anterior puede desarrollarse, a su vez, a través de las siguientes cuatro subtesis subordinadas a esta segunda subtesis:

La de la vinculación *conceptual necesaria* entre orden jurídico y punto de vista moral: El orden jurídico lleva analíticamente incorporado el punto de vista moral, es decir, la pretensión de corrección práctica general (Alexy) o primacía lógica de la moral crítica frente al aspecto externo del discurso jurídico (Nino).

La de los *dos momentos básicos* de la argumentación jurídica: la justificación jurídica transcurre, básicamente, a través de dos momentos: el de la fundamentación de una *praxis* jurídica determinada y el de la fundamentación de acciones y decisiones al interior de dicha práctica. En el primer momento, se justifica (o no) una determinada práctica jurídica a la luz de criterios moralmente óptimos (la moral ideal, según Nino), es decir, propios de la corrección de primer orden (la corrección práctica general,

El siguiente diagrama muestra la simetría de las concepciones de Alexy y Nino en cuanto su manera discursiva de entender la primera tesis del postpositivismo.



## 2.2. Segunda tesis del postpositivismo (la del objetivismo moral basado en derechos)

En el postpositivismo discursivo, esta tesis se compone de las cinco subtesis siguientes, las cuatro primeras son de carácter *metaético* y la última, de índole *ético-normativo*:

en el caso de Alexy). Justificada así la práctica jurídica, en el segundo momento se tiene que operar argumentativamente dentro de ella ajustando las acciones y decisiones al punto de vista interno de esa práctica (Nino), vale decir, a la corrección jurídica (Alexy): el uno y la otra –huelga decir– han sido validados en el primer momento de justificación moral del Derecho; ambos expresan una opción del tipo «segundo mejor» (Nino) o, lo que es igual, dan lugar a una corrección de segundo orden (Alexy).

La de la vinculación *conceptual* necesaria entre normas y decisiones jurídicas, por un lado, y moral, por otro: por lo que respecta a las normas y decisiones jurídicas, estas no solo que necesariamente incorporan el punto de vista moral, sino que también guardan un nexo analíticamente necesario con la moral misma –corrección práctica general (Alexy) o moral crítica (Nino)–, por lo que en el seno del Derecho –corrección jurídica (Alexy) o punto de vista interno del Derecho (Nino)– operan razones de dos tipos: las que son propias del discurso jurídico –criterios institucionales (Alexy) o razones relativas al origen de las directivas (Nino)– y las que no lo son –criterios práctico generales (Alexy) o razones atinentes al contenido de las directivas (Nino)–. Cuando los mencionados dos tipos de razones entran en conflicto y, en el balance, resultan desplazadas las razones que no son propias del discurso jurídico, entonces las normas o decisiones jurídicas de que se trate, si bien no pierden su validez, esta se degrada: devienen normas defectuosas (Alexy) o subóptimas (Nino).

La de la vinculación *normativa* necesaria entre normas y decisiones jurídicas, por un lado, y moral, por otro: en el balance de razones descrito en el párrafo anterior, las razones propias del razonamiento jurídico pueden resultar desplazadas si las normas o razones jurídicas de que se trate supusieran un grado superlativo de injusticia –*mal absoluto* (Nino) o *extrema injusticia* (Alexy)–, por lo que ellas devendrían jurídicamente inválidas. Esto implica la existencia de un nexo normativamente necesario entre dichas normas o decisiones y la moral.

### 2.2.1. Subtesis de la *estructura del discurso moral como punto arquimediano*

El puente entre el ser y el deber ser, que sirve como punto de apoyo para la fundamentación de los valores y principios morales, está dado por los criterios procedimentales constitutivos que se hallan presupuestos en toda discusión sobre cuestiones prácticas. Un diálogo idealmente configurado –discurso ideal (Alexy) o moral crítica (Nino)– es aquel que cumple plenamente los referidos criterios –reglas del discurso racional (Alexy) o rasgos formales del discurso moral (Nino)–; un diálogo efectivamente realizado –discurso real (Alexy) o praxis moral positiva (Nino)–, en cambio, no las cumple de manera plena, sin embargo, respecto de ese diálogo efectivizado no deja de tener primacía lógica la moral crítica (Nino), vale decir, dicho diálogo no deja de entrañar una pretensión de corrección práctica general (Alexy). De aquí surgen las siguientes dos subtesis.

### 2.2.2. Subtesis *ontológica*: el concepto de validez normativa

Esta sostiene que la corrección (Alexy) o verdad moral (Nino) se constituye en virtud de la aceptación contrafáctica que, respecto de un determinado juicio práctico, resultaría de un diálogo idealmente configurado.

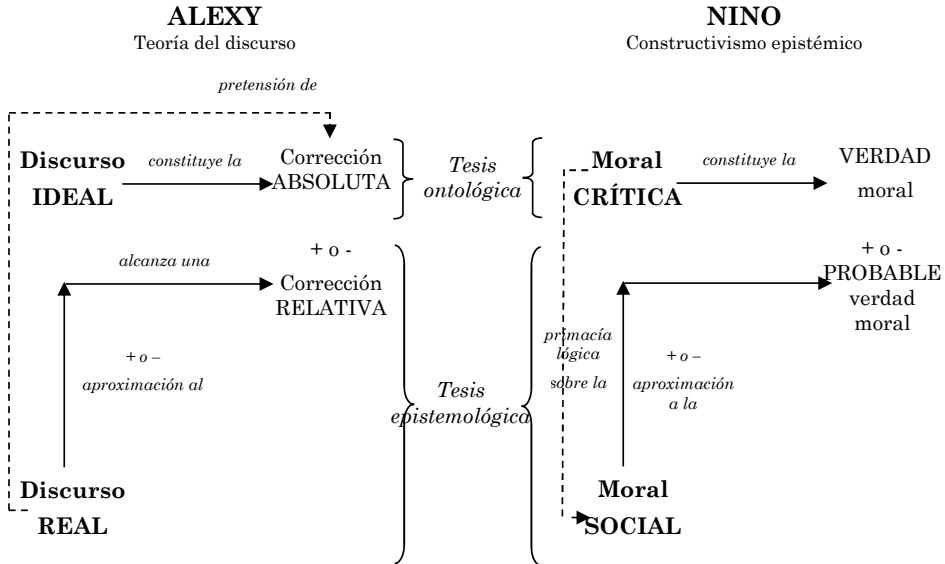
### 2.2.3. Subtesis *epistemológica*: el conocimiento de la validez normativa

Esta –vinculada estrechamente con la anterior– manifiesta que, superado un umbral mínimo, a mayor isomorfismo entre (a) las condiciones formales de un diálogo efectivamente realizado, por un lado, y (b) las exigencias formales de un diálogo idealmente configurado, por otro, habrá mayor seguridad epistémica de que el resultado que arroje el diálogo efectivamente realizado sea la respuesta verdadera (Nino), o bien, habrá mayor corrección relativa por aproximarse –aquel resultado– a la corrección absoluta (Alexy).

### 2.2.4. Subtesis del *carácter residual de la reflexión monológica*

Lo anterior confiere un carácter privilegiado al diálogo racional frente al razonamiento monológico (en Nino más que en Alexy), lo que, si bien no suprime la relevancia de este último, le confiere a este un rol residual en el esclarecimiento de cuestiones prácticas.

En el siguiente diagrama, se aprecia la simetría entre las concepciones metaéticas de Alexy y Nino, sintetizada en las cuatro tesis anteriores.

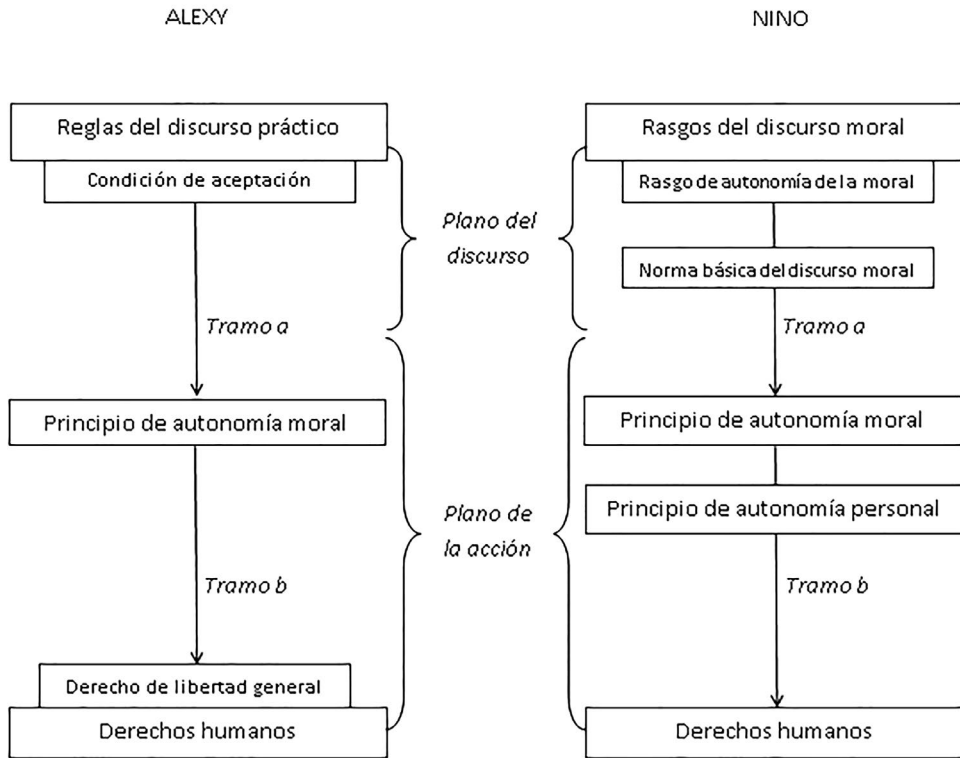


### 2.2.5. Subtesis ético-normativa de la focalidad de los derechos humanos

Esta se articula a partir de las siguientes dos subtesis subordinadas a ella:

La de la *derivación del contenido de los derechos humanos a partir del valor de la autonomía*: el contenido de los derechos humanos –en cuanto derechos morales– está dado por aquellos bienes básicos para el fomento del valor de la autonomía, conforme al principio de autonomía personal (Nino) o al argumento de la autonomía (Alexy). El proceso de derivación del contenido de los derechos arranca de los presupuestos del discurso moral y comprende dos tramos. Por lo que respecta al primero (a), que supone el salto del plano del discurso al plano de la acción: según Nino, el principio de autonomía personal, al igual que la autonomía en general, se cimienta en la norma básica del discurso moral y esta, a su vez, en el rasgo de autonomía de la moral. Según Alexy, en cambio, el argumento de la autonomía erige el principio de autonomía moral, cimentado en la condición de aceptación del discurso práctico general. En cuanto al segundo tramo (b), según Nino, partiendo del principio de autonomía personal, la derivación de los derechos humanos es directa; mientras que, según Alexy, a partir del principio de autonomía moral, tal derivación se produce con la mediación del derecho de libertad general. Esta simetría entre las concepciones ético-normativas de los dos autores puede apreciarse en el siguiente esquema:





La de la *distribución discursiva igualitaria de los derechos humanos*: los bienes básicos en que consisten los derechos humanos han de distribuirse conforme al principio de inviolabilidad (Nino) o al argumento del consenso (Alexy); vale decir, la distribución debe ser igualitaria.

En consecuencia, la ética normativa del postpositivismo discursivo es liberal igualitaria: el contenido de los derechos deriva de la autonomía, pero esta debe distribuirse con algún criterio de igualdad.

### 2.3. Tercera tesis del postpositivismo (la de la focalidad jurídico-moral de los derechos fundamentales)

En el postpositivismo discursivo, esta tesis se compone de las dos siguientes subtesis:

### 2.3.1. Subtesis de la *conexión argumentativo-discursiva necesaria* entre derechos *fundamentales* y derechos *humanos*

Esta es una consecuencia lógica de las subtesis 2.1.2 y 2.2.5: los derechos fundamentales, es decir, los reconocidos en los documentos jurídicos (como las constituciones o convenciones internacionales) guardan una conexión necesaria con los derechos humanos en cuanto derechos morales, en el sentido de que la corrección jurídica de los derechos fundamentales es un «caso especial» de la corrección práctica general (Alexy), o bien, el aspecto interno del discurso jurídico sobre tales derechos es «no insular» respecto del aspecto interno del discurso moral, es decir, la moral crítica (Nino).

### 2.3.2. Subtesis de la prioridad *conceptual* y *axiológica* de los derechos fundamentales

Dicha prioridad se da respecto de los deberes jurídicos; por ejemplo, tiene sentido afirmar que estamos prohibidos de matar a otros porque ellos son titulares del derecho a la vida, pero no que los demás son titulares del derecho a la vida porque nos está prohibido matarlos. De ahí que debe distinguirse entre dos aspectos de los derechos fundamentales: como bienes o valores morales (que vienen a ser el polo *axiológico* de la argumentación con derechos fundamentales) y como posiciones normativas correlativas a los deberes jurídicos que buscan proteger aquellos bienes o valores morales (el polo *deontológico* de aquella argumentación). En el polo axiológico de los derechos fundamentales reside la *justificación moral* de tales deberes (el polo deontológico de aquellos derechos); o dicho a la inversa, estos son la *crystalización normativa* de aquel polo axiológico. Alexy desarrolla esta idea mediante la distinción entre *principios* y *reglas*, como luego se verá. Y Nino lo hace a través de la diferenciación entre lo que *deber ser* o *hacerse* (*ought to; sollen*) y los *deberes* u *obligaciones* (*duty; pflicht*).

## 3. LAS PRINCIPALES DIVERGENCIAS DE ATIENZA

El postpositivismo de Atienza coincide esencial y ampliamente con el postpositivismo discursivo, es decir, con la particular concepción de Alexy y Nino acerca de las tres tesis generales del postpositivismo. Sin embargo, en relación con cada una de ellas, es posible identificar algunas divergencias sobre aspectos que el mismo Atienza considera secundarios. Veamos cuáles parecen ser las más relevantes.

### 3.1. Acerca de cómo entender la conexión necesaria entre la argumentación jurídica y la argumentación moral

Como ya se dijo, la concepción que sobre esa *conexión necesaria* teje el postpositivismo discursivo puede sintetizarse en la «tesis del caso especial» de Alexy o «tesis de la no insularidad» de Nino. A decir del autor argentino, esta última es coincidente con la primera (Nino, 1993, p. 35), por lo que nos concentraremos en la tesis alexyana.

Ya en su *Teoría de la argumentación jurídica*, publicada por primera vez en 1978, Alexy formuló la tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, con base en estas tres razones: «(1) en que las discusiones jurídicas se refieren a cuestiones prácticas, es decir, a cuestiones sobre lo que hay que hacer u omitir, o sobre lo que puede ser hecho u omitido, y (2) estas cuestiones son discutidas desde el punto de vista de la pretensión de corrección. Se trata de un caso especial, porque la discusión jurídica (3) tiene lugar bajo condiciones de limitación» (Alexy, 2007, p. 207): «No se refiere a lo que es absolutamente correcto, sino a lo que es correcto en el esquema y con las bases de un orden jurídico válidamente imperante. Lo que es correcto en un sistema jurídico depende esencialmente de lo que es fijado autoritativa o institucionalmente y de lo que encaja con ello. No debe contradecir lo autoritativo y debe ser coherente con el conjunto. Para expresarlo brevemente podría decirse que la argumentación jurídica ha de estar vinculada a las leyes y a los precedentes y tiene que observar el sistema de Derecho elaborado por la dogmática jurídica» (Alexy, 1999, p. 25).

En *Las razones del Derecho*, obra que salió a la luz en 1991, Atienza dio cuenta de las críticas que, hasta entonces, había recibido la tesis del caso especial y las organizó en torno a tres aspectos: el conceptual, el alcance práctico de la teoría y su significado ideológico (Atienza, 2005, pp. 19ss.). Recientemente, Atienza ha reevaluado las críticas a la teoría de la argumentación de Alexy y ha concluido que, con posterioridad a 1978, el autor alemán ha ido superando muchas de las insuficiencias iniciales de su obra mediante desarrollos teóricos muy importantes sobre los principios, los derechos, la ponderación, la naturaleza dual del Derecho, etc., si bien reconoce que desde el comienzo Alexy ha sostenido la idea de que el Derecho debe contemplarse en el marco más amplio de la razón práctica (Atienza, 2019, p. 25).

No obstante, Atienza cree que en aquellas críticas hay un punto que no puede dejarse de lado; para él, la tesis del caso especial tiene el inconveniente fundamental de que uniformiza demasiado la argumentación jurídica, idealizándola:

Yo no creo que, en rigor, la argumentación jurídica (si bajo este concepto se incluye –como, me parece, debe hacerse– no solo la argumentación de los jueces y de la dogmática, sino también, por ejemplo, la de los legisladores o la de los abogados) sea un caso especial de la argumentación práctica general. La argumentación jurídica (entendida en ese sentido amplio) es una práctica compleja en la que concurren diversos tipos de argumentaciones, de diálogos, y en donde, dependiendo del contexto de que se trate, puede prevalecer una u otra de esas formas de razonamiento. (Atienza, 2019, 26)

Y es que, para Atienza, la tesis de la única respuesta correcta, que Alexy entiende como un ideal regulativo, se aplica

al caso de la argumentación judicial, hasta cierto punto al de la argumentación dogmática, pero no a la argumentación legislativa o a la de los abogados. En el caso de la argumentación legislativa, porque no parece tener sentido (o casi nunca lo tiene) pretender que una determinada ley (su texto articulado) sea la única respuesta correcta para el problema que trata de resolver la ley en cuestión; o sea, los problemas que hacen que surja la necesidad de una argumentación legislativa son más abiertos (y complejos) que los de orden judicial y no tienen la estructura binaria de estos últimos, estructura que, naturalmente, favorece el que pueda hablarse de única respuesta correcta. Y en relación con la de los abogados, porque estos (por razones institucionales obvias) no persiguen alcanzar la respuesta correcta, sino la respuesta favorable a los intereses de una parte. (Atienza, 2019, p. 27)

Pues bien, en efecto, la tesis de la única respuesta correcta es, para Alexy, solamente una idea regulativa. Esto, porque si bien la corrección radica en la aceptación contrafáctica que, respecto de un determinado juicio práctico, resultaría de un discurso ideal –véase subtesis ontológica 2.2.2 *supra*– no se puede asegurar que haya «una única respuesta correcta para cada cuestión práctica», precisamente porque, para dicho autor, «la teoría del discurso tiene una concepción *absolutamente procedimental de la corrección*» (Alexy, 1999, pp. 302ss., cursiva en el original). A partir de ese ideal regulativo, sin embargo, es posible que los diálogos reales puedan aspirar a una corrección *relativa* en la medida en que las condiciones efectivamente realizadas se acerquen a las establecidas por las reglas del discurso práctico general: a mayor isomorfismo entre tales condiciones, mayores probabilidades habrá de alcanzar la respuesta correcta –si acaso la hubiere– a la cuestión práctica de que se trate –véase subtesis epistemológica 2.2.3 *supra*–. Aquel isomorfismo regulativo que ha de darse entre lo ideal y lo real es el criterio que, según Alexy, ha de guiar la «institucionalización de la razón en el Derecho»:

el sistema jurídico de un Estado democrático constitucional es un intento de institucionalizar la razón práctica. [...] Esta justifica la existencia del sistema jurídico como tal y de sus estructuras básicas; tiene que estar presente en los procedimientos de formación de la opinión –y voluntad– democrática y debe ser empleada en la argumentación jurídica para satisfacer la pretensión de corrección que de ella surge. Los argumentos prácticos generales tienen que estar inmersos en todas las instituciones [como el proceso judicial... Tales argumentos] pueden ser insertados, integrados y especificados tanto como se quiera, siempre y cuando continúen conservando lo que es esencial para ese tipo de argumentos: su carácter libre y no institucional. Esa no es la única razón a favor de la tesis del caso especial, pero quizás sea la última. (Alexy, 1999, p. 34)

Esto permite apreciar hasta qué punto la tesis del caso especial está emparentada con la concepción deliberativa de la democracia de Alexy y Nino; recuérdese que para este último la democracia es un «sucedáneo del discurso moral» porque aspira a cumplir las condiciones de este en la medida que las condiciones institucionales lo permitan: parafraseando y de manera tosca, podríamos decir que, según la tesis del caso especial,

la argumentación jurídica viene a ser algo así como un sucedáneo de la argumentación práctica racional.

Frente a críticas como la de Atienza sobre la inadecuación de la tesis del caso especial para la argumentación de los abogados, Alexy ha reconocido que los procesos judiciales tienen rasgos «que a primera vista parecen incompatibles con cualquier conexión entre ellos y los discursos», como «las motivaciones reales de los participantes, quienes a menudo (si no generalmente) pretenden conseguir un juicio favorable y no correcto y justo»; sin embargo, defiende que «las partes presentan argumentos que pretenden ser correctos, incluso aunque subjetivamente sólo estén persiguiendo sus propios intereses» (Ibíd., p. 24). Esto, sin embargo, no ha satisfecho a Atienza: «Por un lado, porque esa actitud (... hacer como si...) iría en contra de la regla [del discurso práctico general] que exige sinceridad. Y, por otro lado, porque no todas las argumentaciones de los abogados tienen como destinatarios a los jueces (aunque, como a veces se dice, todos sus argumentos –incluidos los que tienen como marco un proceso de negociación– se produzcan a la sombra de la jurisdicción): los procesos de negociación, mediación, etc., en que frecuentemente se ven envueltos los abogados, o los interrogatorios a testigos en el contexto de un juicio, constituyen también instancias de la argumentación jurídica» (Atienza, 2019, p. 27).

En mi opinión, la crítica de Atienza da en el blanco: hay tipos de argumentación en el Derecho que no pueden verse como especies del género *discurso práctico general*. Sin embargo, me parece que Alexy atisba algún tipo de relación entre aquellas formas de argumentar y el referido *discurso*. Me parece que esa relación es doble: En primer lugar, como también ha sostenido Atienza,

el diálogo racional (el diálogo práctico general) permite justificar la existencia de esas otras formas de argumentación: el discurso predominantemente estratégico de los abogados, de los legisladores, de los negociadores..., aunque estas últimas formas no sean especies de ese género. [...A]lgunas de las reglas que rigen estos tipos de argumentación contradicen las del discurso práctico racional; no son casos especiales, sino casos –prácticas– que, simplemente, pueden encontrar una justificación en el discurso práctico general. Y la distinción de esos dos planos normativos me parece esencial: las normas del discurso práctico general permiten justificar la práctica argumentativa de los abogados en la que, por ejemplo, no rige (o rige con muchísimas limitaciones) el principio de sinceridad. (Atienza, 2019, pp. 26ss.; 2005, pp. 199s.)

Esta sería una relación de carácter justificativo. Pero habría otra de índole institucional, entrelazada con la anterior, relativa a la imbricación mayor o menor que, en la práctica del Derecho, tengan los diversos tipos de diálogo jurídico con el diálogo propio de los jueces, del que sí cabe decir que es un caso especial del diálogo racional. Una mayor vertebración institucional entre aquellos diálogos y el judicial conllevaría mayores exigencias estructurales para los diálogos no judiciales. Así, por ejemplo, las restricciones serán mayores si se trata de la argumentación de un abogado frente a los jueces, que la de un negociador: la «sombra de la jurisdicción» no les cubre en el mismo grado. Creo que Alexy mira en esta dirección cuando distingue la negociación y el proceso judicial

desde el punto de vista de las partes en conflicto: el presentar las demandas como justas (planteando así una pretensión de corrección) y no como pretensiones egoístas puede ser, en el marco de la negociación, meramente una «condición de éxito», mientras que, en el del proceso judicial, es también una «condición del juego» –si bien, precisaría yo, el juego aisladamente considerado del litigante no sea el de la búsqueda de la respuesta correcta– porque el juez debe decidir cuál de las pretensiones en conflicto es la correcta (Alexy, 2007, 318); esto muestra que para interpretar los procesos judiciales en términos de teoría del discurso habría que tomar conjuntamente todos los elementos –todas las formas de argumentar jurídicamente– que componen su complejidad (Alexy, 1999, 25s.). Lo que no significa –como, sin embargo, sostiene equivocadamente el mismo Alexy–, que todas las formas de argumentación jurídica sean casos especiales de la argumentación práctica general.

### 3.2. Acerca de cómo entender el objetivismo moral basado en derechos

Según se explicó arriba, como apoyo a su primera tesis –la de la conexión argumentativa necesaria entre Derecho y moral–, el postpositivismo se adscribe, en el plano metaético, a un cierto tipo de objetivismo moral y, en el campo ético-normativo, defiende una concepción moral cuya piedra angular son los derechos humanos (véase, subtesis 2.2.5 *supra*).

El objetivismo propio del postpositivismo discursivo consiste en un programa de fundamentación de la moral *procedimentalista kantiano*: el punto de partida son los presupuestos esenciales de la discusión moral en cuanto práctica social, de donde se sigue –como tesis ontológica– que la corrección o verdad moral se *constituye* en virtud de la aceptación contrafáctica que, respecto de un determinado juicio práctico, resultaría de un diálogo idealmente configurado. De ahí que pueda inferirse –como tesis epistemológica– el isomorfismo regulativo: a mayor *isomorfismo* entre (a) las condiciones formales de un diálogo efectivamente realizado, por un lado, y (b) las exigencias formales de un diálogo idealmente configurado, por otro, habrá mayor seguridad epistémica de que el resultado que arroje el diálogo efectivamente realizado sea correcto o verdadero (véanse las subtesis 2.2.1, 2.2.2 y 2.2.3 *supra*).

El puente entre esta metaética discursiva y los derechos humanos como cimientos de la moralidad viene dado, en el postpositivismo discursivo, por el valor de la autonomía. En la versión de Nino –algo más desarrollada que la de Alexy en este punto–, aquel puente se formula principalmente a partir de dos principios derivados –por la vía del argumento pragmático-trascendental– de los rasgos formales del *procedimiento* de la discusión moral: el principio de *autonomía personal* y el de *inviolabilidad*<sup>7</sup>.

7. Dejo aquí de lado, un tercer principio formulado por Nino, el de dignidad. En mi opinión, este parece ser un corolario del principio de autonomía personal.

El primero proscribiera interferir en la libre adopción de ideales de excelencia humana (moral autoreferente) y en la elección individual de planes de vida basados en dichos ideales (Nino, 2005, p. 41s.). Este principio –aclara Nino– «es parte de la autonomía en el sentido de Kant [la tercera formulación del principio categórico], y que se manifiesta en la libre elección no sólo de pautas que hacen a la moral autorreferente, sino también de cualquier otra pauta moral intersubjetiva» (Ibíd., p. 230).

Mientras que el de la autonomía personal es un principio que permite inferir el «contenido» de algunos derechos individuales básicos –«permite identificar dentro de ciertos márgenes de indeterminación, aquellos *bienes* sobre los que versan los derechos»–, el principio de inviolabilidad otorga a los derechos su «función» –la de «atrincherar» «los bienes sobre los que versan los derechos [...] contra medidas que persigan el beneficio de otros o del conjunto social o de entidades supraindividuales»– (Ibíd., p. 223). Este segundo principio, en su primera formulación, proscribiera imponer a las personas, contra su voluntad, sacrificios y privaciones que no redunden en su propio beneficio (Ibíd., p. 139); sin embargo, Nino observa que esta formulación «no se apoya en derechos prioritarios que puedan determinar qué es un sacrificio», por lo que esa formulación usa un «concepto vacío de sacrificio» y, por tanto, considera es necesaria una segunda formulación que «defin[a] la noción de sacrificio en *términos relativos*: alguien sacrifica a otro para su propio beneficio cuando restringe la autonomía del otro de forma que el último acaba con menos autonomía de la que disfruta el primero» (Nino, 1991, 215). De esta manera, el principio de inviolabilidad es un «principio de distribución» que limita la satisfacción del principio de autonomía personal (Nino, 1991, 164). Nino advierte que su principio de inviolabilidad es subsumible en la segunda formulación del imperativo categórico kantiano (el imperativo de la dignidad, que prescribe tratarse a uno mismo y a lo demás siempre como un fin y nunca solo como un medio), aunque para el autor argentino este es más general que el principio de inviolabilidad, puesto que pueden concebirse formas de tratar a otro solo como un medio que no consistan, sin embargo, en imponerle sacrificios o privaciones; pero prefiere no asumir –sin más– el imperativo kantiano porque los casos que quedarían fuera de su principio de inviolabilidad «no parecen responder a convicciones que haya que respetar» (Nino, 2005, p. 239). De aquí parece seguirse que la medida de la vulneración de la dignidad en sentido kantiano es el grado de afectación relativa a la autonomía personal, vale decir, sin la referencia a esta, la dignidad es vacua; es este último principio el que dota de contenido a los derechos humanos, no el de inviolabilidad. Lo que se debe a que, en el programa de Nino (y, *mutatis mutandis*, en el de Alexy), el principio primario es el de la autonomía personal –lo que tornaría en cierto modo prioritaria a la autonomía kantiana respecto de las otras formulaciones del imperativo categórico–, en el sentido de que este deriva inmediatamente de uno de los rasgos formales del discurso, el de la autonomía de la moral, según el cual dicho discurso «*está dirigido a obtener una convergencia en acciones y actitudes, a través de una aceptación libre por parte de los individuos, de principios para guiar sus acciones y sus actitudes frente a acciones de terceros*» (Nino, 2005, p.108). Aquí

se ve cómo, en el postpositivismo discursivo, el procedimentalismo kantiano se vincula de manera íntima con el liberalismo, específicamente, con el liberalismo igualitario.

Pues bien, Atienza adhiere al procedimentalismo kantiano como una de las vías para fundamentar la moral y los derechos, pero lo problematiza y propone complementarlo con una vía sustantiva de fundamentación basada en el principio de dignidad:

El procedimentalismo no puede ser nuestra única vía de acceso al conocimiento moral. Es cierto [...] que para hablar de objetividad moral no se precisa una referencia externa, no hay un análogo moral del mundo externo. Pero de la misma manera que hay tipos de creencias de las que no podemos prescindir, como, por ejemplo, la existencia de un mundo externo, también hay ideas sobre cómo debemos vivir que son objetivas, en el sentido de que se nos imponen, no las hemos construido nosotros. [...] Y una de esas ideas parece que sería la de dignidad, o sea, el que consideremos que cada persona es un fin en sí misma, lo que presupone que seamos capaces de adoptar una actitud impersonal, esto es, que todas las razones de una persona no derivan de sus propios intereses y compromisos efectivos, que no hay solo razones relativas al agente. [...] Pues bien, esa idea de que cada persona tiene valor para sí misma, una idea que no podemos dejar de tener [...] tiene manifiestamente consecuencias sustantivas desde el punto de vista moral. O si se quiere decirlo de otra manera, la segunda formulación del imperativo categórico, el imperativo de los fines, que es el principio más fundamental de la moral, no es puramente formal, sino que tiene un carácter sustantivo, con independencia de que se vea como un mandato negativo o (también) positivo. (Atienza, 2017, pp. 213s.)

Para Atienza, el núcleo del principio de dignidad, y de la ética, «reside en el derecho y la obligación que tiene cada individuo de desarrollarse a sí mismo como persona (un desarrollo que admite una pluralidad de formas, de maneras de vivir, aunque no cualquier forma de vida pueda considerarse aceptable) y, al mismo tiempo, la obligación, en relación con los demás, de contribuir a su libre (e igual) desarrollo» (Atienza, 2022, p. 158). Así entendido, en opinión del autor español, el principio de dignidad reconoce los principios de autonomía personal y de inviolabilidad de Nino, pero dentro de ciertos límites que vendrían dados por los siguientes tres principios. El principio de las necesidades básicas: «todos los seres humanos tienen ciertas necesidades elementales que gozan de prioridad frente a las necesidades que no sean básicas de los otros seres humanos (o, dicho de otra manera, el derecho a una existencia digna)». El principio de cooperación: «el desarrollo máximo y deseable del ser humano del ser humano exige una cooperación activa por parte de los demás y, en particular, por parte de las instituciones sociales (estatales o no)». Y el principio de solidaridad: «cualquier ser humano solo tiene derecho a un grado de desarrollo y goce de bienes que no imposibilite a los demás alcanzar un grado de desarrollo equivalente». De este modo, Atienza busca complementar la fundamentación liberal igualitaria de los derechos de corte liberal igualitario (como las de Nino y Alexy) con una fundamentación basada en la tradición socialista democrática.

Vista así, «en su sentido más profundo» —escribe Atienza— «la dignidad humana contiene también el principio (o el imperativo) de universalidad —igualdad— y de autonomía y, por ello, puede considerarse que expresa el conjunto de la racionalidad práctica, la



ley moral. Tiene sentido, en consecuencia, decir que es el fundamento de todos los derechos»; para Atienza, este lugar de cierto privilegio que tiene la dignidad «se debe, sobre todo, a que puede ser una manera eficaz de priorizar los derechos sociales, de mostrar que garantizar a todos los seres humanos una existencia digna es presupuesto necesario para que tengan sentido todos los demás derechos», «en contraste con las fundamentaciones académicas más influyentes de los derechos humanos en las que el foco suele ponerse en los derechos civiles y políticos». Aunque «garantizar a todos una existencia digna es también una consecuencia del principio de igualdad y una manera, la única manera, de hacer posible un desarrollo autónomo de los seres humanos» (Atienza, 2022, pp. 158s. y 163).

Manteniendo la centralidad de la autonomía personal, en un trabajo de 1990, Nino defendió que, bien entendida, esa autonomía implicaba valorar la creatividad del individuo al plasmar su vida de una forma u otra con los recursos disponibles y no la mera elección con abstracción de los recursos disponibles, lo que

sugiere que, efectivamente, debemos igualar a los individuos en la dimensión de sus capacidades, lo que implica satisfacer ciertas necesidades básicas. Esto permite, efectivamente, asignar un lugar central a las necesidades categóricas en una concepción liberal de la sociedad, ya que la distribución pública de recursos debe atender a los prerequisites para la formación libre de preferencias satisficibles en algún grado y no tomar en cuenta la satisfacción de preferencias libremente formadas en algún grado. (Nino, 1990, p. 32)

Esto, en opinión de Nino, confirma que «la autonomía es parte de una concepción más amplia del bien personal y que, en consecuencia, cuando promovemos aquélla no estamos siendo neutrales frente a diversas concepciones del bien» (Nino, 1990, p. 32);

esa concepción no es otra que la vieja noción de *auto-realización* [valor que sería un presupuesto de la práctica del discurso moral (Nino, 1988, p. 375)] que se relaciona con la alusión que hace Frankfurt al florecimiento y que ha sido muchas veces desvirtuada hacia direcciones perfeccionistas por no advertir que ella no es equivalente a realización personal sino a realización autónoma, o sea, a una realización de la que es autor el propio individuo concernido. En el centro de esta concepción del bien personal, está la idea de capacidades rescatada ahora por Amartya Sen. El individuo se auto-realiza en la medida en que actualiza en forma plena y equilibrada sus diversas capacidades. Hay una indefinida variedad de alternativas de desarrollar en plenitud algunas de las capacidades sin obliterar completamente las restantes y lo que se valora es la creatividad de los individuos en la exploración de estas alternativas. (Nino, 1990, p. 31)

De esta manera,

mientras que los terceros, incluyendo el Estado, deben atender a la satisfacción de las necesidades de los individuos, o sea, a una maximización igualitaria de sus capacidades, sólo compete a cada individuo el ejercicio de esas capacidades en cualquiera de las múltiples alternativas que ellas ofrecen (por supuesto siempre que no afecten a igualdad en las capacidades de que gozan otros individuos). Si bien el ejercicio que los individuos puedan hacer de sus capacidades resulta muchas veces insuficiente o desequilibrado, cualquier

intervención de terceros para ayudarlo a superar esas deficiencias, frustraría el bien de la auto-realización. (Ibíd., p. 32)

Por otro lado, según Nino, «el reconocimiento de necesidades básicas como dato moral relevante para la distribución igualitaria sirve de escudo de protección del individuo frente a las decisiones y preferencias de otros» (Ibíd., p. 33), lo que refuerza la interrelación entre el principio de autonomía personal y el de inviolabilidad. Así, «el concepto de necesidades básicas [...] haría de puente –al permitir su satisfacción simultánea– entre las dos ideas básicas del liberalismo: la de que los fines de los individuos deben ser respetados [autonomía kantiana] y la de que todo individuo es un fin en sí mismo [dignidad kantiana]» (Ibíd., p. 34).

En este punto, solo me planteo un conjunto de interrogantes cuya resolución podría contribuir al desarrollo del postpositivismo en el futuro: ¿Qué distancia hay entre la concepción de la autonomía personal de Nino, basada en el bien de la auto-realización, las capacidades y las necesidades básicas, y la concepción de la dignidad como fuente última de los derechos humanos que Atienza propone? La posible equivalencia esencial entre ambas elaboraciones, ¿es una manifestación de que las tres formulaciones del imperativo kantiano componen una misma ley moral? ¿Estaba en la mente de Rawls esa posible equivalencia cuando sostuvo que el socialismo democrático satisface los dos principios de la justicia como equidad (Rawls, 2001)? ¿Son ambas elaboraciones –las de Nino y Atienza– convergentes en cuanto a incorporar –implícita o explícitamente– elementos sustantivos en el programa procedimental (discursivo) de fundamentación de la ética?

### 3.3. Acerca de cómo entender la focalidad jurídico-moral de los derechos fundamentales

Arriba se dijo (véase, subtesis 2.3.2 *supra*) que esa *focalidad* consiste básicamente en que los derechos fundamentales tienen prioridad conceptual y axiológica respecto de los deberes jurídicos, lo que es una consecuencia de las dos primeras tesis del postpositivismo. La tesis de la focalidad ha sido elaborada por Alexy –algo más refinadamente que por Nino– mediante la distinción entre *principios* y *reglas*: las primeras son *mandatos definitivos* mientras que los segundos, *mandatos de optimización* o *mandatos prima facie* (Alexy, 2002b, pp. 86s. y 99). A partir de esta clasificación de las normas jurídicas, el autor alemán da cuenta de la estructura de los derechos fundamentales: diferencia entre las *razones* para derechos subjetivos y los derechos subjetivos como *posiciones y relaciones jurídicas*. Y con ello distingue entre las razones para derechos fundamentales y los derechos fundamentales como posiciones y relaciones jurídicas. Sobre las primeras desarrolla muy poco<sup>8</sup>. Se centra más bien en los segundos y los reconstruye con base en Hohfeld; y afirma que las disposiciones relativas a los derechos fundamentales así entendidos

8. Véase Alexy 1993, p. 28.

positivizan tanto reglas como principios. Por ello, un «derecho fundamental como un todo es un haz de posiciones definitivas y *prima facie* vinculadas recíprocamente en las tres formas» siguientes: relaciones de precisión, relaciones medio/fin y relaciones de ponderación. De manera que «dentro del marco de la pregunta acerca de qué pertenece a un derecho fundamental como un todo, se plantean todos los problemas de la interpretación de los derechos fundamentales». (Alexy, 2002b, pp. 129ss., 180 y 249ss.)

En la teoría de los principios de Atienza y Ruiz Manero, como se sabe, se distingue entre dos tipos de principios: los *principios en sentido estricto* y las *directrices*. Vistas *estructuralmente*, estas dos «piezas del Derecho» tienen en común que configuran el caso o condición de aplicación de manera abierta, pero se diferencian respecto de la configuración del modelo de conducta prescrito: en los principios en sentido estricto, esa configuración es cerrada, ellos son *normas de acción*, exigen un *cumplimiento pleno*, o se cumplen o no se cumplen; mientras que en las directrices aquella configuración es abierta, ellas son *normas de fin*, exigen la realización de un estado de cosas en la mayor medida posible, admiten *modalidades graduables de cumplimiento*. Vistas, en cambio, como *razones para la acción*, la diferencia está en que los principios en sentido estricto son razones de *corrección*, mientras que las directrices son razones de tipo utilitario (Atienza y Ruiz Manero, 2006b, pp. 28ss.). Pues bien, aquí me interesa recalcar en la crítica que los dos autores españoles dirigen a Alexy en relación con la distinción estructural entre los dos tipos de principios que acabamos de caracterizar. La crítica sostiene que la tesis de los *principios como mandatos de optimización* es «distorsionadora en relación con los principios en sentido estricto, pero perfectamente adecuada para dar cuenta de las directrices» (Ibíd., pp. 31 y 33s.). En efecto, para los mencionados autores,

*de los principios en sentido estricto cabe decir que son mandatos de optimización únicamente en el sentido de que, al estar configuradas de forma abierta sus condiciones de aplicación, la determinación de su prevalencia o no en un caso individual determinado exige su ponderación, en relación con los factores relevantes para el caso presente, con principios y reglas que jueguen en sentido contrario, pero una vez determinado que en ese caso prevalece el principio, este exige un cumplimiento pleno. Las directrices, por el contrario, al estipular la obligatoriedad de utilizar medios idóneos para perseguir un determinado fin, dejan también abierto el modelo de conducta prescrito: las directrices sí pueden, en efecto, ser cumplidas en diversos grados. (Atienza y Ruiz Manero, 1991, pp. 110, cursivas fuera del original)*

Como muestra la cita, para Atienza y Ruiz Manero, hay un sentido en el que los principios en sentido estricto pueden ser considerados mandatos de optimización, pero otro en el que no, pues este sería adecuado solo para las directrices. Mi opinión es que el concepto alexyano de *mandato de optimización* se refiere exclusivamente al primer sentido, no al segundo. Me explicaré.

Con posterioridad a la primera formulación de su teoría de los principios, el autor alemán precisó que los principios son *mandatos a optimizar* (Alexy, 2003, pp. 108s.). Lo que dejó en claro que los principios son los objetos de la optimización y que, en consecuencia, no son estos los que mandan optimizar. Esto es coherente con que, desde

la *Teoría de los derechos fundamentales*, se estableció una equivalencia de significado entre la «optimización» de los principios y la máxima de proporcionalidad (Alexy, 2002b, pp. 111). Por lo que podría decirse que los principios son *mandatos a proporcionalizar*, y por tanto, *mandatos a ponderar*. Alexy también ha sido claro al señalar que las tres submáximas de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación) en modo alguno tienen que ver con alcanzar un «punto máximo», sino que operan como criterios «negativos» (Alexy, 2002a, pp. 27ss., 92s.; 2002b, pp. 62ss., 77, 112s.)<sup>9</sup>. Por tanto, en este sentido de «optimización», como sostienen Atienza y Ruiz Manero, los principios en sentido estricto son optimizables, proporcionalizables, ponderables. Y, a mi juicio, lo son todos los principios jurídicos, incluidas las directrices: esa es la consecuencia ineludible de que ellos tengan un aspecto valorativo intrínseco que los conecta con bienes o valores jurídico-morales. Es ese aspecto valorativo (moral) el que centralmente entra en juego cuando se «pesan» los principios, es ese aspecto el que posibilita que sus afectaciones admitan grados, cosa que, por cierto, permite explicar su carácter *prima facie* en contraste con el carácter perentorio de las reglas.

Atienza, sin embargo, ha escrito recientemente que –tras reevaluar la crítica a la que nos venimos refiriendo– sigue pensando que la caracterización de las directrices como mandatos de optimización es inconveniente porque da «al menos la apariencia de configurar un tipo de racionalidad economicista (el análisis costes-beneficios) que no parece encajar bien con la pretensión de Alexy de construir una teoría de la argumentación jurídica basada en la noción de discurso» (Atienza, 2019, p. 32). Sin embargo, en opinión del autor español, esta divergencia tiene que ver «más que nada [con] una cuestión de presentación» (Atienza, 2022, p. XXV). En efecto, creo que es así porque el sentido de «optimización» en Alexy es enteramente compatible con las directrices, como ya se ha mostrado. Más bien, me parece que una deficiencia de la teoría de Alexy es que carece de la distinción entre principios en sentido estricto y directrices (Lozada, 2016b) y, en general, la distinción entre normas de acción y normas de fin (Cruz Parceros, 2007), como también ha criticado hace muy poco Atienza: «el análisis de Alexy [de los derechos fundamentales] se enriquecería notablemente si incorporara (o subrayara más de lo que lo hace) la categoría de norma de fin en su tratamiento de los derechos sociales (prestacionales)» (Atienza, 2022, p. XXXI). Pero esa es una deficiencia relativa, no al aspecto valorativo (moral) de los principios, sino a su aspecto de guía de conducta (deóntico): tiene que ver, no con su carácter de mandatos *a optimizar* en el sentido estrictamente alexyano (la dimensión axiológica de las directrices también es objeto del examen de proporcionalidad y de la ponderación, como hemos dicho), sino con que las directrices deberían ser caracterizadas como mandatos *de* «optimización» en el sentido –ya no alexyano sino en aquel– del que partía la crítica de Atienza y Ruiz Manero, es decir, como normas cuya dimensión deontológica configura un modelo de conducta consistente en la realización de ciertos estados de cosas en la mayor medida posible.

9. Estos puntos los desarrollé en Lozada, 2022, p. 427.

#### 4. ALGUNAS CONCLUSIONES

Atienza esencialmente coincide con el postpositivismo discursivo, pero sus divergencias señalan líneas de desarrollo muy importantes respecto de cada una de las tres tesis del postpositivismo en general:

En primer lugar, la construcción del vínculo argumentativo necesario entre Derecho y moral debe ser menos idealista que el envuelto en la tesis del caso especial, en el sentido de que no todos los tipos de discurso jurídico deben procurar ser sucedáneos del discurso ideal, como sí ocurre con el discurso judicial, en cuyo núcleo está la pretensión de corrección y la idea regulativa de la única respuesta correcta; el carácter autoritativo del Derecho conlleva la aceptación –realista– de que ciertos discursos no tienen aquella pretensión, como ocurre con el del abogado litigante, del mediador o del legislador; lo relevante, eso sí, es que ellos puedan ser justificados contrafácticamente en un discurso ideal.

En segundo lugar, el programa procedimental de fundamentación de los derechos humanos podría complementarse con –o incorporar– elementos sustantivos como el valor de la dignidad humana; de modo que la autonomía no sea el único pilar sobre el que descansen tales derechos. De esta manera, la fundamentación liberal igualitaria de aquellos se vería complementada con una proveniente de la tradición socialista democrática. Al fin y al cabo, en su sentido más profundo, la dignidad compone junto con la autonomía y la igualdad una misma ley moral.

Y, en tercer lugar, la teoría postpositivista debe incorporar a las normas de fin (reglas de fin y directrices) y, correlativamente, ocuparse del que Atienza ha llamado razonamiento finalista o adecuado (Atienza, 2013, 184), el propio de aquel tipo de normas: la subsunción y la ponderación no agotan el campo del razonamiento con normas jurídicas.

La incorporación de estos tres desarrollos en el modelo postpositivista es necesaria entre otras cosas, para dar cuenta de mejor manera de los derechos sociales en el Estado constitucional, especialmente, en contextos de gran desigualdad estructural: (i) no es en el discurso judicial donde centralmente se decide sobre tales derechos, dado el carácter principalmente prestacional de estos, sino en discursos relativos a la adopción de leyes y de políticas públicas, cuyo paradigma no es ni puede ser el del discurso ideal, por lo que allí la tesis del caso especial y el ideal de la única respuesta correcta no son definitorios del juego argumentativo; además, (ii) con base en el principio de dignidad de la persona asumido como la fuente última de los derechos, lo que implica la adopción de la categoría de necesidades básicas, la fundamentación de los derechos sociales se vuelve más robusta; y finalmente, (iii) dado que, como se dijo, el contexto ordinario para la protección de esos derechos –predominantemente prestacionales– son los de la legislación y las políticas públicas, el tipo de argumentación correspondiente es el razonamiento adecuado, propio de las normas de fin.

El postpositivismo de Atienza muestra así una especial vocación por la justicia social; y dibuja un programa para teorizarla en el contexto del Derecho del Estado constitucional.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ, Josep (2011), «El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, pp. 55-71.
- ALEXY, Robert (1993), «Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional» (1992; trad. de Larrañaga, P.), en *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México.
- ALEXY, Robert (1999), «La tesis del caso especial» (1999; trad. de Lifante, I.), en *Isegoría*, 21, pp.23-35.
- ALEXY, Robert (2002a), «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales» (2002; trad. de Bernal Pulido, C.), en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22.
- ALEXY, Robert (2002b), *Teoría de los derechos fundamentales* [1985], trad. de E. Garzón Valdés (rev. por R. Zimmerling), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ALEXY, Robert (2003), «Sobre la estructura de los principios jurídicos» [2000], trad. de C. Bernal, en R. Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 93-139.
- ALEXY, Robert (2007), *Teoría de la argumentación jurídica* (1978; trad. de Atienza, M. y Espejo, I.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ATIENZA, Manuel (2005), *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica* (2003), UNAM, México.
- ATIENZA, Manuel (2007), «Argumentación y constitucional», en J. Aguiló, M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Fragmentos para una teoría de la constitución*, Iustel, Madrid.
- ATIENZA, Manuel (2008), «Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico», en *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- ATIENZA, Manuel (2009), «Sobre Ferrajoli», en Ferrajoli, L., Moreso, J., Atienza, M., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, pp. 85.
- ATIENZA, Manuel (2013), *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid.
- ATIENZA, Manuel (2017), *Filosofía del derecho y Transformación social*, Trotta, Madrid.
- ATIENZA, Manuel (2019), *Comentarios e incitaciones. Una defensa del postpositivismo jurídico*, Trotta, Madrid.
- ATIENZA, Manuel (2022), *Sobre la dignidad humana*, Trotta, Madrid.
- ATIENZA, Manuel y LAPORTA, Francisco (2008), «Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta», en *El Cronista*, pp. 46-55.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (1991), Sobre principios y reglas, en *Doxa*, No. 10, 101-120.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2006a), «Dejemos atrás el positivismo jurídico», en Ramos Pascua J. A. y Rodilla González M. Á. (Eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 765-780.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2006b), *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona.

- BAYÓN, Juan (2004), «Derechos y democracia: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- CASALMIGLIA, A. (1998), «Postpositivismo», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21, pp. 209-220.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio (2007), «El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos», Trotta, Madrid.
- FERRAJOLI, Luigi (2011), «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, pp. 15-53.
- FERRAJOLI, Luigi & RUIZ MANERO, Juan (2012), *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid.
- LOZADA, Alí (2016a), *Derechos y constitucionalismo discursivo*, tesis doctoral [Tesis de doctorado, Universidad de Alicante]. Repositorio Institucional Alicante. <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/54935>
- LOZADA, Alí (2016b), «El postpositivismo de la «optimización»: sobre el concepto de principio jurídico de R. Alexy», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* No. 39, 227-252. DOI: 10.14198/DOXA2016.39.12
- LOZADA, Alí (2020), «Los derechos planos de Luigi Ferrajoli», en L. Ferrajoli et alii, *Il dovere essere del diritto. Un dibattito teorico sui diritti illegittimo a partire da Kelsen*, a cura di P. Di Lucia e L. Passerini Glazel, Giappichelli editore, Torino, pp. 305-314.
- LOZADA, Alí (2022), «Principios formales y sentido común jurídico. Sobre la presunción de constitucionalidad de la ley», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* No. 45, 411-443. DOI: 10.14198/DOXA2016.39.12
- NINO, Carlos (1988), «Liberalismo «versus» comunitarismo», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 1, septiembre-diciembre.
- NINO, Carlos (1990), «Autonomía y Necesidades básicas», en *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*, 7.
- NINO, Carlos (1991), *The Ethics of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford.
- NINO, Carlos (1993), «Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico», en *Ragion Pratica*, No. 1.
- NINO, Carlos (2005), «Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación» (1984), segunda edición ampliada y revisada, Astrea, Buenos Aires.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2003) «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», en Miguel Carbonell (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, pp.123-158.
- Rawls, John (2001), *Justice as Fairness. A Restatement*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.) – London.
- RUIZ MANERO, Juan (2012), «Cuatro manifestaciones de unilateralismo en la obra de Luigi Ferrajoli», en *Isonomía*, n.37.
- SANTOS PÉREZ, María (2008, julio-diciembre), «Apuntes para una Teoría de la Argumentación Jurídica en el Marco del Nuevo Constitucionalismo», en *Letras jurídicas*, Vol. 18, 1-12.







# Manuel Atienza y el laberinto de su objetivismo moral mínimo: constructivismo metaético y dignidad humana

## Manuel Atienza and the Labyrinth of His Minimal Moral Objectivism: Metaethical Constructivism and Human Dignity

Lucas E. Misseri

### Autor:

Lucas E. Misseri  
Universidad de Alicante, España  
[lucas.misseri@ua.es](mailto:lucas.misseri@ua.es)  
<https://orcid.org/0000-0002-8149-190X>

**Recibido:** 10/06/2022

**Aceptado:** 10/09/2022

### Citar como:

Misseri, Lucas E. (2023). Manuel Atienza y el laberinto de su objetivismo moral mínimo: constructivismo metaético y dignidad humana. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 297-319. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.17>

### 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 Lucas E. Misseri

### Resumen

En este artículo se abordan los presupuestos metaéticos de la teoría del Derecho pospositivista defendida por Manuel Atienza. Con esa finalidad se analiza el concepto de objetivismo moral mínimo sostenido por el filósofo español contrastándolo con la perspectiva del introductor de ese término, James S. Fishkin. La tesis central es que, a diferencia de Fishkin, que equipara objetivismo moral mínimo al intuicionismo o incluso al particularismo moral, el objetivismo de Atienza es interpretable como una forma de constructivismo metaético con elementos tanto procedimentales como sustantivos. Estos últimos proyectados a la luz de la teoría de la dignidad mantenida por Atienza como condición de posibilidad para la existencia de una comunidad moral.

**Palabras clave:** metaética; objetivismo; absolutismo; constructivismo; escepticismo.

### Abstract

This article addresses the meta-ethical assumptions of the post-positivist theory of law defended by Manuel Atienza. Thus, the concept of minimal moral objectivism held by the Spanish philosopher is analyzed in contrast with James S. Fishkin's perspective, who introduces that term. The central claim is that, unlike Fishkin's, who equates minimal moral objectivism with moral intuitionism or even particularism, Atienza's objectivism is, arguably, a form of metaethical constructivism with both procedural

and substantive elements. These latter are a projection of the theory of dignity maintained by Atienza, which is as a condition of possibility for the existence of a moral community.

**Keywords:** metaethics; objectivism; absolutism; constructivism; skepticism.

## INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

«No habrá nunca una puerta. Estás adentro  
y el alcázar abarca el universo  
y no tiene ni anverso ni reverso  
ni externo muro ni secreto centro.  
No esperes que el rigor de tu camino  
que tercamente se bifurca en otro,  
que tercamente se bifurca en otro,  
tendrá fin. Es de hierro tu destino  
como tu juez. No guardes la embestida  
del toro que es un hombre y cuya extraña  
forma plural da horror a la maraña  
de interminable piedra entretejida.  
No existe. Nada esperes. Ni siquiera  
en el negro crepúsculo la fiera».

J. L. Borges (2005 [1969]:986) «Laberinto»

Una de las notas características del pospositivismo<sup>2</sup> jurídico es la tesis que establece continuidades entre la moral y el Derecho, en palabras de Atienza son «conceptos conjugados, que no pueden entenderse el uno separado del otro» (2017:218). Esa moral conjugada con el Derecho es crítica, es decir, procura estar fundamentada racionalmente. Esto conduce a que muchos de los problemas de la teoría ética, en tanto que estudio de la moral<sup>3</sup>, se trasladen a la teoría del Derecho, o al menos, que se solapen las pesquisas de eticistas y iusfilósofos. Este es el caso del problema metaético que aborda este artículo,

1. Agradezco a mis colegas del área de Filosofía del Derecho por las lecturas críticas y valiosas sugerencias que hicieron a una primera versión de este texto. Asimismo, también resalto la labor crítico-formativa de Manuel Atienza, cuya obra y magisterio son fuentes de inspiración para todo profesional del área.
2. A lo largo del texto se ha preferido «pospositivismo», en lugar de «postpositivismo» empleada más frecuentemente entre iusfilósofos, por seguir las recomendaciones ortográficas actuales que instan a elidir la *-t*, salvo cuando el prefijo *post-* antecede a palabra iniciada en *s-*.
3. La distinción entre ética y moral tiene muchas interpretaciones. Los términos suelen ser intercambiables, en tanto que uno es un término de origen griego y el otro de origen latino para referirse a las costumbres, aunque en griego también puede hacer referencia a la noción de carácter. A menudo en lenguaje coloquial se emplean como sinónimos y algunos autores así lo emplean en sus obras de divulgación, como es el caso de Peter Singer (1988). A veces se distingue a la ética como una cuestión de elección de vida individual y a la moral como una cuestión social, este es el caso de Ronald Dworkin (2014).

es decir, el estatus onto-epistemológico de esa moral crítica. En palabras más simples, este problema implica la pregunta en torno a las características de nuestro conocimiento sobre lo que consideramos moral y, si se acepta la posibilidad de ese conocimiento, de cómo accedemos a él. Ante este problema Manuel Atienza no ha dudado en defender el objetivismo metaético en diversas ocasiones y, en especial, frente a iusfilósofos partidarios de otras posturas metaéticas, en especial aquellas más cercanas al no-cognitivismo ético.

La postura de Atienza que, siguiendo a James S. Fishkin (1984), llama «objetivismo moral mínimo» se manifiesta no sólo como una respuesta al problema del fundamento de nuestros juicios morales, sino también como un elemento imprescindible de la práctica jurídica. Esto último se derivaría de la tesis de la unidad de la razón práctica que caracteriza a la corriente iusfilosófica que defiende el español. Por lo tanto, su respuesta al problema metaético arriba mencionado deviene relevante tanto para la ética normativa como para el estudio del Derecho y para los distintos puentes que unen a ambos saberes.

En este artículo se procurará responder a las siguientes cuestiones: primero, ¿qué se entiende por objetivismo moral (también denominado ético o metaético)? Segundo, ¿qué características tiene el objetivismo moral mínimo defendido por Manuel Atienza? Y, tercero, ¿qué implicaciones tiene para el Derecho y su teorización dicho objetivismo? La hipótesis que guía el trabajo es que el objetivismo moral mínimo defendido por Atienza tiene algunas dificultades salvables con una interpretación metaética constructivista de autores como Carlos S. Nino (1989). Uno de esos problemas es el encaje entre el objetivismo moral mínimo y su teoría de la dignidad y en especial la aceptación de la objetividad del juicio ético en el marco del conocimiento práctico y al mismo tiempo la negación del valor de verdad para dichos juicios. Aquí se sostiene que aceptar conocimiento ético objetivo sin la idea de verdad es una de las falsas salidas del laberinto atencino<sup>4</sup>.

Finalmente, unas breves notas sobre el título. La metáfora elegida para hacer referencia a las dificultades de comprensión que suscita el objetivismo moral mínimo de Atienza hace referencia a una de las obsesiones del escritor argentino Jorge Luis Borges, autor admirado por el iusfilósofo español<sup>5</sup>. En el poema que sirve como epígrafe al artículo se conjugan algunos elementos que sirven como símbolo de los desafíos que

---

Pero en este trabajo seguiré la postura de Ricardo Maliandi (2004) de pensar a la ética como el estudio de la moral o *ethos*.

4. Si bien otros autores han preferido adjetivar el apellido Atienza como «atenciano» (Peña y Gonzalo, 2018:412), en este trabajo se seguirá el modelo del gentilicio del pueblo de Castilla-La Mancha del que seguramente deriva el apellido.
5. Atienza admira a Borges, pero en su diálogo con J. Ruiz Manero (Atienza y Ruiz Manero 2009:266) no duda en usarlo como ejemplo de genio en el que se pueden separar obra y biografía o al menos algunos de sus opiniones políticas. Ni las opiniones desafortunadas desestiman la obra, ni la obra creativa justifica esas opiniones.

supone el objetivismo mínimo. El objetivismo como laberinto carece de «puerta», no tiene «secreto centro», es decir, no hay una solución simple que permita obtener acuerdos absolutos en torno a lo moral. El camino de la praxis humana «tercamente se bifurca en otro» una y otra vez. Pero lo más decepcionante es que esa dificultad no es ajena, el minotauro que nos traba el paso no es ni único ni ajeno a nosotros, sino que es «plural» y «No existe», más bien surge de nuestras propios anhelos y temores. Esta imagen del laberinto ha sido usada a menudo como metáfora de los desafíos de la ética por autores como Antonio Machado (2001) en su célebre *Juan de Mairena* y por uno de los principales eticistas argentinos, Ricardo Maliandi (2004). Por tanto, recorro a la metáfora porque considero que es apropiada para hacer referencia a esas dificultades del objetivismo y, al mismo tiempo, me sirve de homenaje a la obra de Atienza que entre sus primeros hitos incluyó su tesis doctoral sobre *La filosofía del Derecho argentina actual* (Atienza 1984). Finalmente, se insistirá aquí que, si bien el laberinto además de ser una construcción humana tiene muchas falsas salidas, existe un «hilo de Ariadna» que puede emplearse para salir de él y que el hecho de que sea «construido» no lo hace menos objetivo. Sostendré que ese hilo de Ariadna se encuentra en la obra del propio Atienza y que tiene que ver con una serie de precondiciones tanto procedimentales como sustantivas. Las primeras tienen que ver con los presupuestos de muchos constructivismos como el de Nino, las segundas son lo que en Atienza se manifiesta como una teoría de la dignidad humana.

## 1. OBJETIVISMO MORAL: ENTRE ABSOLUTISMO, RIGORISMO E INTUICIONISMO

«Una vez que entramos en el mundo para nuestra estadía temporaria en él, no hay otra alternativa más que intentar decidir en qué creer y cómo vivir, y la única manera de hacerlo es intentando decidir qué es cierto y qué es correcto».

T. Nagel (2000 [1997]:155) *La última palabra*.

Al hablar del estudio de la moral se suele hacer una distinción en tres niveles de abstracción creciente. En primer lugar, estaría el fenómeno de la moralidad, la facticidad normativa, la moral social, o lo que G. W. F. Hegel llamaba *Sittlichkeit* y que algunos eticistas contemporáneos denominan *ethos*, es decir, el «conjunto de actitudes, convicciones, creencias morales y formas de conducta, sea de una persona individual o de un grupo social, o étnico» (Maliandi 2004:20). El fenómeno de la moralidad es una «práctica social compleja, consistente en respaldar conductas de elogio o censura, de vincularse con emociones determinadas, de justificar juicios de corrección o bondad» (Lariguet 2018:481). Desde esta perspectiva se puede decir que la diversidad y el desacuerdo moral son hechos sociales, son algo dado en cualquier sociedad compleja. Las

personas no sólo difieren entre ellas con respecto a lo que consideran bueno, correcto, justo, etc. sino que incluso una misma persona puede variar su posición con respecto a la aplicación de esos valores a lo largo de su biografía.

En segundo lugar, está lo que podemos llamar «moral crítica», «ética normativa», «ética filosófica» o «ética de primer orden» y que refiere a los intentos de fundamentación, crítica y sistematización del *ethos*. Si al *ethos* se lo puede abordar de modo avalorativo y descriptivo<sup>6</sup>, la ética normativa parte del presupuesto contrario, de que existe la posibilidad de un conocimiento moral justificado, es decir, desde una perspectiva interna a esa práctica compleja. Esos intentos de justificación han tomado a lo largo de la historia diversas formas, a veces se ha hablado de ética material –que se ocupa de los valores, en especial del concepto de bien, para determinar la acción buena o el agente virtuoso– frente a la ética formal –que se enfoca en el deber sobre la base de un cierto procedimiento para determinar la acción correcta–. En la actualidad se suele hacer una distinción tripartita entre la ética que pone el foco en las virtudes del agente o «ética aretaica» y las que ponen el foco en la acción, interpretada ya sea como asociada al deber o «ética deontológica» o a partir de las posibles consecuencias que se seguirían de ella «ética consecuencialista».

En tercer lugar y en el nivel más abstracto, está la subdisciplina de especial interés para este trabajo: la metaética. Por esta se puede entender una ética filosófica de segundo orden, de allí el prefijo «meta-», puesto que suele ser definida como el estudio de la significación de los términos éticos, del estatus ontológico que tienen los significados a los que hacen referencia esos términos y de la respuesta al problema del acceso al conocimiento moral, si es que hay algo cognoscible en relación al *ethos* más allá del elemento descriptivo<sup>7</sup>. El problema del objetivismo suele considerarse un problema de este tercer nivel más abstracto del estudio de la moral. Se busca dar respuesta a la cuestión de si nuestros juicios sobre lo bueno o lo correcto en sentido moral son objetivos o no. En otras palabras, si hay algo en el mundo, independientemente de nuestra mirada subjetiva, relativa, condicionada, que permita afirmar que un acto es moralmente correcto o que un agente o una acción son buenos en sentido moral.

---

6. Ese proyecto de ética descriptiva y científica en sentido duro o moderno fue sostenido por varios iusfilósofos. Uno de los ejemplos más notables es el del danés Alf Ross (1933), quien en su extenso estudio crítico de las principales teorías ético normativas de su época llega a la conclusión de que toda la teoría ética depende innecesariamente en aspectos metafísicos y que la verdadera ciencia del *ethos* debería ser la etología humana.

7. Esta descripción es una simplificación del esquema de Maliandi (2004). Para el eticista argentino hay cuatro categorías con respecto al estudio del *ethos*: 1) el *ethos* prerreflexivo, 2) la ética normativa, 3) la metaética y 4) la ética descriptiva. Si el *ethos* prerreflexivo es equivalente a la moral positiva, la ética descriptiva es el estudio científico-descriptivo de ese *ethos* en una comunidad dada, algo de especial interés para la antropología, la sociología y la etología humana.

En general, el objetivismo está asociado al cognitivismo metaético<sup>8</sup>, es decir, a la creencia de que existe conocimiento en materia moral, que los juicios de valor tienen un elemento descriptivo o proposicional. En otras palabras, que los juicios morales del tipo («torturar está mal») pueden tener valor de verdad<sup>9</sup>. Si bien para algunas personas esto puede ser verdadero intuitivamente –y el intuicionismo es una de las formas del cognitivismo metaético–, la aserción del objetivismo debería ir más allá de la intuición, porque ésta tiene un elemento subjetivo muy marcado y no es un buen instrumento al que apelar en los casos de desacuerdo moral. Al hablar de objetivismo metaético, Atienza se apoya en los distintos tipos de objetivismo enunciados por el norteamericano James S. Fishkin (1984:16). La clasificación de Fishkin parte de un estudio empírico de las posturas metaéticas que sostienen no especialistas en su vida diaria frente a dilemas éticos. Así como se suele hablar de *folk psychology* esto sería una especie de *folk metaethics* y que sean posturas sostenidas por no especialistas no quiere decir que no tengan sus representantes entre los especialistas, más bien remite al intento de acercar la filosofía a la investigación empírica. Fishkin se apoya en la oposición entre objetivismo y subjetivismo metaéticos como un continuo graduable, que se puede dividir de acuerdo con su adhesión a distintas tesis de mayor a menor pretensión de objetividad. Por tanto, distingue entre tres posturas objetivistas (absolutista, rigorista y mínima) y cuatro posturas subjetivistas (universalista, relativista, personalista y amoralista). Para el norteamericano, las cuatro tesis que caracterizan al objetivismo mínimo son las siguientes:

- 1) La tesis de la objetividad del juicio moral.
- 2) La tesis de la universalizabilidad.
- 3) La tesis del juicio interpersonal.
- 4) La tesis del juicio propio.

8. Atienza (2017) emplea el término «cognoscitivismo» y Nino (1989) emplea a veces «descriptivismo» y a veces «cognoscitivismo». Los tres términos cognitivismo, cognoscitivismo y descriptivismo pueden ser interpretados como distintas etiquetas para referirse a la misma familia de posturas metaéticas. Pero mientras cognitivismo y cognoscitivismo son equivalentes, Atienza sostiene que cognitivismo/cognoscitivismo y descriptivismo no son equivalentes. No obstante, en otro trabajo de discusión con Comanducci, Atienza (2011:72) defiende que existe una diferencia entre el cognitivismo/cognoscitivismo y el descriptivismo. Mientras el primero se asentaría en la idea de que hay conocimiento objetivo de algo, el segundo se apoyaría en la idea de que a ese conocimiento se accede por medio de proposiciones, es decir, de enunciados que pueden ser verdaderos o falsos. Esta distinción es importante porque le permite a Atienza mantener al mismo tiempo la tesis de que los juicios éticos no son ni verdaderos ni falsos, pero sí objetivos.

9. Si bien el cognitivismo parece estar comprometido con la idea de que los juicios morales pueden ser verdaderos o falsos, entre las formas de cognitivismo suele incluirse a la teoría del error de autores como J. L. Mackie (2000 [1977]) que consideran que al no existir hechos morales nuestras proposiciones éticas serán siempre falsas.

La primera tesis<sup>10</sup> es la más importante y es la que garantiza que ésta no sea una postura subjetivista, aunque cumpla menos expectativas de objetividad que el absolutismo o el rigorismo. Con ella se afirma que existen fundamentos objetivamente válidos para defender que cualquier otra persona debería aceptar el juicio moral que consideramos correcto desde la perspectiva moral apropiada. Esta perspectiva puede ser la resultante de la «posición original» de John Rawls (1995) o el «espectador imparcial» de los utilitaristas clásicos. La segunda tesis es que el juicio debe ser universalizable, algo que caracteriza a la ética y que Fishkin lo reduce a que sirva para casos similares. La tercera y cuarta tesis se refieren a que dichos juicios se aplican tanto a los demás como a uno mismo.

Es interesante que cuando Fishkin da ejemplos de autores que abrazarían el objetivismo mínimo menciona a Isaiah Berlin y su idea de una pluralidad de principios irreconciliables (Fishkin 1984:17). También incluye una cierta interpretación de la teoría de John Rawls que iría más allá de la esfera reducida de la justicia social bajo condiciones ideales, que sería compatible con la perspectiva de Ronald Dworkin sobre igual consideración y respeto (Fishkin 1984:132). Se aclara que se trata de una cierta interpretación de la teoría de Rawls porque, en un principio, Fishkin incluye a la teoría de la justicia rawlsiana entre los ejemplos de objetivismo rigorista, por su crítica al intuicionismo. Para Fishkin es precisamente el intuicionismo lo que caracteriza al objetivismo mínimo, puesto que:

«...los juicios de esta posición no necesitan ser formulados en términos de principios morales generales en absoluto; pueden restringirse meramente a prescripciones particulares para casos particulares (...) Pese a la falta de algún principio inviolable (o lista de principios inviolables en orden lexical), podemos, no obstante, reivindicar principios objetivos que sean débiles o *prima facie*, que sostendríamos *ceteris paribus* y de aquí que sean capaces de ser anulados [*overriden*] o compensados [*tradeoff*], unos a otros. Tal postura es a menudo llamada intuicionismo porque requiere una cuidadosa ponderación de los factores morales de cada caso particular» (Fishkin 1984:17).

Si por intuicionismo entendemos la idea de que los principios morales son autoevidentes y no derivados de propiedades naturales (Stratton-Lake 200) y por particularismo entendemos una postura que no niega la existencia de principios morales generales, pero que cuestiona que sean suficientes o incluso útiles para resolver casos prácticos (Dancy 2017), contra lo que cree Fishkin, este objetivismo moral mínimo parece estar más cerca del particularismo<sup>11</sup> que del intuicionismo. Pero si nos enfocamos en las tesis específicas de cada postura enunciadas por Fishkin, el objetivista rechaza aquella que

10. Aquí se habla de tesis 1-4, pero, en el planteo más amplio de Fishkin (1984), las aquí desarrolladas serían las tesis [*claims*] 3-6.

11. Vale la pena notar que el iusfilósofo italiano Bruno Celano (2017) considerase que la teoría de la justificación judicial de Atienza podría ser interpretada como una forma de particularismo. No obstante, Atienza se ocupó de replicar que esa interpretación es incorrecta, dado que el resultado de la ponderación del juez, aunque «un enunciado condicional revisable (...) sigue siendo una regla» (Atienza 2019:55), lo que mantiene a Atienza aún dentro de las teorías generalistas.

sostiene que el juicio moral es racionalmente incuestionable –contra el absolutismo– y que los valores y principios morales en cuestión son inviolables –contra el rigorismo–. Por tanto, parecería que solo queda la intuición de que el principio es objetivo, pero, no obstante, como ya señalamos, Fishkin no provee de una definición clara de intuicionismo. Esto se nota incluso en el hecho de que Rawls sea clasificado como objetivista rigorista y como objetivista mínimo en el mismo libro. Asimismo, es extraño que en el mismo grupo estén Berlin, un famoso defensor del pluralismo axiológico, y Dworkin, quien defendió la idea de unidad del valor<sup>12</sup>.

Como resumen de esta sección puede decirse que el objetivismo ético, siguiendo a Fishkin, no es una unidad, sino que pueden distinguirse diversas posturas con respecto a la validez objetiva de los juicios morales, dadas por su mayor o menor cuestionabilidad racional y por la aceptación o no de excepciones a los principios implicados. La postura que abraza Atienza, si bien pertenece a la familia de posturas objetivistas, estaría asociada a la menos exigente de las tres, de allí lo de «mínimo». No obstante, no es exactamente idéntica a como la define Fishkin, como se verá en la siguiente sección.

## 2. EL OBJETIVISMO MORAL MÍNIMO DE ATIENZA

«...casi nunca os hablo de moral, tema retórico por excelencia (...) por no haber salido nunca, ni aun en sueños, de ese laberinto de lo bueno y de lo malo, de lo que está bien y de lo que está mal, de lo que estando bien pudiera estar mejor, de lo que estando mal pudiera empeorarse».

A. Machado (2001), *Juan de Mairena*, XXVIII<sup>13</sup>.

El tema del objetivismo en la obra de Atienza es laberíntico por varias razones. En primer lugar, hay cuestiones terminológico-conceptuales que pueden generar algunos problemas de comprensión, por ejemplo: ¿objetivismo moral u objetivismo (meta)ético? ¿objetivismo moral mínimo a lo Fishkin o *sui generis*? En segundo lugar, hay cuestiones del modo en el que se presenta su perspectiva metaética, en general los principales aportes al estudio del objetivismo Atienza los ha hecho en polémica con otros iusfilósofos y en el marco de otros problemas asociados al del objetivismo, por ejemplo: la relación entre Derecho y moral o la relación entre tolerancia y relativismo. Finalmente, hay una dificultad propia del tema del objetivismo que, como muchas cuestiones filosóficas en

12. Atienza (2022) se ha esforzado, con discutible éxito, en mostrar que esa clasificación entre pluralismo y monismo axiológico no es tan significativa como aparenta y que pueden trazarse puentes entre las perspectivas de Berlin y Dworkin. Con todo, no creo que su propuesta atenciana pueda ser calificada de intuicionista, más bien, como defenderé más adelante es constructivista.

13. Debo esta cita a Maliandi (2004:18), para una perspectiva del relativismo maireniano, véase el pasaje completo en el que Machado contrapone la postura relativista de Mairena a las lecturas nihilistas de la obra de Nietzsche (Machado 2001:126).



tanto que cuestiones fundamentales, es una fuente de desacuerdos profundos. En esta sección se aborda el primer tipo de dificultades, las terminológico-conceptuales, las otras dos serán abordadas respectivamente en las subsiguientes secciones.

Atienza emplea indistintamente las expresiones «objetivismo ético» y «objetivismo moral», lo mismo se hará aquí, aunque se considere que probablemente «objetivismo metaético» sea la expresión más adecuada. También afirma que lo que hace que esta postura merezca el adjetivo «mínimo» es que se diferencia del realismo moral en que no necesita presuponer «entidades morales semejantes a los objetos o a las propiedades del mundo físico» (Atienza 2017:194). El objetivismo moral mínimo sería un presupuesto trascendental en sentido kantiano de muchas de nuestras prácticas, es decir, una condición de posibilidad de las mismas. Esta aclaración sirve también para acentuar la metodología de Atienza, él como otros autores cercanos al constructivismo, parte de una práctica social consolidada y busca los presupuestos que permiten comprenderla mejor. Un argumento recurrente en Atienza es que el objetivismo es necesario para interpretar nuestras prácticas sociales, sin él muchas de ellas no tendrían sentido. El que busca convencer sobre la corrección o bondad de una cierta acción necesita que el otro esté abierto a la posibilidad de ser convencido por un argumento con pretensión de objetividad. Incluso, quien miente necesita que los otros crean en la posibilidad de que lo que enuncia sea objetivo. Pero esto poco dice del objetivismo. El objetivismo forma parte de nuestras prácticas, pero podría ser un error recurrente.

En la sección anterior se hizo especial hincapié en la perspectiva de Fishkin porque Atienza dice tomar el término que da nombre a su postura de tal autor. No obstante, si bien es cierto que esta expresión aparece en ambos autores, el objetivismo moral mínimo de Atienza parece ser más que mínimo en los términos de Fishkin. Para el norteamericano el objetivismo es mínimo porque si bien acepta que lo que consideramos correcto moralmente es objetivo, universalizable, interpersonal y propio ese juicio no puede transformarse en principios generales sino sólo aplicarse en casos particulares. El objetivismo moral mínimo para Fishkin es la creencia de que ante un problema ético X (por ejemplo, si es aceptable que un homicida malherido acceda a la eutanasia) posee una respuesta intuitiva que vale sólo para ese caso en particular. Es *objetivo* porque deriva de consideraciones que toda persona debería aceptar si tuviera la perspectiva moral adecuada, es *universalizable* porque se aplica a todos en los casos que sean relevantemente similares, es *interpersonal* porque se aplica tanto a otros como a mí mismo y es *propio* porque se aplica a uno mismo.

¿Cómo se puede conjugar el minimalismo del objetivista descrito por Fishkin con el principialismo atencino? En sus escritos sobre bioética Atienza (2010) subraya que atender a las particularidades de los casos difíciles es necesario para arribar a una solución correcta. Enumera cuatro principios primarios (autonomía, dignidad, universalidad, información) y cuatro secundarios (paternalismo, utilitarismo restringido, diferencia y secreto). Asimismo, considera que se pueden dar razones objetivas por las que un principio pesa más que otro en un caso particular, pero rechaza el particularismo

porque de la ponderación entre principios se sigue una regla que podrá ser empleada en casos similares futuros. Recientemente ha ahondado en la noción de dignidad humana como un concepto clave para entender su perspectiva metaética. ¿Esos principios y el rol central de la dignidad no presuponen un objetivismo más que mínimo?

El objetivista mínimo fishkineano no puede enunciar principios éticos y deriva la objetividad a partir de la intuición, conocimiento directo que comparte con otros individuos, frente a un desacuerdo no encuentra modo de probar que tiene razón, pero tiene la certeza de que no se trata de «su» razón personal, sino que es algo objetivo. En cambio, el objetivista mínimo atienzino tiene una batería de principios a su disposición, la dignidad humana como valor supremo y una serie de razones objetivas que está dispuesto a testear en la discusión racional. Si se acepta que en Atienza hay principios éticos a tener en cuenta y que, ante un conflicto, si bien hay razones para dar prioridad a un principio sobre otro hay alguna clase pérdida o residuo moral entonces el objetivismo de Atienza sería «rigorista» en términos de Fishkin. Esto porque se aceptaría un requisito más para el objetivismo: la inviolabilidad de los principios, es decir, el hecho de que violar un principio es algo que está mal objetivamente. Pero Atienza, pese a su estudio de los casos trágicos en los que sí parece aplicarse esa idea, se ve inclinado hacia un monismo axiológico a lo Kant o a lo Dworkin que le permitiría evitar la noción de residuo moral.

Quizá la forma más clara de abordar el objetivismo moral mínimo de Atienza no sea contrastarlo con el de Fishkin sino con las teorías metaéticas que Atienza rechaza. Por un lado, rechaza el no-cognitivismo en todas sus formas. Atienza asume que hay conocimiento ético, el problema es que evita la cuestión de la verdad o falsedad de los juicios éticos en favor de la idea de corrección o incorrección. A veces relativiza la distinción entre enunciados descriptivos y normativos (ej. decir que alguien es valiente implica descripción y valoración) o emplea metáforas para dar cuenta del progreso moral que son equiparables al progreso científico (ej. defender la esclavitud hoy es como ser terraplanista). En resumidas cuentas, viene a decir que en el ámbito de la filosofía práctica la idea de corrección juega el mismo papel que la verdad en el de la filosofía teórica o la ciencia.

Dentro de las filas cognitivistas, Atienza carga contra el absolutismo. El absolutismo para Fishkin implica no sólo que los principios son inviolables, sino que son racionalmente incuestionables. Atienza y Fishkin coinciden en la definición, pero disienten en la ejemplificación. Para Atienza el ejemplo más patente de absolutismo ético es el de la Iglesia católica, en cambio, para Fishkin lo es la ética de Kant. Paradójicamente, la ética kantiana supone un modelo y una fuente de influencia para Atienza. Pero, en cualquier caso, el aspecto a remarcar en la perspectiva de Atienza es que rechazar el absolutismo (sea católico o kantiano) implica aceptar la falibilidad del juicio humano. En términos prácticos, aceptar la posibilidad de error implica la necesidad de discusión racional y de procedimientos que como ese mitiguen el daño que ese tipo de error de juicio puedan conllevar.

Asimismo, también entre las posturas cognitivistas, el principal punto de ataque es el realismo ético. Atienza distingue entre su objetivismo mínimo y el objetivismo realista porque asume que el realismo ético tiene una pretensión ontológica que su objetivismo no tiene. El realismo defiende que existen «hechos morales» ya sea en sí o como derivables de propiedades físicas, o alguna otra extraña sustancia como los «morones» de los que se mofó Ronald Dworkin (2014:51)<sup>14</sup>. En cambio, su objetivismo sería de las razones. Otra diferencia con respecto al realismo moral es que los juicios morales son percibidos como correctos o incorrectos y no como verdaderos o falsos, aunque por el sinequismo<sup>15</sup> que lo caracteriza, relativiza la distinción al apelar a una cierta continuidad entre los enunciados descriptivos y los prescriptivos. Pero eso no implica disolverla, porque como afirma hablar de verdad moral es «una manera de hablar que debilita innecesariamente la distinción entre razón teórica y razón práctica, entre la razón que pretende describir y explicar cómo es el mundo y la que tiene como su principal función establecer cómo deberíamos actuar en el mundo para que éste fuera como debiera ser» (Atienza 2017:204).

De modo que llegado este punto se puede dar cuenta de los rasgos centrales del objetivismo moral mínimo de Atienza. Es una postura *cognitivista* (afirma que hay conocimiento ético), aunque también *falibilista* (acepta que los errores son posibles y frecuentes por lo cual rechaza el absolutismo). No presupone la idea de verdad moral (en su lugar se apoya en la idea de *corrección*) ni la de hecho moral (se apoya en la idea de objetividad de las *razones*). Por tanto, el objetivismo se apoya en la posibilidad de ofrecer razones en favor de la corrección de una acción o estado de cosas que otros puedan cuestionar. Como se verá más adelante, al igual que el constructivismo de Nino, se apoya en la posibilidad de concebir consensos contrafácticos y en aspectos tanto procedimentales (la argumentación) como sustantivos (la dignidad).

Ahora bien, llegado este punto uno podría cuestionarse, ¿de dónde surgen esos consensos contrafácticos? ¿Cuál es el criterio para evaluar la objetividad de las razones ya sea fáctica o contrafácticamente? ¿Qué rol juega la dignidad? Antes de entrar de lleno en esas preguntas hay que seguir en el laberinto objetivista, esta vez para ver cómo se despliega en discusión con otras posturas metaéticas y iusfilosóficas.

---

14. El juego de palabras se da entre unas supuestas partículas subatómicas de la moral, los morones como protones morales o algo similar y el término *moron* que en inglés significa «tonto».

15. El sinequismo remite a la perspectiva que intenta ver más continuidades entre los conceptos que rupturas, del griego *synejés*, «continuo» o «lo que se mantiene junto». El término tiene su origen en la particular perspectiva de C. S. Peirce, Atienza (2019:177) lo recoge con una acepción más amplia y considera que es un elemento característico del pragmatismo filosófico que él suscribe.

### 3. EL OBJETIVISMO ATENCINO EN DISCUSIÓN: CONTRA COMANDUCCI Y GARCÍA AMADO

«Estoy convencido de que, si hay alguna vía interesante en metaética para el objetivismo moral, es la del constructivismo. Es la que transita Atienza, aunque, en mi opinión, debería profundizar todavía más en ella».

García Amado (2020b:63) «Dúplica a Manuel Atienza sobre objetivismo moral y derecho»

El texto en el que Atienza ha desarrollado con más detalle su perspectiva metaética es «Objetivismo moral y Derecho». El mismo fue escrito como una réplica a la postura de Paolo Comanducci, representante de la escuela realista genovesa, y publicado como un capítulo del libro *Filosofía del Derecho y Transformación Social* (Atienza 2017). En ese intercambio, Comanducci enumera las discrepancias en torno a cómo ambos conciben la filosofía del Derecho en cinco puntos, siendo tres de ellos relativos a la metaética: primero, la discrepancia frente a la distinción entre ser y deber ser; segundo, la discrepancia en torno a la unidad de la razón práctica; y, tercero, la discrepancia en torno a la objetividad de la moral (Atienza 2017:193). El foco de interés de este artículo es precisamente ese último punto, pero vale aclarar que todos ellos están interrelacionados.

En ese capítulo Atienza ordena su réplica a Comanducci a partir de cinco interrogantes que sirven de guía a su argumentación. Primero, ¿es lo mismo hablar de objetivismo moral que de realismo moral o de juicios morales correctos y verdaderos? Segundo, ¿de qué se predica objetividad: de las normas o de los valores o de ambos? Tercero, ¿qué relación hay entre objetivismo, relativismo y tolerancia? Cuarto, ¿qué criterios puede ofrecer un objetivista para respaldar el carácter objetivo de sus juicios? Quinto, ¿qué implicaciones tiene el objetivismo moral para la teoría del Derecho?

Al primer interrogante ya se dio respuesta en la sección anterior, Atienza considera que el objetivismo moral mínimo sostiene los juicios éticos son correctos o incorrectos sobre la base de razones y el realismo metaético que los juicios éticos pueden ser verdaderos o falsos por contraste con hechos morales. Con respecto al segundo interrogante, Atienza sostiene que la objetividad es de las razones y, por tanto, tiene que ver tanto con los valores que involucramos en nuestras razones como con las normas cuya corrección pretendemos. Por supuesto, esto no implica infalibilidad, las razones pueden ser insuficientes, derrotables. De allí la importancia del aspecto procedimental para testearlas (la argumentación) y de la pretensión de corrección que estaría en nuestras prácticas.

Con respecto al tercer interrogante, Atienza considera que el valor de la tolerancia es un ejemplo del carácter fundamental del objetivismo para nuestras prácticas sociales. Pese a que la tolerancia es un ejemplo caro a los relativistas y escépticos (*cf.* Radbruch 2009 [1934], Kelsen 1991 [1953]), sin un mínimo de objetivismo la tolerancia se diluiría como una preferencia más, cayendo en lo que se ha denominado la «paradoja de la tolerancia». Es decir, si la tolerancia es una preferencia más, entonces es tan válida

como la preferencia del intolerante, por tanto, aceptar esa relatividad en nuestras prácticas podría ocasionar la erosión o incluso la desaparición de la tolerancia en favor de las preferencias intolerantes. El iusfilósofo español considera que el presupuesto que está detrás del empleo de la tolerancia por esas otras posturas metaéticas viene dado por la confusión entre objetivismo y absolutismo a los que considera «posturas antagónicas» (Atienza 2017:210). Para Atienza el objetivismo mínimo es una postura «falibilista y no dogmática» (Atienza 2017:210), es decir, implica cuestionar racionalmente los presupuestos del juicio moral y estar abiertos a la crítica y a la autocrítica.

El cuarto interrogante constituye la pregunta más difícil, aquella en torno a los criterios de los que se deriva la objetividad del juicio ético. Algunos autores hablan de «evidencia moral» o intuiciones morales, lo cual abogaría a favor de la interpretación del objetivismo mínimo como un modo de pensar el intuicionismo. Pero eso parecería tener implicaciones metafísicas que Atienza rechaza, además de que la apelación a las prácticas sociales como condición de posibilidad de esos juicios lo acerca más al constructivismo, como se verá en la siguiente sección. El objetivismo moral mínimo de Atienza se basa en un argumento de tipo trascendental, la objetividad de los valores es condición de posibilidad de la comunidad moral (*cf.* Kant 2016 [1785]; Tugendhat 2001 [1993]).

El último interrogante es el que traza el puente con la teoría del Derecho. Para Atienza, pospositivismo y objetivismo metaético se implican mutuamente. Si el primero implica abrazar el pospositivismo en tanto que concepción del Derecho como práctica orientada a valores y fines morales –aunque discernible de la moralidad–, el segundo, es la condición que da sentido a esa práctica. En otras palabras, esa relación entre pospositivismo y cognitivismo metaético implica la superación del positivismo por medio de la superación de la tesis de la separación y el no-cognitivismo metaético al que estaba asociada.

La última respuesta a la pregunta guía del debate Atienza-Comanducci permite entender que esa réplica haya a su vez generado un nuevo debate sobre el objetivismo metaético, esta vez con su compatriota Juan Antonio García Amado, defensor del positivismo. Este último criticó algunos de los presupuestos de la postura de nuestro autor, que valieron contrarréplicas de Atienza plasmadas primero en la revista *Teoría & Derecho* (García Amado 2020a, 2020b y Atienza 2020) y luego en el libro *Debates iusfilosóficos* (Atienza y García Amado 2021). Así como en el anterior debate los puntos para enmarcar la discusión se derivaron de los señalados por Comanducci, se puede repetir la misma operación a partir de la crítica de García Amado<sup>16</sup>. El teórico del Derecho español parte de algunos presupuestos: primero, al igual que Comanducci, considera que es clave separar conceptualmente Derecho de moral. Segundo, considera que si se es positivista jurídico se puede ser tanto objetivista como relativista moral. Tercero,

---

16. Atienza hace su propia reconstrucción de la crítica de García Amado en veintidós puntos, pero he preferido reducirlo por cuestiones de extensión. Para quien esté interesado en una discusión más exhaustiva, vea Atienza y García Amado (2020:229-233).

considera que si se es iusmoralista<sup>17</sup> se puede ser tanto objetivista como relativista cultural, pero no relativista radical. Finalmente, sostiene que un no objetivista no es alguien amoral sino alguien que «...no pretende para las creencias morales corrección objetiva o verdad plena» (Atienza y García Amado 2020:200).

Luego, García Amado hace una reconstrucción de la postura metáética atencina en la que remarca sus debilidades. En principio, acepta la distinción entre realismo y objetivismo moral e interpreta al objetivismo de las razones de Atienza como una forma de constructivismo ético y la dependencia de este de la idea de «persona razonable», puesto que una razón objetiva es la que, dadas unas ciertas circunstancias, una persona razonable aceptaría. Entonces, el primer problema que surge es ¿cómo dar cuenta de las personas que se autoperciben como razonables, pero que no aceptan la corrección de nuestros juicios morales?

En segundo lugar, García Amado carga las tintas contra la pretensión de corrección, punto central para interpretar el Derecho como una práctica social orientada a la persecución de fines y valores. García Amado especialmente hace hincapié en que pretender algo no implica que eso exista: «¿Desde cuándo la pretensión firme de X es una prueba de que X es firme?» (Atienza y García Amado 2020:205). Entonces, ¿si de la pretensión de corrección no puede derivarse la corrección objetiva, de dónde deriva?

En tercer lugar, el objetivo de ataque de García Amado es la idea atencina, compartida con Nino, de que las razones últimas del Derecho son razones morales. «Que prácticamente todas las razones relacionadas con la acción puedan ser susceptibles de calificación moral no convierte a todas estas razones en razones morales» (Atienza y García Amado 2020:208).

En cuarto lugar, García Amado hace una crítica al constructivismo de Atienza, que sería cercano «al estilo de Alexy o Nino» (Atienza y García Amado 2020:211). La idea básica es que pese a todo el procedimentalismo de los constructivistas no es más que un velo para ocultar que no hacen más que darse la razón a ellos mismos, una crítica parecida a la que hace Kelsen sobre las distintas teorías de la justicia. Pero lo más interesante no es esto sino el hecho de que en la nota 22 denomine a la postura de Atienza como «realismo moral mínimo», puesto que no solo tiene elementos procedimentales sino sustantivos (la dignidad humana).

En quinto lugar, García Amado disputa la comparación muchas veces repetida por Atienza entre Derecho y medicina para dar cuenta de que el Derecho es una práctica social compleja orientada a fines y valores. En el Derecho uno de esos valores centrales es la justicia, aunque no el único y en la medicina, la preservación de la salud. Pero

---

17. «Iusmoralismo» es el término que emplea García Amado para referirse a muchas de las posturas que Atienza considera pospositivistas, aunque suelen tener divergencias en el modo de interpretar esas posturas. El iusmoralismo se caracterizaría por recuperar la idea de vinculación entre derecho y moral sin necesidad de apelar al derecho natural.

García Amado resalta que, a diferencia de la medicina, en el Derecho hay mucho menos acuerdo sobre los fines y valores.

Con respecto a las dos primeras críticas de García Amado, Atienza defiende la idea de la objetividad moral como creencia de que un enunciado moral es correcto cuando se pueden dar razones concluyentes en su favor. Como ejemplo cita el enunciado «la esclavitud es injusta» y afirma que quienes negasen la corrección de ese enunciado deberían negar la dignidad humana y negar la dignidad humana «significa renunciar a formar parte de una comunidad moral» (Atienza y García Amado 2020:235). Si bien eso se puede negar, y de hecho algunos lo niegan, los que así lo hacen son personas irrazonables, es decir, el modo en el que Atienza define la razonabilidad en este debate<sup>18</sup> es por la vía negativa, dando ejemplos de irrazonabilidad.

Con respecto a la tercera crítica y enlazándolo con el problema de la separación entre Derecho y moral, Atienza sostiene que un «sistema jurídico que prescindiera completamente de cualquier noción de justicia (que fuera pura arbitrariedad) no podría existir (como sistema jurídico) o no podría perdurar» (Atienza y García Amado 2020:237). Considera que eso es algo ya aceptado por autores positivistas como H. L. A. Hart con el contenido mínimo de Derecho natural, pero eso es aún más patente en el Derecho del Estado constitucional donde la dignidad humana cumple un criterio de validez inequívocamente moral. Asimismo, remite a la discusión sobre si la regla de reconocimiento puede ser aceptada por otras razones que no sean morales y coincide con la opinión de Nino (1989:29) de que no. No obstante, aclara que, si bien las razones últimas son morales, esto no implica que la justificación judicial de las decisiones sea idéntica a la justificación moral.

Con respecto a la cuarta crítica, Atienza concede que alguien pudiese apelar al consenso racional para encubrir sus opiniones subjetivas, lo mismo que un juez podría valerse de la ponderación para intentar justificar una decisión injustificable. Pero del hecho de que se pueda usar mal, no se sigue que el instrumento sea malo, es más, el discurso racional y la comunidad ideal de hablantes son para Atienza imprescindibles.

Con respecto a la última crítica, Atienza concede que hay diferencias sustanciales entre la medicina y el Derecho, pero no obstante considera que hay «un acuerdo amplio en cuanto a que la finalidad última de los sistemas de Derecho positivo es producir justicia» (Atienza y García Amado 2020:245). El tema es que el acuerdo se da cuando el fin es expuesto de modo muy abstracto, pero al concretarlo es donde surgen los desacuerdos.

---

18. En otro texto Atienza abordó el concepto de razonabilidad en el contexto de las decisiones jurídicas, pero en su debate con García Amado sólo afirma haberse ocupado ya del tema, pero no quiere entrar en ello, asumo que se refiere a Atienza (1989). En ese artículo se ocupa de distinguir lo razonable de lo racional y lo irracional. Lo razonable sería aquello que permite equilibrar óptimamente valores que de otro modo serían vulnerados en una estricta interpretación racional y depende del consenso tanto fáctico como ideal.

#### 4. ARGUMENTO EN FAVOR DE UNA INTERPRETACIÓN CONSTRUCTIVISTA DEL OBJETIVISMO ATENCINO

«...si la moral es materia de conocimiento, parece que no puede serlo también de elección autónoma. Tal vez la salida de este nuevo dilema requiera revisar el concepto de autonomía moral. Esta estaría dada, no por la mera elección intuitiva y aislada de un principio moral sino por la decisión de participar en una discusión lo más amplia y reflexiva posible, tendiente a lograr un consenso unánime o su sucedáneo que es el acuerdo mayoritario, sin perjuicio de revisar ese resultado toda vez que se pueda mostrar que él está en discordancia con el consenso ideal»

C. S. Nino (1989:132), *El constructivismo ético*.

Tal como Atienza presenta su objetivismo moral mínimo en los dos debates previos, este se mueve entre el intuicionismo, si se sigue a J. S. Fishkin, y el constructivismo metaético sostenido por autores como J. Rawls, J. Habermas y C. S. Nino. Por un lado, creo que si bien hay momentos en los que Atienza parece apelar a la intuición, como por ejemplo cuando afirma que todos tenemos una idea de qué es una persona razonable, esa habilidad cognitiva juega un rol secundario con respecto a la argumentación y a la deliberación. Por tanto, el mejor modo de comprender el objetivismo moral mínimo atencino es como una forma de constructivismo metaético. Es cierto que Atienza, en algunas obras, se ha reconocido como constructivista, pero la apelación a razones sustantivas y la insistencia en el valor de la dignidad como constitutivo de la comunidad moral atraen algunas dudas. Creo que el concepto de dignidad humana que une Atienza a su visión de la filosofía práctica depende de una concepción antropológica que, si bien es histórica y contingente, determina su visión metaética. Para él el reconocimiento de la dignidad humana es condición de posibilidad de la práctica discursiva sobre la que sustenta su constructivismo.

Esto tiene varios problemas, el primero de ellos es el del estatus del constructivismo en la metaética. Tal como sostiene Carla Bagnoli (2021), hay disenso en torno a cómo clasificar al constructivismo. Se discute si efectivamente se trata de una teoría metaética o si es una teoría normativa sobre la justificación de los principios morales. Se cuestiona si forma parte del realismo, del antirrealismo o si supera esa distinción. La filósofa italiana distingue varios tipos de constructivismo: el kantiano, el humeano y el aristotélico. El que más discusiones ha generado fue el constructivismo kantiano que apareció como tal a partir de un artículo de John Rawls que lleva precisamente ese nombre, aunque hay mucha discusión sobre el alcance de ese constructivismo en la obra del estadounidense y en torno a cómo interpretarlo.

En su obra dedicada al constructivismo, Nino también hace una clasificación de sus distintas variantes constructivistas entre las que él se ubica. En términos de Rodolfo



Vázquez (2019:260) en esa obra hay un «constructivismo formalista<sup>19</sup>» de John Rawls, un «constructivismo ontológico» de Jürgen Habermas y el «constructivismo epistemológico» del propio Nino, que se presenta como un intermedio entre las dos posiciones. Como es frecuente en la metaética, Nino distingue entre las tesis ontológicas y las tesis epistemológicas de esas tres posturas. Estas determinan el estatus ontológico de la verdad moral y el tipo de acceso al conocimiento moral que pregonan. Para Rawls el acceso es individual, aunque la discusión puede cumplir un rol auxiliar y por tanto tiene para Nino riesgo de devenir en elitismo moral. En cambio, para Habermas el acceso es necesariamente colectivo y fruto de un discurso real, lo cual conlleva para Nino el riesgo de caer en el populismo moral. Finalmente, para el argentino, la postura adecuada está en un punto intermedio entre los dos que surge de las siguientes tesis:

*Tesis ontológica.* «La verdad moral se constituye por presupuestos formales o procedimentales de una práctica discursiva social destinada a cooperar y evitar conflictos sobre la base de la convergencia de acciones y actitudes dada por el consenso en la aceptación de principios para guiar la conducta. Entre esos presupuestos está[n] (...) [las] condiciones de imparcialidad, [la] racionalidad y [el] conocimiento de los hechos» (Nino 1989:104).

*Tesis epistemológica.* «La discusión y la decisión intersubjetiva es el procedimiento más confiable de acceso a la verdad moral (...) esto no excluye que por vía de la reflexión individual alguien pueda acceder al conocimiento de soluciones correctas...» (Nino 1989:105).

Si bien el pensamiento de Nino es clave en la obra de Atienza, no estoy seguro de que suscribiese estas tesis completamente. La tesis epistemológica creo que no es problemática y, si bien la dimensión pragmática de la argumentación, en tanto que búsqueda de que la propia argumentación persuada o convenza a otros, juega un rol importante. Hay razones para considerar que Atienza aceptaría la argumentación con uno mismo como una forma de búsqueda de ese consenso contrafáctico del que se deriva la objetividad de las razones. Pero la tesis ontológica creo que supone algunos problemas. Por un lado, Atienza es reacio a hablar de verdad moral, más bien prefiere hablar de corrección moral; por otro lado, además de los presupuestos formales, Atienza reconoce al menos un presupuesto sustantivo: la idea de dignidad humana. Es cierto que Nino (1989:107-108) también reconoce presupuestos valorativos sustantivos, pero el argentino está pensando más bien en la noción de autonomía más que en la de dignidad.

¿Qué entiende Atienza por dignidad? La dignidad aparece como una precondition del discurso práctico y tal como la entiende nuestro autor tiene dos aspectos. Por un lado, se trata de un concepto que remite a la idea del respeto por un individuo, de su reconocimiento como igual, como semejante. Es clara la importancia de la dignidad

---

19. Nino emplea las expresiones constructivismo epistemológico y ontológico, pero no «formalista», creo que caracterizar el planteo rawlsiano de formalista puede ser controvertible. En la lectura que hace Nino de *Teoría de la Justicia*, Rawls plantea el acceso al conocimiento moral por medio del equilibrio reflexivo. entendido como balance recíproco entre «presupuestos formales y principios sustantivos» (Nino 1989:105).

para el discurso práctico, para que una voz sea escuchada en la discusión, debe reconocerse que hay un individuo que tiene voz y que debe ser respetado. Pero Atienza no se detiene en esta única dimensión de la dignidad que asociaría este concepto a una noción de un cierto estatus, sino también habla de la dignidad entendida como ciertos recursos necesarios para desarrollarse como individuo. Explícitamente, Atienza recoge los dos sentidos que aparecen conjugados en la idea de «utopía jurídica» de Ernst Bloch (1980 [1961]:209). Por un lado, la dignidad humana como rechazo de la humillación y la esclavitud y, por otro lado, como rechazo de la miseria socioeconómica. La primera dimensión sería compatible con esa idea de estatus y, en la terminología de *Las piezas del Derecho* (Atienza y Ruiz Manero 1996), se trataría de un principio en sentido estricto según el cual a un ser humano no se le pueden hacer ciertas cosas, merece un cierto trato. Esta es una dimensión muy abstracta y se la puede enunciar tanto por vía negativa, como frecuentemente se lo hace —es decir, no humillación, ni trato cruel o aberrante—, como por vía positiva —«trato digno» o en el *dictum* dworkiniano «igual consideración y respeto»—. La segunda dimensión es compatible con una directriz que procurase garantizar la satisfacción de las necesidades básicas (Atienza 2022:77). Sin embargo, nuestro autor añade la idea de un derecho y un deber del desarrollo de la propia personalidad y de la contribución al desarrollo de la personalidad de los demás.

«Pues bien, aun a riesgo de simplificar (o de no precisar lo suficiente), yo diría que el núcleo de ese principio (el núcleo de la ética) reside en el derecho y la obligación que tiene cada individuo de desarrollarse a sí mismo como persona (un desarrollo que admite obviamente una pluralidad de formas, de maneras de vivir; pero de ahí no se sigue que cualquier forma de vida sea aceptable) y, al mismo tiempo, la obligación en relación con los demás, con cada uno de los individuos humanos, de contribuir a su libre (e igual) desarrollo» (Atienza 2022:65).

¿Qué tiene que ver esto con el constructivismo? La propuesta de este breve texto es pensar a la dignidad como apoyada en dos hechos naturales que se materializan de modos distintos, de acuerdo con el discurso práctico y empleando una expresión de Nino vale decir aclarar que no son hechos morales, pero sí son hechos moralmente relevantes. Por un lado, todo ser humano, aunque también muchos otros animales, necesita de ciertos cuidados para alcanzar independencia como individuos autónomos. Esto genera que los seres humanos tiendan a cuidar de otros de un modo que podríamos denominar instintivo. Alguien podría adelantarse a intuir que se está por caer en la falacia naturalista, del hecho de que los seres humanos tiendan a cuidar unos de otros se inferiría que los seres humanos deben cuidar unos de otros. Pero en realidad esta es más bien una condición necesaria para la subsistencia de la especie. Dadas las características de los seres humanos, al menos a día de hoy, si decidiésemos no cuidar de las personas en sus momentos de mayor vulnerabilidad, la especie desaparecería. En algún sentido un mínimo cuidado de los seres humanos es condición de posibilidad de las prácticas humanas complejas. La idea es que sobre la base de esta precondition se construye parte de la moral, pero esto es un hecho biológico, no moral. La dignidad

humana en el sentido de opuesto de la miseria socioeconómica recoge racionalmente esta precondition.

Por otro lado, los seres humanos somos una especie con características infrecuentes en el reino animal, aunque es un hecho que está en discusión (*cf.* Singer 1988). Una de esas características con las que se suele distinguir al animal humano de otros animales es la capacidad de representar el propio mundo por medio de símbolos. Esa capa simbólica permite desarrollar la imaginación, predecir acontecimientos, establecer regularidades y expectativas, pero lo que aquí nos interesa es sobre todo la capacidad para, una vez dado todo ello, definir preferencias: jerarquías valorativas. En este sentido el sujeto humano es un sujeto valorador. Muchas de nuestras prácticas cobran sentido no sólo porque valoramos los objetos que nos rodean, sino también porque existen y subsisten otros sujetos valoradores. De nuevo, este podría ser pensado como un hecho biológico, pero sobre ese hecho se construye la idea de agente moral. La idea de un sujeto que tiene un especial valor en tanto que sujeto valorador (Kant 2016 [1785], Nozick 1991 [1974], Singer 1988). Considero que la noción de dignidad como un cierto estatus se deriva de este hecho. Si bien asociamos esa característica a los seres humanos, es más bien una característica de un cierto tipo de agentes, por lo cual Atienza deja abierta la posibilidad de predicar un cierto grado de dignidad de animales o de una inteligencia artificial en sentido fuerte.

La cuestión relevante aquí es que de esos hechos no se sigue necesariamente nuestra noción contemporánea de dignidad o la reconstrucción que de ella hace Atienza. En palabras de Nagel (2000 [1997]:125): «Al igual que con cualquier otro instinto, todavía tenemos que decidir si es una buena idea actuar basándonos en ell[os]. Respecto de algunas disposiciones biológicamente naturales, tanto motivacionales como intelectuales, hay buenas razones para resistir o limitar su influencia». No se trata aquí del realismo naturalista, pero el constructivismo no puede negar que hay ciertas características de los sujetos que forman parte de los discursos prácticos. La idea de dignidad humana es una reconstrucción de ciertas características antropológicas como condiciones de posibilidad para el discurso práctico y este discurso intenta buscar, por ciertos procedimientos presupuestos como valiosos para todas las partes, modos de resolver los problemas que surgen del respeto a esas condiciones y considerando las características específicas del ambiente –y el contexto histórico– en el que se dan esos discursos.

En otras palabras, el constructivismo metaético de Atienza, como todo constructivismo depende de una concepción antropológica. El agente que construye por medio de un procedimiento discursivo la respuesta a un problema práctico que será considerada como correcta no es un sujeto nouménico, un puro ente de razón, sino que también es un sujeto encarnado. Esa encarnación del participante del discurso práctico tiene ciertas características que son sustantivas y, aunque contingentes, tienen que ser tenidas en cuenta como precondition del discurso. De hecho, el discurso cobra valor porque tenemos esas características. En términos de J. Searle (2004 [1998]), la asignación de función depende de la valoración, por tanto, la dignidad humana funge como

precondición del discurso práctico. El discurso práctico es funcional para la resolución de conflictos porque la valoración del sujeto encarnado implica que hay algo importante que proteger. Atienza tendría razón en sostener que quien negase esos presupuestos estaría negando también su participación en la comunidad moral.

## CONCLUSIÓN: EL HILO METAÉTICO DE ARIADNA Y LA MADEJA DEL DERECHO

«Al llegar a estas alturas forzoso es reconocer que nos encontramos perdidos en el laberinto. (...) La verdadera cuestión no es el concepto del Derecho ni la determinación de sus fuentes ni su interpretación. Todo esto no son más que epifenómenos de lo esencial. *Lo esencial es la actitud personal que adopta el jurista ante el Derecho. No se trata, por tanto, de una actitud intelectual sino vital*».

A. Nieto y T.-R. Fernández (1998:14), *El Derecho y el revés* (la cursiva es de Nieto)

La perspectiva del epígrafe de Nieto no es compartida por completo aquí, puesto que intelecto y vida, praxis y razón, teoría y práctica no son mutuamente excluyentes; pero se ha elegido este fragmento porque representa varios aspectos tratados en este artículo. En primer lugar, el problema práctico frente al «laberinto» de la teoría. En segundo lugar, porque parece implicar la necesidad de anclar el Derecho en algo más y ese algo más es una praxis, que podría agregarse con Atienza, necesita de la noción de objetividad. En tercer lugar, porque el modo de discusión elegido por Nieto y Fernández, el diálogo epistolar, representa un aspecto esencial del constructivismo: la idea de que por medio de la cooperación podemos acercarnos a una mejor comprensión del objeto o a la resolución del problema práctico al que nos enfrentamos. Finalmente, porque Atienza califica el diálogo como «un delicioso libro» (2013:43), por lo cual se asume que comparte algunos de esos puntos o, al menos, el formato que García Amado y él replicaron en su discusión sobre objetivismo moral, que ya había usado previamente con Ruiz Manero (2009) y en sus célebres entrevistas de revista *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*.

En las páginas precedentes se ha procurado dar cuenta de cómo interpretar del mejor modo la perspectiva que Atienza denomina «objetivismo moral mínimo» y que juega un rol central en su visión iusfilosófica. No sólo porque él considera que Derecho y moral son conceptos conjugados, como citamos al principio, sino porque hace la afirmación aún más fuerte de que una teoría del Derecho que no dé cuenta del objetivismo es una teoría pobre. Como todo intento de fundar las razones últimas, el objetivismo, en tanto que postura metaética, tiene algunas dificultades. En general, corre el riesgo de caer en el célebre trilema de Münchhausen y sus falsas salidas del laberinto teórico: la arbitrariedad, la recursión al infinito o la circularidad. Como se ha visto en este trabajo,

por momentos, Atienza emplea un argumento de apelación a la práctica del Derecho que podría parecer circular, en tanto que el objetivismo aparece como una necesidad de esa práctica y a su vez esa práctica, a su mejor luz, presupone el objetivismo. Aquí se considera que la idea de dignidad, en tanto que noción sustantiva, viene a solucionar ese problema y otro asociado a las perspectivas procedimentalistas: el de su vacuidad.

La interpretación que se ha dado en estas páginas buscó hacer de la dignidad una precondition ligada a una forma de entenderse a uno mismo en tanto que ser humano y a otros seres humanos como seres con una igualdad aproximada. De nuevo recurro a Nagel (2000 [1997]:132-133): «La moral es posible sólo para seres capaces de verse a sí mismos como individuos entre otros más o menos similares en aspectos generales: capaces, en otras palabras, de verse a sí mismos como los ven los demás». Se ha procurado interpretar esas precondiciones como rasgos biológicos derivados del devenir contingente del ser humano, pero que dada una cierta valoración muy básica de la propia vida y la de los demás –la dignidad– se vuelven condiciones de posibilidad del discurso práctico. Es por ello por lo que considero que no se ha caído en el naturalismo.

Esto es clave para entender el Derecho en dos sentidos. Primero, si se acepta el positivismo de autores como Atienza, Nino, Dworkin, Alexy o MacCormick, entonces es central para entender esa relación interna entre Derecho y moral. Segundo, si aún se mantiene una perspectiva positivista, que considere que ese tipo de teoría es necesaria porque permite tomar distancia para criticar el Derecho que «es» del que «debe ser», entonces la crítica moral, aunque vista desde una perspectiva externa, tiene que ser algo más que subjetiva, de lo contrario pierde toda su fuerza de mejora de las condiciones de convivencia de la comunidad moral que presuponemos.

Alguien podría cuestionar ¿por qué deberíamos pertenecer a una comunidad moral? O incluso, ¿por qué deberíamos justificar moralmente nuestras acciones e instituciones? Con respecto a la primera pregunta, hasta que haya un cambio considerable en la especie humana, es un hecho que tendemos a buscar en otros seres humanos modos de realizarnos a nosotros mismos, de aumentar nuestra capacidad de acción y de sentido (o valoración). Por tanto, en tanto que nos necesitamos mutuamente, necesitamos modos de gestionar la conflictividad que surge ante deseos que se solapan sobre bienes escasos, ya sean materiales o inmateriales. No es casual que para Ricardo Maliandi (1984), el «hilo de Ariadna» de la ética tuviera que ver con la idea de una conflictividad antropológica insoslayable.

Para responder a la segunda pregunta, de nuevo recurro a Nagel, quien en su postura acérrimamente racionalista dice: «Sólo una justificación puede poner fin a la exigencia de justificaciones» (2000 [1997]:120). En última instancia, la metaética atencina viene a dar un punto de asidero para la exigencia de justificación en el Derecho y la de procurar criterios para su mejora y así transformar la sociedad para mejor, incluso aunque implique la revisión de sus propios presupuestos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATIENZA, M. (1984), *La filosofía del Derecho argentina actual*, Buenos Aires: DePalma.
- ATIENZA, M. (1989), «Sobre lo razonable en el Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional* 9(27):93-110.
- ATIENZA, M. (2010), *Bioética, Derecho y argumentación*. 2.<sup>a</sup> edición. Lima: Palestra.
- ATIENZA, M. (2011), «Sobre la interpretación jurídica, de Paolo Comanducci» en: J. Ferrer Beltrán y G. B. Ratti (editores), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, pp. 71-79.
- ATIENZA, M. (2013), *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- ATIENZA, M. (2017), «Objetivismo moral y Derecho» en: *Filosofía del Derecho y Transformación Social*, Madrid, Trotta, pp. 193-219.
- ATIENZA, M. (2019), *Comentarios e incitaciones: una defensa del postpositivismo jurídico*. Madrid, Trotta.
- ATIENZA, M. (2020), «García Amado y el objetivismo moral», *Teoría & Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, 27:44-57.
- ATIENZA, M. (2022), *Sobre la dignidad humana*. Madrid, Trotta.
- ATIENZA, M. y GARCÍA AMADO, J. A. (2021), *Debates iusfilosóficos: sobre ponderación, positivismo y objetivismo moral*, Lima, Palestra.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (1996), *Las piezas del Derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (2009), *Para una teoría postpositivista del Derecho*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis.
- BAGNOLI, C. (2021), «Constructivism in Metaethics», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring Edition), E. N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/constructivism-metaethics/>>.
- BLOCH, E. (1980 [1961]), *Derecho natural y dignidad humana*. Trad. F. González Vicén. Madrid: Aguilar.
- BORGES, J. L. (2005 [1969]), *Elogio de la sombra en Obras Completas I*. Barcelona: RBA e Instituto Cervantes.
- CELANO, B. (2017), «Particularismo, psicodeontica. A propósito de la teoría de la justificación judicial de Manuel Atienza», en: Aguiló Regla, J. y Grández, P., coord., *Sobre el razonamiento judicial: una discusión con Manuel Atienza*. Lima: Palestra, pp. 59-102.
- DANCY, J. (2017), «Moral Particularism» en: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter Edition), E. N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/moral-particularism/>>.
- DWORKIN, R. (2014), *Justicia para erizos*. Trad. H. Pons. México: FCE.
- FISHKIN, J. S. (1984), *Beyond Subjective Morality: Ethical Reasoning and Political Philosophy*. New Haven y Londres: Yale University Press.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2020a), «Objetivismo moral y Derecho. Argumentos para el debate con Manuel Atienza», *Teoría & Derecho: Revista de pensamiento jurídico* 27:14-43.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2020b), «Dúplica a Manuel Atienza sobre objetivismo moral y Derecho», *Teoría & Derecho: Revista de pensamiento jurídico* 27:58-65.
- HABERMAS, J. (2000 [1983]), *Conciencia moral y acción comunicativa*. Trad. R. García Cotarelo. Barcelona, Península.

- KANT, I. (2016 [1785]), *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Trad. M. García Morente. Barcelona: Espasa.
- KELSEN, H. (1991 [1953]), *¿Qué es la justicia?* Trad. E. Garzón Valdés. México: Fontamara.
- LARIGUET, G. (2018), «Una defensa del objetivismo moral» en: *Dilemas en la moral, la política y el derecho*. Buenos Aires y Montevideo: B de F, pp. 479-516.
- MACHADO, A. (2001), *Juan de Mairena*. Barcelona: Bibliotex.
- MACKIE, J. L. (2000 [1977]), *Ética: la invención de lo bueno y de lo malo*. Trad. T. Fernández Aúz. Barcelona: Gedisa.
- MALLANDI, R. (1984), *Cultura y conflicto: investigaciones éticas y antropológicas*. Buenos Aires: Biblos.
- MALLANDI, R. (2004), *Ética: conceptos y problemas*. Buenos Aires: Biblos.
- NAGEL, T. (2000 [1997]), *La última palabra*. Barcelona: Gedisa.
- NIETO, A. y FERNÁNDEZ, T.-R. (1998), *El Derecho y el revés: diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*. Barcelona: Ariel.
- NINO, C. S. (1989), *El constructivismo ético*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- NOZICK, R. (1991 [1974]), *Anarquía, Estado y Utopía*. Trad. R. Tamayo. Buenos Aires: FCE.
- PEÑA Y GONZALO, L. (2018), «El bien común, esencia y función del Derecho», *Eunomía* (15): 401-433. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4367>
- RADBRUCH, G. (2009 [1934]), *Relativismo y Derecho*. Trad. L. Villar Borda. Bogotá: Temis.
- RAWLS, J. (1995), *Teoría de la justicia*. Trad. M. D. González. México: FCE.
- ROSS, A. (1933), *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft*. Trans. by H. Winkler & G. Leistikow. Kopenhagen-Leipzig: Levin & Munksgaard-Felix Meiner.
- SEARLE, J. (2004 [1998]), *Mente, lenguaje y sociedad*. Madrid: Alianza.
- SINGER, P. (1988), *Ética práctica*. Trad. M. I. Guastavino. Barcelona: Ariel.
- STRATTON-LAKE, P. (2020), «Intuitionism in Ethics» en: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer Edition), E. N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/intuitionism-ethics/>>.
- TUGENDHAT, E. (2001 [1993]), *Lecciones de ética*. Trad. L. Román Rabanaque. Barcelona: Gedisa.
- VÁZQUEZ, R. (2019), *Teorías contemporáneas de la justicia: introducción y notas críticas*. México: UNAM.







# ¿Qué tan irrelevantes son las tesis definitorias del positivismo jurídico?

## How Irrelevant are the Defining Theses of Legal Positivism?

Félix Morales Luna

### Autor:

Félix Morales Luna  
Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú  
fmorales@pucep.edu.pe

Recibido: 10/06/2022

Aceptado: 10/09/2022

### Citar como:

Morales Luna, Félix (2023). ¿Qué tan irrelevantes son las tesis definitorias del positivismo jurídico? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 321-334. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.18>

### Licencia:

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



© 2023 Félix Morales Luna

### Resumen

El paradigma del Derecho como argumentación exige dejar atrás el positivismo jurídico y asumir una nueva teoría que le sirva al jurista para justificar respuestas correctas en casos difíciles que involucran principios y exigencias valorativas. Las tesis centrales del positivismo jurídico son vistas como irrelevantes y obvias, y se les critica que impiden el desarrollo de una teoría del Derecho adecuadas a las condiciones del Estado constitucional. Este trabajo propone una manera de entender las tesis centrales del positivismo jurídico, en torno a la dimensión institucional del Derecho, que justifique la relevancia de esta concepción jurídica en el marco de los estados constitucionales.

**Palabras clave:** positivismo jurídico; argumentación jurídica; reglas institucionales del Derecho

### Abstract

The paradigm of law as argumentation requires leaving behind legal positivism and assuming a new theory that serves the jurist to justify correct answers in hard cases that involve principles and value demands. The central theses of legal positivism are seen as irrelevant and obvious and are criticized as preventing the development of a theory of law adequate to the conditions of the constitutional state. This paper proposes a way of understanding the central theses of legal positivism, regarding the institutional dimension of Law, which justifies the relevance of this legal conception within the framework of the constitutional states.

**Keywords:** Legal positivism; legal argumentation; institutional rules of law

## 1. INTRODUCCIÓN

**M**anuel Atienza, qué duda cabe, es uno de los principales referentes de la filosofía del Derecho contemporánea. No a cualquiera se le puede imputar una gran responsabilidad nada menos que en el cambio de una concepción jurídica o en la consolidación de la identidad iusfilosófica de toda una tradición cultural (el mundo latino). Es un orgullo haber sido formado en su escuela y realizado la investigación doctoral bajo su dirección, y el mejor homenaje que le puedo dar a alguien de su talla y generosidad intelectual es confrontar sus tesis, procurando esclarecer con argumentos los temas en los que podamos discrepar.

Suelo convencerme de las posiciones defendidas por Atienza, sobre todo por la solidez de las razones en las que las respalda. Sin embargo, tengo reparos en el llamado que hiciera hace algunos años, junto con Juan Ruiz Manero, a dejar atrás el positivismo jurídico. Mi cautela a seguir ese llamado se basa en que, a la par que dichos autores sustentaban la necesidad de avanzar en la construcción de una nueva teoría en el Derecho, yo avanzaba (con ocasión de la elaboración de mi tesis doctoral, precisamente bajo la dirección de ambos) en el estudio del pensamiento de Uberto Scarpelli, un referente del positivismo jurídico italiano. Me situé pues en una posición singular, en la que conocía simultáneamente dos propuestas teóricas antagónicas de cómo entender y trabajar con el Derecho, y ambas me resultaban plenamente convincentes, por lo que necesitaba encontrarles una posible articulación. Una opción era distinguir las etapas en las que se produjeron ambos planteamientos, asumiendo que, mientras los años en los que Scarpelli desarrolla su producción intelectual eran los tiempos del positivismo jurídico, las transformaciones que el constitucionalismo ha impreso en la práctica jurídica determinan que la época actual lo sea del postpositivismo.

No obstante, intentaré sustentar algo distinto: que entre el positivismo jurídico y el postpositivismo, junto con la teoría de la argumentación jurídica, hay un espacio de encuentro, determinado por el reconocimiento y la defensa del diseño institucional del Derecho, como límite de lo jurídico y de la validez de las decisiones de sus operadores.

## 2. LAS CRÍTICAS DE ATIENZA AL POSITIVISMO JURÍDICO

Recuerda siempre Atienza una frase de Bloch, citada por González Vicén, según la cual, así como se dijo que la escuela histórica del Derecho había crucificado al derecho natural en la cruz de la historia, hoy podría decirse que el constitucionalismo ha crucificado al positivismo jurídico en la cruz de la constitución (Atienza, 2017, p. 85; Atienza, 2021b, p. 53). El constitucionalismo habría puesto en evidencia las limitaciones del positivismo jurídico y, sobre todo, su incapacidad para dar cuenta de las profundas transformaciones que han operado en nuestros sistemas jurídicos. Como destaca Atienza,

En nuestros sistemas jurídicos, vía la Constitución, se ha incorporado una moral (justificada) y el manejo del derecho requiere constantemente recurrir a la moral, a la argumentación moral ... muchos problemas que antes se tematizaban como contraposiciones entre el derecho y la moral hoy son problemas de interpretación porque la moral ha «emigrado» al interior de los Derechos. La solución depende de una lectura moral que uno haga de la constitución. No participar de esta empresa es quedarse fuera del juego. (Atienza, 2021, p. 46)

Atienza insiste en que los trascendentes e indiscutibles cambios que se han producido en la realidad política reclaman una nueva teoría desde la cual dar cuenta de ellos y que resulte útil para los juristas que actúan en el marco de la práctica definida a partir de tales cambios. Así, el problema de fondo tras de estas críticas «no es –no debería ser– tanto un problema de teoría del Derecho como de metateoría jurídica: cuáles son las cuestiones de las que merece la pena ocuparse, qué teoría del Derecho merece la pena esforzarse por elaborar» (Atienza y Ruiz Manero, 2007, p. 8). En esta línea, el positivismo jurídico habría agotado ya su ciclo histórico siendo el paradigma constitucionalista «el final de esa forma de entender al Derecho» (ibídem, p. 25). Queda, sin embargo, su legado, determinado por las contribuciones (como las técnicas del análisis del lenguaje basadas en la precisión, claridad y distinciones conceptuales) generadas gracias a la orientación analítica de sus principales representantes (ídem).

Por ello, un presupuesto del paradigma del Derecho como argumentación es que debemos dejar atrás el positivismo jurídico y asumir una nueva teoría postpositivista que le sirva al jurista para justificar respuestas correctas, principalmente, en casos difíciles que involucran principios y exigencias valorativas.

Dos serían las principales críticas que motivan dicho llamado de superación del positivismo jurídico. La primera tiene que ver con el propio concepto de Derecho pues, según Atienza, el positivismo jurídico es una concepción reduccionista del fenómeno jurídico, ya que lo limita a la dimensión autoritativa, viendo a las normas jurídicas como el resultado de sendas prescripciones y como la expresión de la voluntad política dominante. Este reduccionismo hace que las teorías de sus principales representantes en el ámbito latino (Kelsen, Ross, Carrió, Hart o Alchourrón y Bulygin) caractericen a «las normas jurídicas, de forma casi exclusiva, como directivas de conducta y a estas directivas de conducta como constituyendo, en todo caso, el resultado de otros tantos de prescribir» (ibídem, p. 23). Esto ofrece una imagen parcial o distorsionada del Derecho pues «[el positivismo jurídico] tiene (en todas sus variantes) un enfoque exclusivamente del Derecho como sistema, y no (también) del Derecho como práctica social» (ibídem, p. 26).

Atienza y Ruiz Manero explican así las consecuencias de esta forma de entender las normas jurídicas:

El acentuar casi exclusivamente la dimensión directiva de las normas tiene como consecuencia el que quede descuidada, o al menos comprendida como subordinada, su dimensión valorativa. Y el ver las normas, sin excepciones, como el resultado de otros tantos de prescribir, tiene como consecuencia el que queden descuidadas aquellas normas jurídicas que

no resultan de la realización de un acto de prescribir, sino de un acto de reconocimiento, por parte de las autoridades normativas, de contenidos normativos que les preexisten. Y todo ello implica límites severos para la capacidad de las teorías positivistas del siglo xx de dar cuenta de aspectos capitales del razonamiento jurídico y también de lo involucrado en la actitud de aceptación de un orden jurídico constitucional (ibídem, p. 23).

La segunda crítica está referida a la perspectiva de quien estudia el Derecho, así como su rol en relación con dicho objeto. Así, dice Atienza que el jurista positivista asume en relación con el material así identificado una actitud descriptivista, propia del observador que se sitúa desde el punto de vista externo, y libre de valoraciones. Esta actitud sería el resultado de asumir la separación entre el Derecho y la moral, y una actitud no cognoscitivista en relación con la ética. Esta actitud descriptiva del Derecho suele acompañarse, en el caso de los principales referentes teóricos de esta concepción (aunque no tiene un carácter de necesidad), con una actitud escéptica en materia moral. Atienza considera al no cognoscitivismo ético como un gran error. En sus términos,

La propuesta de una ética sin verdad para los juristas empeñados en servirse del derecho como instrumento de lucha a favor de los derechos humanos significa algo muy parecido a un camino sin salida los juristas prácticos harían por ello muy bien en buscar por otro lado la senda del derecho. (Atienza, 2021a, p. 49).

Asumir fuertemente la tesis de la separación entre el Derecho y la moral, junto con una actitud de escepticismo y relativismo en materia moral, en el marco de sistemas jurídicos densamente cargado de contenidos de una moral justificada, determina que el positivismo jurídico adolezca de una irremediable falta de pragmatismo, por lo que no puede ser considerada como una concepción adecuada para el Derecho del Estado constitucional. (ibídem, p. 49).

Lo anterior, dice Atienza, incapacita al jurista positivista para dar cuenta de operaciones centrales en los sistemas jurídicos constitucionalizados, que han incorporado una gran carga valorativa en el derecho positivo. Así, dicho jurista no podría dar cuenta de operaciones como la derrotabilidad de las reglas por exigencia de los principios (por ejemplo, en situaciones como las lagunas axiológicas), la ponderación de los principios (por ejemplo, en el análisis de la constitucionalidad de las leyes) o, en general, la justificación de respuestas correctas en los casos difíciles.

Las críticas, luego, se concentran en las tesis definitorias del positivismo jurídico, a las que Atienza califica de obvias e irrelevantes. En efecto, la tesis de las fuentes sociales del Derecho no señalaría sino una obviedad, como que los sistemas jurídicos no constituyen realidades inmutables, sino históricas, y cuyo contenido es establecido y modificado por actos humanos. A su vez, la mejor versión de la tesis de la separación entre el Derecho y la moral tan solo dice que el valor moral de una norma no es condición suficiente, y puede no ser condición necesaria, de la validez jurídica de la misma (Atienza y Ruiz Manero, 2007, p. 20).

Ahondando en la irrelevancia de estas tesis, Atienza y Ruiz Manero señalan que la tesis de las fuentes sociales del Derecho «no puede constituir una señal de identidad de

una teoría o de una concepción del Derecho, porque todas las que tienen algún grado de vigencia la comparten» (ibídem, p. 21). Expresa, en otras palabras, un hecho que no puede ser discutido seriamente por nadie. La tesis de la separación entre el Derecho y la moral, por su parte, limitada a lo que de ella es compartido por todas las teorías positivistas, «tampoco constituye, desde luego, una posición distintiva en la teoría del Derecho: también la mayor parte de quienes se autodenominan iusnaturalistas estarían de acuerdo con esta posición» (ídem). Si tales tesis son tan obvias que resultan indiscutibles, pero, por lo mismo, no permiten distinguir siquiera mínimamente una particular concepción jurídica, estaríamos inevitablemente ante una teoría sumamente pobre del Derecho. Todo esto determina «que [el positivismo jurídico] no consiga dar cuenta de la complejidad de la experiencia jurídica, ni ofrece tampoco el instrumental teórico adecuado para que el jurista pueda desarrollar la que tendría que ser su tarea distintiva en el marco del Estado constitucional: la protección y el desarrollo de los derechos fundamentales» (Atienza 2017, p. 81).

En oposición y superación al positivismo jurídico, lo característico y distintivo de la concepción postpositivista es «reconocer que el fenómeno jurídico se compone, básicamente, de dos ingredientes: el autoritativo y el valorativo, y que el segundo tiene prioridad sobre el primero» (Atienza, 2021, p. 44). En efecto, dice Atienza, si bien el discurso político y jurídico no se ha reducido a la moral, existe una subordinación del discurso jurídico y político al de carácter moral, pues las razones morales son las razones últimas y, por lo tanto, la justificación moral y jurídica no están en un mismo plano (ibídem, p. 48).

También cambia el propio concepto del Derecho, así como el rol de quien trabaja con sus normas. Así, señala,

El Derecho puede (ha de) verse como una práctica social compleja consistente en decidir casos, en justificar esas decisiones, en producir normas, etc. Dicho quizás de otra manera, el Derecho no es simplemente una realidad que está ya dada de antemano (y esperando, por así decirlo, al jurista teórico que la describa y sistematice), sino una actividad en la que se participa y que el jurista teórico ha de contribuir a desarrollar. (Atienza y Ruiz Manero, 2007, p. 26).

Se trata de una teoría jurídica desarrollada desde el punto de vista interno, el del participante, que se integra con la teoría de la argumentación jurídica, que orienta la actuación del jurista, encauzando el método jurídico mediante reglas y esquemas de razonamientos que articulen las exigencias autoritativas y valorativas, para lograr respuestas justificadas. Cuenta así con esquemas que sitúan al operador del Derecho ante los distintos casos difíciles que pudiera enfrentar proveyéndole de pautas y procedimientos para la mejor justificación posible de la respuesta correcta ante tales casos.

Así, esta teoría busca superar la simple remisión a la discrecionalidad para solucionar casos difíciles, proveyendo al decisor de esquemas de razonamiento que permita justificar racionalmente su decisión. Ello se aprecia, por ejemplo, en la sistematización de las etapas a recorrer en el procedimiento de la ponderación cuando el operador se enfrenta

a un conflicto entre principios, o el modo como es posible justificar la derrotabilidad de alguna regla por la exigencia de los principios en el caso de lagunas axiológicas.

### 3. LA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DEL DERECHO

Es indudable que esta nueva concepción del Derecho está redefiniendo nuestras prácticas jurídicas, sobre todo en cuanto al rol de los altos tribunales. Ahora bien, hay que advertir que los elementos autoritativos y valorativos que esta nueva teoría busca articular no son los únicos tipos de elementos con los que cuenta un sistema jurídico. La idea del Derecho y su funcionamiento no pueden ser cabalmente comprendidos sin otro tipo de elementos normativos como son las reglas institucionales o, en general, de toda expresión normativa relacionada con la dimensión institucional del Derecho. Más de una vez Atienza se ha topado con estos elementos en su propuesta de equilibrar los elementos autoritativos y valorativos de los sistemas jurídicos constitucionalizados, obligándole a introducir ajustes a su propuesta tras los que, incluso, tales elementos institucionales terminan imponiéndose o definiendo el modo como han de articularse los otros dos tipos de elementos.

Así, por ejemplo, en el ensayo «La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica», Atienza y Ruiz Manero afinan el planteamiento expuesto en la versión original de *Las piezas del Derecho*, añadiendo las normas institucionales a su tipología de enunciados normativos. En la versión inicial de dicha obra, los autores enfatizaron la dimensión sustantiva de los sistemas jurídicos mediante la distinción entre las reglas y los principios, mientras que las exigencias institucionales de los ordenamientos se limitaban a las normas constitutivas referidas a la posibilidad de producir resultados institucionales en el Derecho. Estas últimas, sin embargo, eran incapaces de dar cuenta de situaciones usuales en nuestras prácticas jurídicas como los estados de excepción o la prisión provisional. Por ello, introdujeron en su reconstrucción de los enunciados normativos las mencionadas normas institucionales que reivindican exigencias orientadas a preservar la vigencia de la maquinaria jurídica como condición para hacer posible la realización de los fines sustantivos.

Atienza también destaca la relevancia de estas reglas y de los límites que imponen al Derecho, por ejemplo, cuando distingue a los postpositivistas de los neoconstitucionalistas, señalando de estos últimos que llevan demasiado lejos su actitud crítica al positivismo de las reglas olvidándose de los valores del legalismo. La de los neoconstitucionalistas, dice Atienza, «es también una visión unidimensional del Derecho que incurre en la ingenuidad de pensar que los valores del Estado constitucional pueden alcanzarse sin necesidad de someterse a los límites, las constricciones, que impone el sistema de Derecho positivo» (Atienza, 2017, p. 82-83).

Otra ocasión en la que Atienza destaca la relevancia de tales elementos es cuando se refiere a los casos trágicos en el Derecho. Si bien en los estados constitucionalizados hay razones para entender que el sistema en su conjunto es justo, por lo que habría la obligación por parte del jurista postpositivista de cooperar a encontrar una respuesta correcta (justa) a cada uno de los casos o problemas a resolver (Atienza, 2021b, p. 60), ello no excluye la posibilidad de que haya casos en los cuales no cabe encontrar alguna solución que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental en dicho sistema jurídico, es decir, que surjan casos trágicos. Al respecto señala Atienza que

sobre los casos trágicos, me parece que es importante insistir porque muestra precisamente los límites del derecho y, por ello, que existe algo así como una «moral interna» al derecho no significa renunciar a enjuiciar el derecho desde la perspectiva de una «moral externa» al mismo (ibídem, p. 60-61).

Acá se evidencia que la incorporación de la moral en el derecho positivo de los estados constitucionalizados no es absoluta, y los términos y límites de dicha incorporación están definidas por cada sistema jurídico, cuyos criterios institucionales distinguirán, en última instancia, lo jurídico de lo no jurídico.

Estas normas institucionales no son mandatos de la autoridad como expresión de su voluntad política, ni tampoco constituyen la expresión de los valores sustantivos de un sistema jurídico. Son exigencias necesarias para que el sistema jurídico exista y funcione de un modo tal que le permita proteger y realizar los valores sustantivos que contiene. Por ello, el fenómeno jurídico, más que ser concebido como un fenómeno dual que articula lo autoritativo y lo valorativo, con primacía de este último, debería ser visto como un fenómeno que contiene y articula tres dimensiones: la autoritativa, la valorativa y la institucional, y con primacía de esta última.

Nótese, además, que quién sea una autoridad y lo que se pueda hacer desde ese rol está determinado (desde la consolidación del Estado de Derecho) por las normas que definen el diseño institucional del Derecho. A su vez, lo que de las exigencias valorativas se pueda plasmar normativamente quedará confiado a los órganos y a los procedimientos previstos en las reglas institucionales. El sometimiento de la dimensión autoritativa y valorativa del Derecho a su dimensión institucional exige que, para concretar las finalidades que con dicho diseño se persigue, las consideraciones valorativas o el ejercicio del poder no se antepongan ni condicionen las reglas que definen tal diseño institucional, pues ellas determinan el límite del Derecho. Estas reglas concretan la institucionalización de la práctica jurídica, sometiendo a todo quien tenga poder para crear Derecho (un parlamento o un tribunal) a reglas que precisan el modo como se puede ejercer ese poder normativo. Estos son los límites institucionales del Derecho, hasta ahí llega su juego.

#### 4. LA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DEL DERECHO Y EL POSITIVISMO JURÍDICO

La dimensión institucional del Derecho no es ajena al positivismo jurídico, por el contrario, a partir de una cierta etapa de esta concepción jurídica se puede considerar el objeto central en el planteamiento de sus principales representantes. En efecto, recuerda Bobbio que el positivismo jurídico puede ser considerado como la concepción del Derecho que acompaña el surgimiento de los Estados nacionales modernos en Europa y la monopolización por parte de éstos del Derecho, con la consiguiente disolución de la sociedad medieval (Bobbio, 1961a, p. 44). Al respecto, destaca Jori que esta nueva forma de organización política requería que el Derecho pueda ser visto como una guía del comportamiento, es decir, como un instrumento en manos de la autoridad del estado, y como una realidad y un dato objetivo, de modo que, una vez formada la voluntad de dicha autoridad pueda ser conocida y transmitida sin alteraciones a los ciudadanos y a los órganos que aplican tales normas (Jori, 1987, p. 10).

De ahí que el primer positivismo jurídico se corresponda con el denominado imperativismo, etapa en la que se concibe a la norma jurídica como un mandato, y reduce el Derecho al simple esquema de órdenes, una autoridad que las emite, otros quienes le obedecen, y las respectivas sanciones. Es un modelo ya superado en el plano teórico, lo que no equivale a decir que haya desaparecido de la cultura jurídica. Es más, destaca Jori, debe ser la actitud más difundida aún entre los juristas positivos (ibídem, p. 12).

Una crítica importante que determinó la superación del modelo imperativista provino de Kelsen, quien rechazó que la norma jurídica deba entenderse como una orden de una persona en concreto donde expresa su voluntad, sino que la caracterizó como un juicio hipotético de deber ser, una estructura o entidad impersonal. Esta nueva caracterización de la norma jurídica resultaba funcional al nuevo marco institucional en la que se desarrolla esta nueva etapa del positivismo jurídico. Ahora ya no está más el proceso de monopolización del Derecho por parte del Estado nacional, sino el modelo del Estado de Derecho, del poder sometido y regulado por normas, de normas emanadas por órganos legitimados y de una aplicación cierta de tales pautas a los casos concretos. La nueva teoría, por tanto, había de asegurar el funcionamiento de las instituciones del Estado de Derecho, basadas en la separación entre los poderes. Las normas generales y abstractas, producidas principalmente por el legislador debían ser objetivamente cognoscibles por parte de quienes las debían aplicar a los casos concretos. De ahí la necesidad de distinguir de modo cierto, tanto en un plano conceptual como fáctico, los momentos de creación y de aplicación de normas jurídicas (ibídem, p. 16). Curiosamente, Jori, a finales de la década de los años 80 del siglo pasado, ya empleaba el término «postpositivismo» para identificar este trascendente cambio en esta concepción jurídica determinado por el cambio en la caracterización de la norma jurídica (ibídem, p. 10).



Pero, sin duda, el caso más claro en cuanto a la centralidad de las reglas institucionales en la caracterización del fenómeno jurídico se encuentra en la teoría de H.L.A. Hart. En efecto, en su crítica a la teoría imperativista de Austin, por entonces dominante en el contexto inglés, advierte la insuficiencia de una idea del Derecho basado en las órdenes y sanciones emitidas por un soberano sobre quien recae un hábito general de obediencia, para dar cuenta de otro tipo de normas sumamente relevantes para el Derecho, que denomina genéricamente «normas secundarias». Aunque es una categoría amplia y confusa en el modo como la presenta, nos centraremos en aquellas reglas secundarias que se refieren a otras normas, remediando los problemas operativos que se generarían en una sociedad que solo contase con normas primarias de obligación. Son reglas que institucionalizan la práctica jurídica, pues no se ocupan de regular la conducta de las personas sino en introducir pautas que permiten que dicha regulación de las conductas sea posible, precisando, por ejemplo, quién y cómo puede ejercer dicha función normativa, cómo se cambian tales normas, o cómo se dirimen las diferencias en relación con lo que dichas normas establecen (Hart, 1961, p. 113-123). Es tal la relevancia de estas reglas en su caracterización del fenómeno jurídico que Hart define al Derecho como «la unión de reglas primarias y secundarias» (ibídem, p. 99).

De estas reglas secundarias, es particularmente relevante la regla de reconocimiento, por ser la que provee los criterios de identificación de normas jurídicas. Esta regla secundaria dota al sistema jurídico de unidad y distinción, definiendo sus límites, validando a las autoridades que actúan en el mismo, creando y aplicando sus normas. Su presencia permite establecer qué está dentro y qué fuera del sistema jurídico, y quiénes y cómo pueden producir resultados institucionales en el propio sistema (ibídem, p. 117-118).

Esta misma línea de pensamiento, orientada hacia la dimensión institucional del Derecho, se aprecia en la variación del positivismo jurídico de Uberto Scarpelli. En su caso, el positivismo jurídico presenta una clara heterodoxia, pues no lo entiende como una concepción definida por los valores de la ciencia y orientada hacia el conocimiento y la descripción del Derecho, sino como una concepción definida por los valores de la política y orientada hacia la defensa de un modo determinado de crear, identificar y aplicar las normas jurídicas. Su opción positivista es una toma de posición favorable al Derecho producido en un Estado de Derecho, democrático y constitucional, donde el poder está sometido a las reglas, por considerarlo el modelo más funcional para la autonomía de las personas ya que las normas pueden ser identificadas sin mediar juicios de valor. Y asume respecto de las normas así identificadas el punto de vista interno, la perspectiva de un participante comprometido con la legítima voluntad política que contienen dichas normas (Scarpelli, 1965).

En la versión inicial de su planteamiento su confianza recayó en el legislador democrático, como instancia legítima en torno a la cual construir la unidad y racionalidad del sistema. Sin embargo, la crisis de la ley le hizo trasladar dicha confianza hacia una corte constitucional que con base en los principios jurídicos pudiera recuperar la unidad y la racionalidad del sistema. Decía, entonces, seguir siendo un liberal, pero un poco

menos democrático, al confiar ahora en una aristocracia de jueces. Se declaró, además, como «un defensor del positivismo jurídico algo arrepentido» (Scarpelli, 1987b, p. 10).

No obstante, años después retomó su identidad positivista, pero confiando ahora en las normas de competencia y procedimentales, que dicen quién y cómo pueden producir válidamente normas jurídicas, es decir, en el diseño institucional cual fuera el órgano al que se confía la producción de normas. Se trata ahora de la defensa del nivel normativo (meta-reglas) que regula y ordena el ejercicio de los poderes normativos. Solo lo que filtre y valide dicha dimensión normativa pertenecerá al derecho positivo pues los «principios y valores metajurídicos se vuelven jurídicos cuando entran y según la manera como entran en el derecho mediante deliberaciones de órganos competentes en el ordenamiento» (Scarpelli, 1989, p. 475). Mientras el poder siga sometido a las reglas, procedimientos y competencias definidas institucionalmente por el Derecho se podía seguir considerando aún como un positivista. En sus términos, «un positivista jurídico ordinamental todavía puede llamarse a sí mismo *an apostle of made law*» (ídem).

## 5. REDEFINIENDO LAS TESIS DEL POSITIVISMO JURÍDICO EN TORNO A LA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DEL DERECHO

Con base en lo anteriormente presentado, creo que es posible una distinta caracterización de las tesis definitorias del positivismo jurídico en torno a la dimensión institucional de los sistemas jurídicos, que dote de relevancia la propuesta positivista incluso en el marco de los actuales estados constitucionales.

Empecemos por la tesis de las fuentes sociales del Derecho, que Atienza lee en un sentido mínimo, entendiéndolo que solo expresa que «el Derecho no es algo natural, sino una construcción humana, relativa a las sociedades y a la historia» (Atienza, 2017, p. 81), por lo que no cabe discutir sobre tamaña obviedad. Considero que es precisamente la obviedad que esta lectura de la tesis de las fuentes sociales del Derecho genera lo que determinaría que no fuera la mejor interpretación que pudiera dársele. Así leída sería algo más bien propio del sentido común que toda persona (no necesariamente jurista) tiene en una sociedad, y que le genera una competencia mínima para desenvolverse en ella.

Como destaca Jori, la identificación del Derecho es una actividad que precede a la intervención de los juristas, y queda a cargo de las personas en general sin que para ello empleen algún criterio técnico. El Derecho, recuerda Jori, no es algo que concierna solo a juristas o a jueces, sino que la gente sabe identificar el Derecho vigente en su sociedad solo con base en el sentido común, y el resultado es el mismo para juristas y no juristas. Ello pues el Derecho es una práctica colectiva, siendo el Derecho vigente aquello que todos en dicha práctica piensan que es (Jori, 2010, p. 20). Este sentido común permite a las personas identificar lo que es Derecho en general (cuál es el ámbito de lo jurídico) e identificar cuál es el Derecho vigente en la sociedad donde participa

(que, en contextos de normalidad política es una tarea sencilla, mientras haya un solo Derecho en circulación).

En esta línea, la tesis definitoria de una concepción jurídica no podría ser una que identifique al Derecho, pues los juristas intervienen cuando este ya ha sido identificado. Los juristas, más bien, intervienen tras dicho momento de identificación y lo hacen a través de un trabajo técnico que consiste en determinar de manera precisa el modo como se producen las normas de tal Derecho vigente y cuáles son sus límites, es decir, detallando cuáles son las fuentes en que se manifiestan y concretan sus normas.

Considero que este último es el sentido en el que debe ser entendida la tesis de las fuentes sociales del Derecho en tanto tesis definitoria del positivismo jurídico, es decir, como una que caracterice a la práctica jurídica en torno a los criterios compartidos para identificar lo que se tendrá como norma válida en el ámbito del Derecho vigente. Es, además, el modo como la entiende Hart, para quien esta tesis expresa que «para que el Derecho exista debe haber alguna forma de práctica social que incluya a los jueces y a los ciudadanos ordinarios, y esa práctica social determina lo que en cualquier sistema jurídico dado son las fuentes últimas del Derecho o criterios últimos de validez jurídica» (Hart, 1980, p. 5). Desde esta caracterización, el Derecho consiste en una práctica social basada en normas que están, a su vez, sometidas a normas, que regulan su producción, modificación, extinción, o cualquier otra incidencia que determine si puede o no ser usada como norma jurídica válida. La caracterización hartiana de la tesis de las fuentes sociales del Derecho alude a las reglas secundarias, es decir, las meta-reglas que en un sistema jurídico definen su institucionalidad.

Si, además, la enfocamos desde el punto de vista interno, en línea scarpelliana, tendremos que se trata de una tesis normativa, por la cual el jurista toma una posición favorable a un Derecho cuyas formas de producción, modificación o extinción de sus normas están expresamente señaladas, pues ello permite una identificación clara y objetiva de lo que se tenga o no por norma jurídica, permitiendo de ese modo un mejor control del poder conferido para dar y usar tales normas y, a las personas, les confiere el mayor grado de autonomía posible para sus actuaciones. En otras palabras, con esta tesis el positivismo jurídico promueve la institucionalización de la práctica jurídica, sometiendo a todo quien tenga poder para dar normas (un parlamento, una corte, la sociedad, etc.) a reglas que precisan el modo como se puede ejercer ese poder.

No cabe duda de que el constitucionalismo ha supuesto una transformación en el nivel de las fuentes del Derecho que ahora incluye, y de una forma destacada, fuentes que antes estaban relegadas o de las que incluso se discutía si podían ser consideradas como tales. Esto implica que la regla de reconocimiento en el constitucionalismo se ha transformado y extendido a la etapa de aplicación de las normas jurídicas, donde se crean nuevas normas en el sistema. En este escenario la teoría de la argumentación jurídica supondría el esfuerzo por reglar el ejercicio del poder normativo a propósito del uso de normas mediante el método jurídico. Institucionalizar los esquemas argumentativos por los que se justifica, por ejemplo, la ponderación o la derrotabilidad de

las reglas, no es sino hacer de estos procedimientos algo cierto y previsible, es someter el poder de quien los lleva a cabo a pautas ciertas y controlables, que se corresponde con el ideal que siempre persiguió el positivismo para evitar el ejercicio arbitrario del poder. Se podría decir que la argumentación jurídica realiza de este modo el ideal del Estado de Derecho, extendiendo al ámbito de la aplicación del Derecho su postulado de someter a reglas el ejercicio de un poder.

En cuanto a la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral, esta implica un compromiso, sustentado por razones morales, de respetar los límites y mecanismos de funcionamiento de la práctica jurídica determinados por sus propias normas institucionales, sin que quepa derrotar tales estructuras precisamente por razones morales. Supone, entonces, conciliar una actitud expresada en una definición formalmente neutral y no valorativa del Derecho con el compromiso político sustentado por valores morales e ideológicos exigidos por la función pragmática de esta definición.

En términos de Scarpelli,

es la moral la que separa el derecho de la moral, es la moral a nivel de una elección general la que separa el derecho, la ciencia y la práctica del derecho, de la moral a nivel de las elecciones particulares frente a los contenidos del derecho. La definición del concepto del derecho propia del positivismo jurídico posee una función pragmática, un alcance en materia de orientación, que corresponde a la elección general del positivismo jurídico, mientras que su aspecto neutral, la formulación en términos no valorativos, corresponde a la orientación y al objeto de la elección: el derecho, identificado a través de sus características formales, cualesquiera que sean o puedan ser sus contenidos [Scarpelli, 1965, p. 214].

El sometimiento de la dimensión autoritativa y valorativa del Derecho a su dimensión institucional exige que, para concretar las finalidades que con dicho diseño se persigue (y que se considera moralmente justificado), las consideraciones valorativas no se antepongan ni condicionen las reglas que define tal diseño institucional, pues ellas determinan el límite del Derecho. En otros términos, implica que la regla de reconocimiento no sea derrotable por razones morales.

Así, referidas a la dimensión institucional del Derecho, y leídas en clave normativa, las tesis definitorias del positivismo jurídico tendrían la siguiente formulación:

- La tesis de las fuentes sociales del Derecho señala que los sistemas jurídicos deben ser asumidos como realidades históricas, cuyo contenido debe ser establecido y modificado por actos humanos, e identificados mediante normas y procedimientos expresados en su regla de reconocimiento, que definen de manera cierta quién, cómo y con qué límites, pueden ejercer un poder normativo.
- La tesis de la separación entre el derecho y la moral expresa un compromiso según el cual, si el diseño institucional del Derecho está moralmente justificado, los límites impuestos al ejercicio de los poderes jurídicos definidos por

tales reglas institucionales no pueden ser alterados ni desbordados por razones morales.

Coincido con Atienza en que hay actitudes que es necesario superar para enfrentar con éxito los desafíos que plantea el constitucionalismo. Sin embargo, discrepo en reducir el alcance del positivismo jurídico a tales actitudes y que su superación resulta una exigencia necesaria e inevitable para realizar los objetivos de dicho modelo. Considero que hay mucho más en el positivismo jurídico de lo que consta en la caracterización que presenta Atienza, y que si hacemos caso a su llamado a la superación de tal concepción jurídica corremos el riesgo de perder contenidos relevantes y necesarios en relación con la propia identidad del Derecho y con el funcionamiento de los sistemas jurídicos. Puede ser que lo presentado no sea el sentido en el que esta concepción haya sido entendida en la cultura jurídica del mundo latino, que es en la que se enfoca Atienza. De ser así, a la par que habría que promover la superación de una actitud que reduzca el Derecho a un fenómeno de autoridad, habría que promover una lectura del positivismo jurídico que ponga de relieve la importancia de la institucionalidad de los sistemas jurídicos, y la necesidad de que quienes ejercen un poder normativo, cual fuera la naturaleza del órgano de que se trate, lo ejerzan de un modo reglado y controlado. Esta exigencia, históricamente asociada con el positivismo jurídico, tiene una indudable presencia y relevancia en la teoría de la argumentación jurídica.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, M. (2017). «Ni positivismo jurídico, ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista». *CAP Jurídica. Revista de la Academia del Colegio de Abogados de Pichincha*, (Vol. 2, num. 3), 59-101. <https://doi.org/10.29166/cap.v2i3.1945>
- ATIENZA, M. (2021). *Escritos polémicos. Diálogos sobre Derecho, argumentación y democracia*. Palestra, Lima.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (2007). «Dejemos atrás el positivismo jurídico». *Isonomía* (27), 7-28.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (2009) *Para una teoría postpositivista del Derecho*. Palestra, Lima.
- BOBBIO, N. (1961). «Sul positivismo giuridico». *Rivista di Filosofia* (LII), 14-34. Citado por la traducción castellana de Garzón, E. (1991). *El problema del positivismo jurídico*. Fontamara, México.
- BOBBIO, N. (1961a). *Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. Nello Morra*. Citado por la traducción castellana de De Asis, R. y Greppi A. (1993). *El positivismo jurídico*. Debate, Madrid.
- HART, H. (1961). *The Concept of Law*. Clarendon Press, Oxford. Citado por la traducción castellana de Carrió, G. (1998). *El Concepto de Derecho*. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- HART, H. (1980). «El nuevo desafío al positivismo jurídico». *Sistema* (36), 3-18.
- JORI, M. (1987). *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*. Guffrè, Milán.

- JORI, M. (2010). *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*. Firenze. Pisa.
- SCARPELLI, U. (1965). «Cos'è il positivismo giuridico» Comunità, Milán. Citado por la traducción castellana de la segunda edición italiana a cargo de Rentería, A. (2001), «¿Qué es el positivismo jurídico?» Cajica, Puebla.
- SCARPELLI, U. (1987). «Dalla legge al codice, dal codice ai principi». *Rivista di filosofia*, p. 3-15.
- SCARPELLI, U. (1989). «Il positivismo giuridico rivisitato». *Rivista di Filosofia*. (LXXX) 461-475.



# El modelo ideal (no irreal) del legislador que argumenta

## The Ideal (Not Unrealistic) Model of the Legislator who Argues

Roberta Simões Nascimento

### Autor:

Roberta Simões Nascimento  
Universidad de Brasília, Brasil  
bertasimoes@hotmail.com  
<https://orcid.org/0000-0001-8461-2562>

Recibido: 10/06/2022

Aceptado: 10/09/2022

### Citar como:

Simões Nascimento, Roberta (2023). El modelo ideal (no irreal) del legislador que argumenta. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 335-346. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.19>

### Licencia:

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



© 2023 Roberta Simões Nascimento

### Resumen

El texto reflexiona sobre el papel y el estatus de la teoría de la legislación y defiende un cierto tipo de teoría más «realista» –que incorpore las prácticas de los legisladores de carne y hueso, que no se limite a conceptualizaciones abstractas o alejadas de ejemplos concretos, que analice las capacidades institucionales de cada sistema–, como punto de partida para ofrecer consejos útiles que contribuyan a mejorar las leyes y su justificación. Para ello, se explican dos presupuestos: el del Estado de Derecho y el del Derecho como principal herramienta de control social, los cuales requieren la racionalización de la potestad legislativa con la presentación de razones para las leyes. A continuación, se centra en el meollo de las preocupaciones de la teoría de la legislación, exponiendo algunos problemas comunes a los autores que se dedican al tema. Tras ello, son desarrollados los dos argumentos centrales, destacando la idea de que la concepción postpositivista del Derecho es condición de posibilidad de una teoría más «realista» de la legislación.

**Palabras clave:** Manuel Atienza; argumentación legislativa; teoría de la legislación; legisprudencia; legislador ideal.

### Abstract

The text presents reflections on the role and status of the theory of legislation and defends a certain type of more «realistic» theory – that incorporates the practices of legislators in flesh and blood, that is not limited to abstract conceptualizations or far from concrete examples, that analyses institutional capacities –, as a starting point to offer useful advice that contributes to improving laws and

their justification. To this end, two assumptions are explained: the rule of law and law as the main tool for social control, which require the rationalization of legislative power with the presentation of reasons for statutes. Next, it focuses on the core concerns of the theory of legislation, exposing some problems common to the authors who are dedicated to the subject. After that, the two central arguments are developed, highlighting the idea that the post-positivist conception of law is a condition for the possibility of a more «realistic» theory of legislation.

**Keywords:** Manuel Atienza; Legislative reasoning; Theory of legislation; Legisprudence; Ideal Legislator.

## INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

Quiero agradecer muy vivamente a mis amigos y eternos maestros del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante por haberme invitado a formar parte de tan selecto grupo de juristas que han venido a este homenaje al profesor Manuel Atienza (Manolo). No tengo palabras para describir el honor que significa para mí estar aquí presente el día de hoy. Todavía apenas puedo creer que tuve como director de tesis el filósofo del Derecho español más influyente de las últimas décadas. Como me faltan palabras, voy directa al tema y lo único que deseo es que el profesor Manolo sienta la alegría que siento yo por estar aquí en ese momento.

Bueno, el tema de mi ponencia *El modelo ideal (no irreal) del legislador que argumenta* retoma el tema de mi tesis doctoral dirigida por el profesor Manuel Atienza sobre teoría de la legislación y la teoría de la argumentación legislativa. Mis argumentos centrales son dos: (1) la necesidad del desarrollo de una teoría de la argumentación legislativa más «realista», no al estilo de la Escuela de Génova, sino en el sentido que explicaré más adelante; y (2) el estatus jurídico de la teoría de la legislación, el cual solo es posible en el marco de una concepción postpositivista del Derecho como la de la Escuela de Alicante. Antes de llegar a eso, sin embargo, hay algunos presupuestos que quería compartir aquí, pues es desde donde querría empezar para justificar la importancia del estudio de estos temas.

El primer presupuesto es precisamente el Estado de Derecho. No hay duda de que es mejor un ‘gobierno de leyes’ que un ‘gobierno de hombres’. Cualquier concepción del Estado de Derecho reclama que la legislación sea acordada y respetada por autoridades y ciudadanos. Con los Estados Constitucionales, un ‘gobierno de leyes’ asume la exigencia, en primer lugar, de que el propio gobierno esté sujeto al Derecho y, en

1. Este texto representa, con pequeñas adaptaciones, la conferencia que impartí en el encuentro «30 años de argumentación jurídica en Alicante», que fue concebido como un homenaje a Manuel Atienza con motivo de su jubilación. El evento, organizado por sus compañeros de Área de conocimiento de Alicante y por sus doctores, tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante los días 10 y 11 de junio de 2022. Agradezco a los profesores Josep Aguiló, Daniel González Lagier e Isabel Lifante por la invitación.



segundo lugar, de que el gobierno se ejerza a través de leyes. Así que el ideal implica que el poder de tomar decisiones vinculantes para la colectividad —es decir, leyes, reglas generales— también esté sujeto a determinadas exigencias, entre las cuales me interesa de modo especial la obligación moral de dar razones para las elecciones legislativas. En ese sentido, las cuestiones centrales del Estado de Derecho en los Estados Constitucionales pasan a ser: ¿Cómo aprobar buenas leyes? ¿Qué puede hacer el Derecho para volver justificable el sometimiento a las leyes? ¿Cuál es la manera de garantizar que el poder de legislar no sea ejercido arbitrariamente? Todo eso porque uno de los objetivos del Derecho es precisamente el de justificar la coerción del Estado a partir de determinados valores morales o fines caros a la sociedad.

El segundo presupuesto, consecuencia del primero, es la idea de que el Derecho es el mecanismo de control social más legitimado y, mientras las leyes sean la pieza más importante en el juego del Derecho, hay que seguir invirtiendo en desarrollar una teoría preocupada en cómo justificar la corrección y justicia de las leyes aprobadas en los parlamentos. El avance del Estado Constitucional supone una limitación del poder de los legisladores, que tienen que justificarse de forma más exigente. Si las leyes no pueden ser arbitrarias y deben tener objetivos (en especial, resolver problemas y colaborar a la transformación social), toca deliberar no solo sobre los medios necesarios para alcanzarlos, sino también sobre los propios fines y valores, pues la forma y el contenido de las leyes deben estar a su servicio. Ese componente moral, incluso, es lo que hace compatible la preocupación de la teoría de la legislación con una concepción postpositivista del Derecho. El propósito de promocionar la transformación social perfeccionando la manera de hacer las leyes no tiene cabida en una concepción estrictamente normativista del Derecho. Todo eso revela, además, que el objeto de la teoría de la legislación es mucho más que solo la técnica legislativa, limitada a ofrecer consejos lingüísticos.

## **2. LAS LEYES Y SU JUSTIFICACIÓN: PUNTO DE PARTIDA DE UNA REFLEXIÓN TEÓRICA**

El objeto de la teoría de la legislación es básicamente un conjunto de conocimiento que intenta contestar las siguientes preguntas: ¿Cómo hacer buenas leyes? ¿Cómo legislar mejor? Ese es el tema de la calidad de las leyes, es decir, de una metapolítica legislativa, que se viene desarrollando a lo largo de los años con diversas iniciativas en diversos países. En la Unión Europea hay toda una organización involucrada en mejorar la calidad regulatoria de los países. La teoría de la legislación lo que hace es ofrecer pautas de cómo seleccionar los medios para maximizar los objetivos de las leyes, para lograr leyes efectivas, leyes que se cumplan. Pero, claro, dentro de las exigencias del Estado Constitucional, como ya he dicho, se exige más de que esa mera selección de pautas, más que una racionalidad instrumental (medios-fines). Una concepción postpositivista del Derecho exige también que, además de eso, se puedan dar criterios para discernir

entre los fines que están justificados y los que no, y qué fines pueden ser prioridades o preferibles a otros. Entonces, una teoría de la legislación en el Estado Constitucional incluye algo más que la selección de medios para ciertos fines: se trata también de discutir los fines. Y eso, que puede parecer solo un detalle, marca toda la diferencia. Y repito: la técnica legislativa a solas no permite discutir fines.

Debe notarse que en los últimos cincuenta o cien años, todos los autores que se han dedicado a ese momento prelegislativo –a esa labor que consiste en mejorar la legislación– han más o menos coincidido en que de lo que se trata es solo de poner ciertas exigencias. Esa idea central aparece bajo ropajes diversos, como las palabras *legisprudencia*, *metódica*, *legística*, etc, aunque a Manuel Atienza no le gusten estas etiquetas. Julius Cohen (1950) ha sido uno de los primeros en usar la expresión *legisprudence* para referirse al propósito de iluminar los caminos de la formulación de las leyes (*policy-making*) con la mejor luz que el conocimiento y la experiencia humanos puedan proporcionar. El problema es que luego Cohen (1983) dejaría claro que su propuesta era la de una disciplina necesariamente teórica, porque no creía en la posibilidad de una reconciliación entre teóricos y profesionales. Para él, los primeros están alejados de la resolución de problemas inmediatos, mientras que los últimos no se sienten cómodos con el lenguaje de la teoría y las cuestiones que plantea. En sus propias palabras: «*legisprudence is necessarily a theoretical discipline, concerned with general and abstract issues of more immediate interest to the philosophical analyst or critic than to the legal practitioner or legislator*». De hecho, esa brecha entre los teóricos y los prácticos impide el desarrollo de una teoría más «realista» de la legislación. Las preocupaciones son excesivamente orientadas a la teoría, la conceptualización, sin esfuerzos hacia cómo mejorar las prácticas.

Autores de otros países adolecen del mismo problema: teorías poco útiles, porque casi no ofrecen puntos de conexión entre el Derecho (y los ideales abstractos) y la realidad de los legisladores (y sus problemas en concreto). En Portugal y en Brasil, por ejemplo, se prefiere usar la palabra *legística*, lo que se debe a los desarrollos del portugués Carlos Blanco de Moraes (2007), que ha tenido mucho éxito en Brasil. En Alemania, la preocupación por el trabajo legislativo ha tenido exponentes como Peter Noll (1973) e Ulrich Karpen (1989). Se podrían seguir inventariando los diversos autores de otros países que se han dedicado al desarrollo de teorías de la legislación. En todos ellos, como decía, lo que se va a encontrar es básicamente la idea de que hay que exigir a los legisladores que cumplan determinadas pautas, ciertos niveles mínimos de racionalidad. Y eso es básicamente lo que se encuentra en el esquema de Manuel Atienza, con la diferencia de que su modelo, yo diría, sigue siendo el más conciso, preciso, y objetivo. Son conocidos los planteamientos de Manuel Atienza, en el sentido de que «*el proceso de producción de las leyes puede entenderse como una serie de interacciones que tienen lugar entre elementos distintos: editores, destinatarios, sistema jurídico, fines y valores; y que da lugar a diversos niveles de racionalidad: lingüística, sistemática, pragmática, teleológica*

y *axiológica*.». No voy a detenerme a explicar los diversos niveles de racionalidad que señala Atienza, pues los mismos son de sobra conocidos.

Sin embargo, me gustaría llamar la atención sobre el hecho de que la teoría de la legislación de Manuel Atienza no refleja las prácticas reales de los legisladores, no es descriptiva, sino eminentemente normativa y en gran medida analítica. Eso ni de lejos disminuye el valor de la misma, especialmente porque sus desarrollos han traído la luz un tema fundamental: la indiscutible necesidad, desde un punto de vista teórico, de que los legisladores presenten razones para las leyes que aprueban. Sin embargo, lo que planteo es: ¿Habría una obligación (jurídica) de los legisladores en fundamentar las leyes con razones? Nadie duda de que leyes racionales son las leyes que cuentan con buenas razones, o sea, leyes que hayan sido aprobadas bajo un proceso de justificación, leyes que puedan justificarse discursivamente. Pero la cuestión es: ¿Hay un derecho fundamental a la justificación legislativa en nuestros sistemas jurídicos hoy?

Rainer Forst (2007), discípulo de Habermas, sostiene precisamente que sí habría un deber por parte de las autoridades del Estado de dar razones adecuadas para normas, pero la verdad es que el actual desarrollo de nuestras teorías todavía no ha llegado a ese nivel. Al menos esa es mi opinión. Forst defiende que habría lo que él llama un derecho «moral» a esta justificación legislativa, basándose en una exigencia de la igualdad entre los hombres, que encaja con su teoría política, que no voy a desarrollar aquí, pero trae algunas dificultades de orden práctico. Lo explico. Mi experiencia en el Congreso Nacional de Brasil, cerca de lo que hacen los legisladores, de su trabajo, me dice que no se puede exigir tanto y por eso siempre he tenido la preocupación por teorías demasiado abstractas, exigentes, en un nivel tan alto, que no reflejan la realidad. O sea, si se pone una exigencia tan alta (justificación para cada una y todas las decisiones), no habrá capacidad institucional para alcanzar ese ideal normativo. Y más: un derecho «jurídico» a que los legisladores den razones de las leyes que aprueban conllevaría a que muchas leyes fuesen declaradas inconstitucionales por falta de ese requisito.

Una de las preguntas que los alumnos siempre me suelen hacer cuando explico la teoría de Manuel Atienza es: ¿Pero hay que motivar todos los artículos de las leyes, artículo por artículo? ¿Que no! No hay que motivar cada artículo. Entonces, preguntan; ¿Y hay que saturar la argumentación, es decir, hay que poner todos los argumentos? ¿Que no! No se puede exigir tanto. Y tampoco –y eso es lo que quería decir– la falta de una justificación sería un vicio de inconstitucionalidad o un vicio de invalidez. Desafortunadamente, a la pregunta *¿Qué más da que los legisladores no justifiquen las leyes?* La única respuesta es «*No pasa nada*», porque todavía no estamos en este nivel. El desarrollo de nuestra tecnología jurídica no alcanza a tachar de inconstitucional una ley por la falta (o déficit) de justificación. Las iniciativas destinadas en general a mejorar la calidad legislativa –ya sean las directrices de la teoría de la elaboración de leyes, de la legislación, o programas como «Legislar mejor», entre otros– nunca estuvieron destinadas a ser objeto de revisión judicial.

Como decía, la teoría de Manuel Atienza es una teoría normativa. Otras teorías son descriptivas. Entre las teorías que describen cómo se hacen las leyes, una de la más famosas es la *public choice theory*, la teoría de las elecciones públicas, conocida por todos, de raíz norteamericana. Para esa teoría todos los movimientos de los políticos, incluidos los legisladores, se explican básicamente como dirigidos hacia las elecciones, para mantener (o preferentemente aumentar) su poder, o sea, que ellos actúan para maximizar sus propios intereses. Las reglas del juego político incentivan a que el voto en favor de una ley se convierta en moneda de cambio (el llamado *logrolling, ten con ten o quid pro quo*) para la obtención de apoyo político. Esa es una de las explicaciones descriptivas de cariz escéptico (pesimista), casi que con desconfianza hacia los parlamentarios; que mira el mundo de la política real, y en la que las leyes serían fruto de motivaciones individuales, no de intereses públicos o el bien común. Ese panorama teórico, sin embargo, no contribuye a mejorar las prácticas.

Por otro lado, otra teoría normativa que se hizo muy famosa es la teoría de Jeremy Waldron (2016, 2006, 2005, 2003), que ofrece principios procedimentales de la legislación. Su preocupación es construir una teoría de la legislación democrática. Son siete los principios de la legislación de Jeremy Waldron: 1) el principio de la legislación explícita (las leyes existentes deben modificarse explícitamente); 2) el deber de cuidado o diligencia al legislar (con atención a los intereses y libertades en juego); 3) el principio de representación (la legislación debe ser discutida en un foro que reúna opiniones e intereses importantes de la sociedad); 4) el principio del respeto por el desacuerdo (que requiere la oposición real); 5) el principio de deliberación responsable (o responsabilidad en la deliberación); 6) el principio de formalidad legislativa (que exige un debate estructurado con foco en las propuestas); y 7) el principio de igualdad política y la regla de decisión mayoritaria. Como se ve, Waldron no llega a discutir contenidos y su interés se centra en que la legislación se produzca bajo ciertas condiciones procedimentales. Por sus creencias en conjunto sobre las capacidades de los legisladores, la teoría de Jeremy Waldron ha sido muy criticada por ofrecer una imagen «color de rosa» de los parlamentos.

### 3. POR UNA TEORÍA MÁS «REALISTA» DE LA LEGISLACIÓN

He hecho todo este recorrido para proponer la necesidad de construir una teoría más «realista» de la legislación. Antes de que el profesor Manolo me critique por pensar que me refiero a la concepción del «realismo genovés», voy a explicar qué entiendo por «realista». Es que –reanudando la vieja dicotomía del inicio de mi conferencia entre ‘gobierno de leyes’ y ‘gobierno de hombres’– hace falta aclarar que un gobierno de leyes no dejará de ser un gobierno de «seres humanos» que producen y aplican leyes. Y eso quiere decir que es obvio que las leyes pueden ser instrumentos utilizados por gobernantes para perseguir intereses que no son los generales, sino que son su propio interés.

Además, los legisladores son seres de carne y hueso, tienen racionalidad limitada, son sesgados, pueden fallar, entre otros defectos imposibles de cambiar en el mundo real. Así que la teoría de la legislación a construir no debería incurrir en el mismo tipo de problema que ha generado críticas como la de una teoría «hiperracional» (exigiendo capacidades sobrehumanas de los legisladores, pues es imposible lograr una racionalidad estricta). Esa teoría tampoco puede presuponer demasiadas virtudes legislativas, como hace la teoría de Jeremy Waldron, que presenta una visión «irreal» de los parlamentos. Una teoría más «realista» debe abstenerse de seguir reflexionando sobre la argumentación legislativa sin analizar ni siquiera una sola propuesta legislativa o ley en concreto. Si se quiere *Un modelo ideal (no irreal) del legislador que argumenta*, hace falta conferir algún valor (o al menos potencial) justificativo a los debates legislativos. Por eso, hay que analizar las actas.

Solamente a partir de ese tipo de estudio, se puede ver que la deliberación parlamentaria no es «estrictamente racional», al menos no en el sentido en que se defiende en diversos textos por ahí, en los que se requiere en verdad una *hiperracionalidad* imposible de lograr o exigirse de parte de los legisladores reales. La racionalidad es, además, un concepto gradual; los diversos niveles (R1, R2, R3, R4 y R5) deben ser evaluados en conjunto, mirando al equilibrio, y siempre en contraste con el resultado final: la ley (o sea, el texto legal, que puede ser bueno o no, como producto de una argumentación legislativa, que igualmente puede ser buena o no). Uno de los puntos ciegos de las teorías de la legislación está precisamente en que descuidan el hecho de que los legisladores son estratégicos como todos los seres humanos. Ése es el sentido «realista» que propongo que se plantee en una teoría de la legislación, es decir, una teoría que incorpore los elementos del mundo real, de las cosas como son, de las «reglas» de la política, de cómo efectivamente trabajan los legisladores verdaderos, no la idealización ingenua que se podría hacer de ellos o de sus capacidades, dejando fuera las limitaciones institucionales. Hace falta agregar un carácter más empírico a estos planteamientos, que incluya los elementos estratégicos.<sup>2</sup>

Las leyes no son tanto el resultado de una decisión clara de unos pocos legisladores (comisiones, parlamento, ministros) como el producto de una transacción entre un gran número de participantes extraparlamentarios. Las leyes son compromisos de intereses, coaliciones, poderes plurales. Legislar no es solamente dar argumentos, hay, además de eso, toda una actuación concreta y estratégica. En Brasil, por ejemplo, lo que se observa de las prácticas reales es precisamente la idea de que no se argumenta para aprobar las leyes. La estrategia de los parlamentarios del gobierno cuando quieren aprobar una ley es precisamente callar. Eso porque si uno estudia el diseño institucional del debate, lo que está en los reglamentos parlamentarios, sus normas son de manera que las minorías

---

2. En otro lugar he presentado esas y otras tácticas parlamentarias utilizadas em Brasil. Nascimento, Roberta Simões. 13 Táticas Parlamentares para Aprovação Das Leis. *Revista Bonijuris*, ano 33, n. 670, jun./jul. 2021, p. 54-82.

tienen mucho poder para poner obstáculos (lo que se llama filibusterismo), que la estrategia de los que quieren ver una ley aprobada es quedarse en silencio y dejar a la oposición hablar, dejarla que ponga pegas agotando los turnos de palabra, sin que haga falta contrargumentar en su favor. Si la base se calla, se acelera el «debate» (sí es que puede llamarse tal). Para Manuel Atienza, seguramente esa práctica equivaldría a incurrir en la falacia de «dar la callada», es decir, dejar de hablar cuando un argumento merecería una respuesta. Pero esa es la realidad de muchos parlamentos: para aprobar una ley uno se calla.

Solo con la incorporación de estos elementos estratégicos y prácticas informales de los parlamentarios de carne y hueso se podrá avanzar hacia una teoría más «realista» de la legislación. Pondré un caso-límite como ilustración: en Brasil, los parlamentarios ya han utilizado una técnica legislativa «à la Saramago»,<sup>3</sup> presentando una enmienda parlamentaria que ha dejado el texto legislativo de un párrafo de un artículo de la propuesta con 652 palabras –un texto gigante, ocupando página y media, violando todas las recomendaciones de estilo– con el objetivo de «atar» diversas normas a otra más importante y así impedir el veto del presidente de la República. No hay duda de que hubo un abuso en el manejo de la técnica legislativa. Hay otras estrategias usadas para «esconder» una norma, también se puede acabar manejando el estilo de la redacción precisamente para facilitar el veto. Sin embargo, me parece completamente equivocado defender la inconstitucionalidad de las leyes por mala técnica legislativa como hace García-Escudero Márquez (2010). El estudio de episodios así debe servir para que la teoría de la legislación ofrezca otro tipo de solución.

#### 4. EL CARÁCTER «JURÍDICO» (Y NO SOLAMENTE «POLÍTICO») DE LA TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN

Ahora paso a mi segundo argumento, que llamaré el «problema del estatus jurídico de la teoría de la legislación». Parte de los perjuicios que impiden los desarrollos en ese campo tiene que ver con el sesgo formalista cuyo origen en una concepción del Derecho de cariz kelseniana. En su artículo *Science and Politics*, del 1951, Hans Kelsen defiende que la labor de aprobar leyes no es Derecho, sino que pertenece a la ciencia de la política (la que él distingue de la ciencia política, en el sentido de una ciencia politizada). Así que, para Kelsen, ese momento prelegislativo no es jurídico, no es Derecho. En sus propias palabras: «*Politics as the art of government, that is to say, the practice of regulating the social behavior of men, is a function of will and, as such, an activity which necessarily presupposes the conscious or unconscious assumption of values, the realization of which is*

3. En otra oportunidad he explicado con detalles ese caso y los problemas planteados. Nascimento, Roberta Simões. Cabe controle de constitucionalidade por má técnica legislativa? *Jota*, 23/06/2021b. Disponible en: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/cabe-controle-de-constitucionalidade-por-ma-tecnica-legislativa-23062021?amp>

*the purpose of the activity*). En la lógica de las ideas de Kelsen, el Derecho no puede presuponer ningún valor; no puede involucrar la discusión sobre si alguna cosa es un fin, ni sobre si ese fin debe ser perseguido. Así que, bajo esa perspectiva, las preocupaciones de una teoría de la legislación (que en el Estado Constitucional involucran un juicio valorativo sobre los fines últimos de las leyes) no encajan en el Derecho, cuyo objeto son solamente las normas positivizadas, no las normas que todavía no han sido creadas. Hay aquí lo que se podría llamar sesgo formalista que separa la teoría de la legislación del Derecho. Y más, pone ambas en lados opuestos: «*Law being by definition opposed to politics, a political law is a contradiction in terms*».

Y aquí entra la crítica que se podría hacer a la Escuela de Génova con respecto al estatus de la teoría de la legislación: la concepción del Derecho de corte normativista, en la cual el Derecho es un conjunto o sistema de normas jurídicas respaldadas por la autoridad y coerción deja fuera la actividad legislativa. Es decir, deja fuera las prácticas parlamentarias hacia la aprobación de leyes. Eso es un claro error. Dejar la actividad de los legisladores a la llamada «política del Derecho» es una de las ideas más equivocadas y precisamente ha sido corregida por la concepción postpositivista del Derecho. Como a esas alturas ya es sabido por todos, el postpositivismo de la Escuela de Alicante concibe el Derecho como no únicamente un conjunto de normas, sino como una práctica social con la que se trata de alcanzar ciertos fines y valores. Al considerar el Derecho como una actividad, también quedan abandonadas las visiones de que el papel de la teoría del Derecho estaría limitado a describir y explicar el sistema normativo. La teoría pasa a deber establecer también criterios de orientación para quienes participan de la práctica jurídica, especialmente los juristas profesionales, y, por ende, los legisladores y sus asesores.

Con esa concepción del Derecho, claramente se puede encajar las prácticas legislativas como prácticas que son jurídicas, no simple «política del Derecho» como se diría en la Escuela de Génova. Con eso, insisto que el Derecho debe incluir la teoría de la legislación y que esta debe traer para el Derecho los razonamientos *de lege ferenda*. O sea, estos razonamientos del Derecho como debería ser también tienen valor jurídico y también importan. El propio Manuel Atienza ha afirmado que «*no hay forma de contestar en muchos casos a la pregunta de qué dice tal Derecho en relación con tal problema sin considerar al mismo tiempo qué es lo que ese Derecho debe decir, esto es, cómo debería desarrollarse*». Por eso hace falta construir una teoría de la legislación más completa, que incorpore los elementos de moralidad. El análisis conceptual meramente descriptivo que no se mete, que no avanza sobre el «voto de castidad», como suele decir el profesor Manolo, es muy poco útil para perfeccionar la labor de los legisladores. La moral está presente en cada una de las leyes aprobadas por los parlamentos. El Estado de Derecho exige que la ley tenga una finalidad justa, buena y legítima. Por eso la tarea pendiente de construir teorías más completas, capaces de abarcar la discusión sobre estos fines últimos y al mismo tiempo más adherentes a la realidad de lo posible y que contribuyan a la transformación social.

Una de las claves que ayuda a examinar los debates parlamentarios está en los modelos de diálogo ofrecidos por Josep Aguiló (el profesor Pep). Las actas y los diarios de sesión pueden ser analizados en ese esquema, junto al esquema de Manuel Atienza, buscando los elementos de racionalidad de los argumentos de los legisladores para poner en las cajitas de diálogo y niveles de racionalidad. Pero el estudio de la argumentación de los legisladores para la aprobación de leyes no puede parar ahí. Jeremy Bentham solía decir que «las palabras en las leyes deben pesarse como diamantes», pues la vida, la libertad, la propiedad, etc., dependen de las palabras elegidas por los legisladores. Si eso es así, las normas que están en la Constitución pesan todavía más. Pero también en la redacción de las cartas constitucionales hay una serie de estrategias parlamentarias que en la práctica dificultan el análisis, pues simplemente no encajan en un modelo ideal *hiperracional* de la «teoría estándar de la legislación» como ya he señalado aquí. Aun así, hace falta comprender cuándo y por qué se usan ciertas fórmulas.

Por ejemplo, un tema que también interesa mucho a Josep Aguiló: es frecuente en las Constituciones que se pongan artículos redactados de forma vaga. A menudo, la explicación que se da es en el sentido de que la intención es delegar poderes hacia la burocracia o los jueces. En verdad, sin embargo, esa es una estrategia sobre todo dirigida a lograr acuerdos. Especialmente ante la falta de consenso entre los constituyentes, la utilización de normas vagas o de contenido más principialista, cuya regulación y/o aplicación se deja al legislador infraconstitucional, es la forma de resolver los bloqueos. Basta con un pequeño ajuste en la redacción (añadir un «en la forma que establezca la ley», por ejemplo, o los relacionados «la ley regulará», «la ley definirá», «la ley dispondrá», «la ley establecerá», «en los términos de la ley», etc.) y la discusión se deja para más adelante.<sup>4</sup> Aunque las leyes vagas y demasiado etéreas no sean el ideal desde una perspectiva de racionalidad lingüística, como se ve, eso se hace por una clara razón. Esa es la manera de posponer la solución de determinado punto y destrabar la deliberación para que avance sobre otras materias.

Todo lo que digo sirve de refuerzo al argumento de que el quehacer de los legisladores es político y jurídico a la vez. La teoría de la legislación no se ubica solo en uno de esos campos de modo exclusivo. De lo contrario, se incurre en los vicios de análisis que ya he indicado: la tendencia de considerar simplemente «antijurídicas» ciertas prácticas parlamentarias (y al extremo, defender que contaminan de inconstitucionalidad las leyes aprobadas), el sesgo formalista de considerar que el proceso legislativo pertenece al reino de la «política» y carece de interés jurídico, así como la propensión a una excesiva abstracción teórica, cargada de conceptualismo estéril, sin tomarse la molestia de seguir el trabajo legislativo para ilustrar las reflexiones con ejemplos concretos o reflexiones de qué puede hacerse para mejorar las leyes.

---

4. En otro lugar he presentado con detalles esas peculiaridades de la redacción de Constituciones. Nascimento, Roberta Simões. *Nomografía constitucional Jota*, 01/09/2021c. Disponible en: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/nomografia-constitucional-01092021>



## 5. CONCLUSIÓN

Muchas cosas podrían decirse sobre *El modelo ideal (no irreal) del legislador que argumenta*, pero este espacio es muy poco para reunir las claves de lo que sería una teoría que reflejara el modelo ideal (no irreal) del legislador que argumenta. Pero no podría cerrar esta conferencia sin decir que, si hoy he podido ordenar algunas pocas ideas, eso se debe en gran medida gracias a las lecciones aprendidas en la Escuela de Alicante y con su maestro mayor, el profesor Manuel Atienza, a quien no tengo palabras para expresar la gratitud. He tenido una gran suerte de que me haya aceptado bajo su dirección.

Con el profesor Manolo aprendí que dar razones, sea por parte de los jueces, legisladores u otra autoridad, es solamente el primer paso. Hace falta, además, que las razones sean correctas. El movimiento en favor de que la legislación esté basada en evidencias reivindica la veracidad de las premisas fácticas usadas por el legislador.<sup>5</sup> El avance del Estado Constitucional abrió espacio para el control sobre «la versión legislativa de la realidad», pero eso involucra el examen del debate parlamentario, de la fase de discusión de una ley, sin que uno pueda ponerse en actitud de tachar que la ley es irracional o racional sin antes evaluar qué han dicho empíricamente los legisladores. Esa evaluación, además, debe dar cuenta de las prácticas parlamentarias reales.

También por haber incorporado el tipo de preocupación de mi director de tesis pienso que la gran tarea pendiente de la teoría de la legislación es la de ofrecer un camino para que la justificación legislativa pueda convertirse en una práctica discursiva real, o sea, cómo implementar las exigencias abstractas de un ideal de legislador que no sea irreal, cómo concretar todas esas recomendaciones para mejorar la calidad de las leyes en los sistemas de cada país, según sus peculiaridades. Ese es un capítulo pendiente. Hace falta igualmente comprender que la actividad legislativa es una empresa colectiva, y, por ende, contradictoria, pero representativa y por todo eso tiene mucho valor. Sin embargo, no se puede concebir que los legisladores tengan que representar a todos, incluir todas las voces. Hay que poner límites institucionales y comprender que las diversas razones que entran en juego ahí tienen importancia diferente.

La mejor manera que encontré para homenajear al profesor Manuel Atienza fue huir de preparar un texto meramente laudatorio sobre su teoría, pues así sería solamente uno más en cientos de miles de admiradores que él ha reunido a lo largo de su trayectoria. Pensé que le daría más orgullo si demostrase una de las lecciones más importantes que aprendí de él: el compromiso con la discusión crítica de sus ideas, pensando *con él* y también *con otros*, en busca de una teoría que sirva a los juristas y pueda contribuir a la transformación social.

---

5. He desarrollado esa idea en: Nascimento, Roberta Simões. A legislação baseada em evidências empíricas e o controle judicial dos fatos determinantes da decisão legislativa. *Revista Eletrônica da PGE-RJ*, v. 4, n. 3, p. 1-34, 2021d. Disponible en: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/253>.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, Josep. Cuatro modos de debatir. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 36, p. 211-227, 2013. <https://doi.org/10.14198/DOXA2013.36.10>
- ATIENZA, Manuel. *Contribución para una teoría sobre la legislación*, Madrid, Civitas, 1997.
- COHEN, Julius. Legisprudence: Problems and Agenda. *Hofstra Law Review*, v. 11, i. 4, p. 1163-1183, 1983.
- COHEN, Julius. Towards Realism in Legisprudence. *The Yale Law Journal*, v. 59, n. 5, p. 886-897, 1950.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad. *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?* Cizur Menor, Civitas, 2010.
- FORST, Rainer. *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice*, New York, Columbia University Press, 2007.
- KARPEN, Ulrich. Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht, en *Gesetzesgebungs-, Verwaltungs und Rechtsprechungslehre. Beiträge zur Entwicklung einer Regelungstheorie*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1989.
- KELSEN, Hans. Science and Politics. *The American Political Science Review*, v. XLV, n. 3, p. 641-661, 1951.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Manual de legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor*. Lisboa, Verbo, 2007.
- NASCIMENTO, Roberta Simões. 13 Táticas Parlamentares para Aprovação Das Leis. *Revista Bonijuris*, ano 33, n. 670, jun./jul. 2021a, p. 54-82.
- NASCIMENTO, Roberta Simões. Cabe controle de constitucionalidade por má técnica legislativa? *Jota*, 23/06/2021b. Disponible en: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/cabe-control-de-constitucionalidade-por-ma-tecnica-legislativa-23062021?amp>.
- NASCIMENTO, Roberta Simões. Nomografia constitucional *Jota*, 01/09/2021c. Disponible en: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/nomografia-constitucional-01092021>.
- NASCIMENTO, Roberta Simões. A legislação baseada em evidências empíricas e o controle judicial dos fatos determinantes da decisão legislativa. *Revista Eletrônica da PGE-RJ*, v. 4, n. 3, p. 1-34, 2021d. Disponible en: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/253>.
- NOLL, Peter. *Gesetzgebungslehre*, Hamburg, Rowohlt, Reinbek, 1973.
- WALDRON, Jeremy. *Political political theory: essays on institutions*, Cambridge, Harvard University Press, 2016.
- WALDRON, Jeremy. Principles of legislation. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (Eds.). *The Least Examined Brach: The Role of Legislatures in the Constitutional State*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 15-32.
- WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*, São Paulo, Martins Fontes, 2003.



# La enseñanza del Derecho en España. Un diagnóstico crítico y algunas propuestas\*

## The Teaching of Law in Spain. A Critical Diagnosis and some Proposals

Juan Antonio Pérez Lledó

### Autor:

Juan Antonio Pérez Lledó  
Universidad de Alicante, España  
JA.Perez@ua.es

Recibido: 10/06/2022

Aceptado: 10/09/2022

### Citar como:

Pérez Lledó, Juan Antonio (2023). La enseñanza del Derecho en España. Un diagnóstico crítico y algunas propuestas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 347-365. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.20>

### Licencia:

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



© Juan Antonio Pérez Lledó

### Resumen

Este texto es un resumen del trabajo «Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho en España» que se publicó en el *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, en un número monográfico –el n.º 6, del año 2002 (págs. 197-268)– dedicado precisamente a la enseñanza del Derecho. El resumen se ha realizado siguiendo la técnica de «selección y exclusión» de párrafos y epígrafes.

**Palabras clave:** enseñanza del Derecho; dogmática jurídica; instrumentalismo jurídico.

### Abstract

This is an abridgment of the paper «Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho en España», published in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, in a monographic issue – number 6, 2002 (p. 197-268) – devoted precisely to the topic of the teaching of law. The abridgment has been made following the technique of «selection and exclusion» of paragraphs and epigraphs.

**Keywords:** teaching of law; legal dogmatics; legal instrumentalism.

\* Este texto es un resumen del trabajo «Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho en España» que se publicó en el *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, en un número monográfico –el n.º 6, del año 2002 (págs. 197-268)– dedicado precisamente a la enseñanza del Derecho. El resumen se ha realizado siguiendo la técnica de «selección y exclusión» de párrafos y epígrafes.

## 1. UN DIAGNÓSTICO

**1.1.** Por lo general, los profesores de Derecho concedemos escasa importancia a las cuestiones relativas a la docencia. Centramos nuestra «identidad» profesional como académicos en torno a la faceta investigadora muchísimo más que a la docente.

[...]

**1.2.** Predomina un modelo de enseñanza/aprendizaje basado en la transmisión y memorización de una gran cantidad de información acerca de contenidos de normas (y de instituciones y conceptos jurídicos).

[...]

**1.3.** El formato predominante de la lección magistral está al servicio de ese modelo docente de información (más que formación) sobre contenidos para su recepción pasiva y posterior memorización.

[...]

**1.4.** La enseñanza del Derecho en España está fraccionada en «ramas» del Derecho excesivamente separadas e incomunicadas entre sí.

[...]

### **1.5. La enseñanza del Derecho en España inculca una visión formalista del Derecho**

Sería una exageración injusta decir que la cultura jurídica española está todavía anclada en el formalismo puro y duro del siglo XIX. Pero, para mi gusto, y dando por advertidas todas las cautelas que han de tomarse cuando uno generaliza, considero que la mentalidad jurídica española sigue siendo demasiado formalista, y que se sigue transmitiendo a los estudiantes una visión formalista del Derecho y una actitud formalista hacia su manejo.

[...]

A efectos de lo que aquí me interesa, esas ideas pueden reducirse a dos, que están ligadas entre sí: 1) la de la *certeza* o el carácter «determinado» del Derecho, en el sentido de que éste (por su racionalidad, por su determinación lingüística, por su plenitud y consistencia sistemática, por su coherencia valorativa) construye al jurista-intérprete y excluye o reduce su discrecionalidad, dictándole –al menos, en la inmensa mayoría de los casos– una única respuesta correcta; o, todo lo más, el Derecho deja un margen muy limitado de posibilidades de decisión (un margen mucho más limitado que el que en realidad suele existir en muchos más casos de los que el formalista suele creer); y 2) la de la *autonomía* o pureza del Derecho, en el sentido de su cerrazón respecto de consideraciones sustantivas, de tipo sociológico y valorativo (político-moral), tanto en el estudio de una verdadera «ciencia» jurídica como –lo que más interesa ahora– en el manejo

práctico del Derecho. Ambas ideas están ligadas: el formalismo transmite el mensaje de que pueden y deben tomarse neutralmente (deductiva o cuasi-deductivamente) las decisiones que los estándares puramente jurídicos (no consideraciones políticas, morales, o de utilidad social que el intérprete considere) «dictan» unívocamente al jurista.

Mi impresión de que la enseñanza del Derecho en España es todavía demasiado formalista no deriva sólo del conocimiento que uno pueda tener sobre la orientación general de los juristas académicos en España (y que se detecta leyendo sus manuales y sus trabajos de investigación, o discutiendo con ellos; hace poco oí decir, precisamente a una procesalista, que la jurisprudencia de los tribunales no es fuente del Derecho...). Se deriva también de la experiencia personal que uno tiene como docente (experiencia que otros compañeros suelen confirmar cuando me dicen que ellos también la experimentan). Me refiero a un curioso (o no tan curioso) fenómeno que detectamos quienes, como profesores de Filosofía del Derecho, damos clase tanto en primero como en quinto año de carrera. La experiencia nos muestra que los estudiantes de primero entran en la facultad impregnados de una especie de inarticulado iusnaturalismo un tanto ingenuo y bienintencionado (aunque jamás hayan oído hablar del «Derecho Natural»), con una serie de preconcepciones acerca del Derecho –si es que tienen alguna– consistentes en la vaga idea de un orden normativo misteriosamente complejo y oscuro que no se distingue muy bien de la moral ni de otros órdenes sociales normativos. Pero llegan a quinto curso transformados en cuasi-juristas dotados de una estrecha visión formalista del Derecho y de su funcionamiento y, lo que es peor, de un acrítico positivismo ideológico (la visión de que el Derecho positivo, por el mero hecho de ser Derecho, está necesariamente justificado y existe un deber moral de obedecerlo), fundamentado en un crudo relativismo moral. Lo que quiero decir con esto es que, con independencia del grado mayor o menor de «formalismo» del que adolezcan los profesores de Derecho (quizá, en sus investigaciones, no sea tanto), lo cierto es que, tal vez a su pesar, y no sé muy bien a través de qué extraños mecanismos (tal vez debido a la necesaria simplificación que la docencia inevitablemente conlleva), el caso es que el efecto real que produce la docencia es el de educar juristas formalistas.

¿Y qué tiene el formalismo para ser una cosa tan mala? [...] Me limitaré a decir sólo dos cosas: 1) Desde un punto de vista teórico, una visión formalista es una falsa visión del Derecho. El formalismo está equivocado. El Derecho es mucho más indeterminado que lo que la visión formalista tradicional suponía, y su hermética cerrazón ante la dimensión social y la valorativa es simplemente un mito inalcanzable. Me remito a la batería de argumentos que una inmensa literatura, la de la «revuelta contra el formalismo», ha desplegado desde hace más de un siglo sobre la indeterminación lingüística y sistemática del Derecho, sobre la indeterminación introducida por las dificultades de fijar objetivamente los hechos a los que se aplica el Derecho, sobre la apertura que requiere la justificación externa de las premisas utilizadas en la aplicación del Derecho, etc., etc. Esa crítica ha logrado que, desde un punto de vista teórico, el formalismo esté hoy bastante desprestigiado: también en España, todo el mundo

quiere sacudirse de encima esa etiqueta; y sin embargo, yo creo que, por más que cuando uno entra en un discurso teórico acerca de las ideas formalistas presentadas en abstracto casi todos reniegan de ellas, luego, en el trabajo cotidiano, y especialmente en la docencia, muchos vuelven a las andadas, quizá casi sin darse cuenta. 2) Desde un punto de vista práctico, el formalismo representa una imagen de falsa necesidad del Derecho que resulta autoparalizante: degrada la actividad del jurista a la de mero autómatas, incapacita al jurista práctico para un ejercicio profesional más activo, para emprender con autoconfianza la tarea de una elaboración argumentativa del Derecho que desemboque en mejores éxitos prácticos. Y, peor aún, es política y moralmente paralizante. Representa una rendición de antemano ante las supuestamente nulas o muy limitadas posibilidades de actuación política transformadora y de avance moral que permitiría el trabajo práctico con el Derecho tomado éste en su literalidad *prima facie* o a lo sumo estabilizado mediante las interpretaciones dominantes en la comunidad jurídica. En este sentido, el formalismo es conservador. Por eso creo que es fundamental que una buena enseñanza del Derecho debe proponerse, entre sus finalidades básicas, la de educar juristas no formalistas.

### **1.6. La enseñanza del Derecho es poco práctica**

Es una reivindicación ya «histórica» de los estudiantes la de una enseñanza «más práctica». Todos hemos oído, muchas veces, esa reivindicación. En mi opinión, con demasiada frecuencia esa exigencia estudiantil está equivocada. Está equivocada cuando por «práctica» los estudiantes están pensando en los aspectos menores, más «de detalle», y por tanto más variados, de las rutinas de la profesión. Están pensando en una noción muy estrecha de «práctica», en aspectos y minucias «procedimentales» más que «procesales» del ejercicio del Derecho (por evocar una conocida distinción de los procesalistas). Para entendernos, aunque sea caricaturizarlo un poco: están pensando en la «práctica» en el sentido trivial de «saber rellenar papeles». Buena parte de su fuerte sensación, al acabar la carrera, de que «no han aprendido nada de la profesión», se debe simplemente, absurdamente, a que no saben, por ejemplo, redactar una demanda. No a que no sepan los requisitos de una demanda y el papel que ésta juega en el proceso, no. A que no saben con qué jerga forense deben redactar el encabezamiento, o si la firma debe ir a la derecha o a la izquierda. Se quejan de no haber aprendido Derecho Tributario, o al menos de no haberlo aprendido «en la práctica», porque nunca han rellenado en clase el impreso de la declaración sobre la renta.

La respuesta estándar que suele darse a estas quejas es bien fácil: es el eslogan de que «la práctica se aprende practicando». Es explicarles que saber «de verdad» Derecho Tributario no consiste precisamente en saber rellenar el impreso de la declaración (que cualquier no jurista sabe rellenar, aunque la primera vez, también a los licenciados en Derecho, les cueste un poco). Se les dice que la universidad está para cosas más serias,

que no es su función descender a esa práctica entendida como «papeleo». La universidad debe proporcionar una formación mucho más generalista. Hay que tranquilizar al estudiante: ese tipo de práctica al que se refieren se aprende en muy pocos meses, nada más comiencen a ejercer; con una o dos veces que se haga cada papel o cada trámite rutinario, ya se habrá aprendido para siempre. Además, cuando se reclama más práctica en este sentido ¿qué tipo de práctica se pide? ¿la del abogado ejerciente? ¿la del abogado penalista, civilista, mercantilista, matrimonialista, laboralista, laboralista de sindicatos, laboralista de empresa, administrativista, asesor fiscal...? ¿la del juez, el fiscal, el secretario? ¿la del notario, la del registrador de la propiedad? ¿la del inspector de Hacienda, o de Trabajo? ¿la del secretario de Ayuntamiento, la del Técnico de la Administración Civil? ¿la del jurista a sueldo de una empresa y que trabaja en su dirección, en la jefatura de personal, en la sección comercial? ¿qué tipo de empresa, de qué tamaño, en qué sector económico? (y aún podríamos continuar con profesiones jurídicas más «raras», como la de diplomático, legislador, cuerpo jurídico militar, o, por qué no, profesor de universidad). Obviamente, enseñar la práctica «menor» de decenas de salidas profesionales es imposible para la universidad.

Dicho esto, la reivindicación de una enseñanza más práctica sí me parece justificada si por «práctica» se entiende otra cosa: una formación más *metodológica* que capacite «en general» para el manejo del Derecho en las más variadas profesiones jurídicas; y que no se obsesione tanto por comunicar los contenidos de las normas «en los libros» y mire más al funcionamiento del Derecho «en acción», desplazando el «foco atractivo», hoy situado en la perspectiva del legislador, de la norma en el BOE, hacia la perspectiva del juez, de la norma en el Aranzadi (muchos estudiantes acaban la carrera sin apenas haber manejado un repertorio de jurisprudencia, y sin que la facultad apenas les haya llevado a observar un juicio). A la defensa de una enseñanza más práctica en este otro sentido dedicaré buena parte de esta ponencia. Ahora sólo quiero constatar, como diagnóstico, que el reproche estudiantil hacia el carácter «poco práctico» de la enseñanza del Derecho, aunque a menudo vaya muy desencaminado, apunta hacia algo cierto: nuestra enseñanza es poco práctica, también en el «buen sentido» de «práctica» que desarrollaré después.

### 1.7. La enseñanza del Derecho es poco teórica

La queja estudiantil sobre la escasez de práctica se presenta a veces «en negativo»: desde nuestro academicismo, que desprecia el «sucio mundo» del ejercicio profesional, nuestra enseñanza parece ir dirigida no a la práctica sino a la formación de profesores de universidad, que es de lo que sabemos. O sea: la enseñanza es poco práctica, porque es demasiado teórica.

De nuevo aquí, la crítica, y su justa respuesta, resulta ambivalente. Igual que cabe hablar de mala y buena enseñanza práctica (como papeleo o como metodología),

también cabe hablar de mala y buena teoría en la enseñanza. Defenderé que la actual enseñanza del Derecho en España es demasiado teórica «en el mal sentido», pero insuficientemente teórica «en el buen sentido».

Antes señalé que nuestras facultades forman ante todo opositores, dada la centralidad de la enseñanza memorística sobre contenidos de normas. Eso es sólo una parte de lo que hay. Me refiero a que, dentro de esa enseñanza memorística, no sólo se enseñan normas: también se enseña dogmática, o se enseñan las normas presentadas a través de su elaboración dogmática. Se enseñan discusiones doctrinales sobre la interpretación de las normas, se enseñan conceptos e instituciones jurídicas elaboradas por la dogmática, y se enseñan las sistematizaciones que a partir de ellos realizan los dogmáticos en cada sector del Derecho positivo.

Yo veo la actual enseñanza del Derecho en España (pido perdón por la grosera simplificación: es para explicarme) básicamente como un híbrido que han legado dos de sus grandes progenitores: la escuela de la exégesis francesa y el conceptualismo jurídico alemán (el del primer Ihering, la pandectística y la dogmática del Derecho público alemana). Afortunadamente, con más dosis del segundo ingrediente que del primero. El método (mejor: el no-método) de la escuela de la exégesis me temo que todavía se puede detectar en alguna docencia en las aulas y en algunos malos manuales docentes que, al estilo de ese género de los «Comentarios de leyes» (que siguen publicándose), no hacen en realidad mucho más que reproducir con otras palabras (a veces, ni siquiera tan distintas) el contenido del Código o de la legislación que se enseña, siguiendo la sistemática de la propia legislación, y procediendo casi artículo por artículo. Ni se interpreta en profundidad, ni se construyen conceptos dogmáticos suficientemente elaborados, ni prácticamente se sistematiza el material jurídico. Estos manuales se parecen demasiado a los textos que se elaboran para la preparación de oposiciones. No es ya que sea «mala teoría»: es que ni siquiera es teoría, apenas es dogmática. Es transmisión pura y dura de información de contenidos de normas. Dan ganas de pedir que, a esta pseudodogmática tipo manual de la Academia Adams, el Boletín Oficial del Estado le reclame derechos de autor. A veces estos manuales se publican para llegar apresuradamente al mercado cuando se acaba de producir una importante reforma legislativa, sin tiempo material para que el autor «teorice» en serio sobre la nueva normativa: simplemente, nos la cuenta. Hay también manuales «correctos», e incluso buenos, que sin embargo caen en este defecto de vez en cuando, en algunos epígrafes. La inutilidad práctica de esta pseudoteoría es tal, que los propios estudiantes deciden, y hacen bien, aparcarse el libro cuando estudian, y empollarse directamente los artículos en el Código. Creen que «lo más práctico» es conocer las normas, no el libro, que dice lo mismo pero casi «molesta». Si el libro es de éstos, tienen razón.

El otro ingrediente, el heredero de la jurisprudencia conceptualista, sí que es teoría. Y creo que es el ingrediente mayoritario. En este tipo de docencia y de manualística cabe distinguir, aún así, buena y mala teoría. Es mala teoría, en mi opinión, la que se recrea en el vicio academicista de una filología escolástica, plagada de citas, en torno a



las opiniones de un sinfín de autores enfrascados en discusiones bizantinas carentes de toda relevancia práctica (aunque he de decir que a veces entrar en esas discusiones, por absurdas e inútiles que sean en cuanto a su contenido, puede tener indirectamente una cierta utilidad para lo que yo más reivindico: formar en capacidades argumentativas, enseñar a discurrir y argumentar; pero esa utilidad también la tendría discutir del sexo de los ángeles). Es mala teoría la que discute sobre interpretaciones y elabora conceptos y clasificaciones sin tener en cuenta y/o sin mostrar al estudiante las consecuencias jurídico-prácticas, sociales y político-morales a que conduciría defender una interpretación distinta o una elaboración conceptual alternativa. Es mala teoría la que incurre en los defectos del esencialismo de los conceptos, la que, como criticaba el segundo Ihering, «rumia en el cielo de los conceptos» y reifica supuestas «naturalezas jurídicas» creyéndose sus propias metáforas, la que pierde de vista que los conceptos son creaciones humanas fruto de decisiones valorativas sobre la utilidad cognoscitiva o práctica, e incluso sobre la corrección política y moral, del modo en que decidamos clasificar y representar el mundo jurídico. Es mala teoría la que fosiliza sus propias clasificaciones conceptuales (o las que ha recibido) y pretende meter en ellas con calzador, distorsionándolas, nuevas realidades normativas que requieren nuevas elaboraciones conceptuales (cortan algún dedo al cliente en lugar de fabricarle otros zapatos). Es mala teoría la que no atina con el nivel de abstracción adecuado para el material concreto sobre el cual conceptualiza y para los fines con que lo hace, la que mezcla lo que no debe mezclar o separa lo que no debe separar, y tiende normalmente a elevarse hasta una formidable abstracción de inútiles conceptos-paraguas descontextualizados, desconectados de la realidad que les sirvió de base (o, a veces, en la dirección contraria, se entrega al vicio de distinguir por distinguir, de romper un pelo en diez pedazos sin que eso sirva más que para que dejemos de ver la relaciones de cada fragmento con los demás). Es mala teoría la que no respeta ciertas reglas básicas del discurso conceptual (por ejemplo, sobre cómo hacer definiciones, o sobre las propiedades técnicas de una buena clasificación, o la regla de no multiplicar categorías innecesariamente...) y presenta sistematizaciones del Derecho que confunden más que aclaran la que ya había hecho el legislador.

A menudo el estudiante se encuentra con esta mala teoría en la docencia: páginas y páginas, u horas de clase, de inútiles disquisiciones sobre si «la naturaleza jurídica» del matrimonio es la de una «institución» o la de un contrato, o sobre si la donación «es» o no un contrato, o sobre la diferencia que trazan los alemanes entre el *wertpapier* y el *papierwert*, o sobre «la unión hipostática entre el negocio cambiario y el título cartáceo» (creo que era algo así), o –para no salvarme de la quema– sobre si Kelsen dijo o dejó de decir esto o aquello en según qué edición de su «Teoría Pura del Derecho», o sobre la distinción entre reglas «tético-constitutivas» y reglas «tético-tético-constitutivas» (sic). Cuando el estudiante se topa con estas cosas, reacciona, de nuevo con bastante razón, quejándose de que la enseñanza que recibe es «demasiado teórica», hecha por profesores para formar profesores. Hay que introducir aquí un matiz: lo que se enseña a los estudiantes son los resultados, los productos, de esa mala dogmática (y también los de

la buena). Si formar un profesor-investigador fuera enseñarle teorizaciones dogmáticas ya elaboradas, en esa medida efectivamente formaríamos profesores. Pero si formar un profesor consiste –así debería ser– no tanto en «informarle» de esas construcciones dogmáticas ya hechas, sino sobre todo en enseñarle a hacerlas él mismo (enseñarle, digamos, el «método» para producir dogmática), entonces nuestras facultades ni siquiera forman profesores.

En nuestras facultades de Derecho también se practica y enseña una teoría, una dogmática, considerada «buena». No voy a detenerme otra vez a explicar a qué me refiero ahora con lo de «buena dogmática»: sería «el negativo» de mi anterior caracterización de la «mala», aquella que no incurre en esos defectos: la que elabora conceptos agrupando materiales de forma adecuada para una más fácil comprensión del Derecho, o para facilitar la comunicación entre los juristas, o, sobre todo, para perfeccionar la creación y aplicación del Derecho (una dogmática que verdaderamente sea útil para una mejor práctica jurídica).

Cuando digo, por tanto, que en mi opinión la enseñanza del Derecho es «poco teórica», lo digo por lo siguiente:

-Esa considerada «buena» dogmática –que técnicamente lo es– aparece en la enseñanza en dosis proporcionalmente insuficientes, cuando en realidad es muy útil para la práctica: ante la buena dogmática, el estudiante no podría (en todo caso, no debería) quejarse de una enseñanza «demasiado teórica» o «para profesores».

-Como propondré después, se echa mucho más aún en falta mayores dosis de teoría en un sentido distinto de la dogmática (buena o mala) tradicional, que sigue adoleciendo del «pecado» de formalismo.

-También, y sobre todo, defenderé una enseñanza más metodológica, un enfoque más argumentativo de la enseñanza *del Derecho positivo*, y ello comporta una cierta formación previa sobre los rudimentos de la llamada «teoría de la argumentación jurídica». Este tipo de teoría también es muy escasa o nula en nuestras facultades.

### 1.8. El «nivel intermedio» de la enseñanza del Derecho

Con muchos matices, he venido a decir en mi diagnóstico, simultáneamente, que la enseñanza del Derecho en España es «poco práctica» y «poco teórica» ¿Cómo se entiende esta paradoja? ¿Con qué crítica a la enseñanza del Derecho me quedo, con la de que es poco práctica, o con la de que es poco teórica?

Con las dos. Mucho de lo dicho hasta ahora en cuanto a mi diagnóstico se puede presentar y resumir mostrando cómo la enseñanza del Derecho se desarrolla en un nivel de discurso «intermedio» que devalúa otros posibles niveles de discusión. Este nivel intermedio separa la «teoría» de la «práctica» (cuando convendría superar esa escisión tan tajante), y al final acaba por no enseñar satisfactoriamente ni una ni otra. No se proporciona a los estudiantes una sólida formación intelectual para comprender a fondo,

investigar y criticar el fenómeno jurídico en su dimensión social, histórica, filosófica y política; pero tampoco se les muestra el funcionamiento real del Derecho en la práctica cotidiana, ni se les capacita profesionalmente para esa práctica. Hay un divorcio en la enseñanza del Derecho respecto de concepciones tanto más abstractas como más concretas. Ni la teorización global ni el funcionamiento real del sistema jurídico o de la práctica de los juristas encaja dentro de esta concepción limitada. La enseñanza ignora o denigra la formación en las capacidades intelectuales e interpersonales necesarias para estudiar y practicar Derecho satisfactoriamente; y opera partiendo del presupuesto de que la enseñanza de la práctica del Derecho debe tener lugar *en la práctica del Derecho* precisamente porque opera con una noción estrecha de «práctica jurídica» (papeleo), sin asumir que es perfectamente posible, y necesaria, una formación práctica «en el buen sentido» (argumentación) proporcionada desde la Facultad.

[...]

## 2. ALGUNAS PROPUESTAS

Mi punto de partida es el siguiente postulado: *la enseñanza del Derecho debe encaminarse, principalmente, a la formación de buenos profesionales del Derecho*. Si se acepta este postulado, inmediatamente salta la gran pregunta: ¿en qué consiste ser un «buen profesional»? Para mí, un buen profesional es un jurista técnicamente competente y, además, política y moralmente bien orientado. «Técnicamente competente» significa, por un lado, que *conozca* su herramienta (el Derecho); pero, sobre todo, que esté dotado de *aptitudes* para manejarla hábilmente en la práctica: un jurista que, además de conocer la *normativa* mediante la *dogmática* en que viene elaborada, domine sobre todo las técnicas de la *argumentación jurídica*, y que con ellas maneje el Derecho de un modo *no formalista* sino *instrumentalista*. «Política y moralmente bien orientado» quiere decir comprometido o activo en una dirección de reforma o transformación social que esté moralmente justificada: que asuma la responsabilidad moral que supone cada una de las opciones que él toma acerca del uso de la herramienta (quedarse en el uso *prima facie* a menudo es en realidad una más de esas opciones), y las ponga al servicio de objetivos justificados.

Las tres finalidades que ha de integrar la enseñanza de «buenos profesionales» son: la cognoscitiva (*enseñanza* de conocimientos), la práctica (*capacitación* argumentativa) y la crítica (*educación* en fines y valores). Analizaré cada una de ellas por este orden.

### 2.1. Enseñanza de conocimientos (función cognoscitiva)

Hay que distinguir entre la memorización de normas y la formación teórica en dogmática jurídica. Se podría reducir mucha materia de estudio, al menos por tres razones: 1) Buena parte de lo que se estudia es sencillamente obsoleto, apenas relevante en

la sociedad actual (p.e., la enfitheusis), y podría suprimirse o, en todo caso, prestarle una dedicación más básica o más de detalle en proporción a su importancia práctica actual. 2) Mucho de lo que se estudia es enormemente cambiante y carece de sentido estudiarlo (¿para qué aprenderse los tipos de gravamen –¡la cifra!– de impuestos sobre bebidas alcohólicas, gasolina, etc.?). 3) A menudo basta una reducida selección de instituciones-tipo (un par o dos de contratos, o de derechos reales, o de tipos delictivos) que sirvan de modelo. Las normas están en los libros, se pueden consultar, sin necesidad de aprenderse tantas.

Otra propuesta obvia (en el terreno institucional) derivada de lo dicho antes a este respecto: lúchese por cambiar la actual orientación memorística de las oposiciones para la función pública, o establézcase un filtro tipo examen práctico para el acceso a la abogacía (España es el único país de Europa donde basta con aprobar la carrera), y tal vez la enseñanza cambie en esto.

La «buena dogmática», dado que es útil, hay que preservarla, incluso aumentarla, pero transformándola en el sentido de suprimir su formalismo. Para ello será necesario fusionarla al menos en parte con el nivel de la capacitación metodológica en razonamiento jurídico: es decir, enseñarla con ocasión de la argumentación sobre casos prácticos, haciendo excursos tipo «lección magistral» en la discusión sobre éstos para introducir explicaciones conceptuales, o incluso explicando directamente los conceptos tal y como aparecen «aplicados» en los casos. Pero, sobre todo, será necesario fusionarla con el nivel político-moral, que ha de introducirse en ella.

Hasta aquí, el ingrediente de la docencia cognoscitiva y lo que habría hacer con él: en definitiva, suprimir precisamente su pretendidamente científica «pureza cognoscitiva», contaminándola de argumentación instrumentalista, y de valores. En cuanto a la dosis de este ingrediente, sería mucho más reducida que la que hay hoy: he propuesto una drástica reducción de cantidad de materia a «conocer», aunque manteniendo e incluso aumentando *proporcionalmente* su esqueleto dogmático-conceptual (pero, al ir referido a menos materia, centrado sobre todo en las partes generales, su cantidad también descendería en valores absolutos). Esto es importante porque liberaría energías (tiempo y esfuerzo docente y de estudio) para dedicarlas al siguiente ingrediente, que es el foco, y que por sus propias características consume mucho más tiempo.

## **2.2. Capacitación metodológica en técnicas argumentativas (función práctica). El Derecho como argumentación (enfoque y actitud general).**

La gran carencia de la actual enseñanza del Derecho en España es precisamente el elemento más necesario para formar juristas prácticos que sean «técnicamente competentes»: la formación en «aptitudes», en capacidades o habilidades intelectuales para el «uso» del instrumento jurídico. Se trata de implantar una formación metodológica sobre

las técnicas de creación y, sobre todo, de aplicación del Derecho: capacitar al alumno para el razonamiento o argumentación jurídica.

El tipo de formación práctico-metodológica que propongo hunde sus raíces en un cambio radical de enfoque o de actitud *general* hacia el Derecho y su enseñanza: todo un cambio de mentalidad que representa el prerequisite básico para su comprensión y posterior implantación en nuestras facultades. Me refiero a un enfoque general hacia el Derecho que podemos denominar «instrumentalista», o el de «el Derecho como argumentación».

Es un lugar común, al menos entre los iusfilósofos, distinguir tres grandes dimensiones o aspectos de ese fenómeno tan complejo que es el Derecho y, correlativamente, tres grandes perspectivas o enfoques desde las que contemplarlo, según nos centremos en cada una de esas dimensiones: la dimensión/perspectiva estructural o normativa, la funcional o sociológica, y la valorativa o axiológica. Es también un lugar común llamar la atención sobre la necesidad de «integrar» estas tres perspectivas, huyendo de pecaminosos «reduccionismos unilaterales» que se centran con excesiva exclusividad en una sola de esas dimensiones.

Pues bien: tal vez una vía para avanzar hacia esa integración consista en añadir un «cuarto enfoque», que sería precisamente el de «el Derecho como argumentación», situándolo en un lugar predominante desde el cual incorporar los otros tres<sup>1</sup>. Este cuarto enfoque consiste en considerar al Derecho como una técnica para la resolución de determinados problemas prácticos, lo cual se lleva a cabo mediante decisiones que necesitan ser justificadas argumentando a su favor. «Se trata –dice Atienza– de una visión eminentemente instrumental, pragmática y dinámica del Derecho», que presupone, utiliza y da sentido a las otras tres perspectivas.

Este enfoque no es nada novedoso. En realidad, representa una cierta recuperación, actualizada, de tradiciones y métodos jurídicos muy antiguos (como la retórica aristotélica, la *prudentia iuris* romana, la casuística medieval, o lo que Llewellyn elogiaba como el «Gran Estilo» del Common Law tradicional), pero que sin embargo parecían haberse perdido de vista, al menos en la cultura jurídica europea continental heredera de la codificación napoleónica. Sólo en tiempos relativamente recientes (siguiendo el camino abierto, hacia los años cincuenta del siglo xx, por autores como Viehweg, Perelman o Toulmin) se percibe el resurgir de este enfoque «argumentativo» del Derecho en Europa, de la mano de la «nueva» teoría de la argumentación jurídica (Alexy, MacCormick, Aarnio, Peczenik). Y hoy cabría decir que estamos asistiendo a una verdadera revolución en la forma de entender lo que siempre se ha conocido como el «método jurídico».

Pero esta «revolución» (lo dejaré entre comillas, para no exagerar), ya avanzada en muchos países, no ha llegado todavía a impregnar nuestra enseñanza del Derecho cotidiana, que es lo que aquí nos ocupa. Resulta llamativo (perdón por generalizar) lo poco que en nuestra cultura jurídica se ha cultivado el enfoque argumentativo al

---

1. Cfr. Atienza, Manuel, *Derecho y argumentación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.

que me estoy refiriendo. Pero esa desatención hacia la dimensión argumentativa del Derecho, aunque podamos explicarla, resulta desde luego difícil de justificar, aunque sólo fuera por el hecho obvio de que la práctica del Derecho consiste, de manera muy fundamental, en argumentar.

Esto es una obviedad. Pero es una de esas obviedades a las que, una vez reconocidas con un sonoro «¡por supuesto!», luego traicionamos, a menudo sin darnos demasiada cuenta de ello. Porque esa «obviedad» tiene después un alcance, se puede extraer de ella unas consecuencias, que ya no resultan nada obvias. Yo sigo sosteniendo que, en la cultura jurídica española, la dimensión de la argumentación no se ha tomado suficientemente en serio. Al menos, reconózcaseme que no se toma suficientemente en serio *en la docencia*. Y la mejor manera de demostrarlo, es mostrar la diferencia, la enorme diferencia, entre el modelo de enseñanza del Derecho predominante en España, y un modelo de enseñanza inspirado en una versión mucho más fuerte de la obviedad que parece ser lo del enfoque de «el Derecho como argumentación». Aunque no se esté de acuerdo ni mucho menos con todo lo que he dicho en los ocho puntos de mi anterior diagnóstico sobre cómo es la enseñanza del Derecho en España, creo que me basta con que a ustedes ese diagnóstico no les parezca, detalles aparte, del todo desencaminado, y hayan visto en él reflejados al menos algunos rasgos generales del diagnóstico que ustedes también harían [...].

### 2.3. Educación en fines, valores y actitudes (función crítica).

La formación «metodológica» de tipo argumentativo que definiendo capacitaría sin duda a los estudiantes para un ejercicio profesional práctico mucho más activo, en el cual el jurista estaría dotado de poderosas armas argumentativas para un más hábil manejo de la herramienta jurídica. Enseñemos, sí, a manipular el Derecho, en lugar de una enseñanza memorística y formalista que resulta paralizante porque proporciona una visión demasiado «granítica», determinada, del Derecho, cuando éste en realidad es mucho más «plástico». Esto es ya un gran avance: tendremos juristas técnicamente mejores. Pero, en el fondo, no es más que la satisfacción de un prerrequisito necesario para abrir las puertas a lo que a mí más me interesa. Supone una «liberación de energías», pero esas energías argumentativas de nada sirven –pueden ser hasta peligrosas– si no se *orientan* hacia buenas direcciones (manipular el Derecho, sí, pero ¿para hacer qué?). Dicha orientación ha de ser de naturaleza abiertamente político-moral. Se trata de formar juristas comprometidos con una tarea políticamente crítica y transformadora ante las injusticias del presente. Pero tanto esa crítica como esa dirección transformadora, constructiva, ha de estar sustentada en valores justificados. Hay que provocar en el estudiante, ciertamente, una «actitud» emocional de compromiso hacia «la justicia» o hacia ciertos valores: sin esto, sin una educación en «sentimientos morales», nada hay que hacer. Pero hay que dotar además a ese estudiante político-moralmente «bienintencionado»

de una formación *teórica* que, por un lado, le oriente en la determinación del sentido de su compromiso moral (o, al menos, que le «desoriente», le disuada intelectual y valorativamente, de direcciones perversas); y que, por otro lado, le permita justificar racionalmente, antes que nada ante sí mismo, y también ante los demás, las opciones valorativas que él tome. Esa formación teórica ha de consistir, por supuesto, en una reflexión profunda acerca de las «grandes cuestiones» políticas, filosóficas y morales; pero tampoco aquí el discurso teórico debería quedarse en un vacío especulativo: esa enseñanza en teoría social y en filosofía política y moral ha de venir referida al Derecho y al orden social, y no sólo en abstracto: ha de venir referida a nuestro Derecho actual, a nuestro orden social, y a las posibilidades de su transformación o mejora pero partiendo del presente. Por eso, aunque un bagaje teórico más abstracto sea imprescindible en una enseñanza «filosófica» (en sentido muy amplio) más especializada sobre «los fundamentos», hay que enseñar al estudiante a *usar* ese bagaje en el conjunto de sus estudios, porque lo importante es que esa apertura hacia la dimensión político-moral que le sirva de guía no quede escindida sino que se incorpore en la enseñanza de cada asignatura de Derecho positivo (para ello no es necesario que el profesor de Derecho Mercantil, por ejemplo, domine a Habermas: basta con que muestre al estudiante la dimensión política y moral de las actuales reglas del juego jurídicas del mercado, y mostrar éstas no como inamovibles ni «naturales» sino como fruto de opciones humanas que podrían ser otras, y dando pistas sobre esas «otras», y justificándolas argumentativamente). Por eso hay que «fundir», en la mayor medida posible, el nivel político-moral en el seno del nivel argumentativo, jurídico, práctico: argumentación jurídica, pero con un norte valorativo. En definitiva, se trata de formar juristas «con principios», pero que además sepan traducir esos principios a, y usarlos como guía en, su trabajo cotidiano como juristas que operan en *este* mundo. A todo esto me refería cuando hablaba al principio de la formación de juristas no sólo «técnicamente competentes», sino también, y sobre todo, «política y moralmente bien orientados». Lograrlo al cien por cien puede que sea un ideal inalcanzable, pero eso no significa que no podamos adoptarlo como ideal regulativo de nuestra docencia hacia el que sí podemos avanzar. De todo esto me ocuparé en este tercer y último apartado.

El primer paso será abrirles los ojos hacia la dimensión valorativa, político-moral, del Derecho. En última instancia, la cerrazón respecto de esa dimensión –más incluso que respecto de la dimensión «social»– es el núcleo duro de aquello a lo que me refiero cuando hablo, en un sentido más amplio del habitual, de «formalismo»; y esa cerrazón es lo que menos me gusta del formalismo [...] La conciencia de la plasticidad del Derecho que proporciona una formación argumentativa posibilita pero no necesariamente incorpora la conciencia de que detrás de esas maniobras conceptuales y argumentativas de los juristas (teóricos y prácticos), supuestamente *técnicas*, no hay sino opciones *valorativas* de naturaleza política y moral; maniobras y opciones que podrían haber sido otras, y además valorativamente mejores. Mostrar eso explícitamente a los estudiantes, así como las consecuencias económicas, sociales, políticas y morales tanto de las opciones

realmente tomadas como de las bien distintas que cabría tomar, ha de ser un tema central en una enseñanza crítica del Derecho.

[...]

*Un modelo de enseñanza instrumentalista...*

Me refiero al carácter *instrumental* de la visión del Derecho, de la mentalidad jurídica, que debemos inculcar. La gran diferencia, como se verá después, es que mi instrumentalismo no es «crudo»: no es apolítico; ni es amoral; ni siquiera descansa en una moral utilitarista. No es «neoformalista».

Un enfoque instrumentalista es a la vez una visión descriptiva y una actitud prescriptiva acerca del Derecho y de su uso. Significa que el Derecho (y, en principio, cada una de sus reglas y formas) es visto (descrito), y debe ser empleado, como un instrumento, como un medio (un conjunto de medios) deliberadamente diseñado por el hombre para la satisfacción de ciertos fines que son extrínsecos al propio Derecho. Esto se afirma frente a visiones del Derecho como un fin en sí mismo: por ejemplo, el Derecho como expresión (iusnaturalista) de «la Razón», o de un solo sistema coherente de valores objetivos y absolutos unívocamente determinados; o como expresión (iuspositivista-imperativista, voluntarista) de la libre voluntad de un poder soberano, también si es democrático; o como expresión de «la Historia», de un implacable devenir histórico en el que se despliega como su motor un «espíritu» (el hegeliano, el «del pueblo» savignyano...) o una menos metafísica (?) «necesidad» materialista-histórica... devenir que a la vez determina y al que sirve el Derecho siendo ése su fin intrínseco; o como simples normas dotadas de autoridad legítima a las que aceptamos someternos... Para el instrumentalista, en cambio, el Derecho carece de hecho, y en todo caso debe carecer (o al menos debemos «representarlo» como carente) de fines sustantivos propios, por más que a menudo «declare» —es obvio que lo hace— ciertos fines (después matizaré esta idea). El Derecho es sólo un instrumento con el que *nosotros* podemos hacer cosas sin que él nos diga exactamente qué hacer. Y es que el presupuesto sobre el que descansa el instrumentalismo es una visión «fuerte», aunque no necesariamente radical ni menos aún absoluta, del carácter indeterminado del Derecho. Por su carácter indeterminado, por no decirnos exactamente qué hacer con él, el Derecho nos abre un marco de actuaciones diversas que podemos realizar. Ese marco, surgido de las características del instrumento mismo que es el Derecho, sí impone límites sobre lo que podemos hacer (pero también el Derecho *qua* instrumento —no sólo sus fines «declarados»— es en sí mismo «maleable», adaptable para más usos de los que en principio nos parece).

En consecuencia, la perspectiva para estudiar/enseñar el Derecho, y para emplearlo (y enseñar a emplearlo), no será la de indagar cuáles son los fines intrínsecos del Derecho y que éste nos dicta, sino cómo de hecho estamos (la comunidad jurídica está) utilizándolo, cómo podríamos utilizarlo nosotros, y cómo *debemos* utilizarlo: instrumentalizándolo, manejándolo como manejamos una herramienta, para lograr



así la satisfacción de nuestros fines. Desde este enfoque instrumental, por lo tanto, uno se aproxima al Derecho con determinados fines propios y no para «extenderle un cheque en blanco»<sup>2</sup>.

Desde esta perspectiva (pragmática, estratégica, algo «cínica» si ustedes quieren) lo importante ya no es tanto enseñar el Derecho en abstracto (el Derecho «en los libros», formalmente válido), sino enseñar su funcionamiento *real* (el Derecho «en acción», en la práctica, sobre todo judicial), ya que lo que interesa será poder *predecir* las consecuencias jurídicas reales de nuestra conducta, y actuar así en consecuencia: si adopto esta estrategia, el Derecho me servirá para mis fines, si adopto esta otra, el Derecho me impedirá conseguirlos o incluso me castigará. Habrá que enseñar pues el Derecho como quien enseña el uso de una herramienta: centrando la atención en cuáles de sus aspectos pueden servir y cuáles obstaculizar la persecución de esos fines. La enseñanza no se enfocará como la enseñanza de un objeto de estudio teórico, estático, que está ahí y nos preocupa simplemente saber de qué está hecho, cuáles son sus elementos y en qué estructura sistemática están dispuestos, descuidando el uso que se pueda dar a lo que es en realidad un artefacto para realizar fines. Al contrario, la enseñanza se enfocará como la formación práctica en una tecnología, en una artesanía: la atención a su potencial uso ha de teñir la selección, el carácter y la disposición de los elementos con que nosotros presentamos o «representamos» ante los estudiantes ese artilugio. Pero esto, en realidad, corresponde al nivel de la formación metodológica, argumentativa. Aquí estamos en el nivel de los valores, que han de ser introducidos en un enfoque instrumentalista.

*...pero un instrumentalismo para fines y valores moralmente justificados*

«¿Que enseñemos a usar el Derecho como instrumento para *nuestros* fines, no para los del propio Derecho, que según usted no los tiene? Usted es un verdadero insensato. ¿No se da cuenta de lo peligroso que es predicar lo que usted predica? Como le tome a usted la palabra un estudiante suyo que sea un fascista, va usted apañado. Imagínese a lo que

---

2. El enfoque no-instrumentalista, en cambio, sería el de quien se aproxima al Derecho diciéndole: «yo no quiero conseguir nada, no tengo fines *a priori*, preconcebidos, sólo quiero hacer aquello que usted, Derecho, me diga; le acepto a usted como legítimo y me someto a sus dictados: usted será la guía de mi conducta; por eso quiero conocer quién es usted (su concepto, estructura, etc.) y qué ordenan sus normas» (aquí se adoptaría una genuina aceptación del Derecho, por razones *morales*). El instrumentalista, por el contrario, se aproxima al Derecho diciéndole: «yo sí quiero conseguir ciertos fines, así que voy a ver cómo puedo utilizarle a usted como medio, como aliado, para lograrlos; o al menos cómo podría yo actuar hacia esos fines dentro de los límites que usted me impone, sin que usted me lo impida o me castigue». En este caso, el sometimiento al Derecho es por razones no morales, sino «*prudenciales*», estratégicas: acatamiento, más que genuina aceptación; uno obra externamente «de conformidad con» el Derecho, pero no movido «por» el Derecho (por aceptar moralmente sus deberes, sus supuestos fines), sino porque el Derecho puede serle positivamente útil a uno, o bien porque acatarlo supone, negativamente, sortear los obstáculos (p.e., eludir la sanción) que el Derecho representa a la hora de lograr los fines que uno tiene.

puede llevarnos el ‘instrumentalismo’ ese en manos de un fascista (de un estalinista, de un racista, de un machista, de un integrista religioso...).

Me defiendo: mi propuesta, por más que *en parte* esté inspirada en ideas de autores entre los cuales los hay de una izquierda que puede parecer «insensata» (y a veces incluso puede serlo)<sup>3</sup>, pretende y puede perfectamente ser «no insensata», sino en todo caso una domesticación de propuestas, algunas radicalmente formuladas, pero que no por ello dejan de tener «un punto» importante de razón que conviene rescatar y poner en práctica de un modo «cuidadoso». Salvo, claro está, que tachemos de «insensata» –aquí viene mi primera defensa– a cualquier propuesta a favor de un uso del Derecho distinto del convencional, distinto del que se rinde de antemano –o no necesita «rendirse» porque está a gusto con él– al Derecho tal y como opera hoy en día según las interpretaciones dominantes que lo estabilizan (que lo hacen suficientemente predecible en una mayoría de casos «ordinarios» a pesar de la indeterminación potencial de sus textos y de sus principios y valores «declarados»). Esto otro es rendirse ante o estar a gusto con las injusticias sociales actuales a las que el Derecho contribuye por acción y sobre todo por omisión: bien porque no se llega ni a ver esas injusticias (actitud del jurista-técnico-apolítico enfermo de ceguera culpable); bien porque no se quieren ver aunque se han visto, pero se mira a otro lado (el apolítico del yo a lo mío, a mis intereses); bien porque se defiende como justas –o no tan injustas– lo que yo considero injusticias (el conservador convencido); o bien porque no es que se considere que el orden social existente es en todo «justo» o aceptable, sino porque se está convencido –el veneno del pensamiento único le ha infectado– de que es, en lo básico, «inmutable», y de que las alternativas, más que «perversas» (idealmente quizá incluso las compartiría), son «imposibles», «ingenuas», «infantiles», o peor aún: peligrosas porque, si algún resultado puede producir defenderlas, ése va a ser el de que les salga el tiro por la culata. Si para éste último mi propuesta es cometer la locura de abrir la caja de los truenos, yo puedo contestarle –a él y a los demás de mi anterior elenco, pero a él sobre todo– con la exageración equivalente pero de signo contrario consistente en decirle que su sensatez equivale al profundo conservadurismo de predicar a los estudiantes que no muevan un dedo.

Es posible sin embargo otra actitud en este debate. Porque en el fondo, en cuanto a los objetivos (corregir esas injusticias, apreciar y conservar lo bueno de lo conquistado, ir más allá en lo que se pueda sin perder lo alcanzado cuando no podamos mejorarlo), yo no estoy tan lejos de él, y menos aún en cuanto a los grandes valores que a ambos nos animan: valores igualitaristas, solidarios, de emancipación individual y colectiva, contrarios a las jerarquías ilegítimas y a las exclusiones políticas y sociales de clase, raza

3. Me refiero a las ideas sobre el Derecho y su enseñanza del movimiento norteamericano «*Critical Legal Studies*», que es en algunos aspectos –en otros, ni por asomo– una corriente heredera del «realismo jurídico» de los años 30. Pero en los CLS hay de todo, insensatos y no insensatos, y unas cuantas buenas cosas que destilar incluso de algunos de los primeros (si el prejuicio y las caricaturas, o el calor de la polémica, no nos ciegan).

y sexo, y también valores liberales de autonomía individual y dignidad humana. Si hay mucho terreno de fondo en común, la diferencia radica básicamente en las dosis de riesgo que uno está dispuesto a asumir en la estrategia a seguir, cuando predica que formemos juristas instrumentalistas. Por supuesto que soy consciente de que el instrumentalismo jurídico es, político-moralmente, un arma de doble filo (no ya de doble: es una batidora multiusos con brazos y filos en todas las direcciones). Pero esos riesgos se pueden minimizar (no digo suprimir), y los que queden, merece la pena asumirlos, si es que en algo queremos contribuir como docentes a incidir transformadoramente sobre el mundo por la vía de la educación (que es en mi opinión una vía que todo lo que tiene de indirecta, a largo plazo, de difícil comprobación en cuanto a sus efectos, lo tiene también de poderosa, aunque no se le note). De entrada –ésta es mi segunda defensa–, los riesgos no son en realidad «para tanto», porque el instrumentalismo tal y como yo lo entiendo y defendiendo no significa que el Derecho pueda ser usado para lo que nos dé literamente la gana, ni muchísimo menos. Que el Derecho *como medio* pone límites lo defiende incluso un «exagerado» partidario de la tesis de la «indeterminación radical» del Derecho como es Duncan Kennedy.

Claro está, si la manipulabilidad del Derecho tiene límites que nos tranquilizan porque impiden un instrumentalismo «peligroso», esos límites también impiden un uso verdaderamente agresivo para contribuir con el Derecho hacia la dirección que nosotros queremos hasta extremos verdaderamente radicales. La elasticidad que yo creo que tiene el Derecho es tal que si lo estiras demasiado se rompe, y se rompe tanto si lo estiras hacia la derecha como si lo estiras hacia la izquierda. Pero esto no ha de preocuparnos si nuestro programa no es disparatado, si no es un disparate simétrico a los disparates de otros signos que tanto miedo nos dan; si no es, por ejemplo, el programa disparatado de una izquierda insensata (que es peligroso en sí mismo, no sólo por abrir la caja de los truenos). La cuestión fundamental es que esto no significa que entonces el elástico Derecho sólo nos permite usarlo para ciertos «ajustes», moderados ejercicios reformistas que mantienen en lo básico el «orden social existente» con sus injusticias recalcitrantemente presentes aunque algo, o bastante, atenuadas (y lejos de mí despreciar los logros de los atenuadores)... como si el actual «modelo de sociedad» fuera no sustancialmente transformable o no al menos apelando para ello a la contribución de un uso instrumental del Derecho. Mi tesis sobre la maleabilidad del Derecho ni es disparatada, ni es tampoco trivial. Aunque no infinitamente, el Derecho es mucho más maleable de lo que creen incluso muchos juristas «no formalistas», de modo que incluso podría ser usado en una dirección no simplemente reformista sino profundamente transformadora que tuviera como norte un verdadero orden social alternativo (pero no *cualquier* orden social alternativo): un Derecho como el nuestro puede ser instrumentalizado, es casi obvio, por el reformista, digamos, social-liberal, pero también por defensores de alternativas inspiradas en valores semejantes pero que vayan muchísimo más allá. Y es que además hay otra ventaja, tranquilizadora ante los peligros del instrumentalismo. He dicho que los límites que el Derecho como instrumento impone impiden sus usos

«peligrosos» (en la dirección fascista, estalinista, racista, etc.) pero que también impiden sus usos extremos en la dirección emancipadora que queremos: que el chicle se rompa estirándolo hacia un lado, pero también hacia el otro. Pues bien: yo estoy convencido –basta leer nuestra Constitución y sus valores– de que el límite hasta donde podemos llegar sin salirnos del juego del Derecho está situado en lugares bien distintos en uno y otro caso. El chicle se rompe mucho antes si lo estiramos en la dirección «mala» que en la «buena». El instrumentalista que quiere manipular el Derecho para contribuir a transformar *sustancialmente* la sociedad haciendo avanzar valores de igualdad material, autonomía individual con capacidad real para ejercerla, dignidad humana, solidaridad en una «comunidad liberal», emancipación personal y social, efectiva participación social y política, etc., etc., puede ir con el Derecho mucho más lejos (haciéndole cumplir sus promesas declaradas, porque es que resulta que sus promesas van mucho más por ahí) que el instrumentalista que desee usarlo en direcciones perversas. El estudiante fascista que me compre el instrumentalismo para hacer de las suyas lo tiene, en cambio, mucho más crudo.

Tercera y principal defensa: ¡Claro que, si digo que el instrumentalismo consiste en usar (manejar) el Derecho para *nuestros* fines, la gran cuestión de la que depende tanto la bondad como los peligros del instrumentalismo radica en cuáles sean nuestros fines! (de eso estamos ya hablando, de los fines, de lo importante). Pues bien: cuando digo que es posible practicar un uso «cuidadoso» de la enseñanza instrumentalista del Derecho que minimice sus riesgos, la principal vía para minimizarlos es la misma por la que han entrado los riesgos: el complemento imprescindible, inmediato –en realidad, simultáneo– de una formación instrumentalista (metodológica, argumentativa, en habilidades manipuladoras) ha de ser el de una decidida educación del estudiante en según qué fines, qué valores y actitudes han de constituir *su* norte político-moral para su manejo del Derecho. Se trata de enseñar un instrumentalismo no «crudo», no descarnado ni amoral/inmoral, sino bien orientado política y moralmente. No veo por qué el efecto educativo que podamos provocar sobre los estudiantes al educarlos en fines y valores «correctos» como los ya mencionados, para orientar «por el buen camino» su instrumentalismo, tenga que ser menor que el efecto digamos previo que producimos al hacerles instrumentalistas en principio «todo terreno» y que nos podrían salir «rana»: como mínimo en la misma medida –poca o mucha– en que podamos criar instrumentalistas a secas (entre los cuales quizá hayamos criado algún cuervo que nos sacará los ojos), podemos incidir en el segundo paso de orientar su instrumentalismo hacia buenos fines y valores. La estrategia docente para minimizar el peligro ha de ser la de no escindir esos dos «pasos» en momentos reales diferentes: hay que educar en valores *a la vez* que enseñamos a manipular e instrumentalizar el Derecho.

Así pues, el instrumentalismo puede ponerse al servicio de los más diversos fines y valores. Prescindiendo de contenidos concretos, éstos podrían ser de al menos estos cuatro tipos:

- a) *Intereses particulares* («egoístas», «privados», más que políticos o morales). Holmes se refirió al enfoque instrumentalista (que él defendía) mediante la metáfora del punto de vista del «hombre malo»: el de quien obedece al Derecho para evitar la sanción o para lograr sus fines (por razones prudenciales), siendo éstos la persecución del autointerés (no fines morales). Obviamente, no es éste el tipo de instrumentalismo «para valores moralmente justificados» que yo defiendo.
- b) *Intereses sociales* (públicos, colectivos).— Holmes ha sido muchas veces malentendido. Holmes no abogaba en realidad por instrumentalizar el Derecho para meros intereses egoístas: esa instrumentalización debe estar según él al servicio de fines colectivos, de las demandas, necesidades e intereses que se impongan en «la comunidad», tras un «libre intercambio de ideas». Normalmente se supone que, a diferencia del abogado, el juez encarnaría el punto de vista del «hombre bueno»: no ha de tener fines preconcebidos sobre el sentido de su sentencia, hará aquello que el Derecho le diga. Sin embargo, dada la enorme discrecionalidad que muchísimas veces el Derecho, por su carácter indeterminado, deja al juez, es para él inescapable la necesidad de tomar opciones (las decisiones judiciales, decía Holmes, dependen de «un juicio o intuición más sutil que la articulación de una premisa mayor»). Esa opción judicial ha de orientarse hacia la satisfacción de demandas sociales, ha de satisfacer, según Holmes, «sentimientos y demandas reales de la comunidad, sean justos o injustos». Yo defiendo un instrumentalismo «moralista» más que «sociologista».
- c) *El «sentido de la justicia»*.— El fin para el que hay que manipular el Derecho es «hacer que el caso se resuelva de la forma en que *mi sentido de la justicia me dice* que debería resolverse». Esto está más próximo aún a lo que yo defiendo: Kennedy habla por fin de «la justicia», ya no es el abogado autointeresado, ni el Holmes de satisfacer demandas sociales «sean justas o injustas». Pero aún no llega a lo que yo defiendo. El «norte moral» no puede ser simplemente la afirmación sin más de ciertos valores, por excelsos que éstos sean, apelando a que son fruto de «mi sentido (de la justicia)», «mis sentimientos», «mis emociones» (otros autores hablan de «nuestras intuiciones morales básicas», o de «la adopción de un punto de vista moral»).
- d) *Valores morales justificados*.— Este es el norte último, el tipo de fin a cuyo servicio hay que desplegar el instrumentalismo jurídico que yo defiendo (y desde el cual *seleccionar* la persecución de intereses y valores privados y públicos, y de filosofías y programas políticos, y de valores dictados por sentimientos). Hablo aquí (como en los otros tres casos) no de contenidos concretos, sino del *tipo* de fin: moral-racional. Y ya es decir bastante, más aún en los tiempos que corren, y ante una comunidad, la de juristas, acostumbrada a lo de que el Derecho *es* una cosa y la moral otra bien distinta [...]





# La prueba a la luz de la argumentación jurídica

## The Evidence in the Light of Legal Argumentation

Catherine Ricaurte<sup>1</sup>

### Autor:

Catherine Ricaurte  
Universidad San Francisco de Quito – USFQ,  
Ecuador  
cricaurte@usfq.edu.ec  
<https://orcid.org/0000-0002-5684-2798>

**Recibido:** 10/06/2022

**Aceptado:** 10/09/2022

### Citar como:

Ricaurte, Catherine (2023). La prueba a la luz de la argumentación jurídica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 367-383. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.21>

### Licencia:

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



© 2023 Catherine Ricaurte

### Resumen

A la luz de la argumentación jurídica se pueden esclarecer los principales problemas que plantea el razonamiento probatorio. Estos problemas tienen que ver con el descubrimiento de la verdad de los hechos relevantes del caso en un proceso judicial; la aplicación de las reglas de exclusión de prueba relevante; la inferencia probatoria y sus criterios de valoración; y, la función del estándar de prueba. Lo crucial en el razonamiento probatorio es el tipo de enunciados que componen las premisas y los criterios que cabe utilizar para la evaluación de la inferencia. Esto da cuenta de la especial relevancia que cobra la dimensión material en este tipo de argumentación.

**Palabras claves:** Manuel Atienza; argumentación jurídica; prueba; razonamiento probatorio; derecho a la motivación.

### Abstract

In the light of legal argumentation, the main problems posed by evidential reasoning can be clarified. These problems have to do with discovering the truth of the relevant facts of the case in a judicial process; the application of the relevant evidence exclusion rules; the proof inference and its assessment criteria; and, the function of the standard of proof. What is crucial in evidential reasoning is the type of statements that make up the premises and the criteria that can be used for the evaluation of the inference. This accounts for the special relevance of the material dimension in this type of argumentation.

**Keywords:** Manuel Atienza; legal argumentation; evidence; evidential reasoning; right to reasons.

1. Agradezco enormemente a Manuel Atienza. Con su magisterio a lo largo de varios años, me ha orientado en la búsqueda del «sentido del Derecho». En el producto final de este artículo he incorporado las observaciones y comentarios que realizó Manuel Atienza a la ponencia que presenté en el Congreso *30 años de argumentación jurídica en Alicante* llevado a cabo el 10 y 11 de junio de 2022 en Alicante, España.

## 1. INTRODUCCIÓN

La concepción de la argumentación jurídica de Manuel Atienza permite comprender nítidamente lo que implica argumentar (motivar) la decisión judicial sobre los hechos en un caso. Atienza parte de un concepto amplio de argumentación en el que distingue tres dimensiones: *material*, *formal* y *pragmática*, y, dentro de la pragmática diferencia entre un enfoque *retórico* y otro *dialéctico*<sup>2</sup>. Como él lo ha señalado en varias ocasiones, «[l]a clave de la motivación judicial reside en que se trate de buenas razones, lo que supone dar cierta prioridad a (...) la dimensión material de la argumentación. Significa que las premisas de tipo fáctico tienen que ser verdaderas o, mejor dicho, deben tener el grado de probabilidad exigido por el estándar de prueba correspondiente, y tienen que cumplir con el resto de requisitos fijados por el Derecho probatorio. Y las premisas normativas tienen que ser correctas, esto es, y según el tipo concreto de problema de que se trate, han de cumplir los criterios de validez, interpretación, etc., establecidos en el sistema»<sup>3</sup>. Esas buenas razones deben presentarse en *términos formalmente adecuados*, es decir, en la argumentación de las decisiones, la lógica es importante «tanto para evitar errores de razonamiento como para dar claridad a la argumentación»<sup>4</sup>. Y, por último, la finalidad de la *dialéctica* es alcanzar el *convencimiento* mediante el diálogo acerca de cuál es la solución correcta para el problema que ha generado la necesidad de argumentar (lo que en el ámbito judicial ocurre en el contexto de las decisiones tomadas por jueces miembros de un tribunal), mientras que la *persuasión* es el efecto que una buena argumentación (motivación) debería conseguir, aunque de hecho no lo logre.

El elemento fundamental de la teoría de Atienza es que las tres dimensiones juegan un papel (aunque su énfasis varíe dependiendo del caso) en todos los tipos de argumentación. En mi opinión, esta concepción amplia de la argumentación jurídica permite ponernos los anteojos adecuados para ver con claridad en qué consiste justificar la premisa fáctica de una decisión judicial.

El objetivo que me he propuesto en este artículo es, a la luz de la teoría de la argumentación jurídica de Manuel Atienza, exponer mi concepción de la prueba jurídica al tiempo de esclarecer un grupo de cuestiones que resultan –más o menos– controvertidas en el debate contemporáneo. No pretendo ocuparme de todos los problemas que la prueba jurídica plantea, tan solo, pretendo referirme, sin ánimo de exhaustividad, a los elementos o tesis básicas de esta. Naturalmente, para esta construcción me he basado –también– en varias de las tesis de los principales teóricos de la prueba<sup>5</sup>. Aunque no me referiré a los puntos de divergencia que mantengo con ellos. Para los propósitos de

2. Véase, (Atienza 2013, pp. 109-114). También, Atienza (2006) y (2017).

3. (Atienza, 2017, pp. 20-21).

4. *Ibid.*

5. William Twining, Michele Taruffo, Daniel González Lagier, Susan Haack, Perfecto Andrés Ibáñez, Marina Gascón, Giovanni Tuzet y Jordi Ferrer.



este trabajo me parece suficiente afirmar que –en general– los principales teóricos de la prueba aceptan, explícita o implícitamente, los principios de los que me voy a ocupar aquí, aunque no siempre con la misma formulación. En suma, lo que sostendré es que:

- 1) El interés por los problemas que plantea el establecimiento de la premisa fáctica en el silogismo judicial está ligado al afianzamiento del Estado constitucional y por ende a la *exigencia de justificación de las decisiones judiciales*.
- 2) El *objetivo principal* del juicio es el *descubrimiento de la verdad*, aun cuando este objetivo pudiera fallar o ser eventualmente desplazado por otro valor del Estado constitucional.
- 3) La verdad consiste en la *correspondencia* con los *hechos relevantes* del caso.
- 4) El descubrimiento de la verdad es una *condición* que las decisiones deben satisfacer para ser *justas*.
- 5) La diferencia que se suele trazar entre *verdad formal o procesal* y *verdad material o sustantiva* dentro de un proceso judicial no es útil, al contrario, opaca el objetivo de la prueba. En un sistema jurídico bien diseñado, los resultados judiciales de la verdad procesal generalmente coinciden con la verdad material, en casos particulares.
- 6) Las normas de *exclusión de prueba relevante* pueden limitar e incluso impedir el descubrimiento de la verdad porque al Derecho le interesa también la protección de otros derechos fundamentales. Fuera de estos casos no está justificado apartarse del objetivo de descubrir la verdad.
- 7) Los errores que se comenten en aquellos casos con *aparentes* buenas razones que supuestamente *justifican* creer que «*p*» y por tanto concluyen que es *correcto*, por ejemplo, condenar a «*X*», pero, en realidad «*p*» es falso pueden evitarse si los juzgadores realizaran una correcta valoración de la prueba.
- 8) El núcleo de la argumentación, inferencia o razonamiento probatorio es *valorar*: (i) las fortalezas y debilidades de cada uno de los medios de prueba (prueba pericial, testimonio de testigos, etc.); (ii) el fundamento del enunciado de carácter general (nuestro conocimiento general del mundo expresado en máximas de experiencia o conocimientos científicos) que sirve como enlace entre los medios de prueba y la hipótesis o conclusión; y, (iii) el grado de confirmación de la hipótesis.
- 9) Los *criterios de valoración de la prueba* permitirán determinar la *fuerza* con la que las premisas del razonamiento probatorio comprueban la hipótesis o conclusión sobre los hechos del caso. Su función es la de disminuir, al máximo posible, el *riesgo de error* en la determinación de los hechos.
- 10) La función del *estándar de prueba* es distribuir el riesgo de error.

Paso a exponer estas tesis.

## 2. LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR

La obligación de motivar los actos del poder público instituida por el Estado constitucional implica que, junto al deber motivar en materia de derecho existe el deber de motivar los hechos, lo que en el ámbito judicial significa que los jueces deben *justificar* por qué se ha considerado o no *probada* cierta pretensión. En otras palabras, se trata de determinar si la premisa fáctica del razonamiento judicial está justificada por medio de las pruebas y de articularla con la premisa normativa. Como se ve, existe una relación estructural entre *quaestio facti* y *quaestio iuris*<sup>6</sup>: el juez para justificar su decisión debe identificar las normas relevantes a la luz de los hechos y de las pruebas disponibles y al mismo tiempo interpretar los hechos del caso a la luz de las normas que debe aplicar.

La clave de esta actividad es la ubicación del o los *problemas* que originaron la controversia<sup>7</sup>. A partir de la ubicación del problema se debe avanzar en la lógica de pregunta y respuesta para llegar a su solución, es decir, identificado el problema sobre el que hay que argumentar se formulan preguntas, posibles respuestas o soluciones, nuevas preguntas, y así en adelante<sup>8</sup>. Esta es la dinámica argumentativa que permitirá examinar la corrección de la decisión. En palabras de Atienza, tomarse en serio la motivación «implica entender el Derecho no simplemente como un fenómeno autoritativo, sino también como una práctica con la que se trata de lograr ciertos fines y valores... [lo que] [s]upone que el jurista, el juez, debe esforzarse por encontrar una solución justa (objetivamente justa) y que, en el contexto de los Estados constitucionales, puede lograrlo en muchísimas ocasiones, aunque no en todas»<sup>9</sup>.

## 3. VERDAD Y JUSTIFICACIÓN DE LA PREMISA FÁCTICA: DESCUBRIMIENTO DE LA VERDAD COMO CORRESPONDENCIA CON LOS HECHOS RELEVANTES DEL CASO Y DECISIONES JUSTAS

Un antiguo aforismo latino reza: *Narra mihi factum, dabo tibi us*, es decir, proporciónese al juez el hecho y él dará a las partes el derecho. En realidad, las cosas son mucho más complicadas, lo cual ha sido reconocido hace bastante tiempo por la teoría y la filosofía del derecho. No obstante, ésta simple e insuficiente máxima puede servir como punto de partida para enfocarnos en el problema que subyace a la determinación de los hechos en un juicio: cómo clasificar los hechos individuales del caso en los hechos genéricos descritos por la norma<sup>10</sup>. Si, la actividad interpretativa sobre la norma jurídica influye

6. Aunque analíticamente sean distintas.

7. Sobre algunos rasgos comunes a los problemas jurídicos, véase, (Atienza, 2013, pp. 644-646).

8. La actividad argumentativa es un procedimiento de resolución de problemas. Es el problema jurídico aquello que desencadena la necesidad de encontrar una solución al mismo, mediante razones. Véase, las «partes de la argumentación» y «etapas argumentativas» en (Atienza, 2013, pp. 429-431; 646-653).

9. (Atienza, 2017, p. 38).

10. Sobre la distinción de hechos genéricos y hechos individuales, véase, (González L., 2013, p. 18).

sobre la actividad probatoria relativa a la justificación de la premisa fáctica y viceversa, en una sentencia, el juez debe justificar si está probado que los hechos controvertidos son un tipo individual del hecho genérico contenido en la norma. Asumir esta aproximación, implica conceder que, en cuanto a la justificación de la premisa fáctica, el *objetivo principal* del juicio es el *descubrimiento de la verdad*, aun cuando este objetivo pudiera fallar o ser eventualmente desplazado por otro valor del Estado constitucional<sup>11</sup>.

¿Qué es la verdad? Aristóteles define a la *verdad* de la siguiente manera: «Decir de lo que es, que no es, o decir de lo que no es, que es, es decir una falsedad; decir de lo que es, que es, o decir de lo que no es, que no es, es decir la verdad»<sup>12</sup>. Como se ve, Aristóteles apunta a la idea de *verdad por correspondencia*, pues dice la verdad quien dice cuál es el estado de las cosas, si afirmo «Berenice disparó a Eugenio» este enunciado será verdad si ese hecho ocurrió realmente, caso contrario será falso. Éste, que es el modo en el que de manera correcta e intuitiva solemos usar los términos verdad y falsedad, respectivamente, también es el concepto de verdad que se asume en un proceso judicial (sobre esto vuelvo más adelante).

¿Cómo llegamos a conocer la verdad? A partir de las pruebas. En este punto, es necesario advertir que «una cosa es la verdad, otra es el conocimiento que de ella poseemos»<sup>13</sup>, la verdad sería un componente del conocimiento. Como explica Tuzet, un sujeto *S* sabe que *p*, si y solo si: (1) *S* cree que *p*; (2) es verdad que *p*; (3) *S* está justificado en creer que *p*, siendo estas tres condiciones necesarias y suficientes a la vez<sup>14</sup>. La *creencia* es un estado interno del sujeto indispensable para que haya conocimiento; la *verdad* debe corresponderse con el hecho al que *p* refiere, al cual la creencia debe «adecuarse» para que sea verdadera; y, la *justificación* es la que autoriza a *S* a creer que *p*. Las pruebas sirven para justificar las creencias, pero, no equivalen a verdad, pues *S* podría creer en *p*, tener justificaciones para esa creencia (pruebas de que *p*) y, sin embargo, creer en algo falso.

Finalmente, para decirlo en palabras de Taruffo «la determinación de la verdad de los hechos es una condición necesaria de la justicia de la decisión»<sup>15</sup>. La relación entre *justicia* y *verdad* es intrínseca, una aplicación correcta de la ley exige, entre otras cosas, que la reconstrucción de los hechos relevantes del caso sea verdadera, de tal manera que

11. La denominada *concepción racionalista de la prueba* tiene «como punto central, sobre el que pivotan todos los demás postulados, la asunción de la averiguación de la verdad –como correspondencia con el mundo– como objetivo institucional de la prueba en cualquier tipo de proceso judicial...». (Ferrer, 2022, p. XVII).

12. (Aristóteles, *Metafísica*, π 7 1011 b, pp. 25-26). Sobre el concepto de «verdad» se ha discutido por siglos y se continúa discutiendo, sin embargo, en este trabajo no es necesario detenerse en esa discusión.

13. (Tuzet, 2021, p. 79).

14. «En efecto, en la filosofía contemporánea se suele definir el *conocimiento* como *creencia verdadera y justificada*» (Tuzet, 2021, p. 80).

15. (Taruffo, 2010, p. 139). También Haack con Bentham: «recordando la “*marvelous metaphor*” de Bentham que se refiere a la «*Injustice, and her handmaid Falsehood*», que «*factual truth is an essential elemento of substantive justice*». Susan Haack, citada por (Taruffo, 2010, p. 115).

una decisión, por ejemplo, de culpabilidad de homicidio será justa en la medida que se haya justificado que el declarado culpable mató a otro sujeto sin causa de excusa<sup>16</sup>.

Resumiendo hasta aquí: (a) el descubrimiento de la verdad es el objetivo principal del juicio; (b) la verdad consiste en la correspondencia con los hechos relevantes; y (c) su descubrimiento es una condición que las decisiones deben satisfacer para ser justas.

#### 4. LA VERDAD EN EL PROCESO JUDICIAL. CRÍTICA A LA DISTINCIÓN ENTRE *VERDAD PROCESAL* Y *VERDAD MATERIAL*

Taruffo siempre sostuvo que el concepto de *verdad como correspondencia*, es el único que resulta sensato en el contexto procesal<sup>17</sup>. De hecho, «[l]a función de la prueba es justamente ofrecer al juzgador conocimientos fundados empírica y racionalmente acerca de «los hechos de la causa»»<sup>18</sup>. Sin embargo, no son pocos los juristas que sostienen que la *verdad procesal* o *verdad formal* es distinta a la *verdad material* o *sustantiva*. La primera sería la establecida en un proceso por un juez dotado de autoridad para ello. La segunda es la verdad por fuera del proceso, la que se corresponde con lo que realmente ocurrió. Y, a partir de esta distinción, suelen sostener que en un juicio lo que se establece es la verdad formal o procesal<sup>19</sup>.

Marcar esta diferencia dentro de un proceso judicial, no es adecuado. Como Robert Summers<sup>20</sup> lo sostiene, verdad procesal y verdad material deben *coincidir* en un proceso y no solo por *razones de justicia*, sino también por *razones de utilidad*: «si una regla de derecho se aplica judicialmente a los hechos verdaderos que prevé, la regla también se puede evaluar para determinar la idoneidad de su formulación y la solidez de cualquier hipótesis de medios y objetivos que encarna»<sup>21</sup>. Por ende, en un sistema jurídico bien diseñado, «los resultados judiciales de la verdad jurídica formal generalmente coinciden con la verdad sustantiva en casos particulares»<sup>22</sup>.

Sin embargo, aún queda la duda de si la distinción: verdad procesal (o formal) y verdad material podría servir para justificar el contenido de las premisas fácticas que contienen afirmaciones sobre hechos que realmente no ocurrieron. Tuzet señala que

16. Se suele decir que los litigantes persiguen sus propios intereses y no el esclarecimiento de la verdad, y puede que sea así. Pero, parece claro que el juez debe «hacer justicia» y ello implica, esencialmente, que su reconstrucción de los hechos del juicio sea verdadera, lo que se consigue a partir de las pruebas.

17. Véase, (Taruffo, 2011, p. 182); (Taruffo, 2008, pp. 20 y ss). «[E]l juez no apuesta, no hace pronósticos, no juega y no arriesga: su tarea es “dar certeza”, es decir, resolver la duda acerca de la verdad o la falsedad de las hipótesis sobre los hechos. Elige entre alternativas originalmente inciertas, pero decide cuál de las alternativas puede considerarse “cierta” porque su verdad o falsedad ha sido demostrada por las pruebas». (Taruffo, 2010, p. 221).

18. (Taruffo, 2008, p. 28). También véase: (Taruffo, 2010, p. 106); y (Taruffo, 2006, p. 168).

19. Véase, Carnelutti (1915), Kelsen (1945), entre otros.

20. Sigo la reconstrucción de la postura de Summer realizada por (Tuzet, 2021, p. 97 y ss).

21. (Summers, 1999, p. 498).

22. *Ibid.*

pueden darse divergencias de dos tipos. Las que denomina «patológicas» debido a errores «de los jueces o del jurado, a su incompetencia o, aún peor, a su mala fe, así como a otros límites no eliminables (p. ej., los límites temporales o la imposibilidad de garantizar una asistencia legal del mismo nivel cualitativo a todos los sujetos)»<sup>23</sup>. Y, divergencias «justificadas» por el propio sistema jurídico a las que Summers llama «racionales», como las orientadas a *proteger derechos fundamentales* de los sujetos involucrados, por ejemplo, la prohibición de usar pruebas adquiridas ilegalmente porque violan el derecho a la intimidad, o el derecho a la defensa. En estos casos hay una ponderación previa realizada por el legislador que determina la prevalencia de los derechos fundamentales frente al valor de la verdad. También, hay razones *epistémicas* que motivan la inclusión de algunas las reglas de exclusión probatoria, por ejemplo, si bien la prohibición de torturar al imputado o al testigo está dirigida a proteger sus derechos fundamentales, esa regla también tiene una razón epistémica, pues la tortura no es un método *fiabile* de descubrimiento de la verdad, otro ejemplo de exclusión de prueba por su falta de fiabilidad es la exclusión de los testimonios «de oídas». Así, algunas divergencias son racionales porque están diseñadas para proteger algunos derechos fundamentales y otras lo son por razones epistémicas. En general, Summers concluye que «cuando la divergencia entre verdad procesal y material está justificada, ese es el precio que pagamos por un sistema que persigue muchos fines no siempre compatibles»<sup>24</sup>.

Estar conscientes de los límites que dentro de un proceso judicial existen para el conocimiento de la verdad (patológicos o racionales) no puede equivaler a desconocer que el objetivo principal de un juicio es el descubrimiento de la «verdad de verdad». Como señala Taruffo:

Por un lado, cabe observar de un modo general que no existen varias especies de verdad según si nos encontramos dentro o fuera del proceso: [...] la verdad de los enunciados sobre los hechos del caso depende de la realidad de estos hechos, y ello ocurre tanto en el proceso cuanto fuera de aquél. La distinción entre verdad «procesal» y verdad «real» carece, entonces, de fundamento [...]. En cuanto a las reglas que se refieren a la admisión, a la práctica, y algunas veces también a la valoración de las pruebas, pueden limitar o condicionar la búsqueda de la verdad de varias formas, pero esto no implica que determinen el descubrimiento de una verdad *diferente* de la que se podría descubrir fuera del proceso. Estas producen sólo un déficit en la determinación de la verdad que tiene lugar en el proceso, al impedir, por ejemplo, la adquisición de pruebas relevantes o la determinación de hechos cuyo conocimiento es importante para la decisión. Pero este déficit no implica que exista una verdad *procesal*: sólo implica que en un proceso en que rigen normas que limitan la posibilidad de utilizar todas las pruebas relevantes se determina sólo una verdad limitada

23. Este tipo de divergencias podrían minimizarse si los juzgadores estuvieran bien preparados. A partir de la distinción entre hecho externo, hecho percibido y hecho interpretado, Daniel González Lagier plantea que pueden surgir «problemas de percepción» y «problemas de interpretación» que, como señala el autor, «constituyen escollos que el juez debe superar a la hora de valorar la prueba» de los hechos. Véase, (González L., 2013, pp. 22 y ss).

24. (Summers, 1999, p. 511), citado por (Tuzet, 2021, p. 100).

e incompleta, o –en los casos más graves– no se determina ninguna verdad. El problema no se refiere entonces a la verdad, sino a los límites dentro de los cuales la regulación del proceso permite que sea determinada<sup>25</sup>.

## 5. EXCLUSIÓN DE PRUEBA RELEVANTE

En aquellos casos donde el derecho dispone la exclusión de pruebas estamos frente a los llamados *casos fáciles* por la teoría de la argumentación, ya que una vez conocidos los detalles que confirman que no existen razones de excepción para la exclusión, no debería haber discusión sobre la respuesta correcta, pues los datos normativos y los fácticos de los que depende la solución no ofrecen dudas. Justificar la decisión en relación con estos casos supone efectuar una subsunción, cuyas premisas contendrían los referidos datos normativos, por ejemplo:

- *Premisa normativa*: la norma «x» exige excluir pruebas obtenidas por medio de grabaciones no autorizadas entre abogado y cliente;
- *Premisa fáctica*: en el caso, la grabación «g» de la conversación entre el acusado «S» y su abogado «A» no estuvo autorizada;
- *Conclusión*: por tanto, la grabación de la conversación «g» entre el acusado «S» y su abogado «A» debe ser excluida como prueba.

Esta conclusión llevará al juez a decidir la exclusión de la prueba en cuestión, con un enunciado del tipo «se excluye la prueba “g”». Como se ve, en estos casos se pueden llegar a decisiones que limitan el descubrimiento de la verdad, pero esto ocurre de manera *justificada*, porque –como ya se dijo– al derecho no solo le interesa la verdad, pues hay otros valores que también son importantes y que hasta pueden prevalecer sobre esta, para el caso del ejemplo, el *secreto profesional* entre abogado y cliente.

## 6. LA CORRECTA VALORACIÓN DE LA PRUEBA COMO HERRAMIENTA FUNDAMENTAL PARA EVITAR ERRORES «PATOLÓGICOS» EN EL DESCUBRIMIENTO DE LA VERDAD DE LOS HECHOS DEL CASO

Ahora bien, fuera del tipo de casos que se subsumen a la exclusión probatoria normativamente establecida no está justificado apartarse del objetivo de descubrir la verdad dentro de un juicio. Sin embargo, con frecuencia nos encontramos frente a casos, «patológicos» que contienen *aparentes* buenas razones que supuestamente *justifican* creer que «p» y por tanto concluyen que es *correcto*, por ejemplo, condenar a «X», pero, en realidad «p» es falso. Para ejemplificar esta situación me voy a referir al caso

25. (Taruffo, 2010, p. 101).

Wanninkhof<sup>26</sup>: Rocío Wanninkhof, una joven de 19 años, desapareció en condiciones extrañas cerca de Mijas (provincia de Málaga – España). Después de algunas semanas apareció su cadáver calcinado, lejos de ese lugar. La policía consideró que la autora del crimen había sido Dolores, la expareja de la madre de Rocío. No se habían conseguido pruebas contundentes, pero, la misma madre de Rocío estaba *convencida* de que Dolores había matado a su hija, así lo manifestó en los medios de comunicación de manera vehemente y la opinión pública, en general, también se había convencido de la culpabilidad de Dolores. Tras el juicio se aceptó la tesis acusatoria de la fiscalía, por tanto, se declaró a Dolores autora del delito de asesinato y se le condenó a la pena de quince años y un día de prisión. A los casi dos años de la sentencia, mientras se estaba investigando la desaparición y asesinato de otra joven en una localidad cercana a Mijas, la policía descubrió que el autor de ambas muertes había sido Tony King, pues su ADN coincidía con el de los restos biológicos hallados en una colilla recogida en el lugar en el que había aparecido el cadáver de Rocío<sup>27</sup>.

¿Podría haberse evitado el error cometido en el caso Wanninkhof? ¿Podrían evitarse este tipo de errores en los juicios y cumplir con el objetivo de descubrir la verdad de los hechos del caso? ¿Cómo? O, en general, ¿cuáles son las condiciones mínimas que deberían darse para que la decisión sobre los hechos de un caso se considere justificada (es decir, probada)?

Esto nos lleva al núcleo de la argumentación probatoria: la valoración de la prueba

## 7. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El núcleo de la argumentación, inferencia o razonamiento probatorio<sup>28</sup> es *valorar*: (i) las fortalezas y debilidades de cada uno de los medios de prueba (prueba pericial, testimonio de testigos, etc.); (ii) el fundamento del enunciado de carácter general (nuestro conocimiento general del mundo expresado en máximas de experiencia o conocimientos científicos<sup>29</sup>) que sirve como enlace<sup>30</sup> entre los medios de prueba y la hipótesis o conclusión; y, (iii) el grado de confirmación de la hipótesis.

26. Tuve conocimiento de este caso gracias a Manuel Atienza. La descripción de este caso puede verse en (Atienza, 2013, p. 139-144).

27. Este caso ha llegado a ser muy conocido en América Latina debido los documentales que sobre el mismo se han producido y transmitido por servicios de *streaming* por suscripción.

28. Como se sabe, un razonamiento está compuesto por un conjunto de enunciados tomados como puntos de partida a los que se llama *premisas*, que conducen a afirmar, de modo justificado, otro enunciado que constituye la *conclusión*.

29. Es raro que la generalización de la que depende la justificación de una inferencia sea una proposición universalmente verdadera.

30. Daniel González Lagier sostiene que el enlace entre los elementos de juicio y la hipótesis a ser probada a más de tener carácter empírico, puede tener carácter normativo o conceptual. A las inferencias cuyo enlace es empírico las denomina *inferencias probatorias empíricas*, a las que tienen como enlace una norma de origen legal o jurisprudencial las denomina *inferencias probatorias normativas* y a las que

¿Cómo o con qué criterios realizamos esta valoración? Históricamente se han dado dos respuestas, a través del *sistema de prueba legalmente tasada* o del *sistema de libre valoración de la prueba*. El primer sistema consistía en establecer reglas que predeterminaban, de manera general y abstracta, el valor que el juez debía atribuir a cada medio de prueba, por ejemplo, la necesidad de al menos dos testigos de cargo para determinar la culpabilidad; el objetivo de este sistema fue vincular al juez a lo determinado legalmente:

Desde la edad de los glosadores a la de los comentadores, una intensa actividad de puesta a punto doctrinal definió (no sin conflictos de opinión incluso sobre puntos sumamente relevantes) las reglas sobre las pruebas y el peso específico de cada medio de probatorio. Testimonios, prueba escrita, notoriedad, confesión, juramento, presunciones, indicios: todo fue analizado y sistematizado por los *doctores* con la finalidad de proporcionar al juez criterios precisos de conducta<sup>31</sup>.

Este sistema fracasó, porque a pesar de que la atribución legal a cada medio de prueba de un valor probatorio específico pretendía tener fundamento empírico, lo cierto es que su construcción «en torno a la confesión del reo y al uso de la tortura como instrumento procesal, más el impulso crítico de la Ilustración»<sup>32</sup>, provocó su abandono, dando paso al modelo de la libre valoración de la prueba<sup>33</sup>.

El sistema de la *libre valoración de la prueba*, originalmente fue concebido como un juicio empírico realizado por el juez a la luz de las pruebas. Sin embargo, no fue interpretado en su sentido originario, sino como libre de cualquier regla, medio y contenido probatorio, convirtiéndose en una especie de «momento *místico*», en palabras de Perfecto Andrés Ibáñez<sup>34</sup>, o de «persuasión libérrima y sin sujeción a pruebas», en palabras de Marina Gascón<sup>35</sup>, quedando equiparado a la existencia de un estado psicológico de convencimiento o certeza del juez que le llegaría por medio del instrumento mágico de la *inmediación*<sup>36</sup>, como única vía de acceso a la verdad de los hechos en un proceso. Todo esto, como es fácil inferir, ligado a la idea de verdad formal o procesal<sup>37</sup>.

---

tienen como conexión una definición o regla conceptual las denomina *infrenca probatoria interpretativa*. Véase, (González, L., 2020, pp. 416-418).

31. (Padoa Schioppa, 2003, p. 281), citado por (Tuzet, 2021, p. 231, nota 18).

32. (Andrés, I., 2009, p. 27-43).

33. Véase, (Ricaurte, 2019, p. 209, nota al pie 330).

34. (Andrés, I., 1992, p. 280).

35. (Gascón, 2010, p. 32).

36. «Con base en la “inmediación”, además se generaron construcciones doctrinales y jurisprudenciales plagadas de malos entendidos, entre las que cabe destacar: la supuesta facilidad en la valoración de la prueba testifical, el sobredimensionado valor de la “oralidad”, y la confusa y muy arraigada distinción entre “prueba directa” y “prueba indirecta o indiciaria”, que otorgaba mayor calidad probatoria a la primera, pues se sostenía que con base en ella el juez podía alcanzar verdades plenas o certeras, mientras que la prueba indirecta, solo servía para probar hechos secundarios y, por tanto, a partir de esta no se podían probar los hechos de un caso». (Ricaurte, 2019, p. 368, nota al pie 658).

37. Véase, (Taruffo, 2008, pp. 24-25). También, (Taruffo, 2011, p. 24).



Por fortuna, la concepción de la libre valoración de la prueba como «íntima convicción» o «apreciación en consciencia» del juez ha sido reemplazada<sup>38</sup> por la concepción *racional*, según la cual, el juez, a pesar de tener «poder discrecional en la valoración de la prueba, no está en absoluto desvinculado de las reglas de la racionalidad»<sup>39</sup>. ¿Cuáles son esas reglas de racionalidad? En nuestras legislaciones y jurisprudencia suele constar que la valoración de la prueba debe realizarse de acuerdo a las *reglas de la sana crítica* que, como lo señala Daniel González, «pueden reinterpretarse como los criterios de la racionalidad epistemológica, esto es, los criterios específicos de corrección de los razonamientos con los que intentamos conocer el mundo»<sup>40</sup>. En todo caso, como advierte Taruffo, estos criterios «no pueden ser entendidos como un elenco completo y taxativo, sino simplemente como la indicación de las condiciones sin las cuales se torna probablemente imposible hablar de una valoración racional»<sup>41</sup>.

Se trata de criterios de valoración que aplican factores como la pertinencia y relevancia, el peso, la gravedad, la fiabilidad, la cantidad, la diversidad de las pruebas; el grado de fundamentación de las generalizaciones empíricas, de su probabilidad entendida como frecuencia; la confirmación de la hipótesis o su refutación, la eliminación de hipótesis alternativas, la coherencia de la narración de la hipótesis<sup>42</sup>, etc... Estos criterios son los que permitirán determinar la *fuerza* con la que las premisas del razonamiento probatorio comprueban la hipótesis o conclusión sobre los hechos del caso. No obstante, para saber si la hipótesis «más fuerte» alcanzó el nivel necesario como para basar la decisión en ella y darla por probada será necesario aplicar el *estándar de prueba* correspondiente.

38. Al menos a nivel teórico, pues en la práctica aún se observa la aplicación del sistema de libre valoración de la prueba en en clave psicologista, como «íntima convicción del juez».

39. (Taruffo, 2009, p. 161).

40. (González L., 2022, p. 383).

41. (Taruffo, 2011, p. 423). Taruffo, señala, como criterios orientativos, los siguientes:

- a. La valoración de la prueba no debe realizarse con métodos considerados irracionales dentro de la *cultura común* del contexto social en el que la decisión se formula.
- b. Deben utilizarse de manera adecuada *todos los datos empíricos* (medios de prueba) disponibles. Elementos que deben ser contralados y verificados mediante criterios intersubjetivos.
- c. El empleo de *esquemas adecuados de razonamiento*. Es decir que el paso de una a otra proposición sea correcto.
- d. El *uso de las máximas de experiencia debe ser restringido y crítico*.
- e. El *razonamiento probabilístico debe ser usado de manera apropiada*.
- f. La *valoración conjunta de una pluralidad de elementos de prueba* debe ser racional. Las condiciones mínimas a las que puede reconducir la racionalidad de la valoración conjunta son: valorar todos los elementos de prueba disponibles y relevantes; razonar sin contradicciones internas, es decir que la misma circunstancia no se considere contemporáneamente verdadera o falsa; y que no se presenten contradicciones entre los resultados de la valoración conjunta. Véase, (Taruffo, 2011, p. 423-427). Marina Gascón, llama a estos criterios «reglas epistemológicas» o «garantías de verdad». Véase, (Gascón, 2010, p. 104).

42. De manera analítica, en varios de sus trabajos, Daniel González Lagier presenta los criterios de racionalidad epistemológica, según se trate de (a) los *hechos probatorios*; (b) el *enlace* y (c) la *hipótesis del caso*. Véase, (González, L. 2022, pp. 382-394), también: (2005), (2013), (2020).

## 7.1. Dos metáforas sobre la valoración de la prueba

Antes de continuar con la función de los estándares de prueba quisiera referirme a dos metáforas que describen en lo que consiste el proceso de valoración: la metáfora del *mosaico* de Taruffo y la metáfora del *crucigrama* de Susan Haack.

Michele Taruffo en su libro *La semplice verità* (2009) para describir la valoración de la prueba en un juicio usa la metáfora del *mosaico*, según esa metáfora no hay mosaico sin teselas y las teselas, singularmente consideradas, nada dicen acerca de la figura global del mosaico:

Un mosaico<sup>43</sup> «vale» más que la suma de sus piezas, y el «valor agregado» corresponde al diseño según el cual se ubican las piezas individuales<sup>44</sup>. [P]or un lado (...) las pruebas se admiten y valoran adoptando una perspectiva rigurosamente analítica: (...), si no existen las teselas el mosaico no puede componerse. Por otro lado, en el momento de la decisión final el juez debe construir una narración que dé cuenta de la situación de hecho completa que ha sido objeto de determinación: si, como se ha dicho, todos los enunciados referidos a los hechos del caso han sido adecuadamente confirmados por las pruebas, entonces están todas las piezas necesarias y el juez puede formar el mosaico de su reconstrucción de los hechos. En el interior de éste cada enunciado encuentra su posición apropiada y adquiere el significado que le corresponde en el contexto de la narración total...<sup>45</sup>.

La metáfora del *crucigrama* de Susan Haack nace de la idea de «*warrant*», es decir, de la «garantía» probatoria. En el ámbito epistemológico garantía (*warrant*) indica el nivel en que las pruebas apoyan una tesis<sup>46</sup>. Las pruebas que garantizan una hipótesis se entrelazan y combinan de tal modo que apoyan el resultado probatorio en un grado que ninguna prueba, considerada por sí sola, podría alcanzar. Dice Haack que la mejor forma de ver la *garantía probatoria* es entenderla como el progresivo colmado de un crucigrama, donde cada entrada contribuye a la determinación de otras entradas y donde cada hipótesis tiene un nivel de corroboración proporcional a las combinaciones que habilita<sup>47</sup>. Así, el grado de solidez de una hipótesis en un crucigrama depende: (i)

43. Señala Taruffo: «Un modelo análogo, si bien más complejo y rico en implicaciones epistemológicas, es el esquema de palabras cruzadas propuesto por HAACK, 1993: 81.» (Taruffo, 2010, p. 253, nota al pie, 157).

44. Lo que no implica, explica Taruffo, reemplazar la valoración conjunta (holista) de la prueba, por la valoración individual (analítica o atomista). En realidad, entre las dos perspectivas se da una relación dialéctica. (Taruffo, 2010, p. 253).

45. (Taruffo, 2010, pp. 253-254).

46. «El carácter fundamental de las inferencias se comprende fácilmente si se considera el concepto epistemológico general del *warrant*, que fue propuesto tiempo atrás por Stephen TOULMIN como núcleo fundamental de un modelo general de argumentación, y que recientemente ha sido retomado y analizado por Susan HAACK. Se trata de un concepto generalísimo que no está referido sólo a la actividad de investigación del científico, sino también a la actividad de cualquiera que deba determinar racionalmente la verdad de una aserción». (Taruffo, 2010, pp. 234-235). De acuerdo a Taruffo el concepto de *warrant*, debería ser traducido al castellano, en el contexto de la prueba jurídica, como «confirmación».

47. (Haack, 2008, p. 263).

del soporte (*supportiveness*) que las pruebas ofrecen a las conclusiones o hipótesis, (ii) de la seguridad independiente (*independent security*) de las pruebas, y (iii) de la comprehensividad (*comprehensiveness*) de las pruebas disponibles.

La metáfora del crucigrama de Haack ofrece una descripción de la valoración de la prueba que permite precisar los factores que determinan el grado en que las pruebas *garantizan* una hipótesis o conclusión, así como también, las condiciones en las que operan dichos factores provocando un incremento del grado de garantía (solidez) cuando se combina pruebas diferentes.

Las pruebas pueden representarse como las telas de un mosaico, los eslabones de una cadena, las partes de un edificio, las voces de un crucigrama, inclusive la expresión «cuadro probatorio» nos lleva a pensar en las partes de un todo. En un juicio las pruebas se conectan y combinan constituyéndose en un todo más o menos complejo con el objetivo de llegar a descubrir lo que realmente pasó. En otras palabras, *canon atomista* y *canon holista*<sup>48</sup> interactúan permanentemente.

Los jueces o tribunales que valoren la prueba correctamente, no deberían incurrir en errores como los cometidos en el caso Wanninkhof. La valoración de un testimonio implica la valoración de su *fiabilidad*, es decir, su idoneidad para producir creencias verdaderas y justificadas, pero no solo, porque la valoración de la prueba forma parte de la valoración global de las pruebas y de las versiones que se contrastan; es decir, el testimonio, aun dependiente también de la credibilidad del testigo y del contenido «interno» de la declaración, es proporcional al número y calidad de sus contrastaciones externas. En el caso Wanninkhof no hubo una correcta valoración de la prueba, al testimonio de la madre de Rocío se le concedió una fiabilidad y peso injustificado (por lo general, los ordenamientos jurídicos disponen la exclusión de los «testimonios de oídas»), y lo más grave fue que tanto ese testimonio como el resto de las pruebas o hechos probatorios del caso no fueron contrastados con una prueba relevante: el ADN hallado en la colilla de cigarrillo que se recogió del lugar en el que se encontró el cuerpo de Rocío.

Naturalmente, la correcta valoración de la prueba no elimina la *falibilidad* del razonamiento probatorio, pero, sí reduce, al máximo posible, el riesgo de error<sup>49</sup>.

## 8. LA FUNCIÓN DEL ESTÁNDAR DE PRUEBA

¿Quién debe cargar con el riesgo de error? Después de la valoración de la prueba el juez puede estar *más* o *menos* seguro de la hipótesis que considera más probable y debe tomar una decisión. En términos teóricos, un juez debe dictar una sentencia no solo sobre la base de razones para *creer*, sino también de razones para *actuar*. El estándar

48. Sobre la concepción holista y el método analítico, véase, (Taruffo, 2011, pp. 307-325).

49. (Bayón, 2008).

requerido por el Derecho depende de los valores en juego: cuánto más alto es el valor puesto en juego, mayor habrá de ser el estándar de prueba o de decisión. El ejemplo principal es el estándar que se requiere para condenar en un proceso penal: «más allá de toda duda razonable». El significado central que se expresa a través de este estándar es claro: se requiere de un grado muy alto de corroboración de la hipótesis o conclusión de culpabilidad, muy cercano a la certeza, con la intención de reducir al mínimo el riesgo de condena a un inocente.

Cuando no existen normas que determinen el estándar de prueba que se considera suficiente para que se produzca ciertos efectos, la decisión de considerar probados los enunciados fácticos debe tomarse según criterios racionales<sup>50</sup>. Por ejemplo, «la preponderancia de la prueba» que suele aplicarse a los procesos civiles, según el cual el juez debe elegir la hipótesis sobre los hechos con un nivel de corroboración relativamente mayor respecto de cualquier otra hipótesis. Un criterio muy similar es el de la «probabilidad prevaleciente» o «más probable que no», según el cual una hipótesis fáctica debe elegirse si su probabilidad prevalece sobre la probabilidad de cualquier otra hipótesis, y en particular sobre la probabilidad de la hipótesis contraria<sup>51</sup>.

Con una correcta valoración de la prueba y la adecuada aplicación del estándar correspondiente el juez tiene todos los elementos para llegar a una decisión justa. En el caso Wanninkhof existía, al menos, «una duda razonable» que exigía confirmar el estado de inocencia de Dolores.

## 9. CONCLUSIÓN

La argumentación jurídica insiste en la importancia de los controles de racionalidad de la práctica jurídica, en particular de la decisión judicial a efectos de que esta posea una justificación racional. El juez que motive racionalmente su decisión será capaz de «poner las buenas razones en la forma adecuada para que sea posible la persuasión»<sup>52</sup>.

En la motivación judicial y en particular en la *argumentación probatoria* se observa una clara preeminencia de la *dimensión material*. Si concebimos a la decisión judicial como la conclusión de un silogismo práctico<sup>53</sup>, su justificación consistirá en mostrar la corrección del razonamiento lógico que conduce de las premisas a la conclusión. Ello supone que las premisas de las que se parte sean correctas. La corrección de la premisa fáctica presupone la comprobación de los hechos relevantes del caso. El juez debe decidir sobre la verdad o falsedad de los enunciados que describen los hechos. De

50. Véase, (Taruffo, 2010, pp. 249-250).

51. Véase, *ibidem*, p. 250. El análisis de estos estándares de prueba puede consultarse en (Taruffo, 2010, pp. 250-252).

52. (Atienza, 2013, p. 114).

53. Ya sea para mostrar cómo *es y debe ser* el razonamiento judicial justificatorio o para *analizarlo*, la adhesión a la teoría del silogismo es generalizada.

modo que lo realmente importante en el razonamiento probatorio es ser capaz de dar cuenta de las fortalezas y debilidades que cabe atribuir a los medios de prueba de los que dependen los hechos probatorios enunciados en las premisas de carácter individual, que luego pasarán a formar parte de la conclusión o hechos probados; de contar con una generalización empírica (máxima de experiencia) lo suficientemente sólida como para justificar el paso de los medios de prueba a los hechos probados o conclusión; y de asumir que los presupuestos que presiden el razonamiento probatorio de un juez no son solo cognoscitivos (teóricos), sino también *prácticos*.

Con lo dicho, queda evidenciado que en la descrita actividad argumentativa se presenta una *dimensión formal* relevante. Decíamos que la justificación de la decisión judicial ha de consistir en mostrar la corrección del razonamiento lógico que conduce de las premisas a la conclusión, lo que incluye la corrección o justificación de las premisas de las que se parten. Para referirnos a estas dos justificaciones es un lugar común en la teoría de la argumentación jurídica hablar de *justificación interna* y *justificación externa*<sup>54</sup>. Se entiende que una decisión está *internamente justificada* si se infiere de sus premisas según las reglas de inferencia aceptadas. Y, estará *externamente justificada* cuando sus premisas o razones son calificadas como buenas. Cuando en un caso los hechos son controvertidos, la exigencia de justificación externa aparece<sup>55</sup>. Para que la justificación de una decisión esté completa, ésta debe estar interna y externamente justificada, con independencia de que en determinados casos el peso de la argumentación recaiga sobre la justificación externa. Como lo ha dicho por reiteradas ocasiones Atienza, la lógica es especialmente relevante tanto para evitar errores de razonamiento como para dar claridad a la argumentación.

Finalmente, el enfoque *dialéctico* en las decisiones judiciales ocurre en el contexto de las decisiones tomadas por jueces miembros de un tribunal, el juez ponente *convencerá* a los otros jueces sobre la corrección de la argumentación que propone. Mientras que el enfoque *retórico*, puede observarse a través de la función pedagógica de la motivación, de la «explicación» de la racionalidad de la decisión. En la medida en que se pretende explicar la racionalidad de la decisión, la motivación quiere ser *persuasiva* de su corrección o bondad respecto de las partes en el proceso y del público en general. Cuando Bentham argumentaba sobre la libre valoración de la prueba, sostenía que la convicción del juez no significaría nada si no estuviese acompañada de la del público: «no basta con que su decisión sea justa, sino que es necesario que además lo parezca»<sup>56</sup>. Además, la exigencia de motivar las decisiones, en cuanto manifestación pública, contribuye a garantizar su racionalidad, «lo que menos se debe temer (de los jueces) son los poderes discrecionales que sólo se les confía con la condición expresa de que motiven en

54. La distinción entre «justificación interna» y «justificación externa» es de Wróblewski (1974).

55. Cuando la resolución de un caso requiere solo de justificación interna, nos encontramos frente a los denominados «casos fáciles» mientras que los que precisan justificación externa son los llamados «casos difíciles». (Atienza, 1991, pp. 45-46).

56. (Bentham, 1971, p. 96, vol. 1).

todos los casos el uso que hacen de ellos. Ese freno es suficiente, porque les deja toda la responsabilidad»<sup>57</sup>. Por lo demás, respecto del propio juez, la motivación juega un papel corrector, porque al hacerlo puede descubrir errores en su razonamiento; como suele decir Perfecto Andrés Ibáñez<sup>58</sup>, citando a Pascal Mercier, «uno no está del todo despierto cuando no escribe».

## BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., (1992). Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (12), 257-299.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., (2009). *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- ARISTÓTELES, (1994). *Metafísica*, introducción, traducción y notas de T. Calvo Martínez. Madrid: Gredos.
- ATIENZA, M., (1991). *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: CEC.
- ATIENZA, M., (1994). Sobre la argumentación en materia de hechos: comentario crítico a las tesis de perfecto Andrés Ibáñez. *Jueces para la democracia*, (22), pp. 82-86.
- ATIENZA, M., (2006). *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.
- ATIENZA, M., (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- ATIENZA, M., (2017). Algunas tesis sobre el razonamiento judicial. *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*. 11-42. Lima: Palestra.
- BAYÓN, J. C., (2008). Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano. *Analisi e Diritto*, 31 (12), 14-34.
- BENTHAM, J., (1971). *Tratado de las pruebas judiciales*, obra compilada de los manuscritos del autor por E. Dumont (1823), trad. M. Ossorio, 2 vols., Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- CARNELUTTI, F., (1915), *La prova civile. Parte generale (il concetto giuridico della prova)*. Roma: Athenaeum.
- HAACK, S., (2008). Proving Causation: The Holism of Warrant and the Atomism of Daubert. *Journal of Health and Biomedical Law*, (4), 253-289.
- HAACK, S., (2020). *Filosofía del derecho y de la prueba. Perspectivas pragmatistas*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons.
- FERRER, J., (2022). Introducción. *Manual de Razonamiento Probatorio*. Jordi Ferrer (cord.). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, XIII – XVIII.
- GASCÓN, M., (2010). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.
- GONZÁLEZ LAGIER, D., (2013). *Quaetio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. México: Fontamara.

57. (Bentham, 1971, p. 95, vol. 1).

58. Andrés Ibáñez insiste que una de las finalidades de la motivación es «comprometerle (al juez) para evitar la aceptación acrítica, como *convicción*, de alguna de las “peligrosas sugerencias” de “la certeza sugestiva”». (Andrés, I., 1992, p. 292).

- GONZÁLEZ LAGIER, D., (2020). ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. *El razonamiento probatorio en el proceso judicial*, J. Ferrer y C. Vázquez (eds.). Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons.
- GONZÁLEZ LAGIER, D., (2022). Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba. *Manual de Razonamiento Probatorio*. Jordi Ferrer (cord.). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 353-396.
- RICOURTE, C., (2019). *Argumentación y teoría de la prueba en el mundo latino. Un punto de partida*. Alicante: Universidad de Alicante. <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/95789>
- SCHUM, D., (1994). *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*. New York: J. Wiley.
- SUMMERS, R. S., (1999). Formal Legal Truth and Substantive Truth in Judicial Factfinding – Their Justified Divergence in Some Particular Cases. *Law and Philosophy*, 18 (5), 497-511.
- TARUFFO, M., (2008). *La Prueba*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.
- TARUFFO, M., (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.
- TARUFFO, M., (2011). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.
- TUZET, G., (2021). *Filosofía de la prueba jurídica*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons.
- TWINING, W., (2022). *Repensar el Derecho Probatorio. Ensayos exploratorios*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.







# El Razonamiento práctico y el rol del abogado en la sociedad. Algunas reflexiones a partir de las contribuciones de Manuel Atienza

## Practical Reasoning and the Role of the Lawyer in Society. Some Thoughts drawing from Manuel Atienza's contributions.

Victoria Roca

### Autor:

Victoria Roca  
Universidad de Alicante, España  
[victoria.roca@gcloud.ua.es](mailto:victoria.roca@gcloud.ua.es)  
<https://orcid.org/0000-0002-8473-6503>

**Recibido:** 10/06/2022

**Aceptado:** 10/09/2022

### Citar como:

Roca, Victoria (2023). El Razonamiento práctico y el rol del abogado en la sociedad. Algunas reflexiones a partir de las contribuciones de Manuel Atienza. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 385-402. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.22>

### Financiación:

Para la realización de este artículo he contado con el apoyo del proyecto de investigación PID2021-125387NB-I00, titulado «Argumentación, constitucionalismo jurídico y derechos».

### Licencia:

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



© 2023 Victoria Roca

### Resumen

La profesión de abogado es una de las profesiones socialmente peor consideradas. Sin embargo, los ciudadanos en general, cuando precisan de los servicios de uno de ellos, asumen que el principio que ha de regir su desempeño ha de ser el de lealtad al cliente, considerando al Derecho un instrumento para hacer valer sus intereses. El «abogado-villano» pasa a ser entonces aplaudido cuando se desempeña ante los tribunales como «nuestro cómplice». Esta concepción acrítica del rol del abogado es igualmente asumida por los propios profesionales juristas. En este trabajo, tras hacer un recorrido reflexivo sobre la *praxis* jurídica a partir de las contribuciones que Manuel Atienza ha hecho vindicando el papel del Derecho (del paradigma constitucional) para la transformación social, se problematiza la convención sobre el rol del abogado, se reformula el ideal y, a partir de todo ello, se extrae como corolario el modelo de enseñanza profesional del Derecho que se exige para sentar institucionalmente las bases de un ejercicio de la profesión que reinyecte a la praxis jurídica la orientación y vigor que necesita para corregir las dinámicas estructurales discriminatorias que se apartan de los ideales de no opresión y de no dominación del constitucionalismo.

**Palabras clave:** abogado; enseñanza del Derecho; transformación social; praxis jurídica, práctica jurídica, dinámicas estructurales discriminatorias

## Abstract

Lawyers are socially poorly considered among other professionals. However, citizens in general, when requiring their services, expect them to work under the principle of loyalty to client's interests. Law is just the instrument for these purposes. Thus, the former Lawyer-villain all of a sudden happens to be praised as «our accomplice» before the court. This non-critical conception of the role of the Lawyer is also assumed by the legal profession in general. In this paper, firstly, an *ius*philosophical elaboration on the legal *praxis* is undertaken; for this purpose, we draw from Manuel Atienza's vindication on the role of Law (under the constitutional paradigm) for social transformation. Secondly, we question the convention on the Lawyer's role and we project a new ideal for this legal profession. Thirdly, as a corollary it is introduced the model of professional Legal Education required to institutionally sit the bases for the sound exercise of the Legal profession; one boosting the legal *praxis* in the orientation and with the vigor required to correct structural discriminatory dynamics falling far from the ideals of non-oppression and non-domination proper to constitutionalism.

**Keywords:** lawyer; legal education; social transformation; legal praxis, legal practice, structural discriminatory dynamics.

Alguien que no ve un cristal no sabe que no lo ve. Alguien que, ubicado en otro lugar, lo ve, no sabe que la otra persona no lo ve.

Simone Weil. *Luttons-nous pour la justice?*

Lo peor del mal no es que se haga o se sufra, sino que no se identifique como tal porque se perciba como lo normal.

Ana Carrasco-Conde. *Decir el mal*

## 1. TENSIÓN INTERNA A LA *PRAXIS* JURÍDICA: FACTICIDAD E IDEALIDAD

La perspectiva argumentativa trajo consigo una forma distinta de mirar el Derecho: de ser conceptualizado como algo ya dado, pasaba a ser visto como una práctica social cuyo desenvolvimiento, para estar críticamente fundamentado, debía estar intrínsecamente vinculado con el ejercicio de la razón práctica. Por la década de los 90, siguiendo las huellas de quienes le precedieron en este recorrido, y dentro de lo que luego ha pasado a ser conocido como el paradigma post-positivista constitucionalista, Manuel Atienza escribía: «Se trata de una visión instrumental, pragmática y dinámica del Derecho. Es la perspectiva del arquitecto que no sólo proyecta el edificio, sino que se ocupa también de –y que proyecta teniendo en cuenta– los problemas que plantea su ejecución, la funcionalidad del edificio, su valor estético, su integración en el medio, etc.; en definitiva, se trata de la perspectiva de quién no se limita a contemplar el edificio desde fuera, sino que participa activamente en su construcción y se siente comprometido con la tarea»<sup>1</sup>.

1. Atienza, 1997, p. 23.

Aquí se contenían, en fase germinal, los lineamientos de la que ha venido a conocerse como la concepción post-positivista del Derecho, en la formulación y con los acentos de Manuel Atienza y de la Escuela de Alicante. La dimensión autoritativa de la práctica jurídica está fuertemente presente: la práctica jurídica no colapsa en la práctica moral. Ahora bien, esa dimensión autoritativa está entreverada con la dimensión axiológica. Esta segunda tiene prioridad justificativa, dota a la práctica social de sentido, de legitimidad; en esta dimensión identificamos sus bienes internos.

El pragmatismo reivindicado no podía limitarse a la mera racionalidad de la adecuación entre los medios y los fines, tampoco podía tratarse, al modo de Holmes, de un pragmatismo en clave instrumentalista [el denominado enfoque de *policy*] que tenía su horizonte moral en un relativismo utilitarista anclado en la moral social<sup>2</sup>. Para un kantiano tenía que tratarse de un pragmatismo crítico –sobre los fines últimos, sobre los valores, es posible una discusión racional esclarecida; la razón (nos) vincula a esos fines críticamente fundamentados. Tales eran los mimbres para reconstruir los fundamentos de la *praxis* de forma que su dimensión ideal se constituyera en criterio y guía para el florecimiento de la vida humana, para la justicia social. Ese pragmatismo en fin debía ser –la intuición corría ya bien orientada– del tipo que un par de años después sostuvo Toulmin (en una entrevista que Atienza le hizo en 1993): «el nombre de una actitud mental en la que el valor de la teoría se juzga por el grado en que esa teoría puede ponerse en práctica, en que cabe efectuar con ella cambios **para el bien de los hombres**. Y es por esto por lo que [...] el pragmatismo es un paso en la recuperación, en la reapropiación, de la filosofía práctica que jugó un papel tan grande en el pensamiento europeo anterior a Descartes»<sup>3</sup>. Sucede que esa práctica de la discusión racional corre históricamente en un continuo (aun si con tensiones) entre las prácticas discursivas propias de la vida en sociedad (Derecho, Política y Moral). En un paulatino proceso que alcanza su culmen en la Modernidad<sup>4</sup>, Política y Moral se hacen con forma jurídica y nace así el paradigma ilustrado de una sociedad bien ordenada: el Estado de Derecho y los derechos humanos. El Derecho entonces no es puro instrumento –o no lo es solamente–, sino que es, además, componente necesario de la noción de sociedad justa<sup>5</sup>.

La doble dimensión de la práctica jurídica (su facticidad y su idealidad) y, especialmente, la irresoluble tensión entre ambas (el Derecho es, finalmente, de este mundo<sup>6</sup>) llevan a Atienza a resistirse a caracterizar el razonamiento jurídico como un caso especial de razonamiento práctico general. Así ni sitúa al Derecho exclusivamente en el

2. Cfr. Pérez Lledó, J.A., 2002, p. 245, nota 33.

3. Atienza, M. y Jiménez Redondo, M., 1993, pp. 353-355.

4. Una interesante lectura del desenvolvimiento del pensamiento jurídico desde la Edad Media a la Modernidad puede verse en Berman, H.J., 1983.

5. En este mismo sentido, Atienza, M., 2019, p. 177.

6. Atienza, M., 2012, p. 126. La ética (la moral crítica o esclarecida, y no la moral social) no es de este mundo, sino que es utopía en Muguera, J., 1990, pp. 377-419

ámbito de la razón práctica, ni piensa los desarrollos propios de la dogmática jurídica como si de una rama de la filosofía práctica se tratara. Quizá late bajo esta resistencia el mismo tipo de preocupación que llevó a Hart a no suscribir la tesis de la unidad del razonamiento práctico: evitar una concepción del Derecho que nos haga incurrir en el discurso ideológico, perder el punto de vista crítico<sup>7</sup>, disponernos al olvido de que no siempre se puede hacer Justicia a través del Derecho; ni siquiera a través del Derecho del paradigma constitucional.

A diferencia de Hart, Atienza sí suscribe la tesis de la unidad del razonamiento práctico, pero incorpora tales tensiones, y entiende que la relación entre el Derecho y la Moral (la Moral crítica) no es de parte a todo, sino que, más bien, debemos hablar de una pluralidad de relaciones entre ambos fenómenos sociales (a veces de continuidad, otras de separación); la noción de conceptos conjugados acuñada por el filósofo Gustavo Bueno<sup>8</sup>—nos dice— es la que mejor recoge el carácter heterogéneo y dialéctico de las relaciones entre ambos. La dimensión ideal de la *praxis* jurídica necesariamente exige un ejercicio de moral crítica (respondería a la relación *caso especial*), pero el Derecho es también facticidad y, por lo tanto, incluso allá donde erige una pretensión de corrección, está muchas veces teñido de torpeza moral<sup>9</sup>.

El intento por conformar el mundo social a la luz del valor de la igual dignidad y la realización de la Justicia a través del Derecho no solo nos remite a esferas no totalmente coincidentes, sino que elementos propios de la naturaleza humana imponen sus límites. Así hay dimensiones de nuestras relaciones con los demás que resultarían pervertidas de introducirse en ellas la racionalidad jurídica (esos espacios donde solo el respeto recóndito y en conciencia, el cultivo de una espontaneidad conforme a valores, funge como pegamento social), pero, además —y este sería el punto que subraya Atienza—, los contextos institucionales (la dimensión autoritativa del Derecho; los materiales jurídicos, los procedimientos, etc.) anclan la *praxis* jurídica a las cosas «como son». Así, aunque la tesis de la unidad de la razón práctica nos lleva a suscribir siempre la *supremacía* de la moral (entendida como moral crítica en clave de objetivismo mínimo kantiano), esto no implica exactamente la *tesis del imperialismo de la moral*<sup>10</sup>. Las razones morales no absorben todas las otras; las condicionan, sí, pero permiten —o pueden permitir— que las razones no morales operen con una relativa autonomía. Muchas veces sucederá que estamos ante razones jurídicas, no propiamente morales, pero su legitimidad en el contexto del discurso jurídico justificativo vendrá dada en la medida en que puedan verse respaldadas por razones morales. Esto incluso bajo la forma más diluida: tales razones jurídicas son parte de una práctica que, en su conjunto, es decente desde el punto de vista ético recién caracterizado. Para justificar su decisión, un juez puede

7. Hart, H.L.A., 1958, p. 598.

8. Bueno, G., 1978, pp. 88-92.

9. La versión más desarrollada de todas estas ideas aparece de forma impecable en Atienza, M., 2017.

10. Atienza, M., 2017, p. 223, 235-236.

tener que utilizar una razón que no sería –vista en abstracto, esto es, sin considerar el contexto institucional– la que cuenta con mejor respaldo desde el punto de vista moral. Esto sucede también en el caso del razonamiento de un abogado, cuando para ejercer el derecho de su defendido a la defensa debe examinar los argumentos jurídicos ofrecidos por la otra parte, o por el tribunal, conforme a Derecho. Examinar, en fin, la interpretación hecha por terceros y contraponer la suya como mejor lectura. Intentar hacer justicia para el caso de su defendido a través del Derecho.

En el ámbito de que se trata, el de los discursivos justificativos, Carlos S. Nino se refería a esta idea como la *racionalidad de la segunda mejor opción*. Esta caracterización puede resultar *a priori* desconcertante: si la única forma que tenemos de sentar las condiciones para garantizar los derechos humanos, para hacer justicia en tal sentido, es a través del Derecho, entonces, tal es, aun con sus límites, la primera o única forma de hacer justicia *tout court*. Los rasgos de la naturaleza humana y también las características propias del ámbito práctico de que se trata –la controversia intrínseca al ámbito de los valores – exigen la institucionalización de la razón práctica. Si esto es así, es decir si el Derecho –aun si no cualquier Derecho– es una necesidad de la razón ¿por qué hablar de la racionalidad de la segunda mejor opción, si es la –única opción– que tenemos? O, en el caso de Atienza, ¿por qué resistirse a hablar del razonamiento jurídico como un caso especial del razonamiento práctico general? ¿No hemos de erigir siempre una pretensión genuina de corrección, anclar de alguna forma el Derecho en la Moral crítica para justificar nuestras acciones invocando normas jurídicas? ¿Por qué subrayar la heterogeneidad de las relaciones entre el Derecho y la Moral incluso cuando se trata de la práctica jurídica del Derecho del paradigma constitucional? La respuesta podemos encontrarla no solo en una disposición de ambos autores hacia la claridad intelectual, sino también en una cuestión de carácter: un fuerte sentido de responsabilidad. Ambos filósofos nos recuerdan: la dimensión fáctica del Derecho no debe ser nunca maquillada, tiene que ser vista en toda su crudeza; toda práctica social –especialmente el Derecho, pero también la Moral– es falible desde un punto de vista ético. Si pensamos en el razonamiento moral, nuestra propia convicción –o los consensos de hoy– mañana puede(n) mostrarse como un atroz –y amargo para nuestra conciencia– fallo de la *phrónesis*; podemos descubrir puntos ciegos ahí donde creíamos estar asumiendo una perspectiva objetiva, imparcial. No solo, también nos veremos enfrentados a trágicos dilemas morales donde reconocer lo que Guillermo Lariguet denomina «residuo moral»<sup>11</sup> habrá de llevarnos a estar alertas, a no condescender a los límites fácticos, sino, bien al contrario, poner nuestros esfuerzos científicos y técnicos para su transformación, salir en fin de la situación trágica modificando las circunstancias del mundo que es.

Pues bien, tal falibilidad y tales dilemas se multiplican tanto más si nos trasladamos al seno de la práctica jurídica donde la institucionalización de la razón resulta todavía

11. Lariguet, G., 2015, pp. 146-153.

deficitaria –pobre– en la *praxis* de las actuales comunidades políticas democráticas. Y esto a pesar del enorme potencial que tiene el paradigma Constitucional: el horizonte ético que dibuja la Constitución ideal –aun si leído a través de los límites de la Constitución histórica– viene a constituirse en parte del antídoto contra las distintas formas de opresión estructural, incluidas todas esas injusticias y discriminaciones que algunos grupos sufren y que no derivan del ejercicio de un poder tiránico por parte de un grupo dominante que se hace con el poder, sino arraigadas en las prácticas diarias propias de una sociedad liberal –como la educación, la Administración, la producción y distribución de bienes de consumo, la medicina etc. Dinámicas de opresión resultantes de las interacciones entre individuos bien intencionados que simplemente hacen su trabajo o viven sus vidas y que no se autoperciben como agentes opresores, pero donde, sin embargo –como denuncia Iris Marion Young– están operando presupuestos y reacciones que contribuyen al mantenimiento y a la reproducción de la opresión causadas por estereotipos o imaginarios sociales acrílicos diversos, difundidos por los medios de comunicación y la cultura en general, o por rasgos estructurales de las burocracias o de los mecanismos de mercado<sup>12</sup>.

Si no me equivoco, es esa responsabilidad ética que –creo– ha llevado a Atienza a subrayar la dimensión fáctica del Derecho (y con ella los límites y tensiones que encontramos entre la dimensión autoritativa de la práctica jurídica, sus textos y procedimientos y el proyecto de hacer Justicia Social que alberga el paradigma constitucionalista), la que, al tiempo, le ha hecho estar fuertemente comprometido en su desempeño intelectual con la reconstrucción y proyección de su dimensión ideal. Sí, a través del Derecho, y del ejercicio de la razón propio del ámbito de la *praxis*, nos decía en el 2013: *Podemos hacer más*. Pero para ello habremos de pensarlo de otra forma, de crearlo, interpretarlo y aplicarlo de otra forma. Es en *Filosofía del Derecho y Transformación social*, en *Comentarios e Incitaciones*, en *Apología del Derecho y otros Ensayos* y en *Sobre la dignidad humana*, con el poso y la madurez del recorrido intelectual realizado durante varias décadas –habiendo ya publicado su *Curso de Argumentación Jurídica*– donde podemos explorar caminos intelectualmente profundos que despliegan ante nosotros una concepción del Derecho y del papel de la reflexión iusfilosófica; y específicamente, cómo deben ser pensados y desenvueltos para que contribuyan a la realización de la Justicia Social. Son estos recorridos que conmueven, textos vibrantes, textos, en fin, que piden ser acción, que llaman a la acción, a hacer lo posible porque esas ideas –bajo su valor rector: la igual dignidad, y bajo su principio motor: el afán por terminar con la miseria y la humillación humana– conformen la realidad, y sean, por fin, *praxis*.

---

12. Young, Iris Marion, 1990, pp. 41-42.

## 2. CONSTRUIR LA *POLIS*

### 2.1. En la senda de los ideales de la Ilustración

Las reflexiones que a continuación siguen dialogan con las ideas que Manuel Atienza teje para potenciar la dimensión ideal de la *praxis* jurídica del paradigma constitucional. No pretendo hacer una presentación de los ejes que de forma conjunta, entrelazada, y superpuesta vienen a conformar la concepción post-positivista del Derecho. Sí subrayaré –en el mismo sentido que advierte Atienza– que realizar el potencial emancipador implicado por el lenguaje de los derechos humanos y de forma central por el fundamento crítico que subyace a ellos exige superar la pobreza del actual desenvolvimiento de la *praxis* jurídica. Sin negar el valor civilizatorio implicado por el cambio de paradigma –el constitucionalismo avanza en un nivel discursivo, en el desarrollo de textos jurídicos donde aparecen las garantías constitucionales y legales de los derechos humanos–, tenemos ante nosotros la urgente tarea de volcar en tal *praxis* todos los desarrollos, las contribuciones, que en las últimas décadas se han realizado por la teoría argumentativista del Derecho<sup>13</sup>.

Dar este paso exige, entre otras cosas, formar a los futuros juristas para que, pertrechados metodológicamente y comprometidos con las tesis sustantivas propias del paradigma post-positivista constitucionalista, exploren todo el rendimiento que tienen como agentes prácticos. Esto sucederá si al tiempo cultivan la capacidad –y la disposición– para la *phronesis*; esto es, para la sabiduría práctica<sup>14</sup>. Se trata de que las dinámicas sociales se vean permeadas por los ideales del constitucionalismo y se conduzcan conforme a ellos; que el nivel discursivo se haga *praxis*.

Atender esta urgencia nos lleva a centrarnos en el Derecho como profesión, por ello, en los profesionales del Derecho, en los Juristas, en general, y en el ejercicio de la abogacía en particular; y es que, aunque en abstracto la del abogado es una profesión socialmente denostada, sigue siendo individualmente asumido tanto por los ciudadanos como, aun peor, por parte de los propios abogados, un modelo fosilizado y acrítico según el cuál el rol que el abogado debe asumir en el desenvolvimiento de la *praxis jurídica* consiste en ser cómplice de la parte y en disponerse a encontrar aquellos trozos

13. Atienza, M., 2017, p. 115.

14. La prudencia o sabiduría práctica es una suerte de síntesis entre el pensamiento abstracto y la experiencia del mundo. Lo que permite que esto se lleve a cabo es la facultad de la imaginación. Esta tiene dos dimensiones: Una es la dimensión estética; aquí hablamos de la imaginación como capacidad de invención, de ir más allá de la realidad para sugerir una pluralidad de alternativas que permitan resolver un problema. Otra de las dimensiones de la imaginación tiene carácter moral. Esta dimensión, a su vez, consta de dos elementos: la simpatía o compasión, esto es, ser capaz de ponerse en el lugar del otro; y la capacidad para mantener cierta distancia emocional en relación con los otros y con las cosas para adoptar una actitud de cautela y de serenidad (los romanos llamaban a esta disposición *gravitas*), Kronman, 1986, 1987, *apud* Atienza, M., 2017.

del Derecho y a reconstruir los hechos con el fin de que su pretensión salga victoriosa. ¡Finalmente –se dice– hechos y Derecho son interpretables!

Centrarnos, por lo demás, en el Derecho como profesión, nos lleva igualmente a explorar el modelo de enseñanza del Derecho que necesitamos para formar y forjar a los futuros juristas como profesionales que contribuyan a realizar el Derecho del paradigma Constitucional. Esto implicará entonces ver qué modelo de enseñanza profesional resulta como corolario de una concepción post-positivista del Derecho, qué implicaciones tiene en el ámbito de la enseñanza del Derecho la asunción de un compromiso serio con la urgencia de que la *praxis* jurídica se desarrolle efectivamente de conformidad con tal concepción.

## 2.2. Una concepción crítica del rol del abogado: el *hacedor de la polis*

La aparente paradoja –y la gran responsabilidad de los profesionales del Derecho– es que, cuánto más grande sea la brecha entre el nivel discursivo de la práctica –paradigmáticamente los valores que reconocen y garantizan los textos constitucionales– y la conformación material de las interacciones sociales a la luz de los mismos, es decir, cuánto más deficitaria sea la protección real de los derechos fundamentales en el desenvolvimiento de la *praxis* jurídica –cuántos más contravalores arroje la misma–, más acuciante será un ejercicio de reflexión teórica, de distanciamiento crítico, que después permita devolverle a la práctica jurídica su potencial vigor para la transformación social.

Explorar la idea regulativa de jurista del paradigma constitucional y, especialmente, una concepción crítica del ejercicio de la abogacía, nos llevan a abordar una concepción esclarecida de la *praxis* jurídica y del ejercicio profesional: ¿Cuál es el ideal del buen jurista? El rol de defensa de parte que caracteriza el ejercicio de la abogacía ¿lo pone en tensión con ese ideal o, más bien, como pretendo reivindicar, hay un continuo en línea de fundamentos con el ideal del buen jurista en general? ¿Qué deben compartir entre otros el buen juez, el buen fiscal, el buen jurista asesor parlamentario, el buen jurista de la Administración Pública, el buen jurista que trabaja para una corporación privada, el buen inspector de Hacienda, el buen inspector de Trabajo, el buen abogado de familia, el buen abogado penalista, el buen abogado laboralista, el buen abogado de empresa y, en fin, el buen académico?

Reivindico aquí una idea crítica de Jurista, una concepción crítica de *pensar y decidir como un jurista*; tal idea regulativa habrá de constituir el núcleo irrenunciable de todas las profesiones vinculadas con el Derecho. Así, al modo en que el juramento hipocrático rige el desempeño de las profesiones relacionadas con la salud, *mutatis mutandi* la pretensión bien fundamentada y en conciencia de hacer justicia a través del Derecho –en la medida en que esto sea posible; esto es, conscientes de sus límites– ha de regir la práctica profesional de cualquier egresado de la facultad de Derecho que ejerza como tal. De la misma manera, como profesionales, han de tener una comprensión profunda de la *praxis*



jurídica: deben saber que la lealtad –crítica– al Derecho implica el compromiso –a la hora de interpretarlo y de aplicarlo– con su dimensión autoritativa, pero también con su dimensión axiológica, *i.e.* con los valores y propósitos de las normas que vendrían a dotar al Derecho del paradigma constitucional –al menos hasta cierto punto– de sentido, de unidad e integridad ética, de legitimidad<sup>15</sup>. Entender, en fin, que el núcleo de su desempeño, incluso en una corporación privada, está intrínsecamente vinculado con la función pública: junto con el riesgo moral –como diría Atienza<sup>16</sup>– del ejercicio de la abogacía, hemos de subrayar, entonces, como contracara, la enorme responsabilidad ética que corresponde a los juristas en general. El ejercicio legítimo de la profesión pasa porque estén ciertamente implicados con la realización del bien interno propio de la práctica jurídica constitucionalista. La fidelidad al Derecho del paradigma constitucional exige que tomen conciencia de que son –siempre<sup>17</sup>– agentes prácticos –*i.e.* su actuar estará siempre axiológicamente comprometido– responsables de la realización de los valores del constitucionalismo, de los derechos. El reconocimiento de los derechos humanos y su garantía constitucional y legal es un paso inacabado en la conquista de los derechos si el texto no se hace *praxis* conformadora de la realidad social. Tal es la responsabilidad última de los abogados y de los juristas en general como agentes para el cambio social: que los titulares de los derechos sean verdaderamente beneficiarios de la protección y que como sociedad podamos celebrar finalmente el culmen de la conquista civilizatoria. Solo con su ayuda podrá realizarse el bello *dictum* de Ihering en *La lucha por el Derecho*: «La resistencia a la injusticia solo puede ser coronada con el triunfo cuando es general»<sup>18</sup>.

El debido desempeño de tal responsabilidad, su intrínseca conexión con la función pública –con la realización de la Justicia a través del Derecho– tanto a escala de la organización social (su contribución al diseño y desarrollo de la normativa jurídica adecuada, en garantía de derechos y para el logro de fines sociales, etc.), como a escala concreta (o de ponderación, a la luz del Derecho, de los intereses en tensión), exige un profundo conocimiento de la realidad fáctica (a mayor escala, *i.e.* de las circunstancias o características de un determinado ámbito socio-político, socio-económico; y a menor escala: de las circunstancias del caso concreto, aunque, también, su –inevitable– dimensión social) y de los condicionantes deónticos y axiológicos del paradigma constitucionalista. Esto implica, a su vez, el desarrollo de una fuerte capacidad deliberativa, argumentativa; una capacidad que les permita tener presentes las complejidades propias de la regulación jurídica a escala general (la perspectiva institucional) y, también, dentro de tal marco,

---

15. Dworkin, R., 1986.

16. Atienza, M., 2017, pp. 266-273.

17. Cualquier que sea la posición del jurista y su nivel de conciencia o reflexividad sus opciones metodológicas-conceptuales siempre tienen implicaciones prácticas (*i.e.* axiológicas). *Vid.* en este mismo sentido y reivindicando la importancia de una adecuada formación ético-política para los futuros juristas Pérez Lledó, J.A., 2002, pp. 249-261

18. Von Ihering, R., 2018, p. 64.

ser capaces de ver las propiedades salientes del caso concreto. En el caso de los abogados o de los juristas de una empresa: habrán de ver cómo proteger los intereses legítimos o los derechos de su empleador, o, en general, de su cliente, con el menor coste posible en términos de lesión de otros bienes y valores protegidos; ver cómo contribuir a que se haga justicia a través del Derecho, a proteger los derechos de su cliente, siendo al mismo tiempo el abogado –en su función pública– leal a los valores constitucionales con los que está igualmente comprometido y que implican la protección de otras personas (intereses particulares o intereses colectivos legítimos, valiosos)<sup>19</sup>.

### 2.3. La visibilización de las dinámicas estructurales discriminatorias y la lucha por la justicia social

La realización del potencial que para la transformación social tiene la práctica jurídica del paradigma constitucional está intrínsecamente vinculada con la formación (cultura jurídica) y carácter (virtudes) de sus participantes en general y de los profesionales del Derecho en especial. Y esto es así porque el Derecho es un artificio social y viene constituido por nuestras prácticas de creación, interpretación, aplicación y seguimiento. Es *praxis*. Es pensamiento y acción, pensamiento para la acción. Es organización y dinámica intersubjetiva dentro de la *polis*; posibilita –u obstaculiza– el florecimiento de una sociedad. Sienta las condiciones para la emancipación, o para la opresión. La complejidad de las dinámicas sociales, incluida la práctica jurídica, y el hecho de que todas esas dinámicas estén entreveradas nos llevará a ver en el Derecho (en sus formulaciones o en convenciones interpretativas de las mismas) un espejo donde se reflejan prejuicios, sesgos, que corren con mayores o menores niveles de conciencia en las dinámicas sociales informales, y ello pese al lenguaje emancipador de los derechos y de la igual dignidad que rige nuestros textos constitucionales. Por ejemplo, la sensibilidad hacia las violaciones estructurales de los derechos fundamentales de un colectivo causadas por prácticas interpretativas consolidadas en sede administrativa o en los juzgados, o en la mera dinámica del día a día, dependerá de la sensibilidad social hacia una determinada realidad (la de los jóvenes migrantes, la de los niños tutelados por la Administración, la de las empleadas domésticas, la de quienes sufren precariedad laboral y habitacional, la de quienes huyen de la guerra o de la pobreza, la de las personas con menores grados de funcionalidad física o intelectual, la de hombres y mujeres, en general, sometidos por los roles/percepciones sociales estereotipados por géneros, etcetera). No bastará meramente con narrar y mostrar para mover las conciencias, para lograr que la vulneración estructural de derechos sea percibida como lo que es, como algo injusto, inaceptable. Para que duela –para que nos duela– y genere la reacción crítica hará falta mucho más ;Qué

19. Creo que esto mismo vendría implicado por lo que afirma M. Atienza en *Filosofía del Derecho y Transformación Social*, p. 273.

más?... Son las injusticias arraigadas, el *status quo* acriticamente asumido leído ahora a través del Derecho, prácticas interpretativas (prejuiciosas, sesgadas, discriminatorias) estabilizadas. El machismo o el clasismo larvados bien saben de esto; los sesgos corren de forma sutil e inconsciente<sup>20</sup>. Son, además, terriblemente escurridizos y capaces de manipular la realidad hasta el punto de que quien proclama en abstracto un valor, luego no es capaz de ver que en el caso concreto está siendo pisoteado. El sesgo, el prejuicio es un placebo para la conciencia. Mira alrededor y piensa, todo está bien. Pero, lo cierto, es que los valores son recurrentemente dañados y que recurrentemente ciertos rasgos colocan a las personas que los tienen en una posición infundada de subyugación o de marginalidad en las dinámicas sociales (sin negar, por supuesto, que las mismas personas tengan otros rasgos que les lleven a ocupar en otros contextos posiciones de privilegio). Por el contrario, cuando el sufrimiento del otro –su queja– nos conmueve, bastará con percibirlo para que se precipite la reflexión moral, y con ella las reflexiones críticas, la sacudida intelectual. Hay veces que la reflexión solo llega cuando se sufre la violación de un valor en carne propia. Así escribió el poeta bosnio-musulmán Abdull Sidran: «No me di cuenta de que tenía garganta hasta que comenzaron a estrangularme»<sup>21</sup>. La conciencia profunda y serena de la propia vulnerabilidad quizá sea para algunos el único camino hacia la compasión. Quizá.

#### **2.4. Formarse –y forjarse– haciendo. El modelo de enseñanza del Derecho para la transformación social**

Y si, como decimos, la injusticia se hace pretendiendo hacer justicia a través del Derecho –esto es, como una forma errónea de entender la lealtad al mismo por parte de los

---

20. Los sesgos del tipo al que aquí me refiero pueden ir desde fallos del punto de vista imparcial o perspectiva ética abiertamente groseros, hasta otros mucho más sutiles, que colocan al sujeto –nos colocan– en una posición de ceguera o torpeza moral. En ocasiones son especialmente escurridizos. En cualquier caso, creemos estar formándonos un juicio desde una «perspectiva objetiva e imparcial» pero fallamos, y ese fallo tiene un coste para terceros. En el capítulo «Ética de las profesiones jurídicas» de Filosofía del Derecho y Transformación Social, p. 228, M. Atienza escribía: «La aplicación del Derecho (al interpretar las normas o determinar la prueba) puede ser parcial, esto es, contener algún sesgo a favor de un individuo, un grupo, etcétera. Eso es típicamente lo que ocurre con el juez machista (que, por ejemplo, no considera «particularmente vejatorio» «atar, amordazar y violar vaginal y bocalmente» a una mujer) o con el juez que no hace abstracción –como debiera– de sus creencias religiosas al aplicar el Derecho, y se niega a casar a una pareja de lesbianas utilizando cualquier pretexto que «permita» presentar su decisión como no violatoria del Derecho (me refiero, claro está, a un Derecho que, como el español, reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo)». Invito a reflexionar sobre versiones más sutiles y socialmente extendidas –en el contexto social actual– del primer sesgo (el que lleva a considerar de forma distinta el disvalor de una conducta según cual sea el género del sujeto pasivo de la misma). Igualmente, a tener presente cómo una concepción formalista del Derecho puede resultar un cómodo subterfugio tras el que esconder –incluso ante la propia conciencia– sesgos con enorme impacto ético.

21. *Apud* Casals, M., 2021.

juristas que participan y conforman a través de múltiples y variadas interacciones la *praxis* jurídica— ¿qué hacer? ¿cuál es la responsabilidad que tienen las Facultades de Derecho, y nosotros, sus docentes, para cambiar el devenir de la *praxis* jurídica caracterizada por un formalismo galopante que asfixia la posibilidad de hacer justicia a través del Derecho del paradigma constitucional y que genera, en realidad, contravalores violando groseramente y de forma persistente los derechos fundamentales de grupos de personas? ¿Cómo formar y forjar a los juristas para que sean agentes del cambio social y no perpetuadores de un *statu quo* contrario a la salvaguarda de tales derechos?

El proyecto pedagógico que se extrae como corolario de la reflexión que recorre estas páginas es una enseñanza jurídica que debe articularse en torno al eje de una Clínica Jurídica de Interés Público e Inclusión Social en los términos que ahora caracterizaré. Sostengo una tesis fuerte del modelo de Educación Jurídica que necesitamos implementar —comenzando quizás con grupos piloto en las distintas facultades de Derecho— para tener alguna probabilidad de éxito en la desafiante tarea de llevar a cabo una revisión y reorientación en profundidad de nuestra cultura jurídica<sup>22</sup>.

Hablar de enseñanza clínica del Derecho no implica simplemente introducir la continuidad entre la práctica pedagógica y la *praxis* jurídica propiamente dicha. Esto bien podría reiterar al infinito el desenvolvimiento que hasta el presente viene teniendo la misma<sup>23</sup>. No se trata tampoco de hacer del espacio clínica jurídica una suerte de «dispensario de justicia para pobres». El componente transformador de las dinámicas estructurales, y no meramente asistencialista, es lo que dota de sentido al modelo pedagógico que aquí reivindico. Aunque el modelo de Clínica Jurídica de Interés Público está presente en EEUU y en países de Latinoamérica, la peculiaridad y, con ello, el potencial formativo y transformador del proyecto que aquí presento es que combina la mirada que identifica dinámicas estructurales discriminatorias (la denominada perspectiva de Derecho de Interés Público) con el robusto instrumental conceptual, metodológico y con las tesis sustantivas asumidas por el paradigma post-positivista constitucionalista en los desarrollos de Manuel Atienza y de la Escuela de Alicante.

Atravesar el paradigma post-positivista con la perspectiva de identificación de dinámicas estructurales discriminatorias (propia del que en latino-américa ha sido llamado Derecho de Interés Público) genera toda una serie de tesis que vienen a constituir el marco metodológico y sustantivo de este proyecto pedagógico<sup>24</sup>.

Aquí me limito a enumerarlas, caracterizando sucintamente solo aquellas donde se encuentran los acentos del proyecto.

22. A la fecha en que reviso estas páginas he sabido que en la Universidad de los Andes, Colombia, para el curso 2022-2023 se va a echar a rodar un programa de estudios en Derecho de este tipo. Agradezco al profesor Henrick López Sterup la información.

23. En tal sentido nos advertían ya Recalde, G., Luna Blanco, T., Bonilla, D., 2017.

24. Aunque de forma muy embrionaria este proyecto está rodando en la *Clínica Jurídica de Interés Público e Inclusión social* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante. Véase <https://derecho.ua.es/es/practicas/clinicas-juridicas/clinica-juridica-de-interes-publico-e-inclusion-social.html>

Tesis primera. La concepción de la Justicia Social en el paradigma constitucional: Una concepción crítica de los derechos humanos a partir de una concepción discursiva de la razón práctica. Socialismo democrático y relevancia epistémica y normativa de la categoría de grupo social.

Tesis segunda. Transformación social y lenguaje normativo jurídico. Un enfoque complementario al enfoque de los derechos humanos: el enfoque de las responsabilidades o lenguaje –robusto– de los deberes<sup>25</sup>.

Tesis tercera. La perspectiva argumentativa y el control intersubjetivo del ejercicio del poder. La doble dimensión de la praxis jurídica y el principio del imperio de la ley. Una revisión crítica del valor seguridad jurídica<sup>26</sup>.

Tesis cuarta. Una aproximación desde las dinámicas sistémicas o estructurales a la Justicia Social. El Derecho de Interés Público como perspectiva para la transformación social a través del Derecho.

Tesis cinco. Una educación experiencial-transformativa. «Lo que hay que hacer después de haber aprendido, lo aprendemos haciéndolo. [...] Practicando la justicia nos hacemos justos». *Aristóteles, Ética a Nicómaco*.

### **Tesis Primera. Justicia Social como socialismo democrático y el valor epistémico y normativo del concepto de grupo social**

En la misma línea que Atienza, vincularé el ideal regulativo del paradigma constitucionalista con una concepción de la justicia que *a fuer de* ser kantiana (*i.e* el valor de igual dignidad es el valor rector) sea socialista.

Urge fomentar el arte de razonar (en rigor, *pensar*) para evitar caer en el punto de no retorno que supone la negación del proyecto (aun inacabado) de la Ilustración. Somos y nos hacemos en interacción con los otros: solo somos animales propiamente humanos *siendo* –pensando, reflexionando, conversando, respaldándonos, forjándonos– en las relaciones con los demás. Pero no de cualquier forma.

Los límites de las capacidades humanas individuales para alcanzar el punto de vista imparcial exigen además generar condiciones para que en los escenarios institucionales y en los informales se articulen, de verdad, todas las voces. Tal sería el potencial crítico del paradigma de la democracia deliberativa. Algo que, por cierto, ha de llevarnos a escuchar las advertencias hechas por las teorías críticas contra los riesgos silenciadores o los puntos ciegos de nuestras pretendidas perspectivas imparciales. También generar –tanto a escala regional como a escala global o planetaria– las condiciones institucionales y materiales para la igualdad real<sup>27</sup> (el fin de la miseria o el logro de la prosperidad necesaria para el florecimiento humano).

25. Lifante Vidal, I., 2020a, pp. 565-582.

26. *Ibidem*

27. El Proyecto *Constituyente Terra* sería una brújula en tal sentido, vid. Ferrajoli, 2022.

Valores tales como la autonomía, la dignidad –en su doble sentido: la reivindicación según la cual debemos ser tratados como fines y no como meros medios; y la reivindicación de nuestra capacidad para el razonamiento práctico (libre albedrío) frente a la tesis determinista– habrán de ser vistos a la luz de los principios de igual satisfacción de las necesidades básicas, del principio de fraternidad o cooperación con el florecimiento de los demás, y del principio de solidaridad o igualdad (tenemos que asumir que a veces es preciso hacer renunciaciones para que los intereses valiosos de otras personas, o colectivos, sean realizados).

El compromiso serio con la igual dignidad implica asumir en fin «que compartimos los unos el destino de los otros»<sup>28</sup> y que, por lo tanto, el nivel de justicia social dependerá de la medida en que una sociedad contenga y respalde las condiciones institucionales necesarias para la realización de los valores expuestos. Esta mirada institucional, estructural, habrá de llevarnos a explorar el concepto de grupo social y a la reconstrucción de los grupos sociales epistémica y normativamente relevantes (si bien como categoría flexible, fluida y dinámica) para nuestros propósitos transformadores<sup>29</sup>.

### **Tesis segunda. El enfoque de las responsabilidades o lenguaje –robusto– de los deberes**

Para que el enfoque de los derechos tenga un impacto real en la vida de las personas más allá de la pura dimensión discursiva de las instituciones político-jurídicas y de los reclamos en las calles por parte de la sociedad civil, es preciso completar tal enfoque con el desarrollo y materialización del lenguaje de las responsabilidades y de los deberes correlativos. Sin su cumplimiento, los derechos acaban por ser pura retórica. Necesitamos entonces una ciudadanía y un Estado activos en tal sentido; implicar a unos y otros (paradigmáticamente a los servidores públicos) en un desempeño que contribuya a la conquista material de los derechos humanos por todos sus titulares, a la luz del principio de igual dignidad.

Cuando hablo del lenguaje robusto de los deberes, me refiero a aquellos deberes que son visibilizados cuando asumimos la perspectiva o enfoque de las responsabilidades, en los términos que en diversos trabajos ha teorizado Isabel Lifante Vidal<sup>30</sup>.

Es necesario pensar sobre tales responsabilidades y hacer serios esfuerzos para satisfacerlas porque, precisamente, son instrumentos normativos de los que dispone el Derecho para fomentar la producción de ciertos estados de cosas que se consideran valiosos. Ejercer responsabilidades exige deliberar teniendo presentes principios como el de adecuación, necesidad, proporcionalidad. La calidad de tal deliberación y los

28. Rawls, J. 1999, pp. 86-87.

29. Vid. Young, I.M., 1990.

30. Además del artículo previamente citado vid. también Lifante Vidal, I., 2020b.

esfuerzos en la disposición de los medios para la satisfacción de los –nuevos– deberes de acción que resulten de este ejercicio deliberativo serán *ex post* objeto de control intersubjetivo.

En definitiva, los deberes en el sentido robusto apuntado –los que surgen también del esclarecimiento a partir de las responsabilidades– son deberes de acción y deberes de fin de *alguien*: en sentido genérico, de los demás seres humanos, también, paradigmáticamente, como señalaba y por una cuestión de eficacia en la organización de las condiciones para la justicia social, de las instituciones públicas (organismos administrativos entre otros<sup>31</sup>) y de los profesionales que en ellas se desempeñan<sup>32</sup>. Al Estado corresponde, además de esas garantías primarias, asegurar por medio del sistema de tutela judicial el cumplimiento de las mencionadas responsabilidades y deberes derivados.

#### **Tesis cuarta. Una aproximación desde las dinámicas sistémicas o estructurales a la Justicia Social. El Derecho de Interés Público como perspectiva para la transformación social a través del Derecho**

El *Litigio de Interés Público* es una práctica extendida en Latinoamérica, persigue incidir en que la Administración apruebe e implemente políticas públicas que materialicen los derechos sociales recogidos en las Constituciones. El origen de este tipo de litigio colectivo puede rastrearse en los movimientos *pro* derechos civiles en los EEUU: las *public interest actions*, que perseguían objetivos de reforma estructural y no mero resarcimiento económico de los perjudicados. Carlota Ucín caracteriza este tipo de litigios en unos términos especialmente esclarecedores para familiarizar al lector con la orientación de este tipo de perspectiva<sup>33</sup>: se trata de llevar ante los tribunales ciertos reclamos de grupos sociales que se encuentran en condiciones de desventaja, intentando provocar un cambio del *statu quo* porque se considera que el estado de cosas actual es violatorio de los derechos fundamentales y de los compromisos constitucionales en general. Esto puede pasar por: (a) revisar una práctica de Derecho Público violatoria de los derechos defendidos, o fuertemente insatisfactoria (b) revisar una estructura burocrática que, en su desarrollo reglamentario-protocolario, esté lesionando derechos fundamentales o bien (c) judicializar un caso «testigo» como estrategia para lograr un cambio estructural que afecta precisamente por ello de forma sistemática a un colectivo.

31. El Estado Social ha venido a articularse en un entramado de entidades colaboradoras privadas en las que la Administración pública delega los servicios vinculados con los derechos sociales. Tal deriva merece una reflexión por sus implicaciones sociales.

32. Las responsabilidades o deberes en sentido robusto estarían intrínsecamente vinculados con los bienes internos de las distintas profesiones en tanto en cuanto serían los valores rectores de las distintas *praxis* sociales; condición, en fin, de su legitimidad.

33. Ucín, C., 2017.

En este escenario, asumen un papel central las ONGs y otro tipo de organizaciones y asociaciones (también la figura del *amicus curiae*<sup>34</sup> y el defensor del pueblo u *ombudsman*<sup>35</sup>) que dan voz a los intereses silenciados en muchos ámbitos de la vida pública, enriqueciendo el debate, permitiendo así entender mejor el problema y, con suerte, llegar a soluciones con mayores niveles de imparcialidad; sobre todo, rompiendo con el galopante formalismo jurídico que tiene sofocada –empobrecida– la *praxis* jurídica institucional.

Aunque en España no existen hasta la fecha mecanismos procesales que permitan accionar al modo del litigio estructural –más allá de la representación de los intereses públicos, para la cual está legitimado el ministerio fiscal en casos de intereses colectivos y difusos, y la figura del coadyuvante como figura más próxima al *amicus curiae*<sup>36</sup>–, el *Derecho de Interés Público* puede incorporarse como enfoque o método a una educación clínica del Derecho que pretenda fomentar una cultura jurídica no formalista que visibilice y urja dar respuesta a través del Derecho –y con el lenguaje de las responsabilidades– a los obstáculos estructurales (institucionales e informales) que incrementan las condiciones de vulnerabilidad de ciertos grupos sociales.

El *Derecho de Interés Público*, como enfoque o como disciplina, engloba, además de la estrategia judicial, todo un conjunto de estrategias jurídicas con fines emancipatorios; así, actividades de impacto socio-político para la reforma del Derecho en el nivel que sea exigido, educación jurídica o alfabetización –argumentativa– desde la perspectiva de los derechos y las responsabilidades, dirigida a la ciudadanía en general, acompañamiento jurídico a los colectivos o individuos, etcétera). Se trata en fin de poner la formación jurídica al servicio de la visibilización, y corrección de los impedimentos políticos, sociales, económicos, estructurales que se convierten en un obstáculo para que tengamos una sociedad decente.

34. La figura del *amicus curiae* no ha sido incorporada al sistema judicial español. Su presencia –que supondría introducir la voz de la sociedad civil a través de ONGs, asociaciones diversas, académicos etc.– constituiría un importante paso en la dinamización de la esfera judicial para la protección de derechos frente a la pasividad o formalismo espurio de otras instituciones (Administración, fiscalía, o los propios juzgados). En tal sentido, una mirada realista a la actual *praxis* jurídica institucional ha de llevarnos a reivindicar la necesidad constitucional de introducir esta voz en nuestro proceso. La reforma del sistema de protección de la infancia del 2015, y la última, del año 2021, han venido a reforzar la figura del defensor judicial. Distintas ONGs y clínicas jurídicas han tratado de recurrir a tal figura, con mayor o menor éxito, para llevar a cabo una defensa más proactiva de los derechos de niños bajo tutela administrativa y de jóvenes migrantes en sede judicial. Los juzgados en España son, sin embargo, reacios a introducir esas otras voces en el proceso.

35. Una institución pública de referencia en la organización de este tipo de enseñanza del Derecho que aquí caracterizo (desde una perspectiva de Interés Público o de visibilización de dinámicas de vulneración de los derechos humanos) es la del Defensor del Pueblo. Aunque sus resoluciones solo tienen carácter de recomendaciones, el potencial crítico o de revisión de las dinámicas administrativas que tiene en España es grande; finalmente es el Alto Comisionado de las Cortes Generales (también de cada Comunidad Autónoma en el caso español) y su voz –pese a los límites competenciales– es autoridad desde un punto de vista sustantivo.

36. Vid. reflexión supra nota 34.



### Tesis cinco. Una educación jurídica clínica experiencial/transformativa

La capacitación o formación ha de darse en un contexto en el que los futuros juristas, ciudadanos de la *polis* desarrollen (desarrollemos) la capacidad de la *phronesis*: la sabiduría práctica o capacidad de llevar a cabo la síntesis entre el pensamiento abstracto y la experiencia del mundo. La sabiduría práctica para ser tal ha de compelerarnos, llevarnos a la acción, hacerse acción. Así, en la esfera de la *praxis*, una mente brillante, la inteligencia radiante, solo es tal cuando actúa: en nuestro caso, cuando, capaces de aprehender las dinámicas estructurales discriminatorias o la vulneración de derechos en un caso concreto, contribuimos a la realización de la Justicia a través del Derecho. Más allá, al límite, cuando el Derecho falla, o, cuando el Derecho no es la respuesta, preguntarnos ¿qué debo hacer? Y con altura de miras, dar una salida a lo trágico construyendo con nuestra *acción buena* la esperanza en la vida de otros.

Filósofas como Nussbaum han reivindicado el papel de la buena literatura tanto para acercarnos a otras realidades como también para la introspección (o autoconocimiento)<sup>37</sup>. Sin negar que la literatura, la música y, en general, una adecuada inmersión en las artes, pueden ayudarnos a recorrer caminos que expandan nuestra capacidad para la imaginación (ética) y para la compasión, no hay mejor lugar para conocer otras realidades —y para ir conociéndose y forjándose uno a sí mismo— que la inmersión como participante activo en los problemas y vivencias propias de aquellas personas o grupos sociales que viven la marginación, la injusticia, la vulneración de sus derechos. Sumergirse en la lucha por los derechos —de otros. Cultivar al tiempo la compasión que compele a la acción urgente, y la serenidad que nos permite ver y vivir el problema con una distancia crítica. Sumergirse en la sensación ajena de injusticia, al tiempo que sabemos tomar atemperada distancia emocional para ver, crítica, esclarecidamente, cómo hacer justicia. Y, si es posible, hacer justicia (ayudar a otro/s a hacerse justicia) a través del Derecho.

Esa será, en definitiva, nuestra responsabilidad como juristas y sentar las condiciones para el desarrollo de tales capacidades (intelectuales y éticas) ha de formar parte de un programa de enseñanza del Derecho que pueda estar a la altura del desafío de formar (y ayudar a forjar) a los futuros profesionales para que la *praxis* (político-jurídica) se desenvuelva a luz de los ideales críticos del constitucionalismo.

### BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, (2018): *Ética a Nicomaco*, Tecnos, Clásicos del Pensamiento. Estudio Preliminar de Salvador Rus Rufino.
- ATIENZA, M. (1997): *Derecho y Argumentación*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ATIENZA, M. y Jiménez Redondo, M. (1993): «Entrevista con Stephen E. Toulmin», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 13, pp. 329-356.

37. Nussbaum, M., 2009.

- ATIENZA, M. (2012), *El sentido del Derecho*, Barcelona: Ariel.
- ATIENZA, M. (2013): *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*. Madrid: Editorial Pasos Perdidos.
- ATIENZA, M. (2017), *Filosofía del Derecho y Transformación Social*, Madrid: Trotta.
- ATIENZA, M. (2019): *Comentarios e Incitaciones. Una defensa del postpositivismo jurídico*, Madrid: Trotta. Primer ed. 2001.
- ATIENZA, M. (2020): *Una apología del Derecho y otros ensayos*, Madrid: Trotta.
- ATIENZA, M. (2022): *Sobre la dignidad humana*, Madrid: Trotta.
- BERMAN, H.J. (1983): *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- BUENO, G. (1978): «Conceptos conjugados», *El Basilisco*, 1.ª época, n.º 1, pp. 88-92.
- CASALS, M. (2021): *La piedra permanece. Historias de Bosnia-Herzegovina*. Madrid: Libros del K.O.
- DWORKIN, R. (1986): *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- FERRAJOLI, L. (2022): *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, Madrid: Trotta.
- HART, H.L.A. (1958): «Positivism and the Separation of Law and Morals», *Harvard Law Review*, vol. 71, N.º 4, pp. 593-629.
- LARIGUET, G. (2015): «Dilemas, escepticismo moral e imparcialidad. Consideraciones en torno a un prólogo de René González de la Vega sobre mi libro Encrucijadas Morales», *Ápeiron. Estudios de Filosofía*, Argentina: Apeirone Ediciones, pp. 136-155.
- LIFANTE VIDAL, I. (2020a): «Sobre los conceptos jurídicos indeterminados. Las pautas de conducta y diligencia en el Derecho», *Conceptos multidimensionales del Derecho*, M.P. García Rubio y J. J. Moreso (eds.), Reus, pp. 565-582.
- LIFANTE VIDAL, I. (2020b): «¿Qué exige el principio de responsabilidad en el ámbito de la función pública?», *Documentación Administrativa*, 7, pp. 33-48.
- MUGUERZA, J. (1990): «Razón, Utopía y Disutopía», *Desde la perplejidad. Ensayos sobre la Ética, la razón y el Diálogo*, México: Fondo de Cultura Económica, pp. 377-419.
- NUSSBAUM, M. (2009): «Education for Profit, Education for Freedom», *Liberal Education*, v. 95, n.º 3, pp. 6-13. También, version extensa en *Not for Profit: Liberal Education and Democratic Citizenship*, NJ: Princeton University Press, 2010.
- PÉREZ LLEDÓ, J.A. (2002): «Teoría y praxis de la Enseñanza del Derecho», *Anuario Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 6, pp. 197-268.
- RAWLS, J. (1999): *A theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press
- RECALDE, G., LUNA BLANCO, T., BONILLA, D., (2017): «Justicia de Pobres: Una genealogía de los Consultorios Jurídicos en Colombia», *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, n.º 47, pp.1-72.
- UCÍN, C. (2017): «Litigio de Interés Público», *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 12, pp. 246-255.
- VON JHERING, R. (2018): *La lucha por el Derecho*, Madrid: Dykinson.
- YOUNG, I.M (1990): *Justice and the Politics of Difference*, NJ: Princeton University Press.



# Apología del Derecho y transformación social<sup>1</sup>

## Apology of Law and Social Transformation

Ilse Carolina Torres Ortega

### Autor:

Ilse Carolina Torres Ortega  
Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de  
Occidente, México  
torresilse@iteso.mx  
<https://orcid.org/0000-0002-5929-9137>

**Recibido:** 10/06/2022

**Aceptado:** 10/09/2022

### Citar como:

Torres Ortega, Ilse Carolina (2023). Apología del  
Derecho y transformación social. *Doxa. Cuadernos de  
Filosofía del Derecho*, (46), 403-415. [https://doi.  
org/10.14198/DOXA2023.46.23](https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.23)

### Licencia:

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



© 2023 Ilse Carolina Torres Ortega

### Resumen

La afirmación de que el Derecho es una práctica de carácter social y de que existe una relación de complementariedad entre el Derecho y el dinamismo y la historicidad de la sociedad es casi una cuestión indiscutible. Sin embargo, una de las recriminaciones más frecuentes hacia el Derecho es su apartamiento de la realidad social y su renuencia a cumplir el papel que se esperaría de él como vehículo hacia una mejor sociedad. En este trabajo se revisa la tesis de Manuel Atienza respecto a que el Derecho es una herramienta para la transformación social y también debe serlo. Lo anterior se lleva a cabo a través del siguiente recorrido argumental: (1) En primer lugar, se plantea que la perspectiva de Atienza del Derecho como una práctica social encaminada a la transformación es resultado de un conocimiento profundo de la teoría y filosofía del Derecho, pero también de la incorporación de los saberes sociales al saber jurídico. (2) En segundo lugar, se sostiene que esta visión corresponde a un punto de vista crítico, pero positivo del Derecho, por medio del cual Atienza reprueba el alejamiento del Derecho de la realidad social, sin caer en una posición normativamente vacía que reduce el Derecho a su carácter fáctico-opresivo. (3) En tercer término, se presenta, como corolario de lo anterior, su propuesta de una idea del Derecho como empresa social encaminada a conseguir una serie de fines valiosos que dotan de contenido a la transformación social.

**Palabras clave:** derecho; transformación social; apología; función social

### Abstract

The assertion that law is a social practice and that there is a complementary relationship between law and the

1. Agradezco a Alejandro Nava Tovar por la lectura y revisión crítica de este texto. Muchas de las ideas expresadas aquí son resultado de reflexiones que hemos compartido y de lecturas a las que me ha aproximado.

dynamism and historicity of society is almost indisputable. However, one of the most frequent recriminations against Law is that it is detached from social reality and avoids fulfilling its role as a means towards a better society. This paper reviews Manuel Atienza's thesis that Law, in fact, is a tool for social transformation and should also be a tool for social transformation, although not for everyone. This is done following the following argumentative path: (1) First, it is argued that Atienza's perspective of Law as a social practice is the result of a deep knowledge of the theory and philosophy of Law, but also of the incorporation of social knowledge into legal knowledge. (2) Secondly, it develops why this vision corresponds to a critical but positive view of Law, through which Atienza reproves the distancing of Law from social reality, without falling into a normatively empty position that reduces Law to its factual-oppressive character. (3) Thirdly, it presents, as a corollary of this journey, his proposal of an idea of Law as a social enterprise aimed at achieving valuable ends that give content to social transformation.

**Keywords:** law; social transformation; apology; social function

## BREVE COMENTARIO SOBRE EL HOMENAJE

**C**onocí a Manuel Atienza hace más de diez años en mi natal Guanajuato. En ese momento no podía imaginar la manera tan profunda en que marcaría mi vida ese primer encuentro; tampoco que la filosofía del Derecho se convertiría, literalmente, en el ancla de mi proyecto vital. Así como en mi caso, Atienza ha dejado huellas imborrables en quienes le rodean y, quizá por eso, dedicarle unas palabras de admiración resulta algo tan complejo. Las palabras constituyen adjetivos débiles para calificar la relevancia de una obra que, además de pertrecharnos para pensar críticamente el Derecho, también alienta en nosotros la posibilidad de la justicia en una realidad en la que prevalece, más bien, la injusticia.

En el libro I de *Acerca de los deberes*, al hablar sobre la parte de lo honesto referida al conocimiento de la verdad, Cicerón menciona dos vicios que deben ser evitados: el primero, tener por conocidas las cosas que desconocemos; y, el otro, dedicar gran esfuerzo y atención a cuestiones oscuras y difíciles que, además, no son imprescindibles (1. 4). Estas palabras evocan de manera impecable las virtudes del profesor Atienza: el inagotable anhelo por conocer lo desconocido y el trabajo intelectual que rebasa la torre de marfil y se pone al servicio de los problemas de la gente.

Aprovecho este espacio para agradecer a Atienza por hacernos partícipes de sus inquietudes y preocupaciones, por invitarnos al diálogo racional y por dignificar la labor del filósofo del Derecho. Espero que este homenaje logre darle la satisfacción de que sus enseñanzas serán difundidas por su escuela y por quienes le tenemos como nuestro maestro en su sentido más profundo.

## INTRODUCCIÓN

La afirmación de que el Derecho es una práctica de carácter social y de que existe una relación de complementariedad entre el Derecho y el dinamismo y la historicidad de la sociedad es casi indiscutible. Sin embargo, una de las recriminaciones más frecuentes hacia el Derecho es su apartamiento de la realidad social y su renuencia a cumplir el papel que se esperaría de él como vehículo hacia una mejor sociedad. Es decir, la denuncia de que el Derecho es un lastre en la búsqueda del cambio social, e incluso un obstáculo para conseguirlo.

Una visión como la anterior contrasta con el proyecto que Atienza ha consolidado a lo largo de su obra: el Derecho no solo *no* es un obstáculo para el cambio social, sino que es un ingrediente fundamental para conseguir aquellos cambios que posibilitan la emancipación humana. La idea del Derecho como práctica social envuelve una llamada de atención respecto a las repercusiones sociales de las acciones y decisiones jurídicas. Pero, también, la demanda de que dicha aproximación a la realidad no sea ciega, al punto de condenar al Derecho, sino que aparezca guiada por un contenido valorativo-teleológico. Es a través de esta posición intermedia entre lo fáctico y lo normativo<sup>2</sup> que el Derecho es reivindicado como un elemento necesario para –pero, también orientado a– la transformación social.

En este trabajo se revisa la tesis de Manuel Atienza respecto a que el Derecho es una herramienta para la transformación social y también debe serlo. Lo anterior se lleva a cabo a través del siguiente recorrido argumental: (1) En primer lugar, se plantea que la perspectiva de Atienza del Derecho como una práctica social encaminada a la transformación es resultado de un conocimiento profundo de la teoría y filosofía del Derecho, pero también de la incorporación de los saberes sociales al saber jurídico. (2) En segundo lugar, se sostiene que esta visión corresponde a un punto de vista crítico, pero positivo del Derecho, por medio del cual Atienza reprueba el alejamiento del Derecho de la realidad social, sin caer en una posición normativamente vacía que reduce el Derecho a su carácter fáctico-opresivo. (3) En tercer término, se presenta, como corolario de lo anterior, su propuesta de una idea del Derecho como empresa social encaminada a conseguir una serie de fines valiosos que dotan de contenido a la transformación social.

---

2. Este planteamiento recoge la idea expresada por W. Rehg (1998), quien, en el estudio introductorio de la obra de Habermas *Between Facts and Norms*, señala que la lección de la lectura que hace Habermas de Rawls y Luhmann es la siguiente: si un relato del derecho moderno no ha de ser ni sociológicamente vacío ni normativamente ciego, entonces debe incorporar una perspectiva dual. El teórico del derecho no puede ignorar ni el propio entendimiento normativo de los participantes de su sistema legal ni los mecanismos y procesos externos que son accesibles al observador sociológico (p. xxiii).

## EL SABER JURÍDICO Y LOS SABERES SOCIALES

Uno de los intereses transversales en la obra de Atienza es el de evitar los reduccionismos en el Derecho. Así, se opone a la idea de que el Derecho sea solo un fenómeno autoritativo o que este únicamente pueda ser racionalizado desde una perspectiva analítico-conceptual; incluso a que el Derecho consista solo en argumentación (2013a, p. 803). Los reduccionismos limitan la capacidad de pensar sobre el Derecho, entender su evolución y revisarlo críticamente. Dentro de estos reduccionismos encontramos también el que presenta a la disciplina jurídica como una que puede ser autosuficiente, aun reconociendo su carácter social.

Este reduccionismo muestra una posible inconsistencia entre los presupuestos de nuestra disciplina, pero también da cuenta de una posible soberbia entre los juristas. Y es que reconocer al Derecho como un fenómeno social, pero al tiempo rechazar la idea de que el jurista deba contar con distintos saberes para reconstruir adecuadamente cómo este fenómeno surge de la sociedad y repercute en ella puede implicar que, no es que el jurista deje algo fuera, sino que el Derecho mismo sea el aspecto central de la organización social.

La reflexión sobre la estructura y forma de organización de la sociedad es, seguramente, una de las ideas más exploradas en la historia de la humanidad. Como señala C. Castoriadis (2005), «no hay ser humano extrasocial; no existe ni como realidad ni como ficción coherente de un 'individuo' humano como 'sustancia' –asocial, extrasocial o presocial» (p. 144). Ser humano no puede entenderse, entonces, sin su socialización, y esta dimensión intersubjetiva que le es intrínseca ha motivado la búsqueda por la más fundamentada forma de llevarla a cabo.

No obstante, los fundamentos del orden social, propios de la filosofía social, implican tópicos tan amplios como la reflexión sobre el ser humano y su naturaleza social, la idea de comunidad, los modelos de asociación, los órdenes sociales posibles, etc. Ya J. S. Mackenzie (1895) indicaba que al tratar la vida social en general encontramos distintas vías de análisis, como la historia natural de la sociedad, la mecánica de la sociedad, la metafísica e incluso la lógica de la sociedad (p. 29). Desde una perspectiva como esta, el Derecho no podría estar en el centro de las reflexiones de la vida social, sino que, más bien ocuparía un lugar bastante modesto.

Esta cuestión está presente en la crítica de Atienza a las concepciones jurídicas dominantes, las cuales, desde los inicios del s. XIX han optado por –usando la misma expresión utilizada por el autor– *abandonar* a los saberes sociales. La ciencia jurídica moderna ha insistido en separar al Derecho de otros componentes de la sociedad y en articular el saber jurídico como un saber formalista (2017, p. 275). Debido a ello, el proyecto post-positivista también incluye la reivindicación de los saberes sociales, aunque la relación entre estos y el Derecho se desarrolle en dimensiones diferentes. H. Rottleuthner (1980), por ejemplo, destaca una dimensión teórico-científica (referida a la «cientificación» de la jurisprudencia, la ciencia jurídica como una ciencia social),

otra que se refiere a la formación universitaria de los estudiantes de derecho (formación y doctrina), así como una enfocada en la relación de una disciplina académica con la praxis profesional («teoría-praxis», legislación y aplicación del Derecho) (p. 44). Aunque pueda parecer un problema del pasado, la integración de los saberes sociales al saber jurídico es una aspiración que se aprecia aún muy lejana<sup>3</sup>.

Pocas personas hoy en día negarían que son las dinámicas histórico-sociales de la humanidad las que dan lugar a las prácticas jurídicas. En palabras de E. Díaz (1998), el Derecho tiene sus raíces en la historia, puesto que es un resultado histórico de luchas, conflictos, cambios en los que han intervenido múltiples factores. Esto quiere decir que el orden que establece el Derecho se apoya sobre un preexistente estado de cosas, una determinada realidad, un entramado de intereses, conflictos, valores y concepciones del mundo (p. 20). No obstante, como veremos más adelante, no resulta nada claro si esta ubicuidad del Derecho también nos dice algo acerca del papel –activo o pasivo– que desempeña o debería desempeñar ante tales cambios. Además, tampoco resulta claro cómo es que, aceptando la importante vinculación de lo jurídico con la realidad social, la tendencia sea otorgarle un lugar cada vez más secundario a los saberes orientados a dotarnos de herramientas para entender e incidir en la realidad<sup>4</sup>.

Ahora bien, Atienza no solo denuncia el abandono del saber jurídico a los saberes sociales, sino también el abandono inverso: dichos saberes, aun cuando se han ocupado del Derecho y sus instituciones, en muchas ocasiones parecen hacerlo a espaldas de la práctica jurídica. De esta forma, resulta paradójico que, aun cuando se han desarrollado enormemente áreas como la sociología del Derecho<sup>5</sup>, la antropología o la psicología jurídica, estas áreas poco tengan que ver con el trabajo y las reflexiones que llevan a cabo los juristas (2017, p. 276). Se trata, pues, de una separación que ha sido retroalimentada desde ambas partes.

Esto parecería ser resultado de diferentes factores, pero destaca el hecho de que tal actitud se haya acentuado al tiempo que la ciencia jurídica buscaba consolidarse como un conocimiento científico. Tal y como nos recuerda C. Nino (1989), las controversias

---

3. Aun cuando se trata de una preocupación antigua, dudo que sea posible afirmar que hemos avanzado lo suficiente en dicha integración. Solo hace faltar mirar los planes de estudios de la licenciatura en Derecho para percatarse de que la perspectiva dominante del saber jurídico. Como señala M. Bömer, el diseño de la mayoría de los planes de estudio calca el diseño del sistema jurídico... la discusión crítica y la investigación empírica o normativa no tienen lugar en un esquema así (p. 16).

4. En este sentido, J. Sieckmann (2008) –pensando en la situación en las universidades alemanas– sostiene que áreas como la sociología del Derecho y otras disciplinas teóricas –como la filosofía y la teoría del Derecho– sufren una marginalización como consecuencia del predominio de las disciplinas dogmáticas, pero también por la demanda de acercar la formación de los abogados a la práctica jurídica.

5. No obstante, tanto en España como en Italia la filosofía del Derecho y la sociología del Derecho han tenido mayor proximidad. Como ejemplo, V. Ferrari al reconocer: «Desde un punto de vista científico, la filosofía del derecho garantiza una base cultural de gran importancia para la sociología del derecho, cualquiera que sea la orientación de una escuela o de un académico... la filosofía del derecho me parece esencial para el sociólogo del derecho, en todo caso, porque ofrece una base sólida para el pensamiento crítico acerca del derecho (Ladavac, 2021, p. 590).

acerca del carácter científico de una actividad con frecuencia encubren profundas discrepancias sobre la jerarquía, trascendencia y utilidad de esa actividad, así como sobre la posición social de los que la ejercen (p. 13). Así, la búsqueda por reconstruir el quehacer jurídico como una ciencia ha sido una motivación importante en el desarrollo de la disciplina, pero ha implicado también la búsqueda por hacerse un espacio independiente y diferenciado dentro de otras áreas también preocupadas por el orden social<sup>6</sup>. De esta manera, una de las vías más socorridas para tal diferenciación ha sido la exaltación de la dimensión formal del Derecho<sup>7</sup>.

Por su parte, las ciencias sociales en muchas ocasiones también han asumido este modelo. Como muestra de ello, E. Novoa (1981), quien caracteriza al Derecho como un obstáculo para el cambio social, lo comprende de la siguiente forma: su objeto es imponer en la sociedad un régimen determinado de ordenación; es puramente instrumental y por sí mismo no integra ni comprende los fines o ideas sustanciales que inspiran tal ordenación; las ideas directrices las aporta la política, auxiliada por la economía y la sociología; al Derecho no le toca decidir sobre el sentido de las normas que la política le pide elaborar; como instrumento formal es eminentemente relativo; no hay en el Derecho principios de fondo establecidos; las normas jurídicas deben adaptarse a la evolución y cambio de las ideas políticas y a las variaciones del ambiente social (pp. 84 y 85). En un sentido similar, N. Luhmann (1983) pronosticaba la desaparición de la dogmática jurídica –la jurisprudencia, la ciencia jurídica–, puesto que esta dejaría de ser relevante cuando el desarrollo del Derecho llegara a la legislación y a la política<sup>8</sup>.

La reducción del Derecho a su dimensión formal o autoritativa, en definitiva, es algo que afecta a la disciplina, tanto en su interior como en el exterior. No obstante, desde una perspectiva como esta puede defenderse el proyecto del Derecho y tenerse una visión positiva del mismo, como un elemento esencial de la organización social. El problema radica, entonces, en que dicha aproximación, si bien no es un obstáculo para realizar una apología del Derecho, realizará una defensa únicamente normativa –aunque limitada, pues carece de fines– basada en su potencial de ordenación, pero no en el de

6. En este sentido un ejemplo paradigmático es el de H. Kelsen (2011) al sostener que la ciencia jurídica debía quedar libre tanto de argumentos morales como de argumentos empíricos.

7. Como señala N. Bobbio (1997), la expresión *formalismo jurídico* asume diversas acepciones con referencia al problema de la teoría de la justicia, el del Derecho, el de la ciencia del Derecho y el de la interpretación jurídica. La acentuación del elemento formal sobre el material en estos ámbitos da lugar a la concepción legalista de la justicia, la teoría normativa del Derecho, la concepción de la ciencia jurídica como dogmática y la jurisprudencia de conceptos (p. 36).

8. A propósito de esta conclusión, Atienza defendió el futuro de una jurisprudencia más crítica que resultara compatible con un cierto grado de politización y del aumento de la programación legislativa, y agregaba: «Las diferencias entre la jurisprudencia y la sociología del Derecho parecen, hoy por hoy, bastante claras, pero ambas disciplinas no pueden permanecer –ni permanecen, de hecho– de espaldas entre sí y, concretamente, no es posible negar la posibilidad y el interés de estudios interdisciplinares...» (1980, 69). Más adelante, N. Luhmann (2011) dejó constancia de haber considerado la obra de Atienza en sus reflexiones sobre el Derecho (p. 67, p. 183, p. 281).



transformación: su incidencia en la justicia e injusticia de la realidad social será un mero desenlace del cúmulo de factores que intervienen en dicha realidad.

La incorporación de los saberes sociales al saber jurídico parece ser, entonces, una condición para revisar críticamente el papel que desempeña el Derecho en la sociedad. Sin embargo, como veremos a continuación, esto no necesariamente implica que se realizará una defensa más robusta del Derecho, sino que, contrario a ello, puede derivar en una visión más bien pesimista del mismo.

## EL DERECHO Y EL CAMBIO SOCIAL

Antes he planteado que, aunque exista un acuerdo generalizado de que lo jurídico se desarrolla y está condicionado a la realidad histórico-social, esto no incluye una respuesta obvia respecto a si el papel del Derecho en este proceso es pasivo o activo. Esto es, ¿el Derecho es una mera consecuencia de los cambios sociopolíticos que ocurren en un lugar y tiempo determinado? O, acaso, ¿este tiene un papel –a veces– decisivo sobre dichos cambios? Afirmar el primer interrogante nos llevaría a aceptar una visión formalista como la que antes se presentaba. Contestar en términos afirmativos a la segunda pregunta resulta más alentador, pero nos abre nuevas cuestiones respecto a si se trata de un factor que facilita o impide determinados cambios. Atienza se posiciona en favor de esta segunda cuestión y, en atención a ello, formula una reconstrucción del problema de las funciones y los fines del Derecho en la sociedad en su conjunto<sup>9</sup>.

Un análisis de la sociedad realizado desde una perspectiva estructural nos llevaría a subrayar los componentes del Derecho de la sociedad, mientras que una perspectiva funcional nos llevaría a plantearnos para qué sirve el Derecho<sup>10</sup>. La respuesta más obvia para los juristas es que el Derecho sirve para resolver o para prevenir conflictos y de esa forma favorecer la cooperación social (Nino, 2001).

Un planteamiento como este implica una visión de la realidad en la que el conflicto constituye un elemento irremediamente presente en todas las dimensiones de la vida social, derivado de una naturaleza humana que tiende al autointerés, pero también al interés por otros. Tal y como señala H. Hart (2017), las personas no somos demonios

---

9. La sociología del Derecho realiza dos tipos de investigaciones, conexas y complementarias. Por una parte, investigaciones que tienen por objeto la sociedad en el Derecho, es decir los comportamientos sociales conformes o no conformes con los esquemas jurídicos formales. Por otra parte, aquellas que tienen por objeto la posición y la función del Derecho mismo en la sociedad en su conjunto (Trevés, 1988, p. 113). La reflexión sobre la función y el fin del Derecho corresponde a este segundo grupo y se vincula con la investigación realizada en áreas como la sociología general, la filosofía, la historia y la política (Atienza y Ruiz, 1990, p. 327 y 328).

10. Esta distinción está influenciada por el auge de la metodología funcionalista de N. Luhmann. Este autor plantea la función del Derecho como la resolución de un problema temporal que se presenta en la comunicación social, cuando esta tiene que orientarse y expresarse en expectativas. El Derecho cumple la función de estabilización de las expectativas normativas a través de la regulación; permite saber qué expectativas tienen un respaldo social y cuáles no (Luhmann, 2011, p. 188).

dominados por el deseo de exterminarnos, pero tampoco somos ángeles jamás tentados por el deseo de dañar a otros (p. 242). Por tanto, es posible y deseable soslayar el conflicto y mitigar sus efectos nocivos, lo cual es susceptible de conseguirse, precisamente, por medio del Derecho. Así, este último constituye una conquista civilizatoria que limita ciertos impulsos y conduce a buen término otros.

Sin embargo, también es posible partir de una visión distinta del conflicto, desde la cual este no es un ingrediente más de la dinámica social, sino uno muy especial que configura relaciones de dominación entre sus miembros y que termina por engullir nuestras prácticas y organizaciones sociales. Nuestra realidad social es rehén del conflicto, pues este subyace a las estructuras más profundas de nuestra sociedad, siendo necesario, no eliminarlo o atemperarlo, sino reconfigurar las estructuras que lo sostienen (Atienza, 2011, p. 57). Bajo esta perspectiva, el Derecho surge del conflicto y, además, cumple la función negativa de encubrirlo e, incluso, justificarlo, perpetuando así relaciones de poder asimétricas en las que unos dominan a otros (Atienza, 2009, p. 150).

Para la teoría y filosofía del Derecho en Iberoamérica, suele ser más frecuente la primera visión. En nuestro medio no es común estudiar posturas que identifican el progreso o el bienestar de la sociedad con la desaparición del Derecho o con el cuestionamiento al *culto incondicional del Estado* (Bakunin, 2021, p. 35). Sin embargo, especialmente en Latinoamérica estamos siendo testigos de una expansión de ciertas perspectivas críticas que, bajo la legítima demanda de una aproximación al Derecho que exige reconocer su complicidad en la perpetuación de la injusticia, terminan por reducirlo a ser un mecanismo a favor del *estatus quo*, rehén de los poderes salvajes, y un impedimento en la consecución de sociedades más justas.

Ambas perspectivas son herederas de debates de gran recorrido en la historia de las ideas. Tradicionalmente, la naturaleza de la sociedad se ha entendido bien desde una concepción que señala que el ser humano es un ser social o bien desde otra que ve a la sociedad como una obra artificial del ser humano. Esta última es representativa de las doctrinas que plantean un estado de naturaleza originario donde el conflicto entre los seres humanos es insuperable y fatal. «La sociedad hubo de nacer por la preocupación de los hombres en remontar un estado endémico y desastroso de conflictos» (Freund, 1995, p. 28).

Asimismo, la estructura social normalmente se ha analizado como un orden social o como un orden que es considerado solo una ilusión que oculta una totalidad de conflictos sociales que atraviesan la vida colectiva (Moya, p. 31). R. Dahrendorf (1966) plantea esta oposición como la *teoría del consensus sobre la integración social* –común en la sociología funcionalista– y la *teoría de la dominación* o *teoría de la coacción social* –propia de la dialéctica marxista<sup>11</sup>. La primera corresponde a una visión de la sociedad como un sistema estable e integrado en virtud del consenso sobre una serie de valores

11. R. Dahrendorf (1966) propone salir de esta dicotomía y presenta una teoría sociológica ecléctica que integra la visión marxista y la funcionalista, y que permite dar cuenta de las sociedades desarrolladas

comunes. La segunda identifica la estructura social como una estructura de dominación que surge a partir del conflicto social, y que se caracteriza por la desigualdad posicional.

Mientras que la teoría del consenso reconoce el papel de cada elemento de la sociedad en su funcionamiento, la teoría de la dominación enfatiza el cambio. Desde la perspectiva marxista, las clases sociales subyacen a la estructura social y en ellas radica el potencial de transformación: solo en el conflicto de clases descansa la posibilidad del cambio social; la emancipación se consigue suprimiendo el yugo del que ejerce el poder. Ese cambio estaría representado en el instrumento político-psicológico de la profecía de la victoria de la revolución proletaria (Topitsch, 1975, p. 247).

Las teorías críticas del Derecho, herederas de algunas tesis del marxismo, suelen reivindicar esta visión de la sociedad y resaltar el papel que tiene el Derecho como reforzador de las desigualdades. Sin pretender generalizar, los autoproclamados enfoques alternativos del Derecho denuncian que la teoría y filosofía del Derecho dominante ignora la realidad social, pasando por alto la ineficiencia y el rol que desempeña el Derecho en acción en la perpetuación de la injusticia. El cambio social sí es posible por medio del Derecho, pero tendría que tratarse de uno muy distinto, basado en ideas no hegemónicas y en las experiencias sociopolíticas de los oprimidos<sup>12</sup>. Para concluir este apartado, una perspectiva sociológica sobre las dinámicas sociales del Derecho, aunque puede llevarnos a realizar una crítica más mordaz y nutrida hacia el Derecho, no necesariamente implicará una visión positiva de este. En estos casos, estaremos ante una aproximación que despoja al Derecho de su dimensión normativa y lo reduce a su facticidad.

## **EL DERECHO COMO INSTRUMENTO PARA LA TRANSFORMACIÓN SOCIAL**

En un escenario de dicotomías y aproximaciones parciales, el planteamiento de Atienza es integrador. Por una parte, asume que acercarse a la realidad implica reconocer que, en efecto, el Derecho tiende a ocultar o justificar algunos aspectos de la realidad (Atienza, 2004, p. 16); pero, por otra parte, rechaza que el Derecho se agote allí y sea mera facticidad opresiva. Todo proyecto que pretenda la emancipación humana no puede prescindir del Derecho (Atienza, 2013b, p. 11).

Ahora bien, la defensa de que no todo el Derecho es ineficiencia y opresión requiere de un desarrollo a nivel normativo que vaya más allá del planteamiento formalista, pero que tampoco nos lleve a la idealización de nuestras prácticas jurídicas. Por ello, la

---

en las que, si bien no se han superado las diferencias de clase, estas han atenuado su intensidad y violencia (p. 206).

12. Las disciplinas convencionales son responsables de la construcción de un canon jurídico modernista, estrecho y reduccionista, que desacredita, silencia o niega de manera arrogante otras experiencias jurídicas (De Sousa, 2009, p. 608).

apología del Derecho de Atienza vendría a ser un equilibrio entre una aproximación real a la sociedad y una aproximación valorativa sobre el Derecho que parta de dicha realidad. Esta posición intermedia vendría a ser reflejo del reconocimiento de la tesis de que el Derecho posee una naturaleza dual: una dimensión real o fáctica que está representada por los elementos de expedición autoritativa (legalidad conforme al ordenamiento) y eficacia social, y una dimensión ideal que se caracteriza por el elemento de corrección moral (Alexy, 2021, p. 36). En este apartado presentaré esta última pieza del planteamiento de Atienza.

El Derecho no aspira únicamente a evitar conflictos aplicando sanciones; también ofrece razones justificadas para actuar de una u otra forma, establece expectativas de convivencia, legitima el poder, organiza a la sociedad, incentiva la adhesión a ciertos valores, etc. Ahora bien, estas funciones no tienen un sentido meramente instrumental, sino que están conectadas con la noción de *fin*: «los conceptos de medio y de fin están interrelacionados, de manera que un determinado fin puede a su vez ser medio para otro fin» (Atienza, 2011, p. 154). Más allá de la ambigüedad de tales términos, esta correlación ha de reconstruirse desde la dimensión ideal del Derecho, siendo esta la que arroja luz sobre su carácter teleológico, sobre su sentido *práctico*. Lo práctico, desde la concepción aristotélica de la praxis perfecta, se refiere a la acción que es fin en sí misma (*Met.* B, 6, 1048 b 22). Aplicado a lo anterior, las acciones concretas en que se manifiestan las funciones del Derecho no *tienden a* o están subordinadas a unos fines limitados que han sido previamente determinados por otra instancia, sino que ellas mismas contienen y reproducen el fin.

Esta perspectiva sobre los fines es el corolario de la posición de Atienza. El Derecho tiene sentido y origen en un fin, tiene un motivo práctico. Como indica R. Ihering (1900), la vida humana se compone del conjunto de los fines humanos, «no hay vida humana que exista únicamente para sí misma; toda vida existe al mismo tiempo para el mundo; todo hombre, por ínfima que sea la posición que ocupe, colabora al fin de la civilización de la humanidad» (p. 52). De acuerdo con lo anterior, Atienza construye el planteamiento de la idea del Derecho como práctica social, la cual estaría caracterizada por su carácter teleológico, en tanto que aspira a desarrollar fines valiosos.

El fin de cualquier empresa social –incluida la jurídica– es hacer del mundo un lugar mejor. Sin embargo, ¿qué significa que sea mejor? En esta línea, en el área social tenemos, por ejemplo, la idea del progreso. Tal y como indica J. Bury (2009) esta idea ha sido en algunos momentos de la humanidad una especie de artículo de fe. Su historia ha corrido en paralelo con el desarrollo de la ciencia moderna, el surgimiento del racionalismo y la lucha por la libertad. El progreso surge en un mundo emancipado de la autoridad de la tradición en el que los seres humanos revalorizaron el mundo, y lo aprendieron a amar a través de la esperanza de que llegaría a convertirse en un lugar adecuado para la vida de los seres racionales (pp. 354 y 355). Sin embargo, el progreso históricamente ha apuntado en dos direcciones diferentes. Una de corte determinista que asume que la humanidad se dirige en una dirección específica, independientemente

de lo que esta haga o deje de hacer, y otra que enfatiza la libertad: somos nosotros quienes moldeamos el futuro a través de nuestras acciones.

No obstante, esta idea resulta controversial porque calificar a algo de *progresista* no refiere un estado de cosas definido, sino que implica un juicio valorativo que debe argumentarse. Para valorar, como indica J. Capella (2002), los sujetos se sitúan en un plano en el que imaginan *cómo se quiere que sea* el mundo, es decir, en el reino de las finalidades, individuales o colectivas (p. 16). En definitiva, el progreso sigue siendo una forma de nombrar un ideal que hay que materializar argumentativamente, pero que puede utilizarse de manera espuria, debido a su carga emotiva.

La noción de progreso es lo suficientemente controversial como para considerarla el fin del Derecho. Este ha de tener una referencia sustantiva, un contenido valorativo. El fin del Derecho será la realización de valores y principios morales como la dignidad humana, la igualdad, la autonomía personal, la libertad y, en general, aquellos valores en los que se ha construido nuestra concepción de los derechos en el pensamiento ilustrado. Una mejor sociedad será aquella en la que los individuos puedan desarrollar los planes de vida que se han propuesto en igualdad de condiciones, y con los bienes y compensaciones que requieran para satisfacer su propia idea de la vida buena. Si el fin del Derecho consiste en la realización de tales principios y valores, entonces deberá tomar en cuenta las condiciones reales de nuestras sociedades –y no ser una teoría de la justicia abstracta– y favorecer los cambios encaminados a dicho fin. La transformación social, entonces, es la manera en que se concreta la idealidad, es el fin llevado a la práctica.

El Derecho ha de asumir su potencial para la transformación social. Esto implica que quienes desarrollamos las profesiones jurídicas debemos hacernos cargo de nuestra responsabilidad frente a la injusticia y asumir los deberes que derivan de dicha responsabilidad, aun cuando esta pueda parecer inconmensurable. Tal y como indica J. Muguerza, la lucha por aquello que consideramos justo o en contra de lo injusto, no ha de desalentarse al constatar que la justicia escasea en este mundo e incluso que es improbable que algún día veamos mitigada su escasez (2009, p. 337). Aun cuando el Derecho tenga una posibilidades limitadas para la transformación que requieren nuestras sociedades, la propuesta de Atienza es que sí es posible hacer algo mediante el Derecho y, especialmente, que sí podemos hacer más con el Derecho que tenemos hoy.

## CONCLUSIONES

En un famoso debate llevado a cabo entre C. Nino y E. Zaffaroni (2008), este último denunciaba la salvaje ineficacia y deslegitimación del sistema penal; en ello, hacía una llamada a asumir un realismo jurídico-penal que implicara un genuino rompimiento con el Derecho penal, por irredimible e ineficaz. A esto, Nino argumentó que ante la crisis del sistema penal era necesario pensar en acciones concretas –por ejemplo, la

reforma de la legislación penal para excluir conductas que pueden ser evitadas con medios más eficaces y menos lesivos, la búsqueda de alternativas penales menos crueles, una revisión de la situación carcelaria, etc.— y agregó lo siguiente: «Es obvio que este discurso es menos apasionante y atractivo que la denuncia generalizadora del actual sistema penal. Sin embargo, creo que está más cerca de la posibilidad de acción inmediata y efectiva» (Nino, 2008, p. 154).

Pues bien, me parece que el planteamiento de Atienza frente a la crisis del Derecho apunta en el mismo sentido de las palabras de Nino. Una preocupación por la realidad social que aspire a generar cambios positivos en las vidas de las personas y a hacer nuestras sociedades más justas no puede plantear la renuncia al Derecho o su completa refundación como proyectos *realistas*.

Como señala I. Shapiro, el poder y la jerarquía parecen ser endémicos en las relaciones humanas, por lo que el reto es dar con maneras de limitar la dominación y minimizar a la vez las interferencias con las jerarquías legítimas y las relaciones entre poderes (Shapiro, 2011, p. 270). El Derecho, materializado en la forma de organización del Estado de Derecho, traza límites y establece unos mínimos que hagan posible la realización de la autonomía personal y de la vida colectiva. De ahí que Atienza (2020) nos conmine a no olvidar que la sujeción del ejercicio del poder a vínculos jurídicos no es una manera de proteger valores prescindibles o sustituibles, sino una auténtica conquista civilizatoria (2020, p. 159).

Atienza realiza una apología del Derecho que arranca la práctica jurídica de una postura que es indiferente hacia los hechos, pero también de una que lo presenta como normativamente ingenuo. Esta apología del Derecho, por lo tanto, no es un elogio simulado que exagera sus bondades, sino que exige visibilizar la captura de las normas y las instituciones por parte de grupos de poder; pero, al tiempo, este ejercicio de devaluación está orientado a que el Derecho construya su propia fuerza.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R. (2021). *Law's Ideal Dimension*. Oxford: Oxford University Press.
- ARISTÓTELES (2015). *METAFÍSICA*. MADRID: ALIANZA.
- ATIENZA, M. (2020) *Una apología del Derecho y otros ensayos*. Madrid: Trotta
- ATIENZA, M. (2019). *Comentarios e incitaciones*. Madrid: Trotta
- ATIENZA, M. (2017). *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.
- ATIENZA, M. (2013a). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- ATIENZA, M. (2013b). *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*. Madrid: Pasos perdidos.
- ATIENZA, M. (2011) *Introducción al Derecho*. Ciudad de México: Fontamara.
- ATIENZA, M. (1980). El futuro de la dogmática jurídica, *El Basilisco*, 10, 63-69.
- ATIENZA, M. y Ruiz, J. (2007). Dejemos atrás el positivismo, *Isonomía*, 27, pp. 7-28.
- ATIENZA, M. (2004). *Marxismo y filosofía del Derecho*. Ciudad de México: Fontamara.

- ATIENZA, M. (1990). Entrevista a Renato Treves, *Doxa*, 8, 321-332.
- BAKUNIN, M. (2021). *Dios y el Estado* (Martorell, A. trad.). Madrid: Alianza.
- BOBBIO, N. (1997). *El problema del positivismo jurídico*. Ciudad de México: Fontamara.
- BÖHMER, Martín F. (1999), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*. Barcelona, Gedisa.
- BURY, J. (2009). *La idea del progreso* (Díaz, E. y Rodríguez, J. trads.). Madrid: Alianza.
- CAPELLA, J. (2002). *Elementos de análisis jurídico*. Madrid: Trotta
- CICERÓN (2015). *SOBRE LOS DEBERES*. MADRID: ALIANZA.
- DE SOUSA, B. (2009). *Sociología jurídica crítica*. Madrid: Trotta.
- DAHRENDORF, R. (1966). *Sociedad y libertad. Hacia un análisis sociológico de la actualidad*. Madrid: Editorial Tecnos
- DÍAZ, E. (1998). *Curso de filosofía del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- FREUND, J. (1995). *Sociología del conflicto* (Roiz, J. trad.). Madrid: Ministerio de defensa.
- HART, H. (2017). *El concepto del Derecho* (Carrió, G. trad.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- IHERING, R. (1900). *Los fines del Derecho* (Rodríguez, L. trad.). Madrid: Rodríguez Serna, editor.
- KELSEN, H. (2011). *Teoría pura del Derecho* (Robles, G. trad.). Madrid: Trotta.
- LADAVAC, N. (2021). Entrevista a Vincenzo Ferrari, *Doxa*, 44, 589-609.
- LUHMANN, N. (2011). *El Derecho de la sociedad* (Torres, J. trad.). Ciudad de México: Universidad Iberoamericana.
- LUHMANN, N. (1983). *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. (De Otto, I. trad.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MACKENZIE, J. (1895). *An Introduction of Social Philosophy*. Glasgow: James Maclehose & Sons.
- MOYA, C. (1970). Poder y conflicto social: Ralf Dahrendorf y C. Wright Mills. *REOP*, 20, 31-36.
- MUGUERZA, J. (2009) Racionalidad, fundamentación y aplicación de la ética. En Gómez, C. y Muguerza, J. *La aventura de la moralidad*. Madrid: Alianza, 333-381.
- NINO, C. (2008) *Fundamentos de Derecho penal. Los escritos de Carlos S. Nino*. (Maurino, G. comp.). Buenos Aires: Gedisa.
- NINO, C. (2001) *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- NINO, C. (1989) *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. Ciudad de México: UNAM.
- NOVOA, E. (1981). *El Derecho como obstáculo al cambio social*. Ciudad de México: Siglo XXI.
- REHG, W. (1998). Introduction. En Habermas, J., *Between Facts and Norms* (Rehg, W. trad.). Massachusetts: MIT.
- ROTTLEUTHNER, H. (1980). Jurisprudencia y ciencias sociales. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 20, 43-72.
- SHAPIRO, I. (2011) *La teoría de la democracia en el mundo real* (Urdánóz, J. y Gallego, S. trads.). Madrid: Marcial Pons.
- SIECKMANN, J. (2008). La Sociología del Derecho en la formación jurídica. *Academia*, 12, 117-133.
- TOPITSCH, E. (1975) El marxismo como ideología del poder, *Revista de Estudios Políticos*, 199, 241-249.
- TREVES, R. (1988). *La sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones y problemas*. Barcelona: Ariel.







# Teoría de la argumentación constitucional: nuevos aportes sobre las deliberaciones virtuales de los Tribunales Constitucionales en la era digital

## Theory of Constitutional Reasoning: new Contributions on Virtual Deliberations of Constitutional Courts in the Digital Age

André Rufino do Vale

### Autor:

André Rufino do Vale  
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e  
Pesquisa (IDP), Brasil  
[andre.rufino@idp.edu.br](mailto:andre.rufino@idp.edu.br)

Recibido: 10/06/2022

Aceptado: 10/09/2022

### Citar como:

do Vale, André Rufino (2023). Teoría de la argumentación constitucional: nuevos aportes sobre las deliberaciones virtuales de los Tribunales Constitucionales en la era digital. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 417-433. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.24>

### Licencia:

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



© 2023 André Rufino do Vale

### Resumen

Escrito en honor al profesor Manuel Atienza, con motivo de su jubilación como Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante (en 2022), el artículo recuerda la construcción de la teoría de la argumentación constitucional en esa universidad española, aborda los principales modelos de deliberación de los tribunales constitucionales identificados por esta teoría en el derecho comparado, y presenta las transformaciones institucionales actuales verificadas en estos modelos con la introducción de nuevas tecnologías para la práctica de las deliberaciones virtuales.

**Palabras clave:** argumentación constitucional; modelos de deliberación; tribunales constitucionales; deliberaciones virtuales.

### Abstract

Written in honor of Manuel Atienza, on the occasion of his retirement as Professor of Philosophy of Law at the University of Alicante (in 2022), the article recalls the construction of the *Theory of Constitutional Reasoning* at that Spanish university, then addresses the main models of deliberation identified in constitutional courts by this theory in comparative law, and reveals the current

institutional transformations verified in these models by the introduction of new technologies for the practice of virtual deliberations.

**Keywords:** constitutional reasoning; models of deliberation; constitutional courts; virtual deliberations.

## 1. HOMENAJE A MANUEL ATIENZA

**E**l año 2022 ya es un hito en nuestras vidas. El mundo supera poco a poco las agruras de la pandemia y cada día se presenta como una oportunidad sin precedentes para reaprender a vivir en una sociedad diferente y en constante mutación.

En el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, los cambios actuales adquieren características especiales, debido a la jubilación del profesor Manuel Atienza, un acontecimiento que de alguna manera impacta en la vida académica de todos los que son (y siempre seremos) sus alumnos y discípulos.

La importancia de su pensamiento y la grandeza de su influencia en la cultura jurídica iberoamericana justifican convertir los cambios en homenajes a su personalidad, reflexiones sobre su teoría y sincero agradecimiento por toda su dedicación y trabajo, durante los últimos 30 años, en la construcción de una Filosofía del Derecho para el Mundo Latino.

Volvemos a estar juntos en Alicante, en estos días tan especiales del 10 y 11 de junio de 2022, y esta es la primera vez, después de este oscuro periodo de la historia, que tenemos la oportunidad de reunir nuestros conocimientos para rendir el debido homenaje a nuestro querido Manolo Atienza.

## 2. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

Fue en 2010 cuando comencé a hablar con el profesor Atienza sobre la idea de desarrollar una teoría sobre la argumentación jurídica realmente practicada en los Tribunales Constitucionales. En ese momento, había percibido –debido a los estudios que venía realizando en Alicante y a la experiencia profesional en la Corte Constitucional de Brasil<sup>1</sup>– que las teorías sobre el razonamiento judicial no sólo prestaban poca atención

1. Las ideas surgieron de la experiencia que acumulé durante varios años como Asesor de Ministro del Supremo Tribunal Federal de Brasil. En el momento alumno del curso de especialización (posteriormente convertido en Máster) en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante (UA), realicé un proyecto de investigación sobre el tema, bajo la supervisión de la profesora Claudia Roesler, de la Universidad de Brasilia (UnB), que fue aceptado y aprobado en el programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Alicante (en 2011), y también en el Doctorado en Derecho de la UnB (en 2012). Entre 2012 y 2014, asistí a varios tribunales en diferentes países para aprender sobre las prácticas de argumentación jurídica y en la investigación empírica me centré en las prácticas de deliberación del

a la naturaleza necesariamente colectiva de los tribunales, sino que también subestimaban los aspectos institucionales y las diferencias de estilo discursivo que condicionan la argumentación jurídica en estos entornos judiciales. Las preocupaciones esencialmente normativas y analíticas de las teorías hicieron de su objetivo principal, fundamentalmente, la construcción de modelos ideales de reglas y procedimientos para la argumentación jurídica y la justificación de las decisiones judiciales. El enfoque se dio en relación con el contexto de justificación de las decisiones, separando y dejando de lado todo el proceso de su formación discursiva (el contexto del descubrimiento). Y así, su objeto de estudio fueron especialmente los razonamientos judiciales revelados en los textos de las decisiones una vez publicadas en la prensa oficial y no los aspectos dialécticos y retóricos de los discursos que califican las interacciones argumentativas entre jueces en los momentos de deliberación colegiada. Los aportes de las teorías de la interpretación y de la argumentación jurídica fueron, por tanto, insuficientes y no sugerentes para que la teoría del derecho comenzara a estudiar, analizar y comparar las prácticas argumentativas que se desarrollan en los diferentes sistemas de jurisdicción constitucional, especialmente las deliberaciones entre los jueces que integran los órganos colegiados de los tribunales constitucionales.

A partir de la verificación de esta laguna teórica, comenzamos a desarrollar en Alicante las bases de una Teoría de la Argumentación Constitucional –la argumentación jurídica practicada en los Tribunales Constitucionales– más *empírica*, para entender cómo los tribunales constitucionales realmente argumentan y deciden, y más *pragmática*, para ofrecer propuestas de perfeccionamiento institucional de las prácticas argumentativas observadas en estos tribunales constitucionales. El foco de análisis comenzó a centrarse no en el razonamiento monológico desarrollado en los textos de las decisiones, tal como se presentan en las publicaciones oficiales, sino en las prácticas de deliberación entre los magistrados, como discursos argumentativos de carácter intersubjetivo e interactivo en los órganos colegiados de los tribunales constitucionales, en los que los aspectos dialécticos y retóricos de la argumentación ganan protagonismo.

---

Tribunal Constitucional de España y del Supremo Tribunal Federal de Brasil, realizando entrevistas con algunos magistrados y funcionarios de estos tribunales. A principios de 2015, la tesis doctoral fue aprobada en las dos universidades (bajo régimen de co-tutela internacional) con la más alta calificación académica (*summa cum laude*) y en 2016 recibió el *Premio de Tesis UnB* (Premio UnB de Tesis n. 03/2016), otorgado a los mejores trabajos doctorales de esa universidad. En el mismo año, el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España (CEPC) otorgó a la obra el *Premio Iberoamericano de Ensayo en Derecho Constitucional*, por el estudio empírico y comparativo de la deliberación en los tribunales constitucionales, que en 2017 fue publicado por la editorial del CEPC en forma de libro con el título «*La deliberación en los Tribunales Constitucionales*», con el prólogo del profesor Manuel Atienza. En 2019, la editorial portuguesa Almedina publicó todo el contenido de la tesis, con el título «*Argumentación constitucional: un estudio sobre la deliberación en los Tribunales Constitucionales*». VALE, André Rufino do. *La deliberación en los Tribunales Constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2017. VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Almedina; 2019.

Los estudios desarrollados en el marco del programa de Doctorado en Derecho de la UA, con la dirección del profesor Atienza, adoptaron una fuerte perspectiva empírica, con una investigación sobre cómo de hecho se desarrollan las prácticas de deliberación entre los magistrados de diferentes tribunales constitucionales de distintos sistemas de jurisdicción constitucional. El universo de la investigación empírica se centró en dos tribunales: el Tribunal Constitucional de España y el Supremo Tribunal Federal de Brasil. Estos tribunales fueron elegidos como objeto principal de estudio no sólo porque pertenecen a los países donde se desarrolló principalmente la investigación doctoral, sino sobre todo porque actualmente son bastante representativos de los diferentes perfiles deliberativos que pueden configurar los diseños institucionales de los sistemas de jurisdicción constitucional en una perspectiva comparada. El tribunal español constituye un paradigma de modelo institucional de deliberación cerrada o secreta y decisión *per curiam* con publicidad de opiniones disidentes (los votos particulares). El tribunal brasileño es representativo de un modelo peculiar de deliberación y decisión *seriatim* ampliamente abierta y pública. Además de esta perspectiva empírica, la teoría de la argumentación constitucional implica una perspectiva pragmática que toma en serio los aspectos institucionales de los tribunales y trabaja con propuestas para su mejora. La adopción de ambas perspectivas pretende ofrecer parámetros teóricos que no se alejen demasiado de la realidad que pretenden describir y analizar. El objetivo es proporcionar una teoría de la argumentación más cercana a la práctica, con modelos crítico-analíticos más responsables y funcionales y proyectos factibles para mejorar las instituciones.

Los resultados de estos estudios empíricos fueron publicados en 2017 por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, en un libro con el título *La deliberación en los Tribunales Constitucionales*<sup>2</sup>; y la tesis doctoral completa se puede encontrar en la obra *Argumentación Constitucional: un estudio sobre la deliberación en los Tribunales Constitucionales*, de 2019<sup>3</sup>. Ambas obras cuentan con el merecido prólogo del profesor Manuel Atienza, cuya orientación teórica fue fundamental para el desarrollo de todo trabajo de investigación a lo largo de estos años, que dio lugar a la construcción de las bases de una Teoría de la Argumentación Constitucional, con modelos teóricos que explican los diferentes aspectos institucionales de las prácticas de deliberación en los Tribunales Constitucionales.

A partir del año 2020, el mundo comenzó a enfrentar la pandemia del COVID-19, una tragedia humanitaria que, al exigir medidas sanitarias de distanciamiento social (incluyendo medidas drásticas de confinamiento), impactó en todo el funcionamiento de las instituciones democráticas, y, por lo tanto, también repercutió en las prácticas de toma de decisiones de los tribunales constitucionales, que debían continuar la rutina de

---

2. VALE, André Rufino do. *La deliberación en los Tribunales Constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2017.

3. VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Almedina; 2019.

sentencias a través de deliberaciones virtuales. Ante este nuevo escenario de los tribunales en la era digital, cuyas características institucionales parecen hoy duraderas e incluso permanentes, la Teoría de la Argumentación Constitucional tiene el nuevo desafío de, en su perspectiva empírica, explicar las transformaciones institucionales en los modelos de deliberación provocadas por la implementación de mecanismos de juicio virtual, y en su perspectiva pragmática, ofrecer propuestas para el mejoramiento institucional de la capacidad deliberativa de los tribunales constitucionales. Los siguientes tópicos estarán destinados a presentar los diferentes modelos de deliberación identificados en el derecho comparado y a ofrecer un primer diagnóstico de los cambios en curso en los tribunales con las nuevas prácticas de las deliberaciones virtuales.

### 3. LA DELIBERACIÓN EN LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

En los Tribunales Constitucionales, la deliberación se caracteriza por el desarrollo intersubjetivo e interactivo del discurso argumentativo entre los magistrados, basado en razones legales o extralegales involucradas en la discusión de un caso determinado, en el que son relevantes los aspectos discursivos dialécticos y retóricos, lo que ocurre con mayor énfasis en las sesiones deliberativas de los órganos colegiados, pero que también puede ocurrir en otras ocasiones cuando esta interacción argumentativa tiene lugar dentro de la Corte. Las cuestiones relacionadas con las formas, los entornos, las prácticas y los procedimientos de deliberación reciben especial atención de la Teoría de la Argumentación Constitucional, con el fin de identificar líneas de abordaje de los aspectos institucionales que definen los modelos de deliberación en el derecho comparado.

#### 3.1. Modelos de deliberación en el derecho comparado

La primera línea de abordaje teórica adopta un punto de vista que ve el lugar (*locus*) de la deliberación, enfatizando el entorno institucional donde se desarrollan las prácticas deliberativas. De acuerdo con este enfoque, la deliberación sigue dos modelos básicos y distintos: (1) el modelo de deliberación *cerrada* o *secreta* y (2) el modelo de deliberación *abierta* o *pública*. La segunda línea de abordaje sobre la práctica deliberativa de los tribunales constitucionales tiene en cuenta los diferentes formatos de redacción y publicación de las decisiones, y en este sentido adopta un enfoque en la *presentación institucional de los resultados de la deliberación*. En esta perspectiva de análisis, existen dos tipos de modelos básicos y distintos: 1) modelos de decisión de *texto único* o *per curiam*; 2) los modelos de *texto compuesto* o decisión *seriatim*. A continuación se hará un resumen de cada uno de estos distintos modelos.

*3.1.1. Modelos de deliberación cerrada o secreta.* El modelo de deliberación cerrada o secreta corresponde a la práctica de la mayoría de los órganos judiciales colegiados europeos (Francia, Alemania, Italia, España, Portugal, entre otros), donde los jueces analizan, reflexionan y discuten juntos los casos que se les presentan en entornos internos cerrados, sin la presencia tanto del público en general como de las partes y sus respectivos abogados, y en un régimen de total secreto en relación con su exterior. La deliberación suele tener lugar en una sala especial dentro del edificio del tribunal, que permanece «a puerta cerrada» durante toda la sesión, y en la que los magistrados suelen sentarse «cara a cara» para debatir los diversos temas, manteniendo siempre el compromiso de la garantía del secreto de todo lo que allí se dice y se escucha. En términos generales, por lo tanto, el modelo se caracteriza por dos requisitos básicos: 1) la deliberación entre los magistrados debe tener lugar solo dentro del tribunal, sin la presencia del público o incluso de las partes y sus abogados; 2) los debates entre los magistrados que tienen lugar en las sesiones del juicio o en otros momentos de deliberación interna deben mantenerse en absoluto secreto.

Como todo diseño institucional, el ambiente de deliberaciones no se define de manera aleatoria, y tiene como objetivo primordial asegurar, básicamente, dos garantías consideradas fundamentales por los ordenamientos jurídicos que lo adoptan: 1) la *independencia* de los magistrados; y 2) la *autoridad* del órgano judicial y sus decisiones. El espacio reservado para las deliberaciones se cierra intencionalmente al público externo con el fin de proporcionar a los magistrados un entorno donde el debate pueda desarrollarse, en la mayor medida posible, de manera abierta y libre de presiones externas. Se supone que en espacios cerrados, lejos de los ojos del público, cada miembro del colegiado puede sentirse más cómodo para reflexionar y lograr su convicción personal, inmune a presiones políticas de cualquier tipo, y así puede producir argumentos dialógicamente más sinceros y supuestamente correctos. Por ello, la garantía de independencia y libre expresión de los magistrados es vista como una justificación importante para este modelo. Además, la protección del secreto de todo lo que ocurre en los momentos deliberativos internos, preservando dentro del colegiado las divergencias entre sus miembros, tiene como objetivo cultivar posiciones unívocas que puedan transmitir al público externo una imagen más confiable de certeza y corrección de la decisión, creando un aura de seguridad jurídica, fundamento de la autoridad judicial. Se cree, por lo tanto, que la divulgación pública de los debates y los desacuerdos internos pueden convertirse en un obstáculo difícil para la pretensión de certeza, corrección y, finalmente, autoridad de las decisiones y de la propia institución judicial.

*3.1.2. Modelos de deliberación abierta o pública.* A diferencia de los modelos cerrados o secretos, los de carácter abierto o público (especialmente los observados en Brasil y México) se caracterizan, en términos simples, por el desarrollo de prácticas deliberativas en espacios dentro de los tribunales con libre acceso al público en general. El entorno institucional de las deliberaciones es caracterizado por la amplia apertura, la

libertad de acceso y, en consecuencia, por la presencia irrestricta no sólo de las partes y sus respectivos abogados, sino también de cualquier persona que tenga algún tipo de interés en el juicio. La regla general, por lo tanto, es la de la publicidad amplia, que sólo puede restringirse en casos excepcionales, cuando la deliberación a puerta cerrada está justificada por ciertos temas tratados (comúnmente en materia de derecho penal o derecho de familia) e intereses subjetivos involucrados (de menores, por ejemplo).

Los modelos de deliberación abierta o pública se caracterizan así por dos requisitos básicos: 1) las prácticas deliberativas deben desarrollarse en entornos dentro de los órganos judiciales que garanticen el libre acceso a las partes, abogados y público en general, sin distinciones de carácter personal, permitiéndose únicamente las limitaciones formales correspondientes a las normas del ceremonial judicial específicamente adoptadas por cada tribunal; 2) la publicidad sólo puede restringirse en hipótesis excepcionales, cuando el cierre del entorno deliberativo (normalmente la sala de sesiones o la sala de juicio) está justificado por razones derivadas de determinadas características (materiales o subjetivas) del caso. La justificación para la adopción de un modelo con estas características es bastante evidente y radica en el valor de la *transparencia* y en la idea de rendición de cuentas (*accountability*), tan cultivados en las democracias contemporáneas. En los países que lo adoptan, se entiende que la amplia transparencia de los actos judiciales, y en este caso especialmente de las deliberaciones, permite una mejor supervisión y un control más estricto de la actividad judicial, incluso dentro del ámbito de la jurisdicción constitucional, por parte de todos los ciudadanos.

*3.1.3. Modelos de texto único o de decisión per curiam.* La deliberación entre los magistrados de un Tribunal Constitucional suele concluirse mediante un procedimiento de votación, que puede dar lugar a resultados con total coincidencia de votos entre todos los deliberantes, en cuyo caso la decisión se considera unánime, o producir una pluralidad de opiniones expresadas en votos divergentes, cuya consecuencia es la decisión necesaria tomada por mayoría de votos en una dirección u otra. Algunos sistemas (como Italia, España, Portugal, Francia, entre otros) adoptan modelos para presentar el resultado de la deliberación que prescriben que, independientemente de si la decisión se tomó por unanimidad o por mayoría, debe publicarse en formato de texto único, dotado de una única estructura argumentativa –informe del caso, fundamentos jurídicos, parte dispositiva– que pueda considerarse válidamente como la opinión del tribunal en su conjunto o, en otras palabras, como una decisión *per curiam*. La expresión latina *per curiam* significa «por el tribunal» y por lo tanto se utiliza para dar sentido a los procesos de toma de decisiones que, resultando en posiciones unánimes o por mayoría de votos del colegiado de jueces, siempre deben presentarse al público como la expresión unívoca del órgano judicial considerado como una unidad institucional indivisible, sin tener en cuenta las posiciones individuales de los miembros del colegiado. Las decisiones *per curiam* se formatean y publican así como un texto escrito con un solo informe del caso, un único razonamiento jurídico que delimita y condensa las razones de decidir del

tribunal, y una parte dispositiva que presenta el resultado de la deliberación y, por lo tanto, la decisión del órgano colegiado. La redacción de este texto único que representará la posición del tribunal se confía normalmente a uno de los miembros del órgano colegiado, ya sea un magistrado habilitado para esa función como ponente o editor, o el propio presidente del órgano, que en este caso asume la responsabilidad de redactar la decisión del tribunal. La autoría de la decisión, sin embargo, será siempre del órgano colegiado plenamente considerado, y no del magistrado redactor.

El modelo de decisión *per curiam* está relacionado con los modelos de deliberación cerrada o secreta, ya que representan la forma adecuada de presentar la decisión del tribunal sin tener en cuenta los debates, divergencias internas y posiciones individuales externalizadas por cada miembro del colegiado en el momento de la deliberación. Precisamente porque no tiene en cuenta los votos individuales de cada miembro del colegiado, la práctica de escribir en formato de texto único plantea la cuestión de la necesidad de publicar junto con este texto las posibles opiniones disidentes expresadas en el momento de la deliberación por uno o más magistrados. Varios tribunales que adoptaron esta práctica de texto único terminaron incorporando (ya sea a través de cambios jurisprudenciales, legales o constitucionales) la publicación de *votos disidentes* (que difieren de la decisión tomada por el tribunal) y *votos concurrentes* (que difieren solo del razonamiento adoptado por el tribunal) en forma de un anexo a la decisión principal.

3.1.4. *Modelos de texto compuesto o de decisión seriatim.* En contraste con el modelo de decisión *per curiam*, que favorece la presentación del resultado de la deliberación como «opinión del tribunal» en un solo texto, el modelo de decisión *seriatim* (aplicado en Brasil, por ejemplo) se caracteriza por la producción de un agregado de las posiciones individuales de cada miembro del colegiado, cuyos votos se exponen «en serie» en un texto compuesto –ahí está el significado del término latino *seriatim*. En los tribunales que adoptan este modelo, la deliberación comúnmente no se desarrolla con el objetivo de producir un texto final con una única *ratio decidendi* que pueda representar la posición institucional de la Corte (unívoca e impersonal), sino como una proclamación sucesiva de las decisiones individuales de los miembros del tribunal, generalmente precedida por un discurso que cada juez tiene derecho a realizar, ya sea a través de un texto escrito por él preparado de antemano o mediante improvisación oral, para presentar públicamente su propio argumento y su juicio individual del caso. El resultado de la deliberación se presenta en un texto compuesto por los distintos votos y sus respectivas *ratio decidendi*, lo que complica bastante en algunas ocasiones la tarea de definir con precisión el fundamento determinante de la decisión del tribunal, que generalmente se puede llevar a cabo extrayendo el «mínimo común» entre los diferentes argumentos individuales. Así, en la práctica, una de las consecuencias de la adopción de este modelo es la mayor importancia que adquieren las *ratio decidendi* de cada juez considerado individualmente para la técnica de precedentes. Cada juez se queda vinculado a sus propias decisiones y argumentos, con el resultado de la posible



producción de un «*overruling* personal», en el caso de que un juez tenga que revisar su propia posición.

Los modelos de decisión *seriatim* están relacionados con los modelos de deliberación abierta o pública. La celebración de sesiones públicas de deliberación, en las que cada magistrado produce su voto como discurso personal, con sus propias razones para decidir, encuentra en este modelo *seriatim* una forma adecuada de presentar el resultado final de la deliberación a través de la presentación, en un texto compuesto, de todos los pronunciamientos individuales.

### 3.2. Deliberaciones virtuales

La crisis de la pandemia de COVID-19 ha acelerado los procesos de transición tecnológica en curso en diversas instituciones de las democracias constitucionales, especialmente en los tribunales constitucionales. La necesidad inmediata de observar las normas sanitarias restrictivas basadas en el distanciamiento social (incluidas las medidas drásticas de confinamiento) obligó a los órganos judiciales a reinventarse institucionalmente para continuar con los servicios judiciales a través de prácticas de toma de decisiones alternativas a las deliberaciones presenciales tradicionales<sup>4</sup>. Con los edificios cerrados y prohibidas las reuniones en los espacios físicos comunes de los tribunales, los magistrados tuvieron que hacer uso de los sistemas virtuales puestos a disposición por las nuevas tecnologías de comunicación en red (en internet) para seguir deliberando, pero a distancia. En pocos días y debido a circunstancias inesperadas, las deliberaciones físicas fueron reemplazadas por deliberaciones virtuales, evento que terminó desencadenando una de las transformaciones institucionales más profundas de las prácticas deliberativas de los órganos judiciales en toda su historia.

La adopción de deliberaciones virtuales a partir de 2020 resultó de la necesidad de una rápida adaptación institucional de los tribunales constitucionales para hacer frente a una crisis sanitaria. Pero los resultados positivos de su implementación durante la pandemia (2020-2022) terminaron demostrando que, en lugar de una medida solo de emergencia y temporal, las deliberaciones virtuales llegaron para dividir definitivamente los espacios institucionales de los tribunales con las tradicionales deliberaciones

---

4. En el contexto de los tribunales de España, el Real Decreto-ley 16 de 28 de abril de 2020 adoptó «medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia»; y en su artículo 19 estableció que «*las deliberaciones de los tribunales tendrán lugar en régimen de presencia telemática cuando se cuente con los medios técnicos necesarios para ello*». En el ámbito del Tribunal Constitucional español, La Nota Informativa n.º 73/2020 –Memoria del Tribunal Constitucional 2020– destaca que al inicio de la pandemia se produjo un gran cambio en los métodos de trabajo y sentencia del Tribunal, que pasaron en su casi totalidad a realizarse a través de «*sistemas remotos de teletrabajo, produciéndose, a su vez, una aceleración en la desmaterialización de los expedientes y procesos, especialmente en las reuniones de trabajo y deliberaciones*».

presenciales, reconfigurando todos los modelos conocidos de deliberación judicial en el derecho comparado.

En un trabajo reciente que analiza el funcionamiento *online* de los tribunales durante la pandemia<sup>5</sup>, Richard Susskind concluye que la introducción de sistemas virtuales de juicio en todo el mundo fue una experiencia institucional exitosa y que terminó «abriendo la mente» de muchos jueces y abogados que anteriormente criticaban cualquier tipo de actividad judicial no presencial. La implementación exitosa de sesiones de juicio virtuales en la Corte Suprema del Reino Unido, por ejemplo, se expresó en el discurso de Lord Reed: «*La reacción a las audiencias de video fue muy positiva... Las reuniones deliberativas en video se han convertido en una forma de vida. Los beneficios que descubrimos se mantendrán*»<sup>6</sup>. Como bien señaló Susskind, la crisis de la pandemia trajo toda una evolución de la percepción tradicional de los tribunales solo como un «lugar» (o un espacio físico), que dio paso a una visión del futuro de los tribunales en la sociedad digital como un «servicio», que puede ser proporcionado efectivamente por medios remotos (*remote courts*).

La observación empírica de los nuevos diseños de las prácticas judiciales deliberativas en diversas democracias en los años 2020-2022 puede demostrar que los cambios no se revertirán más y que los avances realizados en la transición tecnológica hacia un modelo de «cortes virtuales» o «cortes remotas» representan un punto de no retorno en la transformación institucional de los tribunales constitucionales en la era digital.

El diagnóstico de las deliberaciones virtuales del Supremo Tribunal Federal de Brasil durante el período de pandemia es bastante representativo de la etapa actual de transición tecnológica en los tribunales constitucionales. Los datos empíricos proporcionados por el propio tribunal<sup>7</sup> muestran que las reformas recientes en los sistemas de juicios electrónicos han permitido al tribunal centrar gran parte de su actividad judicial en sesiones deliberativas virtuales. Desde 2007 la Corte Suprema venía desarrollando y mejorando sus mecanismos electrónicos para el juicio virtual<sup>8</sup>, de manera que en

5. SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford: Oxford University Press; 2021, p. XXI e ss.

6. SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford: Oxford University Press; 2021, p. XXXIV.

7. Brasil. Supremo Tribunal Federal. *O Plenário Virtual na Pandemia da Covid-19*. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão de Informação, 2022.

8. La Enmienda Regimental n.º 21, de 30.04.2007, creó en el Supremo Tribunal Federal el denominado Pleno Virtual (PV), destinado a ser utilizado, en ese momento inicial, para el análisis de la «repercusión general» como requisito de admisibilidad de los recursos extraordinarios. En 2010, la Enmienda Regimental n.º 42 (de 02.12.2010) hizo posible el juicio virtual de las decisiones de mérito de los recursos extraordinarios en las hipótesis en las que el entendimiento del relator se alinea con la jurisprudencia del tribunal sobre el tema. En 2016, la Enmienda Regimental n.º 51 (de 22.06.2016) hizo posible que, a discreción del ponente, los recursos internos y los embargos de declaración también se evaluaran en este entorno judicial virtual. En 2019, la Enmienda Regimental n.º 52 (del 14.06.2019) amplió aún más el alcance del Pleno Virtual, que pasó a tener jurisdicción para juzgar los recursos extraordinarios con repercusión general (no solo la sentencia de admisibilidad, sino también el mérito de las apelaciones),

2019 el tribunal ya había alcanzado el porcentaje del 81,9% de decisiones colegiadas como resultado de deliberaciones virtuales. Pero a partir de 2020, debido a la crisis de la pandemia y la suspensión de todas las actividades presenciales en el edificio del tribunal, el porcentaje de deliberaciones colegiadas virtuales se elevó al 95,5%; y en 2021, alcanzó el nivel del 98,4% (datos recogidos hasta junio de ese año). La comparación de los datos de los periodos anteriores y posteriores al inicio de la pandemia muestran un incremento del 21,5% en la proporción de decisiones colegiadas sujetas a deliberaciones virtuales<sup>9</sup>. En 2021, el porcentaje de deliberaciones no virtuales se situó en solo el 1,6% del total de decisiones colegiadas del tribunal. E incluso en estos casos, debido a la pandemia, las deliberaciones del pleno físico se llevaron a cabo en modo telepresencial (por videoconferencia) y por tanto se computaron en la investigación empírica en el conjunto de datos no relacionados con las sentencias del Pleno virtual. El hecho es que, en la Corte brasileña, en los últimos años (especialmente entre 2016 y 2022) se produjo este interesante fenómeno de inversión completa del papel de las deliberaciones físicas, que representaban más del 90% del total de las decisiones colegiadas y hoy alcanzan menos del 10% de este contingente, en relación con las deliberaciones virtuales, que anteriormente alcanzaban menos del 1% de las decisiones colegiadas y actualmente cubren más del 90% de todas las sentencias.

El rápido crecimiento de las deliberaciones virtuales como espacios privilegiados de toma de decisiones colegiadas ha tenido un impacto sin precedentes en el perfil deliberativo de los tribunales constitucionales. El resultado de este fenómeno reciente ha sido el importante rediseño institucional de los modelos de deliberación observados en el derecho comparado, con cambios relevantes en los entornos institucionales de los tribunales, en los momentos deliberativos y en los procedimientos colegiados de toma

---

los recursos internos y embargos de declaraciones, las medidas cautelares en las acciones de control abstracto de constitucionalidad y todos los demás procesos cuyos temas tienen jurisprudencia dominante de la corte. En 2020, con el inicio de la pandemia de COVID-19, la Enmienda Regimental n.º 53 (de 18.03.2020) permitió que cualquier proceso del tribunal fuera juzgado en el ambiente del Pleno Virtual. Además de la constante ampliación de las competencias del Pleno Virtual, la Corte Suprema ha mejorado los procedimientos de las deliberaciones virtuales. La Resolución STF n.º 642 (de 14.6.2019) reglamentó el procedimiento deliberativo virtual, estableciendo que, una vez que el proceso esté listo para el juicio, corresponde al relator insertar los textos del informe y del voto en el sistema virtual, momento a partir del cual se establece el plazo de 6 días (definido por la Resolución STF n.º 684, de 21.5.2020) para las manifestaciones de los demás Ministros, que también debe producirse mediante la inserción en el sistema de los textos de sus votos. Los informes de defensa de los abogados también deben insertarse a través de archivos de texto en el sistema virtual (Resolución STF N.º 669, de 3.19.2020). Los archivos de textos del informe del ponente, los votos de los Ministros y el informe de los abogados deben estar disponibles en el sitio web del tribunal durante la sesión virtual (Resolución N.º 675 de 22.4.2020). A lo largo de la sesión, las partes también pueden agregar en el sistema virtual textos con informes de aclaración sobre la cuestión de hecho con respecto al caso en juicio. Durante la sesión, los Ministros pueden presentar una solicitud de «destaque» del proceso, para que su juicio sea transferido al Pleno (físico) de la Corte.

9. Brasil. Supremo Tribunal Federal. *O Plenário Virtual na Pandemia da Covid-19*. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão de Informação, 2022.

de decisiones. La observación empírica de esta nueva realidad y su análisis a partir de los supuestos de la *Teoría de la Argumentación Constitucional* dan lugar a nuevas distinciones conceptuales que pretenden explicar los principales aspectos institucionales de las deliberaciones virtuales en los tribunales constitucionales.

*3.2.1. Deliberaciones virtuales públicas y secretas.* La introducción de formas virtuales de deliberación tiene un impacto especial en los entornos institucionales de las prácticas deliberativas de los tribunales, que se distinguen, como se ha visto anteriormente, en modelos de deliberación cerrada o secreta y modelos de deliberación abierta o pública. Además de la distinción entre entornos de deliberación institucional cerrados o abiertos al público, cobran relevancia los *espacios físicos de deliberación presencial*, por un lado, y los *entornos electrónicos de deliberación virtual o remota*. Esta característica de los peculiares entornos institucionales (sistemas electrónicos) de las deliberaciones virtuales resalta el perfil institucional de los tribunales como un *servicio*, que se puede realizar de forma remota, y no solo como un lugar o espacio físico (el edificio de la corte).

La observación preliminar del funcionamiento de estos nuevos entornos de juicio virtual demuestra que, hasta el momento, han sido adecuados a los aspectos institucionales de la publicidad o del secreto correspondientes a cada modelo de deliberación en el derecho comparado. Los tribunales que deliberaban a puerta cerrada adoptaron mecanismos de deliberación virtual de carácter cerrado, es decir, que se producen en entornos electrónicos de acceso restringido a los magistrados. En el caso de los tribunales que ya daban publicidad al momento de la deliberación presencial, la introducción de formas de deliberación virtual no tuvo repercusiones en el cierre de las sesiones deliberativas, que comenzaron a celebrarse en la modalidad de videoconferencia, pero con acceso remoto al público y, en el caso brasileño, transmitidas simultáneamente por la TV Justicia.

En el Supremo Tribunal Federal de Brasil, sin embargo, además de estas sesiones plenarias en modalidad de videoconferencia, comenzaron a celebrarse deliberaciones virtuales en el llamado *Plenario Virtual*, un sistema electrónico programado para dar publicidad a los votos de los magistrados solo cuando finalizado el juicio. La implementación de este sistema de deliberaciones virtuales repercute en el modelo de amplia publicidad característico del tribunal brasileño, en la medida en que introduce formas de deliberación cerradas al público en general.

En cualquier caso, es posible observar que, con la expansión de las formas de deliberación virtual en los diversos tribunales constitucionales, la distinción entre entornos institucionales físicos y entornos institucionales virtuales de juicio se ha vuelto relevante para la clasificación teórica de los modelos de deliberación pública o secreta. En el derecho comparado ahora se pueden identificar (1) *modelos de deliberaciones públicas físicas o virtuales*; y (2) *modelos de deliberaciones secretas físicas o virtuales*.

3.2.2. *Deliberaciones virtuales sincrónicas y asincrónicas.* El aspecto institucional más interesante y distintivo de las deliberaciones virtuales es la sincronía o asincronía de las interacciones argumentativas entre magistrados. Las tradicionales deliberaciones en los espacios físicos de los tribunales (en la sala del pleno) se caracterizan por los argumentos sincrónicos entre los magistrados presentes. Las sesiones deliberativas en entornos institucionales físicos están bien delimitadas en su *espacio* (lugar de deliberaciones), *participación* (presencia de deliberantes) y *tiempo* (duración de las sesiones) y por lo tanto producen una dialéctica argumentativa simultánea dentro del órgano colegiado, posibilitando la dinámica de argumentos y contraargumentos inmediatos. Por otro lado, las deliberaciones virtuales pueden desarrollarse en sistemas electrónicos que den lugar a argumentos no sincrónicos entre los magistrados. Los votos se pueden insertar en el sistema virtual de las deliberaciones de forma remota (desde lugares externos y distintos por magistrado) y en circunstancias temporales distintas (momentos de votación no simultáneos entre magistrados). Por lo tanto, la argumentación virtual puede ocurrir en distintas etapas en el espacio (*asincronía espacial*) y el tiempo (*asincronía temporal*), sin la producción de intercambios argumentativos simultáneos en el colegiado del tribunal.

La asincronía argumentativa no es una característica única de las deliberaciones virtuales. Algunos tribunales ya desarrollaban prácticas de deliberación (físicas o presenciales) con la producción de posiciones individuales de cada magistrado en diferentes momentos durante un largo período de deliberaciones internas (momentos deliberativos distintos de las sesiones del pleno). La práctica deliberativa de la Corte Suprema de los Estados Unidos, por ejemplo, es conocida por esta característica de ocurrir a través de un proceso de negociación de posiciones individuales, que emanan en diferentes momentos a lo largo de meses de deliberación, sobre un proyecto de voto mayoritario que puede configurar la opinión de la corte (*opinion of the court*). Sin embargo, la introducción de formas virtuales de deliberación en varios tribunales ha hecho de las argumentaciones no sincrónicas una característica determinante de las prácticas deliberativas virtuales. En la corte brasileña, por ejemplo, esta asincronía argumentativa es hoy uno de los principales aspectos distintivos de las deliberaciones producidas en el sistema electrónico del Pleno Virtual, que abre un período de seis días durante el cual los once ministros de la corte pueden insertar sus votos, de forma remota y en diferentes momentos<sup>10</sup>.

Existen formatos de deliberación virtual que pueden mantener la sincronía (temporal) de los argumentos, como ocurre en las sesiones deliberativas por videoconferencia, en las que los magistrados no están físicamente presentes en la sala de deliberación del tribunal (asincronía espacial), pero permanecen simultáneamente conectados en red

---

10. De acuerdo con la Resolución STF n. 642 (de 14.6.2019), que regula todo el procedimiento de deliberaciones virtuales, cuando el proceso esté listo para el inicio de la sesión virtual, el relator debe insertar los textos del informe, su voto y el resumen (emenda) de la decisión en el sistema virtual (sistema electrónico del Pleno Virtual), momento a partir del cual comienza el plazo de seis días (definido por la Resolución STF n. 684, de 5.21.2020) para las manifestaciones de los demás Ministros, que también debe ocurrir a través de la inserción en el sistema de los textos de sus votos.

y, por lo tanto, pueden, aunque de forma remota, interactuar argumentativamente (sincronía temporal). Por lo tanto, en vista de estos nuevos aspectos institucionales observados con la introducción de deliberaciones virtuales en los tribunales constitucionales, se pueden definir dos modelos deliberativos: 1) *modelo de deliberaciones sincrónicas*; y 2) *modelo de deliberaciones asincrónicas*.

3.2.3. *Deliberaciones virtuales y sus problemas*. Algunos de estos aspectos institucionales de las prácticas deliberativas en entornos virtuales plantean una serie de problemas desde la perspectiva de la Teoría de la Argumentación Constitucional. El primero está relacionado con esta característica asincrónica de los intercambios argumentativos realizados en algunos entornos de juicio virtual. La asincronía generada por la emisión de argumentos jurídicos bajo diferentes condiciones de espacio y tiempo impide el desarrollo de la dialéctica argumentativa dentro del colegiado de magistrados. La imposibilidad fáctica de argumentación simultánea (sincronía temporal) y cara a cara (sincronía espacial) entre los magistrados, como ocurre en las deliberaciones presenciales, innegablemente tiene consecuencias negativas para la calidad de los debates y, por tanto, de la deliberación.

La asincronía argumentativa conduce a un segundo problema, identificado en la propensión de este modelo de deliberaciones virtuales a generar *decisiones agregativas*, resultado de la mera agrupación de los votos emitidos por cada magistrado, y no de decisiones deliberativas efectivas, tomadas a partir de debates y argumentos intercambiados dialécticamente dentro del colegiado. En este sentido, las deliberaciones virtuales fomentan la adopción de modelos de decisión *seriatim* y, así, pueden aportar las mismas ventajas y desventajas institucionales de este tipo de modelo de decisión, entre las que se puede destacar la dificultad de formación, delimitación e identificación de la *ratio decidendi* del tribunal<sup>11</sup>.

La producción de decisiones meramente agregativas puede generar un tercer tipo de problema, observado en el incentivo a votos deliberadamente divergentes, es decir, a posiciones disidentes cuyos argumentos están dialécticamente desconectados de la comprensión mayoritaria. En la deliberación virtual asincrónica con ausencia de dialéctica argumentativa, algunas opiniones divergentes pueden ser el mero resultado de la imposibilidad fáctica del convencimiento mutuo en la deliberación colegiada. La falta de un espacio institucional para el debate efectivo y la defensa dialéctica de los argumentos puede resultar en un aumento en el número de votos divergentes que no dialogan con la posición mayoritaria de la corte. Es interesante observar (pero sin sacar, en este momento, conclusiones empíricas al respecto) que los datos proporcionados por

---

11. Sobre las ventajas y desventajas institucionales de los modelos de decisión *seriatim*, véase: VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Almedina; 2019.

la Corte brasileña sobre el funcionamiento de su sistema de Pleno Virtual muestran que el número de decisiones en las que hubo al menos un voto divergente aumentó del 35% (en el período prepandémico) al 55% del total de decisiones (en el período de pandemia)<sup>12</sup>. Estos datos pueden revelar una mayor diversificación argumentativa en las decisiones producidas en entornos virtuales<sup>13</sup>. Por otro lado, también puede plantear el mencionado problema de la argumentación asincrónica, en el que la ausencia de debates y la producción de decisiones agregativas fomentan divergencias que no dialogan con la posición mayoritaria.

Un cuarto tipo de problema se puede observar en los incentivos para la *acción estratégica* de cada magistrado en el uso del nuevo sistema de deliberaciones virtuales. La implementación de mecanismos virtuales de deliberación ha sido posible a través de la modificación (radical en muchos casos) de reglas y procedimientos de juicio, poniendo a disposición de los magistrados nuevos instrumentos de votación, que, como en cualquier sistema, abren posibilidades de uso estratégico para producir resultados planificados en las deliberaciones. Un caso interesante se puede encontrar en la práctica deliberativa virtual de la Corte brasileña. De acuerdo con los procedimientos adoptados actualmente en el sistema del Pleno Virtual, existe una disposición que, durante el plazo de presentación de votos, los ministros pueden hacer «solicitud de destaque» del proceso, de modo que la deliberación sea transferida al Pleno (físico) de la Corte, hipótesis en la que la votación debe volver a su punto de partida, aunque ya existan votos computados en un sentido u otro. Este instrumento del «destaque» de los procesos del Pleno Virtual para deliberación en el Pleno físico puede incentivar a cada magistrado individualmente al uso estratégico para obstruir juicios que en la deliberación virtual ya tienen una mayoría formada, trasladándoles al entorno de deliberación física. Teniendo en cuenta que el intervalo de tiempo entre el «destaque» del proceso en el sistema virtual y el reinicio del juicio en el entorno físico puede ser lo suficientemente largo como para que ocurran hechos que puedan tener repercusiones en la votación, como cambios de posición e incluso cambios en la composición de la Corte, la acción estratégica en este aspecto puede implicar no solo la obstrucción de la deliberación virtual, pero también la propia modificación de la decisión del tribunal.

12. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *O Plenário Virtual na Pandemia da Covid-19*. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão de Informação, 2022, p. 51.

13. Esta es la hipótesis de la investigación publicada por el Supremo Tribunal Federal de Brasil. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *O Plenário Virtual na Pandemia da Covid-19*. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão de Informação, 2022.

#### 4. PERFECCIONAMIENTO INSTITUCIONAL DE LA CAPACIDAD DELIBERATIVA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LA ERA DIGITAL

En 2014, cuando finalizamos el estudio empírico sobre las prácticas deliberativas de los Tribunales Constitucionales, elaboramos un *decálogo de directrices* para el perfeccionamiento institucional de la capacidad deliberativa de estos tribunales<sup>14</sup>. En ese momento, concluimos que «es necesario crear espacios alternativos de comunicación y debate interno entre magistrados, que puedan ser facilitados por la existencia de medios tecnológicos para el desarrollo de intercambios argumentativos virtuales (a través de internet) no abiertos al público»<sup>15</sup>. Ya éramos plenamente conscientes, por tanto, de que la introducción de sistemas electrónicos de comunicación virtual entre magistrados podría constituir una medida que los tribunales constitucionales podrían adoptar para la mejora de sus deliberaciones.

En los últimos años, especialmente debido a las políticas para combatir la crisis de la pandemia, los tribunales han tenido que reinventarse institucionalmente para implementar todos los nuevos recursos tecnológicos disponibles para la realización de juicios virtuales en entornos electrónicos. Los diseños institucionales de los tribunales se vieron profundamente impactados por la actual revolución tecnológica, convirtiéndolos en verdaderas cortes digitales. Los cambios implementados ahora pueden servir para la mejora de las prácticas deliberativas, de acuerdo con las directrices de la Teoría de la Argumentación Constitucional (autonomía del proceso deliberativo, independencia de los deliberantes, unidad institucional, colegialidad, cooperación, integridad, representatividad discursiva, amplitud informativa y cognitiva, inclusión y diversidad de las razones).

En la era digital, los tribunales constitucionales asumen este importante reto de transformarse en tribunales virtuales sin perder la capacidad institucional de la necesaria y continua mejora de sus prácticas de toma de decisiones. En la transición tecnológica, es esencial diagnosticar empíricamente los impactos y resultados prácticos de las reformas en los procedimientos de juicio virtual, con el fin de identificar problemas y hacer correcciones regulatorias. Como se describió en este artículo, la implementación inicial de sistemas virtuales de deliberación ya presenta una serie de problemas que impactan en los índices de calidad deliberativa de los tribunales, como la colegialidad, la unidad institucional, la integridad, etc. Durante la actual fase de experimentalismo institucional, los tribunales deben ser conscientes de los posibles déficits de argumentación jurídica

---

14. Este decálogo de directrices se puede encontrar en la obra: VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Almedina; 2019, capítulo 8.

15. VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Almedina; 2019, p. 436.



que pueden ocasionar las reformas tecnológicas en las formas de juicio, procediendo a los ajustes y correcciones necesarios.

Lo cierto es que los nuevos instrumentos tecnológicos puestos a disposición de los tribunales para la realización de sentencias en diferentes entornos y formas (presenciales, virtuales, síncronos y asincrónicos) abren un abanico de posibilidades para el desarrollo institucional y la mejora de su capacidad de deliberación y argumentación. En los próximos años, la Teoría de la Argumentación Constitucional, en sus perspectivas empírica y pragmática, debe estar atenta a todas estas transformaciones de las prácticas deliberativas de los tribunales constitucionales en la era digital.

## BIBLIOGRAFIA

- Brasil. Supremo Tribunal Federal. *O Plenário Virtual na Pandemia da Covid-19*. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão de Informação, 2022.
- SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford: Oxford University Press; 2021, p. XXI e ss.
- VALE, André Rufino do. *La deliberación en los Tribunales Constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2017.
- VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Almedina; 2019.





# 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 «clasificatorio» 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 asfisia 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 recelos 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.



# REGLAS PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS EN DOXA

## 1. CORRESPONDENCIA

Los originales se remitirán por correo electrónico a la dirección de la revista: *doxa@ua.es*.

## 2. TIPOS DE TRABAJOS

La revista aceptará propuestas de dos tipos de contribuciones: «artículos» y «notas»; ambos habrán de ser trabajos de investigación inéditos. La revista se reserva el derecho a decidir cómo clasificar los trabajos recibidos.

## 3. FORMATO

Los trabajos deberán estar redactados en español (en caso de ser traducciones, el nombre del traductor constará en la nota inicial del trabajo).

La primera página incluirá el título (en español y en inglés), nombre completo del autor, puesto docente o investigador, centro de trabajo y datos de contacto, incluyendo una dirección de correo electrónico, el código ORCID, en su caso, y si el trabajo ha contado con financiación.

Además, para facilitar la revisión anónima, debe incluirse una copia del trabajo sin ninguna referencia al autor.

## 4. ABSTRACTS Y PALABRAS CLAVE

Los trabajos deberán ir precedidos por dos *abstracts*, uno en español y otro en inglés, de una extensión no superior a diez líneas, así como de una propuesta de palabras clave en ambos idiomas, separados por punto y coma.

## 5. EXTENSIÓN DE LOS TRABAJOS

Para la sección de artículos, la extensión recomendada es de 25 a 30 páginas a espacio y medio, con tipografía Times New Roman de cuerpo 12. En ningún caso se aceptarán originales que superen el límite de 15.000 palabras. Para la sección de notas, la extensión recomendada es de 15 a 20 páginas y en ningún caso se aceptarán originales que superen el límite máximo de 10.000 palabras.

## 6. PROCESO DE EVALUACIÓN PARA LA ACEPTACIÓN DE TRABAJOS

La redacción de la revista dará acuse de recibo de los trabajos que le lleguen y pasará a informe confidencial por al menos dos evaluadores anónimos a aquellos que reúnan el mínimo de calidad pertinente. A la luz de los informes los editores tomarán alguna de las siguientes decisiones, que se comunicarán a los interesados:

- a) Aceptación del trabajo.
- b) Aceptación condicionada a las modificaciones requeridas.
- c) No aceptación del trabajo.

## 7. PUBLICACIÓN

Los trabajos aceptados pasarán a formar parte del fondo de la revista, la cual se compromete a su publicación. La redacción tomará de dicho fondo los trabajos que conformarán cada número.

Se podrá requerir a los autores la corrección de las pruebas de imprenta de sus trabajos, que habrá de ser realizada y enviada en un plazo máximo de setenta y dos horas.

## 8. EJEMPLARES

Una vez que el número haya sido publicado, se enviará a cada autor un ejemplar del mismo y la correspondiente separata electrónica.

## 9. NORMAS DE EDICIÓN

**Notas a pie de página.** Las notas se numerarán en caracteres arábigos, en formato superíndice y orden creciente, siempre antes del signo de puntuación que correspondiese.

**Citas.** Las citas irán en redonda y no cursiva, y entre comillas angulares. Las comillas dentro de comillas pasarán a ser voladitas. Cuando la cita exceda de tres líneas, se separará del cuerpo principal del texto, irá sangrada y a cuerpo menor. Cualquier cambio introducido en la cita original deberá indicarse encerrándolo entre corchetes.

**Bibliografía.** Las citas bibliográficas seguirán el sistema APA. Los apellidos del autor, año de edición del original, páginas.

— Si el autor publicó varias obras el mismo año, se pondrán letras al lado de la fecha, comenzando por a, b, c... (Pérez, 2007a, pp. 10-15).

— Si hay varios autores citados con el mismo apellido, añadir la inicial del nombre de pila (Pérez, S., 2007a, pp. 10-15).

En bibliografía, seguir el sistema APA. Apellidos, inicial del nombre, año entre paréntesis, punto y capítulo de libro o artículo de revista entre comillas angulares, título de la obra o de la revista en cursivas (si se trata de una revista, luego el número), el tomo o volumen entre paréntesis, las páginas y, en su caso, el DOI.

PÉREZ, S., (2007). «Una teoría», *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 30, 3-25. doi: 10.14198/DOXA2007.43.07



## COMPROMISO ÉTICO PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

*Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* se adhiere a las directrices del EASE (*European Association of Science Editors*) y del COPE (*Committee on Publication Ethics*), que pautan unas buenas prácticas para la gestión, edición, revisión y publicación de resultados científicos en revistas de diferentes áreas de conocimiento. Brevemente, de acuerdo con lo allí establecido:

Los autores se comprometen a remitir trabajos inéditos, que no hayan sido publicados anteriormente y que no se encuentren sometidos a evaluación por otras revistas mientras no se complete el proceso de evaluación por parte de esta revista. El envío de trabajos para su evaluación requiere omitir en la copia ciega cualquier dato que pueda ser identificado por los revisores respecto a su autoría y de igual modo implica aceptar las normas de publicación, revisión y evaluación de la revista que se detallan a tal fin en cada número de la misma.

Los revisores de los trabajos asumen el compromiso de realizar una revisión crítica, honesta y constructiva sobre la calidad científica del texto dentro el ámbito de sus conocimientos y habilidades. Por ello, solo revisarán un trabajo si se sienten competentes con la temática a revisar y si no existen conflictos de interés.

El Director, los Secretarios y los Editores se comprometen a respetar la imparcialidad y mantener la confidencialidad de los trabajos enviados, sus autores y revisores, de forma que el anonimato preserve la integridad de todo el proceso de evaluación. A tal fin garantizarán la selección de los revisores más cualificados y especialistas en la materia para emitir una apreciación crítica y experta del trabajo. Asimismo en la medida de lo posible, evitarán todo tipo de conflictos de intereses y cumplirán estrictamente con los tiempos de evaluación, edición y publicación que exige la periodicidad de la revista.

Josep Aguiló Regla, Daniel González Lagier e Isabel Lifante Vidal  
*Presentación*

Josep Aguiló Regla  
*Son mandatos de ponderación. Breviario de teoría del Derecho en honor de Manuel Atienza*

Macario Alemany  
*La bioética como argumentación: la concepción bioética de Manuel Atienza*

Horacio-José Alonso Vidal  
*Sobre los límites al deber de lealtad de los abogados*

Maximiliano A. Aramburo C.  
*Mayorías en disidencia*

Fernando Bañuls  
*Manuel Atienza y Elías Díaz. Imagen de una iusfilosofía en español*

Rafael Buzón  
*Introducción a la filosofía del Derecho de Manuel Atienza*

Danny José Cevallos C.  
*El amparo de los derechos en el Estado constitucional de Derecho. Novas desde una teoría argumentati-*

Juan A. Cruz Parceros  
*Constitucionalismo y discrecionalidad judicial*

Leopoldo Gama  
*Manuel Atienza, el activismo judicial y el consejo de Cir-*

Raymundo Gama Leyva  
*Manuel Atienza y las bases para el estudio de la prueba desde un enfoque argumentativo del Derecho*

Daniel González Lagier  
*El barón y el tábano. Sobre los límites del argumento trascendental y el objetivismo moral*

Jesús Ibarra Cárdenas  
*La dimensión política de «El Derecho como argumentación» de Manuel Atienza*

Roberto Lara Chagoyán  
*Diez patologías formalistas en la cultura jurídica mexicana. Tras los pasos de M. Atienza*

Isabel Lifante Vidal  
*Diez ideas sobre el pensamiento iusfilosófico de Manuel Atienza*

Henrik López Sterup  
*Una reflexión sobre los problemas jurídicos. Ideas desde la argumentación jurídica*

Alí Lozada  
*Atienza y el postpositivismo discursivo*

Lucas E. Misseri  
*Manuel Atienza y el laberinto de su objetivismo moral mínimo: constructivismo metaético y dignidad humana*

Félix Morales Luna  
*¿Qué tan irrelevantes son las tesis definitorias del positivismo jurídico?*

Roberta Simões Nascimento  
*El modelo ideal (no irreal) del legislador que argumenta*

Juan Antonio Pérez Lledó  
*La enseñanza del Derecho en España. Un diagnóstico crítico y algunas propuestas*

Catherine Ricaurte  
*La prueba a la luz de la argumentación jurídica*

Victoria Roca  
*El Razonamiento práctico y el rol del abogado en la sociedad. Algunas reflexiones a partir de las contribuciones de Manuel Atienza*

Ilse Carolina Torres Ortega  
*Apología del Derecho y transformación social*

André Rufino do Vale  
*Teoría de la argumentación constitucional: nuevos aportes sobre las deliberaciones virtuales de los Tribunales Constitucionales en la era digital*

Jesús Vega  
*El Derecho como práctica y las dimensiones de la argumentación jurídica*

ISSN 0214-867-6



9 770214 867003