



FILOSOFÍA DEL DERECHO y TRANSFORMACIÓN SOCIAL

Manuel
Atienza

EDITORIAL TROTTA

Filosofía del Derecho y transformación social



Filosofía del Derecho y transformación social

Manuel Atienza

E D I T O R I A L T R O T T A

COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS
Serie Derecho

© Editorial Trotta, S.A., 2017
Ferraz, 55. 28008 Madrid
Teléfono: 91 543 03 61
Fax: 91 543 14 88
E-mail: editorial@trotta.es
<http://www.trotta.es>

© Manuel Atienza Rodríguez, 2017

Diseño
Teresa Requena

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN: 978-84-9879-698-8
Depósito Legal: M-14557-2017

Impresión
Gráficas Cofás, S.A.

CONTENIDO

<i>Presentación</i>	9
I. Una idea del Derecho	15
II. Una filosofía del Derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca	47
III. La filosofía del Derecho como filosofía «regional»	71
IV. El giro argumentativo en la teoría del Derecho contemporánea ...	95
V. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista	117
VI. Ponderación y sentido común jurídico	147
VII. La dogmática jurídica como tecno-praxis	167
VIII. Objetivismo moral y derecho	193
IX. Ética de las profesiones jurídicas	221
X. Filosofía del Derecho y transformación social (fragmentos)	275
<i>Bibliografía</i>	363
<i>Índice de nombres</i>	377
<i>Índice de materias</i>	381
<i>Índice general</i>	385



PRESENTACIÓN

Este libro es, en cierto modo, la continuación del último que publiqué en esta misma editorial: el *Curso de argumentación jurídica*. No quiero decir con ello que sea un nuevo libro de argumentación jurídica, sino que más bien es una obra que completa a aquella, en el sentido de que explora y desarrolla los temas iusfilosóficos que la teoría y la práctica de la argumentación jurídica plantean y presuponen. Pues la argumentación jurídica no es una alternativa a la filosofía del Derecho y ni siquiera, en un sentido estricto, una parte de la misma. Al menos tal y como yo la concibo, la argumentación jurídica es una disciplina en la que se combinan elementos de muy diversa procedencia, aunque al mismo tiempo sea cierto que la argamasa que los une es de naturaleza iusfilosófica. En aquel libro yo distinguía entre una parte general y una parte especial: la primera estaba encaminada a esclarecer el concepto de argumentación y las diversas concepciones o enfoques de la argumentación (formal, material y pragmática —retórica y dialéctica—); y la segunda, a ofrecer una respuesta a las tres grandes preguntas argumentativas que plantea la práctica del Derecho: cómo analizar una argumentación, cómo evaluarla, cómo argumentar. Pero todo ello solo resulta comprensible en un contexto iusfilosófico, esto es, presupone una cierta idea del Derecho, del conocimiento jurídico, de la justicia y de la propia filosofía del Derecho.

Pues bien, esto último, el desarrollo de —o cierta manera de desarrollar— esos grandes temas es lo que he tratado de hacer a lo largo de los diez capítulos que integran este libro, cuyo título, *Filosofía del Derecho y transformación social*, viene a suponer algo así como una fusión de lo que podríamos llamar su objeto material y su objeto formal. Pues, en efecto, los temas tratados (el objeto material), como decía, vienen a ser los que tradicionalmente se ha considerado corresponden a la filosofía

del Derecho. Pero la manera de tratarlos (el objeto formal) apunta al logro de lo que, en mi opinión, tiene que ser el objetivo de cualquier filosofía del Derecho que merezca la pena: la transformación social.

Por lo demás, mi manera de entender la filosofía del Derecho cae dentro de lo que hoy se suele llamar «postpositivismo» y que, en mi opinión, es la concepción más adecuada para dar cuenta de los Derechos del Estado constitucional. Expresado de una forma que podría llamarse «dialéctica»: mientras que el Derecho natural fue la manera de tratar los temas que integran la filosofía del Derecho hasta finales del siglo XVIII, y el positivismo jurídico la concepción iusfilosófica hegemónica durante el XIX y hasta las últimas décadas del XX, la filosofía del Derecho de nuestro tiempo no puede ser otra que postpositivista. En la edad de los derechos, del constitucionalismo jurídico, del «giro argumentativo» y de la globalización, el positivismo jurídico (en todas sus vertientes) resulta una concepción excesivamente pobre del Derecho y que necesita ser «superada» de manera parecida a como el propio positivismo jurídico hizo con el Derecho natural. El postpositivismo no significa por ello la vuelta al Derecho natural, no niega el carácter «artificial», social e histórico del Derecho (esa vendría a ser, de acuerdo con González Vicén, la tesis central de todas las teorías iuspositivistas: concebir el Derecho como una realidad social e histórica), pero sí la tesis de la separación metodológica o conceptual entre el Derecho y la moral; mejor aún, no niega que desde ciertas perspectivas sea posible (necesario) distinguir entre el Derecho y la moral, pero insiste en que esa separación no puede verse en términos dicotómicos, o sea, entre el Derecho y la moral hay tanto separación como continuidad: son «conceptos conjugados».

Seguramente algún que otro lector identificará varios de los capítulos del libro con trabajos que he ido publicando en el transcurso de los tres últimos años. Pero, aparte de que todos ellos han sido revisados (retocados y, sobre todo, aumentados) al incorporarlos ahora al libro, en realidad fueron escritos originariamente con el propósito de que compusieran una obra unitaria. De manera que no se trata de una mera recopilación de trabajos, aunque debo aclarar que la unidad a la que acabo de referirme es compatible con un tratamiento de la materia muy insuficientemente sistemático y que, en ocasiones, no pasa de fragmentario. Pero supongo que todo eso (unidad, no sistematicidad y fragmentariedad) no es necesariamente incompatible. Y, en todo caso, lo que el lector encontrará en estos diez capítulos (que pueden ser leídos de manera relativamente independiente), puede sintetizarse así.

El capítulo primero, «Una idea del Derecho», está dedicado a mostrar que los orígenes recientes de la idea del Derecho del postpositivismo se encuentran en la obra de Rudolf von Ihering. Esa idea, que en lo esencial consiste en ver en el Derecho no únicamente su dimensión au-

toritativa y organizativa, sino también su lado finalista y valorativo (el Derecho como práctica social), se contrapone al normativismo jurídico en cuanto concepción unilateral del Derecho y ampliamente dominante en la cultura jurídica del mundo latino.

En el capítulo segundo se reproduce (con algún cambio únicamente terminológico) un texto de 2014 (se publicó en el número 37 de la revista *Doxa*), que tenía en cierto modo un sentido programático: «Una filosofía del Derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca». Se desarrollan ahí, de manera tentativa y fragmentaria, los diez puntos contenidos en un *Manifiesto* dirigido a proponer la construcción de una filosofía del Derecho con la vista puesta en el mundo latino: de Europa y de América. Muchos de esos puntos constituyen el objeto de los siguientes capítulos del libro.

En «La filosofía del Derecho como filosofía 'regional'» (capítulo tercero) planteo una manera de entender la iusfilosofía de acuerdo con la cual esta disciplina *es* «regional» en el sentido de que se contrapone a la filosofía «general» (aunque eso no quiera decir que deba verse como una aplicación al campo del Derecho de alguna concepción filosófica), pero también *puede serlo* en un sentido geográfico-cultural. Aquí es precisamente donde se inserta el proyecto de construir una filosofía del Derecho para el mundo latino dibujado en el anterior capítulo y al que se trata ahora de dotar de un fundamento filosófico. El texto, con algún añadido, constituyó una de las ponencias del Primer Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino que se celebró en Alicante en mayo de 2016.

El capítulo cuarto, «El giro argumentativo en la teoría del Derecho contemporánea» es el texto (algo modificado) de una conferencia impartida en 2015 en el EAFI (Medellín, Colombia) y en la Universidad del Litoral (Santa Fe, Argentina). El propósito del trabajo es esclarecer el significado de uno de los cambios más notables que han tenido lugar en las últimas décadas en el contexto de la cultura jurídica del mundo latino: la tendencia a ver el Derecho como un fenómeno argumentativo, vinculándolo con la otra gran transformación, la generada por la cultura de los derechos. La pregunta a la que se trata de contestar es, pues, esta: ¿qué significado debemos dar al «giro argumentativo» en la «edad de los derechos»?

En el capítulo quinto, «Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista», trato fundamentalmente de poner orden en la enorme confusión que ha ocasionado en los últimos tiempos la difusión del rótulo «neoconstitucionalismo». En mi opinión, como «neoconstitucionalistas» habría que considerar únicamente a los autores que aceptan ser denominados así y cuyas posiciones (extremadamente débiles desde el punto de vista teórico) están

Lo que todos los normativistas tendrían en común sería un rasgo aún más básico que los utilizados para establecer las anteriores distinciones (que dan lugar a diversos tipos de normativismos), y un rasgo consistente en identificar el Derecho con un objeto, con una cosa (por compleja que esta sea), y no con una actividad, con una práctica social. La contraposición que estoy considerando no es, pues, la que enfrenta al voluntarismo con el racionalismo, pues esta última es una distinción que opera también en el interior del normativismo: las normas pueden entenderse —se han entendido de hecho— como producto de la razón o de la voluntad de algún agente. La distinción que aquí me importa es la que cabe trazar entre el Derecho entendido como un resultado, o bien como un proceso; como un tipo de realidad ya dada y estructurada de una cierta forma, o bien como un acontecer, una realidad en formación y analizable en términos de fases o etapas de un proceso, más bien que distinguiendo entre las partes —cada una de las normas— y el todo —el sistema, el ordenamiento jurídico— en que se integran.

Ahora bien, un normativista jurídico podría fácilmente replicar a lo anterior diciendo que esa contraposición a la que estoy aludiendo no tiene en absoluto la radicalidad que estoy dando a entender, puesto que nada impide considerar las normas jurídicas tanto desde una de esas perspectivas como desde la otra, esto es, no solo como un resultado, sino también como un proceso. Es más, como es bien sabido, la teoría pura del Derecho de Kelsen está precisamente estructurada de esa doble manera, y de ahí su distinción entre una estática y una dinámica jurídicas². La estática considera el Derecho en estado de reposo, como un sistema establecido de normas, y la dinámica lo estudia en su movimiento, como la serie de actos por los cuales son creadas y aplicadas esas normas. Y eso es lo que le lleva a Kelsen a distinguir entre dos series de conceptos jurídicos: los de sanción, ilícito, deber, responsabilidad, etc., pertenecerían a la estática; mientras que la dinámica se ocuparía de nociones como las de validez, nulidad, norma fundamental, fuentes del Derecho, etc. Si se quiere, en el primer caso se pone el acento en las normas y en el segundo en las conductas, pero se trataría simplemente de una diferencia de perspectivas (referidas a una misma realidad), pues esas conductas son consideradas únicamente en cuanto determinadas por el orden jurídico; o sea, lo que tiene en cuenta Kelsen no es la di-

tor señala que por «Derecho» entenderá solo «un conjunto de normas que tengan algunas características que iremos indicando», y que no seguirá «la propuesta de quienes consideran necesario ampliar el concepto de Derecho para incluir en el mismo, además de las normas, también todas las actividades conectadas con su creación y aplicación» (Ferrari, 2007, 39).

2. La distinción aparece tanto en su *Teoría pura del Derecho* (1982) como en la *Teoría general del Derecho y del Estado* (1958).

námica del Derecho en cuanto fenómeno social e histórico (para él, eso sería objeto de estudio de disciplinas —ciencias sociales— que no son la teoría pura), sino la dinámica interna al Derecho, considerado este último exclusivamente como un sistema de normas válidas.

Digámoslo entonces así. La diferencia a la que me estoy aquí refiriendo, entre el Derecho como sistema de normas o como actividad, no es solo una diferencia de perspectiva, sino una diferencia ontológica. O, si se quiere, es un cambio de perspectiva que supone también un cambio en cuanto al tipo de realidad en que consistiría el Derecho. Y, para despejar equívocos desde el comienzo, conviene dejar claro que la consideración del Derecho como actividad o práctica social no supone desconocer que el Derecho es también un sistema de normas; mejor, que las normas forman parte de esa práctica. En lo que se pretende poner el acento es en la insuficiencia de una concepción meramente normativista del Derecho; lo que se niega es que a partir del entendimiento del Derecho como un sistema de normas pueda darse cuenta adecuadamente de toda la realidad jurídica, pueda comprenderse cabalmente en qué consiste el Derecho.

Empezaré, para aclarar esta contraposición que me parece crucial, por poner algunos ejemplos que muestran, en mi opinión, cómo la adopción de una u otra idea del Derecho (el Derecho considerado únicamente como un sistema de normas, o bien como una práctica social, una empresa con la que se trata de lograr ciertos propósitos) lleva a plantearse de manera muy distinta cuestiones básicas de la teoría del Derecho.

Eso es lo que ocurre, para empezar, con el problema de las relaciones entre el Derecho y la moral. Aun a riesgo de simplificar un tanto las cosas, creo que puede decirse que el problema que se plantea un normativista es esencialmente el de dilucidar si puede existir una norma jurídica (válida) o todo un sistema jurídico que sean contrarios a la moral. Sin entrar en mayores detalles, cabría decir que, para un iusnaturalista (o, en general, un iusmoralista que adoptara el normativismo jurídico³), la respuesta sería que no, al menos si se trata de normas que se apartan gravemente de las de la moral justificada (que el iusnaturalista identi-

3. Tomo esta noción de Juan Antonio García Amado (2014). Para él, un iusmoralista es todo aquel que sostiene 1) que la moral es elemento esencial y constitutivo de todo verdadero sistema jurídico, 2) que hay una parte de cualquier Derecho que no proviene de las meras convenciones sociales, y 3) que hay métodos o procedimientos intelectuales para averiguar los contenidos de esos preceptos morales. En su opinión, esas fueron tesis defendidas clásicamente por los autores iusnaturalistas, pero hoy las suscriben también no iusnaturalistas como Dworkin, Alexy o Nino. García Amado no tiene, sin embargo, en cuenta que estos últimos autores a los que él califica de iusmoralistas (al igual que algunos iusnaturalistas) no son normativistas, esto es, no conciben el Derecho esencialmente como un sistema de normas. Sobre esto, *vid.* lo que se dirá más adelante, al final de este apartado.

ficará con las normas del Derecho natural). Mientras que la respuesta positivista clásica (del normativismo positivista) es que eso sí sería posible, puesto que la validez de una norma depende exclusivamente de los criterios establecidos por el propio Derecho positivo y no de consideraciones de carácter moral, externas al Derecho. En casos extremos, como el de Kelsen, puede llegar a sostenerse incluso que una norma jurídica puede tener cualquier contenido, dado que, para él, los criterios de validez son puramente formales. Pero se puede seguir siendo perfectamente un positivista jurídico y entender la validez de una norma jurídica en términos tanto formales como materiales (el caso de Ferrajoli), simplemente porque el propio sistema jurídico —las normas positivas— pueden incorporar criterios de este segundo tipo, de manera que, en tal caso, la validez de una norma dependería no solo de quién la establece y con qué procedimiento, sino también de su contenido, de que lo establecido en la norma no contradiga lo fijado en normas superiores. Y puede incluso aceptarse (los llamados iuspositivistas «incluyentes») que en algunos sistemas —los del Estado constitucional— una norma contraria a la moral (si se quiere, a cierta moral) no tiene carácter jurídico, puesto que entre los criterios de validez del sistema figuran (como ocurre sobre todo con nuestras normas constitucionales) nociones de carácter moral («no discriminación», «dignidad», etc.). Pero es importante señalar que este último tipo de positivista entiende que la anterior circunstancia (tener que recurrir a argumentos morales para determinar lo que establece el Derecho) es compatible con la tesis de la separación entre el Derecho y la moral, en cuanto que el recurso a consideraciones morales no tendría carácter necesario o conceptual (no afectaría al «concepto» de Derecho), sino que se trataría de un hecho meramente contingente: la identificación del Derecho acudiendo a criterios morales solo es necesaria en relación con cierto tipo de sistema jurídico.

Sin embargo, para quien parte de la idea de que el Derecho es un tipo de práctica social (y ha habido tanto autores iuspositivistas como iusnaturalistas, y también que no son ni una cosa ni la otra, defensores de esa idea⁴), el problema de las relaciones entre el Derecho y la moral se plantea de manera muy distinta. 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, por lo siguiente. Por supuesto, nada impide que, desde esa concepción, se puedan emitir juicios sobre una determinada realidad que consistan en calificarla al mismo tiempo de jurídica e inmoral (injusta);

4. Entre los iuspositivistas puede citarse, como luego veremos, el caso de Ihering; y, entre los iusnaturalistas, el de Fuller. Mientras que los constitucionalistas postpositivistas no serían ni una cosa ni la otra.

por ejemplo: «el Derecho franquista fue un Derecho injusto» o «del Derecho español actual forma parte la norma que castiga cualquier acto de eutanasia activa, la cual carece de justificación moral, pues atenta contra el principio de autonomía». Pero se trata de juicios sobre esa práctica realizados desde un determinado punto de vista (el de un observador externo o un crítico de la práctica en cuestión). Mientras que, desde otros puntos de vista, internos a la práctica, esto ya no sería posible. 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 simplemente dejar 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 decisión⁵. O sea, hay al menos un tipo de actividad en que consiste la práctica jurídica (la justificación o motivación de sus decisiones por parte de las autoridades; un aspecto central del Derecho del Estado constitucional) que se opone a la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral. Pero este punto merece todavía una aclaración.

No se trata con lo anterior de sostener que la práctica jurídica de carácter justificativo sea siempre conforme con la moral, o sea, una práctica justa. Los jueces, por ejemplo, toman, con mayor o menor frecuencia, decisiones injustas, incompatibles con los requerimientos de una moral justificada. Pero cuando ocurre esto, habrá que decir también que la práctica en cuestión es defectuosa, si bien, un aspecto de la práctica jurídica puede ser defectuoso y, sin embargo, seguir formando parte de la misma: de manera semejante a cuando decimos que una operación quirúrgica ha sido defectuosa, sin que ello nos lleve a afirmar que entonces no se trató de una actividad médica. Pero tanto en el caso de la medicina como en el del Derecho, no consideraríamos que alguien está actuando dentro de esas prácticas si dejara completamente de lado el logro de ciertos objetivos, de ciertas finalidades, que son esenciales para la práctica en cuestión, esto es, que tienen un carácter definitivo de la misma. Así, no parece extravagante afirmar que Mengele en Auschwitz no ejercía la medicina, puesto que su práctica excluía completamente el propósito de curar; y que una organización que estableciera normas y las aplicara de manera coactiva pero puramente arbitraria, sin llegar a ordenar la conducta de los individuos con un mínimo

5. Lo que quiere decir que el juez que, en nuestro sistema, se vea obligado a condenar a alguien por haber realizado un acto de eutanasia activa no podría justificar su decisión en sentido pleno. De donde no se sigue, por cierto, qué es lo que entonces tendría que hacer ese juez: dimitir como juez, acudir a alguna ficción para evitar una condena, condenar al que haya realizado un acto de ese tipo y asumir las consecuencias de haber tomado una decisión injusta, etcétera.

nes; normalmente entenderá que un derecho viene a consistir en un haz de posiciones que se atribuyen a un sujeto en el contexto de una relación jurídica y en la que otros sujetos ocupan posiciones correlativas u opuestas. Sin embargo, para quien ve el Derecho como una práctica social, lo anterior constituye solo un aspecto de los derechos. Exactamente, sería la red de protección normativa que el sistema construye en relación con los derechos, los cuales consistirán básicamente no en normas, sino en bienes, en estados de cosas particularmente valiosos: los fines que alcanzar en la práctica. El objetivo fundamental de la práctica jurídica, en el contexto de los Estados constitucionales, debe ser el de satisfacer los derechos fundamentales de los individuos. Y es más o menos evidente que las cuestiones interpretativas que surgen a la hora de determinar cuáles son esos derechos se resolverán de maneras distintas, según cuál sea la idea de Derecho de la que se parta⁶.

O, en fin, pensemos en la dogmática o en la propia teoría del Derecho. No es lo mismo entender la dogmática como una especie de metalenguaje, esto es, un conjunto de enunciados sobre el Derecho (o sobre un fragmento del mismo) caracterizados de tal y cual forma, que como un tipo de actividad (una «tecno-praxis», en mi opinión (*vid. infra*, cap. VII) centrada en la resolución de cierto tipo de problemas prácticos y cuyo objetivo no puede ser otro que el de contribuir a mejorar la práctica en que consiste el Derecho. Y otro tanto cabe decir de la teoría del Derecho, que debería considerarse también como una práctica (una práctica teórica) que no puede desligarse de la totalidad de la práctica jurídica, puesto que forma parte de la misma. Esa «primacía de la práctica» que caracteriza al Derecho lleva a considerar como pregunta jurídica fundamental la de qué puede (ha de) hacer el legislador, el juez, el abogado, el dogmático, etc., para resolver de la mejor manera posible los problemas a los que ha de hacer frente en su práctica. Y esa pregunta, interpretada desde el lado de la teoría del Derecho, da lugar a esta otra: ¿qué contribución puede hacer al respecto la teoría del Derecho, esto es, de qué manera puede contribuir a orientar esas prácticas en el sentido de procurar que se satisfagan los valores del Estado constitucional y, en general, los derechos fundamentales?

En varias discusiones que he tenido en los últimos años con Juan Antonio García Amado (a propósito de nuestras respectivas maneras de

6. Esa contraposición permite distinguir la aproximación a los derechos de Ferrajoli (ejemplo de positivista normativista), de la de autores postpositivistas como Nino o como Alexy (*vid. sobre esto* Lozada, 2016, *passim*). Pero, en realidad, el cambio desde una concepción normativista a otra valorativa a la hora de entender los derechos se produce en la iusfilosofía analítica a partir de los años setenta del siglo XX y de la obra de McCormick (*vid. sobre esto* Laporta [1987] y Celano [2013]). A ello me refiero en Atienza, 2016a y 2017.

entender, más o menos, todos los anteriores problemas: el positivismo jurídico, la separación entre el Derecho y la moral, la interpretación, la teoría del Derecho... [vid. Atienza y García Amado, 2012]) me ha parecido siempre que nuestras diferencias no estribaban en lo que cabría llamar cuestiones de «conceptos», sino que eran más bien diferencias a propósito de «ideas», de maneras diferentes de aproximarse al Derecho. La suya y la mía vienen a coincidir, me parece, con las dos que aquí he tratado de caracterizar: son versiones distintas de cada uno de esos dos modelos. Permítaseme por ello que recoja ahora la conclusión a la que llegaba en un reciente debate con él a propósito de la ponderación (y, como consecuencia, de la interpretación, de los límites del Derecho, de la función judicial, etc.) y un debate que, por lo demás, para mí resultó sumamente enriquecedor:

[A]quí es donde radica, efectivamente, nuestra diferencia de fondo: en la forma relativamente antitética que tenemos de ver el Derecho. Tú [...] tienes a considerar el Derecho como un tipo de realidad semejante a lo que es un libro (en cuanto conjunto de enunciados y de significados). Yo propendo a ver el Derecho no (o no solo) como una realidad ya dada, sino más bien como una empresa; como la escritura de una novela (para emplear el famoso símil de Dworkin), o como la construcción de una catedral (como alguna vez sugirió Nino) o como una empresa de navegación (un símil de Ihering) o como la actividad consistente en contribuir al desarrollo y mejora de una ciudad (que alguna vez he utilizado). Creo que con ello se entiende sin más que no considere que el Derecho sea algo «que está ahí afuera y cualquiera puede ver». Por supuesto, hay elementos del Derecho que satisfacen esa descripción, pero —insisto— yo no concibo el Derecho simplemente (o fundamentalmente) como un sistema, sino, sobre todo, como una actividad, como una práctica. Y me parece que eso explica, por lo menos en parte, que la noción de «interpretación posible», como en general la de «límite del Derecho», que cada uno de nosotros tiene, no sean del todo coincidentes (Atienza y García Amado, 2012, 137-138).

2. IDEAS Y CONCEPTOS. LA IDEA DEL DERECHO

Se habrá observado que hasta aquí he hablado de «ideas» y no de «conceptos»⁷ del Derecho y que incluso, como acabo de hacer, he contrapuesto una noción a la otra: mis discrepancias con García Amado (y —podría generalizar aquí— con otros varios autores iuspositivistas con los que he discutido en los últimos años de estos temas y de otros parecidos) no lo son sobre *conceptos*, sino que se refieren a la *idea* de Derecho.

7. En el capítulo III me referiré a la distinción que Gustavo Bueno hace entre ideas y conceptos para caracterizar, respectivamente, a la filosofía y a las ciencias.

Lo que quiero decir con ello es que no discrepamos en cuanto a cómo han de entenderse, y de usarse, expresiones como, pongamos por caso, «laguna normativa», «laguna axiológica», «reglas», «principios»... Nuestros desacuerdos estriban, por ejemplo, en si se debe hacer uso o no de las lagunas axiológicas para justificar una excepción a una regla de Derecho, y si para ello se necesita echar mano de principios; en si existen o no criterios objetivos para determinar que un cierto caso es una laguna axiológica y si, en consecuencia, la llamada «ponderación» es un procedimiento dotado de algún tipo de racionalidad o, más bien, un expediente retórico para comportarse (justificar que los jueces se comporten) de manera arbitraria; en si es aceptable reconocer la existencia de excepciones implícitas en las reglas, como medio de flexibilizar el Derecho y aumentar las posibilidades de lograr la realización de la justicia a través del Derecho; etcétera. No son discrepancias que se planteen en el interior de una misma teoría del Derecho, sino discrepancias sobre cómo entender la teoría del Derecho (y el Derecho), qué cuestiones habría que considerar importantes y por qué, cómo deberían ser abordadas, y otras semejantes. Una *idea* sería, pues, una noción de carácter muy general, inevitablemente dotada de un considerable grado de imprecisión y que contiene también un importante ingrediente valorativo. ¿Pero cómo entender ese carácter más general, más impreciso y cargado de valor que singulariza a las ideas frente a los conceptos?

La nota de generalidad no habría que entenderla, claro está, en un sentido extensional (o puramente extensional). Un concepto podría tener también una gran extensión, un gran campo de aplicación. Pero los conceptos serían internos a una teoría, a una disciplina, etc., mientras que las ideas son algo así como los presupuestos, los marcos que caracterizan a esa teoría o disciplina y que, en consecuencia, dotan de cierta unidad a esos conceptos: les proporcionan un sentido, les asignan una función. Los conceptos jurídicos (por ejemplo, los de «laguna normativa» y «laguna axiológica» en la teoría de los sistemas normativos de Alchourrón y Bulygin; los de «norma primaria» y «norma secundaria», en Hart; o los de «sanción» e «ilícito», en Kelsen) solo pueden entenderse desde el trasfondo de una o varias ideas; por ejemplo, en los tres casos anteriores, se presupone la idea de que el Derecho es un conjunto de normas y que la teoría del Derecho debe habilitar los medios para calificar las conductas normativamente. Y una determinada idea, una manera de ver el Derecho⁸, lleva a fijarse en unos aspectos de la realidad jurídica y a dejar otros, por así decirlo, en la sombra. Como consecuencia, el normativismo, por ejemplo, lleva a vincular los problemas jurídicos más bien con problemas de tipo estructural, mientras que la idea

8. En su sentido etimológico, «idea» significa *visión*.

de que el Derecho es una práctica social supone una aproximación más fisiológica y funcional. Todo lo cual, a su vez, implica vincular el Derecho (el estudio del Derecho) más bien con un tipo de disciplinas que con otras, dar preferencia a ciertas concepciones de la filosofía frente a otras, etcétera.

Las ideas —la idea del Derecho— son más imprecisas que los conceptos, aunque, como todos sabemos, los conceptos tienen un grado de precisión variable: el de triángulo equilátero es un concepto muy preciso, pero el de «norma secundaria» (en el contexto de la teoría de Hart) lo es menos, y el de «buena fe» es sumamente impreciso, un prototipo de concepto vago, pues no es posible señalar con alguna exactitud qué condiciones tendrían que darse, por ejemplo, para que una acción se entienda que ha sido llevada a cabo «de buena fe» (y pueda dar lugar, por ejemplo, a determinadas consecuencias jurídicas). La imprecisión de las ideas es, sin embargo, de un tipo distinto y, podría decirse también, más radical. Eso se debe a que su función no es (o no es solo o fundamentalmente) la de hacernos saber cuál es el significado de una expresión o si un determinado ejemplar pertenece o no a tal categoría. La función de las ideas es distinta, pues, como se ha dicho, tratan más bien de orientar y de guiar, de dirigir nuestra atención en un sentido o en otro. Si se quiere, no son nociones-de (como los conceptos), sino nociones-para, y esa orientación finalista, práctica, supone también, inevitablemente, una mayor apertura e indeterminación; la caracterización de una idea no contiene únicamente elementos descriptivos, sino también normativos o prescriptivos, pues de otra manera no podría cumplir con esa función.

Lo cual nos lleva a lo que considero como el rasgo más característico de las ideas (que explica en buena medida su generalidad e imprecisión): su carga valorativa. Una idea contiene necesariamente un elemento de corrección, de valor. Quien asume una idea del Derecho en cuanto práctica social presupone que esa es la forma correcta (o la más correcta) de ver el Derecho. Y otro tanto puede decirse del que suscribe una concepción normativista del Derecho o cualquier otra idea del Derecho. Un normativista podría decir, por supuesto, que cuando él identifica el Derecho con un conjunto de normas, no está presuponiendo que estas realicen ningún tipo de valor; se limita a constatar que el Derecho consiste en eso, en normas, con independencia de que a estas se las considere o no correctas, dotadas o no de algún valor. Pero la corrección de la que estoy hablando no se refiere a eso, al contenido de la idea, sino a la idea misma. Todavía cabría replicar a esto último que quien ve el Derecho como un conjunto de normas establecidas por la autoridad y respaldadas por la coacción (o quien lo ve como una práctica social, o de cualquier otra manera) puede aceptar que, efectivamente,

hay otras formas de aproximarse al Derecho y que él no entra en (no le interesa) si la suya es o no superior a las otras; simplemente, es la suya, su opción teórica (o metateórica). Pero yo creo que argumentando así se incurre necesariamente en contradicción performativa: la opción en favor de una determinada idea del Derecho, de una cierta forma de entender la teoría jurídica, presupone necesariamente que ella es mejor que las otras, que sus posibles alternativas; presupone, pues, un juicio de valor, aunque no sea de carácter moral. Otra cosa es que se piense que los juicios de valor (éticos, epistemológicos, etc.) no pueden justificarse racionalmente. Pero esa, como digo, es una cuestión distinta y que aquí podemos dejar de lado. En definitiva, las ideas son siempre, en algún sentido, arquetipos, modelos, de las cosas, tienen algo de aspiracional, de idealidad, aunque ese ingrediente axiológico pueda referirse, según los casos, a entidades de uno u otro tipo (incluyendo entidades abstractas como las teorías). Y, desde luego, la adhesión a una idea no hace de alguien un «idealista», pues esos modelos en que las mismas (en parte) consisten no tienen por qué estar referidos a un mundo trascendente o platónico: muy bien puede tratarse de una idea que pretende guiar el mundo social tal y como es de hecho, esto es, aceptando las limitaciones inherentes a ciertas prácticas (por ejemplo, a propósito del Derecho, aceptando que este tiene necesariamente un carácter autoritativo).

La distinción entre las ideas y los conceptos a la que vengo refiriéndome, y la correspondiente caracterización de las ideas, tiene, por supuesto, una larga tradición filosófica, aunque la terminología no sea siempre la misma, ni exista tampoco una total coincidencia (aunque sí cabría hablar de un parecido de familia entre todas ellas) en relación a cómo se entienden esas dos nociones y a qué uso se hace de esa contraposición. Pero de todo ello cabe encontrar, como sería de esperar, un reflejo en la tradición iusfilosófica. Me detendré ahora un momento a señalar cómo han entendido la distinción en cuestión dos iusfilósofos cuya obra ha ejercido una considerable influencia: el uno, en un pasado más o menos inmediato, y el otro, en nuestros días. Me refiero, respectivamente, a Rudolf Stammler y a Ronald Dworkin. Como se verá, no trazan la distinción que nos interesa exactamente de la misma manera, pero el parecido entre ambas construcciones me parece innegable, a pesar de que Dworkin no hable de «ideas», sino de «conceptos interpretativos».

El neokantiano Rudolf Stammler (1856-1938) fue considerado como «el símbolo e incluso la encarnación del restablecimiento en Alemania de la filosofía del Derecho a fines del siglo XIX y principios del XX» (Rodríguez Paniagua, 1972, 55). Su pensamiento ejerció una influencia considerable no solo en Alemania, sino en muchos otros países y durante varias décadas. Por ejemplo, en diversos iusfilósofos españoles de la época de la dictadura de Primo de Rivera y de la II República que, en alguna

ocasión, utilizaron la obra del alemán para negar que en el contexto de un sistema político dictatorial pudiera hablarse propiamente de Derecho (el concepto de Derecho para él, como enseguida veremos, excluye la arbitrariedad⁹); algo que, por lo demás, no deja de resultar irónico, pues Stammler se adhirió a la ideología nacional-socialista y llegó a ser un miembro del partido nazi. Pues bien, Stammler concedió una gran importancia a la contraposición entre el *concepto* y la *idea* o el ideal del Derecho. Y en su *Tratado de Filosofía del Derecho* (la primera edición es de 1922) considera incluso que la misión de la filosofía del Derecho no es otra que la de establecer el concepto y la idea del Derecho.

El concepto de Derecho, en su opinión, sirve para deslindar una categoría de actos de la voluntad humana frente a otras modalidades y categorías: la moral, las convenciones sociales y el poder arbitrario. Es importante aclarar que por fenómenos de la voluntad o del «querer» (en su terminología, «querer» se opone a «percibir») Stammler entiende algo así como el mundo de los fines, esto es, de lo no comprendido bajo la categoría de la causalidad (los fenómenos naturales) sino, cabría decir, bajo la de teleología o finalidad; como señala Rodríguez Paniagua, «lo que pretende designar Stammler con ese término de 'querer' es el aspecto de elección o de preferencia, referida tanto a los fines como a los medios» (Rodríguez Paniagua, 1972, 58). Y para separar el Derecho de esos otros fenómenos que pertenecerían al mismo género, Stammler (1980) agrega a esa primera noción una serie de notas lógicas, de diferencias específicas, que le permiten llegar a su (al menos un día) famosa definición del concepto de Derecho: *querer vinculante, autárquico e inviolable*. La nota de «vinculante» o «entrelazante» es lo que permite separar al Derecho de la moral: esta última se ocuparía de la vida íntima o personal del individuo, no de lo que vincula o enlaza a diversas personas; la moral quedaría, para él, fuera de los fenómenos sociales. El carácter autárquico lo diferencia de las convenciones sociales (normas de la urbanidad y del decoro), porque el Derecho vincula de un modo absoluto, incondicionado, y se refiere a la totalidad de la vida social. Y, finalmente, el Derecho es inviolable porque sus mandatos vinculan también a quien los dicta y se diferencia por ello del poder arbitrario, esto es, de

9. «Entre los juristas, como entre la mayoría de los intelectuales, se prodigaron los ataques contra la dictadura. De hecho, Tufiñón de Lara reconoció que una de las tendencias críticas con Primo de Rivera basó sus censuras en el 'normativismo jurídico' [...]. Los argumentos que más utilizaron los juristas contra la dictadura, sin embargo, provenían de Stammler. [...] El más stammleriano de los profesores españoles de Derecho por aquel entonces, el romanista W. Roces, utilizó a su maestro para condenar la dictadura [...]. En el artículo de 1924 que dedicó al concepto de Derecho, se fijó en la última de las notas características que exigían al Derecho, la inviolabilidad, que a Stammler le servía para distinguir lo que era un orden jurídico de lo que era mera arbitrariedad, y a Roces, además, para afirmar que la dictadura española no era un régimen jurídico» (Rivaya, 2009, 548).

un poder no sujeto a normas. Stammler entiende que estas características no se obtienen por inducción a partir de los Derechos existentes, sino que se trata de elementos formales, de las condiciones necesarias (las formas puras) para todo Derecho posible.

El otro problema de la filosofía del Derecho (que presupone el anterior concepto de Derecho) es el de determinar la idea del Derecho. Ahora se trataría de «esclarecer el fin último ideal que ha de informar y dirigir toda aspiración jurídica [...] para que pueda calificarse como fundamentalmente justa» (Stammler, 1980, 5). Pero la noción de la justicia es tan solo una idea y «como tal idea una noción abstracta, noción de totalidad de cuantos hechos son posibles en la vida humana» (p. 4); o sea, la idea de justicia, para Stammler, no tiene un carácter material, sino formal y proporciona esencialmente un método. Esa idea vendría a ser «como la estrella polar que nos guía a través de los hechos de la experiencia, sin que ella misma se pueda nunca presentar en toda su integridad en la realidad sensible» (p. 4). La misión de la idea del Derecho es «ofrecer un punto de mira que nos sirva de orientación para todas las aspiraciones jurídicas concebibles» (p. 248). «Justicia —concluye Stammler— es la orientación de una determinada voluntad jurídica en el sentido de la comunidad pura» (p. 248). Y la comunidad pura remite a la idea de una «perfecta armonía» (p. 257), una articulación ideal de los fines humanos que se basa en «la negación de las simples aspiraciones subjetivas como ley» (p. 258, nota).

Dworkin (particularmente en sus últimas obras: *Justice in Robes* [2006] y *Justice for Hedgehogs* [2011]) ha subrayado la existencia de diversos conceptos de Derecho (de sentidos distintos en los que se emplea la palabra «Derecho») y la importancia de lo que él llama el «concepto doctrinal» y que distingue de los conceptos sociológico, taxonómico y aspiracional del Derecho. El sentido doctrinal de Derecho sería, según él, el que tenemos en cuenta para decir que, de acuerdo con tal Derecho, un cierto tipo de contrato es válido, o que determinada acción está prohibida, es decir, lo usamos cuando efectuamos proposiciones normativas válidas. Se distingue del concepto sociológico, esto es, cuando la expresión «Derecho» designa un determinado tipo de institución social; como ocurre cuando decimos que el Derecho aparece por primera vez en tal clase de sociedad o que el desarrollo del comercio es imposible sin el Derecho. También de lo que Dworkin llama un «concepto taxonómico» del Derecho, que sería el empleado por algunos filósofos del Derecho, de acuerdo con los cuales, en cualquier comunidad política en la que existe Derecho (presupone, pues, el concepto sociológico) nos encontramos con normas y estándares de determinados tipos. Y, finalmente, de lo que sería un «concepto aspiracional» referido a un ideal de lo que supone la legalidad o el Estado de Derecho. En este último

sentido, y también en el doctrinal, a diferencia de lo que ocurre con los conceptos sociológico y taxonómico, la noción de corrección juega un papel fundamental (*vid.* Dworkin, 2006, 2-5).

Según Dworkin, el concepto doctrinal de Derecho no es ni un concepto de tipo «criterial» (clasificador) ni tampoco uno referido a clases naturales, sino que es un concepto interpretativo. Los conceptos de clases naturales son aquellos que se refieren a entidades como metales o animales, o sea, lo que constituye el campo de aplicación de los mismos tiene una estructura natural de tipo físico o biológico y podemos dejarlos aquí de lado, aunque, por supuesto, el Derecho pueda referirse a ellos; pero el propio concepto de Derecho no puede ser de ese tipo. De ahí que la distinción más importante sea la que media entre los conceptos criterios y los interpretativos (y por más que Dworkin reconoce la existencia de otros tipos de conceptos, aparte de los tres mencionados; repitámoslo: criterios, de clases naturales e interpretativos). Dworkin habla de conceptos criterios, en el sentido de que compartimos el concepto en cuestión (por ejemplo, el concepto de triángulo equilátero o el de soltero) cuando usamos los mismos criterios para identificar las diversas instancias de ese concepto; así, en el primer ejemplo, el criterio será que se trate de una figura cerrada con tres lados iguales, y en el segundo, que se trate de una persona no casada (por supuesto, esos criterios —la connotación del concepto— pueden no estar bien determinados y dar lugar, en consecuencia, a supuestos de vaguedad). Pero las cosas no son así cuando estamos en presencia de conceptos interpretativos, los cuales solamente cobran sentido en el contexto de prácticas interpretativas, de manera que su uso correcto tiene que ver con cuál sea la mejor justificación de esa práctica. «Compartimos un concepto interpretativo —dice Dworkin— cuando nuestra conducta colectiva al usar ese concepto es explicada de la mejor manera haciendo que su uso correcto dependa de la mejor justificación del papel que ese concepto juega para nosotros» (Dworkin, 2006, 158). En relación con los conceptos interpretativos, damos cuenta de nuestros acuerdos y desacuerdos, enfrentados a un caso, «no encontrando criterios compartidos de aplicación, sino suponiendo prácticas compartidas en las que figuran esos conceptos» (p. 180). Los desacuerdos se refieren, pues, a qué es lo que consideramos como la mejor justificación de la práctica en cuestión. La función de esos conceptos sería la de llevarnos a reflexionar sobre qué es lo que la práctica requiere.

Pues bien, de acuerdo con Dworkin, son conceptos interpretativos los conceptos morales como el de «libertad», «igualdad», «justicia», «dignidad», etc., y también el de «Derecho» en su sentido doctrinal. «El concepto doctrinal de Derecho funciona como un concepto interpretativo, al menos en comunidades políticas complejas. Compartimos ese con-

cepto como actores en prácticas políticas complejas que requieren que interpretemos esas prácticas en orden a decidir cuál es la mejor manera de contribuir a ellas, y usamos el concepto doctrinal de Derecho para establecer nuestras conclusiones. Elaboramos el concepto asignando valor y propósito a la práctica, y conformamos visiones acerca de las condiciones de verdad de las pretensiones particulares que hace la gente dentro de la práctica a la luz de los propósitos y valores que le asignamos» (Dworkin, 2006, 12).

3. EL ORIGEN DE LA IDEA DEL DERECHO COMO PRÁCTICA SOCIAL EN LA OBRA DE IHERING

Ya he dicho que la contraposición de Stammler entre concepto e idea del Derecho y la de Dworkin entre concepto criterial y concepto interpretativo (doctrinal) del Derecho no eran del todo coincidentes. Pero me parece interesante hacer notar ahora que el mensaje fundamental de Dworkin, esto es, su énfasis en el carácter interpretativo del Derecho (y, consiguientemente, del concepto de Derecho) podría también expresarse, aproximadamente, echando mano de las categorías de Stammler y, más en general, de las de muchos autores neokantianos que, hace ya mucho tiempo, subrayaron el carácter cultural del Derecho y lo determinante que resultan, para comprender lo que es el Derecho, las nociones de fin y de valor. Para ello, para mostrar esa proximidad, basta con entender que un determinado Derecho positivo (por ejemplo, el del Estado constitucional, que es el que a Dworkin le interesa) supone una realización (aunque sea imperfecta) de la idea de justicia; y con recordar que el concepto de Derecho de Stammler (que está presupuesto en la idea de Derecho), aunque sea formal, está construido en términos finalistas y contiene también la idea de corrección. O sea, que tanto Stammler como Dworkin estarían concibiendo el Derecho esencialmente no como una realidad fija, como algo ya dado, sino como una actividad, como una práctica social con la que se trata de lograr ciertos fines y valores.

Esta idea (el Derecho como práctica social y no meramente como un sistema de normas) constituye el elemento más importante de lo que hoy suele llamarse postpositivismo o constitucionalismo postpositivista. Así, la idea del Derecho de Nino (una gran actividad que transcurre en el tiempo y que puede parangonarse con la construcción de una catedral¹⁰) está sin duda muy próxima a la de Dworkin (y seguramente lo

10. Al parecer, esa metáfora la había usado ya Pound en *Interpretation of legal history*, p. 21 de la 2.ª ed., Cambridge, Mass., 1946 (tomo el dato de Fassò [2006], p. 262).

hubiera estado aún más sin la prematura muerte del iusfilósofo argentino). Y es una idea sin duda similar a la defendida por Alexy, quien ve el Derecho como un conjunto de normas, pero también de procedimientos¹¹. Por otro lado, la afinidad de Alexy con el neokantismo es bastante manifiesta; basta con pensar en la influencia que sobre su obra —su concepción del Derecho— ha tenido la de Gustav Radbruch, un autor neokantiano a su vez influido por Stammler y que también concedió gran importancia a la distinción entre concepto e idea del Derecho¹². Esa (el Derecho como práctica o como actividad social) fue también la idea de Derecho que recorre lo más característico del pensamiento jurídico estadounidense desde Holmes y Pound hasta, pasando por el realismo jurídico, Fuller y, finalmente, Dworkin. Pero me parece que el origen de la misma en el pensamiento jurídico contemporáneo debe situarse en el «segundo Ihering» y, sobre todo, en su gran obra, *El fin en el Derecho* (1877). Con ella (o un poco antes)¹³ se inicia, en efecto, una tradición en la manera de pensar el Derecho (de construir la idea del Derecho) antagónica con lo que luego sería el normativismo kelseniano y con lo que anteriormente había sido la Jurisprudencia analítica inglesa o la Jurisprudencia de conceptos (como se sabe, la dirección del pensamiento jurídico en la que se inserta «el primer Ihering») y, desde luego, la escuela francesa de la exégesis. Se trata en todos los casos de concepciones positivistas del Derecho, entendida la expresión en un sentido amplio, pero el iuspositivismo de Ihering es de un tipo muy diferente al otro, al normativista, y, por las razones que sean, no parece haber logrado nunca una gran implantación en el mundo latino. Nosotros hemos estado (seguimos estando) más en la línea de Kelsen que en la de Ihering, y yo creo que deberíamos cambiar ese rumbo, proceder a una reorientación de nuestra cultura iusfilosófica y jurídica, si bien para llevar a cabo esa operación no hace ninguna falta echar por la borda los logros que sin duda hay que reconocer a Kelsen y, más en general, al positivismo jurídico normativista. Pero sí es necesario —insisto— co-

11. El último libro de Alexy publicado en castellano se titula *La doble naturaleza del Derecho* (2016). Y a lo que se refiere con ello es a que el Derecho posee tanto una dimensión real (la positividad autoritativa y la eficacia social), como una ideal (representada por la pretensión de corrección).

12. «[E]l Derecho —afirma Radbruch en su *Introducción a la filosofía del Derecho*— es la suma o el conjunto de los hechos críticos cuyo sentido se cifra en realizar la justicia, ya la realicen o no; es Derecho aquello que tiene como sentido poner en práctica la idea del Derecho. El concepto del Derecho se orienta por la idea del Derecho, lo que significa que la segunda precede lógicamente al primero» (Radbruch, 1951, 47). Por lo demás, para Radbruch, la idea del Derecho consta de otras tres: la idea de justicia, la de adecuación al fin y la de seguridad jurídica.

13. *La lucha por el Derecho* es de 1872 y *La Jurisprudencia en broma y en serio* se publicó en 1885, pero parece que ya estaba redactada en esencia en 1861. Tomo estos datos de Radbruch (1951, 20-21).

rregir el rumbo o, mejor aún, darse cuenta de que el Derecho no se asemeja exactamente a una embarcación, sino más bien a la actividad a la que están destinadas las embarcaciones: la navegación. Este último símil, entre el Derecho y la navegación, es —como antes decía— uno de los que emplea precisamente Ihering para ilustrar su idea del Derecho.

En el prefacio de *El fin en el Derecho*, Ihering señala que el pensamiento básico de su obra (su *idea* del Derecho) consiste en esto: «la finalidad es la creadora de todo el Derecho [...] no hay ningún precepto jurídico que no deba su origen a un objetivo, es decir, a un motivo práctico» (Ihering, 1961, 14). Y aclara también que en el mundo de los fenómenos hay una doble ley: la ley de la causalidad para los fenómenos naturales (Ihering lo llama «la creación inanimada») y la ley de la finalidad para los que consisten en voliciones, en acciones («la creación animada»). No están necesariamente en contradicción: «toda acción, consista en lo que consista, exige la colaboración de las leyes de la naturaleza» (p. 35). Pero el mundo de la voluntad, de las acciones, no puede entenderse (a diferencia de los fenómenos naturales) sin la idea de fin: «querer y querer por razón de un fin es equivalente, no hay acciones que no tiendan a un fin» (p. 35). Ahora bien, Ihering distingue dos tipos de fines. A unos de ellos los llama «fines desorganizados», y lo que quiere decir con ello es que «están a merced exclusivamente de la decisión libre en todo momento del individuo aislado» (p. 49). Pone como ejemplo de ello a la ciencia y a los partidos políticos. En relación con la ciencia, Ihering entiende que hay, por supuesto, en esa actividad cierto tipo de organización (la de la enseñanza en forma de institutos educativos y la de la investigación en forma de academias), pero se trata de una organización, una cooperación entre los individuos que se produce de manera espontánea, sin necesidad de recurrir a mecanismos que no sean el propio poder y la fuerza de atracción que la ciencia genera por sí misma¹⁴; y algo parecido puede decirse de los partidos políticos. Mientras que otros son «fines organizados», «aquellos para cuya persecución existe un aparato que se apoya en la asociación regulada, firme, de los asociados» (p. 49). Los fines jurídicos son precisamente de este segundo tipo, esto es, requieren de organizaciones (cuyo punto culminante es el Estado, aunque el Estado no sea la única organización jurídica; Ihering menciona, entre muchas otras, la asociación, la cooperativa, la sociedad o la persona jurídica) que tienen que valerse de mecanismos externos (la coacción física) para poder ser realizados.

14. «La ciencia reúne a todos sus miembros en una comunidad invisible, todos consagran su energía a su finalidad, y el resultado total de la cooperación de todos sus adeptos consiste en el mantenimiento, expansión y desarrollo de la ciencia. La forma de esa actividad es en conjunto enteramente libre» (p. 49).

Ahora bien, ¿cuáles son esos fines —o ese fin— del Derecho? La respuesta de Ihering es que no puede ser otro que asegurar «las condiciones de vida de la sociedad», concepto este último que él entiende en un sentido amplio y en donde incluye tanto bienes individuales como sociales de muy diversa índole: no solo la existencia física, sino también el honor, el amor, la actividad, la instrucción, la religión, el arte, la ciencia... Más exactamente, al considerar todas las condiciones a que está ligada la existencia de la sociedad, Ihering las clasifica en extrajurídicas, jurídicamente mixtas y puramente jurídicas. Las primeras son de carácter natural, y en ellas el Derecho no juega ningún papel, pues el poder del Derecho lo es solo sobre los hombres, no sobre la naturaleza. Las condiciones jurídicamente mixtas son aquellas (como la autoconservación, la reproducción, el trabajo, la relación de intercambio) que en principio no dependen del Derecho, sino de tres «instintos naturales»: el instinto de conservación, el instinto sexual y el amor a la ganancia. El Derecho solo interviene aquí de manera excepcional, cuando esos instintos fallan; Ihering pone como ejemplos de ello, respectivamente, a los suicidas, a los solteros y a los mendigos y vagabundos (p. 325). Y, finalmente, las condiciones puramente jurídicas «son aquellas en las cuales la sociedad está a merced del Derecho para el fin de su seguridad» (p. 329). Se trata de bienes como la vida (cuando otro puede ponerla en peligro), la propiedad, la libertad, la seguridad pública, etc. Para darse cuenta de esa diferencia (entre las condiciones puramente jurídicas y las que no lo son), Ihering señala como no hay ningún precepto jurídico que diga: «Come, bebe, afirma tu vida en peligro, reproducete, trabaja, comercia», pues ello sería innecesario. Pero sin embargo en todas partes se repiten los mismos mandatos: «No matarás, no robarás, pagarás tus deudas, obedecerás al poder público, abonarás los impuestos al Estado, harás el servicio militar», etcétera.

O sea, para Ihering, uno de los elementos del concepto de Derecho es la coacción, que es el tipo de resorte al que fundamentalmente tiene que acudir el Derecho para poner al individuo al servicio de sus fines; y otro es la norma, que él define como «imperativo abstracto¹⁵ de la acción humana» (p. 245): «la norma —nos dice— comprende la cara interna del Derecho, mientras que la coacción contiene la cara externa» (p. 244). Pero la norma y la coacción son para Ihering «elementos puramente formales que no nos dicen nada del contenido del Derecho; por medio de ellos sabemos solamente que la sociedad exige ciertas cosas de sus miembros, pero no por qué y para qué; es la forma externa del Derecho, que en todas partes queda inmutable, capaz de admitir en sí el

15. «Abstracto» significa que no prescribe la acción en un caso aislado, sino que prescribe un tipo de acción para todos los casos.

muy bien considerarlos como lo que en el esquema de MacIntyre se llama «bienes internos» de una práctica, los cuales se distinguen de los bienes externos, vale decir, del poder, el prestigio o la satisfacción que produce dominar los aspectos técnicos de la práctica (también en este último caso cabría hablar de ser un «virtuoso», pero en otro sentido, precisamente en un sentido no moral, de la expresión). Entre esos bienes internos (valores) y las virtudes existe una íntima conexión que permite afirmar que, de alguna forma, nos estamos refiriendo a una misma realidad que, simplemente, puede ser vista desde la perspectiva del sujeto (virtudes), o bien desde la del objeto (bienes o valores). En definitiva, la práctica del Derecho (y las diversas prácticas jurídicas) no pueden entenderse si no es en íntima conexión con los valores, los bienes, que la caracterizan, y que los sujetos que participan en la misma han de esforzarse por lograr. Ese valor es, fundamentalmente, la justicia, pero la justicia puede considerarse también como una virtud, esto es, como la cualidad que distingue al hombre justo del que no lo es. Y como se trata, sin duda, de una virtud compleja, eso quiere decir que la misma puede —suele— descomponerse en una serie de cualidades más simples, lo que explica a su vez que, en cada una de las profesiones jurídicas, esa misma virtud puede tener connotaciones distintas²¹.

Es interesante señalar aquí que en el planteamiento de MacIntyre la práctica jurídica se sitúa en una posición de gran relevancia en el conjunto de las prácticas sociales, en cuanto es una condición necesaria para todas las otras: cualquier práctica que contenga bienes internos y modelos de excelencia (cualquier práctica social, en el sentido estricto de la expresión) incluye necesariamente, como componentes de la misma, las virtudes de la justicia, el valor y la honestidad; en particular, «la justicia —afirma MacIntyre— puede definirse en principio como la disposición que es necesaria, en su modo particular, para mantener las prácticas» (p. 249). Obviamente, la noción de justicia que maneja este autor es muy amplia; tiene que serlo, puesto que se aplica a cualquier tipo de relación social: por ejemplo, las que se dan en el contexto de un juego, de una actividad artística, etc. Pero su raigambre jurídica no ofrece, en mi opinión, muchas dudas: «la justicia —afirma MacIntyre— exige que tratemos a los demás, en lo que respecta a mérito o merecimientos, con arreglo a normas uniformes e impersonales» (pp. 238-239). De manera que bien puede decirse que, de acuerdo con este autor, hay un componente básico del valor justicia (la no arbitrariedad) que funcionaría como una idea que atraviesa todas nuestras prácticas. Lo que quizás pudiera entenderse también en el sentido de que ciertos valores ju-

21. Sobre esto, remito a lo que se dirá en el capítulo IX, a propósito de la deontología de las profesiones jurídicas.

rídicos son condiciones necesarias para que pueda desarrollarse la vida política. Y ese significado en cierto modo «pre-político» de lo jurídico habría sido, según Hannah Arendt, algo característico del pensamiento griego: «A su juicio —escribe esta autora refiriéndose a los griegos en la época de Aristóteles— el jurista era como el constructor de la muralla de la ciudad, alguien que debía realizar y acabar su trabajo para que comenzara la actividad política» (Arendt, 1993, 217).

Pues bien, esta noción de valor, o de virtud, no es, desde luego, compatible del todo con el planteamiento de Ihering. Pero tampoco me parece que pueda considerarse absolutamente ajena a su manera de entender el Derecho. Es obvio, por ejemplo, que el autor alemán comparte el enfoque teleológico de concepciones —comunitaristas— como la de MacIntyre, si bien es cierto que el *telos* de Ihering no era la vida buena, sino lo que él llamaba las condiciones de vida de la sociedad; o sea, su trasfondo ético era más bien utilitarista que aristotélico. Y resulta de lo más elocuente que en MacIntyre se encuentre también un equivalente de la distinción entre fines y organización externa de los fines (entre sistemas culturales y organización externa de la sociedad); se trata de la contraposición que él efectúa entre práctica social e institución:

Las prácticas no deben confundirse con las instituciones. El ajedrez, la física y la medicina son prácticas; los clubes de ajedrez, los laboratorios, las universidades y los hospitales son instituciones. Las instituciones están típica y necesariamente comprometidas con lo que he llamado bienes externos [...] Ninguna práctica puede sobrevivir largo tiempo si no es sostenida por instituciones. En realidad, tan íntima es la relación entre prácticas e instituciones, y en consecuencia la de los bienes externos con los bienes internos a la práctica en cuestión, que instituciones y prácticas forman típicamente un orden causal único. (p. 241).

Este concepto de «institución» —importa señalarlo— no coincide, por lo demás, con el que subyace al llamado «institucionalismo jurídico» (las teorías institucionalistas del Derecho) que bien puede considerarse como una de las principales alternativas al normativismo jurídico en el pensamiento iusfilosófico del último siglo, y en donde suele incluirse a autores —por lo demás, bastante distintos entre sí— como Santi Romano, Maurice Hauriou y, en fechas más recientes, Ota Weinberger y Neil MacCormick. Por lo general, cuando se concibe el Derecho como institución, se está considerando que una institución no es solo una organización o un conjunto de normas (el elemento externo al que se refería Ihering), sino que la nota más distintiva de una institución es la de fin: el propósito o los propósitos que dan sentido a esas normas. Este es, claramente, el caso de la teoría institucional del Derecho que en los últimos tiempos ha tenido una mayor influencia y que, por lo

demás, es sumamente afín a la concepción del Derecho que aquí estoy defendiendo: la de Neil MacCormick. Como recientemente ha escrito José Antonio Ramos Pascua, MacCormick sostiene «por un lado, la pertenencia activa al Derecho de los principios, valores y fines que dan sentido a sus normas; y por otro lado, la raigambre moral de tales elementos, puesto que deben ser capaces de favorecer una forma de vida buena»²²; igualmente, en relación con el Derecho constitucional, MacCormick habría defendido la tesis de que «también deben tomarse en consideración, como parte integrante de ese Derecho, la llamada moral institucional o razón práctica colectiva que sirve de base al orden jurídico» (Ramos Pascua, 2016, 617).

Por lo demás, creo que la insuficiencia fundamental del planteamiento de Ihering (y lo mismo puede decirse de lo que Summers ha llamado el «pragmatismo instrumentalista» que caracterizó al realismo jurídico norteamericano; pero no del planteamiento de MacCormick: especialmente del «último MacCormick») es que él, Ihering, no concibió la existencia de fines últimos indisponibles: de valores en sentido estricto. Vivió, podríamos decir, antes de lo que Bobbio denominó «la edad de los derechos» y asumió un concepto demasiado pobre —que incorporaba únicamente valores formales, no sustantivos— del Estado de Derecho. Pero también en esto no deja de haber cierta analogía con las posiciones de MacIntyre, aunque la antipatía de este último hacia los derechos humanos²³ deriva de que los sitúa en el contexto del individualismo característico del mundo moderno, un mundo en el que, en su opinión, no se dan las condiciones para que puedan surgir las virtudes y la vida moral.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

La conclusión de todo lo anterior podría ser la siguiente. El error del positivismo normativista y, en general, de lo que parece ser la forma más usual de concebir el Derecho, al menos en la cultura jurídica del mundo latino, consiste en que este se identifica con la forma o la orga-

22. Este autor sostiene —en mi opinión, acertadamente— que entre Weinberger y MacCormick (que, en principio son los dos autores que suelen incluirse en la etiqueta de «positivismo jurídico institucionalista») hay diferencias considerables y que, en concreto, la concepción de MacCormick no puede considerarse positivista, sino —como el propio MacCormick declaró en sus últimos escritos— postpositivista (Ramos Pascua, 2016, 616); sobre esto, *vid.* Arienza (prólogo al libro *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico* de Neil MacCormick [2016]).

23. Como es bien sabido, a MacIntyre se debe la frase de que «los derechos humanos no existen y creer en ellos es como creer en brujas y unicornios. Los derechos humanos son ficciones» (1987, 95).

nización externa de la sociedad (lo que constituye el elemento normativo y coercitivo), olvidándose de que el Derecho es también, al mismo tiempo que eso y, sobre todo, un sistema de fines. Esa es una idea que se puede encontrar tanto en Ihering como en Dilthey²⁴, que está también en el trasfondo del institucionalismo jurídico y, en nuestros días, en el postpositivismo.

De manera que el Derecho no tiene solo una dimensión organizativa y autoritativa, sino también una finalista y valorativa. Esta segunda, además, 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. Es la razón por la que Alexy, al hablar de la «doble naturaleza del Derecho», pone, sin embargo, en primer lugar, la pretensión de corrección. O la que explica el cambio que se ha producido desde finales de los años setenta del siglo pasado y al que se hizo mención anteriormente (*vid. supra*, nota al pie 22) y que se refiere a la manera de entender los derechos humanos; curiosamente, ese cambio ha sido aceptado también por algunos autores iuspositivistas (como Laporta, Hierro o Celano) y consiste en dar prioridad a los valores sobre las normas: los derechos humanos pasan a verse, en consecuencia, como valores o bienes para cuya protección es necesario articular una red normativa; lo que podría expresarse también diciendo que los derechos humanos son fines que requieren de una cierta organización externa: de normas y de sanciones.

Pues bien, Ihering (el segundo Ihering) es, sin duda, el precursor de la idea del Derecho que caracteriza al postpositivismo contemporáneo y que está en la base de la concepción del Derecho y de la filosofía del Derecho que se defiende en este libro. No quiero decir con ello que hoy debiéramos ser iheringianos en un sentido más o menos estricto de la expresión; al igual que tampoco (menos aún) debiéramos ser positivistas normativistas, sobre todo, a la manera de Kelsen. El mundo y los sistemas jurídicos han cambiado mucho desde la época en la que escribía Ihering. Pero yo creo que si hoy debemos ir más allá de Ihering no es tanto porque su aproximación general al Derecho sea inadecuada (como pasa con el normativismo kelseniano), sino porque en la concepción del autor alemán no está presente ni la noción de derechos humanos ni, propiamente, la de Estado de Derecho (aunque quizás sí las que podríamos considerar como precursoras de ellas: la de derecho subjetivo y la de no arbitrariedad). Y, por lo demás, me parece que el Derecho (o mejor, la idea regulativa del Derecho) podría definirse, remediando a Ihering, como el conjunto de las condiciones de vida de la

24. La distinción de Habermas entre sistema y mundo de la vida parece ir por el mismo lado.

sociedad que satisfacen los derechos fundamentales basados en la dignidad humana, aseguradas esas condiciones mediante la coacción externa por un poder público ejercido de acuerdo con los requerimientos del Estado de Derecho.

II

UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO PARA EL MUNDO LATINO. OTRA VUELTA DE TUERCA

1. UN MANIFIESTO EN FORMA DE DECÁLOGO

Desde hace algunos años he estado dándole vueltas a la idea de si (y cómo) se podría proponer algo así como un modelo de elaboración de la filosofía del Derecho para el mundo latino. Incluyo en el mundo latino, obviamente, a los países latinoamericanos, pero también a los países latinos de Europa, de manera que el concepto de «mundo latino» es más amplio que el de Hispanoamérica o el de Iberoamérica. De lo que se trata con ello es de incorporar a otros países europeos, además de España y Portugal, y, en particular, a Italia. Y la razón es bastante obvia: los estudios de filosofía del Derecho han tenido un gran desarrollo en este país en los últimos tiempos. Para mostrar —si es que fuera necesario hacerlo— hasta qué punto es así, bastará con mencionar el nombre de Norberto Bobbio, el padre de la actual iusfilosofía italiana, pero que ha inspirado también en gran medida mucho de lo que se ha hecho en España en las últimas décadas (desde la introducción de sus ideas iusfilosóficas en los años sesenta del siglo XX por Elías Díaz) y cuya obra ha tenido y sigue teniendo igualmente una considerable influencia en muchos países latinoamericanos.

Pues bien, esa idea de una filosofía del Derecho para el mundo latino la he ido modelando en varios escritos de los últimos años, pero 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). En el año 2007 (Atienza, 2008), en el contexto de una discusión con Eugenio Bulygin sobre el positivismo jurídico, propuse un *Manifiesto* (en forma de decálogo), en el que trataba de sugerir (después de defender la tesis de que el positivismo jurídico no podía considerarse como una concepción

aceptable del Derecho) cómo habría que construir una filosofía (una teoría) del Derecho con la vista puesta en los países latinos de Europa y de América. Me pareció también que las ideas expresadas en ese *Manifiesto* eran compatibles, no exactamente con ser marxista, pero sí con muchas ideas que se encuentran en esa tradición de pensamiento y que haríamos mal en abandonar sin más; es decir, en suprimir lo que podría considerarse como el acervo cultural de un filósofo del Derecho de nuestra época y de nuestros mundos. Así lo expresé en un texto de 2009 titulado *Por qué leer a Marx hoy* (Atienza, 2009). Volví otra vez al tema al ocuparme de la filosofía del Derecho en Argentina en los últimos tiempos (Atienza, 2009a), insistiendo siempre en que ese tipo de teoría que yo proponía no tendría que ser positivista, debería comprometerse con un objetivismo mínimo en materia valorativa (sin ser por ello iusnaturalista), sustentar el pragmatismo filosófico en uno de los significados de esta última expresión, y esforzarse por insertar esa teoría o filosofía del Derecho en la práctica jurídica: en las diversas prácticas jurídicas. Y, finalmente, volví a ocuparme de esa cuestión en 2012, en mi contribución para el primer número de la nueva época de la *Rivista di filosofia del diritto*, para el cual, la dirección de la misma invitó a una serie de iusfilósofos a ofrecer una contestación a la pregunta de «¿Qué filosofía del Derecho?». En ese trabajo (Atienza, 2012), partía de una discusión que había tenido lugar a propósito de un artículo de Ferrajoli (2011a) en el que este autor planteaba dos modelos de constitucionalismo: el garantista o normativo, el suyo; y el principialista o argumentativo, entre cuyos defensores me incluía. Los puntos que debatir eran estos tres: la conexión o separación entre el Derecho y la moral; la contraposición entre las reglas y los principios; y la forma de entender la ponderación (en cuanto mecanismo argumentativo requerido por la aplicación de principios). Dicho de manera sintética, mi opinión venía a ser que la obra de Ferrajoli (y no era ni mucho menos la primera vez que discutía con él en relación con estas cuestiones) cumple con algunas de las exigencias que yo trazaba en aquel *Manifiesto*, pero se aleja del mismo en dos aspectos de considerable relevancia: en su adhesión al positivismo jurídico (por mucho que insista en que el positivismo jurídico que defiende está muy alejado de lo que él acostumbra a llamar «paleopositivismo») y en su escepticismo (o, como prefiere denominarlo, «no cognoscitivismo») en materia moral.

Se me permitirá que reproduzca aquel *Manifiesto*, antes de seguir adelante y cumplir con lo que sugiere el subtítulo del capítulo: «Otra vuelta de tuerca»:

1. Si el Derecho —como alguna vez se ha escrito— es «una gran acción colectiva que transcurre en el tiempo», una práctica social, entonces la teoría del Derecho tiene, de alguna manera, que formar parte de esa práctica.

Una consecuencia de ello es que el teórico del Derecho no puede ser ajeno a los valores de esa práctica, ni puede tampoco concebir su participación en la misma en términos puramente individuales. Lo que debería guiar nuestro trabajo, en definitiva, no es el afán de originalidad, sino de participar cooperativamente con otros en la mejora de esa práctica.

2. La elaboración de una teoría del Derecho completamente general, válida para cualquier sistema jurídico, es una empresa de valor limitado. Pero, además, no es nada obvio que la teoría jurídica al uso, el paradigma angloamericano dominante (positivista o no), sea verdaderamente general. Por eso, ante el riesgo cierto de que la globalización en la teoría del Derecho responda más bien a lo que se ha llamado la «globalización de un localismo», podría ser de interés desarrollar teorías del Derecho —digamos— «regionales», de acuerdo con los diversos círculos de cultura hoy existentes. El multilateralismo parece una estrategia deseable, y no solo en el ámbito de la política internacional.

3. Los países latinos, de Europa y de América, constituyen uno de esos círculos culturales. Aunque con niveles de desarrollo económico, político, científico, tecnológico, etc., diferentes, esos países son sumamente afines desde el punto de vista de sus sistemas jurídicos y de sus lenguas, poseen una rica tradición de pensamiento jurídico, y en todos ellos el Estado constitucional opera como un ideal regulativo para el desarrollo del Derecho y de la cultura jurídica. En muchos de esos países la filosofía del Derecho ocupa hoy un lugar académicamente destacado, lo que explica que exista un buen número de cultivadores de la disciplina con un alto nivel de competencia «técnica». ¿Cómo explicar, entonces, que la producción iusfilosófica se limite en buena medida a comentar o discutir ideas y teorías surgidas en otros ámbitos culturales y destinadas también muchas veces a tratar con problemas característicos de esos otros ámbitos?

4. Lo anterior 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). 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.

5. La filosofía del Derecho no es un género retórico, pero una forma equivocada de practicar la teoría jurídica consiste en desentenderse de quiénes son los destinatarios de los escritos iusfilosóficos y de quiénes pueden hacer uso de las ideas que se encuentran en ellos. Quizás no tenga sentido producir obras destinadas únicamente a otros filósofos del Derecho, y menos aún cuando sus destinatarios directos parecerían ser intelectuales a los que todo lo que se genera fuera de su ámbito cultural les es ajeno.

6. Otro error, que frecuentemente va de la mano del anterior, es el de olvidar que una teoría del Derecho solo merece la pena si se ocupa de proble-

mas relevantes y que esa relevancia viene fijada por los intereses de la comunidad jurídica ampliamente entendida. Además de algún otro factor de carácter exógeno, no es absurdo pensar que la falta de atención a los problemas y a los destinatarios puede constituir la principal explicación de la insatisfactoria situación de la filosofía del Derecho en los países latinos: un (al menos en muchos casos) alto nivel de sofisticación técnica y una (en general) escasa influencia en la cultura jurídica y en la práctica del Derecho de sus respectivos países.

7. Un modelo de teoría del Derecho pragmáticamente útil y culturalmente viable en nuestros países bien podría consistir en combinar estos tres ingredientes: método analítico, objetivismo moral y transformación social. Cada uno de ellos está especialmente vinculado a una de las grandes concepciones del Derecho bajo las cuales se suele clasificar, entre nosotros, a los filósofos del Derecho: el positivismo jurídico, el iusnaturalismo y la teoría crítica del Derecho.

8. Positivismo jurídico y filosofía analítica no son, obviamente, términos sinónimos, pero, dada la estrecha vinculación existente entre ambos, es razonable considerar que el método analítico es uno de los aspectos más valiosos que el positivismo jurídico puede dejar como herencia a la cultura jurídica. Ese método suele cifrarse en el uso y aceptación de ciertas distinciones (por ejemplo, entre enunciados descriptivos y prescriptivos, o entre explicar y justificar) que, por lo demás, no deberían entenderse en un sentido rígido: entre lo descriptivo y lo prescriptivo pueden existir «puentes» y explicar una decisión puede contribuir notablemente a su justificación.

9. Algo parecido puede decirse de la relación entre el iusnaturalismo y el objetivismo moral y la unidad de la razón práctica, si bien la manera más adecuada de sostener estas dos últimas tesis no consiste en recurrir al Derecho natural, sino a alguna forma de procedimentalismo o constructivismo moral. En todo caso, las dos principales razones para rechazar el no cognoscitivismo ético (y el relativismo, pero obviamente no como posición de ética descriptiva) son: 1) no permite reconstruir aspectos importantes de la práctica jurídica (en particular, de la justificación de las decisiones judiciales); 2) es autofrustrante. La alternativa debería ser un objetivismo moral (mínimo) que, frente al relativismo, defienda la tesis de que los juicios morales incorporan una pretensión de corrección y, frente al absolutismo, la de que los juicios morales (como los de los tribunales de última instancia) incorporan razones últimas (en el razonamiento práctico), pero abiertas a la crítica y, por tanto, falibles.

10. Los aspectos más valiosos de las teorías críticas del Derecho giran en torno a la necesidad de insertar el Derecho (y la teoría del Derecho) en el medio social y plantearse su potencial de transformación social. Esa concepción (o una cierta manera de entenderla) muestra así la necesidad de que la teoría del Derecho incorpore ciertas categorías que generalmente quedan fuera del análisis (conflicto, trabajo, poder, necesidad social), asuma el carácter histórico del Derecho y de las categorías jurídicas, y preste atención a

los elementos desigualitarios e ideológicos del Derecho (también de los Derechos del Estado constitucional).

2. LOS DESARROLLOS DEL DECÁLOGO

Trataré ahora de desarrollar esos diez puntos teniendo en cuenta (incorporando) algunos aspectos presentes en los trabajos a los que antes hacía referencia y en algunos otros de los últimos tiempos. Muchos de esos escritos forman parte de polémicas con iusfilósofos del mundo latino que defienden posturas más o menos alejadas de la mía: Bulygin, Guastini, Comanducci, Chiassoni, Laporta, García Amado, Haba o Ferrajoli. Y versan sobre temas tales como el positivismo jurídico, el constitucionalismo, la ponderación, el objetivismo moral, o la función de las teorías argumentativas del Derecho. La tesis última que voy a defender aquí es que una filosofía del Derecho que cumpla con los requisitos establecidos en ese *Manifiesto* significa hoy, fundamentalmente, una que se centre en la dimensión argumentativa del Derecho. Veámoslo.

1. *Sobre el Derecho como práctica social*

1.1.¹

El autor de la frase «el Derecho es una gran acción colectiva que transcurre en el tiempo» es Carlos Nino, pero algo muy semejante podría encontrarse en Dworkin, en general en los autores que integran el paradigma constitucionalista, en los hermenéuticos y los que se consideran dentro de la tradición iusnaturalista (Fuller contrapuso al normativismo de un Kelsen o de un Hart su visión del Derecho como una empresa, una actividad, con la que tratan de lograrse determinadas finalidades), en los realistas jurídicos (particularmente los norteamericanos), etc. El que pueda ser aceptada por muy diversas concepciones del Derecho no quiere decir, ni mucho menos, que se trate de una tesis trivial. No lo es cuando se considera a qué (a qué otra concepción del Derecho) se opone, y qué consecuencias tiene.

Pues bien, se opone, hablando en términos generales, al positivismo normativista, esto es, a la que probablemente haya sido (sigue siendo) la concepción del Derecho dominante en el mundo latino. Podría pensarse quizás que esto no es así (o no necesariamente) dado que, precisamente, una tesis esencial del positivismo (de cualquier tipo) es la de las fuentes sociales del Derecho. Pero la idea de que el Derecho es una prácti-

1. La numeración hace referencia a cada uno de los puntos del *Manifiesto*.

ca social expresa algo más: no solo el carácter artificial, convencional si se quiere, del Derecho, sino su dimensión valorativa, sin la cual la idea de práctica social se desvanecería. Por eso, no se considera la dimensión del Derecho como práctica social cuando el mismo se reduce a un lenguaje (el lenguaje de los enunciados legislativos) y el papel de la teoría o de la filosofía del Derecho al análisis de ese lenguaje. Como se sabe, esa es la tesis defendida por Bobbio en un famosísimo trabajo de la mitad del siglo XX (Bobbio, 1950) que se considera como el origen de la iusfilosofía analítica en Italia y que sigue funcionando como paradigma en muchos centros del mundo latino. Bobbio, por cierto, cambió esa manera de entender el Derecho y la teoría jurídica en trabajos posteriores (en alguno de los cuales parece haberse aproximado al realismo jurídico [en Bobbio, 1980]), pero ese esquema inicial de Bobbio no ha perdido del todo su carácter programático. Así, en un trabajo relativamente reciente y significativamente titulado *Manifesto di una filosofia analitica del diritto*, Riccardo Guastini (2012) parte del «presupuesto ontológico-jurídico» de que «el Derecho no es más que un lenguaje, un discurso: el conjunto de enunciados formulados por la autoridad normativa»; y de que «la filosofía del Derecho sería, en consecuencia, un método consistente en el análisis lógico del lenguaje» (p. 52). Afirmaciones ambas que también parecerían valer para Ferrajoli (piénsese en su monumental *Principia iuris* [Ferrajoli, 2011]) y para muchos otros autores del mundo latino cuyas obras gozan de una considerable influencia.

Y las consecuencias teóricas y prácticas de asumir una u otra concepción son considerables. Pensemos, por ejemplo, en el tema de la interpretación. Para los iuspositivistas como Guastini (1990) o Bulygin (1992) interpretar consiste simplemente en pasar de un enunciado (una disposición) a otro (a una norma: el enunciado interpretado) lo que requiere de una regla semántica (un canon de interpretación). Por supuesto, la interpretación es vista también por estos autores como una operación importante en el Derecho, pero según ellos no habría en ella nada de particular, simplemente porque lo único que estarían considerando (sobre todo en el caso de Bulygin) es el plano formal o lógico del Derecho. Por razones parecidas, la interpretación no juega tampoco un papel muy importante en la obra de Ferrajoli, al igual que ocurre en la de Kelsen. Sin embargo, las cosas son muy distintas para quien ve el Derecho como una práctica social, pues desde esta última perspectiva la interpretación adquiere una importancia esencial: mediante la interpretación se trata de desarrollar los valores de esa práctica, sin salirse de la misma: interpretar no es inventar. No se puede, por ello, interpretar sin asumir un punto de vista interno a la práctica, esto es, sin aceptar los valores de la práctica; el propósito de la interpretación ha de ser el de desarrollar esos valores de una manera coherente. Y esto significa que

no es posible tampoco establecer una separación estricta entre la labor de los teóricos generales del Derecho, la de los dogmáticos o la de los operadores prácticos del Derecho. La teoría jurídica, en definitiva, no puede ser puramente descriptiva y explicativa: es también, esencialmente, normativa: dirige la práctica y se integra con ella.

1.2.

Lo anterior no supone, naturalmente, negar que el Derecho consista en un conjunto de enunciados, en un sistema normativo. Consiste en eso, pero no solo en eso. O sea, la práctica social que es el Derecho no puede entenderse sin la noción de sistema, de sistema normativo, pero incorpora también una dimensión valorativa. Dicho de otra manera: el Derecho es una práctica autoritativa que pretende lograr ciertos valores. Y esa doble dimensión (autoritativa y valorativa) se traslada también al campo de la interpretación. Interpretar en el Derecho es una actividad esencial (a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en la moral), por el papel sobresaliente de la autoridad, pero se interpreta para satisfacer ciertos valores. Al interpretar se produce el paso de un enunciado (el enunciado por interpretar, la disposición) a otro (el enunciado interpretado, la norma), lo cual puede expresarse en un esquema lógico, pero lo que guía la interpretación no puede ser otra cosa que valores, de manera que una teoría de la interpretación tiene que contener también, necesariamente, un elemento axiológico: una filosofía moral y política.

1.3.

Otra consecuencia importante de una u otra forma de concebir el Derecho afecta precisamente a la idea misma de la filosofía del Derecho para el mundo latino. Pues si una parte de una concepción positivista del Derecho como la que se acaba de señalar, entonces no parece que tenga sentido expresarse en esos términos. ¿En qué podría diferenciarse una filosofía del Derecho para el mundo latino con respecto a la filosofía del Derecho *tout court*? Mientras que las cosas no son ya así si se asume la otra concepción. O sea, si la filosofía del Derecho se concibe como una reflexión a partir de nuestras prácticas jurídicas, entonces es posible pensar en una iusfilosofía más o menos diferenciada de otras, puesto que en la misma tendrían que traslucirse los rasgos peculiares de esas prácticas. Rasgos que, obviamente, desaparecen cuando el trabajo iusfilosófico se centra en (y se reduce a) operaciones tales como la de caracterizar el lenguaje prescriptivo frente al descriptivo, las normas de mandato frente a los permisos, las lagunas normativas frente a las axiológicas, etcétera.

la filosofía general, pero eso, claro está, no tiene por qué llevar a dejar de considerarla como una filosofía. En mi opinión, la mejor filosofía del Derecho es probablemente la que mantiene una adecuada (y estrecha) conexión con la filosofía general, lo que significa que recibe de esta última ciertos materiales (ideas) que, debidamente transformados en el mundo jurídico, pueden revertir luego al campo de origen. Me parece que una ilustración de esa manera de proceder la encontramos en la teoría del discurso de Alexy. Como se sabe, él toma la noción de Habermas (de la filosofía general), pero no se limita a aplicarla sin más al campo jurídico, sino que la enriquece y la transforma con lo que, al final, lo que regresa al campo de la filosofía general es una idea más articulada y que seguramente los filósofos generales harían muy bien en tomar en cuenta. ¿Y no cabría pensar en que algo parecido podría tener lugar entre la filosofía del Derecho *tout court* y, por ejemplo, la filosofía del Derecho del mundo latino si bien, en uno y otro caso, el «movimiento» de las ideas no tendría por qué provenir siempre del primero de los campos: de la filosofía general o de la filosofía del Derecho *tout court*?

2.4.

No es fácil, en todo caso, precisar en qué debería ser distinta esa filosofía del Derecho del mundo latino en relación con otras filosofías del Derecho «regionales». Pero me parece que esos posibles rasgos diferenciales tendrían que buscarse en relación con la materia o los problemas preferentes de estudio, con el método que emplear y con la función o finalidad perseguida. Me limitaré a hacer, al respecto, algunas preguntas que, yo creo, tiene sentido plantearse y tratar de contestar, quizás como una tarea previa a la de fijar del todo esas características. ¿Estamos los filósofos del Derecho del mundo latino volcados (u orientados preferentemente) a las cuestiones que tenemos razones para considerar como las más relevantes en nuestras culturas jurídicas? ¿Nos hemos preocupado por desarrollar las herramientas metodológicas que podrían servirnos a nosotros (y a los otros operadores jurídicos) para resolver o esclarecer los problemas relevantes que plantean el funcionamiento de nuestros sistemas jurídicos? ¿Hemos reflexionado suficientemente sobre cuál tendría que ser el papel de la filosofía del Derecho en el conjunto del saber jurídico (tal y como es practicado en nuestros medios) y de los saberes sociales y de la filosofía (tal y como se dan también en nuestros medios)? ¿Y acaso las respuestas a todas esas preguntas no nos llevarían a procurar elaborar una filosofía del Derecho menos «seguidista» que la que solemos practicar?

3. *Sobre la dificultad para construir una tradición iusfilosófica*

3.1.

Estar inserto en una tradición de pensamiento es probablemente uno de los requisitos necesarios para poder hacer de manera significativa filosofía del Derecho. Pero para que exista una tradición no basta con que hayan existido pensadores de talla suficiente y con que ellos hayan producido obras importantes. Se necesita también que se hayan creado instituciones, esto es, organizaciones con fines compartidos por quienes las integran y que aseguren cierta continuidad, cierta pervivencia, a lo largo del tiempo. En el mundo latino no faltan esos autores relevantes. Sin salir del siglo XX, se podrían dar unos cuantos nombres que permitirían, a partir de ellos o de sus obras, fundar una tradición. Me limito a señalar tres: Norberto Bobbio, Carlos Vaz Ferreira y Carlos Nino. Hemos carecido, sin embargo, y me parece que en buena medida seguimos careciendo, de instituciones capaces de hacer fructificar esas obras, de darles continuidad. ¡Qué diferencia con lo que ha ocurrido en el ámbito anglosajón! La influencia de Austin llega hasta mediados del siglo XX y es con él, con su concepción imperativista del Derecho, con quien discute fundamentalmente Hart. Al igual que es al positivismo hartiano al que Dworkin toma como modelo que pretende superar. Los integrantes del movimiento Critical Legal Studies se afanan por mostrar los límites del liberalismo dworkiniano. Etcétera.

3.2.

La presencia del Estado constitucional como forma de organización política aceptada casi sin excepciones en el mundo latino parecería ofrecer una base sólida sobre la que edificar una filosofía del Derecho para estos países. Pero para ello hay dos obstáculos que habría que superar y que, en buena medida, están en el centro de la discusión en los últimos tiempos. Uno es el formalismo en cuanto concepción, ideología, profundamente arraigada en nuestra cultura y que, simplificando, viene a consistir en reducir el Derecho a reglas y en aislar el Derecho de otros fenómenos sociales y culturales. El otro, el defecto opuesto, consiste en prescindir de que el Derecho es —aunque no sea solo eso— un fenómeno autoritativo en el que las reglas tienen que jugar un papel preponderante; en reducir, por así decirlo, el Derecho a principios, a valores; y en hacer, por lo tanto, que el Derecho pierda uno de sus rasgos de identidad y pase a ser considerado como un capítulo más de la moral. Quizás no exista un término aceptado por todos para designar esta segunda concepción, pero yo creo que podría servir el de «neoconstitucionalis-

mo», en el sentido que le atribuyeron quienes acuñaron el término y, en general, quienes se califican a sí mismos de «neoconstitucionalistas» (*vid.* cap. V). Pues bien, se trata, así entendida, de una concepción del Derecho que no es compatible con el constitucionalismo postpositivista de autores como Dworkin, como Alexy o como Nino. La filosofía del Derecho del mundo latino, en mi opinión, debería ser constitucionalista, pero no neoconstitucionalista.

4. *Sobre la institucionalización de la filosofía del Derecho como disciplina*

4.1.

Hay una curiosa ficción que, a lo largo de los últimos años, he podido ver que aceptan muchísimos iusfilósofos del mundo latino y en la que se basan también las agencias de evaluación de la investigación que operan, con creciente influencia, en el contexto de nuestras universidades. La ficción consiste en suponer que la filosofía del Derecho integra un tipo de actividad semejante a la de la matemática, la física y la biología, en el sentido de que, tanto en un campo como en los otros, existen instituciones de ámbito mundial que articulan a la comunidad de sus cultivadores (la IVR para los iusfilósofos), organizan congresos de ámbito mundial en los que se discuten los avances en la materia siguiendo las reglas del diálogo racional, etc. Las cosas, sin embargo, no son exactamente así: entre cómo están organizadas esas disciplinas científicas y cómo lo está la filosofía del Derecho existen diferencias muy considerables. Cito un texto de un artículo reciente:

No existe ninguna estructura institucional en la que los trabajos iusfilosóficos puedan competir entre sí en un plano de igualdad, en la que cualquier idea pueda llegar a imponerse a sus rivales si es que cuenta con mejores argumentos en su favor. Y no existe porque ese tipo de diálogo —de diálogo racional— presupone ciertos requisitos que están manifiestamente ausentes en el ámbito de la filosofía del Derecho. Está ausente, sin ir más lejos, el interés en escuchar por parte de quienes —se supone— tendrían que ser los destinatarios de esos mensajes. Y no hay, por otro lado, por qué considerar que se trata de un desinterés culpable: no hay nada que reprochar a quien no te escucha porque simplemente no conoce tu lengua o porque vive y trabaja inserto en un tejido institucional —en una cultura jurídica— que cuenta con sus reglas propias de funcionamiento, las cuales le llevan a comportarse de manera «autopoiética». Simplemente, el Derecho no es como las matemáticas, como la biología o como la física. Hoy por hoy, la «ciencia del Derecho» (en el sentido amplio e impreciso de la expresión) sigue siendo, en muy buena medida, una ciencia de cada pueblo o de cada cultura. Por lo demás, esa relación de asimetría comunicativa que caracteri-

za a la filosofía del Derecho tiene, naturalmente, algunas excepciones y, en todo caso, no es una razón para dejar de escuchar a quien, aunque no esté en disposición a su vez de escucharnos, sin embargo, tiene algo interesante que decirnos. Pero lo que no parece tener mucho sentido —para expresarlo de manera cruda— es empeñarse en escribir textos iusfilosóficos que parecerían tener como objetivo último el de aparecer citados —naturalmente, solo en nota a pie de página— en alguna obra de un autor anglosajón. Podemos aspirar a más (Atienza, 2012, 128).

4.2.

Si se deja de creer en ficciones como la que acabo de señalar, es probablemente más fácil que se acepte la necesidad, o la conveniencia, de una «implantación política» de la filosofía del Derecho que asuma como una de sus funciones la de mediar entre lo local y lo global; lo que no podrá hacerse si no se construye, a su vez, una teoría de ámbito regional dirigida a dar cuenta y a guiar las prácticas jurídicas en el contexto de nuestros Estados constitucionales.

Entiéndaseme bien, no se trata de ir contra organismos como la IVR que, en términos generales, juegan un papel positivo, ni 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.

5. *Sobre el pragmatismo iusfilosófico*

5.1.

Vuelvo sobre un punto anterior. Nos empeñamos muchas veces en escribir textos iusfilosóficos dirigidos a un destinatario que no existe, porque no está en condiciones de escuchar o porque no está dentro de sus intereses el hacerlo. Y nos olvidamos, al mismo tiempo, de que contamos con un auditorio potencial de enormes dimensiones y que reposa sobre un suelo fértil en el que podrían crecer y fructificar las ideas iusfilosóficas. También aquí (estoy hablando de un pragmatismo bien entendido) haríamos bien en seguir el modelo de la iusfilosofía anglosajona que en muchos aspectos ha sabido institucionalizar con éxito la teoría del Derecho. Además, nosotros estamos, en relación con ellos, en una situación de cierta superioridad que deberíamos ser capaces de aprovechar. Pues mientras que ellos viven inmersos prácticamente en una sola cultura, nosotros tenemos acceso por lo general a varias de ellas: a

la nuestra (a las nuestras) y, con ciertas limitaciones, también a la suya. Pero para que esto se convierta realmente en una ventaja, es necesario que, en lugar de navegar sin rumbo, perdidos de un lado para otro, sepamos con alguna precisión cuál es nuestro puerto de destino y cuáles las mercancías que tendríamos que desembarcar.

5.2.

La metáfora anterior la utilizaba Ihering para dar cuenta de cuál era en su opinión la función (práctica) del jurista (semejante a la del marino que tiene que llevar a puerto determinadas mercancías) que, por supuesto, sirve también para el filósofo del Derecho. Las fronteras entre el trabajo del jurista práctico, del que elabora la dogmática jurídica y del filósofo del Derecho son (o deberían ser) fluidas. Hace algunos años, Dworkin (2007) escribió un texto (proveniente de una conferencia) defendiendo que los juristas (en particular los jueces —sobre todo, los jueces constitucionales—) debían y podían ser filósofos. Tenía razón, pero quizás merezca la pena hacer notar que al hablar de los filósofos cuyas obras recomendaba leer a los juristas de su país, aparte de a los filósofos clásicos, solo incluía, entre los contemporáneos, a autores estadounidenses. Como se ve una vez más, una prueba de que una concepción no ya «regionalista», sino bien «localista» de la filosofía del Derecho puede llegar a tener un alcance muy universal.

5.3.

La falta de pragmatismo es, en mi opinión, el defecto fundamental de la filosofía del Derecho que se suele elaborar en el mundo latino. Pero a lo que me refiero, como antes decía, es a un pragmatismo bien entendido que nada tiene que ver con el pragmatismo ramplón del jurista que vive a ras de suelo y que no es capaz de entender que en el Derecho se necesitan teorías precisamente para poder ser suficientemente prácticos. Ni tampoco con el «nuevo pragmatismo» de Rorty y compañía, cuyo escepticismo radical en relación con la razón —práctica y teórica— no puede significar otra cosa que la negación de la filosofía del Derecho; por lo menos, de la que aquí se pretende bosquejar.

El pragmatismo, al que estoy apelando podría entenderse, básicamente, como una actitud o un presupuesto último del pensamiento iusfilosófico, consistente en dar primacía a la práctica. Es, pues, obvio que bajo ese rubro caben no una sola, sino una pluralidad de concepciones iusfilosóficas.

6. *Sobre la relevancia de la filosofía del Derecho*

6.1.

¿No cabría pensar en que existe alguna conexión entre la incapacidad de los filósofos del Derecho del mundo latino para incidir significativamente en la cultura jurídica de nuestros países y el excesivo seguidismo del paradigma anglosajón (no de su orientación pragmatista general —que me parece completamente adecuada—, sino en relación con la agenda de problemas, la forma de tratarlos y las finalidades concretas que ese paradigma establece)? ¿Puede extrañarnos que los juristas no filósofos del Derecho hayan decidido prescindir de nosotros cuando nosotros no parecemos aspirar a otra cosa que a comentar ideas surgidas en otros contextos y a ser actores muy secundarios de representaciones que tienen lugar, en realidad, en escenarios muy lejanos? ¿Qué tal si nos tomáramos en serio el lema que, según Kant, sintetizaba el espíritu de la Ilustración: ¡atrévete a pensar!? ¿O tal vez no hemos llegado aún, en este considerable fragmento de humanidad que representa el mundo latino, a la mayoría de edad?

6.2.

Quizás no sea fácil determinar cuáles son los problemas iusfilosóficos relevantes. La noción de relevancia es, naturalmente, relativa a la concepción del Derecho y de la filosofía del Derecho que se tenga. Es más, un criterio que habría que considerar a la hora de optar por una u otra concepción de la filosofía del Derecho podría ser el de tener en cuenta cuáles son los problemas relevantes que cada una de esas concepciones lleva a tratar.

Pero si se está de acuerdo en que la noción de problemas relevantes supone algo así como «relevantes para la comunidad jurídica entendida en un sentido amplio», eso tendría que llevarnos probablemente a cerrar las puertas a mucho de lo que Bobbio llamó en una ocasión «filosofía del Derecho de los filósofos», precisamente porque si no se cuenta con cierto grado de familiaridad con el Derecho, es imposible dar satisfacción a esa exigencia de relevancia. Pero el cumplimiento de la condición de relevancia, desde luego, es compatible con —por no decir que exige habitualmente— grados muy elevados de abstracción. Y conviene no olvidar que muy abstracto no quiere decir muy abstruso. Y que si lo que se pretende es escribir para un público amplio, que vaya más allá del configurado por los propios iusfilósofos (cuando no por los iusfilósofos que han escrito sobre tal tema o que siguen tal orientación), entonces hay ciertos consejos fáciles de dar pero seguramente

más difíciles de seguir y que ni siquiera merece la pena explicitar aquí por su obviedad.

7. *Sobre la necesidad de combinar el método analítico, el objetivismo moral y la transformación social*

7.1.

Desde luego, supone una considerable simplificación reducir a esas tres concepciones (el positivismo jurídico, el iusnaturalismo y la teoría crítica) el panorama actual de la filosofía del Derecho. Pero a veces las simplificaciones pueden estar justificadas y, en todo caso, no cabe duda de que esas tres orientaciones (entendidas en un sentido suficientemente amplio) muestran tener un arraigo y una permanencia en el tiempo que no pueden deberse a una mera moda intelectual; quiero decir que tienen que estar apuntando, cada una de ellas, a algún ingrediente importante de la experiencia jurídica. Lo cual no debe llevar tampoco a proponer lo que sería una (pseudo)síntesis conciliadora que, en mi opinión, significaría todo un acto de traición a la filosofía. Cito de nuevo un pasaje del mismo trabajo al que antes me refería:

Entiéndaseme bien. No estoy abogando en favor de un sincretismo iusfilosófico que tome un poco de aquí y otro poco de allá, dirigido a armar una especie de componenda intelectual en la que cada cual pueda reconocer algo de lo suyo, de manera que al final pueda llegarse a algo así como a un acuerdo negociado. No es así, obviamente, como hay que construir una teoría que merezca la pena e incluso el nombre de tal. De hecho, mi opinión sobre el positivismo jurídico (en todas sus formas) es que se trata de una concepción del Derecho históricamente periclitada a la que, simplemente —para utilizar el título de un trabajo escrito conjuntamente con Juan Ruiz Manero—, debemos dejar atrás; al igual que la filosofía del Derecho —pero hace ya cosa de un par de siglos— debió dejar atrás las doctrinas del Derecho natural; y, en relación con las llamadas teorías «críticas» del Derecho, mi objeción fundamental a las mismas es que, simplemente, no están en condiciones de dar cuenta del Derecho del Estado constitucional y, en consecuencia, no pueden tampoco guiar las prácticas jurídicas que se desarrollan en ese contexto. Pero, al mismo tiempo, aunque uno no pueda ser ya ni positivista, ni iusnaturalista, ni «crítico», no veo ninguna razón para dejar de apropiarse de lo que pudiera haber (de lo que hay) de valioso en esas (o en otras) tradiciones, para no tener hacia ellas —si se me permite hablar así— una actitud no solo pragmática, sino incluso «oportunista» (Atienza, 2012, 126-127).

8. *Sobre el positivismo jurídico y la filosofía analítica*

8.1.

La herencia dejada por el positivismo a nuestra cultura jurídica es un tanto ambigua y necesita de alguna clarificación. Quizás la precisión más importante que hacer consista en distinguir entre el positivismo de los juristas (de los cultivadores de la dogmática jurídica y de los juristas prácticos) y el de los teóricos del Derecho. El de los primeros ha sido, fundamentalmente, un positivismo formalista que sigue lastrando gravemente nuestra cultura, pero que raramente ha sido defendido por los filósofos del Derecho del mundo latino. Es más, el positivismo metodológico que ha prevalecido entre nosotros (siguiendo las huellas de Kelsen o de Hart) es simplemente incompatible con el formalismo jurídico, entendida esta última expresión en su sentido usual (y peyorativo).

8.2

A los positivistas jurídicos (empezando por Bobbio) les debemos una preocupación por la clarificación conceptual y la construcción de un método de análisis del lenguaje de los que sería insensato prescindir: de la actitud y del método. No se trata, pues, de olvidarse de las aportaciones iuspositivistas a la teoría del Derecho, sino de considerarlas, en general, más como un punto de partida a la hora de estudiar un determinado problema (por ejemplo, el de la interpretación), que como un punto de llegada.

8.3

La necesidad de superar el positivismo jurídico, el tipo de positivismo que ha prevalecido en la teoría del Derecho del mundo latino y que sigue aún teniendo una considerable fuerza, se debe a estos dos factores a los que ya anteriormente me he referido. Por un lado, al reducir el Derecho a un fenómeno de autoridad, el positivismo configura una concepción excesivamente pobre del Derecho y que para nada da cuenta de la experiencia jurídica que caracteriza el Derecho del Estado constitucional. Y, por otro lado, al sostener la tesis del escepticismo moral, se renuncia a poder edificar una teoría verdaderamente práctica del Derecho: no es casual que el positivismo jurídico haya sido considerado por los propios positivistas (como Prieto [2000] o Atria [1999]), como una teoría del Derecho que carece de una teoría de la argumentación jurídica, o que (como en el caso de Ferrajoli) se construya una teoría ambiciosa del Derecho dirigida a la protección y salvaguarda de los derechos fundamentales... que sin embargo no puede fundamentar.

9. *Sobre el objetivismo moral*

9.1.

La superación del positivismo jurídico no supone (no debe suponer) una vuelta al Derecho natural. Al igual que hoy, en la época del constitucionalismo, no tiene ya sentido ser un partidario del positivismo jurídico, el iusnaturalismo dejó de ser una concepción del Derecho acorde con los tiempos desde hace algo más de dos siglos. Para decirlo con González Vicén, desde que, con el fenómeno de la «positivización» que tuvo lugar en Europa desde finales del XVIII, el Derecho dejó de ser considerado como un orden de la conducta con validez para todos los tiempos y lugares y pasó a ser contemplado como algo histórico, como una creación humana relativa a sociedades concretas (lo que solemos llamar tesis de las fuentes sociales del Derecho), y que requería un tipo de elaboración teórica que no podía ser ya la de las doctrinas iusnaturalistas. Es más (tanto González Vicén como Bobbio lo señalaron en alguna ocasión), el propio término «filosofía del Derecho» empieza a ser usado a comienzos del XIX para tratar, aproximadamente, de las mismas cuestiones que hasta entonces se contenían en los tratados de «Derecho natural».

Pues bien, lo que el constitucionalismo contemporáneo critica a los partidarios del positivismo jurídico no es que estos últimos consideren el Derecho como un fenómeno artificial, como una creación humana, sino: 1) su pretensión de que el Derecho puede identificarse, interpretarse, etc., prescindiendo de la moral, o sea, el aislamiento del Derecho en relación con la razón práctica; 2) el escepticismo axiológico (bien se emplee esa expresión, o bien la de no cognoscitivismo o relativismo moral), o sea, la negación de que los juicios de naturaleza ética sean susceptibles de justificación racional. Considerar como iusnaturalista toda concepción del Derecho que niegue las dos anteriores tesis no es más que una maniobra retórica en la que los autores positivistas vienen a coincidir precisamente con algunos iusnaturalistas (como Finnis), aunque cada uno de ellos lo haga con propósitos muy distintos: los primeros, para denotar una concepción del Derecho, dadas las connotaciones muy negativas (intolerancia política, arcaísmo conceptual, etc.) que el rótulo de «iusnaturalismo» tiene (y *par cause*) en muchos ámbitos de la cultura jurídica de los países latinos; los segundos, para seguir sosteniendo una versión aristotélico-tomista del Derecho natural que, sorprendentemente, tendría que ser el fundamento de la reflexión jurídica en las sociedades globalizadas del presente, pero que acaba por servir de vehículo (lo que ya no tendría por qué suponer una sorpresa) para la defensa de tesis extremadamente conservadoras a propósito de temas tales

como el aborto, la eutanasia, el matrimonio entre personas del mismo sexo o el trato a los inmigrantes (Finnis, 2012, 76). El constitucionalismo jurídico (el tipo de concepción en la que se puede incluir a autores como Dworkin, Alexy, Nino, MacCormick...) es realmente una posición distinta a la del positivismo jurídico y a la del Derecho natural. Y es precisamente esa vía la que debería transitar sobre todo la filosofía del Derecho del mundo latino.

9.2.

El Derecho no puede entenderse sino en el contexto de la razón práctica, cuyo carácter unitario (una unidad presidida por la moral) constituyó, quizás, el principal empeño teórico de Carlos Nino. Como él no se cansó de defender, el Derecho no es un fenómeno insular, y la filosofía del Derecho tiene que entenderse en términos de interconexión con la filosofía moral y la filosofía política. Ahora bien, la existencia de muchos puentes entre el Derecho, la moral y la política no implica (y Nino, desde luego, era bien consciente de ello) reducir el Derecho a los otros fenómenos. En particular, no supone negar al razonamiento jurídico justificativo cualquier tipo de autonomía en relación con el razonamiento moral. Esta última sería (como se indicó en 3.2) una tesis típica del neoconstitucionalismo, pero no del constitucionalismo jurídico. O sea, el razonamiento jurídico contiene siempre un fragmento de razonamiento moral, pero esas razones morales (por paradójico que pueda parecer) pueden en ocasiones justificar que se acuda a razones autoritativas (razones jurídicas) que no serían las mejores desde un punto de vista estrictamente moral. El Derecho y la moral, en definitiva, están lejos de ser fenómenos coextensivos: ni el Derecho es una parte de la moral, ni la moral está sin más contenida en el Derecho.

9.3.

El objetivismo moral, cuando se entiende de manera adecuada, puede resultar una tesis bastante más fácil de aceptar de lo que muchos creen. Y, desde luego, es un presupuesto necesario para hacer filosofía del Derecho con sentido. 1) De entrada, conviene recordar que el positivismo jurídico no se ha caracterizado comúnmente por ser contrario al objetivismo ético, sino por sostener la tesis de la separación entre el Derecho y la moral. Como se sabe, los positivistas de la Jurisprudencia analítica inglesa (Bentham y Austin) fueron objetivistas éticos. A diferencia de Kelsen o de Ross que defendieron (sin duda, influidos por el positivismo lógico de la época) posiciones fuertemente no cognoscitivistas en materia moral. Pues bien, lamentablemente, es ese no cognoscitivismismo (bastante

ajeno al gran desarrollo que ha conocido la filosofía moral en las últimas décadas) lo que parece estar en la base de lo que hoy, en el mundo latino, sostienen autores positivistas tan influyentes como Ferrajoli, Guastini, Comanducci o Bulygin. 2) Además, los no cognoscitivistas parecen empeñados en negar el objetivismo ético basándose en (atrincherados tras) una concepción de la verdad que solo sería aplicable a los enunciados de la ciencia natural y de la ciencia formal. Pero el objetivismo ético no está comprometido con la tesis de que existen «verdades éticas» en el mismo sentido en que se habla de verdades en el ámbito de la ciencia. Como recientemente ha escrito Dworkin (2011, 42-43), es cierto que en el mundo de la moral no existen «morons» que sean los equivalentes a los «átomos» del mundo físico. Pero ser objetivista en materia moral significa simplemente considerar que los juicios morales pueden estar o no justificados en términos racionales; no que sean verdaderos o falsos, sino correctos o incorrectos. 3) La clave radica entonces en preguntarse cuáles son esos criterios de corrección, y la respuesta (la respuesta en la que, con diferencias de énfasis, vienen a coincidir las diversas concepciones de la ética a las que suele denominarse constructivistas) es que básicamente son los que determina el procedimiento de la discusión racional, cuyas reglas rigen tanto en relación con cuestiones teóricas como prácticas. Y dado que una de esas reglas es la del carácter abierto del diálogo racional, lo que de ahí se sigue es que el procedimiento permite arribar a juicios de validez objetiva, pero no absoluta: nuevos argumentos no considerados hasta el momento podrían hacer que tuviésemos que corregir un juicio considerado hasta entonces como correcto. O sea, el objetivismo moral no es absolutismo moral: los juicios morales incorporan una pretensión de corrección, no de verdad absoluta.

10. *Sobre la transformación social y la teoría del Derecho*

10.1.

Uno de los mayores déficits de la teoría jurídica del mundo latino (y de la teoría jurídica *tout court*) es que se ha construido sin considerar apenas el conocimiento social disponible. Y esa carencia tiene seguramente mucho que ver con una inadecuada relación con la tradición de pensamiento que se inicia con Karl Marx. En general, puede decirse que los teóricos del Derecho han dejado en las últimas décadas de leer a Marx. No digo que hayan dejado de ser marxistas, lo que resultaría enteramente comprensible, sino que han dejado de considerar su obra como la de un autor clásico que todavía tiene muchas cosas que decirnos. Pues de la misma manera que es recomendable leer la *Ética a Nicómaco* o la *Retórica* de Aristóteles sin que, naturalmente, ello presuponga la acep-

tación de la esclavitud o de la teoría de los silogismos en bloque, uno puede leer a Marx —y obtener de ello un provecho considerable— sin necesidad de pensar que el comunismo es un estadio necesario en el desarrollo de la historia, que el Derecho y el Estado están destinados a extinguirse, etc. En particular, hay una serie de ideas que se encuentran en el pensamiento de Marx y que son de gran valor para la construcción de una teoría del Derecho para el mundo latino en el sentido que aquí se está defendiendo. Así: el pragmatismo (la primacía de la praxis); el enfoque funcional, crítico y materialista de los fenómenos sociales; la propuesta de considerar el Derecho a partir de una concepción global de la sociedad, lo que lleva a abrir los saberes jurídicos hacia las ciencias sociales; o el compromiso con un proyecto político-ético de emancipación humana en el que el Derecho no tendría por qué verse relegado.

10.2.

Sin embargo, los iusfilósofos que vienen de esa tradición siguen, por lo general, manteniendo dos tesis que dificultan o hacen imposible que el Derecho de los Estados constitucionales pueda jugar ese papel emancipatorio. Reconocer esta función, por cierto, no implica una idealización de los sistemas jurídicos (incluidos los del Estado constitucional). El Derecho contemporáneo (el de los Estados constitucionales) es, desde el punto de vista político-moral, un fenómeno esencialmente ambiguo, necesariamente vinculado con todos los procesos tanto de dominación como de emancipación social. De ahí lo inadecuado de sostener la tradicional tesis marxista consistente en ver el Derecho como un elemento meramente superestructural y al que se atribuye una relevancia más bien escasa en el conjunto de la sociedad. Tesis, por lo demás, que resulta agravada al haber calado ampliamente entre los científicos sociales y los filósofos, los cuales (al menos en el ámbito de nuestra cultura) creen poder explicar los fenómenos sociales (o incidir significativamente en los mismos) ignorándolo prácticamente todo sobre uno de sus componentes esenciales.

La otra tesis es la del escepticismo en materia de ética, la imposibilidad de construir un discurso objetivo sobre lo correcto y lo incorrecto. En esto, los autores de inspiración marxista (los «críticos») vienen a coincidir ampliamente con los positivistas, pero mientras que para estos últimos el no cognoscitismo en materia de moral no tendría por qué afectar en principio a su concepción del Derecho (que suele tener, por lo general, pretensiones tan solo de tipo cognoscitivo o descriptivo), en el caso de los autores «críticos» (o de los positivistas que defienden una implantación política de la iusfilosofía —como es el caso de Ferrajoli—) las consecuencias son más bien letales pues, simplemente,

no parece que una pretensión de guiar la práctica, de hacer avanzar un programa de emancipación social, sea compatible con la falta de criterios moralmente justificados para criticar un tipo de práctica y proponer otra en su lugar.

A veces, autores de inspiración marxista (estoy pensando también aquí en Capella o en Ferrajoli) parecen pensar que la dificultad que se acaba de señalar puede superarse apelando a algún tipo de convención que el desarrollo histórico de las sociedades habría hecho surgir. Pero la debilidad de esa concepción de la justicia (quizás heredera del historicismo y el no cognoscitivismo del propio Marx en esta materia) me parece manifiesta. Si el único fundamento al que podemos apelar es la convención misma, ¿cómo se puede defender que un programa que pretende instaurar una sociedad —pongamos por caso— erigida sobre los principios de igualdad y solidaridad es superior a la hoy dominante que viene a ser la materialización de los principios del neoliberalismo? ¿Acaso la concepción neoliberal no se basa también en una convención ampliamente aceptada en muchos sectores de nuestras sociedades?

10.3.

Los autores «críticos» (en un sentido amplio que incluye tanto a los de inspiración marxista como a realistas radicales —como Haba—) han estado ocupados con excesiva frecuencia más en ser críticos que en desarrollar una teoría del Derecho que pudiera servir realmente para transformar el Derecho y la sociedad. Han incurrido así en lo que en alguna ocasión he denominado «el dilema del crítico» (Atienza, 1996). Se trata de lo siguiente. Los juristas críticos (y, muy en particular, los del movimiento Critical Legal Studies) se caracterizan por sostener tres tesis que se dirigen, respectivamente, contra el esencialismo, contra el formalismo y contra el liberalismo; esas tres tesis son las del carácter contradictorio, indeterminado e ideológico del Derecho. Pues bien, si las mismas se entienden en un sentido fuerte o radical, el problema que se plantea es que el crítico se niega a sí mismo, pues si el Derecho fuera absolutamente contradictorio, indeterminado e ideológico, entonces sería imposible —o inútil— cualquier tipo de teoría jurídica, incluida la suya; dicho de otra manera, la versión fuerte es insostenible. Pero si las tesis se entendieran en un sentido débil, entonces el crítico entra en crisis de identidad, pues, obviamente, no hace falta ser un «crítico» para sostener eso.

Pues bien, la manera de salir del dilema radica, por un lado, en preocuparse un tanto de esos afanes de radicalidad y poner en su lugar una mayor dosis de pragmatismo político y de sentido de la responsabilidad (en relación con el primer cuerno del dilema); y, por otro lado (para escapar del segundo cuerno), en aceptar fragmentos más o menos

extensos de teorías que bien podrían haberse elaborado dentro del paradigma liberal y/o analítico. Un buen ejemplo de lo que quiero decir lo suministra la temática de los derechos humanos; en particular, de los derechos sociales. Lo que ahora tenemos son teorías demasiado escoradas hacia el lado del liberalismo político (aunque se trate de un liberalismo progresista, como el de Dworkin o Nino) y que, en consecuencia, no consiguen dar cuenta adecuadamente de los derechos sociales. Pero para lograr esto último no es preciso prescindir, por ejemplo, de los tres principios elaborados por Nino para la justificación de los derechos humanos (autonomía, inviolabilidad y dignidad). Bastaría con reinterpretarlos o, quizás mejor, con añadir otros tres principios procedentes de la tradición socialista (el principio de las necesidades básicas, de la cooperación y de la solidaridad) para dar paso así a una teoría sobre el concepto y la fundamentación de los derechos humanos más acorde con la noción de Estado constitucional y con la que, seguramente, muchos iusfilósofos del mundo latino están comprometidos.

3. EL MANIFIESTO Y LA DIMENSIÓN ARGUMENTATIVA DEL DERECHO

Por qué todo lo anterior se conecta con una visión argumentativa del Derecho no es, en mi opinión, difícil de explicar. El Derecho no es, por supuesto, únicamente argumentación, pero la dimensión argumentativa del Derecho es particularmente relevante en el contexto del Estado constitucional. Ese enfoque permite conectar de una manera que me atrevo a calificar de «natural» la teoría con la práctica: permite volver operativas para los juristas muchas de las construcciones doctrinales elaboradas en el marco de la teoría del Derecho (la teoría de las fuentes, de los enunciados jurídicos, de la validez, de la interpretación, de la prueba...). Conecta a la filosofía del Derecho con la filosofía general (teoría general de la argumentación, filosofía moral y política) y con los saberes sociales (psicología cognitiva, teoría de la decisión, sociología jurídica...). Y lleva, en definitiva, a tener que servirse del método analítico para, sobre la base de cierto objetivismo moral (sin el cual no cabría hablar propiamente de criterios de corrección ni de argumentación jurídica justificativa), facilitar la toma de decisiones encaminadas a mejorar el Derecho y la sociedad. Además, hablando en términos generales, en el mundo latino carecemos de una sólida cultura argumentativa, de manera que contribuir a desarrollar ese enfoque entre los juristas puede tener un cierto efecto de irradiación hacia otras instituciones sociales, lo que sería, sin duda, de un gran valor: la capacidad argumentativa de los ciudadanos es una condición necesaria para poder calificar a una sociedad de democrática.



III

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO FILOSOFÍA «REGIONAL»

1. FILOSOFÍA Y UNIVERSALIDAD

La noción de universalidad, totalidad, generalidad, etc., suele formar parte de las caracterizaciones usuales del saber o de la actividad filosófica. Está incorporada (junto con alguna otra nota: racionalidad, crítica, saber de segundo grado, etc.) en las definiciones que uno puede encontrar de filosofía en las obras de los propios filósofos (y en los diccionarios: de carácter especializado o no); a diferencia de las ciencias, de cada una de las ciencias, que se ocupan de una parcela de la realidad, la filosofía —suele decirse— no tiene un campo de estudio bien delimitado. Pero también está presente en los criterios que la gente usa para resolver problemas de los más variados tipos. Por ejemplo, para saber si una determinada obra puede encontrarse —o colocarse— en la sección de filosofía, o bien en la de física, sociología, biología... Para determinar a quién debería uno dirigir qué pregunta con esperanza de obtener una respuesta más o menos satisfactoria: un estudiante de una facultad de Derecho intrigado en saber qué es el Derecho o qué es una norma en general no va a preguntárselo a su profesor de Derecho del Trabajo; y si lo que quiere saber es si su padre, que acaba de ser despedido de la empresa en la que trabajaba, tiene o no derecho a recibir algún tipo de indemnización, hará seguramente mal (en algún sentido de esta última expresión) en acudir al despacho de su profesor de Filosofía del Derecho. O para encontrar un marco (general) que permita orientar una investigación o plantear mejor cualquier tipo de cuestión: teórica o práctica. Obviamente, no faltan casos de la penumbra, y uno no tiene por qué ser filósofo, científico o técnico a tiempo completo, pero la amplitud del objeto de estudio es, sin duda, una de las notas que incorporamos a nuestro concepto de filosofía. El filósofo, de alguna manera, es un gene-

ralista, aunque eso no quite para que construyamos también frases con sentido del tipo de «X es un filósofo especializado en...»

Esto, esta vocación de universalidad, parece haber formado parte de la filosofía desde sus orígenes. Así, cuando Sócrates (el Sócrates platónico o el propiamente socrático) se interesaba por conocer en qué consistían la virtud, la belleza, el bien, el amor, la justicia, la verdad... recurría una y otra vez a los datos de la experiencia que compartía con sus interlocutores y que le proporcionaban ejemplos concretos, particulares, de todas esas realidades que trataba de investigar, pero para procurar encontrar la esencia de las mismas, lo que en ellas pudiese haber de universal (el concepto de...). El tipo de investigación que se lleva a cabo en los diálogos platónicos no puede tener lugar, en efecto, sin entrar en contacto con las diversas prácticas —y con los participantes en las mismas— en las que cobran sentido las nociones de virtud, belleza, bien, verdad, justicia... Así, a la hora de indagar en qué consiste la sabiduría y entender por qué el oráculo de Delfos había dicho que él era el hombre más sabio, Sócrates —como se nos relata en la *Apología*— no se conforma con su propia reflexión sobre el asunto, sino que se dirige a quienes en principio parecerían poseer sabiduría: los políticos, los poetas, los artesanos, para interrogarlos y, al darse cuenta de que lo que estos últimos creían saber, en realidad no lo sabían, llegar finalmente a la conclusión de que, en efecto, él era el más sabio de los hombres, pues, al menos, sabía que no sabía. Y cuando, en la *República*, se aborda el tema de la justicia, con lo que nos encontramos no es solo con una gran variedad de interlocutores, cada uno de los cuales tiene opiniones distintas, basadas quizás en experiencias vitales también diversas, sobre el particular (Polemárcos, Trasímaco, Glaucón, Calicles, el propio Sócrates...), sino también con el uso de ejemplos que hacen referencia prácticamente a todas las actividades de la ciudad (la música, la construcción, la navegación, la medicina, el juego...) e incluso al comportamiento de (y al trato con) los animales. Lo que sea la justicia no puede surgir, pues, a través de una ocupación o un saber específico, sino que es una noción que requiere considerar la vida entera de la polis y en momentos distintos.

Pues bien, esa transversalidad (un elemento esencial de la universalidad) de la filosofía supone, en principio, ventajas e inconvenientes más o menos obvios. Sin duda, parece una ventaja contar con un saber, con una actividad, cuya configuración es necesariamente abierta: hacia otras prácticas, hacia otros saberes y hacia otras gentes que no son ya propiamente filósofos. Así es como, me parece, habría que interpretar la respuesta que dio Aristipo, el discípulo de Sócrates y fundador de la escuela cirenaica, a quien le preguntó qué es lo que había sacado de provecho de la filosofía, de las enseñanzas de Sócrates: «el poder conversar

con todos sin miedo» —contestó— (Diógenes Laercio, I, 1985, 128). Y ese es también el sentido de la caracterización que un filósofo español contemporáneo, Gustavo Bueno, hace de la figura del filósofo como un «ciudadano honorario» en la «república de las ciencias»: un poco «como el extranjero que convive, sin pertenecer a la república, pero respetando sus leyes y, lo que es más, beneficiándose de ellas» (Bueno, 1970, 12). No es por eso de extrañar que, pasando ahora al campo del Derecho, hayan sido precisamente los filósofos del Derecho quienes más han contribuido en los últimos tiempos a introducir nuevos enfoques que surgen de la apertura del Derecho hacia las ciencias sociales, las ciencias formales o las humanidades: el análisis del lenguaje, la sociología, el análisis económico, la filosofía moral y política, la lógica y la argumentación, la literatura... Digámoslo de una manera más positiva: el contar con filósofos del Derecho, o por lo menos con cierto tipo de filósofo del Derecho, parece suponer para los saberes y prácticas jurídicas (y otro tanto cabría decir del resto de los saberes y de nuestras prácticas) la posibilidad de una reflexión que va más allá de la que lógicamente lleva a cabo el jurista que opera dentro del ámbito del Derecho (bien se trate de una rama del Derecho estatal, del Derecho internacional público o del Derecho de la globalización) y una reflexión que puede por ello ser crítica en un sentido que se sitúa también más allá (y los «más allá» no tienen ninguna pretensión de superioridad intelectual: indican únicamente que «trascienden» a todos esos campos) de las críticas de los juristas positivos.

Pero la amplitud de perspectivas tiene también sus inconvenientes. El riesgo de ocuparse no de una parcela de la realidad más o menos cuidadosamente acotada, sino de totalidades, de lo universal, consiste en pensar que (como lo señaló otro importante filósofo español, Manuel Sacristán, que protagonizó, junto con Gustavo Bueno, una famosa polémica sobre el papel de la filosofía en el conjunto del saber hacia finales de los años sesenta del siglo XX) «se puede ser conocedor del ser en general sin saber nada serio de ningún ente en particular» (Sacristán, 1968, 14). Y, claro, como tal cosa no es posible, lo que ocurre con cierta frecuencia es que los científicos, los juristas especializados en algún sector del Derecho positivo, etc., suelen ver a los filósofos como supuestos especialistas en «todo», pero que en realidad son especialistas en nada. O sea, representantes, en el mejor de los casos, de un saber inútil, puramente ornamental y, en el peor, de un pseudosaber, de una ideología dañina, de la que habría que prescindir en beneficio del desarrollo práctico del Derecho, del progreso científico y tecnológico, etc. Circunscribiéndonos al campo del Derecho, las pretensiones del filósofo equivaldrían a pensar que se puede decir algo interesante del Derecho en general ignorándolo prácticamente todo sobre el funcionamien-

to de algún Derecho, o de alguna rama del Derecho, en particular. Y de ahí la objeción frecuente que el jurista (el jurista práctico o el cultivador de alguna disciplina dogmática) suele dirigir a los filósofos del Derecho: vuestros planteamientos —vienen a decir— son, en el mejor de los casos (cuando resultan comprensibles), demasiado abstractos, están demasiado alejados de nuestras prácticas y, por ello, no nos son de utilidad para resolver los problemas de los que nosotros nos ocupamos.

La justificación de la filosofía (y también de la filosofía del Derecho) tendría que pasar, entonces, por encontrar alguna manera de entender la noción de universalidad que, preservando la idea de apertura y de crítica, no incurra en pensamiento puramente abstracto, ideológico, y pueda ser de utilidad tanto para los propios filósofos como, sobre todo, para quienes no son filósofos profesionales. Expresado de una manera quizás levemente distinta, la filosofía tendría que ser capaz de suministrarnos una serie de ideas generales suficientemente articuladas entre sí y que nos permitan entender mejor el mundo y orientarnos en él. De manera que la función de la filosofía es tanto teórica como práctica o, mejor dicho, es (y debe ser) ambas cosas al mismo tiempo. Si nos trasladamos de nuevo al Derecho: necesitamos una idea suficientemente rica y compleja del Derecho para poder guiar la conducta de los diversos operadores jurídicos; pero son precisamente las prácticas jurídicas las que suministran los materiales —los problemas y soluciones que surgen en su seno— a partir de los cuales se puede construir esa idea del Derecho.

Además, para hacer frente a ese desafío, para construir una noción adecuada de filosofía, es necesario evitar tanto el dogmatismo como el escepticismo. Esas dos «desviaciones» filosóficas están seguramente presentes, pero en grados diversos, en muchas concepciones de la filosofía y resultan rechazables por lo siguiente. El dogmatismo filosófico (el ejemplo más claro sigue siendo la escolástica, el neotomismo y, en el campo del Derecho, el iusnaturalismo de orientación tradicional) porque, aunque ofrezca una visión general del mundo y una guía práctica en relación a cómo debemos actuar en el mismo, esa visión «total» de la realidad está distorsionada —o, en todo caso, es parcial— y, sobre todo, no está expuesta a la crítica racional, sino que vive parapetada detrás de dogmas de naturaleza religiosa o de otro tipo. Y el escepticismo porque, al negar que el problema planteado tenga solución, que sea posible un conocimiento que sea al mismo tiempo totalizador, racional y crítico, lo que hace es renunciar a la filosofía o, si se quiere, proponer su sustitución por alguna otra cosa: por el conocimiento científico y tecnológico (en el caso del escepticismo positivista), o por la retórica o la literatura (como en el caso de muchos filósofos —escépticos— postmodernos).

2. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO FILOSOFÍA REGIONAL

Podría decir que el anterior planteamiento, o uno muy parecido, me ha acompañado prácticamente desde el momento en que comencé a dedicarme profesionalmente a la filosofía del Derecho, a comienzos de los años setenta. La adopción de esa visión de la filosofía se debió a dos estímulos de naturaleza muy distinta: uno, de carácter institucional, está vinculado con el hecho de que en la universidad española existió hasta hace relativamente poco la exigencia de escribir una «Memoria» sobre el concepto, el método y las fuentes de la disciplina que uno cultivaba para poder hacer carrera académica; mientras que el otro, de naturaleza propiamente intelectual, tiene mucho que ver con la polémica a la que antes me refería y, en particular, con la atracción que ejerció sobre mí en esos años setenta, y que sigue ejerciendo hoy, la filosofía de Gustavo Bueno. Así, inspirándome fundamentalmente en escritos de este último, y tratando en cierto modo de mediar en una famosa contraposición que había planteado Norberto Bobbio en los años sesenta entre la filosofía del Derecho de los filósofos (concebida como la aplicación al Derecho de una determinada filosofía general: kantiana, hegeliana, tomista, etc.) y la filosofía del Derecho de los juristas (elaborada «desde abajo», por juristas con intereses filosóficos y que no pretenden construir un sistema, sino más bien analizar una serie de problemas típicos recurriendo a ideas o al instrumental de la filosofía), mi propuesta, a comienzos de los ochenta, sobre cómo habría que entender la filosofía del Derecho venía a resumirse en lo siguiente:

Como consecuencia de lo anterior (del análisis sobre diversas formas de entender la filosofía y la filosofía del Derecho: un análisis básicamente coincidente con el que acabo de presentar), la filosofía del Derecho podría entenderse ahora como una filosofía que no está construida desde arriba (alusión a la filosofía del Derecho de los filósofos) ni desde abajo (la filosofía del Derecho de los juristas, que era la preferida por Bobbio), sino «desde el medio»: la función esencial de los filósofos del Derecho tendría que ser la de actuar como «intermediarios» entre los saberes y prácticas jurídicas, por un lado, y el resto de las prácticas y saberes sociales —incluida la filosofía—, por el otro. La función de la filosofía del Derecho en el conjunto de la cultura jurídica es semejante a la que desarrolla el Derecho en el conjunto de la sociedad. Del Derecho se dice que es un sistema de control social porque supervisa y, en alguna medida, dirige el funcionamiento de las instituciones sociales; lo jurídico no es atributo exclusivo de ciertos sectores o instituciones sociales, sino que —empleando de nuevo la metáfora de C. Nino— es algo que, como el aire en el mundo físico, está por todas partes. La filosofía del Derecho no tiene tampoco un terreno acotado en exclusividad en el conjunto de los saberes jurídicos y sociales, sino que su campo es más bien el de las relaciones entre estos diversos sectores de la cultura; su lugar está,

precisamente, en las fricciones y en los vacíos que se producen en el funcionamiento de los mismos. Por eso, la filosofía del Derecho puede tener la pretensión de ser un saber *totalizador*, en la medida en que su punto de partida y de llegada sean esos otros saberes y prácticas, es decir, en la medida en que no se resuelva en especulación cerrada en sí misma; *racional*, siempre y cuando no pretenda configurarse como un conocimiento de tipo *superior* al de los otros saberes, dirigido a desentrañar la «esencia verdadera», las «causas últimas» del Derecho; *crítico*, pero desde una perspectiva que no coincida con la de quienes se sitúan en el interior de cada una de esas parcelas, pues el filósofo del Derecho puede y debe cuestionar los marcos establecidos, lo cual, como hemos visto, le está vedado al que opera exclusivamente desde el interior de una determinada ciencia o técnica (que, naturalmente, no renuncia a la crítica, sino que la ejerce de una manera distinta); y, en fin, *práctico* y útil —aunque su practicidad tenga que ser menos inmediata que la de la ciencia o la técnica— en la medida en que logre dirigir o, por lo menos, facilitar los intercambios entre los saberes y prácticas ya indicados (Atienza, 1985, 333).

Y la pregunta que ahora me hago es la de si lo anterior supone verdaderamente una caracterización aceptable de la filosofía del Derecho o si, por el contrario, no pasa de ser una propuesta meramente verbal. O sea, puede estar muy bien postular un tipo de investigación sobre el Derecho que sea al mismo tiempo totalizadora, racional, crítica y práctica, pero siempre y cuando estemos en condiciones de precisar mínimamente qué quiere decirse con eso. Veamos si soy capaz de hacerlo, poniendo el acento en la noción de totalidad.

Lo que según Gustavo Bueno caracteriza a la filosofía es el ocuparse de *ideas* y no de *conceptos* categoriales, pertenecientes estos últimos a cada una de las ciencias, las técnicas, etc. Las ideas filosóficas atraviesan diversas categorías (algunos de los ejemplos que él pone: la idea de tiempo, de libertad, de estructura, de evolución, de ciencia, de materia, de sustancia, de justicia, de causa...) y toman de ese carácter trascendental su sentido de totalidad: trascienden al círculo, a las categorías, de una única ciencia, técnica, práctica... pero no a todas ellas en su conjunto: no son trascendentes, como ocurre con las ideas de la metafísica tradicional, sino que están dadas en el proceso histórico-social. Y el problema que surge entonces es el de si cabe que exista una disciplina filosófica que, como sería el caso de la filosofía del Derecho, parece moverse en el ámbito de uno solo de esos círculos categoriales. O sea, si son posibles filosofías «regionales» (además de la filosofía general). Jesús Vega, que ha desarrollado con acierto y con profundidad el pensamiento de Gustavo Bueno en relación con el Derecho, da una respuesta positiva, en los siguientes términos:

Toda disciplina filosófica tendría dos momentos mutuamente indisolubles que se dan en interrelación dialéctica, pero que pueden ser metateóricamente diferenciados entre sí:

a) un momento *progresivo* en virtud del cual las ideas son exploradas filosóficamente a la luz de los materiales categoriales concretos (científicos, prácticos, políticos, etc.) en los que están «realizándose», es decir, partiendo de las categorías o ciencias respectivas, sin perder de vista su configuración empírica;

b) un momento *regresivo* en virtud del cual las ideas se consideran «en sí mismas», en una dirección tendencialmente abstractiva o sistemática, conducente a establecer relaciones relevantes entre ellas, pero de tal modo que el desarrollo e indagación de esas relaciones conduzca de nuevo a los contextos categoriales, es decir, al momento anterior.

De este modo, los dos movimientos dialécticos característicos de la racionalidad filosófica centrada en las ideas —*regressus* y *progressus* hacia las diversas categorías que estas atraviesan— sirven también para establecer las dos direcciones fundamentales y opuestas, pero no desconectadas, de la disciplina filosófica: como Filosofía regional y como Filosofía general o trascendental (Vega, 2002, 10)¹.

A partir de ahí, Vega toma dos de esas ideas filosóficas, la de verdad (o ciencia o conocimiento) y la de realidad (o ser o materia) y divide así la filosofía general en dos partes sistemáticas: gnoseología y ontología, y lo mismo hace en relación con cualquier disciplina filosófica particular. De este modo, la filosofía del Derecho, aun circunscrita a un dominio categorial específico —el del Derecho—, tiene que realizar el recorrido según esas dos direcciones sistemáticas: gnoseológica y ontológica, lo que la vinculará, en definitiva, a la filosofía general o trascendental: no dejará, pues, de tener un carácter de totalización, puesto que el análisis de las ideas en que consiste el trabajo iusfilosófico no queda recluso en una sola categoría, sino que es intercategorial. Y precisamente es esa la razón que le lleva a Vega a considerar que el positivismo jurídico (está pensando sobre todo en el positivismo normativista y, más en particular, en el kelseniano) renuncia a construir una verdadera filosofía del Derecho, pues el tipo de totalización, de universalización, que propugna sería meramente categorial; la «teoría del Derecho» (un término —precisa Vega— que los positivistas suelen preferir al de «filosofía del Derecho») es una ciencia del Derecho (no una filosofía) dirigida a construir una universalidad interna al propio Derecho, y una universalidad que, además, suele quedar restringida a un sistema jurídico o a una familia de sistemas. La verdadera filosofía del Derecho no podría

1. A pesar de su interés, se trata de un trabajo inédito. Las páginas se refieren al manuscrito fechado en 2002.

ser tampoco una teoría simplemente interdisciplinar del Derecho, pues con ello seguiríamos estando en una perspectiva sintético-categorial y no trascendental-filosófica. En definitiva, no puede haber filosofía del Derecho sin el manejo de ideas filosóficas, pero Vega considera también que todo Derecho constituye ya de algún modo una totalización filosófica, que «el Derecho es una *idea* filosófica más que un *concepto* categorial» (Vega, 2002, 69-70).

Conviene además aclarar —continúa Vega— que la noción de totalización supone también, en la perspectiva que estamos considerando, un cierto orden, la noción de sistema: así, las ideas filosófico-jurídicas tendrían que estar conectadas entre sí (y con algún sistema filosófico), lo que se refleja, a su vez, en una división interna de la filosofía del Derecho en partes o subdisciplinas; como antes se ha señalado: la gnoseología jurídica (o teoría del conocimiento jurídico) y la ontología jurídica (o teoría de la realidad jurídica, del ser del Derecho).

Pero en este punto, me parece que Jesús Vega podría incurrir (de manera consciente o no) en un defecto que derivaría de haber asumido lo que, hemos visto, Bobbio llamaba «una filosofía del Derecho de los filósofos», es decir, de haber aplicado al Derecho una determinada filosofía, sin tener suficientemente en cuenta las singularidades del objeto Derecho. Pues esa división en dos partes puede estar justificada en relación con filosofías «regionales» insertas en el mundo de los fenómenos naturales (la filosofía de la física, por ejemplo), pero no parece adecuada para la filosofía del Derecho, ya que el Derecho pertenece al mundo de la cultura, de lo construido por el hombre, en relación con el cual cobra pleno sentido (lo que no ocurre a propósito de los fenómenos naturales) la cuestión de cómo debería ser ese objeto; o, dicho de otra manera, habría una tercera dimensión que añadir a la de verdad (teoría del conocimiento —gnoseología—) y realidad (ontología): la dimensión valorativa o de teoría de la justicia. O sea, el esquema clasificatorio, que puede muy bien ser válido para la filosofía general, lo traslada Vega al campo del Derecho con la consecuencia (que no parece fácilmente aceptable) de considerar que la filosofía del Derecho también tendría que seguir ese enfoque, de manera que agregar a los otros dos sectores un tercero, constituido por la teoría de los valores jurídicos o de la justicia, será para él un «reflejo de... una concepción de la filosofía jurídica de tipo categorial» (Vega, 2002, 76). En su esquema, los valores podrían ser analizados en clave gnoseológica u ontológica, esto es, cabría plantear las preguntas de qué tipo de realidad son los valores y cómo (o si) pueden conocerse, pero no se ve bien qué espacio podría ocupar (en su esquema dicotómico) la teoría normativa de la justicia, sobre todo teniendo en cuenta que Vega parece pensar que los valores son exclusivamente «internos» a la experiencia jurídica cate-

gorial². Y otra consecuencia indeseable de esa «filosofía del Derecho de los filósofos» es que muchas de las nociones que constituyen el centro del trabajo de los filósofos del Derecho de los últimos tiempos caerían fuera de ese esquema, de manera que una buena parte de la producción teórica desarrollada por ellos (la teoría de los enunciados jurídicos, de las fuentes jurídicas, de la validez, etc.) no podría considerarse fácilmente como de carácter propiamente filosófico.

Ahora bien, esas dificultades no parecen tampoco insalvables. La conexión de la filosofía del Derecho con la filosofía general puede construirse de una manera más flexible que como se ha presentado: yo creo, por ejemplo, que nada impide aceptar esa concepción (trascendental) de la filosofía del Derecho y considerar que los centros temáticos de la disciplina —como es usual hacerlo— giran en torno a las tres grandes cuestiones de qué es el Derecho, cómo es posible el conocimiento jurídico y qué se entiende por Derecho justo. Y tampoco hay por qué empeñarse en pensar que la distinción entre la filosofía del Derecho y la ciencia —la dogmática— del Derecho (como, en general, entre la filosofía y la ciencia y/o la técnica) pueda (deba) trazarse de una manera nítida. Por el contrario, yo diría que los enfoques más relevantes en el estudio del Derecho han consistido con frecuencia en una combinación de análisis filosófico y científico (y/o técnico) en proporciones variables, y que para hacer un trabajo iusfilosófico relevante, el cultivo de alguna disciplina jurídica de carácter no filosófico puede ayudar mucho. El mestizaje, en definitiva, puede resultar también aquí algo positivo.

Y una vez precisado esto, me parece que es fácil constatar que muchas de (si no todas) las aportaciones más valiosas a la filosofía del Derecho de los últimos tiempos pueden interpretarse fácilmente como realizaciones de ese esquema de saber totalizador o trascendental. Para empezar, yo creo que es el caso de Bobbio, cuando se entiende bien la distinción que él traza entre las dos maneras de construir la filosofía del Derecho a que antes me refería. Pues su opción a favor de una «filosofía

2. Pero conviene aclarar que la división de la filosofía del Derecho en dos sectores no significa, para él, dejar fuera los temas de carácter valorativo, sino tratarlos de una cierta forma: «Tampoco la axiología jurídica, la teoría de la justicia o la teoría de los valores jurídicos quedaría fuera de este esquema metodológico-crítico dual. La consideración de este tema como una parte autónoma de la Filosofía del Derecho no hace sino patentizar una vez más la conformación práctico-ideológica de la categoría jurídica y la naturaleza de *filosofía práctica* de la propia Filosofía del Derecho compartida, aunque bajo asignaciones diversas, por iusnaturalismo y iuspositivismo. Pero los valores jurídicos, cualquiera que sea el modo en que se conciban, son en todo caso valores *internos* a la experiencia jurídica categorial y no pueden ser ubicados fuera de ella en clave ontológica (como realidades previas fundamentadoras) o ideológica (como propuestas del Derecho que debe ser), externalidad que —junto a su entendimiento *idealista*— también comparten paradójicamente las formulaciones iusnaturalistas y positivistas» (Vega, 2002, 79).

del Derecho de los juristas» no tiene, a mi juicio, el sentido de situar en un plano subalterno a la filosofía general. Lo que él pretendía hacer es subrayar la importancia (y me parece que con toda razón) de una de las maneras de efectuar el recorrido (ius)filosófico: arrancando de los materiales jurídicos, de los problemas que surgen de la práctica del Derecho, para remontarse luego a la filosofía —sacando provecho de alguna idea, esquema, método de análisis, etc., filosófico— y regresar de nuevo al Derecho. Pero su filosofía del Derecho —al igual que su filosofía política— no es categorial, sino justamente intercategorial, puesto que no se circunscribe a las categorías jurídicas. Lo que Bobbio no aceptaría es la idea de «sistema filosófico», en un sentido más o menos estricto de la expresión; aunque tampoco vio dificultad alguna en agrupar los problemas iusfilosóficos en los tres sectores clásicos mencionados: la teoría del Derecho, la teoría de la ciencia jurídica y la teoría de la justicia. Pero eso se debe probablemente a que Bobbio es uno de los ejemplos más claros del tipo de intelectual al que famosamente Berlin calificó de intelectuales-zorros (frente a los intelectuales-erizos³), lo que explica su aversión hacia cualquier «sistema», filosófico o iusfilosófico: como muy bien ha subrayado Ruiz Miguel, una constante en la obra de Bobbio es el «insistir más en la discusión de problemas que en la construcción de obras orgánicas y acabadas», y de ahí que la base de su trabajo fuera el artículo que, típicamente, adoptaba una estructura «de carácter más crítico o problemático que sistemático» (Ruiz Miguel, 1980, 16). Pero, naturalmente, nada de eso va contra la idea de universalización o totalización en el sentido indicado: un análisis puede ser totalizador (trascendental) y fragmentario al mismo tiempo.

También es, por lo menos en buena medida, intercategorial, trascendental, el análisis emprendido por Hart en *El concepto de Derecho*. Es cierto que Hart, como él mismo afirma, defiende en ese libro la idea de que la clave de la Jurisprudencia se encontraría en la unión de normas primarias y secundarias (conceptos estos últimos que habría que considerar estrictamente categoriales: jurídicos). Pero las «tres preguntas recurrentes» que, realmente, constituyen el hilo conductor de su clásica obra («¿En qué se diferencia el Derecho de las órdenes respaldadas por amenazas y qué relación tiene con ellas? ¿En qué se diferencia la obligación jurídica de la obligación moral, y qué relación tiene con ella? ¿Qué son las reglas, y en qué medida el Derecho es una cuestión de reglas?» [Hart, 1963, 16]) no es ni más ni menos que una manera de plantear el problema de los límites del Derecho, de confrontar las categorías jurídicas con tres importantes ideas filosóficas: la de poder, la de obli-

3. En alguna ocasión he caracterizado a los juristas como una especie de híbrido entre el zorro y el erizo: como *zorizos*. Vid. 2016b.

gación y la de norma. Y, por supuesto, el análisis que efectúa Hart en *El concepto de Derecho* no podría entenderse sin las *Investigaciones filosóficas* de Wittgenstein⁴, o sin la obra de algunos otros filósofos clásicos, como Aristóteles o Hume. De manera que *El concepto de Derecho*, la obra más importante del positivismo jurídico de los últimos tiempos, supone obviamente un desbordamiento de las categorías jurídicas: es, en sentido estricto, intercategorial. De hecho, creo que el conocimiento de la obra de Hart habría podido ser de gran utilidad para muchos científicos sociales y filósofos (interesados también por el poder, por el deber o por las normas) que, sin embargo, al menos en países como España, apenas la han tenido en cuenta, seguramente como consecuencia de la falta de interés que los cultivadores de estas disciplinas han sentido tradicionalmente por la cultura jurídica.

Y otro tanto, o incluso más, podría decirse en relación con autores a los que suele encuadrarse dentro del constitucionalismo jurídico o postpositivismo de nuestros días, como Robert Alexy, Carlos Nino o Ronald Dworkin. Las nociones de discurso y de razón práctica son centrales en la obra de Alexy, pero es obvio que no son exclusivos del Derecho; él los toma de la filosofía general, los reelabora para tratar con ciertos problemas jurídicos y los «devuelve», podríamos decir, al campo general de la filosofía con un «valor añadido» que, también en este caso, parece absurdo no aprovechar, tanto por parte de los juristas como de los científicos sociales y los filósofos «generales». El propósito de Nino fue, centralmente, el de construir puentes entre el Derecho, la moral y la política, precisamente porque él pensaba que el Derecho y el razonamiento jurídico no podían entenderse como fenómenos insulares. Y en la última obra publicada por Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, este habría llevado a cabo un cambio en relación con su forma anterior de pensar el Derecho, de manera que ahora el Derecho tendría que ser entendido nada menos que como «una rama de la moralidad política».

Pues bien, lo que se sigue de todo esto, de estos ejemplos tomados de obras relevantes de la iusfilosofía de los últimos tiempos, es que el cultivo de una filosofía «regional», de una filosofía del Derecho, y entendida además como una «filosofía del Derecho de los juristas», no contradice en absoluto la universalización o totalización que caracteriza a la filosofía. Simplemente, totalización no significa aquí un discurso referido a un todo (ni a todo lo que existe, en general, ni a todo el Derecho), sino un discurso con vocación de traspasar las fronteras de una ciencia, técnica, práctica... o de varias de ellas, con vocación de interdisciplinariedad (en relación con disciplinas que pueden estar más o menos

4. Según le oí muchas veces decir a Robert Summers, Hart consideraba esta obra como «nuestra Biblia».

alejadas entre sí) y de mestizaje. Y esa actividad transfronteriza que es la filosofía puede practicarse, a su vez, con mayor o menor pretensión de sistematicidad. Pero me parece (cada vez más) que la función de la filosofía del Derecho no tiene por qué limitarse a la de servir de intermediario entre esas distintas disciplinas o prácticas. Además de contribuir a mantener abiertas las fronteras del Derecho, la filosofía jurídica tiene también otras importantes funciones que desempeñar, en el sentido de que debería ser más «intervencionista» de lo que normalmente es y cumplir un cierto papel de guía en relación con la práctica jurídica y con las instituciones sociales en general. Aquí vuelve a resultar útil el símil con el papel que el Derecho desempeña en el conjunto de la sociedad: en el contexto del Estado constitucional (y de los otros ámbitos políticos del mundo de la globalización), las funciones del Derecho no pueden ser ya exclusivamente las de garantizar —por así decirlo, desde fuera— la marcha de la sociedad (marcha que tendría una lógica propia), sino que a esas deben añadirse las de orientar y promover el desarrollo social hacia la consecución de ciertos objetivos y valores.

Precisamente, esos elementos estructurales y funcionales parecen darse de una manera muy clara en el enfoque argumentativo del Derecho que caracteriza a una de las tendencias más vigorosas de los últimos tiempos en nuestro campo. El Derecho, obviamente, no es solo argumentación, de manera que optar por ese enfoque significa también (o debería significar) darse cuenta de que lo que se lleva a cabo con el mismo no es una investigación completamente general sobre el Derecho: no se trata de dar cuenta de *toda* la realidad en que consiste el Derecho. Pero la elección de esa perspectiva (confrontar el Derecho con la *idea* filosófica de argumentación o de razón) lleva necesariamente a introducir en el Derecho métodos —y contenidos— de otras disciplinas: de la lógica, de la retórica, de la dialéctica, de la lingüística, de la epistemología, de la filosofía moral y política... Permite volver operativas para el jurista (el jurista práctico y el cultivador de la dogmática) teorías iusfilosóficas de carácter general (la teoría de los enunciados jurídicos, de las fuentes, de la validez, de la interpretación, de la prueba...). Ofrece orientaciones para la práctica (las diversas prácticas) del Derecho. Y podría contribuir también de una manera relevante al desarrollo de una sociedad democrática: la capacidad argumentativa de los ciudadanos es una condición necesaria para ello, y el Derecho es, probablemente, la práctica social en la que la argumentación adquiere un papel más sobresaliente. El que esto último sea así, es decir, que la argumentación en el Derecho no pueda entenderse en términos estrictamente formales (lógicos), o bien materiales o pragmáticos (dialécticos y retóricos), sino que requiera una combinación de todos ellos, podría deberse a que el Derecho es, de alguna forma, una «empresa racional» con vocación de tota-

lidad o, dicho con otras palabras (las de Savigny), la entera vida social contemplada desde un lado especial o, en fin, toda una idea filosófica, más bien que un simple concepto categorial.

3. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO FILOSOFÍA DOBLEMENTE REGIONAL

Lo anterior permite, yo creo, justificar la existencia de filosofías regionales y, en particular, de la filosofía del Derecho. Lo que ahora me planteo es si se puede justificar también la existencia de disciplinas u orientaciones filosóficas doblemente regionales o «genitivas»: por ejemplo, si tiene sentido hablar de una filosofía *del* Derecho y *del* mundo latino.

Pues bien, una forma de entender este «tener sentido» podría consistir en preguntarse, sucesivamente, estas dos cosas: primero, si esa es una empresa razonable, si necesitamos realmente de filosofías del Derecho regionales; y, después, si la misma es posible, si existen oportunidades reales para llevarla a cabo.

Sobre lo primero, sobre la necesidad de la empresa, las razones que yo veo para dar una respuesta positiva a la pregunta podrían resumirse en estos tres puntos.

El primero tiene que ver con las peculiaridades del objeto «Derecho», en relación con lo que es objeto de otras ramas filosóficas. Las realidades por las que se interesan la física, la biología o la matemática parecen ser las mismas para todos los que cultivan esas disciplinas y, por ello, no parece tener mucho sentido empeñarse por construir una filosofía de la física estadounidense, de la biología francesa o de la matemática rusa; lo que tendrá que haber (lo que hay) es una filosofía de la física, de la biología y de la matemática, con independencia de que (supongamos) hubieran sido los avances llevados a cabo por los físicos estadounidenses, los biólogos franceses o los matemáticos rusos lo que habría conducido a que se plantearan los problemas filosóficos que dieron lugar a esas disciplinas filosóficas. Pero en relación con otras ramas o sectores de la filosofía, las cosas no parecen ser exactamente así. No parece, en efecto, que ocurra lo mismo en relación con disciplinas como la filosofía política, la filosofía de la literatura o la filosofía del Derecho, seguramente por la diversidad de organizaciones políticas, de experiencias literarias o de sistemas jurídicos que existen y que han existido, cada uno de ellos vinculado con un determinado contexto cultural. O sea, dado que los fenómenos políticos, literarios o jurídicos tienen un elemento de variabilidad histórica y geográfica que los hace tan distintos de las realidades del mundo natural o de las entidades abstractas por las que se interesan las ciencias formales, no tendría tampoco nada de extraño que su trata-

miento filosófico pudiera incorporar también un componente de variabilidad que permitiera (para esos y para otros casos semejantes) hablar de lo que hemos llamado filosofías doblemente regionales o genitivas.

Un segundo punto que podría decirnos algo sobre la necesidad o no de construir una filosofía del Derecho regional concierne a la concepción que se tenga de la filosofía del Derecho *tout court*. Por ejemplo, si uno concibe la filosofía del Derecho esencialmente como el análisis lógico del Derecho o, más en general, como el análisis del lenguaje jurídico, entonces es muy probable que (en el nivel de abstracción que caracteriza al análisis filosófico), no se vean grandes diferencias de un sistema jurídico a otro y, en consecuencia, no se sienta tampoco la necesidad de apartarse de lo que sería la filosofía del Derecho general. Pero las cosas pueden ser muy distintas si se parte, pongamos por caso, de una concepción más pragmática, más comprometida políticamente, de la filosofía del Derecho; si se considera que la función principal de la filosofía consiste, como antes se ha señalado, en guiar las prácticas jurídicas y contribuir a la transformación social. En ese caso, la idea de una filosofía del Derecho «centrada» en una realidad que no sea ya «el Derecho en general» y que no pretenda simplemente suministrar elementos para la descripción y el análisis conceptual de cualquier sistema jurídico puede tener mucho sentido. Tanto que, como resulta obvio, no constituye ninguna novedad. Basta con pensar en la famosa polémica entre Hart y Dworkin, una de cuyas claves de interpretación es el propósito de Hart de construir una teoría del Derecho puramente descriptiva y válida para cualquier sistema jurídico, lo que contrasta con la manera de entender la filosofía del Derecho por parte de Dworkin: como una disciplina esencialmente normativa y centrada en los problemas del Derecho contemporáneo estadounidense (y, por extensión, en los de los sistemas jurídicos del Estado constitucional).

Y el tercer punto —quizás el más determinante— está muy conectado con los dos anteriores. Se trata, simplemente, de que lo que pasa por ser una filosofía del Derecho general, construida —podríamos decir— con el mismo espíritu presente en la física, en la matemática o en la biología, no es en realidad general, sino bastante particular. La agenda de los problemas que se discuten, la forma de abordarlos, la institucionalización de la disciplina, etc., están claramente sesgados, de manera que no parece que pueda hablarse de que exista una filosofía del Derecho como una empresa paragonable a la de las ciencias que he mencionado. Pongo tres ilustraciones para explicar lo que quiero decir.

La primera viene de la llamada globalización del Derecho, en cuanto fenómeno que podría hacer pensar que las peculiaridades de los diversos sistemas jurídicos que podían advertirse en los tiempos pasados tienden a desaparecer y que, por lo tanto, el Derecho ha pasado a confi-

gurarse como una realidad uniforme a la que tendría que convenir también una única filosofía que se ocupara de ese nuevo objeto. Pero las cosas no son así. Como ha escrito Boaventura de Sousa Santos: «El proceso de globalización es, por tanto, selectivo, dispar y cargado de tensiones y contradicciones. Pero no es anárquico. Reproduce la jerarquía del sistema mundial y las asimetrías entre las sociedades centrales, periféricas y semiperiféricas. No existe, entonces, un globalismo genuino. Bajo las condiciones del sistema mundial moderno, el globalismo es la globalización exitosa de un localismo dado». Y un ejemplo de ello podría verse, entre muchos otros, en «las leyes de propiedad intelectual norteamericana sobre *software* para computadores» (Santos, 1998, 56 y 57). O sea, con el objeto Derecho no ocurre como con los números, las células o los átomos. Hay —sigue habiendo— muy diversas formas de conformar la realidad jurídica y, por cierto, dada esa situación, el desarrollo de filosofías del Derecho regionales debería ser considerado un fenómeno positivo, en cuanto podría contribuir en algo a equilibrar ese desequilibrado proceso de globalización en el que estamos inmersos.

La segunda ilustración la tomo de la obra de William Twining, quizás el teórico que, desde el mundo anglosajón, representa el mayor esfuerzo por construir una filosofía del Derecho abierta hacia otras culturas. En *Globalization & Legal Theory* y, más recientemente, en *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Twining defiende un modelo alternativo a la teoría del Derecho dominante en los últimos tiempos. Así, su forma de entender la teoría del Derecho va sin duda más allá de la tradición positivista y analítica (en la que él se habría formado); se abre hacia la filosofía moral y política, pero también hacia el Derecho comparado y hacia las ciencias sociales; y reivindica un concepto amplio de Derecho que abarque no solo al Derecho estatal y al Derecho internacional público en sentido tradicional (las dos únicas experiencias jurídicas consideradas por el positivismo del siglo XX: por Kelsen o por Hart), sino también muchos otros fenómenos de pluralismo jurídico. Sin embargo, en la obra de Twining la tradición iusfilosófica del mundo latino está prácticamente ausente⁵. Lo mismo que ocurre, por lo demás, en relación con los autores que conforman lo que podríamos llamar el paradigma (anglosajón) dominante. Cualquier persona familiarizada con esa literatura se da cuenta enseguida de que se trata de una discusión notablemente cerrada en la que prácticamente solo cuentan algunos autores clásicos y algunos profesores contemporáneos de universidades angloamericanas. De nuevo, una muestra de que se necesitaría construir algo así como «contrapoderes teóricos» que evi-

5. La excepción es su interés por la obra —escrita en inglés— de Boaventura de Sousa Santos sobre la globalización.

taran la completa hegemonía del paradigma anglosajón en la filosofía del Derecho. El multilateralismo podría ser una estrategia también deseable en contextos ajenos a la política internacional.

Y, en fin, la tercera ilustración viene a ser una curiosa ficción que muchos iusfilósofos parecen haber aceptado en forma bastante acrítica. Consiste en suponer que la filosofía del Derecho es un tipo de actividad semejante a la de las ciencias antes mencionadas: la matemática, la física o la biología, en el sentido de que, tanto en un campo como en los otros, existen instituciones de ámbito mundial que integran a la comunidad de sus cultivadores (la IVR para los iusfilósofos), organizan congresos de ámbito mundial en los que se discuten los avances en la materia siguiendo las reglas del diálogo racional, etc. Las cosas, sin embargo —como ya antes señalé (cap. II, apartado 4.1)—, no son exactamente así. Entre cómo están organizadas esas disciplinas científicas y cómo lo está la filosofía del Derecho existen diferencias muy considerables.

Bueno, ¿pero es realmente *posible* construir una filosofía del Derecho regional, en particular, una filosofía del Derecho del mundo latino? Mi respuesta aquí es también que sí, aunque solo bajo ciertas condiciones. Enumero algunas de ellas de manera muy breve, pues se trata más bien de recordar lo ya apuntado en el capítulo anterior.

1. Una obvia condición es la existencia de una cultura jurídica más o menos homogénea y que ofrezca oportunidades para un trabajo iusfilosófico cooperativo y productivo. Es lo que ocurre, en mi opinión, con los países latinos de Europa y de América: aunque con niveles de desarrollo económico, político, científico, tecnológico, etc., diferentes, esos países son sumamente afines desde el punto de vista de sus sistemas jurídicos y de sus lenguas, poseen una rica tradición de pensamiento jurídico, y en todos ellos el Estado constitucional opera como un ideal regulativo para el desarrollo del Derecho y de la cultura jurídica. Pero esto por sí solo no es suficiente.

2. Otra condición no menos importante que la anterior es no confundir una iusfilosofía regional con una iusfilosofía localista y cerrada en sí misma. El riesgo del localismo, por cierto (conviene insistir en ello), no está ni mucho menos ausente de las iusfilosofías «generales». Pero, en todo caso, la filosofía (y la filosofía del Derecho) no puede renunciar a su vocación de universalidad. De lo que se trata, cuando se habla de una filosofía del Derecho del mundo latino, es de subrayar la importancia de que el recorrido trascendental de la filosofía al que antes se hizo referencia tenga su punto de partida y su punto de llegada en problemas y necesidades de una determinada cultura. Pero, por supuesto, sería suicida pretender construir una iusfilosofía del mundo latino a espaldas de otras iusfilosofías regionales y de la filosofía del Derecho

general. Y naturalmente, como pasa con las otras esferas de la vida, uno no tiene por qué construir sus señas de identidad iusfilosóficas en relación con un único interés, con un único punto de referencia.

3. La existencia de una comunidad iusfilosófica presupone ciertos requisitos que, en parte, se dan ya en el contexto de los países latinos. Pero falta probablemente un mayor grado de institucionalidad, esto es, organizaciones con fines compartidos por quienes las integran y que aseguren cierta continuidad, cierta pervivencia a lo largo del tiempo. 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 dentro de esa comunidad, porque quienes están en mejores condiciones para hacerlo son precisamente los miembros de esa comunidad.

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, que apuntan a otras tres grandes preocupaciones o desafíos vinculados con cada una de esas corrientes: ¿en qué consiste el método analítico y cuáles son sus fortalezas y sus límites?, ¿qué significado ha de darse al objetivismo moral?, ¿en qué medida la filosofía del Derecho puede contribuir a la transformación social? Yo diría que esas tres cuestiones (a las que podría añadirse la de si es posible concebir un esquema iusfilosófico que las integre) y sus respectivas respuestas podrían configurar algo así como un marco teórico común.

4. Pero para que tenga sentido hablar de una filosofía del Derecho del mundo latino, se necesitaría dar un paso más e identificar, a partir de lo anterior, algunos problemas de orden filosófico con relevancia para la comunidad jurídica —ampliamente entendida— de esos países y que supusieran cierto grado de diferenciación en relación con el tratamiento que recibirían en el contexto de la iusfilosofía general. Yo no creo, ni mucho menos, que nos falten esos problemas. Para empezar, está el que he tratado de abordar en este capítulo: cómo configurar un modelo de iusfilosofía adecuada para el mundo latino. Pero hay muchos otros: los derechos sociales en el Estado constitucional; el pluralismo jurídico, la multiculturalidad y el Derecho indígena; la anomia y el Estado de Derecho; la argumentación, la racionalidad y el Derecho; o todo lo que tiene que ver con ocuparse de lo que cabe llamar los autores «clásicos» de la iusfilosofía del mundo latino: «nuestros clásicos». Por lo demás, algo característico de una comunidad cultural es precisamente la capacidad de hacer surgir nuevos problemas, esto es, problemas que se ponen de manifiesto en el transcurso de una discusión bien ordenada. Pero para ello se necesita, naturalmente, la existencia de interlocutores que se tomen recíprocamente en serio.

4. ADDENDA

En mayo de 2016 se celebró en Alicante un Primer Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino⁶. En la presentación del mismo se ponía énfasis en la necesidad de vertebrar una iusfilosofía regional «cuyo cometido principal tendría que ser 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». Se hacía referencia también a 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 a quienes se dedican a la filosofía del Derecho en el mundo latino (en América y en Europa) a jugar un papel subordinado». Por lo demás, en la relatoría a propósito de «Nuestros clásicos» se señalaba que, por lo que se refiere al mundo latino, no cabe hablar de una única tradición, sino de varias, y muchas veces en contradicción entre sí, pero que eso no tenía por qué considerarse como un problema: «tanto las tradiciones como las comunidades intelectuales son realidades porosas y con fronteras fluidas: a diferencia de lo que parece ocurrir con la participación en otras prácticas (por ejemplo, políticas, religiosas o deportivas) nadie tiene por qué sentirse parte de una única tradición o de una única comunidad intelectual».

Pues bien, el primero de los temas de ese congreso fue el de *Qué filosofía del Derecho para el mundo latino*, y mi contribución al mismo se contiene en los anteriores apartados de este capítulo. Me referiré ahora a dos comentarios críticos a ese texto que se deben a dos participantes en ese Congreso: Jesús Vega y Andrzej Grabowski.

El comentario de Grabowski se divide en dos partes⁷. En la primera de ellas me objeta que el concepto (mejor, el término) que utilizo de «filosofía regional» es ambiguo, puesto que tiene los dos sentidos que, efectivamente, me llevaron a hablar del carácter «doblemente regional» de la filosofía del Derecho: él los llama el sentido «metateórico» y el sentido «cultural/geográfico». Y propone un cambio terminológico que, en su opinión, evitaría algunos equívocos. Se trata de sustituir, en relación con el primero de los sentidos, la expresión «filosofía

6. Vid. <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/>.

7. Expuesto en un texto en inglés que había presentado en el PHILOLEP: *Krakow Workshop in Legal Philosophy «Philosophy of Legal Philosophy»*, en Andrzej Grabowski (2015), «Is a 'Regional' Philosophy of Law Acceptable? A comment on The Philosophy of Law as a 'Regional'? Philosophy by Manuel Atienza».

regional» por «filosofía aplicada», de manera que la filosofía del Derecho sería una rama de la filosofía aplicada: «la caracterización metateórica de la filosofía del Derecho como un tipo de filosofía aplicada es, en mi opinión, más apropiada, comparada con la caracterización contraintuitiva de la misma como 'regional'». Creo, sin embargo, que ese uso que a Grabowski le parece inaceptable de «filosofía regional» tiene a sus espaldas una cierta tradición y no veo que tenga que llevar a ningún tipo de confusión si —como yo creía haber hecho— se precisa suficientemente su significado. Justamente, lo que he tratado de hacer es mostrar que una filosofía regional así entendida (como yo entiendo la filosofía del Derecho) no equivale a una filosofía aplicada que, aunque Grabowski no entra aquí en detalles, parecería que vendría a equivaler a la «filosofía del Derecho de los filósofos» bobbiana. Pero yo creo que hay buenas razones para no aceptar esa manera de entender la filosofía del Derecho: las razones que da Bobbio, aunque quizás no sean suficientes como para decantarse sin más por la otra opción, por la «filosofía del Derecho de los juristas», merecen ser tenidas muy en cuenta. Luego volveré sobre esto.

El segundo comentario de Grabowski se refiere a la segunda acepción indicada, a la filosofía del Derecho como filosofía regional en un sentido cultural y geográfico. Ese uso sí le parece justificado, pero, además, piensa que deben hacerse ciertas precisiones en cuanto al riesgo de «localismo» del que yo hablaba a propósito de la filosofía del Derecho (regional) del mundo latino.

La primera de esas precisiones es que el carácter local de la filosofía del Derecho no debe ser considerado como un fenómeno negativo, y Grabowski cita al respecto varios textos de iusfilósofos destacados (Joseph Raz, Ronald Dworkin y Leslie Green) que justifican ese «localismo» por la propia naturaleza del objeto de conocimiento y por los rasgos específicos de cada cultura jurídica; en particular, parece claro que quien trata, como es el caso de Dworkin, de elaborar una «teoría interpretativa» del Derecho no puede por más que vincular esa teoría a una determinada cultura jurídica. Yo no tengo aquí ninguna discrepancia de fondo con Grabowski, el cual ha entendido muy bien cuál era el riesgo que yo veía en el «localismo». Simplemente, lo que él viene a decir es que el significado peyorativo de esa expresión se traduciría en inglés por *provincialism* (en eso consistiría el riesgo de localismo al que yo me refería) y no por *parochialism* (lo que yo llamaba «regional»). Nada que objetar.

La segunda precisión se refiere a diversos sentidos que pueden distinguirse todavía en esta segunda acepción (la cultural/geográfica) de «filosofía regional». Apoyándose en Twining, Grabowski señala que el carácter regional (*parochial*) de una filosofía del Derecho puede tener

que ver con seis distintos contextos: la tradición intelectual o la cultura en que se inserta un texto; el auditorio al que se dirige; la extensión que la teoría pretenda tener, en el sentido de que puede estar referida a un sistema jurídico particular, a un conjunto de sistemas o a cualquier tipo de Derecho; a las fuentes utilizadas; a la perspectiva —peculiarmente inglesa, alemana, francesa...— adoptada; y al significado más o menos general o universal de la teoría. Grabowski considera que mi manera de entender la filosofía del Derecho del mundo latino sería regional (*parochial*) en todos los anteriores sentidos, salvo en el que hace referencia a las fuentes, pero eso le parece plenamente justificado. Tampoco tengo nada que objetar y me parece una precisión enriquecedora.

Y, finalmente, la última precisión que me hace Grabowski es que el carácter *regional* de la filosofía del Derecho que yo propongo implica un elemento de gradualidad. Así, en relación con las cuestiones que a mí me parecían centrales en el desarrollo de la filosofía del Derecho, Grabowski piensa que una es de carácter epistemológico (la referida al método analítico), y las otras dos pertenecerían a la axiología jurídica «aplicada» (las que afectan al objetivismo moral y a la transformación social). De donde se sigue que las cuestiones de ontología jurídica estarían más bien ausentes de ese proyecto de iusfilosofía del mundo latino: «mi intuición es que la regionalidad (al igual que el localismo [*parochialism*]) es graduable, no solo en el contexto de la antes mencionada distinción de Twining, sino también en el sentido de que la pretensión de universalidad es muy fuerte en la ontología jurídica, menos fuerte en la epistemología jurídica y más bien débil por lo que se refiere a la teoría 'práctica' de la justicia (la axiología jurídica entendida como una disciplina filosófica aplicada)». Pues bien, yo creo que la «intuición» de Grabowski es acertada, y diría incluso que es lo que explica mi intento, en el primer capítulo de este libro, de rescatar una idea de Derecho que, efectivamente, pretende ser completamente universal: el Derecho debe verse como una práctica social y no meramente como un sistema de normas. Además, asumir esa concepción del Derecho (y no la otra, la normativista) es lo que da sentido (como también señalaba) a plantearse la pertinencia de una filosofía del Derecho regional, en el segundo de los sentidos.

El comentario de Jesús Vega⁸ es un amplio trabajo en el que, tomando lo que yo decía ahí en cierto modo como pretexto, elabora una amplia y brillante defensa de la filosofía del Derecho como filosofía práctica. Vega afirma que entre nuestras posturas no hay una discrepancia que pueda considerarse de fondo, y yo creo que, efectivamente, así es. Su

8. Jesús Vega (2016), «La filosofía del Derecho como filosofía práctica. A propósito de "La filosofía del Derecho como filosofía 'regional' de M. Atienza».

manera de entender el Derecho y la filosofía del Derecho es muy afín a la que yo defiendo en este libro (sobre todo, en el primero y en el último capítulo) y seguramente lo que nos separe no pase de ser una cuestión de estilo y quizás también de énfasis. Yo creo, por ejemplo, que en su tesis hay ahora cierta exageración al reivindicar la importancia que los valores tienen tanto en el Derecho como en la filosofía del Derecho y, como consecuencia de ello, quizás también un cierto exceso al asumir de manera tan preponderante como lo hace el punto de vista del participante (del «operador jurídico»), descuidando, por tanto, otras perspectivas desde las cuales la idea del Derecho como una práctica justificativa pierde obviamente importancia. Aclaro, que no es que yo no piense que los valores son un componente esencial del Derecho o que el Derecho no sea una práctica justificativa; lo que quiero decir es que también eso puede exagerarse y dar lugar a concepciones del Derecho (un ejemplo podría ser la de Dworkin) un tanto descompensadas; en el último capítulo del libro me referiré a ello. Y me parece que también son algo exagerados los juicios de Vega sobre la concepción de la filosofía del Derecho de Bobbio, pues este último no habría pretendido negar, en mi opinión, que toda filosofía del Derecho aplica un esquema filosófico o que siempre se necesita contar con el marco de una filosofía general; lo que creo que rechaza Bobbio, y aquí radicaría la diferencia con una concepción de la filosofía del Derecho como la de Vega, es que pueda hablarse de algo así como de un «sistema filosófico». Es algo que ya había señalado en mi texto en el que, se recordará, yo no asumía tampoco del todo la dicotomía de Bobbio entre una filosofía del Derecho de los juristas o de los filósofos, sino que optaba por algo así como una «mediación» entre las dos, que coincide ampliamente con lo propuesto por Vega. En todo caso, no pretendo aquí ocuparme del trabajo de Jesús Vega en su conjunto (de su manera de entender la filosofía del Derecho), sino únicamente de las objeciones que hace en el mismo a mi comentario sobre su posición iusfilosófica, incluido en el apartado 2 de este capítulo.

Vega se queja de que la interpretación que hago de algunas de sus tesis es «desajustada y equívoca», y la suma de ese desacuerdo cree verla en la «sorprendente conclusión» que yo saco de su texto: «que el planteamiento en él expuesto no dejaría espacio para la reflexión sobre los valores dentro de la filosofía del Derecho y que dentro de la partición temática de la misma que hago —entre epistemología y ontología jurídica— no habría cabida para la teoría de la justicia o la corrección en el Derecho como enfoque autónomo».

Pues bien, es posible que algo de la sorpresa de Vega se explique porque, en realidad, yo no había dicho (escrito) exactamente lo que él parece haber entendido. En mi texto señalaba que «en su esquema los

valores podrían ser analizados en clave gnoseológica u ontológica», pero que «no se ve bien qué espacio podría ocupar (en su esquema dicotómico) la teoría normativa de la justicia», y precisaba, en nota a pie de página, que «conviene aclarar que la división de la filosofía del Derecho en dos sectores no significa, para él, dejar fuera los temas de carácter valorativo, sino tratarlos de una cierta manera». Hay, entonces, una diferencia considerable entre lo que yo decía allí y lo que Jesús Vega piensa que yo decía, pero, en todo caso, hay también una discrepancia entre nosotros en relación con el tratamiento del problema de los valores en la filosofía del Derecho.

Y esa diferencia consiste fundamentalmente en que a mí me parecía que el tradicional esquema trimembre de la filosofía del Derecho (su organización en torno a tres grandes centros temáticos, que daría lugar a una ontología jurídica, una epistemología jurídica y una teoría de la justicia) era preferible a la división planteada por Vega, en la que solo habría ontología jurídica y epistemología jurídica. Y sobre eso, lo que ahora viene a decir Vega, si yo le he entendido bien, es que dado que «la 'realidad' o 'ser' del Derecho es la de una empresa práctica», que «el 'deber ser' del Derecho no puede entonces separarse de su realidad o ser, sino que es interno a esta, como lo son las concepciones sobre el mismo», lo que de ahí se sigue (lo que concluye Vega) es no solo la crítica al positivismo jurídico, que no captaría la verdadera configuración práctica del Derecho, sino «que el discurso de los valores jurídicos —la axiología jurídica— no pueda entenderse como un *tercer* discurso o parte de la filosofía del Derecho independiente del discurso sobre el concepto del Derecho (ontología jurídica) o sobre sus formas de conocimiento (epistemología jurídica). Eso no sería, a fin de cuentas, sino un resabio de la visión positivista del Derecho».

Bueno, es posible que se trate sobre todo de un malentendido. Aclaro por ello que cuando yo hablo de organizar la materia en tres partes, no quiero decir que cada una de ellas deba considerarse como completamente autónoma con respecto a las otras: las tres partes de la filosofía del Derecho tienen que componer también una cierta unidad. Pero sigo pensando que hay muy buenas razones (las que señalaba en el anterior apartado) en favor de la distribución temática que yo proponía y, desde luego, no le veo ningún fundamento a su afirmación de que ese esquema supone un «resabio» de positivismo. Más bien me parece que Vega es aquí un tanto oscuro y elusivo como consecuencia, me temo, de su empeño por mantener un mismo esquema que habría de servir para todas las filosofías «regionales», lo que le lleva a no subrayar suficientemente el rasgo quizás más característico de una realidad como la jurídica: la contraposición (inexistente en el mundo natural) entre el ser y el deber ser.

Por supuesto, no pretendo con todo lo anterior descubrirle a Vega nada que él no supiera. Estamos hablando de cuestiones de acento y de presentación. Y a lo anterior podría replicar muy fácilmente que esa contraposición él la entiende como interna al Derecho: en el párrafo antes transcrito señalaba que el «deber ser» era interno a la propia realidad del Derecho y en otros lugares subraya que los valores jurídicos son internos a la práctica jurídica. No niego que en parte sea así. Pero no es del todo así, puesto que hay también valores externos al Derecho, a la práctica jurídica, y que este «debe» incorporar (como el propio Vega señala también): ese, creo yo, sería el objetivo fundamental de una teoría de la justicia que, desde luego, no podría evitar entrar en cuestiones de carácter ontológico y epistemológico, pero tampoco podría simplemente reducirse a eso. Si se quiere decirlo de otra manera: yo no creo que, por poner un ejemplo ilustre e ilustrativo, *Una teoría de la justicia* de John Rawls pueda verse simplemente como una obra de ontología y de epistemología.



IV

EL GIRO ARGUMENTATIVO EN LA TEORÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEA

1. LA CULTURA DE LOS DERECHOS Y EL GIRO ARGUMENTATIVO

En las últimas décadas han tenido lugar cambios muy importantes en nuestras culturas jurídicas, esto es, en la manera como los de dentro (los juristas profesionales) y los de fuera (los legos; la gente en general) percibe el Derecho. No me estoy refiriendo, por lo tanto, a los cambios que se han producido en nuestros sistemas jurídicos, pero, por lo demás, parece bastante natural pensar que los cambios culturales (en la percepción del fenómeno jurídico) han ido más o menos paralelos a los cambios que han tenido lugar en el fenómeno mismo. Muchas, o algunas, de esas modificaciones son, sin duda, de escala global, pero otras pueden tener un carácter más o menos regional o local. A mí me interesan en este momento las que se han producido en la cultura jurídica de los países del mundo latino: de Europa y de América; y aunque no se trate de modificaciones completamente homogéneas (no son exactamente las mismas en todos esos países), me parece que sí puede hablarse de ciertas tendencias generales.

Pues bien, así planteadas las cosas (y dejando a un lado el fenómeno de la globalización), yo creo que es posible identificar dos grandes transformaciones a las que hemos asistido a lo largo de las últimas décadas, y que podríamos denominar con estos dos rótulos: «la cultura de los derechos» y «el giro argumentativo». Ambos son fenómenos (fenómenos culturales pero, como antes decía, estrechamente conectados con cambios que han tenido lugar en el mundo «real») relativamente recientes y que pueden pasar inadvertidos para quienes han respirado ese (nuevo) ambiente cultural desde sus primeros contactos con el mundo del Derecho. Pero no es así, por ejemplo, para la gente de mi generación. Y ese es un tipo de novedad que seguramente merece la pena resaltar.

Por extraño que pueda parecer hoy, para un estudiante que iniciaba la carrera de Derecho a finales de los años sesenta (en España, pero probablemente no fueran muy distintas las cosas en los países de América Latina), los derechos humanos constituían más bien un tema por descubrir, del que apenas se hablaba en las facultades de Derecho, y que tenía incluso ciertas connotaciones subversivas, desde el punto de vista político pero también desde el punto de vista de la teoría del Derecho. Los «verdaderos» juristas no se ocupaban de esas cosas (de política), sino del Derecho positivo (y de los conceptos contruidos para dar cuenta del mismo), de manera que la «cultura de los derechos», simplemente, no formaba parte de la formación de un jurista. Para poner un ejemplo significativo, en las *Notas de Introducción al Derecho*, publicadas por Carlos Nino entre 1973 y 1975, y que es el precursor de su gran, e influyente, manual *Introducción al análisis del Derecho* (este último se editó por primera vez en 1980), no hay ninguna referencia al concepto o a la fundamentación de los derechos humanos.

Y si nos pudiéramos a repasar los textos docentes que se utilizaban en nuestras facultades de Derecho, es más que probable que no nos encontráramos nunca con un término como «argumentación jurídica» (o algún otro total o parcialmente sinónimo). Yo no recuerdo haber oído hablar a ninguno de mis profesores de la Facultad de Derecho de Oviedo de argumentación jurídica, aunque algunos de ellos (muy pocos) mostraran cierto empeño por hacer razonar a sus estudiantes. Lo cual guarda seguramente alguna relación con el hecho de que nuestra tradición en el estudio de los conceptos básicos del Derecho proviene fundamentalmente de Kelsen, y este no incluye en su elenco de nociones jurídicas fundamentales la de argumentación. Hay algunas, naturalmente, próximas a ella (como la de interpretación o la de aplicación) pero, precisamente, Kelsen tiende a ver esas operaciones como actos de voluntad, más bien que como actos de razón (susceptibles, estos últimos, de un tratamiento argumentativo).

De manera que, en conclusión, un estudiante de entonces estaba seguramente al tanto de la existencia de dos concepciones enfrentadas a propósito de la naturaleza de los derechos subjetivos (la teoría de la voluntad y la del interés). Y probablemente fuera también muy capaz de repetir los cuatro métodos de interpretación de Savigny; recuerdo que esto resultaba muy útil porque era prácticamente lo único que era necesario saber sobre interpretación jurídica y que servía además para cualquiera de las materias jurídicas que estudiábamos. Pero no creo que supiese mucho más que eso, y mucho menos que pensara que eso iba a ser de importancia para su ejercicio profesional. No vivíamos entonces, en definitiva, en la edad de los derechos, y el giro argumentativo en la teoría del Derecho no se había producido aún.

Por lo demás, la irrupción de la cultura de los derechos parece ser un fenómeno global, que hunde sus raíces en la Modernidad. Así, Bobbio habló, en los años ochenta (*vid.* Bobbio, 1991), de una «edad de los derechos» (*l'età dei diritti*) para referirse a la revolución copernicana que, en su opinión, habría ocurrido con el Estado moderno y que, en esencia, consiste en que la relación entre los gobernantes y los gobernados pasa a verse desde la perspectiva de estos últimos, lo que se corresponde con la visión individualista de la sociedad que se contrapone a la tradicional concepción orgánica; Bobbio ponía mucho énfasis en la necesidad de establecer procedimientos que permitieran pasar del discurso de los derechos a la efectividad de su protección. También en los años ochenta del siglo pasado es cuando Nino publicó su influyente obra *Ética y derechos humanos* (la primera edición es de 1984) que comienza, famosamente, con la afirmación de que «los derechos humanos son uno de los más grandes inventos de nuestra civilización» (Nino, 1984, 13). A diferencia de Bobbio, que pensaba que después de la Declaración de la ONU de 1948, el problema no era ya el de la fundamentación, sino el de la protección efectiva de esos derechos, Nino prestó mucha atención tanto al concepto como a la fundamentación de los derechos humanos (a partir de los principios de autonomía, de inviolabilidad y de dignidad), y en otro trabajo posterior, *Fundamentos de Derecho Constitucional* (Nino, 1992), mostró como las cuestiones de fundamentación —la dimensión ética— juegan un papel esencial en la práctica de los derechos humanos: en el proceso para hacerlos efectivos. Y Lawrence Friedman (para tomar un autor de otra tradición) ha escrito más recientemente (en 2001) un interesante libro, *The Human Rights Culture*, en el que defendía tesis muy semejantes a las de Bobbio o Nino. También él señala que el fenómeno de la globalización del discurso de los derechos humanos es un producto de la Modernidad y, en particular, del individualismo, una noción, esta última, que, en su opinión, no deja de ser problemática: porque no tiene un significado unívoco y porque —escribe Friedman— «en algunos sentidos, el *ethos* de la autonomía individual es profundamente insatisfactorio» (Friedman, 2001, 162). Dicho de otra manera, tanto Bobbio como Nino o Friedman no están pensando únicamente en los derechos del liberalismo, sino que subrayan la importancia (y los desafíos) que suponen los derechos sociales y otros «nuevos derechos» surgidos en los últimos tiempos. Pero, en todo caso, comoquiera que se entiendan los derechos humanos, el dato que yo quiero subrayar aquí es que ellos se han convertido en un componente esencial no solo de nuestros Derechos, sino también de nuestra visión del mundo; es lo que Rabossi ha llamado «un-hecho-del-mundo», esto es, «un fenómeno específico, históricamente dado, extraordinariamente dinámico, de alcance universal y de consecuencias revolucionarias. A

ese fenómeno —añade— lo denominaré 'el fenómeno de los derechos humanos'» (Rabossi, 1989, 328)¹.

El interés por los aspectos argumentativos del Derecho, sin embargo, aun estando muy difundido, no tiene ese carácter tan universal; repárese, sin ir más lejos, en las instituciones jurídicas más características del mundo de la globalización, cuyo funcionamiento bastante ajeno a todo control democrático, limita también la exigencia de argumentación (al menos, de cierto tipo de argumentación). Pero parece haber adquirido un especial auge en algunas culturas jurídicas como (yo diría que en forma muy destacada) las del mundo latino. La explicación me parece que es la siguiente. Cuando se piensa en cuáles son los factores que explican ese auge, no es difícil darse cuenta de que algunos de ellos tienen en nuestro ámbito un lugar, por así decirlo, de privilegio. Por ejemplo, el predominio en el inmediato pasado de una cultura muy formalista y en la que el enfoque argumentativo (a diferencia de lo que ocurría en otros ámbitos geográficos, como el de los Estados Unidos) estaba prácticamente ausente. Un sentimiento muy generalizado de gran insatisfacción con respecto a la enseñanza del Derecho: casi exclusivamente memorística y que dejaba poco espacio para las tareas de tipo argumentativo. 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), como consecuencia de la implantación del Estado constitucional: un fenómeno este último que, en la inmensa mayoría de nuestros países, es todavía muy reciente.

2. UNA MIRADA «ESCÉPTICA» AL GIRO ARGUMENTATIVO

Ahora bien, el que se haya producido ese «giro argumentativo» no quiere decir que dispongamos de una teoría argumentativa del Derecho o, con más precisión, de una teoría argumentativa bien desarrollada. No pocos teóricos del Derecho del mundo latino son, por una u otra razón,

1. Me parece que esa caracterización es acertada, y que también lo es una de las consecuencias que Rabossi extrae de ahí: la necesidad para un análisis filosófico de los derechos humanos de tener muy en cuenta esa realidad. Pero no creo que lo sea otra de las consecuencias que él extrae y que consiste (muy en la línea de Bobbio) en negar que los derechos humanos necesiten de una fundamentación moral. No quiere decir con eso que no sea un tema de relieve filosófico, sino que los tipos de problemas filosóficos que plantean son de otra índole. Rabossi (1990) señala los tres siguientes: «diseñar un marco operativo conceptual con el fin de describir y valorar el fenómeno de los derechos humanos»; «ayudar a la clarificación conceptual de los términos clave»; «elaborar la importancia filosófica de lo que he venido llamando 'el punto de vista teórico' [se refiere al reconocimiento de una serie de fines y valores universales, a su afirmación a través de una promulgación legal y a la 'confluencia' de tendencias opuestas de una tradición humanística común]» (Rabossi, 1990, 175).

escépticos en relación con esa más o menos nueva orientación que, por lo demás, muchos (incluidos ellos mismos) consideran como la concepción dominante en los últimos tiempos. Voy a poner cuatro ejemplos de ese escepticismo.

El primero es Luigi Ferrajoli, sin duda uno de los autores más influyentes en la cultura jurídica del mundo latino, pero cuya obra no es siempre bien interpretada; quiero decir, interpretada de acuerdo con los propósitos del propio Ferrajoli al construirla. Pues bien, Ferrajoli no desconoce la importancia de la argumentación en el Derecho, pero él no puede ser considerado, en absoluto, como un autor «argumentativista». Es más, con cierta frecuencia (*vid.*, por ejemplo, Ferrajoli, 2011a) ha contrapuesto al tipo de constitucionalismo que él defiende, en cuanto concepción estrictamente positivista del Derecho y que sería un constitucionalismo normativo o garantista, otro tipo de constitucionalismo al que denomina «principalista» o «argumentativo», y al que critica en forma radical. Este último, en su opinión, supone un peligro de «regresión premoderna del Derecho y de la cultura jurídica» (Ferrajoli, 2011a, 18) debido, sobre todo, a haber prescindido de una distinción nítida entre el Derecho y la moral. Ferrajoli considera que los autores «argumentativistas» tienden a configurar los derechos más que en términos de normas jurídicas en sentido estricto (de reglas), como principios de carácter moral que están en permanente conflicto con otros principios de signo opuesto, de manera que la noción de tener un derecho (la garantía de su protección) se desvanece, porque depende siempre de un proceso de ponderación, esto es, de una operación argumentativa que, para él, tiene carácter esencialmente no racional debido, sobre todo, a su referencia a valores. Para Ferrajoli, para decirlo de manera simple pero creo que exacta, la argumentación jurídica legítima es simplemente la argumentación lógico-deductiva (en relación con las normas, con los problemas interpretativos) y la argumentación inductiva (en relación con los hechos, con los problemas de prueba). No hay espacio (espacio racional) para nada más.

Una crítica a la teoría «estándar» de la argumentación jurídica y de naturaleza bastante distinta a la de Ferrajoli (de hecho, este último es uno de los blancos de la crítica) es la que ha efectuado Enrique Haba (2010) desde una concepción «realista» del Derecho que se caracteriza por su fuerte escepticismo. Contra lo que él va es contra lo que llama «teoría estándar de la argumentación jurídica», un concepto que, tal y como él lo usa, a mí me parece discutible: puede servir para incluir teorías como la de Alexy, pero no muchas otras mencionadas por Haba, alguna de las cuales ni siquiera podrían considerarse como concepciones argumentativistas del Derecho. En opinión de Haba, esa teoría ofrece una visión deformada de la realidad, puesto que construye modelos

idealizados (normativos), pero que se presentan como si fueran descriptivos de cómo, en la realidad, se argumenta por parte de los tribunales, la dogmática o los órganos administrativos. Haba propugna, por ello, un modelo «realista» que debería ser de carácter exclusivamente descriptivo-explicativo.

También es notablemente escéptico, en relación con el valor de las teorías de la argumentación jurídica desarrolladas en los últimos tiempos, Juan Antonio García Amado, y por más que a él se deban contribuciones notables en este campo. Sus críticas están dirigidas también, de manera genérica, a la «teoría estándar» de la argumentación jurídica, pero García Amado es consciente de que bajo ese rótulo pueden agruparse enfoques relativamente heterogéneos, de manera que sus objeciones apuntan sobre todo a la concepción de Robert Alexy a la que, por lo demás, atribuye un valor paradigmático. Básicamente, su crítica se refiere al carácter escasamente práctico de esas teorías:

Tomemos cualquiera de las doctrinas «estándar» de la argumentación jurídica e intentemos extraer de ellas herramientas prácticas para el análisis argumentativo de sentencias, sea en clave descriptiva o sea en clave normativa de modelos de racionalidad. En mi opinión, nos daremos de bruces con dos conclusiones bien sorprendentes. La primera, que apenas nos servirán esas doctrinas para tales propósitos de análisis de materiales *prácticos* [...]

La segunda de esas conclusiones es que casi todo lo que de útil se hizo en ese terreno de brindar instrumentos normativos para el análisis *práctico* se hizo sobre todo en los primeros tiempos o, incluso, entre los precursores de la teoría de la argumentación. Luego la teoría «estándar» se fue por otros derroteros (García Amado, 2010, 447).

Y lo que, según García Amado, habría producido esa pérdida de orientación es el «iusmoralismo» (el abandono del positivismo jurídico) de lo que Alexy constituiría un buen ejemplo:

Lo que, según mi hipótesis ha pasado es que muchos de los autores que se pueden integrar en esa teoría estándar, empezando por el propio Alexy, han acabado juntando en un mismo paquete su modelo de racionalidad argumentativa de la práctica jurídica decisoria y su idea de que existen pautas objetivas (objetivismo) y cognoscibles (cognitivismo) que, bajo la forma que sea (normas jurídicas positivas con especial carga moral, como principios y valores mencionados en las constituciones, o normas extrapositivas, no positivadas, que sin embargo también serían parte del Derecho), ofrecen un referente cierto y objetivo al juez [...].

Sea, pues, más radical la versión iusmoralista o menos, esa alianza de iusmoralismo y teoría de la argumentación desplaza decisivamente el foco. De los casos difíciles ya solo van a importar destacadamente los casos *moralmente* difíciles [...]

Las consecuencias de ese cambio de rumbo parecen claras: la teoría de la argumentación pierde buena parte de su utilidad para el juez corriente que lidia con casos que no son moralmente dramáticos o trágicos y que se las ve ante todo con dilemas de interpretación o prueba, entre otros problemas eminentemente prácticos y poco emocionantes cuando los valores que haya de por medio no se escriban con mayúscula.

[...] [L]o que en la teoría de la argumentación se busca es el respaldo definitivo para la unión de Derecho y moral: a la teoría de la argumentación se le pide que nos indique los modelos, las pautas y el método para la decisión... *justa*. Aquella tesis de Alexy sobre el razonamiento jurídico como *caso especial* del razonamiento práctico general alcanza toda su virtualidad y muestra sus consecuencias (García Amado, 2010, 447-448).

En fin, aunque sea de manera indirecta (en el contexto de una discusión a propósito del imperio de la ley y el constitucionalismo contemporáneo), Francisco Laporta también formula algunas objeciones al giro argumentativo en la teoría del Derecho no muy alejadas de los planteamientos de García Amado. El riesgo que ve Laporta en las teorías llamadas «constitucionalistas» es que, «si lo que nos interesa de la Constitución es su dimensión moral, no su dimensión jurídica», entonces «la función del juez es hacer efectivos esos enunciados morales, y como consecuencia de ello la aplicación del Derecho no aparece como un *caso especial* de razonamiento práctico con limitaciones propias que no puede traspasar, sino como un razonamiento práctico *tout court*, sin limitación alguna». (Atienza y Laporta, 2008, 49). Y ello supone, en su opinión, un serio riesgo, por estas dos razones. La primera es que Laporta no cree que los jueces (los españoles y, por extensión, los del mundo latino) estén preparados para llevar a cabo ese tipo de razonamiento:

Nuestros jueces son muy diestros en el conocimiento y aplicación del orden jurídico tal y como era visto por la anterior teoría del Derecho. Pero su razonamiento moral no pasa de ser vulgar. Basta comparar nuestros fallos con los de la Corte Suprema de los Estados Unidos para comprobarlo. O leer esos fallos nuestros en los que se procede a la famosa «ponderación». No hay allí ningún razonamiento moral de importancia, sino simplemente la expresión apodíctica de una preferencia por el «peso» de un valor sobre otro. Para hacer lo que ahora se dice que hay que hacer se necesitaría otra educación jurídica y otro método de selección de los jueces, pero, por lo que yo sé el nuevo «paradigma» no ha llegado a tanto como para afectar el nuevo proceso de elaboración de los planes de estudios o las coordenadas de la formación del personal judicial (Atienza y Laporta, 2008, 49).

Y el segundo, el riesgo que le parece más grave, es el de activismo judicial:

Con ser eso importante (el anterior «riesgo»), lo que más puede alarmar a un fiel seguidor del ideal del imperio de la ley, como yo lo soy, son dos cosas: una más bien estructural, y es que se rompe la ecuación a la que antes hacía referencia. Se pregona que la protección del ciudadano se incrementa mucho, pero al precio de que algunos poderes, y en particular el del juez, abandonen el sometimiento a las normas jurídicas, o se sometan a unas normas jurídicas tan abiertas y laxas que prácticamente resultan creadas por ellos. La segunda cosa es que se ha dejado a un lado demasiado contundentemente la idea de respeto a la ley como emanación de la voluntad general. La ley es más bien un producto de gentes sospechosas de parcialidad que se puede poner en cuestión mediante una argumentación como la mencionada [...] La ley ha de ser mirada como el producto de la voluntad general, y no debería procederse así como así a impedir su vigencia con una argumentación moral que muchas veces [...] no cumple con los requisitos mínimos de rigor que serían de desear. La aplicación del parámetro constitucional contra las leyes debería someterse a un ejercicio muy enérgico de «self-restraint» (p. 50).

En fin, Laporta señala también que el constitucionalismo postpositivista (otra manera de referirse a las concepciones argumentativas del Derecho) al poner tanto el acento en el territorio constitucional, estaría descuidando el territorio de la legalidad en el que se desarrolla fundamentalmente «la vida cotidiana del Derecho»: «Para mí, el derecho no es solo algo que surge ante nosotros en el momento de la controversia judicial, y menos en el momento de la controversia constitucional. El derecho es sobre todo ese cúmulo inmenso de conductas cotidianas tan sumamente repetitivas e inertes que ni siquiera somos conscientes de que las podemos realizar *porque* hay normas jurídicas en vigor» (p. 52). Pues bien, en ese territorio inmenso de la legalidad «ha de ponerse el acento más en una racionalidad basada en una interpretación más literalista de los enunciados y en una aplicación más deductiva del derecho, porque eso es lo que pide el espíritu mismo de la idea de imperio de la ley» (p. 55).

3. LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

¿Tienen razón esos autores en las críticas que dirigen a esta nueva orientación argumentativa en la teoría del Derecho? Bueno, yo creo que los peligros que señalan (al menos, muchos de ellos) son reales y deben tomarse muy en serio: hay un riesgo de banalizar los derechos si estos se ven simplemente como el resultado de un razonamiento basado en principios morales y se pierde de vista el papel esencial (garantista) de las reglas jurídicas; lo hay también en que el enfoque argumentativo cumpla un papel más bien ideológico: ofrecer una visión engañadora de la reali-

dad pero sumamente halagüeña para los de dentro, para el gremio de los juristas; por supuesto, esa teoría de la argumentación jurídica sirve de muy poco si se aleja de la práctica y no ofrece una guía útil a los juristas profesionales y, en general, a los operadores jurídicos; hay un riesgo en el activismo judicial, agravado cuando los jueces carecen además de una adecuada formación; etcétera. Es interesante observar que, a pesar de las diferencias teóricas que existen entre todos ellos, hay también muchos puntos en común: sin ir más lejos, yo diría que los cuatro comparten las preocupaciones a las que me acabo de referir. Y ninguno de esos autores pretende tampoco negar la importancia de un enfoque argumentativo del Derecho: lo que hacen es propugnar una visión alternativa a la que consideran dominante y/o enfatizar la necesidad de poner un límite a ciertos excesos a los que podría haber llevado ese giro argumentativo.

Vuelvo entonces, después de estas aclaraciones, a plantear la pregunta: ¿tienen razón en sus críticas? Ahora bien, la pregunta en cuestión no puede tener una respuesta clara mientras no se especifique suficientemente qué es eso a lo que estoy llamando, de manera más o menos indistinta, «enfoque argumentativo del Derecho», «teorías de la argumentación jurídica», etc. Pues bien pudiera ser que las críticas fueran certeras en relación con alguna de esas teorías o enfoques, pero que no pudieran generalizarse al conjunto de los autores a los que nuestros críticos parecen referirse. ¿Y cuáles son esos autores, los que habrían construido o seguido ese enfoque argumentativo?

Creo haber sido el primero en utilizar las expresiones «precursores» y «teoría estándar» (Atienza, 1991) para referirse, respectivamente, a los dos momentos de formación, en el siglo pasado, de lo que solemos llamar «teorías de la argumentación jurídica». El primero, en los años cincuenta, tuvo como protagonistas a autores como Viehweg, Perelman, Toulmin y, en el ámbito de lengua castellana, Recaséns Siches. Con lo de «teoría estándar» hacía alusión a una serie de trabajos aparecidos a finales de los años setenta y ponía el énfasis en dos libros, de Neil MacCormick y de Robert Alexy, del mismo año: 1978. Los precursores, como es bien sabido, defendieron que la lógica deductiva no estaba en condiciones de suministrar un método adecuado para el razonamiento con cuestiones jurídicas (en general, cuestiones prácticas) y, en su lugar, propusieron otros métodos alternativos: la tópica, la (nueva) retórica, la lógica operativa (lo que luego se llamaría lógica informal) o la lógica de lo razonable. Los dos principales representantes de la teoría estándar (y aquí cabría incluir también a autores como Aarnio, Peczenik o Wróblewski) defendieron una visión distinta de las cosas: no contrapusieron la lógica a la razón práctica, sino que propugnaron teorías integradoras que pudieran dar cuenta de esas dos dimensiones del razonamiento jurídico justificativo lo que, de alguna forma, resulta plasmado en la clási-

ca distinción (formulada por primera vez por Wróblewski [1971]) entre la justificación interna y la justificación externa de las decisiones jurídicas (no solo judiciales).

Pues bien, sin entrar en muchos detalles, yo diría que las críticas examinadas antes (mejor: parte de las mismas, o en cierto grado) sí que les son aplicables, aunque desde luego de manera desigual: hay bastantes diferencias entre unas y otras teorías. De hecho, en el capítulo de conclusiones de un libro dedicado al estudio de las teorías de la argumentación jurídica y que se publicó en la ya lejana fecha de 1991, escribía lo siguiente:

Una teoría de la argumentación jurídica debe evaluarse desde tres perspectivas distintas, esto es, considerando cuál sea el objeto, el método y la función de la misma. Dicho de otra manera, se trataría de ver qué es lo que explica la teoría en cuestión, cómo lo explica y para qué, esto es, qué finalidad instrumental o no, manifiesta o latente, cumple. Las teorías de la argumentación jurídica que se han examinado en los anteriores capítulos (dedicados a los precursores y a la teoría estándar) son deficitarias en esas tres dimensiones aunque, desde luego, no lo sean todas ellas en la misma medida. Si nos centramos en las dos últimas, esto es, en las de MacCormick y Alexy, podría decirse que las mismas resultan insuficientes, en cuanto que: descuidan o no tratan en absoluto aspectos muy importantes del razonamiento jurídico; no ofrecen un método que permita, por un lado, analizar adecuadamente los procesos de argumentación jurídica y, por otro lado, evaluar los resultados de los mismos; y tienen un interés limitado para el teórico y el práctico del Derecho, al tiempo que resultan insuficientemente críticas en relación con el Derecho positivo, considerado tanto estática como dinámicamente (Atienza, 1991, 236).

Y a continuación entraba en detalles, de los que aquí prescindo, sobre todas esas críticas.

Ahora bien, las cosas, como es lógico, han cambiado bastante desde esa fecha: hace prácticamente un cuarto de siglo. Por ejemplo, la argumentación en materia de hechos es un campo que, en los últimos años, ha conocido un desarrollo considerable, de manera que ha dejado de ser una laguna de ese enfoque. La teoría de las razones para la acción y las obras de Dworkin o de Nino (que no formaban parte de la teoría estándar, al menos como yo la entendía) han contribuido de manera notable al desarrollo de ese giro argumentativo. También ha sido importante el interés por el estudio de las falacias y el desarrollo de la lógica informal (que tuvo un precedente notabilísimo en la obra del uruguayo Vaz Ferreira, en las primeras décadas del siglo XX [Vaz Ferreira, 1962²]). Y, por

2. Vaz Ferreira fue, en realidad, «el precursor de los precursores» de las teorías de la argumentación jurídica del siglo XX. El año de su muerte, 1958, coincide con el de la

lo demás, también habría algunos cambios de cierto relieve que anotar en relación con la obra de quienes representan de manera prototípica esa teoría estándar. Alexy, por ejemplo, consideró luego (Alexy, 2001) que su teoría de la argumentación jurídica (formulada por él muy tempranamente: el libro *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* [Alexy, 1989] era su tesis de doctorado) no necesita ser, en sentido estricto, modificada, pero sí enriquecida en varios aspectos: la teoría presupone un concepto no positivista del Derecho que, sin embargo, no quedaba desarrollado; y, en cuanto a la estructura de los argumentos, habría que añadir el razonamiento no-monotónico (aunque eso no cambie la estructura básica de la deducción) y, sobre todo, el razonamiento ponderativo que sería el característico de los principios (frente a la subsunción como argumentación en relación con reglas). Y, en sus últimos escritos, MacCormick (2005; *vid.* Atienza, 2016) mostró un alejamiento del positivismo jurídico (el positivismo de tipo hartiano, que constituía la base teórica de su obra de 1978: *Legal Theory and Legal Reasoning*) y un acercamiento hacia posiciones (postpositivistas) como la de Dworkin o la del propio Alexy.

¿Significa esto, entonces, que las críticas de los escépticos no son ya aplicables a la teoría de la argumentación jurídica de nuestros días, a lo que podríamos llamar «teoría estándar desarrollada»? No exactamente. O, mejor dicho, las teorías de la argumentación jurídica hoy existentes son seguramente menos homogéneas de lo que los críticos parecen pensar. Presentan algunos rasgos comunes, pero difieren también entre sí en aspectos que no son insignificantes. De manera que, me parece, podría seguir diciéndose lo mismo que antes: las críticas puede que sean certeras en relación con algunas de esas teorías y, sin embargo, resultar desenfocadas (o, al menos, no aplicables) en relación con otras. Conviene además tener en cuenta que cuando se habla de teorías de la argumentación jurídica o de enfoque argumentativo del Derecho, se suele hacer referencia a planteamientos que se mueven en niveles distintos: más o menos abstractos y más o menos técnicos. Trataré de explicar lo que quiero decir con ello a partir de lo que ha sido mi propia experiencia como teórico del Derecho que ha asumido conscientemente (y creo que también críticamente) ese giro argumentativo.

En primer lugar, me parece importante resaltar que esos cambios teóricos de los que estamos hablando se han producido, al menos en buena medida, como consecuencia de cambios sobrevenidos en nuestros sistemas jurídicos. Esta, sin embargo, no es una tesis aceptada por

todos. Laporta, un autor muy contrario a la idea de que necesitamos algo así como un «nuevo paradigma» en la teoría del Derecho, la niega de manera particularmente enfática:

[N]o es la aparición de la Constitución lo que cambia la teoría, sino que es la teoría lo que cambia la manera de ver la Constitución. Ahora me parece ver claro que lo que ha sucedido es que en las últimas décadas del pasado siglo se ha desarrollado una teoría del derecho mucho más compleja que la anterior (que la kelseniana, para entendernos) que nos fuerza a reflexionar sobre la Constitución —la misma Constitución en muchos casos!— desde una perspectiva antes inédita. Por eso, cuando afirmas que es la Constitución la que nos obliga a crear una teoría nueva y a poner en primer plano la teoría de la argumentación, me siento realmente en desacuerdo ¡¡No!! Es al revés. Es la teoría de la argumentación, el estudio minucioso del razonamiento práctico y el gran desarrollo del análisis del lenguaje y los tipos de enunciados normativos lo que se proyecta sobre las constituciones, las de hace doscientos años, las del siglo XIX, las de los años cuarenta y las de ahora, y nos las presenta de otra manera (Atienza y Laporta, 2008, 53).

Pero yo no creo que tenga razón al pensar de esa manera. No creo, desde luego, que las cosas hayan sido así en relación con las constituciones de nuestros países. Y, en todo caso, cualquiera que haya sido la causa, lo que parece claro es que en nuestros Derechos se ha producido un fenómeno de constitucionalización de los mismos que, como por lo demás reconoce Laporta, ha vuelto obsoletas las teorías clásicas del positivismo jurídico. Para decirlo con Luis Prieto (2000): el positivismo jurídico es una teoría del Derecho sin teoría de la argumentación, y esa carencia resulta particularmente grave en la época del constitucionalismo. Por lo demás, otra de las grandes transformaciones de los últimos tiempos, la globalización jurídica, conspira también en contra del positivismo jurídico, entre otras cosas porque el Derecho no puede identificarse ya con el Derecho del Estado y el Derecho de los Estados (el Derecho internacional público en sentido clásico); hoy en día hay muchas instancias infra- y supraestatales de producción del Derecho. Todo lo cual lleva a debilitar, o a oscurecer, la distinción entre el Derecho y el no Derecho y, por tanto, a que el razonamiento jurídico no pueda verse en términos insulares, como un fenómeno nítidamente separado de la argumentación política, económica, moral.

En mi opinión, los cambios que han tenido lugar en la sociedad y en el Derecho, más o menos desde mediados de la década de los setenta del siglo pasado, es lo que explica que, desde entonces, las grandes concepciones características del siglo XX —el formalismo, el positivismo normativista, el realismo, el iusnaturalismo y las teorías críticas del Derecho— hayan entrado en una crisis que a mí me parece definitiva,

en cuanto ninguna de esas maneras de entender el Derecho —ni tampoco alguna modificación de las mismas— puede considerarse como satisfactoria para nuestra época. Hace tiempo (Atienza, 2001 y 2006) traté de identificar cuáles eran los cambios que estaban teniendo lugar y que, a mi juicio, permitían hablar de una nueva concepción (si se quiere, un nuevo paradigma) que entonces consideraba «*in statu nascendi*». Eran los siguientes:

- 1) La importancia otorgada a los principios como ingrediente necesario —además de las reglas— para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico.
- 2) La tendencia a considerar las normas —reglas y principios— no tanto desde la perspectiva de su estructura lógica, cuanto a partir del papel que juegan en el razonamiento práctico.
- 3) La idea de que el Derecho es una realidad dinámica y que consiste no tanto —o no tan solo— en una serie de normas o de enunciados de diverso tipo, cuanto —o también— en una práctica social compleja que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etc.
- 4) Ligado a lo anterior, la importancia que se concede a la interpretación que es vista, más que como resultado, como un proceso racional y conformador del Derecho.
- 5) El debilitamiento de la distinción entre lenguaje descriptivo y prescriptivo y, conectado con ello, la reivindicación del carácter práctico de la teoría y de la ciencia del Derecho, las cuales no pueden reducirse ya a discursos meramente descriptivos.
- 6) El entendimiento de la validez en términos sustantivos y no meramente formales: para ser válida, una norma debe respetar los principios y derechos establecidos en la Constitución.
- 7) La idea de que la jurisdicción no puede verse en términos simplemente legalistas —de sujeción del juez a la ley—, pues la ley debe ser interpretada de acuerdo con los principios constitucionales.
- 8) La tesis de 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.
- 9) La tendencia a una integración entre las diversas esferas de la razón práctica: el Derecho, la moral y la política.
- 10) Como consecuencia de lo anterior, la idea de que la razón jurídica no es solo razón instrumental, sino razón práctica (no solo sobre medios, sino también sobre fines); la actividad del jurista no está guiada —o no está guiada exclusivamente— por el éxito, sino por la idea de corrección, por la pretensión de justicia.
- 11) La difuminación de las fronteras entre el Derecho y el no Derecho y, con ello, la defensa de algún tipo de pluralismo jurídico.
- 12) La importancia puesta en la necesidad de tratar de justificar racionalmente las decisiones —y, por tanto, en el razonamiento jurídico— como característica esencial de una sociedad democrática.
- 13) Ligado a lo anterior, la convicción de que existen criterios objetivos (como el principio de universalidad o el de coherencia o integridad) que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación

de las decisiones, aunque no se acepte la tesis de que existe una respuesta correcta para cada caso. 14) La consideración de que el Derecho no es solo un instrumento para lograr objetivos sociales, sino que incorpora valores morales y que esos valores no pertenecen simplemente a una determinada moral social, sino a una moral racionalmente fundamentada, lo que lleva también en cierto modo a relativizar la distinción entre moral positiva y moral crítica (Atienza, 2006, 55-56).

Pues bien, yo creo que todas esas tesis deberían estar en el trasfondo de una teoría de la argumentación jurídica que pueda servir para nuestra época (para la del Derecho del Estado constitucional), pero me parece que conviene añadir otros tres elementos que, de alguna forma, estaban ya implícitos en lo anterior. El primero es el pragmatismo filosófico, entendida la expresión en un sentido muy amplio (más afín al del pragmatismo clásico que al del neopragmatismo contemporáneo de Rorty y otros autores que han seguido su línea), que supone fundamentalmente la idea de la primacía de la práctica. El segundo elemento es el objetivismo ético, en un sentido también muy básico (si se quiere, un objetivismo ético mínimo) que implica la tesis de que cabe discutir racionalmente sobre fines morales últimos: los valores no son simplemente preferencias individuales o colectivas. Y el tercero, la idea de que el Derecho contiene tanto un elemento autoritativo como uno valorativo, de que no es solo un fenómeno de autoridad, sino también una práctica con la que se trata de lograr ciertos fines y valores; la existencia de estos dos componentes explica también que el Derecho sea un fenómeno ambiguo, lo que no significa afirmar la tesis de su indeterminación radical, sino simplemente la de que pueden producirse desajustes entre ambos elementos: las normas establecidas autoritativamente puede que no estén orientadas hacia los fines y valores constitucionales. Todo ello constituye, en mi opinión, el primer paso para la construcción de una teoría argumentativa del Derecho. Pero no es todavía la teoría como tal, sino el presupuesto para la misma.

Para construirla es necesario dar un segundo paso, un paso que podría llamarse técnico. O sea, una vez establecido que el Derecho puede verse en buena medida como una práctica consistente en tomar decisiones y en dar razones —argumentos— a favor de las mismas (o a favor de otras posibles decisiones), se necesita articular una serie de conceptos y de distinciones que permita dar cuenta de esa dimensión argumentativa. Para ello, en mi opinión, conviene distinguir todavía entre una parte general y una parte especial, de manera más o menos análoga a lo que ocurre en el ámbito de cada una de las disciplinas «dogmáticas» que versan sobre el Derecho: sobre un determinado segmento del mismo.

La parte general está destinada a esclarecer la noción de argumentación. Para ello arranco de una distinción —que ha tenido cierta for-

tuna en la filosofía práctica de los últimos tiempos— entre *concepto* y *concepciones*. O sea, habría un concepto (muy abstracto) común de argumentación, conformado por todos los rasgos que se hallan presentes siempre que tiene sentido decir que existe una argumentación (ya se trate de la noción manejada por los lógicos, los psicólogos, los lingüistas, los juristas o la gente común y corriente); y ese concepto, a su vez, permite diversas concepciones, diversas interpretaciones. Así, los razonamientos son siempre relativos a un lenguaje; presuponen algún problema, alguna cuestión para la cual el razonamiento sirve como respuesta; pueden verse como una actividad (la actividad de razonar) o como el resultado de la misma; y permiten ser evaluados según diversos criterios. Pero esos mismos elementos pueden interpretarse de maneras distintas, lo que permite hablar de diversas concepciones o diversos enfoques del razonamiento: formal, material o pragmático (retórico o dialéctico). Lo peculiar, si se quiere, del razonamiento jurídico es que en el mismo (como ocurre con otras «empresas racionales» —para emplear la expresión de Toulmin—) deben considerarse las tres perspectivas, aunque alguna de ellas pueda ser predominante, según el campo del Derecho, la institución jurídica o el tipo de operador (jueces, abogados, etc.) que se tome en consideración.

Desde una perspectiva formal, el razonamiento viene a ser un conjunto de enunciados sin interpretar (en el sentido de que se hace abstracción del contenido de verdad o de corrección de los mismos); responde al problema de si a partir de enunciados —premisas— de tal forma se puede pasar a otro —conclusión— de otra determinada forma; privilegia la argumentación vista como un resultado; y los criterios de corrección vienen dados por las reglas de inferencia. Lo que suministra esa perspectiva, en definitiva, son esquemas o formas (de carácter deductivo o no) de los argumentos. Tres formas características del razonamiento judicial son la subsunción, la adecuación (argumentos medios-fines) y la ponderación según, respectivamente, que la premisa de la que se parta sea una regla de acción, una regla de fin o un principio. Además, dentro de esas formas generales de razonamiento, se utilizan otros esquemas que a veces tienen una clara estructura lógica (el argumento *a pari*, *a contrario*, *a fortiori*, por reducción al absurdo, etc.) y otras veces no (argumento de la coherencia, psicológico, histórico, teleológico, económico, de autoridad, sistemático, etc.). Y si, además de argumentos interpretativos, nos interesaran los que entran en juego cuando se trata de discutir si un determinado hecho ha tenido lugar o no, entonces las formas características de razonamientos jurídicos son las basadas en relaciones de causalidad.

Desde una perspectiva material, lo esencial del razonamiento no es la forma de los enunciados, sino aquello que hace a los mismos verda-

deros o correctos; un razonamiento responde al problema de en qué se debe creer o qué se debe hacer y se resuelve, por lo tanto, esencialmente, en una teoría de las premisas: de las razones para creer en algo o para realizar o tener la intención de realizar alguna acción; los criterios de corrección no pueden, por ello, tener un carácter puramente formal: lo esencial consiste en determinar, por ejemplo, en qué condiciones tal tipo de razón prevalece sobre tal otro. Hay, como es obvio, diversas formas de clasificar las razones. Por supuesto, hay razones teóricas (para creer en algo) y razones prácticas (razones para actuar) que se combinan entre sí de diversas formas. Pero además puede hablarse de razones de primer nivel, de segundo nivel, etc. Desde el punto de vista de su fuerza o peso, algunas tienen un carácter perentorio (las reglas jurídicas) y otras son no perentorias (los principios). La fuerza de las razones puede fijarse en abstracto o bien consideradas todas las circunstancias. Puede haber razones definitivas o concluyentes (prevalecen sobre las otras dadas las circunstancias) o absolutas (prevalecen en todas las circunstancias). Y la fuerza es algo distinto del alcance de las razones: los principios, por ejemplo, tienen menos fuerza que las reglas, pero su alcance es mayor. Además, hay razones justificativas de tres tipos fundamentales (Summers, 1978): independientes del contenido (autoritativas o formales); dependientes del contenido (razones materiales o sustantivas) que, a su vez, pueden útilmente subdistinguirse en razones de corrección y razones de fin; y razones institucionales.

Finalmente, la perspectiva pragmática considera el razonamiento como un tipo de actividad (como la realización de una serie de actos de lenguaje) dirigida a lograr la persuasión de un auditorio (retórica) o a interactuar con otro u otros para llegar a algún acuerdo respecto a cualquier problema teórico o práctico (dialéctica); los criterios de evaluación de los razonamientos retóricos apelan fundamentalmente a la eficacia del discurso (a su capacidad para persuadir), mientras que el razonamiento dialéctico debe seguir ciertas reglas de procedimiento, como las que rigen el desarrollo de un juicio o las reglas de la discusión racional. La importancia de los componentes retóricos y dialécticos en el razonamiento jurídico es indudable y en ocasiones no es fácil separar unos de otros. Los modelos dialécticos son útiles (indispensables) para construir sistemas expertos que facilitan cómo puede argumentarse a favor de una determinada tesis, a qué objeciones tendría que hacer frente, etc.; pero en las sentencias judiciales los elementos dialécticos (la discusión en el interior del tribunal) quedan más o menos borrados. Y aunque la argumentación jurídica no tenga como única finalidad la de persuadir (para un juez, justificar la decisión ha de ser más importante que persuadir), los (clásicos) esquemas retóricos (basados en distinguir ciertas partes del discurso o de la actividad retórica: *inventio*, *dispositio*,

elocutio, *memoria* y *actio*) siguen siendo fundamentales para la construcción de los diversos discursos jurídicos de carácter argumentativo: demandas, sentencias, dictámenes...

Pues bien, a partir de aquí, de lo que se trata, en la parte especial, es de contestar a estas tres preguntas, que juegan un papel esencial en la práctica del Derecho: cómo analizar una argumentación jurídica, cómo evaluarla, cómo argumentar. Y las respuestas que yo propongo, expresado de manera muy sintética, vienen a ser las siguientes.

En relación con la primera, expongo un método para la representación de los argumentos que consiste en el uso de diagramas de flechas para dar cuenta tanto de la estructura como del flujo de la argumentación, de los diversos actos de lenguaje que se llevan a cabo al argumentar y de las razones involucradas en ello. Y presento una clasificación de cuestiones controvertidas o casos difíciles en ocho categorías: procesales, de prueba, de calificación, de aplicabilidad, de validez, de interpretación, de discrecionalidad y de ponderación.

A propósito de la evaluación de los argumentos, examino la cuestión de si existe o no una única respuesta correcta a los problemas jurídicos, dando una respuesta diferenciada según cuál sea la instancia jurídica a la que se refiera la pregunta: la tesis de la única respuesta correcta es básicamente adecuada en relación con la argumentación judicial de carácter justificativo, pero, naturalmente, no puede sostenerse en relación con la argumentación legislativa o de los abogados. Y presento los criterios que avalan la objetividad del razonamiento jurídico: universalidad, coherencia, adecuación de las consecuencias, moral social, moral justificada y razonabilidad.

Finalmente, la contestación a la pregunta de cómo argumentar pasa fundamentalmente por la distinción de una serie de etapas que pueden establecerse en el proceso de resolución argumentativa de un problema jurídico: identificación y análisis del problema; propuesta de una solución; comprobación y revisión; redacción de un texto (en donde, a su vez, cabe distinguir entre la organización —en partes— del discurso y su expresión).

4. UNA DEFENSA DEL ENFOQUE ARGUMENTATIVO DEL DERECHO³

Bueno, si las críticas de los escépticos a las que antes hacía referencia se ponen en relación con el tipo de teoría argumentativa del Derecho que

3. En el número 20 de la revista *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico* (diciembre de 2006) se publica un debate, dirigido por Marina Gascón: «¿Para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica?», en el que hago un planteamiento semejante al que aparece en este apartado. Mis interlocutores fueron, en este caso, Luigi Ferrajoli, Juan

acabo de presentar de manera muy sintética, yo diría que las mismas no son realmente de aplicación. En otros lugares me he referido a ello de manera detallada, pero ahora me contentaré con hacer algunas observaciones casi telegráficas.

La crítica de Ferrajoli no es aplicable, simplemente porque la (o el boceto de) teoría que he expuesto no supone en absoluto la reducción de las reglas a principios, y de estos últimos a principios morales. La crítica podría servir para autores a los que, en un sentido quizás apropiado de la expresión, podríamos llamar «neoconstitucionalistas» (*vid. cap. V*). Pero esa no es, en absoluto, la postura que yo defiendo. El postpositivismo no es una teoría neoconstitucionalista del Derecho, como no es tampoco una nueva forma del Derecho natural.

Ahora bien, el manejo argumentativo del Derecho, y la argumentación justificativa en materia de derechos, presupone una teoría suficientemente articulada de los enunciados jurídicos, en la que jueguen su papel tanto las reglas como los principios, pero también consideraciones de tipo moral. La argumentación jurídica no es, sin más, argumentación moral, pero contiene un fragmento moral y presupone una teoría ética objetivista: un objetivismo mínimo, por emplear una expresión que me es grata. El empeño positivista de Ferrajoli, su obsesión por mantener la tesis de la distinción radical (desde el punto de vista metodológico) entre el Derecho y la moral, le impide, yo creo, dar cuenta de ese aspecto muy importante de nuestras prácticas jurídicas. Para él, el manejo de los problemas jurídicos no parece exigir nunca recurrir a la teoría ética, a la argumentación moral, y este —yo creo— es un serio error.

Las concepciones realistas de la argumentación, como la de Haba, tienen su punto. Es cierto que necesitamos fortalecer las teorías de la argumentación jurídica existentes inyectándoles conocimiento proveniente de las ciencias sociales; si se quiere: fortalecer el elemento descriptivo y explicativo de la teoría. Probablemente, la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación (una distinción proveniente de la filosofía de la ciencia, pero que, como es sabido, se trasladó enseguida al ámbito de la argumentación jurídica) haya jugado en esto un papel negativo, en cuanto los estudios argumentativos llevados a cabo por los filósofos del Derecho (la «teoría estándar») se situaron exclusivamente en el plano de la justificación. Y, como ya he dicho, hay un riesgo de uso ideológico de la teoría (de idealización de la práctica argumentativa) que no cabe olvidar. Pero los remedios para co-

Antonio García Amado y Alfonso Figueroa. Este último defendía, como yo, una aproximación argumentativa al Derecho (Ferrajoli y García Amado jugarían más bien el papel de críticos con respecto al «argumentativismo»), pero sus argumentos son muy distintos (y en algún caso, antitéticos) con respecto a los míos.

regir una y otra deficiencia no me parece que puedan venir de concepciones como la de Haba.

En relación con lo primero, porque si se prescinde (como él hace) del elemento normativo de la teoría, entonces la misma, simplemente, se banaliza. O sea, o no hay criterios de corrección, de manera que (por ejemplo, frente a un problema interpretativo) habría que decir que a cualquier expresión jurídica cabría atribuirle cualquier significado (esta es la crítica que le dirige García Amado [2014a]). O bien (y esta parece ser realmente la propuesta de Haba), a lo que lleva ese realismo es a considerar como «aceptable» cualquier interpretación de un texto que refleje un uso efectivo; eso sí, mediante «pruebas de carácter práctico-empírico». Pero es bastante obvio que este último criterio sirve de muy poco cuando estamos ante casos realmente controvertidos. A no ser que uno acuda al criterio (me temo que bastante afín al de Haba) de un «realista» como Carl Schmitt: «Una decisión judicial es correcta si se puede esperar que otro juez hubiera decidido del mismo modo. Por 'otro juez' se entiende aquí el tipo empírico de jurista moderno» (Schmitt, 2012, 99). Que, obviamente, supone una concepción puramente conservadora que recuerda el *dictum* de Hegel: todo lo real es racional.

Y sobre los riesgos de deformación ideológica, me parece que a los realistas radicales como Haba se les presenta un problema similar: el riesgo de confundir la realidad con el ideal tiene sentido para quien piensa que es posible construir, racionalmente, ese modelo ideal; la deformación ideológica del conocimiento presupone la noción de conocimiento correcto, verdadero.

Por lo demás, yo creo haber sido siempre muy consciente de esas insuficiencias que se pueden atribuir a la teoría estándar. Y he tratado, por ello, de construir un tipo de teoría que, aunque acepte muchos componentes elaborados por esa teoría estándar, se aparta de la misma en diversos extremos para evitar precisamente esas consecuencias indeseables. Para comprobar si realmente lo he logrado o no, habría que entrar en un análisis detallado que aquí no es posible. Pero sí quiero señalar una crítica a la teoría del Derecho de Alexy, que se vincula estrechamente con lo anterior. En mi opinión (Atienza, 1991, 2006, 2013 y 2017), la tesis de que la argumentación jurídica, en todas sus instancias, es un caso especial del discurso práctico racional (a la que tantos iusteóricos se han adherido) es equivocada e incurre claramente en ese defecto de idealización y de falta de realismo: puede servir, aproximadamente, en relación con la argumentación justificativa de los jueces y de la dogmática, pero no en relación con muchos otros contextos en los que se argumenta en el Derecho (la argumentación de los abogados, la argumentación legislativa, etcétera).

Y me parece que algo muy parecido a esto último habría que decir de la crítica de García Amado. Es cierto que una teoría de la argumentación jurídica que no sirva de guía para la práctica de los razonamientos que efectivamente llevan a cabo los juristas carece en buena medida de interés. También lo es que las elaboradas por Alexy o por MacCormick son un tanto deficitarias en este aspecto (aunque —me parece— no más que las de los «precursores», si se deja a un lado a Toulmin —que no era jurista—). Y me parece también que la enseñanza de la argumentación jurídica no puede limitarse —como probablemente ocurre con mucha frecuencia— al estudio de las teorías: de esas o de otras. Pero, precisamente, lo que he tratado de presentar, en mi *Curso de argumentación jurídica* (Atienza, 2013), es una propuesta que va enteramente en la línea apuntada (críticamente: como carencia) por García Amado. También aquí me limito a indicar que una parte considerable (quizás la mayor desde el punto de vista cuantitativo) del libro está dedicada al análisis y la evaluación de argumentaciones reales, producidas en contextos (diversos contextos) jurídicos.

Finalmente, el defecto de formación argumentativa de los jueces españoles (que podría extenderse a los operadores del mundo latino) que detecta Laporta es un serio problema. Pero no me parece que la forma de combatirlo haya de consistir en procurar que ellos solamente lleven a cabo sencillas operaciones de subsunción. Entre otras cosas, porque eso no sería nada realista. Porque —como antes decía— es la realidad, los cambios que han tenido lugar en nuestras sociedades y en nuestros Derechos, lo que lleva a los jueces a considerar como excesivamente limitado el modelo puramente deductivo de razonamiento. En esto al menos no creo que se equivoquen.

Y en cuanto al activismo judicial, me parece que lo que habría que decir es también muy semejante. Los riesgos del activismo no se combaten, yo creo, animando a los jueces a volver al (o a permanecer dentro del) paradigma formalista, legalista. Si algo necesita la cultura jurídica de nuestros países, a mi juicio, es un esfuerzo por construir una cultura no formalista (por no decir, antiformalista) que no incurra tampoco en el vicio opuesto, el del activismo. Y, de nuevo, podría poner muchos ejemplos de materiales contenidos en mi *Curso* dirigidos a mostrar la necesidad de evitar esos dos escollos que, efectivamente, son una amenaza (quizás, las principales amenazas) para la navegación jurídica. Uno de esos materiales, por cierto, tomado del importante libro de Laporta sobre el imperio de la ley (Laporta, 2007), que yo creo deberíamos leer en el sentido de que la letra de la ley marca un límite a la empresa de interpretar en el Derecho, pero no le señala (o no siempre) su horizonte: hacia dónde debe dirigirse esa actividad. Pues el Estado de Derecho no supone solo el respeto al imperio de la ley y a la división de poderes,

sino también la defensa y promoción de los derechos fundamentales y la prohibición de arbitrariedad.

Todo lo anterior no supone, por supuesto, que yo crea que contamos ya con teorías de la argumentación jurídica completamente desarrolladas. Hay aún bastante trabajo teórico por hacer, al que, en parte, ya he aludido. Faltan investigaciones de carácter empírico, hay áreas enteras de la actividad jurídica a las que prácticamente no ha llegado el análisis argumentativo (por ejemplo, la de los órganos administrativos), tampoco hay mucho (al menos, en el mundo latino) sobre argumentación jurídica y sistemas expertos, falta por aclarar bien las bases teóricas de una aproximación argumentativa al Derecho, la conexión con teorías éticas objetivistas como el constructivismo, los propios límites del enfoque argumentativo...

Pero, en mi opinión, la tarea más urgente y que podría rendir los mayores frutos sería la de lograr trasladar a la práctica jurídica, a la cultura jurídica ampliamente entendida, el cuerpo de conocimientos (conceptos, distinciones, esquemas de análisis, etc.) que se han ido consolidando durante las últimas décadas. Recorro de nuevo a mi *Curso*, en el que me he esforzado no por ser original, sino por mostrar el rendimiento argumentativo de tantísimas contribuciones de la teoría del Derecho de las últimas décadas, que se vuelven *operativas* cuando se las pone en conexión con esa visión del Derecho. Sigue, por supuesto, habiendo muchas cuestiones abiertas, polémicas, pero yo creo que hay también un fondo teórico (de teoría analítica, normativa y, en cierto modo, descriptiva —en el sentido de descripción de ciertas prácticas argumentativas—) que goza de una amplia aceptación, pero que, hoy por hoy, es más bien patrimonio exclusivo de los filósofos del Derecho... que no habitan, sin embargo, en las tierras que la teoría podría fertilizar. Hay, por ello, una necesidad de convencer al jurista que elabora la dogmática jurídica y al jurista práctico de que tiene a su disposición una serie de instrumentos que (naturalmente, unidos a otras cosas: al conocimiento de una rama del Derecho o al funcionamiento de un aspecto de la actividad jurídica) podrían permitirle mejorar esa práctica y las instituciones sociales con ella ligadas.

De todas formas, no hay que olvidarlo nunca, el aspecto argumentativo del Derecho, a pesar de toda su importancia, no es más que una de las dimensiones del Derecho, si se quiere, la dimensión metodológica. Y existe, por ello, un riesgo de deformación ideológica que consiste en reducir toda la vida del Derecho a actividad argumentativa y en convertir la filosofía del Derecho en teoría de la argumentación jurídica. Pero las cosas no son así; el «giro argumentativo» en la teoría del Derecho contemporánea no podemos interpretarlo de esa manera. Y no solo porque existan también otros componentes de la realidad jurídica

que no tienen carácter argumentativo: el elemento burocrático y coactivo ligado a la organización externa de la sociedad. Sino también porque la dimensión metodológica (argumentativa) del Derecho tiene que estar conectada con la dimensión sustantiva del Derecho. La mejora de las prácticas jurídicas y de las instituciones sociales solo puede tener el sentido de contribuir a satisfacer los derechos fundamentales de la gente, de manera que, a fin de cuentas, los dos grandes cambios en la cultura jurídica a los que me referí al comienzo de este capítulo terminan por fusionarse.

El «giro argumentativo» tiene que significar también un giro de carácter moral y político; y todo ello debería tener un reflejo en la enseñanza del Derecho. La formación de un jurista no puede reducirse al conocimiento de los materiales en bruto del sistema (de las normas válidas), y no basta tampoco con añadir a ello el conocimiento técnico (en buena medida argumentativo) requerido para manejar adecuadamente esos materiales y resolver los problemas que se le plantean a un abogado, a un juez, etc. Se requiere, además, contar con una formación de filosofía moral y política, que aclare qué es lo que un jurista debe considerar como una solución adecuada de esos problemas, o sea, cuáles son los fines del Derecho y de las profesiones jurídicas. Necesitamos, pues, juristas argumentativos, pero entendida la expresión en el sentido de juristas capaces de argumentar con solvencia para hacer valer los derechos fundamentales en el contexto del Estado constitucional. No hay, no puede haber, ninguna otra forma de entender lo que significa el giro argumentativo en la edad de los derechos.

NI POSITIVISMO JURÍDICO NI NEOCONSTITUCIONALISMO: UNA DEFENSA DEL CONSTITUCIONALISMO POSTPOSITIVISTA

1. EL NEOCONSTITUCIONALISMO: ¿SABE ALGUIEN QUÉ ES?

Si alguien me preguntara hoy qué es eso del neoconstitucionalismo, creo que le contestaría lo mismo o algo muy semejante a lo que aparece en el *Diccionario de los lugares comunes* de Flaubert, en relación con el Derecho: «No se sabe qué es». No estoy diciendo que yo no lo sepa, sino que no se sabe, que no se puede saber. Pero si lo que se me preguntara fuera si yo soy o no un neoconstitucionalista, mi respuesta inequívoca, incluso enfática, sería que no. Tampoco, por cierto, me considero un iuspositivista (de ninguno de los diversos tipos ahora existentes), aunque sí creo saber qué significa centralmente ser un autor iuspositivista. Veamos si soy capaz de explicar lo que en principio tiene todo el aire de una paradoja.

El término «neoconstitucionalismo» o «neoconstitucionalista» ha adquirido, como todo el mundo sabe, un gran predicamento en la teoría del Derecho de los países latinos —europeos y americanos— en los últimos años. Pero no parecen existir expresiones equivalentes en otros ámbitos culturales; o, si existen, tienen un significado muy diferente. La procedencia de la expresión parece estar en la escuela genovesa, en varios representantes de la misma (Susana Pozzolo, Paolo Comanducci y Mauro Barberis), que la introdujeron con un propósito manifiestamente crítico y descalificador: para referirse a una concepción del Derecho contraria al positivismo jurídico que ellos profesaban y profesan: digamos, al iuspositivismo metodológico o conceptual (la connotación de iuspositivismo realista podemos dejarla aquí de lado). Probablemente ese origen polémico tenga que ver con el uso tan confuso al que la expresión ha dado lugar.

La confusión se debe, en principio, a una serie de ambigüedades que arrastra el término, más o menos obvias, pero de las que no siempre es

consciente quien lo utiliza. Es evidente, por ejemplo, que a veces se habla de «neoconstitucionalismo» para referirse a un determinado fenómeno (ciertos cambios que han tenido lugar en los sistemas jurídicos en los últimos tiempos: la existencia de constituciones con ciertas características y que desempeñan un papel especialmente relevante en el conjunto del ordenamiento jurídico), pero otras veces (y en ocasiones al mismo tiempo) a la conceptualización de ese fenómeno: el neoconstitucionalismo como teoría del Derecho. Que el neoconstitucionalismo puede entenderse, esencialmente, como una doctrina (o un fenómeno) político, aunque también cabe poner el acento en su dimensión jurídica. O que a veces se usa el término para referirse a teorías o fenómenos que conciernen exclusivamente al Derecho constitucional (la interpretación de la Constitución, por ejemplo), mientras que en otras ocasiones el universo del discurso es el ordenamiento jurídico en su conjunto. Y por si esto fuera poco (o, si se quiere, como consecuencia de todos esos sentidos amontonados), el prefijo «neo» viene todavía a aumentar la confusión: pues en algunos de los anteriores significados puede comprenderse que se use esa expresión, «neoconstitucionalismo», pero la misma resulta desconcertante si a lo que queremos referirnos es a una teoría —a una concepción— general del Derecho: simplemente porque no ha habido ninguna anterior que pudiera llamarse (que se haya llamado) «constitucionalista». De manera que el «neo», simplemente, está de más, y uno está tentado a pensar que el éxito que ha conocido pudiera deberse a razones semejantes a las que hacen que se prefiera hablar de «influnciar» en lugar de «influir», de «concretizar» en lugar de «concretar», de «aperturar» en lugar de «abrir» o de «direccionar» en lugar de «dirigir». O sea, una corrupción de la lengua basada en la falsa impresión de que alargar una palabra es una forma de agregarle sofisticación, profundidad, a su significado.

Demos entonces un paso más y centrémonos en el que podría considerarse como significado principal de la expresión, al menos cuando quienes hacen uso de la misma son filósofos del Derecho: el (neo)constitucionalismo como concepción o teoría general del Derecho. De hecho, el artículo que suele considerarse como el primero en introducir la expresión es uno de Susana Pozzolo, de 1998: «Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional». Pues bien, en el mismo, la noción de «neoconstitucionalismo» dista, en mi opinión, de estar clara. Lo caracteriza en términos de alternativa: principios frente a normas (reglas), ponderación frente a subsunción, Constitución frente a independencia del legislador, y jueces frente a libertad del legislador. Los neoconstitucionalistas serían entonces aquellos autores que subrayan la prevalencia del primero de los términos en cada una de esas oposiciones. Pero esto, sin duda, es muy poco claro, y cuando Pozzolo

lo especifica, yo creo que se aparta significativamente de lo que defienden los autores que ella incluye bajo ese rótulo: Dworkin, Alexy, Zagrebelsky y «solo en parte» Nino (Pozzolo, 1998, 339). Así, no me parece que sea cierto que ellos animen a los jueces a recurrir en la mayor medida posible a los principios, ni que planteen la ponderación como un procedimiento casuístico, que prescindan como criterio interpretativo de la deferencia al legislador o que promuevan que los jueces lleven a cabo una «interpretación moral del caso», puesto que «ahora el juez debe interpretar el Derecho a la luz de las exigencias de justicia vehiculadas por el caso» (Pozzolo, 1998, 342).

En trabajos posteriores, Pozzolo subraya la ambigüedad de la expresión «neoconstitucionalismo» y la analiza en términos en mi opinión más adecuados, en cuanto insiste sobre todo en el carácter no positivista de las tesis de los anteriores autores. Pero, aparte de lo desacertado de la expresión, creo que se equivoca también al pensar que esos autores terminan por «reducir lo normativo del Derecho, justamente, a la moral» (Pozzolo, 2003, 195), o que «[l]o que permitiría, en última instancia, calificar como 'jurídico' un sistema normativo o una norma singular, por tanto, sería el contenido de justicia que expresaran» (p. 191). El error, en mi opinión, consiste en que ella no ve que los autores a los que se refiere no tratan de «reducir» el Derecho a la moral, sino de defender que el Derecho implica *también* un elemento moral, valorativo. Sobre esto volveré más adelante.

Otra caracterización del (neo)constitucionalismo que ha tenido cierta fortuna (y está, desde luego, en línea con la anterior), es la de Paolo Comanducci (2003), quien parte de la triple distinción que Bobbio efectúa entre el positivismo jurídico en cuanto teoría, en cuanto ideología y en cuanto enfoque o método y traslada ese esquema al neoconstitucionalismo. Se trata entonces de ver cómo se contrapone positivismo jurídico y neoconstitucionalismo.

Pues bien, el neoconstitucionalismo en cuanto teoría se opondría a tesis como la del estatismo, el legicentrismo o el formalismo interpretativo, que fueron defendidas por los positivistas de épocas anteriores (del siglo XIX) y que a Comanducci le parecen obsoletas. En ese sentido, él considera aceptable la teoría del neoconstitucionalismo, o sea, una teoría que trata de dar cuenta de las nuevas realidades de nuestros Derechos y, por tanto, del cambio que supone que las normas constitucionales se sitúen en el vértice de nuestros ordenamientos jurídicos; piensa incluso que esa nueva teoría puede considerarse como «el positivismo jurídico de nuestros días». Pero con ello se está refiriendo a un neoconstitucionalismo en sentido débil, esto es, el neoconstitucionalismo que profesarían quienes consideran la Constitución simplemente como un conjunto de normas que se diferencian de las otras (de las legislativas)

por tener una jerarquía superior. No valdría para quienes suscriben una «versión fuerte» del neoconstitucionalismo, esto es, quienes asumen un concepto sustantivo o valorativo de Constitución que les lleva a defender que la ciencia del Derecho tiene también un carácter normativo, de manera que no es meramente descriptiva o explicativa (Ferrajoli), o que la ciencia del Derecho debe elaborarse desde un punto de vista interno, de manera que sus cultivadores tienen que adherirse a los valores constitucionales (Zagrebelsky).

Precisamente, en cuanto ideología, el neoconstitucionalismo se caracterizaría por valorar positivamente el proceso de constitucionalización de nuestros Derechos y por propugnar su defensa y ampliación. Pero, a partir de ahí, y de la tesis de la necesaria conexión entre el Derecho y la moral, muchos de sus promotores (Comanducci cita a Alexy, a Dworkin y a Zagrebelsky) pasan a sostener la tesis de la obligación moral de obedecer la Constitución y eso hace que ese neoconstitucionalismo pueda ser considerado como una variante del positivismo ideológico, es decir, de la doctrina (errónea y peligrosa) que predica la obligación moral de obedecer el Derecho.

Y, en fin, en cuanto metodología, algunas variantes de neoconstitucionalismo, según Comanducci, defienden la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa entre el Derecho y la moral. Frente al positivismo metodológico o conceptual en el que se sitúa Comanducci, que sostiene que siempre es posible identificar y describir el Derecho como es y distinguirlo del Derecho como debería ser, lo que estos autores neoconstitucionalistas dirían es que los principios constitucionales vienen a ser como un puente entre el Derecho y la moral, y que cualquier decisión jurídica (en particular, judicial) está justificada si deriva en última instancia de una norma moral. Pero esto le parece a Comanducci rechazable: si se interpreta como tesis descriptiva, es falsa, porque los jueces justifican sus decisiones ofreciendo razones que son normas jurídicas y no morales; y si se entiende como tesis teórica, además de tautológica (los neoconstitucionalistas —escribe— asumen que, «por definición», toda justificación última en el dominio práctico está constituida por una norma moral), sería insostenible, o bien inútil o, en todo caso, contraria a los propios valores democráticos.

Pues bien, esa caracterización del neoconstitucionalismo permite matizar algunas cosas, en cuanto lleva a una comparación, digamos, sistemática entre el neoconstitucionalismo y el positivismo jurídico. Pero sigue presentando varios problemas. Por un lado, Comanducci no justifica (o no lo hace satisfactoriamente) por qué emplear esa expresión, «neoconstitucionalismo», en lugar de «constitucionalismo» o «no-positivismo». Por otro lado, el esquema bobbiano del que parte para caracterizar el positivismo jurídico, a pesar de su gran difusión, no me parece

muy convincente: prueba de ello es que un autor, yo creo que inequívocamente positivista, como Ferrajoli, no lo sería sin embargo en ninguno de los tres sentidos anteriores (tampoco en sentido metodológico, pues Ferrajoli [2011a] considera que con el constitucionalismo —con la presencia en nuestros sistemas de constituciones rígidas— se habría producido una especie de identificación entre el ser y el deber ser del Derecho, el final de la contraposición entre el Derecho positivo y el Derecho natural, entre Creonte y Antígona). Y, finalmente, Comanducci incluye bajo el rótulo de «neoconstitucionalismo» concepciones del Derecho muy distintas entre sí y de las que, además, no da cuenta adecuadamente. De nuevo, lo que muchos de esos autores sostienen es algo distinto, en mi opinión, de lo que Comanducci piensa que sostienen. Pero como antes decía, este punto lo trataré más adelante.

La manera de entender el «neoconstitucionalismo» por parte de Mauro Barberis es algo distinta a la de Pozzolo y Comanducci. Como antes decía, él fue uno de los autores «genoveses» que contribuyó a la introducción y difusión de ese término para referirse de manera crítica a las concepciones del Derecho de autores como Dworkin, Alexy, Nino, MacCormick, Ferrajoli o Atienza y Ruiz Manero, las cuales vendrían a integrar, en su opinión, una variante del iusnaturalismo, debido a la «conexión (identificativa) necesaria entre Derecho y moral» (Barberis, 2003, 264; también, 2000). Pero en otros escritos posteriores parece haber cambiado un tanto su postura. No solo porque de la lista de los neoconstitucionalistas ha excluido a Ferrajoli, sino porque el «positivismo metodológico» que él dice defender es una concepción que está realmente más próxima a la de los autores que denomina «neoconstitucionalistas» que a la del positivismo genovés. Barberis (2011) considera ahora que el neoconstitucionalismo supone una «tercera teoría del Derecho» que vendría a ser una alternativa tanto al positivismo jurídico como al iusnaturalismo, y que caracteriza en relación con tres temas: la conexión entre el Derecho y la moral; la distinción entre reglas y principios; y la forma de entender la ponderación. Se trata de las mismas notas tomadas en consideración también por Ferrajoli al hablar de neoconstitucionalismo (enseguida se verá), pero lo que defienden uno y otro al respecto es muy distinto. Los dos se consideran positivistas metodológicos, pero el positivismo de Barberis parece realmente estar muy cerca de lo que denomina «neoconstitucionalismo». Tan cerca, que da la impresión de que las supuestas diferencias que Barberis establece con esa última concepción son más bien malentendidos. Así, en contra de lo que él supone, los autores a los que llama «neoconstitucionalistas» (y que —yo creo— sería preferible calificar de «postpositivistas»; luego volveré sobre ello) sí que establecen una «restricción» en la conexión entre el Derecho y la moral, esto es, el discurso jurídico no

se funde en sus obras con el discurso moral (*vid.* Barberis, 2011, 258); su manera de entender la distinción entre principios y reglas viene a coincidir ampliamente con lo sostenido por Alexy o por Atienza y Ruiz Manero, puesto que también estos últimos defenderían lo que Barberis llama una «distinción débil» (p. 260); y algo parecido cabría decir a propósito de la ponderación (aunque en relación con este último punto, el discurso de Barberis no me parece muy preciso). En conclusión, considero que Barberis no caracteriza adecuadamente el pensamiento de los autores a los que califica como neoconstitucionalistas (pues no defienden lo que él cree que defienden), y que su propia concepción (al igual que la de Luis Prieto, a la que luego me referiré) viene a situarse ahora en un lugar relativamente alejado del que ocuparían los positivistas genoveses y, en consecuencia, más próximo a los autores *post-positivistas*.

Una visión radicalmente crítica del neoconstitucionalismo puede encontrarse también en diversos trabajos de Juan Antonio García Amado (*vid.* García Amado, 2009). Tan crítica que, a pesar de reconocer que se trata de una categoría sumamente difusa a la que «son adscritos» (no que ellos mismos se adscriban) autores como Dworkin, Alexy, Nino o Zagrebelsky (son los únicos nombres que menciona), parece hacerles responsables (o corresponsables) de esa indefinición, lo que viene a ser como responsabilizar a los mulatos de contribuir a oscurecer, dado el color de su piel, la noción de «blanco» (o de «negro»). En todo caso, García Amado señala tres componentes filosóficos «muy rotundos» —dice— que tendría el neoconstitucionalismo (se supone que cualquier neoconstitucionalismo, o sea, que esas notas podrían encontrarse en todos los autores antes mencionados por él):

En lo ontológico, el objetivismo derivado de afirmar que por debajo de los puros enunciados constitucionales, con sus ambigüedades y su vaguedad, con sus márgenes de indeterminación semántica, sintáctica y hasta pragmática, existe un orden constitucional de valores, un sistema moral constitucional, bien preciso y dirimente. En lo epistemológico, el cognitivismo resultante de afirmar que las soluciones precisas y necesarias que de ese orden axiológico constitucional se desprenden pueden ser conocidas y consecuentemente aplicadas por los jueces. En lo político y social, el elitismo de entender que solo los jueces o prioritariamente los jueces, y en especial los tribunales constitucionales, están plenamente capacitados para captar ese orden axiológico constitucional y lo que exactamente dicta para cada caso, razón por la que poseen los jueces el privilegio político de poder enmendar al legislador excepcionando la ley y justificando en el caso concreto la decisión *contra legem* que será decisión *pro constitutione*, por cuanto que es decisión basada en algún valor constitucional (García Amado, 2009, 30-31).

Ahora bien, esa caracterización podría convenir más o menos a los autores que él considera como «neoconstitucionalistas», pero siempre y cuando esas notas las formulase en términos «no rotundos»... lo que supone, claro está, un cambio cualitativo: construir un concepto distinto al que él construye. O sea, hay una forma de defender el objetivismo y el cognoscitivismo moral y de reconocer el papel destacado que la jurisdicción (especialmente la constitucional) tiene en nuestros sistemas que, efectivamente, cuadra con lo sostenido por algunos autores llamados comúnmente «neoconstitucionalistas». Pero con ello nos estaríamos refiriendo a algo tan distinto a lo que García Amado parece tener en mente que, si se quiere evitar la confusión, sería mejor elegir otra expresión: por ejemplo, «constitucionalismo teórico» (sin el «neo») o «postpositivismo», o bien «constitucionalismo postpositivista».

El planteamiento de Luis Prieto difiere bastante de todos los anteriores, con la excepción del de Barberis. Yo creo que Prieto lleva toda la razón al afirmar que «lo primero que llama la atención del neoconstitucionalismo es que parece ser una corriente de pensamiento con muy pocos militantes» y que «los autores que suelen citarse como principales impulsores del movimiento, muy heterogéneos entre sí, por otra parte, no suelen calificarse a sí mismos como neoconstitucionalistas», a lo que añade que: «a su vez, quienes hacen uso de esa expresión generalmente adoptan un sentido crítico y en ocasiones destructivo» (Prieto, 2013, 19). También me parece que acierta al pensar que lo que en muy buena medida hay detrás del término es una discusión acerca de los desafíos que los cambios ocurridos en los sistemas constitucionales plantean a la teoría tradicional del Derecho, al positivismo (p. 20). Pero lo que parece más discutible es la solución por la que aboga: la de hablar de «neoconstitucionalismos» (en plural). En su opinión, la heterogeneidad de planteamientos que puede encontrarse entre los autores a los que usualmente se denomina como neoconstitucionalistas es tal que no cabe considerar que con ello se designa una temática o una teoría, sino más bien una filosofía del Derecho del mismo tipo que el iusnaturalismo o el positivismo jurídico: una filosofía del Derecho —añade— «tan totalizadora y pluralista como pueden ser estas dos últimas, o incluso más, por cuanto combina elementos de ambas procedencias [iusnaturalistas y positivistas]» (p. 72). Y digo que me parece discutible, porque a lo que ello da lugar es a englobar bajo un mismo rótulo concepciones no solo distintas entre sí, sino, en muy buena medida, incompatibles, lo que no puede producir otra cosa que confusión: el arco trazado por Prieto iría desde García Figueroa hasta Ferrajoli, pasando por Dworkin, Alexy o Nino. Dicho de otra manera, lo que él hace es considerar el rótulo como un verdadero cajón de sastre: al parecer, quien no sea ni positivista ni iusnaturalista en el sentido más o menos tradi-

cional de esas expresiones estaría hoy condenado a ser neoconstitucionalista. Yo no lo creo.

En fin, una caracterización del «neoconstitucionalismo» que recientemente ha dado lugar a una profusa discusión es la que lleva a cabo un autor muchas veces calificado como tal, como «neoconstitucionalista», pero, en su opinión, de manera errónea. Me refiero a Luigi Ferrajoli y a su trabajo «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista» (Ferrajoli, 2011a) en el que defiende una serie de tesis que tienen una continuación en uno de sus últimos libros, *La democracia a través de los derechos* (Ferrajoli, 2014).

En el primero de esos dos textos, Ferrajoli contrapone dos tipos de «constitucionalismo jurídico», entendida esta expresión en el sentido de una teoría o filosofía del Derecho. El primero, el principialista o argumentativo, sería, en su opinión, al menos «tendencialmente», iusnaturalista y se caracterizaría por sostener la tesis de la conexión (intrínseca o necesaria) entre el Derecho y la moral; por la contraposición fuerte entre principios y reglas; y por atribuir un papel central a la ponderación en el ejercicio de la jurisdicción. Mientras que el constitucionalismo que él defiende, el normativo o garantista, niega esas tres tesis y, a diferencia del primero, sería una concepción positivista del Derecho; mejor aún, según Ferrajoli, su concepción del Derecho —cuya completa exposición se encontraría en su monumental *Principia iuris* (Ferrajoli, 2011)—, supone algo así como la culminación o el perfeccionamiento del positivismo jurídico. Ferrajoli considera, por otro lado, que la primera de esas dos concepciones (comúnmente denominada «neoconstitucionalista») es la más difundida en nuestros días, y de ahí su empeño por poner de manifiesto sus debilidades teóricas y sus peligros prácticos. Por positivismo jurídico, por otro lado, entiende «una concepción y/o un modelo de derecho que reconozcan como derecho a todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuáles fueren sus contenidos y, por tanto, de su eventual injusticia» (Ferrajoli, 2011a, 16).

Pues bien, Ferrajoli es crítico tanto en relación con los autores iuspositivistas (normativistas o realistas) que, como es el caso de los genoveses, estarían anclados en un modelo del pasado, el del Estado legislativo de Derecho, como también en relación con los que defienden la primera de las concepciones constitucionalistas a la que me he referido. Ferrajoli presenta por ello su constitucionalismo garantista como una vía media entre el paleopositivismo y el neoiusnaturalismo, como la única teoría capaz de satisfacer las exigencias del constitucionalismo contemporáneo.

Los autores a los que califica de paleopositivistas son, además de los de la escuela genovesa, Kelsen, Bobbio y, en general, todos aquellos que

no habrían tenido en cuenta (o que no habrían tenido en cuenta suficientemente) el fenómeno de la constitucionalización de nuestros Derechos, ocurrido después de la Segunda Guerra Mundial. Ese fenómeno, para él, consiste esencialmente en la existencia de constituciones rígidas. En su opinión, esa subordinación de la ley a la Constitución implica todo un cambio de paradigma teórico que se plasma en la existencia de dos niveles de normatividad y de validez jurídica: la validez simplemente formal o vigencia (conformidad de las normas con criterios formales y procedimentales), y la validez plena (conformidad, además, con los criterios sustantivos establecidos en la Constitución: en los principios y en los derechos fundamentales). Es esa duplicidad de niveles lo que le lleva a concebir de una manera distinta (distinta a la de los positivistas clásicos) tanto el concepto y la estructura del Derecho como la ciencia del Derecho (que ahora sería también normativa) y la jurisdicción (que pasaría a ser una jurisdicción comprometida con los principios constitucionales, aunque no activista).

Y a quienes defienden que el constitucionalismo sí exige un nuevo paradigma en la teoría del Derecho aunque no pueda tratarse ya de un paradigma positivista, Ferrajoli opone: la tesis de la separación (conceptual o metodológica) entre el Derecho y la moral; una concepción que, sin negar del todo la existencia de principios, tiende a considerar el Derecho (y, en particular, los derechos fundamentales) de manera casi exclusiva como un conjunto de reglas; y una concepción de la jurisdicción centrada en la subsunción y que no deja espacio para la ponderación. Ahora bien, las críticas que Ferrajoli dirige a los autores a los que engloba dentro de los rótulos de «neoconstitucionalismo», «constitucionalismo principialista o argumentativo» o «neoiusnaturalismo» (entre otros, Dworkin, Alexy o Nino), están también, en mi opinión, claramente distorsionadas (*vid.* Atienza, 2012). Ferrajoli piensa, al igual que pensaba Comanducci, que los constitucionalistas no positivistas identifican la justicia, la moral, con las normas constitucionales e incurrir, por ello, en una especie de «legalismo ético», en el que tradicionalmente cayó tanto cierto tipo de iusnaturalismo como lo que suele llamarse el iuspositivismo ideológico; que para ellos, el Derecho no es un conjunto de normas establecidas por la autoridad, sino, esencialmente, una serie de principios morales que los juristas podrían interpretar de manera más o menos arbitraria (sin sujeción a los textos legales y constitucionales); y que, al sustituir la subsunción (en cuanto método de aplicación de las reglas) por la ponderación (que sería el método característico para manejar los principios) estarían promoviendo la libre creación del Derecho por parte de los jueces y, en consecuencia, el activismo judicial.

2. POSITIVISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO Y POSTPOSITIVISMO

Me parece que lo dicho hasta ahora es suficiente para entender por qué yo decía al comienzo que no se podía saber qué era eso del neoconstitucionalismo. No se puede saber, y no tanto porque se trate de un término desafortunado (por sus muchas ambigüedades) y de un concepto difuso, impreciso (al fin y al cabo, qué concepto no lo es), sino más bien porque estamos frente a algo así como un espantapájaros conceptual construido por algunos autores iuspositivistas para oponerse a ciertas tesis que cuestionan postulados básicos de ese paradigma. Como hemos visto, los críticos del neoconstitucionalismo identifican una serie de notas que caracterizarían ese concepto y que realmente son ampliamente coincidentes. Pero el problema está en que las presentan de una manera, por así decirlo, grotesca (como se hace cuando se construye un espantapájaros), lo que seguramente explica el hecho muy curioso observado por Prieto: son muy pocos los autores que se califican a sí mismos de «neoconstitucionalistas» y, desde luego, no parecen haberlo hecho ninguno de los que con mayor frecuencia aparecen en la lista —Dworkin, Alexy, Nino y Zagrebelsky—, mientras que un autor que ha sido —y es— considerado por muchos como neoconstitucionalista, Luigi Ferrajoli, ha rechazado explícitamente esa denominación (2011a)... aunque no ha tenido tampoco empacho en adjudicársela a los anteriormente mencionados y a todos cuantos, aceptando la necesidad de construir un nuevo paradigma teórico para el Derecho del Estado constitucional, rechazan que ese paradigma pueda seguir siendo positivista.

De todas formas, es también un hecho innegable que algunos juristas teóricos y, sobre todo, prácticos (de manera muy particular en Latinoamérica) parecen haber aceptado ese rótulo como identificador de su manera de concebir el Derecho. Por ejemplo, según Humberto Ávila, el neoconstitucionalismo habría inspirado la Constitución Federal brasileña de 1988 y, en particular, la aplicación del Derecho constitucional en ese país durante las últimas décadas. Pero de nuevo nos encontramos (él da una lista de teóricos del Derecho brasileños «neoconstitucionalistas») con una caracterización sumamente difusa: «principios en vez de reglas (o más principios que reglas); ponderación en lugar de subsunción (o más ponderación que subsunción); justicia particular en vez de justicia general (o más análisis individual y concreto que general y abstracto); Poder judicial en vez de Poder legislativo o ejecutivo (o más Poder judicial y menos Poder legislativo y ejecutivo); Constitución en sustitución a la ley (o mayor o directa aplicación de la Constitución en vez de la ley» (H. Ávila, 2013, 126). Y su conclusión es que «los mencionados cambios fundamentales de la teorización y aplicación del Derecho constitucional, preconizados por el movimiento 'neo-cons-

titucionalista' [...] no encuentran soporte en el ordenamiento constitucional brasileño» (p. 145). Y en Ecuador es frecuente considerar que la Constitución de 2008 está también dentro de la órbita del neoconstitucionalismo; hay incluso una sentencia del Tribunal Constitucional de ese país (de 23 de julio de 2009) en la que se afirma que «la ciencia jurídica que rige al Estado ecuatoriano es el neoconstitucionalismo» (*vid.* Ponce, 2010). Pero uno de los principales adalides del movimiento neoconstitucionalista ecuatoriano, Ramiro Ávila, aclara que su «neoconstitucionalismo transformador» tiene matices diferenciadores con respecto al «neoconstitucionalismo europeo continental» (R. Ávila, 2011, 17) y, de hecho, caracteriza su concepción como una síntesis (a decir verdad, una difícil síntesis) entre el garantismo fertrajoliano y el pluralismo jurídico de Boaventura de Sousa Santos.

Por lo que hace a Colombia, es frecuente vincular el pensamiento neoconstitucionalista en Latinoamérica a la actividad del Tribunal Constitucional de ese país, pero esto viene a ser, en realidad, una consecuencia del estado de confusión existente en torno al neoconstitucionalismo. O sea, una cosa son los cambios producidos en el sistema jurídico colombiano a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1991 y de la creación de un tribunal constitucional que asumió una posición claramente antiformalista en la interpretación y aplicación del Derecho; y otra cosa es afirmar que ese nuevo tipo de Derecho y de práctica jurisdiccional han estado determinados por la teoría neoconstitucionalista tal y como la entienden los autores antes examinados. Yo no creo que haya sido así. O sea, me parece que, en efecto, autores como Dworkin o como Alexy han tenido una gran influencia en esos cambios jurisprudenciales (no en la redacción de la Constitución, que en muchos aspectos parece haberse inspirado en la española). Pero precisamente por eso, la jurisprudencia constitucional colombiana no satisface en absoluto las características señaladas, por ejemplo, por Pozzolo para el neoconstitucionalismo, sino que, en mi opinión, es más bien un ejemplo de lo que podría llamarse «jurisprudencia postpositivista»... a pesar de que uno de los más influyentes presidentes de esa Corte (y que, cómo no, también ha sido adscrito con frecuencia al neoconstitucionalismo), Carlos Gaviria, era, desde el punto de vista de la teoría del Derecho, un confeso kelseniano. Tampoco creo que se pueda calificar de neoconstitucionalistas a iusfilósofos que a veces se adscriben a ese movimiento, como Rodolfo Arango, Carlos Bernal (que sustentan un pensamiento iusfilosófico próximo al de Robert Alexy) o Diego López Medina (más en la línea de los «críticos»). Y quien sí se define como «neoconstitucionalista», y es coeditor de un libro que ha contribuido mucho a difundir el neoconstitucionalismo en América Latina, Leonardo García Jaramillo (*vid.* Carbonell y García Jaramillo, 2010), no ha hecho mucho, en

mi opinión, por aclararnos qué debemos entender por tal. Yo no he podido encontrar en su trabajo titulado «El neoconstitucionalismo en Colombia: ¿entelequia necesaria o novedad pertinente?» (García Jaramillo, 2010) ninguna caracterización medianamente precisa del concepto *neoconstitucionalismo*, sino más bien una tendencia a superponer todos los sentidos con que se usa la expresión (y que indicaba al comienzo de este capítulo), de manera que, para este autor, «neoconstitucionalismo» parece significar, en forma indiferenciada, tanto una concepción como un fenómeno (de hecho, habla muchas veces de «nuevo Derecho» como si fuera sinónimo de «concepción neoconstitucionalista»). Y, desde luego, no me parece que contribuya mucho a aclarar las cosas (García Jaramillo no es el único que lo hace) afirmar que se trata de una expresión, la de «neoconstitucionalismo», que posee el ya famoso «aire de familia» del que hablara Wittgenstein. Y si no me parece clarificador es, entre otras razones, porque para hablar de «aire de familia», uno tiene que poder identificar con alguna precisión quiénes son los miembros de la familia en cuestión.

Pero quizás el libro que más haya contribuido a difundir el neoconstitucionalismo en Latinoamérica haya sido el del mexicano Miguel Carbonell: *Neoconstitucionalismo(s)* (2003). Ahora bien, si se lee el prólogo a esta obra, que en realidad es una recopilación de trabajos de una pluralidad de autores (ninguno de ellos latinoamericano), se ve que el autor es perfectamente consciente de la ambigüedad del término (que tanto puede designar un fenómeno como una teoría), y es sumamente cauto, no solamente por la intencionada indefinición del título elegido, sino porque Carbonell advierte también de que «lo que haya de ser el neoconstitucionalismo en su aplicación práctica y en su dimensión teórica es algo que está por verse» (Carbonell, 2003, 11). El problema es que el reconocimiento de que no se sabe muy bien en qué consiste el neoconstitucionalismo no le impide a él mismo hablar en ocasiones como si realmente lo supiera. Y un simple vistazo a la lista de los autores seleccionados por Carbonell es suficiente para llegar a la sorprendente conclusión de que, de esos once autores, solo parece haber dos (García Figueroa y Santiago Sastre) que asuman ser neoconstitucionalistas. Y, en fin, en obras posteriores, Carbonell ha seguido ocupándose del neoconstitucionalismo, pero no creo que pueda decirse que haya contribuido tampoco mucho a aclarar el concepto. Sigue siendo muy cauto al limitarse a señalar que «sí supone alguna novedad dentro de la teoría y la práctica del Estado constitucional de derecho» y que pueden distinguirse tres niveles de análisis: el de los textos constitucionales, el de las prácticas constitucionales y el de los desarrollos teóricos (Carbonell, 2010, 161). Pero, a la hora de pronunciarse sobre en qué consisten esos «desarrollos teóricos novedosos», no solo es sumamen-

te parco, sino que entre los mismos incluye los de dos autores que no se consideran a sí mismos neoconstitucionalistas: Luigi Ferrajoli y Luis Prieto.

Espero que después de todo lo anterior se comprenda que lo que aquí proponga sea utilizar el término de «neoconstitucionalismo» (obviamente se trata de una definición estipulativa) solo para referirse a los autores que, efectivamente, aceptan esa denominación y que tal vez (esto lo digo con muchas dudas) podrían ser caracterizados de acuerdo con las notas que los iuspositivistas atribuyen a ese concepto. Pero esto quiere decir entonces que, en la teoría del Derecho contemporánea, podríamos hacer una primera gran división entre, por una parte, quienes consideran que los cambios ocurridos con el fenómeno de la constitucionalización de nuestros Derechos no necesitan de un nuevo paradigma teórico, sino que de ellos puede darse cuenta permaneciendo en el positivismo, digamos, clásico: con acentos más bien normativistas o, por el contrario, realistas; y, por otra, quienes defienden que la constitucionalización del Derecho requiere de un nuevo paradigma teórico. Y, dentro de este segundo grupo, habría, a su vez, que hacer estas divisiones: 1) los constitucionalistas positivistas, como Ferrajoli; 2) los constitucionalistas no positivistas o postpositivistas, como Dworkin, Alexy, Nino o Zagrebelsky; 3) los neoconstitucionalistas (que sin duda no es una clase vacía, pero sí menos poblada de lo que se piensa); y (quizás) 4) los constitucionalistas iusnaturalistas¹.

Si yo decía al comienzo que, a pesar de no saber muy bien lo que es el neoconstitucionalismo, de lo que sí estoy seguro es de no serlo, es porque, efectivamente, no comparto ninguna de las notas formuladas por Pozzolo, Comanducci, etc., mientras que mi concepción del Derecho está muy próxima a la de autores como Alexy, Dworkin o Nino, y creo que no muy distante a la de Zagrebelsky, en el sentido de que me parece compartir el fondo de lo que este último sostiene, si bien la formulación teórica de sus tesis no siempre me parece suficientemente clara y precisa. En concreto, el tipo de teoría del Derecho que yo defiendo es: 1) constitucionalista, 2) no positivista, 3) basada en la unidad de la razón práctica, lo que supone negar que pueda trazarse una separación tajante (en el plano conceptual) entre el Derecho y la moral, 4) que defiende un objetivismo moral mínimo, 5) reconoce la importancia de los principios y 6) de la ponderación, así como 7) el papel activo de la jurisdicción, y 8) subraya el carácter argumentativo del Derecho. Mostra-

1. En un reciente trabajo, Vigo (2014) habla de un «neoconstitucionalismo iusnaturalista» que se distinguiría de lo que yo llamo aquí «constitucionalismo postpositivista», fundamentalmente porque estos asumirían una inspiración kantiana (constructivista) en materia de ética, contrariamente a los iusnaturalistas, que serían personalistas o aristotélicos.

ré ahora cómo creo que deben entenderse esos rasgos, lo que configura una concepción del Derecho claramente separada de la positivista y de la, así llamada, neoconstitucionalista y que, por lo demás, no supone para nada una vuelta al Derecho natural.

3. UNA CARACTERIZACIÓN DEL POSTPOSITIVISMO

3.1. *Constitucionalismo teórico*

Para que el constitucionalismo sea un rasgo distintivo de una teoría del Derecho no basta, obviamente, con reconocer el fenómeno de la constitucionalización del Derecho que, con grados distintos, caracteriza a muchos de los sistemas jurídicos del mundo occidental. Constitucionalistas serán, únicamente, las concepciones del Derecho que interpretan ese fenómeno de una cierta manera.

Así, no cabría llamar propiamente constitucionalista a una teoría del Derecho que considera que lo que distingue a las normas constitucionales es única o preponderantemente un elemento de tipo formal: la jerarquía normativa o la rigidez constitucional. Por eso, no son constitucionalistas las teorías a las que Ferrajoli tacha de paleopositivistas, que tienden a subrayar la continuidad existente entre las normas legisladas y las constitucionales y a negar, por ello, la necesidad de construir un nuevo paradigma en la teoría del Derecho. Pero tampoco lo es, o no lo es del todo, la concepción del propio Ferrajoli, pues, a pesar de subrayar la diferencia entre el nivel legislativo y el constitucional (que, como se recordará, le llevaba a plantear los dos conceptos de validez que, a su vez, tiene como consecuencia una forma comprometida de entender la ciencia del Derecho y la jurisdicción), él sigue pensando en la Constitución en términos puramente formales y avalorativos: también para él, las normas constitucionales son, simplemente, las que tienen una jerarquía superior a las demás, garantizada mediante la existencia de tribunales constitucionales, y que no pueden cambiarse de la misma manera que las otras, sino mediante un procedimiento agravado. Pero lo que Ferrajoli niega es que el Derecho del Estado constitucional se caracteriza también por rasgos sustantivos, valorativos: por el reconocimiento y protección (mediante las técnicas que se acaban de señalar) de los derechos fundamentales. Se me dirá que, precisamente, toda la construcción teórica de Ferrajoli está dirigida a cumplir este último objetivo: la garantía efectiva de los derechos fundamentales. Pero ocurre que sus prejuicios positivistas le llevan a definir los derechos fundamentales en términos puramente formales, avalorativos, y a negar que tenga sentido incluso plantearse la pregunta del fundamento (moral) de

los derechos: «los valores morales y políticos últimos no se demuestran [...] simplemente se eligen, se postulan y se defienden», escribe Ferrajoli (2014, 104). De ahí que Josep Aguiló, en frase feliz, haya podido afirmar que el de Ferrajoli es un «constitucionalismo imposible»: si se asumen sus postulados teóricos, no es posible obtener (o aproximarse a) los objetivos del Estado constitucional (Aguiló, 2011).

Tampoco serían propiamente constitucionalistas los autores neoconstitucionalistas, de acuerdo con la caracterización que de esa concepción hacían sus críticos positivistas. En este caso, no lo serían por exceso, esto es, por su tendencia a identificar todo el Derecho con la Constitución (recuérdese: «más Constitución que ley»), interpretada además de la manera libre (o arbitraria) que les atribuyen sus críticos, lo que equivale, efectivamente, a prescindir del carácter autoritativo del Derecho. Un rasgo típico del neoconstitucionalismo sería, pues, el de no tener en cuenta las leyes a la hora de solucionar un problema jurídico e irse directamente a la Constitución, o incluso el de prescindir del tenor literal de un artículo (una regla) de la Constitución y basarse directamente en los principios y valores constitucionales para la resolución de un problema. Pongo un ejemplo de lo que quiero decir. La Constitución ecuatoriana (no se olvide, de 2008) contiene un artículo que define inequívocamente el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer. Sin embargo, algunos juristas (supuestamente neoconstitucionalistas) no creen que eso impida que pueda dictarse válidamente una ley que reconozca el matrimonio entre personas del mismo sexo: bastaría con argumentar —según ellos— que el no reconocimiento de ese tipo de matrimonio iría contra el principio de no discriminación por razón de sexo (*vid.* Atienza, 2013a).

Esto último me permite aclarar una crítica que es usual, como hemos visto, dirigir a los constitucionalistas no positivistas y que, en mi opinión, no pasa de ser una invención de sus críticos: el incurrir en legalismo ético o positivismo ideológico, al identificar la Constitución (el Derecho) con la justicia. Pero ninguno de los autores que he calificado de postpositivista sostiene eso, sino que, explícitamente, reconocen que puede haber normas jurídicas injustas. Considerar que la Constitución contiene un ingrediente valorativo no supone pensar que exista en la misma un orden de valores bien preciso. Al contrario. Las constituciones son, o suelen ser, documentos típicamente ambiguos, puesto que reflejan las ideologías contrapuestas de las fuerzas políticas y sociales que las han impulsado; el acuerdo en cuanto a las finalidades y los valores que se expresa en una Constitución suele ser por ello precario o, si se quiere, está formulado en términos muy abstractos. De ahí la importancia de la interpretación en relación, por ejemplo, con los enunciados de derechos fundamentales. Por supuesto, no todo es posible, no

todo está abierto, en cuanto al significado de los derechos. Pero los textos de nuestras constituciones ofrecen casi siempre, o al menos con mucha frecuencia, al jurista la posibilidad de llegar a una solución justa sin salirse del Derecho; como he dicho, con excepciones: en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo, la Constitución ecuatoriana no parece ofrecer una solución justa —conforme con la moral justificada—, pero sí, por ejemplo, la española². Para lograr arribar a esa solución, eso sí, se necesita interpretar la Constitución a la luz de alguna filosofía moral y política de carácter sustantivo; para decirlo con Dworkin, habrá que remontarse a la filosofía que sea compatible con los materiales autoritativos del Derecho y que suponga el mayor desarrollo de los fines y valores que conforman la práctica constitucional. El jurista constitucionalista no parte, pues, de la existencia de un orden preciso de valores, sino que, si se quiere, se esfuerza por encontrarlo o construirlo... aunque no siempre lo logre. Su posición, cabría decir, es semejante a la del médico. No siempre se pueden curar las enfermedades, pero sería un extraño profesional de la medicina el que pensara que procurar curar las enfermedades no forma parte de sus tareas.

De manera que el constitucionalismo no es una ideología idealista, ingenua, que considera que el Derecho del Estado constitucional es el mejor de los Derechos posibles y que nuestras constituciones se identifican sin más con la moral justificada. Ese Derecho es simplemente el mejor de los históricamente existentes, y no lo es por consideraciones formales, sino de carácter sustantivo: por los valores que trata de proteger. Por lo demás, ese modelo está hoy en riesgo por lo que se refiere al Derecho estatal y no ha penetrado tampoco en otras esferas jurídicas que son incluso más decisivas que las estatales para garantizar los derechos fundamentales de la gente. En este último aspecto no cabe sino adherirse al proyecto político que Ferrajoli defiende en su último libro. El paradigma constitucional necesita una doble ampliación: en sentido extensional, lo que supone llevar el paradigma a todos los poderes (con la constitucionalización tanto del Derecho internacional como del Derecho privado y comercial de la globalización); y en sentido intensional, reforzando la garantía de todos los derechos (Ferrajoli, 2014). Ese proyecto político supone sin duda cambios radicales que configuran una especie de programa de *lege ferenda* para el jurista.

2. Aunque, por su lado, la española, dada la redacción del artículo 16 que regula el hecho religioso, no permite, por ejemplo, llegar a una conclusión completamente satisfactoria en relación con la religión; dicho de otra manera, la Constitución española trata peor a los no creyentes que a los creyentes y, dentro de esta última categoría, privilegia a los creyentes católicos.

3.2. *No positivismo*

La crítica fundamental que cabe dirigir al positivismo jurídico es que se trata de una concepción demasiado pobre del Derecho, que no consigue 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. No puede hacerlo porque el positivista reduce el Derecho a una sola dimensión: la autoritativa, dejando fuera el componente de valor. Es a lo que le obliga la tesis de la separación entre el Derecho y la moral.

La otra tesis que caracteriza el positivismo jurídico, la de las fuentes sociales del Derecho, o sea, que el Derecho no es algo natural, sino una construcción humana, relativa a las sociedades y a la historia, hoy no puede considerarse más que como un hecho indubitable, algo que nadie sensatamente podría discutir.

De manera que lo distintivo de las concepciones constitucionalistas pero no positivistas del Derecho es la afirmación de la naturaleza dual del Derecho que puede expresarse de distintas maneras. Una de ellas consiste en ver el Derecho no solo como un conjunto de reglas, sino también de principios (el modelo clásico dworkiniano). Otra, en distinguir, como hace Alexy (2016), un componente de positividad y otro de idealidad en el Derecho, vinculado este último con la pretensión de corrección. O en considerar, en lo que tanto insistió Nino (1992), que las normas jurídicas no suponen por sí mismas razones justificativas autónomas, de manera que el razonamiento jurídico tiene que abrirse hacia las razones morales, lo que se conecta con la tesis de que el Derecho puede definirse (puede conceptualizarse, según los propósitos y los contextos) tanto descriptiva como normativa y valorativamente. O bien, como hace Zagrebelsky, distinguiendo un aspecto formal y un aspecto material en el Derecho, aunque este último aspecto el autor italiano parece reducirlo a la moral social (Zagrebelsky, 2014, 32).

De nuevo, la dualidad de planos en el interior del Derecho del Estado constitucional que establece Ferrajoli (y que le lleva a distinguir entre la validez formal y la sustantiva o plena de las normas) le aproxima algo a los anteriores autores, pero sigue subsistiendo una diferencia fundamental que hace que Ferrajoli sea efectivamente (si se quiere, coherentemente) un autor iuspositivista: la distinción que él traza tiene lugar dentro del Derecho entendido exclusivamente como un conjunto de normas fijadas por una autoridad (legislativa o constitucional). No queda, por lo tanto, espacio para los valores, lo que, inevitablemente, supone una amputación de la experiencia jurídica: la práctica (las prácticas) del Derecho no pueden comprenderse sin ese componente.

La concepción neoconstitucionalista hay que entenderla también como una reacción contra el positivismo jurídico, contra una visión del Derecho que pone el foco en las reglas, en la positividad, en las formas, y se olvida por ello de la justicia. Pero también en este caso habría que decir que los autores neoconstitucionalistas llevan demasiado lejos esa actitud crítica y se olvidan, por así decirlo, de los valores del legalismo. La suya 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. No se dan cuenta de que aquí ocurre como con la famosa paloma de Kant, que creía que podría volar aún mejor sin la resistencia del aire. Pues bien, la «resistencia» del Derecho positivo (digamos, las exigencias del principio de legalidad) es también, como elocuentemente nos ha recordado Laporta (2007), una condición de posibilidad para que pueda desarrollarse, entre otros, el valor de la autonomía.

En mi opinión, la mejor manera de expresar la naturaleza dual del Derecho consiste en ver en el mismo no solo un sistema, un conjunto de normas, sino también (sobre todo) una práctica social con la que se trata de alcanzar (de maximizar) ciertos fines y valores, pero permaneciendo dentro del sistema: jugando al juego del Derecho. Por eso, el Derecho es, en parte, algo que está ahí fuera, algo dado (las normas establecidas por la autoridad), pero también, y de manera todavía más fundamental, una actividad, una empresa, una praxis: algo que se va construyendo y en lo que todos participamos. Si se quiere, los fines abstractos de la empresa han sido siempre los mismos (lograr un cierto orden social, asegurar una cierta idea de justicia), pero los cambios en las condiciones históricas de las sociedades, que se traducen en cambios en el sistema jurídico, repercuten también en la manera de contemplar y de participar en esa actividad y, en definitiva, en la forma de concebir el Derecho. De manera que así como la positivización del Derecho que tuvo lugar en Europa a finales del XVIII y comienzos del XIX acabó con la idea del Derecho natural e inauguró la época del positivismo jurídico (el Derecho pasó a entenderse como una obra humana, relativa a cada sociedad histórica, y no ya como una ordenación de la conducta con validez para todas las sociedades), la constitucionalización del Derecho supone también el final del positivismo jurídico: el Derecho no es ya solo el Derecho puesto por la autoridad, sino una creación humana cuyo sentido es el de satisfacer ciertos valores que se plasman en los derechos fundamentales; si se quiere, una síntesis entre el positivismo jurídico y cierta manera de entender el Derecho natural. En alguna ocasión, González Vicén (1979) recordaba una frase de Bloch que venía a decir que la escuela histórica del Derecho (una de las corrientes con las que se inicia el

positivismo jurídico) había crucificado al Derecho natural en la cruz de la historia. Pues bien, lo que ha hecho en nuestros días el constitucionalismo es crucificar al positivismo jurídico en la cruz de la Constitución: nuestra idea del Derecho no puede ser ya puramente formal, sino que tiene que incorporar necesariamente elementos sustantivos y de valor. Por eso, el postpositivismo no significa, como supone Ferrajoli, una regresión a una etapa prebenthamita en la teoría del Derecho, sino la conciencia de que la teoría del Derecho que hoy necesitamos construir tiene que ser necesariamente postbenthamita.

3.3. *Unidad de la razón práctica*

La tesis de la unidad de la razón práctica supone que, en el razonamiento práctico, las razones últimas son las de carácter moral, de manera que, por ejemplo, el razonamiento justificativo de un juez, tiene necesariamente una dimensión moral. Pero eso no quiere decir que el razonamiento jurídico y el moral se confundan ni tampoco que el razonamiento jurídico sea un caso especial del razonamiento moral (como, en mi opinión, de manera equivocada, sostiene Alexy [*vid.* cap. IV]). No lo es (al menos, no en todas sus instancias), aunque sí puede decirse que todos los tipos de argumentación jurídica (que, claro está, es algo distinto a todos los supuestos concretos de argumentación jurídica) pueden justificarse según las reglas del discurso racional, moral: la argumentación de los jueces, de los legisladores, de los abogados... El razonamiento jurídico —por ejemplo, la motivación de un juez— goza de cierta autonomía con respecto al razonamiento moral debido, sobre todo, al carácter fuertemente institucionalizado del primero. Nino (1992) lo ha explicado muy bien. Según él, el razonamiento jurídico justificativo (por ejemplo, el de un juez) se mueve en dos niveles. En el primero, de carácter más básico, se deben articular las razones que legitiman esa práctica social basada en la Constitución. En el segundo nivel (cuando se trata de justificar acciones y decisiones: en el primero se justificaban instituciones) quedan excluidas las razones justificativas que sean incompatibles con la preservación de la Constitución; lo que quiere decir que puede haber (que hay) razones moralmente justificadas que, sin embargo, no pueden utilizarse en la argumentación jurídica.

Pues bien, lo que los positivistas (o, mejor, los positivistas metodológicos o conceptuales) no parecen ver es que la relación entre el Derecho y la moral es una cuestión compleja, también desde la perspectiva conceptual (nadie niega, como es bien sabido, que existan relaciones en un plano empírico o externo: que las normas jurídicas tengan causas o consecuencias morales). O sea, que desde ciertas perspectivas o en ciertos contextos es perfectamente posible (necesario) separar el Derecho

de la moral, mientras que desde otros no puede hacerse: nada impide que un sociólogo, un historiador o un observador externo emita el juicio de que la norma N o el sistema S son jurídicos y, sin embargo, injustos; pero un juez no puede identificar el Derecho aplicable a un caso (o, por lo menos, no puede hacerlo en muchas ocasiones) sin acudir a razones morales, ni puede, en consecuencia, justificar su decisión sin recurrir a la moral.

Hablando en términos generales, los positivistas parecen empeñados en establecer entre el Derecho y la moral un límite preciso, pero esto parece ir claramente contra la realidad de nuestros sistemas jurídicos que contienen (sobre todo en sus constituciones) enunciados con conceptos densamente morales (dignidad, libertad, igualdad, etc.); por no hablar del pluralismo jurídico o de la globalización del Derecho en cuanto fenómenos muy característicos de nuestras sociedades y que muestran que las fronteras entre el Derecho y el no Derecho son cada vez más fluidas. Pensemos, sin ir más lejos, en los informes que emite una comisión de bioética: ¿tienen carácter jurídico, moral o poseen una naturaleza más bien híbrida?; ¿y tendría mucho sentido empeñarse en adscribir ese tipo de práctica en exclusividad al campo del Derecho, o bien al de la moral?

Mientras que el defecto de los neoconstitucionalistas es justamente el contrario. Siempre de acuerdo con sus críticos positivistas, el neoconstitucionalismo sería, en la expresión de García Amado, una concepción iusmoralista, que reduce el Derecho a la moral y, en consecuencia, es incapaz de dar cuenta de la especificidad del Derecho y del razonamiento jurídico. Así es también como caracteriza esa concepción Ferrajoli, quien subraya además que, al reducir los derechos fundamentales a principios morales, el neoconstitucionalismo presenta una versión debilitada de los mismos que pone en riesgo su efectiva protección.

Hay, por cierto, un tipo de positivismo jurídico (al que se suele denominar «inclusivo»), que acepta esta tesis de que la identificación del Derecho y la argumentación jurídica en el Estado constitucional suponen la utilización de criterios morales. Pero si siguen considerándose iuspositivistas es porque piensan que esa conexión metodológica o conceptual entre el Derecho y la moral es meramente contingente, no necesaria: podría haber sistemas jurídicos que no funcionaran de esa manera. A lo que parece fácil replicar que, puesto que esos no son los nuestros (ni ninguno que podamos fácilmente imaginar), y si lo que nos interesa es construir una teoría del Derecho que pueda servir precisamente para los Derechos del Estado constitucional, entonces no se ve qué sentido tiene seguir considerándose iuspositivista... salvo el temor de romper con la tradición de pensamiento en la que uno se ha formado (*vid.* Arienza y Ruiz Manero, 2009).

3.4. *Objetivismo mínimo*

El presupuesto de lo anterior es el objetivismo moral; aunque sea un objetivismo mínimo. Si no fuera así, esto es, si pensáramos que no cabe ningún tipo de objetividad en relación con el discurso que apela a valores morales, entonces lo que estaríamos haciendo es abrir un enorme hueco de arbitrariedad en la construcción de la teoría del Derecho y alentando también a una práctica jurídica (en especial la judicial) abusiva, puesto que el ejercicio de su poder sería necesariamente arbitrario, ya que no cabe control racional a propósito de los valores. Esto último es básicamente lo que piensan los autores positivistas cuando critican lo que ellos entienden por «neoconstitucionalismo».

Ahora bien, el no cognoscitivismo en materia moral no fue en sus orígenes una seña de identidad del positivismo jurídico (el utilitarismo de Bentham es quizás la mejor prueba de ello). Y hoy sigue habiendo positivistas jurídicos que no son escépticos en materia de moral³. Pero, sin embargo, los positivistas jurídicos del mundo latino (y no olvidemos que es en este ámbito en el que se habla de «neoconstitucionalismo») han solido defender en los últimos tiempos, en materia de teoría moral, concepciones que oscilan entre el emotivismo y el historicismo (un historicismo, digamos, débil). Por un lado (o algunos de ellos), parecería que en materia de filosofía moral se han quedado en los años cincuenta del siglo XX y siguen pensando, más o menos, como Kelsen o como Ross: el discurso moral (en lo que no tenga que ver con relaciones de carácter lógico-formal o instrumental) cae fuera del dominio de la razón; pertenece al terreno de los sentimientos, de las emociones; los valores morales se pueden compartir con otros (con muchos) y uno puede estar dispuesto a luchar por ellos, pero lo que no puede en sentido estricto es justificarlos (recuérdense las palabras de Ferrajoli). Y, por otro lado (y sin necesidad de abandonar el emotivismo moral), no faltan tampoco quienes consideran que los derechos humanos son «conquistas históricas» que, al parecer, valen en la medida en que exista una convención que las respalde. ¿Habría que decir lo mismo en relación con los «valores» del neoliberalismo (el individualismo, la insolidaridad) que parece estar convirtiéndose en la ideología ampliamente dominante entre amplias capas sociales en el mundo contemporáneo?

En la discusión en torno al objetivismo moral hay probablemente algunos malentendidos que conviene deshacer. Los críticos del objetivismo parecen pensar que los que defienden la objetividad de los valo-

3. Como ejemplo puede ponerse el caso de Josep Joan Moreso, aunque personalmente no veo muy claro que tenga sentido usar el rótulo de «positivismo jurídico» (como él mismo hace) para referirse a su posición iusfilosófica.

res, del discurso moral, postulan la existencia de entidades misteriosas que vendrían a ser el equivalente a los átomos en el mundo físico: lo que Dworkin, irónicamente, ha llamado los «morons» (Dworkin, 2011, 43). Pero ser objetivista no significa —o no significa necesariamente— ser realista moral. Se puede muy bien pensar que los valores son propiedades que atribuimos a ciertas acciones y estados de cosas, pero no de manera arbitraria, sino porque satisfacen necesidades básicas de los individuos o les proveen de capacidades indispensables para desarrollar una vida buena. Y lo que se quiere decir cuando se habla de objetivismo moral es que cabe una discusión racional a propósito de esos valores últimos; no significa ingresar en el campo de la irracionalidad o del discurso puramente retórico, persuasivo. Otro error frecuente consiste en confundir el objetivismo con el absolutismo moral, la pretensión de corrección —cuando se sostiene en serio una tesis moral—, con la pretensión de verdad absoluta, con el dogmatismo y la intolerancia característicos del discurso religioso. Pero es todo lo contrario. Lo que hace el objetivista es exponer sus juicios al discurso racional, y en esto se diferencia precisamente tanto del escéptico como del absolutista. El objetivismo moral es, pues, una concepción falibilista (como pasa con la idea de verdad en la ciencia) de la corrección moral.

Es importante tener muy en cuenta que todo esto no es simplemente una discusión abstracta, sino que tiene consecuencias de gran trascendencia en relación con cómo conformar la ciencia del Derecho y la práctica jurídica. Pues al iusfilósofo escéptico en materia moral no le cabe otra opción que elaborar modelos muy prescriptivos (muy alejados de la realidad) en relación con la dogmática jurídica o con el ejercicio de la jurisdicción. Y de esta manera, en mi opinión, el precio que ha de pagar en términos prácticos es sumamente alto: la imposibilidad de incidir significativamente en la marcha de esas actividades, lo que viene a suponer casi una condena a la irrelevancia.

3.5. *Principios y reglas*

La predilección por los principios frente a las reglas que se atribuye a los neoconstitucionalistas (más principios que reglas) presupone aceptar una opción (que también afectaría a los positivistas), entre principios o reglas que no es, en mi opinión, otra cosa que una modalidad de la falacia de la falsa oposición. En el Derecho, en nuestros Derechos, no existe ningún problema de alguna relevancia para cuya solución no se requiera tanto de principios como de reglas. De manera que, en mi opinión, tan equivocados están quienes pretenden reducir el Derecho básicamente a reglas (los —mejor: algunos— positivistas), como quienes optan por la otra reducción (los neoconstitucionalistas) y no ven en

el Derecho (o, al menos, en el Derecho del Estado constitucional) otra cosa que principios.

Un ejemplo de esto último lo ofrece García Figueroa que en España, me parece, es uno de los pocos filósofos del Derecho que se califica a sí mismo de neoconstitucionalista. En su opinión, el neoconstitucionalismo es una teoría del Derecho que no acepta la dicotomía entre reglas y principios, pero simplemente porque él cree que en el Estado de Derecho no existen reglas, sino que todas las normas serían principios. Lo que quiere decir con ello es que todas las normas tienen (o pueden tener) excepciones, esto es, pueden ser derrotadas y, por tanto, no pueden considerarse como reglas. Pone un ejemplo que, en su opinión, avalaría esta tesis de manera incontrovertible. Dejemos que lo cuente:

Hace unos meses, un bebé de nombre Noara necesitaba urgentemente un trasplante de hígado. Cuando son compatibles, esa operación puede practicarse entre personas vivas, pues el receptor solo necesita un fragmento del órgano del donante. Felizmente Noara disponía de un donante idóneo: su propia madre, cuyo nombre era Rocío. El final previsiblemente feliz de la historia fue enturbiado por el apartado a) de la siguiente disposición legal contenida en el artículo 4 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos:

D1: «La obtención de órganos procedentes de donante vivo, para su ulterior injerto o implantación en otra persona, podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que el donante sea mayor de edad».

El contenido de esta disposición puede reducirse, a los efectos que nos interesan, a la siguiente norma:

N1: Prohibido a todos los menores donar órganos.

Pues bien, Rocío tenía dieciséis años y por tanto no le estaba permitido donar órganos ni siquiera a su propia hija. La norma N1 que le impedía a Rocío donar una parte de su hígado a su bebé es lo que los teóricos de la distinción entre reglas y principios se complacen en llamar «regla» (García Figueroa, 2011, 130 y 131).

La conclusión que extrae de ello es la siguiente:

[E]ste caso demuestra la inviabilidad de cualquier intento de configurar las normas (ya sean constitucionales o infraconstitucionales como el artículo 4 de la Ley de trasplantes) como reglas (*i.e.* normas inderrotables) y además este caso pone de manifiesto que el positivismo jurídico está desenfocado en su visión de las relaciones entre Derecho y moral [...]. Como acabo de señalar, el caso Noara demuestra que la norma N1 («prohibido a todos los menores donar órganos») no es una regla y, por extensión, demuestra que no es posible hablar de reglas en un Estado constitucional. Un corolario de esta constatación sería que la dicotomía regla/principio no es adecuada [...]. [T]odas las normas jurídicas en el Estado constitucional son principios (si

asumimos la terminología al uso) [...]. [E]stamos [él y Ferrajoli] de acuerdo en rechazar la dicotomía regla/principio, pero ahí acaba nuestro acuerdo: A Ferrajoli le sobra la categoría de principio y a mí me sobra la categoría de regla (García Figueroa, 2011, 32-133).

Pues bien, si a García Figueroa le sobra la categoría de regla es, me parece, porque comete un error conceptual que consiste en confundir lo que es una razón excluyente con una razón no derrotable en ningún ámbito, en ninguna circunstancia, esto es, con una razón absoluta. Las reglas (si se quiere usar la terminología de Raz) son razones excluyentes, pero pueden ser derrotadas, aunque sea excepcionalmente (a diferencia de los principios, que no son razones excluyentes, sino razones no perentorias). Esto, sin embargo, no quiere decir que no haya reglas, y que todas las normas sean, en este aspecto, idénticas. Y, efectivamente, el error de los neoconstitucionalistas es simétrico al que cometen algunos iuspositivistas (me parece que es el caso de García Amado) cuando piensan que las reglas solo pueden tener excepciones explícitas pero no excepciones implícitas, lo que equivale a decir que no pueden ser derrotadas nunca (*vid.* Atienza y García Amado, 2012).

A mí me parece obvio que ninguna de esas dos concepciones extremas puede servir para dar cuenta de nuestras prácticas jurídicas. Que lo que necesitamos es conjugar reglas y principios y buscar, por así decirlo, un equilibrio entre la certeza que procuran las reglas y la flexibilidad que requiere el manejo inteligente del material jurídico y que no es posible llevar a cabo sin los principios: es precisamente en los principios en donde se encuentra la justificación para aceptar en algunos casos la existencia de excepciones —implícitas, no formuladas en el texto de la ley— a las reglas.

3.6. *Ponderación y subsunción*

La presunta necesidad de optar (en la teoría y en la práctica jurídicas) entre subsunción y ponderación es un error que deriva en buena parte del anterior: otro ejemplo de la falacia de la falsa oposición. Y también aquí, tan absurdo, tan equivocado, es propugnar que el razonamiento justificativo del juez debe limitarse al esquema de la subsunción, como recurrir alegremente a la ponderación siguiendo el eslogan de «más ponderación que subsunción».

Necesitamos obviamente los dos esquemas argumentativos, simplemente porque en ocasiones (pongámonos en la perspectiva de un juez) para la resolución de un caso se cuenta con una premisa normativa que es una regla (más exactamente, una regla de acción), mientras que en otras ocasiones el punto de partida no es una regla, sino un principio

(o, mejor, una conjunción de principios que empujan hacia soluciones opuestas). Esto último puede ocurrir si se da alguna de estas dos circunstancias: que exista una laguna normativa en el nivel de las reglas; o que exista (se cree) una laguna axiológica, porque hay un desajuste entre (el significado textual de) las reglas y sus razones subyacentes, los principios que las dotan de sentido.

Me he referido en varias ocasiones (una de ellas, muy recientemente [*vid.* Atienza y García Amado, 2012]) a cómo debe entenderse la ponderación, y en el próximo capítulo volveré a ocuparme de este tema. Aquí me limito a señalar que se trata de un procedimiento racional (formalizables desde el punto de vista lógico), en relación con el cual sí que pueden establecerse criterios de control racional, aunque no sean los de la lógica formal, sino los de la racionalidad práctica. Por lo demás, tampoco los criterios estrictamente lógicos son suficientes en el caso de la subsunción, puesto que su manejo supone el establecimiento de las premisas y esta última no es una operación lógico-deductiva. Y es también innegable que el razonamiento ponderativo supone siempre niveles mayores de discrecionalidad que el puramente subsuntivo y que, por lo tanto, debe recurrirse al mismo de manera excepcional, al tiempo que su uso requiere niveles particularmente exigentes de justificación.

3.7. *Ni formalismo ni activismo judicial: un juez activo*

Una consecuencia igualmente obvia de todo lo anterior es que el juez no debe incurrir ni en formalismo ni en activismo. Por supuesto, se trata de dos términos de no fácil precisión, pero yo diría, en principio, que el juez formalista es el que atiende únicamente al texto de la ley y no toma en cuenta las razones subyacentes a las normas, de manera que se olvida de los fines y valores que caracterizan esa práctica. Mientras que el activista es el que no tiene en cuenta los límites del Derecho, actúa como si el Derecho no fuera para él una práctica autoritativa, como si los materiales jurídicos no fijaran ciertos límites, dentro de los cuales él debe permanecer porque, de otra manera, ya no estaría jugando al juego del Derecho, lo que significa que estaría poniendo en riesgo valores esenciales del Derecho (del Derecho del Estado constitucional) que no son puramente formales: no lo son porque —como antes decía— suponen condiciones para que puedan darse los otros, los valores materiales.

Yo creo que el defecto fundamental de la cultura jurídica en los países latinos sigue siendo la propensión hacia el formalismo. Y esa puede ser una explicación para el hecho de que muchos juristas comprometidos con un proyecto político de transformación social se sientan atraídos por el neoconstitucionalismo. Pero el formalismo no se combate ignorando que en la cultura del legalismo hay valores que es importante preser-

var, que el positivismo jurídico no implica necesariamente formalismo y que, en definitiva, un juez activo no es lo mismo que un juez activista... aunque los límites del activismo no pueden ser trazados exactamente de la misma manera en países de institucionalidad, digamos, fuerte, en los que existen instancias distintas a la judicial en condiciones de asegurar la tutela de los derechos fundamentales allí donde no llega la acción judicial, que en otros, de institucionalidad más débil, en los que la no actuación por parte del juez puede suponer lisa y llanamente la no satisfacción de los derechos.

3.8. *Importancia de la argumentación*

Todos los anteriores rasgos del constitucionalismo no positivista se conectan de manera muy estrecha con la argumentación jurídica: el Estado constitucional supone, sin duda, mayores exigencias de argumentación (para los jueces y, en general, para los juristas) que el Estado de Derecho legislativo; un límite notable del positivismo jurídico —que ha sido puesto de manifiesto por diversos autores— es su carencia de una teoría de la argumentación; la tesis de la unidad de la razón práctica supone la incorporación en el Derecho de la argumentación moral; el objetivismo moral es un presupuesto para entender la exigencia de que los órganos públicos tengan que fundamentar sus decisiones; la importancia de los principios va ligada a un incremento y una complejidad creciente de la argumentación en el Derecho; como se echa de ver sobre todo a propósito de la ponderación; y el modelo de juez bosquejado en el anterior apartado (ni formalista ni activista) podría definirse también como un juez argumentativo: que se toma en serio la obligación de fundamentar sus decisiones y, por ello, acepta también la existencia de ciertos límites: los que marcan la diferencia entre lo que es y lo que no es argumentable en el Derecho.

Pero eso no quiere decir que se trate de una teoría argumentativa del Derecho, en el sentido en el que usa esta expresión Ferrajoli (2011a): para referirse a una teoría que reduce el Derecho a principios y defiende una concepción débil de los derechos fundamentales, pues estos (en cuanto meros principios) necesitarían ser ponderados con otros, con los cuales entrarían en incesante conflicto. Como ya se ha visto, el Derecho no puede reducirse ni a principios ni a reglas. El concepto de derechos fundamentales implica, en el nivel normativo, tanto reglas como principios, pero además hay otro nivel, el valorativo, necesario para dar cuenta de manera satisfactoria de la noción de derechos fundamentales. Y, naturalmente, la afirmación de que alguien tiene un derecho no supone siempre un ejercicio de ponderación, pues muchas veces (la mayoría de las veces) los derechos están establecidos con claridad en una regla y su

aplicación no hace surgir ningún conflicto entre derechos. Repitámoslo una vez más: el hecho de que las reglas pueden ser excepcionalmente derrotadas no supone que no podamos tener ninguna seguridad sobre la solución jurídica de los casos que regulan.

El constitucionalismo no positivista es una teoría argumentativa del Derecho en cuanto subraya que la práctica jurídica —y en especial en el Estado constitucional— tiene en buena medida un carácter argumentativo, aunque, naturalmente, en el Derecho no todo es argumentación. Pero ser consciente de esa dimensión abre al jurista grandes posibilidades de actuación para transformar dicha práctica precisamente en el sentido de aproximarla a los valores del constitucionalismo. De ahí la importancia de desarrollar una teoría cuya mayor virtualidad, en mi opinión, consiste en vincular, de una manera que cabría llamar «natural», la teoría con la práctica y, al mismo tiempo, la teoría del Derecho con las ciencias sociales y con la filosofía. Para ello se necesita (como se vio en el cap. IV) un concepto de argumentación suficientemente amplio y sistemático que permita articular la dimensión lógico-formal con la dimensión material y la dimensión pragmática (retórica y dialéctica). Y que contribuya, por ello, a guiar a los juristas en la resolución de tres cuestiones capitales de su práctica: cómo entender y analizar una argumentación que ha tenido lugar en algún campo o instancia jurídica; cómo evaluarla; y cómo argumentar (*vid.* Atienza, 2013).

4. A MODO DE CONCLUSIÓN. POPULISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO

La anterior caracterización del postpositivismo puede considerarse, por un lado, como una síntesis de lo ya planteado en trabajos anteriores y, por otro lado, como un bosquejo que necesita un desarrollo más pormenorizado y que, en alguna medida, efectuaré en capítulos sucesivos de este libro. Espero, de todas formas, que haya quedado claro que se trata de una concepción del Derecho que no tiene nada que ver (o que tiene muy poco que ver) con lo que se acostumbra a denominar como «neoconstitucionalismo», y que se diferencia también nítidamente del positivismo jurídico. El iuspositivismo, en cualquiera de sus modalidades, no es una concepción del Derecho que permita dar cuenta del fenómeno del constitucionalismo y, con frecuencia, sus representantes incurrir en errores que son simétricos a los de los neoconstitucionalistas. Y el neoconstitucionalismo, si entendemos por tal una concepción del Derecho que se caracteriza —de manera muy imprecisa— de la manera como han propuesto una serie de autores positivistas precisamente con propósitos descalificatorios, es una posición teóricamente insostenible y que, de hecho, no parece contar con muchos adeptos. De manera que

la única concepción que —yo creo— puede ofrecer una guía al jurista que se mueve en el contexto de los Derechos del Estado constitucional es el constitucionalismo no positivista, que evita los errores o las exageraciones de las dos anteriores doctrinas y ofrece un modelo no unilateral y suficientemente complejo del Derecho.

Ahora bien, en relación con el neoconstitucionalismo, me parece que puede decirse que tanto sus detractores como sus supuestos partidarios han contribuido a generar una situación de verdadero desbarajuste terminológico y conceptual, y para la que habría que encontrar algún remedio. Antes sugerí utilizar el término «neoconstitucionalismo» o «neoconstitucionalista» para referirse solo a los autores que aceptan ser llamados así, y quizás eso podría contribuir a evitar algún que otro equívoco. Pero es posible que la confusión apunte a razones, por así decirlo, más de fondo.

De hecho, creo que se pueden encontrar ciertos paralelismos entre el neoconstitucionalismo, en la teoría del Derecho, y el populismo, en la teoría política, sobre los que merece la pena reflexionar. Así, por ejemplo, el que parece ser el mayor teórico del populismo, Ernesto Laclau (2005), considera que no cabe una definición de «populismo», porque se trata de un «significante vacío», lo que viene a querer decir que no puede elaborarse algo así como un concepto de populismo, o que se trata de un concepto un tanto especial; aunque no sea fácil de entender, para que exista populismo (o lo que él llama «populismo») es necesario, en su opinión, que el «nombre» se separe del «concepto», el «significante» del «significado» (p. 153). Y una consecuencia de esa construcción teórica, claro está, es que el análisis conceptual (o lo que normalmente entendemos por tal) resulta sustituido por (o, si se quiere, consiste en parte en) un uso metafórico del lenguaje, una apelación constante a los afectos y a la retórica, y en la utilización de un lenguaje impreciso y vago que, para Laclau, no constituye ningún defecto, sino que, por el contrario, es un componente esencial del populismo. Ligada a ello está la pretensión de que el populismo no es propiamente un movimiento político, sino lo que él llama una «lógica política»; lo político se habría convertido en cierto modo en un sinónimo de populismo, aunque aclara que eso no quiere decir «que todas las propuestas políticas sean igualmente populistas» (p. 195). Otra característica del populismo sería el desarrollo de lo que llama la «lógica de la equivalencia» a expensas de la «lógica de la diferencia», aunque eso no querría decir exactamente que ambas lógicas se excluyan, sino más bien que están en tensión. Para entender lo que esto significa: el populismo requiere la existencia de demandas insatisfechas, pero no puede tratarse de demandas, digamos, bien delimitadas y que pudieran adscribirse, para ser satisfechas, a alguna institución específica. Debe tratarse de una demanda general

o equivalente, y de ahí la dimensión antiinstitucional del populismo⁴. La noción de legitimidad del populismo sería de carácter carismático y, por tanto, alejada de lo que Weber llamaba «legitimidad legal», abstracta, característica del Estado (y del Derecho) moderno. La manera de entender la democracia por parte del populismo se inclinaría hacia lo que se llama «modelo agonístico» de democracia, que subraya la preeminencia de las relaciones de poder y niega la posibilidad de consenso real entre los diversos grupos, y no hacia la democracia deliberativa, vinculada con el discurso racional y la posibilidad de cambiar, mediante la deliberación, las preferencias de la gente. Y, en fin, lo que quizás sea el rasgo más típico, el populismo no es concebido como una constelación fija, sino como una serie de recursos discursivos que pueden ser utilizados de modos muy diferentes (*vid.* p. 220).

Y, como antes sugería, todos o muchos de esos rasgos parecen tener una réplica en el neoconstitucionalismo. Para empezar, es difícil encontrar una expresión más imprecisa en la cultura jurídica de los países del mundo latino y que, al haber sido utilizada para significar casi todo, ha terminado —como hemos visto— por no significar prácticamente nada. La defensa del neoconstitucionalismo no suele suponer la adhesión a una determinada corriente de teoría del Derecho, sino la reivindicación de una serie de valores muy generales: la realización de la justicia material, de la libertad, de la igualdad y del resto de los valores constitucionales. Pero no hay un análisis cuidadoso de esas nociones, de la de derechos fundamentales, etc. La elaboración conceptual ha sido sustituida por una simple apelación a la Constitución, que viene a ser el equivalente de la invocación al pueblo en el populismo y sintetiza el conjunto de las demandas sociales insatisfechas. Se trata, por ello, de una idea más bien imprecisa de Constitución y que tiende a desligarse de un texto constitucional que tenga que ser interpretado aceptando la existencia de ciertos límites, esto es, del componente autoritativo e institucional del Derecho. En lo que se hace hincapié no es en la dimensión institucional del Derecho, sino en el rol que jugar por el juez como intérprete de los valores constitucionales y encargado de hacer justicia aplicando

4. José Luis Villacañas, en su certero análisis del populismo, lo expone así: «Queda claro que el populismo es la teoría política que pone todo su énfasis en la construcción del pueblo. Pero lo decisivo es que el populismo asume como principal objetivo el mantener las condiciones de posibilidad de las que brotó. Esto significa que no puede especializarse en atender demandas con las instituciones debidas. La reconstrucción en la que está pensando no es institucional. Pues las instituciones parcelan las demandas, trocean intereses, permiten la verificación de políticas, exigen responsabilidades concretas. Todo esto fractura el pueblo. Si se juzga estas políticas concretas, su eficacia, su rigor, su funcionalidad, entonces los juicios pueden dispersarse. Con ello se pierden oportunidades para 'una política pura de construcción de un enemigo total' [Laclau, 2005, 236]» (Villacañas, 2015, 87; la cita se refiere a la obra de Laclau, *La razón populista*).

directamente la Constitución (alguna interpretación de la misma) y sin necesidad de contar con las enojosas mediaciones que suponen las normas infraconstitucionales. Y, en fin, quizás no sea casual que donde más haya prendido esta ideología del neoconstitucionalismo haya sido en los países con una institucionalidad más débil.

No pretendo decir tanto como que el neoconstitucionalismo venga a ser el populismo en la teoría y en la práctica del Derecho. Ni es mi intención sugerir que la teoría del populismo de Laclau sea una buena caracterización del fenómeno del populismo, de la misma manera que tampoco creo que el neoconstitucionalismo dé cuenta adecuadamente de en qué consiste y cómo funciona el Derecho en el contexto del Estado constitucional. Lo que pretendo subrayar (esta sería la conclusión a la que hace referencia el título del apartado) es que la ideología del neoconstitucionalismo entraña un serio riesgo de simplificación teórica y de erosión de las instituciones jurídicas básicas del Estado de Derecho. Me temo además que quienes han contribuido a generar ese riesgo no han sido solo los que muestran adhesión a ese rótulo, sino también quienes pusieron en circulación el mismo con la pretensión de descalificar todas aquellas concepciones del Derecho que eran críticas con el positivismo jurídico. ¿No es hora, entonces, de tomarse las cosas en serio y de procurar deshacer todo ese inmenso enredo?

VI

PONDERACIÓN Y SENTIDO COMÚN JURÍDICO

1. INTRODUCCIÓN. PRINCIPIOS JURÍDICOS, CONSTITUCIONALISMO Y PONDERACIÓN

En muchas ocasiones, la teoría del Derecho, o cierta teoría del Derecho, se ocupa de cuestiones que no parecen interesar mucho ni a quienes cultivan otras disciplinas jurídicas ni a los juristas prácticos. Pongo tres ejemplos que me vienen ahora a la cabeza: la distinción entre permisos en sentido fuerte y en sentido débil, sobre la que tanto se ha escrito en la iusfilosofía del mundo latino en los últimos años; la enésima interpretación de algún aspecto de la teoría del Derecho de Kelsen (la norma fundamental, pongamos por caso); o la socorrida distinción entre positivismo jurídico incluyente, excluyente y normativo, que al común de los juristas suele dejarle bastante indiferente. No pretendo decir que esos problemas no sean importantes. Hasta cierto punto lo son, y creo que un conocimiento básico de los mismos y de las soluciones que se han propuesto para ellos resulta (o debería resultar) de interés general para los juristas. Pero me parece también que la sofisticación a la que se ha llegado en el análisis de esas cuestiones recuerda demasiado a las burlas que Von Ihering (1884) dirigía a los juristas (formalistas) entretenidos, en su cielo de los conceptos jurídicos, en sutilezas carentes de cualquier interés práctico: recuérdese lo de la máquina que permitía partir un cabello en 999 999 partes iguales, y otras lindezas por el estilo. De manera que, sin justificar —por supuesto— el desdén que por el trabajo iusfilosófico muestran muchas veces los juristas «prácticos», no puede descartarse tampoco que los filósofos del Derecho tengamos alguna responsabilidad a la hora de explicarse esa falta de interés.

De hecho, hay algunas cuestiones últimamente muy tratadas en la teoría del Derecho que sí parecen haber tenido una considerable reper-

cusión en otras disciplinas jurídicas y, muy en especial, en la práctica del Derecho. Pondré también tres ejemplos de ello: el concepto de principio jurídico (y la distinción entre los principios y las reglas); el (neo) constitucionalismo, que algunos tribunales (como el Tribunal Constitucional del Ecuador) parecen considerar como la teoría del Derecho propia de su sistema jurídico y, por extensión, de los sistemas del Estado constitucional avanzado; y la ponderación, en cuanto método peculiar de razonamiento jurídico.

En no pocas ocasiones, esas tres nociones aparecen estrechamente conectadas. Así, en un trabajo que ha tenido bastante repercusión, Ferrajoli (2011a) contrapone su concepción positivista (garantista) del Derecho a lo que llama «constitucionalismo principialista o argumentativo», y caracteriza esta última postura por el papel sobresaliente que otorga a los principios y a su método peculiar de aplicación, la ponderación, y por la tendencia a identificar o a no distinguir con la suficiente claridad entre el Derecho y la moral; todo lo cual le lleva a proponer para esta última concepción el rótulo de «neoconstitucionalismo» que, sin embargo, no le parece en absoluto apropiado para el «constitucionalismo» (sin el «neo») garantista o normativista que él propugna. Y esquemas parecidos pueden encontrarse en muchos otros autores. Por ejemplo, García Amado (2009) califica a las concepciones «neoconstitucionalistas» de «iusmoralistas» y las critica precisamente por dejar de lado el Derecho positivo (lo establecido por el legislador) y pretender sustituir a esa autoridad democrática (si se trata del sistema jurídico de un Estado de Derecho) por las preferencias morales del teórico de turno que se justificarían (falazmente) mediante el recurso a los principios y a la ponderación.

Yo también creo que los tres conceptos a los que me estoy refiriendo están estrechamente relacionados entre sí. Pero ocurre que se trata de conceptos extraordinariamente confusos quizás debido, sobre todo, a que con mucha frecuencia se usan en el contexto de polémicas en las que no se trata tanto de entender al otro cuanto de derrotarle en el transcurso de una discusión. En mi opinión, esa falta de claridad conceptual se detecta tanto entre los teóricos que hacen uso de, o que han elaborado, esas categorías, como entre los prácticos que parecen haber decidido utilizarlas en su trabajo de aplicación e interpretación del Derecho. Pongo un ejemplo de cada una de esas dos situaciones.

En el trabajo de Ferrajoli al que me acabo de referir (Ferrajoli, 2011a), a mí me incluía dentro de lo que él denominaba «neoconstitucionalismo tendencialmente iusnaturalista», «constitucionalismo principialista o argumentativo», etc. Sin embargo, y con independencia del carácter más o menos adecuado de esos rótulos, la diferencia entre lo que él pensaba que yo pienso (sobre cómo entender los principios, la ponderación o la

separación/distinción entre Derecho y moral) y lo que realmente pienso al respecto es considerable (lo que no quiere decir que entre nosotros no haya ninguna diferencia: las hay, sobre todo, en un par de extremos que me parecen significativos: yo no soy iuspositivista y defendiendo el objetivismo moral). Y algo parecido puede decirse, me parece, de las críticas que Ferrajoli dirige a los autores que engloba dentro del «neoconstitucionalismo»: Alexy, Dworkin o Nino sostienen, en mi opinión, tesis que no son exactamente las que Ferrajoli les atribuye. El otro ejemplo que aquí quiero poner —digamos, para «compensar»— se refiere al uso que muchos tribunales latinoamericanos hacen precisamente de la teoría del propio Ferrajoli: con muchísima frecuencia se apoyan en él para defender el tipo de planteamiento que suele calificarse de «activista» (también este, por lo demás, un término necesitado de clarificación) sin advertir, al parecer, que Ferrajoli es un crítico severo de esas posiciones y un ferviente defensor del deductivismo jurídico en relación con la jurisdicción. Los jueces, en su opinión, no son (no deben ser) órganos creadores de Derecho (usando procedimientos como la ponderación), sino que tienen que aplicar el Derecho en forma silogística (deductiva) para no invadir competencias (legislativas) que no les corresponden. Ferrajoli no se ha cansado de repetir que la jurisdicción (de acuerdo con su concepción garantista del Derecho) solo puede (para ser legítima) cumplir una función *cognoscitiva*: y solo se puede conocer, naturalmente, algo previamente existente.

Bueno, yo no me voy a ocupar aquí más que del tercero de estos tres conceptos: el de ponderación. Pero dada la estrecha conexión existente con los otros y la confusión a la que acabo de referirme, he de empezar por aclarar algunas cosas en relación con las otras dos nociones.

A propósito de los principios, me parece que una de las mayores fuentes de confusión viene de la manera como se contraponen los principios a las reglas. Y lo que en mi opinión habría que aclarar al respecto es lo siguiente. Los principios y las reglas son dos tipos característicos de enunciados jurídicos, aunque no sean los únicos; hay muchas otras «piezas» que componen un sistema jurídico: definiciones, enunciados de valor, normas constitutivas, etc. Hace años traté de construir, con Juan Ruiz Manero (Atienza y Ruiz Manero, 1996), una teoría de los enunciados jurídicos en la que tanto los principios como las reglas los veíamos (desde el punto de vista estructural) como enunciados condicionales. Pero la diferencia estribaba en que el antecedente (el supuesto de hecho) en el caso de los principios tenía un carácter «abierto» (en las reglas sería «cerrado»), lo que podía expresarse también (siguiendo la terminología de Von Wright) diciendo que los principios son «normas categóricas»: sus condiciones de aplicación (supuesto de hecho) no contienen otras propiedades que las derivadas del propio contenido de la

norma¹. Digamos: prohibido discriminar por razón de sexo (siempre que exista una oportunidad de efectuar un acto de ese tipo), es un principio; prohibido pagar a una mujer un salario inferior al de un varón si ambos realizan el mismo trabajo, es una regla. Naturalmente, la distinción (entre principios y reglas) tiene un carácter gradual, puesto que las condiciones de aplicación pueden ser más o menos abiertas o cerradas, de manera que pueden presentarse perfectamente casos de vaguedad: normas respecto de las cuales puede ser dudoso si debemos calificarlas como reglas o como principios. Pero, además, dado que todas (o casi todas) las reglas de un sistema jurídico (como ocurre en general con los enunciados condicionales) tienen carácter derrotable o revisable (pueden tener excepciones), eso ha llevado a muchos críticos a negar que tenga sentido distinguir entre reglas y principios o, cuando menos, a negar que pueda hablarse de una distinción de carácter «cualitativo». Ahora bien, si lo que se pretende con ello es negar la relevancia de la distinción, entonces me parece que se está olvidando una cuestión muy importante, a saber: que los principios se presentan directamente como enunciados derrotables, esto es, son razones no perentorias, mientras que la vocación de las reglas es la de no resultar derrotables (son razones perentorias) por más que, en circunstancias excepcionales, puedan serlo². En resumen, la distinción entre reglas y principios sí que es una distinción relevante (imagino que es eso lo que quiere decirse con «dis-

1. Hay, pues, un claro paralelismo entre la contraposición entre principios y reglas, por un lado, y, por otro lado, la clasificación de las prescripciones que hace Von Wright en categóricas (sus condiciones de aplicación son únicamente las que se desprenden del contenido) e hipotéticas (tienen condiciones de aplicación adicionales a las que se desprenden del contenido). Sobre esto *vid.* Aguiló (2000).

2. La cuestión tiene mucha importancia, pues si, efectivamente, todas las reglas fueran derrotables o revisables de la misma manera que los principios (*vid.* cap. V), entonces me parece que habría que dar la razón (o una buena parte de razón) a los críticos de la ponderación, puesto que la ausencia de reglas llevaría inevitablemente a que no pudiera hablarse de certeza jurídica. Pero creo que las cosas no son así. En varios trabajos escritos conjuntamente con Juan Ruiz Manero (Atienza y Ruiz Manero, 1996 y 2009a), sostuvimos, a propósito de cómo funciona el razonamiento judicial, que, aunque los principios juegan un papel no solo en relación con los casos difíciles, sino también a propósito de los fáciles (a la hora de determinar que un caso es fácil, que no hay que ponderar), la manera de operar era distinta. O sea, en los casos fáciles, basta con echar una simple ojeada para darse cuenta de que la solución se obtiene simplemente aplicando alguna regla previamente existente y en cuyo supuesto de hecho se subsume el caso sin mayor problema, de manera que aquí no hay propiamente deliberación, a diferencia de lo que ocurre con los casos difíciles, los que deben resolverse ponderando principios. El razonamiento justificativo judicial puede entenderse entonces a partir de la existencia de un sistema con dos niveles: el de las reglas y el de los principios. Y esto, como digo, es muy relevante para la ponderación, puesto que (como enseguida veremos) la ponderación es un procedimiento argumentativo mediante el cual se crean reglas a partir de principios, y esas reglas contribuyen a dar certeza al procedimiento, a que no pueda verse como un mecanismo casuístico que conduce fatalmente a la arbitrariedad.

tinción cualitativa»), pero no deberíamos verla en términos «esencialistas», sino como una distinción funcional y dinámica (lo que no excluye que pueda presentarse también en términos estructurales). Eso tiene como consecuencia, por ejemplo, que carezca en mi opinión de sentido discutir acerca de si los derechos fundamentales son (se expresan en) reglas o en principios. El análisis normativo de un derecho (y los derechos no pueden entenderse únicamente en ese plano: tienen también una dimensión de valor inequívoco) exige tomar en consideración tanto principios como reglas. Y lo mismo puede decirse, en general, a propósito de cualquier problema jurídico de alguna importancia: su análisis (y su resolución) supone el uso tanto de principios como de reglas.

Por lo que hace a lo del «neoconstitucionalismo», me limito a recordar una de las conclusiones a las que llegaba en el anterior capítulo. A mi juicio, a pesar de su gran difusión, se trata de una expresión equívoca y equivocada o, cuando menos, muy poco afortunada desde el punto de vista de la claridad conceptual, ya que bajo esa denominación suelen incluirse concepciones del Derecho que realmente son muy distintas entre sí, por no decir que incompatibles. Por eso, mi propuesta era que reservemos ese término, «neoconstitucionalismo», para englobar únicamente a las concepciones que efectivamente aceptan ese rótulo, lo que significa dejar fuera de su ámbito de aplicación tanto al constitucionalismo positivista de Ferrajoli como al constitucionalismo no positivista (o postpositivista) en el que cabrían autores como Dworkin, Alexy, Nino o el último MacCormick. Los neoconstitucionalistas, de acuerdo con mi propuesta, serían precisamente los que tienden a ver el Derecho como un conjunto de principios (reducen las reglas a principios), de manera que incurrirían en un tipo de reduccionismo opuesto al de los positivistas (ciertos positivistas) que no ven en el Derecho más que reglas. Unos y otros vendrían a coincidir, por ello, en sostener una visión empobrecida del Derecho debida, en buena medida, a no comprender el carácter complejo de la distinción entre reglas y principios y la importancia que

La distinción a la que me refería antes, entre una simple ojeada (en los casos fáciles) y una mirada profunda (en los casos difíciles), viene a corresponderse con la contraposición que hacen algunos psicólogos (pienso en Kahneman, 2011) entre pensamiento rápido y pensamiento reflexivo. Así, reconocer un caso como normal o fácil y cuya resolución exige una «simple mirada» vendría a ser una manera de referirse al *sistema 1* de pensamiento que, como se sabe, es un pensamiento intuitivo que incluye tanto el uso de heurísticos como de pensamiento experto; mientras que hay problemas (casos anormales, casos difíciles) que no pueden solucionarse así, sino que exigen una «mirada en profundidad», lo cual sería, a su vez la manera de referirse al *sistema 2* de pensamiento, al pensar lento y reflexivo, que Kahneman vincula precisamente con la deliberación. Dicho de manera más expeditiva: nuestro *sistema 1* es el que entra en funcionamiento cuando tenemos (cuando un juez tiene) que resolver problemas de aplicación de reglas; mientras que la solución de problemas que implican principios (que implican deliberación) supone poner en marcha el *sistema 2*.

la misma tiene en la conceptualización del Derecho. Incurren, dicho de otra manera, en una de las modalidades de la falacia de la «falsa oposición» (*vid.* Vaz Ferreira, 1962): en el Derecho no se trata de optar entre reglas y principios, sino de conjugar esas dos necesarias dimensiones de nuestros sistemas jurídicos.

2. LA PONDERACIÓN EN POCAS PALABRAS

Volvamos entonces a la ponderación. Antes decía que es uno de los problemas abordados por los teóricos del Derecho que sí importan a los prácticos, y ahora añado que con toda razón. En realidad, no hay caso, de esos que solemos llamar difíciles, para cuya solución los juzgadores no tengan que usar, de una u otra forma, el razonamiento ponderativo. Cuando estaba escribiendo este texto, el Tribunal Supremo español (la Sala Primera de lo Civil) dictó una sentencia (de 3 de junio de 2014) que fue recogida por todos los medios de comunicación del país. Lo esencial del fallo consiste en desheredar a unos hijos por haber incurrido en maltrato psicológico de su padre. El Código Civil español establece, como causa de desheredación, el «maltrato de obra», y lo que ahora hace el Tribunal Supremo es interpretar esa noción de manera que en la misma se incluya también el maltrato psicológico. La defensa de los hijos aducía (en su recurso contra una decisión de una Audiencia en el mismo sentido que ahora ha ratificado el Supremo) que con ello se abandonaba el campo del Derecho para ingresar en el de la moral, y el Tribunal Supremo se valió, para justificar su decisión, entre otros argumentos, del principio de la dignidad de la persona y de la reciente Ley orgánica contra la violencia de género que, específicamente, incluye el maltrato psicológico como un tipo de violencia. Parece obvio que la forma general del argumento del Tribunal (aunque no se quiera reconocer en los fundamentos de la sentencia) se corresponde con una analogía³: el maltra-

3. La explicación radica en el formalismo que caracteriza a los tribunales españoles y que los hace ser «formalistas» incluso cuando innovan el Derecho. O sea, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en este caso, presenta (motiva) su decisión tratando de ocultar el cambio jurisprudencial que está introduciendo, aunque eso suponga incurrir en contradicción, o poco menos. Así, en uno de los fundamentos (fundamento segundo, 3) afirma que las causas de desheredación no son susceptibles «de analogía ni de interpretación extensiva», pero inmediatamente después (fundamento segundo, 4) al Tribunal le parece que eso es compatible con aceptar que «el maltrato psicológico... debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra». Alguien podría quizás defender la postura del Tribunal (negar la contradicción) aduciendo que lo que realmente está haciendo (lo que dice que ha hecho) es simplemente una interpretación del artículo 853.3 del Código Civil (el que habla de maltrato de obra) de acuerdo con la realidad social del momento (utilizando uno de los criterios de interpretación del artículo 3.1 de dicho Código), y, por tanto, no usando la analogía o la interpretación

to psicológico se equipara al maltrato de obra. Ahora bien, no puede olvidarse que el razonamiento analógico (*vid.* Atienza, 1986) contiene, en sus premisas, una necesaria apelación a principios jurídicos que resultan, de alguna forma, ponderados: en este caso, el principio de justicia sustantiva (no favorecer a un maltratador) habría prevalecido sobre el de seguridad jurídica (el esgrimido por los hijos: la aplicación literal del artículo). Si las cosas se vieran de otra forma (si se pensara que la seguridad jurídica debiera jugar en esa contraposición un papel prevalente), entonces parece obvio que no se hubiese procedido a la analogía. Por lo demás, el parecido de este caso con el que Dworkin hizo famoso para ilustrar su tesis de que el Derecho no consta únicamente de reglas, sino también de principios (el *Riggs v. Palmer*), podría llevar a plantearnos esta cuestión: ¿qué hubiese ocurrido, que habría hecho el Tribunal Supremo español, si en el Código Civil no se incluyera ni siquiera esa referencia al «maltrato de obra»?; o, dicho de otra manera, ¿cómo hubiese discurrido entonces su ponderación?⁴.

En mi opinión, desde el punto de vista teórico, disponemos de todo un arsenal conceptual no muy difícil de exponer y que podría facilitar mucho el trabajo de los prácticos, de los aplicadores del Derecho, cuando tienen que recurrir a la ponderación; aunque no exista —no podría existir— algo así como una receta mágica cuya aplicación permita sin más resolver esos problemas. ¿Cómo se explica, entonces, que ese tema de la ponderación se haya vuelto tan polémico y que esté dando lugar, yo creo, a tantos malentendidos? En mi opinión, parte de la explicación (la parte «legítima») tiene que ver con una diferencia de fondo que atañe a la manera de concebir el Derecho y que, a su vez, tiene su razón de ser en una inevitable ambivalencia que presentan nuestros Derechos (probablemente todos los Derechos) y que puede reconducirse a la clásica contraposición entre seguridad (la certeza que proveen las reglas) y justicia (que en muchos casos sería imposible lograr sin cierta flexibilidad que solo puede alcanzarse «ponderando» los diversos principios o valores que subyacen a las reglas). O sea, hay aquí un difícil ejercicio

extensiva. Pero eso parece poco satisfactorio, entre otras cosas porque analogía, interpretación extensiva e interpretación evolutiva no son términos o conceptos antitéticos, sino que suelen caminar juntos: en este caso, efectivamente, el Tribunal realizó una interpretación evolutiva que produjo el efecto de ampliar el significado de la expresión «haberle maltratado de obra» (del artículo 853.3) incluyendo en la misma el maltrato psicológico (interpretación extensiva), y para lo cual se sirvió del argumento por analogía.

4. Como el lector seguramente sepa, en el caso *Riggs v. Palmer*, un tribunal de Nueva York negó al nieto de una persona fallecida el derecho a recibir la herencia de este último, algo que las normas explícitas del Derecho de Nueva York parecían reconocerle, basándose en que el nieto había sido el asesino del causante y en la existencia de un principio (implícito) de acuerdo con el cual nadie podía obtener provecho de un acto ilícito que hubiese cometido.

de equilibrio y es comprensible que diversos autores, diversos juristas, tiendan a enfatizar más uno u otro de esos dos valores enfrentados. La parte «ilegítima» de la explicación se relaciona, por el contrario, con las dificultades que encuentra la discusión racional para abrirse camino en ciertos campos muy proclives a la influencia de la ideología y, por consiguiente, a la comisión de todo tipo de falacias. No me refiero por lo tanto aquí a las (anteriores) dificultades objetivas y que podemos considerar como inevitables, sino a las que tienen que ver con ciertas actitudes subjetivas que muchas veces bloquean el discurso racional: un afán desmedido por ser original, crítico o polémico; la pereza intelectual (o algo peor) que suele llevar a no hacer un esfuerzo por entender bien lo que el adversario teórico está diciendo; rencillas de escuela o simplemente personales; o el clásico «sostenella y no enmendalla». Naturalmente, nadie está a salvo de incurrir en esos vicios epistémicos y, por eso, además de estar abiertos a la discusión con otros, conviene que seamos conscientes de la importancia que tiene mantener una actitud de autocrítica, de vigilancia sobre nosotros mismos. No es solo cuestión de honradez personal, sino una condición necesaria para hacer progresar la teoría del Derecho y la cultura jurídica.

¿Qué es lo que puede decirse, entonces, sobre el tema de la ponderación y que, yo creo, deberíamos considerar algo así como el sentido común jurídico en la materia, a partir de lo cual (pero no antes) habría que plantear las cuestiones verdaderamente controvertibles? Bueno, me he ocupado varias veces de ese tema y en un trabajo de hace algunos años, titulado «A vueltas con la ponderación» (en Atienza y García Amado, 2012), he tratado de fijar cuáles serían, a mi juicio, esos puntos de partida que tendrían que ser aceptados por todos, presentándolos como un conjunto de respuestas en relación con las tres grandes cuestiones (o grupos de cuestiones) que la ponderación parece suscitar: 1) ¿en qué consiste?, ¿cuáles son sus características en cuanto tipo de razonamiento específico? y ¿de qué manera se diferencia de la subsunción?; 2) ¿cuándo hay que ponderar?, ¿está justificado hacerlo?, ¿puede evitarse?; 3) ¿es la ponderación un procedimiento racional?, ¿en qué consiste esa racionalidad?

Pues bien, la contestación a esas preguntas podría sintetizarse, me parece, como sigue:

2.1. *¿En qué consiste la ponderación?*

La ponderación es un procedimiento argumentativo en el que pueden distinguirse dos pasos. En el primero —la ponderación en sentido estricto— se pasa del nivel de los principios al de las reglas: se crea, por tanto, una nueva regla no existente anteriormente en el sistema de que

se trate. Luego, en un segundo paso, se parte de la regla creada y se subsume en ella el caso por resolver. Lo que podría llamarse la «justificación interna» de ese primer paso es un razonamiento con dos premisas. En la primera se constata simplemente que, en relación con un determinado caso, existen dos principios (o conjuntos de principios) aplicables, cada uno de los cuales llevaría a resolver el caso en sentidos entre sí incompatibles: por ejemplo, el principio de libertad de expresión, a considerar permitida tal tipo de conducta; y el principio de respeto a la intimidad, a considerarla prohibida. En la segunda premisa se establece que, dadas tales y cuales circunstancias que concurren en el caso, uno de los dos principios (por ejemplo, el de libertad de expresión) derrota al otro, tiene un mayor peso. Y la conclusión vendría a ser una regla general que enlaza las anteriores circunstancias con la consecuencia jurídica del principio prevaleciente: si se dan las circunstancias X, Y y Z, entonces la conducta C está permitida.

Naturalmente, la dificultad de ese razonamiento radica en la segunda premisa, y aquí es precisamente donde opera la famosa «fórmula del peso» ideada por Robert Alexy (2002) que vendría a ser, por lo tanto, la «justificación externa» de esa segunda premisa. Como todo el mundo sabe a estas alturas, lo que viene a decir Alexy es que, cuando se producen choques entre principios (lo que para él equivale a decir, entre derechos), esos conflictos deben resolverse aplicando el principio de proporcionalidad que, a su vez, consta de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto; este último, a su vez, consta de tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. La ley de la ponderación se concreta, a través de tres variables, en la fórmula del peso, siendo esas variables el grado de afectación de los principios en el caso concreto, el peso abstracto de los principios relevantes y la seguridad de las apreciaciones empíricas. Si existe un empate (el peso de los principios es idéntico), entonces es cuando entran en juego las reglas sobre la carga de la argumentación: por ejemplo, la que establece una prioridad a favor de la libertad, o a favor del criterio del legislador (la deferencia al legislador).

Bien, esa doctrina alexyana, al menos tal y como ha sido entendida por muchos juristas (no tanto por él), constituye un ejemplo bastante claro de lo que Vaz Ferreira llamaba la falacia de la falsa precisión (1962). Pues, como se sabe, Alexy atribuye un valor matemático a cada una de esas tres variables y construye así una regla aritmética que crea la falsa impresión de que los problemas ponderativos pueden resolverse mediante un algoritmo, ocultando en consecuencia que la clave de la fórmula radica, como es muy obvio, en la atribución de esos valores: o sea, en determinar si la afectación es intensa, moderada o leve, etc.

Sin embargo, si la construcción alexyana se entiende sensatamente, nos damos cuenta de que lo único que nos está proporcionando es algo así como una tónica que nos ayuda a argumentar, a construir la justificación externa de esa segunda premisa: lo que viene a decir es que, cuando se trata de resolver conflictos entre bienes o derechos (o entre los principios que los expresan: X e Y) y tenemos que decidir si la medida M está o no justificada, los «lugares» a los que tenemos que acudir (que podrían traducirse también en «preguntas críticas» que hacerse) son: «la medida M es idónea para alcanzar X»; «no hay otra medida M' que permita satisfacer X sin lesionar Y»; «en las circunstancias del caso (o en abstracto) X pesa más —es más importante— que Y»; etcétera.

Yo diría que puro sentido común, pero que puede ser bastante útil para llevar adelante una discusión ordenada al respecto, por ejemplo, en el seno de un tribunal. Y, en realidad, esa parece haber sido también la intención de Alexy cuando afirma que su fórmula del peso, en relación con la ponderación, es el equivalente al *modus ponens* a propósito de la subsunción: un esquema simplemente formal. Su error, en mi opinión, ha sido más bien retórico, de presentación, quizás motivado por la manía germánica por el orden y los números, por establecer reglas exactas y de aplicación automática para la resolución de todos los problemas. Los europeos del sur sabemos últimamente mucho de ello a propósito de la obsesión de los alemanes por evitar la inflación y por hacernos seguir reglas de austeridad que tanto están contribuyendo a deteriorar gravemente la situación económica (y no solo) de Europa: un deterioro del que probablemente tampoco se librará la propia Alemania. Pero, en fin, ni Alexy ni su doctrina de la ponderación tienen la culpa de eso; al contrario, introducir algo de ponderación, de flexibilidad, en la aplicación de esas políticas económicas podría equivaler a introducir también algo de sensatez: el razonamiento económico guarda sin duda cierto parecido con el jurídico.

2.2. ¿Cuándo hay que ponderar?

La contestación a la pregunta de cuándo hay que ponderar es también bastante evidente: cuando las reglas del sistema no proveen una respuesta adecuada a un caso (frente a los casos difíciles) y se necesita recurrir, en consecuencia, a los principios. Aquí, a su vez, es importante distinguir entre dos tipos de lagunas (de lagunas en el nivel de las reglas): las normativas, cuando no hay una regla, una pauta específica de conducta que regule el caso; y las axiológicas, cuando la regla existe pero establece una solución axiológicamente inadecuada, de manera que aquí, por así decirlo, es el aplicador o el intérprete (no el legislador) el que genera la laguna.

Pues bien, si se entiende que el Derecho, el sistema jurídico, no es necesariamente completo, en el nivel de las reglas, esto es, que puede tener lagunas normativas, entonces no queda otra opción que aceptar que el juez (que no puede negarse a resolver un caso) tiene que hacerlo acudiendo en esos supuestos a principios, es decir, ponderando. Mientras que, en relación con las lagunas axiológicas, el juez podría resolver sin ponderar, pero correría entonces el riesgo de incurrir en formalismo, o sea, no podría cumplir, en esos casos de desajustes valorativos, con la pretensión de hacer justicia a través del Derecho.

La pregunta de cuándo está justificado acudir a la ponderación y cuándo no (en relación con los supuestos de lagunas axiológicas: que es cuando la pregunta se plantea) no puede contestarse en abstracto, pero me parece que puede ser útil distinguir tres situaciones que, recurriendo a la conocida terminología de Schauer (2004), podrían expresarse en términos de tres tipos distintos de desajustes: *a)* entre lo establecido en la regla y las razones subyacentes a la propia regla: los propósitos para los que se dictó; *b)* entre las razones subyacentes a la regla y las razones (valores y principios) del ordenamiento jurídico en su conjunto; *c)* entre las razones subyacentes a la regla (y eventualmente al ordenamiento jurídico) y otras provenientes de un sistema moral o de algún principio moral no incorporado en el sistema jurídico. Sin entrar en detalles, yo creo que podría decirse (que el sentido común jurídico nos dice) que en el primer caso no es difícil justificar que se debe ponderar; por acudir a un ejemplo socorrido: aunque la regla diga que está prohibido entrar a un restaurante con un perro, la prohibición debemos extenderla también a los osos, pero no al perro lazarillo de un cliente ciego. Que en el tercero no lo está nunca, pues supondría dejar de jugar al juego del Derecho. Y que en el segundo es donde se plantean los supuestos más complejos: en ocasiones puede estar justificado ponderar (en otras no), pero tendrá que hacerse con especial cuidado y asumiendo que la carga de la argumentación la tiene quien pretende establecer una excepción a la regla.

2.3. *¿Es la ponderación un procedimiento racional?*

Finalmente, la pregunta de si la ponderación es un procedimiento racional debe contestarse, en mi opinión, en el sentido de que puede serlo, aunque no siempre lo sea, debido a que es, naturalmente, posible ponderar mal o ponderar cuando (o por quien) no debe hacerlo. Por lo demás, la noción de racionalidad que aquí se está manejando no puede ser otra que la noción general que puede encontrarse en los procesos jurídicos argumentativos, y que hace referencia a una serie de criterios de naturaleza formal, material y pragmática. Justificar, motivar, una decisión judicial quiere decir poner las buenas razones relevantes para el caso en

una forma adecuada para lograr la persuasión. Algo relativamente simple de alcanzar, o de cumplir, en los casos fáciles (cuando hay una regla que controla el caso y que no resulta discutible) y mucho más arduo en los casos difíciles, en los que tenemos que manejar principios y recurrir (con un alcance mayor o menor) a la ponderación.

En un trabajo que tiene ya algunos años (Atienza, 1996a) traté de explicar en qué consistía esa racionalidad práctica o ponderativa, a partir del análisis de una serie de casos resueltos por el Tribunal Constitucional español a propósito de los conflictos que se producían entre la libertad de información y de expresión, por un lado, y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, por el otro. Señalaba que el Tribunal había ido construyendo en su jurisprudencia una serie de reglas mediante un método que se basaba en la conformación (más o menos explícita) de una taxonomía que permitía fijar categorías de casos cada vez más específicos (por ejemplo, conflictos entre libertad de información y derecho al honor, entre libertad de información que afecta a una persona con relevancia pública y derecho al honor, etc.) y estableciendo, en relación con cada una de esas categorías, lo que llamaba «reglas de prioridad» (por ejemplo: «cuando se trata de un conflicto entre la libertad de información que afecta a una persona con relevancia pública y el derecho al honor, entonces tiene prioridad la libertad de información, a no ser que...»). Y lo que me parecía (y me parece) importante destacar es que, cuando la ponderación se hace de manera adecuada, la construcción de esa taxonomía y de esas reglas de prioridad no sigue un procedimiento arbitrario, aleatorio, sino que el tribunal se guía precisamente por lo que solemos llamar criterios de racionalidad práctica: se esfuerza por preservar el principio de universalidad, de coherencia, etc. Lo que lo mueve no es simplemente la solución de un caso, sino la pretensión de que esa solución puede servir de pauta para el futuro, como mecanismo de previsión, por más que sea un mecanismo imperfecto, puesto que pueden presentarse nuevas circunstancias aún no tenidas en cuenta y que lo obligarán a introducir cambios en la taxonomía y en las reglas. Lo que pide la racionalidad en estas situaciones (en situaciones en las que es preciso llevar a cabo una deliberación: una deliberación práctica) no es simplemente seguir reglas preestablecidas, sino reformularlas, precisamente para cumplir con el sentido, con la razón de ser, de esas reglas.

3. CRÍTICAS A LA PONDERACIÓN

Como antes decía, toda esta doctrina me parece que tendría que considerarse como sentido común jurídico; si se quiere, tópicos, puntos de

partida, comúnmente aceptados. Pero lo que ofrece la teoría del Derecho contemporánea, por lo menos a primera vista, es un panorama muy distinto, pues prácticamente todas y cada una de las anteriores afirmaciones parecen haber sido cuestionadas. Examinemos entonces (algunas de) esas críticas, siguiendo el mismo esquema que hasta aquí traíamos.

3.1. Sobre cómo entender la ponderación

A propósito de la estructura de la ponderación, es frecuente contraponer sin más la subsunción a la ponderación, el uso de esquemas de aplicación de carácter lógico-deductivo a la arbitrariedad subjetiva del juzgador (en esto se traduciría la apelación a la ponderación). Pero, como hemos visto, es perfectamente posible reconstruir el argumento ponderativo con una fórmula lógica, análoga (aunque algo más compleja: recuérdese que contiene dos tramos, el segundo de los cuales es una subsunción) al *modus ponens*. En uno y otro caso (o sea, según se parta de principios, o bien de una regla como premisa mayor) se puede hablar de justificación interna (paso de las premisas a la conclusión) y de justificación externa (establecimiento de las premisas) y la dificultad argumentativa, naturalmente, está en esto último, en el establecimiento de las premisas que, tampoco en relación con la subsunción, se puede llevar a cabo mediante procedimientos puramente deductivos: de ahí la importancia de los cánones de interpretación, en relación con la premisa normativa, y de los criterios (probabilísticos, inductivos) de apreciación de la prueba, en relación con la premisa fáctica. De manera que ni la llamada subsunción se puede reducir a un procedimiento puramente deductivo, ni deja de haber tampoco en la ponderación un armazón lógico, deductivo.

Otra crítica usual consiste en oponerse a la ponderación (o a cierta manera de entenderla) por su carácter casuístico, particularista. En eso se basa, por ejemplo, la crítica que Moreso le ha dirigido a Alexy. En opinión de Moreso, Alexy habría propuesto un modelo de ponderación *ad hoc*, puesto que «una sola propiedad diferente puede comportar una solución diferente para el caso» (Moreso, 2007, 24). Pero me parece que esta última afirmación se sustenta claramente en un error de interpretación respecto a lo que Alexy (y, creo, cualquier defensor sensato de la ponderación) realmente dice. Una sola característica diferencial puede, efectivamente, justificar que se haga una excepción, que se modifique la regla de prioridad de que antes habíamos hablado, pero recuérdese que la conclusión del primer tramo del esquema ponderativo es una regla. De manera que introducir en ella una nueva característica (una excepción) no quiere decir que se abandone el principio de universalidad, ni que se incurra en ningún tipo de casuismo o de particularis-

mo. Lo que Moreso presenta como una alternativa (lo que llama «estrategia especificacionista») no es, por ello, nada distinto a lo planteado por Alexy. Repitémoslo una vez más: lo que importa (para cumplir con la exigencia de universalidad) no es si una o varias características distintivas permiten elaborar una nueva categoría, sino que esa taxonomía se construya de manera consistente y coherente: que siempre que aparezca(n) esa(s) propiedad(es) diferente(s) se esté dispuesto a aplicar la misma solución (que los casos iguales se traten igual); y que las distinciones consideradas relevantes estén justificadas de acuerdo con los principios y valores del ordenamiento (que se haya operado de manera coherente)⁵.

3.2. *Sobre cuándo ponderar*

Quienes niegan que está justificado utilizar en el Derecho (en la aplicación del Derecho; el recurso a la ponderación por parte del legislador lo hemos dejado fuera de nuestro tema) procedimientos ponderativos sustentan también la tesis de que el Derecho puede verse exclusiva o muy preponderantemente como un sistema de reglas. Es la postura que puede encontrarse en positivistas como Ferrajoli (2011a) o como García Amado (2009) y que, como antes decía, viene a ser la contrafigura del neoconstitucionalismo, que no ve en el Derecho más que principios (puesto que los neoconstitucionalistas reducen las reglas a principios). Ambas concepciones las considero equivocadas y llevan, argumentativamente, a exagerar, respectivamente, el papel de la subsunción o el de la ponderación. En concreto, la pretensión de los primeros de esos autores (los positivistas) de prescindir de la ponderación me parece insostenible, por lo siguiente.

En primer lugar, porque aunque se tenga la idea de que el Derecho consiste exclusiva o fundamentalmente en un sistema de reglas, a mi juicio no se puede negar la posible existencia de lagunas normativas: casos no resueltos, o no resueltos con claridad, por el sistema de las reglas. Se podría decir (algunos dicen) que, en esos casos, el jurista no necesita re-

5. He tenido oportunidad de discutir con Moreso sobre este tema, en un libro que aparecerá próximamente (*Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, en Editorial Palestra, Lima), y el resultado es que entre nosotros no hay prácticamente ninguna diferencia, una vez que se aclara que «relativa a un caso» no significa «casuística». O sea, la ponderación judicial es, por lo general, relativa a un caso, y eso quiere decir que la regla creada a través de la ponderación (la conclusión de su primer tramo), como todas las reglas, puede ser derrotable si, en un nuevo caso, surge alguna propiedad que haya razones para considerar relevante y que no hubiese sido tenida en cuenta en la anterior regla. Pero ambos somos (al igual que lo es Alexy) universalistas y no particularistas. La ponderación se lleva a cabo con reglas que, aunque sean revisables, derrotables, no lo son de la misma manera que los principios.

currir a la ponderación, sino que le basta con la subsunción y con el manejo de los clásicos argumentos interpretativos. Pero estos últimos argumentos (recuérdese el ejemplo de la analogía) no son en realidad ajenos a los principios y, por lo tanto, a la ponderación. Yo creo que aquí puede haber un cierto uso persuasivo del lenguaje, amparado en el hecho de que la expresión «interpretación» parece resultar más fácilmente aceptable para muchos que la de «ponderación». Pero, como digo, me parece que es una mera cuestión de palabras y, por lo demás, considero que, en un sentido suficientemente amplio de la expresión «interpretación», la ponderación sigue siendo un procedimiento interpretativo.

Y, en segundo lugar, en relación con las lagunas axiológicas, es cierto que aquí podría evitarse recurrir a la ponderación (o sea, no reconocer nunca una laguna axiológica). Pero el riesgo que se asume entonces —como ya antes había dicho— es que se incurriría en una concepción férreamente formalista del Derecho que, me parece, muy pocos estarían dispuestos a defender. Para pensar así habría, por ejemplo, que sostener (como —creo— lo hace García Amado [2009]) que nunca está justificado reconocer una excepción implícita en una norma jurídica. Pero esa (extremista) posición resulta claramente negada por muchos otros autores positivistas, como Hart (1962), Alchourrón (2000) o Schauer (2004). O sea, no es una tesis compatible, en mi opinión, con una concepción no formalista del Derecho (positivista o no).

3.3. *Sobre la racionalidad de la ponderación*

Finalmente, la crítica de la ponderación por tratarse de un procedimiento carente de control racional va, en general, unida al no cognoscitismo valorativo. Como —se dice— los valores no son otra cosa que preferencias subjetivas (de carácter individual o no) y la ponderación supone el uso de valoraciones, el resultado de la misma, se concluye, no puede ser otro que un ejercicio de subjetividad. Se ironiza, por ello, a propósito de la falta de un «ponderómetro», o con la tendencia de quienes defienden y efectúan ponderaciones al hacer pasar sus preferencias subjetivas como si fuesen juicios objetivos (racionalmente fundados), cuando realmente el recurso a la ponderación no es más que una estrategia (que pretende revestirse de racionalidad argumentativa) para esquivar el carácter autoritativo del Derecho (los mandatos del legislador) y convertirse, por lo tanto, en un instrumento al servicio de los intereses políticos del juzgador. Vendría a ser, revestida ahora de moralismo, la misma estrategia puesta en circulación en los años setenta por los «alternativistas» (los promotores, en Italia —luego se trasladó a otros países—, del «uso alternativo del Derecho») que, sin embargo, aducían más bien razones de tipo político. Y, por cierto, quizás la aversión que auto-

res como Ferrajoli o Guastini sienten ahora por la ponderación pudiera tener que ver con su pasado «alternativista» y con su posterior alejamiento de ese movimiento.

Esa crítica a la ponderación, por cierto, puede estar justificada en algunos casos, pero no puede servir como una descalificación *in toto*. O sea, es verdad que el discurso valorativo se usa muchas veces con intenciones espurias y que es necesario ser cautos al respecto. Pero eso es una cosa, y otra, muy distinta, negar que pueda argumentarse racionalmente en relación con valores, pensar que en este campo no hay espacio para hablar de buenas y malas razones, o de razones mejores o peores. Hay, como he tratado de mostrar, una racionalidad en la ponderación, pero esta no consiste simplemente en seguir las reglas de la lógica (aunque, por cierto, tampoco en infringirlas). Consiste en guiarse por criterios de racionalidad práctica, como la universalidad, la coherencia, la adecuación de las consecuencias, el atender a la moralidad positiva y a la moralidad crítica y, en último término, a la razonabilidad. Lo que presupone también aceptar que el campo de la racionalidad no se limita al de los enunciados analíticos y los enunciados empíricos. Si así fuera, ciertamente el discurso jurídico quedaría seriamente cercenado, puesto que una buena parte del mismo (del que construyen tanto los juristas teóricos como los prácticos) caería claramente fuera de esos límites, de los límites de la racionalidad. Es, por cierto, posible encontrarse con concepciones del Derecho coherentes con esa noción estrecha de la racionalidad pero, inevitablemente, esa coherencia tiene que pagar un alto precio: el de la irrelevancia teórica. Si renuncia al discurso normativo y valorativo, la dogmática jurídica y la teoría del Derecho no podrán servir de mucha ayuda al jurista práctico.

Un caso un tanto singular es el de Jürgen Habermas, quien, a pesar de haber construido una teoría moral que es uno de los modelos de objetivismo moral, ha criticado sin embargo con gran dureza precisamente la teoría de la ponderación de Alexy. Según Habermas (1998), la ponderación escapa a todo rigor conceptual y lógico, y al interpretar Alexy los principios en términos teleológicos (valorativos) y no normativos (por «normativo» parece entender Habermas lo que se refiere a las normas de acción [*vid.* cap. VIII]) hace que los derechos no puedan verse ya como normas «que obligan a sus destinatarios sin excepciones», sino como valores que Habermas entiende como «preferencias intersubjetivamente compartidas» y que pueden competir entre sí. Habermas tiene aquí un punto de razón al mostrar la existencia de cierta confusión en el planteamiento de Alexy, en cuanto este último considera todos los principios como mandatos de optimización, de manera que parecería que está introduciendo una argumentación de tipo economicista, un análisis coste-beneficio, según la cual los derechos no serían ya límites

al poder político («triunfos») puestos en manos de los individuos, sino algo que se puede poseer en mayor o menor grado, dependiendo de las circunstancias. Pero (sin poder entrar aquí en todos los detalles que serían necesarios para aclarar completamente este punto), me parece que el planteamiento de Habermas tiene el grave defecto de que ve las cosas de demasiado lejos, esto es, la suya es una filosofía del Derecho de los filósofos, bastante ajena a la experiencia jurídica. Y de ahí la ingenuidad en la que incurre Habermas al proponer como alternativa a la ponderación un procedimiento que consistiría en hallar de entre las normas aplicables *prima facie* aquella que mejor se acomode a la situación descrita en la forma más exhaustiva posible. Pues, dado que para ello, como el mismo Habermas reconoce, lo fundamental sería una argumentación de tipo coherentista, ¿puede pensarse que hay alguna teoría de la coherencia que sí consigue (a diferencia de la ponderación) eliminar por completo los riesgos de arbitrariedad? ¿Cuál sería? ¿Y acaso no supone el planteamiento de Alexy una amplia utilización de la coherencia? ¿No ocurrirá que, a fin de cuentas y sin ser consciente de ello, lo que realmente está planteando Habermas no es otra cosa que el recurso a la ponderación, presentada de una manera algo distinta (yo diría que más abstracta e imprecisa) de lo que lo hace Alexy?

4. ALGUNAS CONCLUSIONES

Plantearé ahora, y a modo de conclusión de todo lo anterior, cuáles son, en mi opinión, los problemas reales (y bien importantes) que merecería la pena discutir a propósito de la ponderación.

1) Si tengo razón en lo anteriormente expuesto, entonces lo que tiene sentido plantearse no es si uno está a favor o en contra de la ponderación, sino cuándo está justificado recurrir a la ponderación, con qué límites, qué diferencias hay (debe haber) entre la ponderación que lleva a cabo el legislador, el juez o un órgano administrativo, etc. Cuestiones, en definitiva, más específicas que las que suelen plantearse los teóricos del Derecho y que presuponen la aceptación de ciertos puntos de partida: lo que vengo llamando «sentido jurídico común».

2) Eso lleva a pensar también que lo que probablemente más necesitamos para entender a fondo el problema de la ponderación no son ya teorías muy abstractas, ni tampoco análisis de casos aislados. El mayor interés, en mi opinión, radica en investigaciones de un grado medio de abstracción, dedicadas a mostrar cómo funciona el razonamiento ponderativo a propósito de problemas jurídicos particularmente significativos. Lo que quiere decir que hay aquí un trabajo muy importante por hacer y que debería correr a cargo de dogmáticos del Derecho y/o de ju-

ristas prácticos que estén al tanto de los desarrollos teóricos a que vengo refiriéndome: que compartan ese sentido jurídico común.

3) También deberíamos tomarnos muy en serio la necesidad de incorporar y desarrollar investigaciones de carácter empírico. Por ejemplo, es muy frecuente acusar de «activistas» a los jueces que recurren explícitamente a la ponderación en sus decisiones. Pero faltan realmente investigaciones empíricas que muestren en qué se traduce en la práctica ese comportamiento «activista», cuándo (frente a qué tipos de casos) tiene lugar, quiénes son los jueces activistas, qué consecuencias tienen ese tipo de decisiones, etc. ¿Sabemos con alguna precisión (para poner un ejemplo relevante) cuál ha sido la eficacia de las decisiones del Tribunal Constitucional colombiano en materia de derechos sociales (un campo en el que la ponderación —y el presunto activismo— de los jueces parece haber jugado un papel significativo)?

4) Este planteamiento realista de los estudios sobre la ponderación («realista» porque trata de insertarlos en la vida del Derecho y, en particular, en la experiencia judicial, ampliamente entendidas) puede proporcionar también una excelente piedra de toque para evaluar las teorías del Derecho. Quizás nos permitiera, entre otras cosas, comprobar la falta de realismo de muchos enfoques sobre el Derecho que se califican a sí mismos de realistas: estoy pensando en concepciones (muy críticas con la ponderación) como la que promueve el realismo jurídico genovés o el realismo de autores como Enrique Haba (*vid.* Haba, 2014).

5) Las investigaciones de alcance medio como las que antes señalaba facilitarían también, en mi opinión, un análisis «operativo» de la argumentación con valores. Lo que quiero decir con esto es que conceptos como «libertad», «igualdad» o «seguridad» pueden resultar intratables cuando se manejan como nociones puramente abstractas. Pero resultan mucho más accesibles al análisis si de lo que se trata es, por ejemplo, de precisar la distinción entre la libertad de expresión y la libertad de información, de mostrar bajo qué circunstancias parece tener sentido decir que prevalecen o no prevalecen frente al valor de la intimidad (que, a su vez, podría especificarse de diversos modos), etc. Eso no suple, por cierto, la necesidad de contar con una teoría general de los valores, paralela a la teoría general de la norma (y de la norma jurídica), que, me parece, constituye una de las mayores lagunas en la teoría del Derecho contemporánea. Podría incluso servir como acicate para los teóricos del Derecho.

6) Todo lo anterior no supone, por supuesto, que los teóricos del Derecho no tengan ya nada más que decir en el terreno de la ponderación. Hay todavía muchas cuestiones de interés insuficientemente analizadas. Creo que una de ellas es la de aclarar la noción de ponderación en relación con la de interpretación o la de discrecionalidad. Y otra, de-

sarrollar una teoría adecuada del razonamiento derrotable (en el Derecho) y de las excepciones a las reglas.

7) Finalmente, la ponderación, como todos los problemas importantes en el Derecho, lleva a plantear una contraposición, que a mí me parece crucial, entre dos grandes formas de entender el Derecho, dos *ideas* del Derecho que traté de esclarecer en el capítulo primero de este libro. Una parte de que el Derecho es un tipo de realidad que, para entendernos, podríamos equipararla a un libro de normas (los enunciados de las normas y sus significados; las normas válidas y las normas eficaces). La otra, sin negar la existencia de ese tipo de realidad (el sistema jurídico) ve el Derecho esencialmente como una actividad, una empresa consistente en lograr ciertos fines y valores utilizando los materiales del sistema. Eso lleva, a su vez, a entender de manera distinta los límites del Derecho y el lugar de la ponderación en el mismo. Tengo la convicción de que la cultura jurídica de nuestros países dará un gran salto adelante en el momento en que esta segunda concepción se convierta en sentido común jurídico. Y el presentimiento de que ese momento tardará en llegar.



VII

LA DOGMÁTICA JURÍDICA COMO TECNO-PRAXIS

1. ¿ES DOGMÁTICA LA DOGMÁTICA JURÍDICA?

Aunque los juristas no suelen ser muy conscientes de ello, la dogmática jurídica es un saber polémico, y en varios sentidos. Lo es, para empezar, en cuanto a la propia denominación: «dogmática jurídica», que suena ciertamente rara en el contexto de la cultura contemporánea. Seguramente, todo estudiante de Derecho (de los países de Derecho continental: en los que se emplea ese término) habrá sentido algún tipo de extrañeza cuando por primera vez oyó o leyó esa expresión; pero la costumbre, como se sabe, es una especie de segunda naturaleza, de manera que al cabo de algún tiempo habrá pasado a considerarla como algo normal: parte de la jerga de los juristas profesionales. Pruébese, sin embargo, a utilizar la expresión ante un auditorio ajeno a la comunidad jurídica (por ejemplo, en un contexto de científicos y/o de filósofos), y se verá que no es tan fácil de explicar que alguien se dedique hoy profesionalmente (y aceptado que no se trata de una profesión religiosa) a una actividad calificada por él mismo y por los demás de «dogmática».

La extrañeza, como es más o menos obvio, proviene de que el lenguaje de los dogmas parece pertenecer a la esfera de los saberes sagrados (de la teología) y no a la de los profanos, lugar en el que, se diría, tendría que ubicarse el saber jurídico. El «dogmático del Derecho» que se viera en la tesitura de tener que explicar a otros (hacia afuera) el uso de ese término podría, seguramente, aclarar que al mismo no se le debe dar ninguna connotación especial: expresa, simplemente, la circunstancia de que, para el jurista teórico (para el estudioso del Derecho), las normas jurídicas son datos que no puede someter a discusión y, por ello, funcionan precisamente como dogmas, como los puntos de partida a partir de los cuales tiene que operar. Y seguramente añadiría a ello que,

dados los orígenes muy remotos del saber que cultiva (que se remontan por lo menos a la época clásica del Derecho romano), no habría tampoco por qué extrañarse de la permanencia de esa tradición.

Sin embargo, esa hipotética explicación no es del todo satisfactoria. Y no lo es porque, a pesar de lo que suele pensarse, «dogmática jurídica» es una expresión de uso relativamente reciente. No fue la empleada habitualmente para referirse al saber tradicional de los juristas en la Edad Media (ni tampoco en el ámbito del Derecho romano), sino que su introducción parece haberse producido más bien en el siglo XVIII (*vid.* Orestano, 1961, 241-242 y Paresce: voz «Dogmatica giuridica») y se consolida a partir de la escuela histórica, desde comienzos del XIX. El que los juristas suelen hablar hoy comúnmente de «dogmática jurídica» viene a ser, pues, fundamentalmente, una herencia del positivismo jurídico (o de cierto tipo de positivismo jurídico). Y, en este sentido, puede resultar curioso el hecho de que Ihering (que contribuyó de manera muy importante a consolidar esa denominación), entendió por «dogmática jurídica» la parte más alta de la Jurisprudencia (no la Jurisprudencia sin más) que, según él, tenía un carácter eminentemente constructivo.

En efecto, en un texto de 1857, *Nuestra tarea*¹, al igual que anteriormente en su *El espíritu del Derecho romano* (en el tomo 2), Ihering distinguió entre una Jurisprudencia inferior y una Jurisprudencia superior. El cometido de la primera (*vid.* Ihering, 2013) sería meramente «receptivo», en el sentido de que con ella se trata de establecer el material en bruto. La actividad fundamental consiste aquí en interpretar las fuentes, pero entendida la interpretación como una operación dirigida a descubrir la voluntad del legislador. Esos materiales estarían formados básicamente por lo que Ihering llama «reglas jurídicas» que, cuando son generales, serían («se suele emplear la expresión», dice Ihering —p. 255—) «principios jurídicos» y, si tienen un carácter más especial y restringido, «proposiciones jurídicas». De todas formas, para él, la interpretación incluye no solo «la exposición del contenido *inmediato* de la ley, sino también la extracción del *mediato*, es decir, la deducción del *principio* a partir de las decisiones particulares que están dadas en la ley y, a la inversa, el desarrollo de las *consecuencias* que se derivan del principio así construido. En suma, el ascenso y descenso lógico dentro de la ley» (p. 254). Por el contrario, el cometido de la Jurisprudencia superior (para la que Ihering reserva, como se ha dicho, el nombre de «dogmática») sería esencialmente constructivo. Consiste en la transformación de esa materia bruta en conceptos: «la transformación [...] consiste, *negativamente*, en despojar a la materia de su forma inmedia-

1. Hay una traducción reciente acompañada por un estudio preliminar de Luis Lloredó Alix (Ihering, 2013).

tamente práctica e imperativa y, *positivamente*, en darle a esta la forma de un *cuerpo jurídico*», entendiendo por esta última expresión algo así como objetos conceptuales creados por el dogmático, mediante lo que Ihering llama las «leyes de la construcción jurídica»: la primera establece que lo que se construye tiene que coincidir con el material positivo; la segunda, que lo construido no debe ser contradictorio; y la tercera —la ley de la belleza jurídica— hace referencia a la elegancia de la construcción. Para Ihering, por lo tanto, «la materia original nos es dada, pero lo que saquemos de ella es, en realidad, nuestra propia creación: porque no se trata solo de colocar la materia en un *orden* distinto, sino de configurarla» (p. 255). Y subraya además que «el interés de la construcción jurídica no es solamente científico [...] sino extremadamente práctico» (pp. 255-256): «del mismo modo que los descubrimientos de las ciencias naturales, también los de la ciencia jurídica terminan siendo de utilidad para la vida» (p. 259), aunque no sea de manera inmediata, pues «la ciencia del Derecho no sería ciencia del Derecho, ni tampoco podría cumplir su finalidad práctica si solo se empeñara en buscar lo inmediatamente práctico. Esta es otra de las buenas lecciones que la ciencia del Derecho romana nos ha legado: que la ciencia, *para ser verdaderamente práctica, no puede limitarse a lo práctico*» (p. 259); «la fusión de la ciencia con la vida es el objetivo al que debería tender nuestra ciencia jurídica»² (p. 263).

Pues bien, sin pretender para nada hacer un análisis filológico de la expresión «dogma» y «dogmática» (una tarea, por otro lado, de gran interés y seguramente nada fácil de llevar a cabo), me parece que puede ser interesante señalar que, originariamente, los autores griegos usaron la expresión *dogma* en el sentido de opinión (etimológicamente significaría «lo que parece bueno») y lo aplicaron a los decretos de las autoridades públicas y a los principios sustentados por varias escuelas filosóficas; los filósofos *dogmáticos* —puede leerse en el Diccionario de Ferrater Mora [voz «Dogma»]— eran aquellos que —frente a los escépticos— no prestaban mucha atención a los hechos o a los argumentos, sino a los principios. Más tarde, el término fue utilizado por los teólogos, con un significado más reducido; según Losano (Losano, 2002; *vid.* también Fedele: voz «Dogma»), en la segunda mitad del siglo IV pasó a significar no cualquier aserción indiscutible, sino únicamente las

2. He respetado la traducción castellana que vierte *Jurisprudenz* por «ciencia del Derecho». Pero me parece que hubiese sido preferible utilizar la expresión «Jurisprudencia» que, en contra de lo que piensa el (por lo demás, excelente) traductor, no es que tenga «en el castellano actual otro significado más preciso» (p. 255, nota), sino otro significado además del de «ciencia del Derecho»; o sea, se trata de una expresión ambigua, pero la ambigüedad podría resolverse fácilmente escribiendo la palabra con mayúscula para referirse a esta última acepción.

verdades reconocidas por la Iglesia católica. Además, según este autor, los dogmas nacen propiamente cuando ciertas verdades religiosas se vuelven objeto de discusión (no habría habido dogmas en el cristianismo más antiguo), de manera que puedan suscitar graves dudas entre los fieles. De ahí que el nacimiento de la teología sistemática (la rama de la teología que se ocupa de la sistematización de los dogmas) se vincule con la Reforma y con las guerras de religión de los siglos XVI-XVII (Losano, 2002, 230-231). La dogmática jurídica vendría a ser, pues, el equivalente a la teología dogmática (o sistemática), y el uso de ese término podría entenderse justificado en la medida en que también en el Derecho existirían ciertas verdades indiscutibles, inmutables: las que aparecen en el *Corpus iuris* que, efectivamente, durante mucho tiempo podría considerarse que funcionó como una especie de evangelio jurídico (p. 232), como la *ratio scripta*. Merece la pena añadir que, en la clasificación comúnmente aceptada de las «ciencias sagradas», junto a la teología sistemática (a la que pertenece la dogmática) aparece la teología histórica y la teología práctica (en este último apartado es donde se incluiría el Derecho canónico) (*vid.* Fedele, voz «Dogma»). O sea, en la organización interna de la teología aparecen las tres funciones que hemos visto recogidas en la Jurisprudencia de Ihering: la histórica o descriptiva (la Jurisprudencia inferior); y la sistemática y práctica (Jurisprudencia superior o constructiva).

Sea como fuere, lo que parece claro es que hoy en día el uso de la expresión «dogmática jurídica» resulta sumamente inadecuado para dar cuenta del saber característico de los juristas que tradicionalmente se denominó más bien Jurisprudencia. Esa terminología sugiere una analogía con respecto a la teología, esto es, a un saber interpretativo vinculado a la existencia de textos sagrados e inmodificables, que (paradójicamente, pues, como se ha dicho, fueron fundamentalmente los juristas positivistas los que acuñaron el término) dejó de tener sentido desde la era del positivismo jurídico, en la que el Derecho pasó a verse como un fenómeno histórico y propio de cada sociedad; en definitiva, como un fenómeno esencialmente mutable. Para cualquier jurista resulta hoy obvio que el Derecho (lo que él entiende por Derecho) tiene una naturaleza esencialmente convencional, aunque en un nivel muy abstracto puedan descubrirse ciertos contenidos y, sobre todo, ciertas formas (ciertos conceptos) más o menos comunes a todos los sistemas jurídicos; pero, precisamente, esos elementos necesarios de todos los sistemas jurídicos no se considera que sean el objeto de estudio de la dogmática (de ninguna de las dogmáticas), sino de la filosofía jurídica o de la teoría general del Derecho. Pues bien, esa naturaleza convencional del Derecho que, como digo, hoy no es una tesis seriamente discutida por nadie hace que la crítica al legislador y, en consecuencia, las propuestas de modificación de

las normas jurídicas sean rasgos típicos de los trabajos que llamamos de «dogmática jurídica» y que, naturalmente, no tienen equivalente en la elaboración propiamente dogmática que se efectúa a partir de los textos sagrados, como la Biblia o el Corán.

Alguien podría pensar en una manera de justificar el uso de la expresión «dogmática jurídica» en términos, por así decirlo, de analogía funcional. Se estaría aludiendo entonces, simplemente, a la existencia de datos que no se someten a discusión, de manera que los dogmas jurídicos serían equivalentes a los axiomas de la lógica o de la matemática o a ciertos presupuestos existentes en cualquier ciencia empírica que quedan fuera de la discusión (definen lo que suele llamarse el paradigma de esa disciplina) y que, en consecuencia —se dice—, funcionan también como dogmas. Pero esto no deja de ser una analogía que, por otra parte, podría ocultar diferencias de gran relieve. Los axiomas son proposiciones básicas que se aceptan sin demostración y que (en los últimos tiempos; a diferencia de lo que habría ocurrido en otras épocas) no se ven ya como verdades necesarias (evidentes), sino más bien como hipótesis o postulados que podrían sustituirse por otros (piénsese, por ejemplo, en las geometrías no-euclidianas o en las lógicas que no reconocen el principio de tercero excluido o de no contradicción). Por lo demás, los axiomas operan en el contexto de las ciencias formales, categoría a la que no pertenece la dogmática, aunque, desde luego, el método axiomático (la construcción de un sistema lógico-deductivo) puede tener una cierta aplicación en ámbitos jurídicos. Y cuando se habla de los «dogmas» de la ciencia, la expresión tiene un sentido más bien metafórico, que difiere del significado con que se utiliza a propósito de los dogmas teológicos o de los dogmas jurídicos. Merece la pena detenerse un momento en este último punto porque ello puede permitir aclarar, al menos en parte, una peculiaridad del saber jurídico tradicional, de la Jurisprudencia.

En un texto un poco anterior a su famoso libro *La estructura de las revoluciones científicas*, titulado «La función del dogma en la investigación científica», Thomas Kuhn (1979) parecía sugerir una analogía entre la ciencia y la teología de la que, sin embargo, habría prescindido en escritos posteriores³. Lo que ahí venía a decir es que la educación científica (en la que los libros de texto juegan un papel muy importante) supone «una iniciación relativamente dogmática» (p. 10) en cuanto al científico no se le entrena, digamos, para ser un innovador, sino para aceptar «una tradición preestablecida de solución de problemas»

3. El traductor del texto recién citado (D. Eslava) atribuye a Toulmin el siguiente comentario: «al cargar [Kuhn] el acento sobre la idea de 'dogma', sugiere una audaz analogía entre ciencia y teología, de la que hará omisión en ulteriores escritos» (Kuhn, 1979, 1).

(p. 10), esto es, un paradigma que le proporciona ciertas «reglas del juego» de las que no ha de salirse. En los periodos de «ciencia normal» (que, como se sabe, Kuhn contrapone a los de «ciencia extraordinaria», en los que no existe un único paradigma), los problemas que ha de resolver un científico consistirían en algo así como en solucionar rompecabezas, de manera que lo que se busca con ello no sería «descubrir lo desconocido, sino obtener lo conocido» (p. 30). El siguiente fragmento de esa obra es, me parece, ilustrativo del pensamiento de Kuhn:

El paradigma que ha adquirido a través de un entrenamiento previo le proporciona las reglas del juego, describe las piezas con las que se ha de jugar e indica la naturaleza del resultado requerido. La tarea de un científico tal es manipular esas piezas sin salirse de las reglas de manera que se produzca el resultado requerido. Si fracasa, como suele sucederles a la mayoría de los científicos al menos en sus primeros ataques a cualquier problema dado, ese fracaso delata solo su falta de habilidad. Pero no puede poner en entredicho las reglas que ha suministrado su paradigma, pues sin esas reglas no habría desde un principio rompecabezas con el que enfrentarse. No es extraño, pues, que los problemas (o rompecabezas) que el profesional de una ciencia madura aborda, presupongan un profundo compromiso con un paradigma. Y, afortunadamente, tal compromiso no se abandona a la ligera. La experiencia muestra que, en casi todos los casos, los reiterados esfuerzos, ya sean del individuo o del grupo profesional, logran obtener dentro del paradigma una solución incluso para los más recalcitrantes problemas. Este es uno de los modos en que la ciencia avanza. Bajo estas circunstancias, ¿puede sorprendernos que los científicos se resistan al cambio-de-paradigma? Lo que están defendiendo, después de todo, no es ni más ni menos que la base de su modo de vida profesional (pp. 30-31).

Afirmaciones que, de todas formas, resultan un tanto matizadas al final de la obra:

Aunque la investigación afortunada [exitosa] presupone necesariamente un serio compromiso con el *statu quo*, sigue siendo la innovación el núcleo de la empresa científica. Los científicos están *adiestrados* para operar como solucionadores-de-rompecabezas a partir de las reglas establecidas, pero se les *enseña* también a considerarse a sí propios como exploradores e inventores que no conocen otras reglas que las dictadas por la misma naturaleza (p. 43).

De manera que la conclusión final del texto de Kuhn consiste en señalar que en el desarrollo de la ciencia existe una «tensión» entre la tradición y la innovación, y que parece oportuno advertir sobre la importancia del primero de esos dos factores:

Casi nadie, o quizás absolutamente nadie, necesitará que se le diga que la vitalidad de la ciencia depende de que continúen surgiendo las ocasionales innovaciones que quebrantan la tradición. Pero la dependencia, aparentemente opuesta, de la investigación respecto a un hondo compromiso para establecer instrumentos y creencias, recibe muy poca atención (p. 44).

Bueno, no me parece que haya por qué poner en duda lo que nos dice aquí Kuhn porque, en realidad, su tesis vendría simplemente a ratificar algo que parece bastante obvio: que los científicos, para la resolución de los problemas a los que tienen que hacer frente, utilizan una pauta de racionalidad que es esencialmente la misma que funciona en cualquier campo en el que se trate de resolver (racionalmente) problemas. Consiste en seguir los procedimientos acostumbrados en la medida en que resultan exitosos y no apartarse de los mismos (no introducir innovaciones) a no ser que haya buenas razones para ello. En actividades de tipo discursivo, eso significa que hay proposiciones que, en principio, quedan fuera de discusión. Sin ir más lejos, en el terreno del razonamiento práctico (en particular del jurídico), es lo que Perelman llamó el *principio de inercia*: para resolver un determinado caso, un juez tratará de hacerlo siguiendo el precedente (la manera como anteriormente se han resuelto casos semejantes al que se le presenta ahora), y solo se apartará de esa forma de proceder en casos excepcionales, si ve que aplicar esa solución llevaría a consecuencias que le parecen inasumibles (*vid.* Perelman, 1970). Ese tipo de «conservadurismo» (en términos argumentativos: el que la carga de la prueba se le atribuya a quien pretende efectuar un cambio) obedece a razones de economía y de eficiencia y, como digo, es enteramente razonable que opere en cualquier tipo de empresa racional. Es también lo que hace que resulte justificado (que sea racional) el uso de argumentos de autoridad: cuando seguir a la autoridad (aceptar lo ya establecido) facilita llegar a las soluciones aceptables a los problemas. Pero hay aquí una diferencia crucial en cuanto a cómo funcionan los argumentos de autoridad en esos diversos campos.

En el caso de la ciencia (de la ciencia empírica), los presupuestos o premisas últimas son efectivamente resistentes al cambio, pero pueden modificarse, aunque sea con cierto esfuerzo. Las condiciones para hacerlo (con éxito) están incluso preestablecidas en las reglas del método científico: cuando las leyes, las teorías, etc. de las que forman parte —o en las que se apoyan— las proposiciones resulten falsadas o puedan descartarse de acuerdo con algún otro criterio de validación científica. Pero, naturalmente, nada de esto es posible en el caso de la teología: negar las verdades teológicas (o alguna de las verdades esenciales, de los dogmas) no significa hacer progresar la teología, sino destruirla. Los únicos cambios asumibles son, si acaso, los referidos a la interpre-

tación de los dogmas (de las verdades), pero no los que ponen en cuestión los dogmas mismos. La diferencia entre la ciencia y la teología es, por lo tanto, esencial; cualitativa, y no simplemente de grado. Y la dogmática jurídica se encuentra, por así decirlo, en un lugar intermedio entre la ciencia y la teología. La posición del dogmático del Derecho no es la del teólogo, puesto que, como antes se indicaba, las normas jurídicas son vistas hoy como proposiciones esencialmente modificables; más mudables incluso, si se quiere, que los paradigmas científicos. Pero tampoco es la del científico de la naturaleza, puesto que el cultivador de la dogmática jurídica (de cada una de sus ramas: civil, penal, etc.) tiene que someterse a la «autoridad del Derecho» (de la Constitución, de las leyes, de la Jurisprudencia) que establece límites que (en cuanto dogmático) le son infranqueables. Aquí, al igual que ocurre con el teólogo, podrá interpretar ese material de una forma u otra (y siempre según los criterios de interpretación que le suministra también la autoridad). Pero no puede (en la medida en que pretenda hacer dogmática) prescindir de la autoridad, aunque sí esté a su alcance (puede ser incluso un objetivo central de su actividad) proponer a la autoridad que modifique esos «dogmas» y que lo haga incluso de una determinada manera (según ciertas técnicas de redacción, para impedir lagunas, contradicciones, etc.). De manera que, en definitiva, en el caso de las ciencias empíricas, la modificación de los «dogmas» depende, en última instancia, de la experiencia, de una realidad ajena al científico. En el caso de la Jurisprudencia requiere la intervención de una voluntad (una autoridad) y el jurista dogmático puede contribuir (racionalmente) a ese cambio. Y en la teología el cambio de los dogmas es imposible porque no han sido establecidos ni por la naturaleza ni (según sus cultivadores) por una autoridad humana. Lo que equivale a decir, en definitiva, que los únicos dogmas existentes, en el sentido estricto de la expresión, son los de la teología.

2. LA DOGMÁTICA JURÍDICA NO ES UNA CIENCIA, SINO UNA TÉCNICA

El empleo del término «dogmática jurídica» es, pues, confuso, al menos en estos dos sentidos. Por un lado, sugiere una aproximación de esa actividad a la de la teología que no responde a cómo, de hecho, opera hoy la dogmática jurídica. Y, por otro lado, aun aceptando esa analogía, el *pendant* de la dogmática jurídica en el campo de la teología no lo sería únicamente la teología dogmática (o sistemática). Como resulta ya con entera claridad de la obra de Ihering, la función de la Jurisprudencia no es solamente dogmática (sistemática), sino también descriptivo-explicativa (histórica) y normativa. Pero lo que hace, de todas formas, que la dogmática sea un saber polémico no es tanto su nombre (como digo, muy

probablemente inadecuado: pero no es fácil cambiar una convención lingüística cuando la misma está muy arraigada), sino las dificultades existentes para clarificar su estatuto epistemológico.

La cuestión, como se sabe, es bien antigua. Se planteó prácticamente a lo largo de toda la historia de la disciplina. Y adquirió una especial gravedad a partir de la época moderna, con la aparición de las ciencias experimentales y el establecimiento de una «nueva» noción de ciencia (frente a la idea antigua y medieval) en la que el saber tradicional de los juristas no tenía un fácil acomodo⁴. Se podría decir que, a lo largo de los últimos siglos, se han ensayado todas las vías posibles para configurar a la Jurisprudencia como ciencia, esto es, se la ha procurado ver: como una ciencia formal (según el modelo de la lógica o de la matemática), como una ciencia natural, como una ciencia social empírica, o como una ciencia social (por su objeto), pero construida según métodos distintos a los de las ciencias empíricas (ciencia espiritual, cultural, etc.). Y el resultado ha sido siempre insatisfactorio, en cuanto el saber tradicional de los juristas no parece corresponderse realmente con ninguno de los anteriores modelos de ciencia. O, dicho de otra manera, ese tipo de aproximación al problema ha llevado a una especie de duplicación de los saberes jurídicos, esto es, a distinguir entre un tipo de actividad con objetivos simplemente pragmáticos y que no puede considerarse científica (la elaboración dogmática del Derecho) y la «verdadera» ciencia jurídica que consistiría en algo distinto: en el Derecho natural, en el análisis formal de los conceptos jurídicos (teoría general del Derecho), en el estudio de los elementos empíricos del Derecho (sociología del Derecho, psicología jurídica, etc.), en la construcción de una ciencia comprensiva, hermenéutica, etc., o bien de una ciencia social integrada (el fenómeno jurídico sería uno de los elementos por integrar) que, en todo caso, se alejaría mucho de lo que realmente hacen los juristas dogmáticos.

Esa aproximación prescriptiva a propósito de la Jurisprudencia puede advertirse claramente en los grandes teóricos del Derecho del siglo XX que, por lo demás, han contribuido de manera notable a clarificar en qué consiste el saber tradicional de los juristas. Parece así obvio que el modelo de ciencia jurídica de la teoría pura de Kelsen se aleja mucho de lo que realmente hacen los dogmáticos del Derecho, que en absoluto se limitan a describir las normas válidas dejando fuera de sus elaboraciones cualquier ingrediente de carácter social o axiológico. Y se aleja también mucho en la versión que le diera Bobbio en 1950 (*vid.* Bobbio, 1980a),

4. En un libro publicado en 1985, y que era la reelaboración de una «Memoria de cátedra» presentada dos años antes, hacía un resumen de ese panorama. *Vid.* Atienza, 1985.

adaptando el modelo kelseniano a la concepción neopositivista de ciencia: la Jurisprudencia consistiría según esa idea de ciencia únicamente en el análisis del lenguaje jurídico; por lo demás, esa concepción de la ciencia jurídica es también la adoptada por Luigi Ferrajoli en diversas obras recientes (*vid.* Ferrajoli, 2011, tomo 1, Introducción) y de gran influencia. También es fuertemente prescriptiva la teoría de la ciencia jurídica de un «realista» como Alf Ross: su modelo empirista y predictivo no puede considerarse en absoluto como una descripción del trabajo de los juristas dogmáticos. O (aunque en menor medida) la reconstrucción de la ciencia jurídica que algunos han efectuado a partir de los planteamientos de Hart⁵; es interesante añadir aquí que el menor interés que los autores anglosajones han mostrado por esclarecer el estatuto epistemológico de la Jurisprudencia puede deberse en buena medida al mayor prestigio —en relación con lo que ocurre en los países de *civil law*— de las profesiones jurídicas en el contexto de sus sistemas jurídicos. Y, por supuesto, también tiene un carácter prescriptivo el planteamiento que puede encontrarse en los autores marxistas y que ha dado lugar a teorías «críticas» que no dejan espacio para adoptar un punto de vista interno o normativo en relación con el Derecho, punto de vista que es, precisamente, el de la dogmática.

Ahora bien, cuando se examina toda esa discusión en torno al carácter científico o no de la Jurisprudencia, no es difícil llegar a la conclusión de que la misma ha estado notablemente oscurecida por la aceptación de un presupuesto que, sin embargo, no hay por qué aceptar: que el valor o la importancia de una actividad o de un saber se mide por su grado de científicidad. Para darse cuenta de que esto no es (necesariamente) así, bastará con reparar en que, en un sentido estricto de la expresión, ni la medicina, ni la arquitectura, ni las ingenierías, ni la informática son ciencias, sino técnicas (o tecnologías, puesto que hacen abundante uso de conocimiento científico) lo que, naturalmente, no pone en cuestión su relevancia social y su prestigio epistemológico. Y si se dice que no son ciencias es porque su objetivo central no es —digamos— el de «conocer por conocer» ciertos fenómenos, sino más bien el de utilizar conocimiento científico (proveniente de la biología, de la química, de la física, de la matemática...) para lograr ciertos resultados prácticos: curar enfermedades, construir edificios sólidos y funcionales, etc. ¿Y no se podría decir otro tanto de la dogmática jurídica? ¿No podría reconstruirse esa actividad como una técnica, cuyo cometido fundamental (aunque esto no sea siempre reconocido así) no sería

5. Me refiero aquí, sobre todo, a Mario Jori, *Il metodo giuridico tra scienza e politica* (1976). En el libro señalado en la nota anterior, presento con algún detalle todas esas concepciones de la ciencia jurídica.

(no debería ser) obtener conocimiento (describir o sistematizar un sector del ordenamiento jurídico), sino resolver (en un cierto nivel de abstracción) un tipo peculiar de problema práctico referido a la aplicación, la interpretación y la producción del Derecho? ¿Por qué negar a esa actividad valor y prestigio social simplemente porque no pueda calificarse de científica?

En el libro al que antes hacía referencia (Atienza, 1985), yo tomaba precisamente esta segunda vía de aproximación al problema. Analizaba la famosa crítica de Von Kirchmann a mediados del XIX y mostraba que sus argumentos contra la cientificidad de la Jurisprudencia resultaban simplemente «impertinentes» si la Jurisprudencia se interpretaba como una técnica cuya finalidad esencial no es la de conocer, sino la de obtener ciertos resultados prácticos valiéndose de ciertos conocimientos. Más en concreto, precisaba que esos resultados prácticos eran los de suministrar criterios para la aplicación y el cambio del Derecho, de manera que la elaboración de un sistema conceptual debía verse más bien como un medio para la obtención de esas finalidades «últimas»; y de ahí el papel positivo de la dogmática: «un sistema jurídico que careciera de elaboración dogmática estaría en disposición de resolver muchos menos problemas que el mismo sistema dotado de una dogmática adecuada» (p. 253); el hecho de que la dogmática suponga la aceptación de ciertos puntos de partida es lo que permite «cumplir su función de aumentar las posibilidades de decisión del sistema haciéndolas relativamente previsibles» (p. 254). Y terminaba afirmando que «carece de sentido y de interés plantearse el problema de si la Jurisprudencia es o debe llegar a ser una ciencia [...] La cuestión pertinente debiera ser la de saber si, en cuanto técnica, puede incorporarse y utilizar conocimiento científico y conocimiento tecnológico procedentes en principio de otras áreas [...] y si tal incorporación supone o no un enriquecimiento para la dogmática» (p. 254).

Un poco después, en el curso de una polémica con Vernengo⁶, tuve ocasión de perfilar un poco más ese planteamiento, la tesis de que la dogmática jurídica no es una ciencia en el sentido estricto de la expresión, sino una técnica social. Me apoyaba para ello en la caracterización que de la técnica (o de la tecnología: la técnica basada en conocimiento científico) hace Mario Bunge. Este último considera que aunque las ciencias y las tecnologías comparten muchos elementos, sin embargo, se pueden trazar ciertas diferencias entre unas y otras. Trasladado ese aná-

6. Publicada en la revista *Doxa*, 3 (1986): Roberto Vernengo, «Ciencia jurídica o técnica política: ¿Es posible una ciencia del Derecho?»; Manuel Atienza (1986a), «Sobre la Jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo»; y Roberto Vernengo (1986a), «Réplica a la respuesta de M. Atienza».

lisis al campo de la dogmática jurídica, llegaba a la conclusión de que el saber tradicional de los juristas constituye una técnica (más bien que una tecnología: hay poco uso de conocimiento científico; su base está constituida más bien por una combinación de experiencia y sentido común) en la que se pueden destacar rasgos paralelos a los que Bunge señala para las tecnologías: el conocimiento de la dogmática es, en razón de su objeto, un conocimiento relativamente cerrado, al igual que son cerradas las comunidades de los dogmáticos; la filosofía inherente a la dogmática es una concepción pragmática del saber; los problemas característicos de la dogmática son de tipo práctico, al igual que son prácticos sus objetivos o funciones; la forma de proceder de la dogmática se asemeja más que al método científico al tecnológico, en el que funcionaría la secuencia: problema práctico-diseño-prototipo-prueba-corrección del diseño o reformulación del problema; en la actividad de la dogmática jurídica, los juicios de valor —morales y políticos— desempeñan un papel relevante (*vid.* Atienza, 1986a).

3. TRES PLANTEAMIENTOS IUSFILOSÓFICOS SOBRE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

En la filosofía del Derecho española de los últimos tiempos, el problema de la naturaleza y de las funciones de la dogmática jurídica no ha ocupado un lugar demasiado central, aunque no hayan faltado tampoco trabajos de indudable interés sobre la materia. Me referiré aquí brevemente a tres de ellos, porque sus planteamientos están muy próximos al que acabo de hacer.

El primero de ellos es el de Albert Calsamiglia, en una obra publicada en 1986, *Introducción a la ciencia jurídica*. Su propósito —nos dice— no es tanto el de estudiar si la dogmática es o no una ciencia o qué tipo de ciencia es, y tampoco el de prescribir a los dogmáticos qué es lo que deberían hacer. O sea, no se sitúa en el plano de la metajurisprudencia prescriptiva, sino en el de la metajurisprudencia descriptiva y de ahí que señale que su objetivo es el de «describir cómo es y cómo se desarrolla la jurisprudencia» (Calsamiglia, 1986, 17). En realidad, en el libro (en el que la influencia de Kuhn es manifiesta) no se dan muchos detalles sobre cuáles son las reglas de juego de la dogmática y qué es lo que caracteriza a la comunidad de los dogmáticos. Pero, en todo caso, Calsamiglia remarca la importancia social de la dogmática, con independencia de que sea o no una ciencia, en cuanto sus «reglas de juego» (la sujeción a la ley, la justicia del caso y la sistematicidad del Derecho) están al servicio de los valores de seguridad jurídica, de igualdad y de solución justa y eficaz de los conflictos sociales; subraya la apertura

de la dogmática a reflexiones de filosofía moral y política, teoría económica y sociología; y, en particular, considera que «el razonamiento moral... constituye uno de los pilares básicos de la reflexión dogmática» (p. 145).

Una visión parecida puede encontrarse en un artículo (reciente)⁷ de Alfonso Ruiz Miguel, aunque este último se centra en la cuestión de si la dogmática jurídica es un saber de carácter científico o técnico. En su opinión, la manera de proceder de la dogmática se ajusta más bien al modelo de lo que tradicionalmente se ha llamado «técnica», lo cual es perfectamente compatible «con su valor y prestigio social», como ocurre con otras actividades técnicas como (son algunos de los ejemplos que pone) la cirugía y la medicina clínica, las ingenierías, la informática o la arquitectura (Ruiz Miguel, 2011, 410). Es más, Ruiz Miguel distingue, siguiendo a Ortega, entre técnicas que presuponen conocimientos científicos organizados y técnicas que presuponen conocimientos variados, pero no de carácter estrictamente científico, y piensa que la dogmática ocuparía, por así decirlo, un lugar intermedio. Como se ve, se trata, en lo esencial, de la misma tesis que yo había defendido en los trabajos de 1985 y 1986a a los que antes me refería (y a los que se refiere también Ruiz Miguel). Y de ahí que me haya producido cierta sorpresa encontrarme con la afirmación de que su postura discreparía tanto de quienes, como Larenz, defienden el valor científico de la Jurisprudencia (lo que, en su opinión, arrastra el prejuicio de pensar que, si no fuera científica, no sería una actividad valiosa, junto con el prejuicio de identificar cognoscitividad y científicidad), como de quienes, y aquí es donde me incluye, entienden que «la esencia del conocimiento en que se basa» (la dogmática) se limita «a recopilar experiencias y conocimientos vulgares ligados con la salsa del sentido común» (p. 411)⁸. En todo caso, y a semejanza de nuevo con lo sostenido por Calsamiglia, al final de su trabajo, Ruiz Miguel sugiere que entender la dogmática como una *techne* o como un *ars* «también permitiría relacionarla, y más encaminadamente que con la ciencia, con la filosofía práctica» (Ruiz Miguel, 2011, 412). Sería, en su opinión, una vía que en los últimos años habría sido renovada, sobre todo, por influjo de Ronald Dworkin.

7. Se publicó en 2011 (Ruiz Miguel, 2011), pero el autor advierte que se trata de un trabajo aparecido originalmente en 2003, y en el que solo ha introducido ahora retoques no de fondo.

8. Ruiz Miguel afirma también que «una extensión extrema y extravagante de esta misma tesis [la mía] es la de Hernández Marín, que califica la dogmática de pseudociencia» (p. 411, nota 10). Sin entrar en cómo haya que calificar el planteamiento al respecto de este último autor, lo que me parece claro es que no se trata de la misma tesis, sino de otra completamente distinta a la que yo defendía. Vid. sobre esto Hernández Marín (1989, 466-473).

Y, en fin, también puede encontrarse una postura parecida en Jesús Vega: en su libro *La idea de ciencia en el Derecho* (2001) y, sobre todo, en un artículo un poco posterior que, de alguna forma, es una síntesis y desarrollo del mismo (Vega, 2009). Lo que este autor viene a sostener es, por un lado, que hay una continuidad entre la técnica jurídica incorporada en la propia práctica del Derecho (la de los jueces, abogados, legisladores) y la dogmática jurídica, de manera que esta última sería una racionalidad interna al Derecho, «un nuevo mecanismo de racionalización que genera una institución jurídica más» (Vega, 2009, 394); y, en cierto modo, es esa «proximidad de escala que la dogmática mantiene con el Derecho» (p. 396) lo que lleva a que esta última no sea ni pueda serlo una racionalidad científica. Y, por otro lado, que tampoco podría considerarse que la «verdadera» ciencia jurídica deba buscarse en las ciencias *sobre* el Derecho: la sociología, la economía, la lógica, etc.; según Vega, la proyección «parcial» de estas últimas ciencias sobre el Derecho no daría lugar a una «ciencia cerrada sobre este campo en su integridad»; son además «conceptualizaciones de carácter *genérico*» que «no dicen nada específico del Derecho»; y «explicaciones cuya objetividad y verdad indiscutibles dejan sin embargo *infradeterminado* el plano de la racionalidad práctica» (p. 399). Vega afirma, sin embargo, que la dogmática jurídica no puede considerarse ni como una técnica ni como una tecnología, dado el «compromiso práctico» entre la dogmática y las normas y valores implicados en el Derecho, cuya consecuencia vendría a ser la existencia de cierto *sometimiento* de la dogmática a la práctica jurídica. Pero me parece que lo que quiere decir en realidad es que la dogmática no puede considerarse *solo* como una técnica, sino que fundamentalmente es un tipo de praxis.

4. EL PUNTO DE VISTA DE LOS DOGMÁTICOS

Los juristas, los dogmáticos del Derecho, han vivido, por lo general, al margen de las anteriores discusiones, y no han dedicado mucho esfuerzo a reflexionar acerca de en qué consiste (cuál es el estatuto epistemológico de) su actividad. Una circunstancia desafortunada y que seguramente sea el *pendant* del desinterés de muchos filósofos del Derecho por conocer a fondo el trabajo de los dogmáticos o, si se quiere, de su tendencia a mirar con cierto desdén la actividad de los dogmáticos. Esa falta de diálogo interprofesional (e interprofesoral), por lo demás, seguramente no se da en culturas jurídicas como la anglosajona en la que las disciplinas jurídicas no están organizadas, tal y como ocurre entre nosotros, como si fueran compartimentos estancos.

Sea como fuere, en el mundo latino, el modelo prevaeciente de dogmática —el modelo tradicional— parece caracterizarse por rasgos

como los siguientes: está profundamente anclado en el formalismo jurídico como concepción del Derecho; tiende a aislar la dogmática del resto de los saberes sociales; es reacio a la incorporación de nuevos métodos procedentes de la lingüística, la economía, la lógica, etc.; subraya la función descriptiva y sistemática de la dogmática y tiende a negar (o a ocultar) la de carácter práctico; presenta la dogmática como un saber neutral, estrictamente separado de la política y de la moral; se centra en el Derecho formalmente válido y no en el Derecho en acción; se desentiende de los valores sustantivos del Derecho y privilegia ante todo el de la seguridad jurídica (los valores formales); propende al uso de argumentos basados en la autoridad y dirigidos a interpretar en forma preferentemente literal las normas, mientras que es reacio a la utilización de argumentos teleológicos o valorativos. Sin embargo, en los últimos tiempos parecen estar surgiendo en la cultura jurídica de estos países propuestas metodológicas⁹ que ponen en cuestión todas o algunas de las anteriores características y que podrían situarse en torno a dos polos de atracción que cabría configurar así. En el primero de ellos se aloja la dogmática entendida como una empresa técnica, que debe hacer el mayor uso posible del conocimiento científico (empírico y conceptual) disponible, para contribuir así a mejorar el funcionamiento del sistema jurídico en el momento de la aplicación, de la interpretación y de la producción del Derecho; el trasfondo es una visión positiva sobre la capacidad del Derecho —en particular, del Derecho del Estado constitucional— para transformar la sociedad; y de ahí, también, la asunción de una actitud política —si se quiere, de política jurídica— reformista: la dogmática —reorientada en el sentido indicado— puede convertirse en una actividad valiosa y pragmáticamente útil. En el otro polo estaría una forma de encarar la investigación jurídica que pone el énfasis más bien en la crítica ideológica de los discursos sobre el Derecho y del propio discurso jurídico; le subyace una visión escéptica sobre la capacidad del Derecho para transformar la sociedad y cierta desconfianza hacia el «método científico», hacia sus pretensiones de «objetividad» y de exclusión de otras racionalidades —además de la científica— igualmente legítimas —se dice—; y de ahí cierta propensión a la iconoclastia más bien que al reformismo: el énfasis se pone en la desmitificación de la dogmática, en mostrar su falta de sentido, su escasa o nula legitimidad y utilidad (*vid.* Atienza, 2006a).

9. Estoy pensando en el libro colectivo editado por Christian Courtis, *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (Courtis, 2006) en el que, además de mostrar cómo elaboran sus escritos los juristas dogmáticos y los estudiantes de posgrado en España y en Latinoamérica, se hacen una serie de sugerencias sobre cómo debería llevarse a cabo esa tarea y diversas consideraciones teóricas sobre la naturaleza y función del conocimiento jurídico y, en particular, de la dogmática jurídica.

dos tesis que han surgido en varias ocasiones: 1) la dogmática no obedece al modelo de ninguna ciencia, en el sentido estricto de la expresión, sino que es una técnica social; 2) el Derecho (y el pensamiento sobre el Derecho) se inserta dentro de lo que tradicionalmente se ha llamado la razón práctica. La fusión de ambas es lo que permite presentar la dogmática jurídica como una tecno-praxis o como una praxis tecnificada.

Reconocer el carácter técnico de la Jurisprudencia tiene, yo creo, efectos beneficiosos, porque ayuda a plantear mejor una serie de cuestiones, incluyendo la de cómo debe elaborarse ese saber. Tiene, por ello, también un componente crítico —al que ya antes me he referido— ligado sobre todo a la posible conversión de esa técnica (o de algunos aspectos de la misma) en una tecnología. Esa es también, me parece, la manera de dar respuesta a la necesidad de conectar la dogmática con la ciencia: no empeñándose en descubrir en la ciencia elementos dogmáticos (lo que tiene poco recorrido), sino más bien mostrando de qué manera la dogmática jurídica podría beneficiarse utilizando (más bien que generando) conocimiento científico.

Y el caso es que los dogmáticos tienen a su disposición una serie de saberes (algunos de ellos «científicos», otros no), cuya explotación potenciaría enormemente su capacidad para resolver problemas prácticos. La economía (algunos elementos del análisis económico) es un ejemplo que seguramente nadie se atrevería a discutir hoy, aunque, de todas formas, es importante ser consciente de la limitación que supone el uso de ese método, limitación que deriva de que la maximización de la riqueza no es el único objetivo que ha de perseguir un sistema jurídico; por eso, el análisis económico del Derecho tiene sin duda un lugar de gran relevancia —pongamos por caso— en el Derecho de daños, pero no (o, al menos, no con ese relieve), en muchas otras áreas como el Derecho penal o el Derecho de familia. Pero también están a disposición del jurista dogmático, en relación —por ejemplo— con los problemas de prueba, algunas partes de la matemática, como la estadística y la teoría de la probabilidad. La criminología, para quien elabora la dogmática penal. Cada una de las ramas de la sociología concernientes a los diversos sectores del Derecho, en relación con las diversas dogmáticas: civil, administrativa, laboral, etc. Y, en fin, disciplinas como la lógica y la lingüística, que tendrían que interesar a todos cuantos elaboran la dogmática, con independencia de cuál sea su campo temático, por razones que realmente son obvias: porque el Derecho, en buena medida, es una práctica discursiva, de manera que los problemas para los que los dogmáticos deben proveer una solución requieren un conocimiento adecuado del lenguaje. Y ese tipo de conocimiento, por cierto, podrían adquirirlo con cierta facilidad, simplemente dirigiendo la mirada un poco más

allá de su propio gremio, hacia los iusfilósofos con formación analítica, cuyos despachos en muchos casos quizás solo disten unos pocos metros de donde tienen los suyos los cultivadores de la dogmática... Si no fuera, claro está, porque cuando se dice que las áreas de conocimiento en las facultades de Derecho de muchos países del mundo latino son compartimentos estancos no se está simplemente utilizando una metáfora: se está describiendo prácticamente un hecho físico. Pero parece obvio que los problemas de las «naturalezas jurídicas» que tanto han ocupado a los dogmáticos podrían recibir un tratamiento mucho más claro y productivo si el dogmático de turno se tomara la molestia, por poner un ejemplo, de leer con alguna atención el libro de Carrió *Notas sobre Derecho y lenguaje* (escrito en 1965), o algún otro de los publicados sobre la materia en fechas posteriores. Que unos elementales conocimientos de lógica facilitan entender en qué consisten y cómo funcionan los conceptos de enlace a los que Ross llamó «tû-tû» y que cumplen un papel de cierta importancia en las construcciones dogmáticas; al igual que ayudarían inmensamente a la hora de resolver problemas de redacción de normas. Que comprender el carácter no monótono, o derrotable, del razonamiento jurídico (y de las normas) evitaría mucha falsa discusión en materia interpretativa. Etcétera, etcétera.

Una consecuencia también no desdeñable de comprender (y asumir) el carácter técnico (con todas sus peculiaridades) de la dogmática es que permitiría, quizás, evitar algunos de los despropósitos en los que suelen incurrir «agencias de evaluación de la investigación» como la ANECA. La investigación dogmática no es (ni tiene que ser) una investigación científica, ni obedece tampoco al modelo de las tecnologías basadas en ciencias naturales, por lo que las exigencias de «internacionalización» de los conocimientos, la atención a los «índices de impacto», etc., están, sencillamente, fuera de lugar. No quiere ello decir, por supuesto, que no haya criterios objetivos para evaluar un trabajo de dogmática jurídica, sino que esos criterios tienen que construirse teniendo en cuenta las peculiaridades de ese saber y de su institucionalización: por ejemplo, no puede desconocerse que, salvo excepciones, las elaboraciones dogmáticas suelen tener un marco nacional y que (en parte por lo anterior) no existe nada parecido a lo que son las «revistas científicas» en el campo de la biología, la física, etc., por lo que pretender determinar la calidad de un trabajo siguiendo los criterios que suelen aplicarse (con sentido) en estos últimos campos (dicho de manera clara y breve: sin tomarse la molestia de leerlo) a lo que lleva (a lo que ha llevado), en realidad, es a fomentar la arbitrariedad hasta límites verdaderamente grotescos¹⁵. Es-

15. Por lo demás, el sistema de «revisión por pares» no parece tampoco un procedimiento muy fiable, ni siquiera en relación con las ciencias «duras». Susan Haack trae a

toy seguro de que cualquier lector de estas páginas tendrá al respecto algún ejemplo expresivo que poner.

Calificar la dogmática como una técnica social significa también tener que enfrentarse con algunos problemas interesantes, puesto que la noción de técnica incluye en su seno actividades muy variadas y habría por lo tanto que precisar cuál es el lugar que en ese universo ocupa la dogmática. Como antes veíamos, no es del todo una tecnología (ni tendría sentido procurar que lo fuera), sino que incluye también (necesariamente) elementos que, en mayor o menor medida, la aproximan (como Ruiz Miguel señalaba refiriéndose a Ortega y Gasset) a las más tradicionales técnicas artesanales y artísticas (recuérdese la tercera de las leyes de Ihering de la construcción jurídica, la de la belleza). Es, además (tratando con esto de contestar a una objeción de Jesús Vega), una técnica de segundo nivel; si se quiere, una técnica teórica y que tiene que recurrir a conceptos notablemente abstractos puesto que, a diferencia de lo que ocurre con los abogados, los jueces o los legisladores, los dogmáticos se enfrentan con problemas generales, y tienen que construir, por lo tanto, soluciones generales para los mismos.

Para aclarar el tipo de saber técnico en que consiste la dogmática jurídica, puede ser interesante fijarse en sus semejanzas y diferencias con otras dos técnicas con las que a veces se la ha comparado: la medicina y la retórica.

La medicina es un ejemplo de técnica que esencialmente aplica conocimiento proveniente de las ciencias naturales (de las ciencias biológicas) y de la matemática, aunque las ciencias sociales (la psicología, la sociología) jueguen también un papel de cierto relieve en algunos campos (por ejemplo, en la medicina clínica). Y en esto se diferencia, claro está, del Derecho y de la Jurisprudencia que pertenecen en exclusiva al mundo de lo social. Pero esa diferencia de planos no impide que entre el Derecho y la medicina (y entre el saber dogmático y el saber médico) se puedan establecer muchas analogías fructíferas: entre el razonamiento dirigido a establecer un diagnóstico y el encaminado a la determinación de los hechos en el Derecho; entre la medicina clínica y la epidemiología, por un lado, y la aplicación del Derecho y la legislación, por el otro; entre lo que significa la enfermedad y la medicina, en el mun-

colación las declaraciones, en 1997, del editor de una de las más prestigiosas revistas médicas, *The Lancet*: «La evaluación por pares es cara, lenta, propensa a los sesgos, susceptible de abuso, quizás conservadora e incapaz de detectar un fraude» (Haack, 2015, 25). Y ella misma llega a la siguiente conclusión que le parece una obviedad: «El hecho de que un trabajo haya pasado el proceso de evaluación por pares para su publicación no garantiza que no tenga defectos o incluso que no sea fraudulento; y el hecho de que el trabajo haya sido rechazado por evaluadores no garantiza que no sea un progreso importante» (p. 30).

do natural, y el conflicto social y el Derecho, en el social; etc. Pero hay también una diferencia fundamental y que consiste en que el fin, el valor, que preside el ejercicio de la medicina está relativamente bien determinado (curar o prevenir enfermedades) y, en ese sentido, no es objeto de muchas discusiones; mientras que las cosas no ocurren así en el Derecho. Si se quiere, podría decirse que, en relación con el Derecho, existe también un acuerdo amplio en cuanto a que la finalidad última de los sistemas de Derecho positivo es producir justicia. Pero, como es obvio, el acuerdo solo existe si el fin se entiende en términos muy abstractos (podría haber un consenso en relación con ciertos contenidos mínimos de justicia), mientras que, a la hora de concretar esos fines, con lo que nos encontramos es con desacuerdos que muchas veces pueden llegar a ser muy profundos. Y esos desacuerdos se trasladan también al campo de la dogmática: de ahí la contraposición clásica entre quienes conciben la Jurisprudencia como una actividad encaminada esencialmente a lograr la seguridad jurídica (la aplicación cierta de las normas) y quienes ponen el acento más bien en la justicia material (en valores de tipo no puramente formal). La consecuencia de ello es que la medicina, en efecto, puede configurarse (aunque no exclusivamente, pero sí de manera fundamental) como una técnica orientada a descubrir los medios para lograr ese fin. Mientras que en el caso del Derecho (de la aplicación y producción del Derecho y de su elaboración dogmática a propósito de esas dos instancias fundamentales de la práctica jurídica), la deliberación respecto a los fines y a los valores juega un papel fundamental. Dicho de otra manera, en el Derecho y en la dogmática jurídica no puede partirse de que los fines estén ya previamente dados y de ahí, en consecuencia, que el tipo de actividad requerido no pueda ser simplemente técnico, sino también *práctico*, en el sentido en el que suele hablarse de razón práctica. Esa es también la razón de que el Derecho (en el sentido amplio de la expresión, que incluye el saber sobre el Derecho) no pueda verse simplemente como una ingeniería social.

La comparación con la retórica (a veces se ha hablado de una Jurisprudencia retórica o tópica) lleva también a una conclusión semejante. Aristóteles definió la retórica como una técnica (*Téchne rhetorike* es el título original de su gran obra al respecto, que influyó decisivamente en toda la tradición posterior) dirigida a la persuasión. Para explicar lo que esto quiere decir ponía, entre otros, el ejemplo de la medicina (*Retórica*, 1355b) y aclaraba que el buen rétor, como el buen médico, no es el que, de hecho, logra persuadir o curar, sino el que pone los medios adecuados para ello. De todas formas, entre el fin de la curación y el de la persuasión existe una diferencia interesante: curar es siempre (o, si se quiere, en casi todos los casos) un bien, pero persuadir no, puesto que se puede usar la técnica retórica para persuadir de lo falso o de lo injus-

fía práctica. Y para ese híbrido es para lo que yo propongo el término de «tecno-praxis».

En efecto, así como en los últimos tiempos se habla de tecno-ciencia para indicar la tendencia hacia la convergencia que (en diversos sectores) presentan la ciencia y la tecnología, cabría utilizar el término tecno-praxis para señalar la fusión entre el campo de la técnica y el del pensamiento y acción dirigidos a la vida moral y política de los hombres, que Aristóteles llamó «praxis». La dogmática jurídica sería entonces una peculiar combinación de técnica social y de filosofía práctica (moral y política), un lugar de reunión de la razón instrumental y la razón práctica. La actividad dogmática debería estar presidida entonces por un tipo de racionalidad que incluyera no solo la deliberación sobre los medios adecuados para alcanzar ciertos fines, sino también la deliberación sobre esos fines y sobre los valores en que los mismos se sustentan. A mí me parece obvio que, en el contexto de los Derechos del Estado constitucional, ese es el único camino viable que se le abre a la dogmática.

VIII

OBJETTIVISMO MORAL Y DERECHO

1. TEORÍA DEL DERECHO Y OBJETTIVISMO MORAL

Hace algunos años, en un seminario que se celebró en Nápoles, Paolo Comanducci¹ fijó en cinco puntos nuestras diferencias en materia de filosofía del Derecho, que quizás pudieran extenderse, en general y con las matizaciones de rigor, respectivamente, a los profesores (hablar de «escuelas» sería excesivo) de Filosofía del Derecho de Génova y de Alicante. Dos de esas diferencias se referían al plano de la teoría del Derecho: él abogaba por una teoría neutral y descriptiva, mientras que yo defendería una de carácter normativo; y, como consecuencia en cierto modo de lo anterior y para asegurar los valores vinculados con el carácter determinado del Derecho (la seguridad jurídica) y con la democracia, él se oponía al principialismo y a la tesis del imperialismo de la moral (consecuencia de la primacía dada a los principios) que atribuía a mi posición. Las otras tres eran de carácter metaético y consistían: en la defensa de la distinción entre ser y deber ser que a él le parecía esencial y que yo pondría en cuestión; en la negación por su parte de la tesis de la unidad de la razón práctica (pensar que las razones últimas en un razonamiento práctico tienen necesariamente carácter moral); y en su crítica, finalmente, a la objetividad de la moral, en cuanto posición que yo sostendría. Es más o menos evidente que las cinco cuestiones están estrechamente conectadas entre sí, y para mí está también claro que Comanducci tenía razón al plantear así nuestras diferencias, aunque varios de los términos, o de los conceptos, antes mencionados son considerablemente imprecisos y es muy probable que él y yo los utilizemos en sentidos no completamente coincidentes. Ahora bien,

1. Posteriormente publicado como artículo (Comanducci, 2015).

¿es esto último lo que ocurre en relación con el significado de «objetivismo moral»?

Bueno, quizás no sea tan fácil contestar a esa pregunta de manera categórica. Conozco más o menos bien a Paolo Comanducci y me consta que nuestras opiniones en materia política, en relación a cómo debería uno vivir o a qué es lo que está bien o mal (o resulta moralmente indiferente) hacer son sustancialmente coincidentes. Por ejemplo, los dos pensamos que el Estado debe ser estrictamente laico, que deberían implementarse medidas vigorosas de igualdad, que debería dejarse a la libertad de cada cual la decisión de cómo quiere acabar su vida, que no hay por qué impedir el matrimonio a personas del mismo sexo, etcétera, etcétera. ¿Dónde está, entonces, la diferencia entre nosotros? Pues bien, en principio, parece que habría que situarla en el plano de la justificación de nuestros juicios morales, juicios que (aceptemos esto sin más) son coincidentes en cuanto al contenido y seguramente también en cuanto al compromiso que ellos suponen; quiero decir, yo no tengo por qué pensar (y no lo pienso) que él esté dispuesto a hacer menos que yo por la defensa del Estado laico, de la igualdad, etc., simplemente porque él no sea un objetivista moral. O sea, la diferencia estribaría en que, como yo soy un objetivista, a las razones que me mueven a defender esas posiciones les atribuyo un carácter *objetivo*, mientras que ese no sería el caso de Comanducci.

Pero si ahora se me preguntara qué entiendo aquí por *objetivo*, mi respuesta, aproximadamente, vendría a ser esta: quiero decir que cuando defiendo, por ejemplo, el carácter laico del Estado no estoy sencillamente mostrando una preferencia personal o una preferencia compartida por un determinado grupo social, sino que lo que pretendo decir es que eso es lo correcto, que a favor del Estado laico cabe esgrimir razones que cualquiera (cualquier persona razonable) tendría que aceptar. ¿Pero solo esto, podría quizás él replicar, o también la pretensión de que eso que yo estoy afirmando es *verdadero*, y que lo es porque hay algún tipo de objetos, de hechos, en el mundo a los que se refiere mi afirmación? Bueno, dejemos de momento esta última cuestión (si «objetivo» corresponde a «correcto» o a «verdadero» y, también, si hay o no diferencia entre «correcto» y «verdadero») de lado, aunque más adelante volveré a tratarla. Y quedémonos con que la pretensión que erige un objetivista en relación con sus juicios éticos reflexivos es la de corrección, en los términos que acabo de señalar. Además, yo siempre he defendido un objetivismo ético de carácter «mínimo» que 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.

De manera que, en definitiva, lo que me separa de Paolo Comanducci es que, aunque sus razones para sostener determinadas tesis mo-

rales pudiesen tener la mismas consecuencias prácticas que las mías, sin embargo, él no tiene la pretensión de que lo que está sosteniendo sea, sin más, lo correcto. Dicho todavía con más precisión, en el razonamiento que él podría construir para defender el Estado laico cabría identificar premisas e inferencias de muy diversos tipos en las que muy probablemente concordaríamos (los dos aceptamos los mismos o muy parecidos criterios en cuanto a cuándo una premisa empírica es verdadera o muy probablemente verdadera, cuándo tiene sentido decir que M es un medio necesario o suficiente para lograr el fin F, etc.). Pero habría también en su razonamiento (y en el mío) alguna de ellas (o más de una) que enunciaría un fin último, un valor; por ejemplo, la estricta neutralidad en materia religiosa es algo bueno, y de ahí la obligación para el Estado de tratar exactamente igual a los creyentes y a los no creyentes. También en esto último concordaríamos, pero él diría que se trata ya de una decisión última, injustificable, y esto es lo que yo negaría: la estricta neutralidad en materia religiosa es para mí un valor político-moral y por eso el Estado actúa incorrectamente cuando introduce alguna diferenciación de trato vinculado con las creencias (o la falta de creencias) religiosas de la gente. Nuestras razones respectivas tendrían, pues, un estatus teórico distinto cuando se llega —llamémoslo así— a un nivel último de justificación. ¿Pero es esto realmente importante?

Parecería que sí. Desde la perspectiva de los objetivistas, lo que suelen (solemos) reprochar a posturas no cognoscitivistas o escépticas en materia de ética como la de Comanducci es que 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 simplemente porque él, o el grupo del que forma parte, tenga ese tipo de preferencia, sino porque considera que eso es lo correcto. Y no piensa que se trata simplemente de una elección suya que, en último término, no puede justificar. Mejor dicho, hay cuestiones sobre cómo debe uno vivir (o sobre lo que significa exactamente vivir en un Estado laico) que tienen que ver con nuestras preferencias y elecciones personales (podríamos optar por uno u otro tipo de vida; quizás por una u otra interpretación de «Estado laico»). Pero otras que no: el que debemos respetar la autonomía de los individuos o procurar que puedan satisfacer sus necesidades básicas de alimentación, habitación, salud, etc., no es algo que podamos o no preferir, no depende de nuestras elecciones. Si eligiéramos otra cosa, simplemente estaríamos haciendo (eligiendo) lo incorrecto. Y no me parece que sea forzado añadir que 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. Es cierto que si preguntáramos a la gente (incluyendo

a activistas de derechos humanos) si ellos creen que hay principios morales objetivos, válidos para todos, con independencia de que se adhieran o no a los mismos, muchos dirían que no, que ellos son relativistas en materia moral. Pero me parece que eso sería solo una primera respuesta y que, cuando se les aclarara que una cosa es el relativismo como tesis descriptiva (la constatación de que, de hecho, existen diversas opiniones morales sobre temas conflictivos), y otra como tesis normativa y teórica (pensar que nuestros propios juicios morales —por muy firmemente que los sostengamos— son relativos, o sea, se basan en último término en decisiones personales y, por tanto, los juicios morales contrarios a los nuestros —basados también en otras decisiones— «valen» lo mismo o, dicho de otra manera, unos y otros valen solo en relación con quien o con quienes los acepta[n]²), muchos dirían algo parecido a lo siguiente: Me doy cuenta de que las cuestiones de carácter moral son objeto en muchas ocasiones de grandes discrepancias entre la gente, pero cuando yo sostengo que el Estado debe ser laico y que el acceso a los medios sanitarios debe ser igual para todos, lo que pretendo decir es que eso es lo correcto, y lo correcto para todos: lo que afirmo no vale solo para mí y para quienes piensan como yo.

Y algo parecido podría decirse en relación con el Derecho. O sea, algunos aspectos centrales de esa práctica serían difícilmente comprensibles sin el objetivismo moral. Por ejemplo, un juez no estaría motivando propiamente su decisión si, después de dar las razones por las cuales considera probado que han sucedido ciertos hechos y las razones que le llevan a interpretar de cierta manera las normas jurídicas que considera se aplican al caso, razones que presenta para condenar a X a la pena P o para resolver que no es Y, sino Z el propietario del bien en litigio B, añadiera a ello que su decisión no pretende ser la decisión correcta, sino, simplemente, una a favor de la cual se pueden dar razones que a él le parecen aceptables (y que también —imaginemos— le parecieran aceptables a la mayoría del tribunal). También aquí existe la dificultad de que muchos jueces (y muchos juristas), al menos en el mundo latino, piensan que el razonamiento jurídico es una cosa y el razonamiento moral otra completamente distinta y que, por ello, la corrección jurídica no tiene por qué suponer corrección moral. Pero eso, yo creo, no pasa de ser un enredo conceptual que podría deshacerse mostrando, precisamente, en qué consiste la tesis de la unidad de la razón práctica y de la primacía de la moral. Su aplicación al caso sería así: en cualquier justificación judicial (incluso cuando se trata de casos que no

2. Lo planteo conjuntamente, porque parece muy problemático poder distinguir aquí con alguna claridad entre una tesis de ética normativa (qué debe hacer A en el contexto C) y de metaética (por qué debe hacerlo, cuál es la naturaleza de las razones de A).

involucran el manejo de términos con connotación moral) hay que presuponer, al menos, una premisa (implícita) de carácter moral que enuncia la obligación para el juez de aplicar ciertas normas, las de su sistema; esa obligación no puede tener carácter jurídico, pues, aunque el propio sistema jurídico establezca la obligación para los jueces de aplicar el Derecho, siempre será posible seguir preguntándoles por qué aceptan esa obligación, y la respuesta, en último término, no puede basarse más que en razones morales. De manera que un juez que comprende realmente en qué consiste justificar —motivar— sus decisiones y que asume esa obligación erigirla también, al menos en muchas ocasiones, la pretensión de que su decisión es moralmente correcta: objetivamente correcta de acuerdo con el Derecho, y también con la moral que justifica aplicar ese Derecho.

Me he demorado en plantear ese argumento, porque me parece importante tratar de reconstruir con cierta precisión en qué sentido nuestras prácticas morales y jurídicas implican cierto grado de objetivismo ético y son incompatibles con el relativismo moral, por lo menos si este es generalizado. Dicho de otra manera, el relativismo en el sentido que aquí nos importa (no el relativismo como tesis descriptiva) no es, por supuesto, imposible de sostener (ni en el plano teórico ni en el normativo), pero es algo bastante más infrecuente de lo que se supone: la mayor parte de la gente tiene, sobre las cuestiones importantes, de alcance moral, opiniones que parecen corresponderse, en cuanto a la naturaleza de las razones que respaldan esos juicios, con lo que hemos llamado objetivismo moral; y la mayor parte de los jueces piensa que sí puede (al menos, por lo general) justificar adecuadamente sus decisiones, lo que supone que erige en relación con ellas una pretensión de corrección.

Sin embargo, las cosas no son así en la academia, entre los filósofos del Derecho. La postura de Comanducci no es para nada infrecuente, y más bien habría que decir que es básicamente (con diferencias de acento) la misma que puede encontrarse en la inmensa mayoría de los autores iuspositivistas, pero también entre los partidarios de las teorías críticas del Derecho. Y la pregunta entonces que hacerse es la de si una teoría del Derecho que no asuma el objetivismo moral puede ser una teoría adecuada del Derecho. Mi respuesta es que no, pero lo que me lleva a pensar así no es simplemente el objetivismo moral (no podría serlo), sino otra de las tesis vinculada con él y que Paolo Comanducci señalaba también como una de las importantes diferencias teóricas que existían entre nosotros: la de que una teoría del Derecho no puede ser meramente descriptiva. O sea, cabría pensar que el objetivismo moral es un ingrediente de nuestras prácticas, jurídicas, pero, al mismo tiempo, considerar que, para dar cuenta de ello, para describir el objetivismo moral, no hace falta ser un objetivista: como se puede, digamos, dar cuenta de las

creencias religiosas que alguien tiene, sin suscribir esas creencias. Volveré también sobre este punto más adelante.

¿Y cuáles son —pongámonos ahora en la otra posición— las objeciones más frecuentes que los no objetivistas dirigen a los teóricos del Derecho partidarios del objetivismo moral? Antes de señalarlas, creo conveniente hacer un par de precisiones. La primera de ellas es que detrás de esas posiciones pueden reconocerse algunos motivos que parecen sumamente atendibles. Así, especialmente en los países del mundo latino, la crítica al objetivismo moral parece estar estrechamente vinculada con el rechazo del absolutismo y del dogmatismo en la ética, representados tradicionalmente por la Iglesia católica. Los no objetivistas representan por ello muchas veces una apelación al rigor y una invitación a resistir los cantos de sirena de la metafísica y a ser muy conscientes de los límites de la razón: lo que podríamos llamar un «sano escepticismo». Y la segunda es que conviene no perder de vista que el no-objetivismo (antes he usado también el término «relativismo» como sinónimo aproximado) puede ser de muy diversos tipos, y por eso también, las críticas al objetivismo moral podrían no ser del todo homogéneas. Algunos teóricos del Derecho, por ejemplo, parecen seguir pensando en la teoría moral en los términos del emotivismo ético característicos del positivismo lógico; para entendernos, piensan en términos semejantes a los utilizados por Kelsen o por Ross: son irracionalistas en materia de moral. Otros suscriben un convencionalismo histórico que viene a ser una especie de modalidad débil del determinismo histórico del marxismo clásico. Otros se suman a la moda postmodernista e irracionalista y consideran que, si no hay un mundo natural independiente de nosotros, de nuestras mentes, menos aún va a haber un mundo social con esas características, de manera que hablar de objetividad en un campo como el del Derecho es simplemente algo que carece de sentido. Cabe, por supuesto, también encontrarse con posturas que combinan diversos ingredientes de los que acabo de mencionar y en grados igualmente variables. Y hay también quienes sostienen (frente a todas las tesis anteriores) que la racionalidad tiene una amplia cabida en el discurso moral, pero le ponen un límite, que suele venir dado por la imposibilidad —se dice— de afirmar que las proposiciones morales puedan tener valor de verdad o falsedad. Un buen ejemplo de esto último, esto es, de un no objetivismo cauteloso y puesto al día, es Francisco Laporta quien, en una reciente entrevista, afirmaba lo siguiente:

Y por lo que respecta al no cognoscitivismo en ética, yo me atengo a la vieja sabiduría jurídica: *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Siempre hay que estar atento a las peripecias del objetivismo y del realismo moral, pero la prueba de que los juicios morales pueden ser testados con criterios

de verdad o falsedad incumbe a quien lo afirma. Mientras tanto hemos de aceptar que nuestras opciones morales básicas quizás no estén asentadas en una prueba perfectamente racional. Si alguien las comparte, podremos razonar con él. Pero si las negara, entonces no tendríamos nada que hablar. Pertenceríamos, por así decirlo, a dos mundos imposibles de traducirse entre sí, que no podrían establecer entre sí vínculo racional alguno (Laporta, 2015).

Pues bien, a pesar de todas esas diferencias (y muchas otras) que podrían encontrarse entre las diversas concepciones no objetivistas, yo creo que de todas (o de casi todas) ellas podría decirse que lo que achacan al objetivismo moral no es solo que formula tesis teóricas (sobre la naturaleza de la moral) erróneas o no justificadas, sino que las mismas tienen malas consecuencias prácticas en general y, más en particular, por lo que se refiere al Derecho. Creo que ese reproche se podría condensar así: el objetivismo moral conduce a la intolerancia y a la arbitrariedad. Quien considera que hay valores verdaderos u objetivos (los suyos) tiene que pensar también que los otros (los que se oponen a los suyos) no lo son, y tiende en consecuencia a imponer sus valores (verdaderos) a los de los otros (que necesariamente tendrá que considerar como falsos: la verdad es una). Además, el objetivismo (por ejemplo, la creencia de que existen valores objetivos en el Derecho) sirve de pantalla para atribuir una aparente justificación a lo que, en realidad, no lo tiene, porque es un puro ejercicio de arbitrariedad. Es lo que ocurre en el Derecho con la apelación a la ponderación como método para resolver (con criterios presuntamente objetivos) conflictos entre principios o entre valores. Y lo que resulta sorprendente aquí, por cierto, es que de ese juicio descalificador participe también un autor como Habermas (*vid.* Habermas, 1998, 327 ss.; Aienza, 2013, 539 ss.), cuya concepción de la moral constituye, precisamente, uno de los paradigmas del objetivismo.

2. ¿CÓMO ENTENDER EL OBJETIVISMO MORAL?

Trataré ahora de precisar cómo entiendo yo el objetivismo moral mínimo, utilizando como método de exposición la respuesta que, me parece, habría que dar a (algunos de) los interrogantes que abre el objetivismo moral y que, de alguna forma, están presentes en el apartado anterior. Creo que esas preguntas podrían enunciarse así:

1) ¿Es lo mismo objetivismo moral y realismo moral? ¿Qué diferencia habría entre afirmar que nuestros juicios morales son correctos, o bien verdaderos? ¿Cómo deberíamos, en definitiva, calificar los juicios morales?

2) ¿De qué se predica objetividad? ¿De las normas? ¿De los valores? ¿De los dos tipos de entidades? ¿Y cómo se relacionan las normas y los valores?

3) ¿Qué relación hay entre objetivismo, relativismo y tolerancia? ¿Se puede diferenciar el objetivismo del absolutismo moral? ¿De qué manera?

4) ¿Qué criterios puede ofrecer un objetivista moral que permitan respaldar el carácter objetivo de sus juicios? ¿Y en qué se fundamentan esos criterios?

5) ¿Qué implicaciones tiene el objetivismo moral para la teoría del Derecho? ¿Es incompatible con el positivismo jurídico? ¿En qué sentido?

2.1. *Objetivismo y realismo*

La crítica teórica más frecuente al objetivismo moral parece consistir, como hemos visto, en la imposibilidad de atribuir a nuestros juicios morales la calificación de verdaderos o falsos; hay un libro importante de Uberto Scarpelli que ha tenido mucha influencia en muchos de los teóricos del Derecho críticos del objetivismo moral y que lleva este título emblemático: *L'etica senza verità* (Scarpelli, 1982).

¿Pero qué quiere decir esto? ¿Por qué en la ética no puede hablarse de verdad? Por supuesto, nadie va a negar que de los razonamientos morales forman parte enunciados de carácter claramente fáctico y que, por tanto, podrán ser calificados como verdaderos o falsos. De manera que lo que quiere decirse con lo anterior es que la conclusión de un razonamiento moral es un enunciado normativo o de valor (y, por eso, en las premisas deberá haber también algún enunciado que tenga esas características) el cual no puede considerarse ni verdadero ni falso. Pero tampoco esto parece muy aceptable, dado que la distinción entre enunciados (o términos o conceptos) descriptivos, prescriptivos y evaluativos o axiológicos puede ser menos clara de lo que muchas veces suponemos y no tener un carácter excluyente. Como escribió hace tiempo Javier Esquivel (1982), podemos aceptar que «bueno» es un término evaluativo y no descriptivo, ¿pero qué decir de «valiente» o de «cruel»? ¿No son descriptivos los juicios de valor «X es valiente» o «Y es cruel», de manera parecida a cuando decimos que son descriptivos los juicios «X es calmado» o «Y es alto»? Bueno, supongamos también aquí que a lo que nos estamos refiriendo (a lo que se refiere la crítica del no objetivista) es al significado último de los términos o de los juicios morales. O sea, «X es cruel» o «la decisión D es injusta» podemos tratarlos como enunciados descriptivos, verdaderos o falsos, en la medida en que tengamos estándares más o menos claros de uso de esas expresiones (que podrán ser semejantes a los que usamos en relación con «calmado» o «alto»),

pero ¿qué significa afirmar que es malo ser cruel o que el juez hizo mal al adoptar esa decisión injusta? ¿Son estos últimos juicios, descriptivos: verdaderos o falsos?

Y aquí, la respuesta parece ser esta: las proposiciones (últimas) de carácter moral no son ni verdaderas ni falsas, porque no existe en el mundo ningún objeto, ninguna propiedad a la que pudieran referirse; no hay, por tanto, como afirma el escéptico moral, valores morales objetivos. Pero tratemos de precisar a qué tipo de escepticismo moral nos estamos refiriendo aquí: no es un escepticismo ni normativo ni descriptivo, sino teórico; lo que acostumbra a llamarse metaético. Y aunque hay, obviamente, muchas defensas posibles de ese no objetivismo, escepticismo o subjetivismo moral, voy a tomar como representante del mismo la concepción de John Mackie, por la claridad con la que está expuesta, la profundidad de su análisis y la gran influencia que ha tenido.

En su libro *Ethics. Inventing right and wrong* (publicado —la fecha tiene quizás su relevancia— en 1977)³, John L. Mackie tiene buen cuidado en aclarar que su tesis de la subjetividad de los valores no se refiere a los juicios morales de primer orden (a la ética normativa), sino a los de segundo orden. Pero además precisa que, digamos como tesis de metaética, su negación de la objetividad de los valores morales (y de los valores en general), no tiene carácter lingüístico o conceptual, sino ontológico. O sea, él cree que en los juicios morales ordinarios que hace la gente sí que hay una pretensión de objetividad y que la defensa de la objetividad de los valores ha sido también la línea mayoritaria que puede encontrarse a lo largo de la historia de la filosofía occidental. Esa idea de objetividad está además incorporada en nuestro lenguaje moral y en los conceptos morales que usamos y, por tanto, son inadecuadas, en su opinión, las concepciones no cognoscitivistas que no dan cuenta de ello, de esa pretensión de objetividad. La defensa de Mackie del escepticismo moral se sitúa en otro nivel, en el ontológico, y se presenta como una «teoría del error», porque tiene que mostrar que esas creencias de la gente en valores objetivos son falsas. Se trataría de algo parecido a lo que ocurre a propósito de los colores; la gente puede pensar que los colores son cualidades que tienen los objetos y que no dependen de nosotros, pero en realidad se trata de ciertas frecuencias de luz que reflejan las superficies de los objetos y que producen en nosotros la sensación del color (los colores son «propiedades secundarias»). Los argumentos que, según él, apoyan el escepticismo, esto es, permiten concluir que no hay valores morales objetivos (insistamos, no se trata de una tesis lingüística ni conceptual, sino ontoló-

3. El título del libro hace referencia a una consecuencia de su escepticismo moral: la ética no puede ser descubierta, sino que tiene que ser inventada.

gica) y que mostrarían el error en el que las creencias de «sentido común» incurren, serían estos:

[E]n primer lugar, la relatividad o variabilidad de algunos importantes puntos de partida del pensamiento moral y su aparente dependencia de formas de vivir existentes; en segundo lugar, la peculiaridad metafísica de los valores supuestamente objetivos, en cuanto que tendrían que tener intrínsecamente el carácter de ser guías para la acción y de servir de motivación; en tercer lugar, el problema de cómo tales valores pueden ser consecuencias de, o emerger de, rasgos naturales; en cuarto lugar, la dificultad epistemológica correspondiente de dar cuenta de nuestro conocimiento de entidades o rasgos de valor y de sus lazos con los rasgos de los que ellos serían consecuencias; en quinto lugar, la posibilidad de explicar, en términos de varios modelos diferentes de objetivación, trazas de lo cual subsisten en el lenguaje moral y en los conceptos morales, cómo incluso si no existieran valores objetivos la gente no solo puede llegar a suponer que los hay, sino que puede persistir de manera firme en esa creencia (Mackie, 1977, 49).

Ahora bien, como ha mostrado David Brink (1984), lo que Mackie ataca es una versión del realismo moral, el internalismo moral, que sostiene (segundo de los argumentos de Mackie) que los hechos morales son objetivamente prescriptivos, en el sentido de que el reconocimiento de esos hechos morales, por sí mismos, y de manera necesaria, motivan a la acción moral (internalismo motivacional) y proveen de razones para actuar moralmente (internalismo de las razones). Pero el realismo moral no requiere el internalismo. Es posible ser un «externalista» que considera que los hechos morales motivan o no a la acción dependiendo de hechos psicológicos contingentes en relación con el agente, y proveen de razones para la acción, si es que el agente tiene a su vez razones para hacer lo que la moral requiere. Brink, en concreto, defiende un tipo de realismo externalista que califica de funcional. Los hechos morales son hechos acerca del bienestar y el florecimiento de los seres humanos (Brink, 1984, 115). Ese realismo puede dar cuenta del desacuerdo moral (el primero de los argumentos de Mackie), en el sentido de que es compatible con la pretensión de que «la mayor parte de las disputas morales genuinas son en principio resolubles» (p. 117), aunque sean posibles los dilemas morales y aunque algunos valores morales objetivos puedan ser inconmensurables. Además, Brink entiende (en relación con el tercero de los argumentos de Mackie) que los hechos morales son propiedades emergentes que suponen la existencia de propiedades básicas de carácter físico. La emergencia (*superveniencia*) implica que no puede ocurrir ningún cambio en la propiedad emergente sin que ocurra un cambio en las propiedades básicas, pero eso ocurriría también con las propiedades biológicas, psicológicas o sociales; por

ejemplo, «hechos sociales como el desempleo, la inflación o la explotación emergen a partir de hechos físicos y, sin embargo, nadie supone que los hechos sociales son metafísicamente extraños» (p. 120). En definitiva, las propiedades morales son propiedades funcionales, aquellas que contribuyen a mantener y hacer que florezcan los seres humanos. Y finalmente, en relación con el cuarto argumento de Mackie (el quinto parece dependiente de los anteriores: si no valen los cuatro primeros argumentos, no tiene sentido plantearlo), para descubrir qué hechos morales emergen de hechos naturales se necesita recurrir a teorías morales (sin necesidad de apelar a ninguna intuición ética), pero otro tanto ocurre con la ciencia (los juicios sobre la acidez o la alcalinidad también presuponen teorías, están cargados teóricamente). El conocimiento moral, en definitiva, puede ser difícil de obtener, pero eso no quiere decir que sea misterioso (p. 123)⁴.

Y hay muchas otras formas de sostener el realismo moral que parecen, al menos en principio, plausibles. Entre los filósofos del Derecho, tanto Alexy como Nino han hablado de «hechos morales» y de la posibilidad de calificar los juicios morales como verdaderos o falsos⁵. Así, Alexy ha admitido «que la teoría del discurso no tendría problema en emplear el término ‘verdadero’ en lugar de ‘correcto’, aceptando, por tanto, que pueda hablarse de ‘hechos normativos’ con los que se corresponderían, cabe entender, los juicios normativos válidos». En palabras de Alexy:

En *Teoría de la argumentación jurídica* quedó explícitamente abierta la pregunta acerca de si los enunciados normativos pueden ser únicamente correctos e incorrectos, o si también pueden ser verdaderos o falsos. Ya en este trabajo, sin embargo, existía la idea de que es posible hablar de hechos normativos. Por lo que, yendo más allá de Habermas y haciendo alusión a Tarski, argumenté de esta manera: «Así como el enunciado ‘la nieve es blanca’ puede corresponder al hecho de que la nieve efectivamente es blanca, así también el enunciado ‘X debe ser realizado’ corresponde al hecho de que X debe ser realizado. Esta es la línea de pensamiento en la que me he mantenido. Hoy creo que el discurso jurídico no debe separarse del concepto de verdad». (Alexy, 2011, 62-63).

De manera que el enunciado «X debe ser realizado» es verdadero si eso es a lo que se llegaría en un discurso racional en el que se respetasen las reglas elaboradas por Alexy.

4. La concepción de los valores de Mario Bunge es muy semejante a la de Brink: «Yo postularé que un objeto es objetivamente valioso si satisface alguna necesidad o aspiración legítima, como ocurre, por ejemplo, con el alimento y la estima del prójimo» (Bunge, 2007, 174-175). Bunge desarrolla sus tesis sobre los valores en Bunge, 1989.

5. Hay una buena exposición del planteamiento de estos dos autores al respecto en Lozada, 2016.

Por lo que se refiere a Nino, su constructivismo epistemológico (como teoría metaética) supone una determinada concepción de los hechos morales y de la verdad moral. Para Nino (1984 y 1994), un juicio moral del tipo de «debe moralmente hacerse X» es verdadero si el principio al que alude fuera aceptable en determinadas condiciones (equivalentes en el fondo a las del discurso racional habermasiano-alexiano). Esa aceptabilidad hipotética constituye para Nino un hecho moral de carácter peculiar: «es peculiar porque consiste en una circunstancia *contrafáctica*; consiste en algo que sucedería si otro hecho que en la realidad no ocurre (el que alguien sea completamente racional e imparcial) ocurriera». Y Alf Lozada concluye del análisis comparativo entre los dos autores que a sus respectivas concepciones de metaética «subyace una misma *tesis ontológica*: la de 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» (Lozada, 2016, 72).

De manera que, cabría concluir de lo anterior, existen modalidades muy diversas de realismo moral y algunas de ellas podrían aceptarse al menos como posturas razonables. Es perfectamente comprensible que alguien pueda afirmar que el enunciado «es bueno el estado de cosas en el que todos tienen un igual acceso a la salud» es verdadero porque refleja el hecho moral de que ese estado de cosas contribuye al bienestar y florecimiento del ser humano; o que la norma moral correspondiente, «todos deben tener un igual acceso a la salud» es verdadera porque (hecho contrafáctico), si se cumpliesen los requisitos del diálogo racional, todos la aceptarían. Pero que sea comprensible, que se pueda entender sin mayores dificultades lo que quiere decirse con ello, es una cosa, y que esa sea la mejor manera de expresar lo que con ello quiere decirse, es otra distinta. Sería, yo creo, 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. El realismo (o ese tipo de realismo) tiene el mérito de subrayar que los enunciados morales (las prácticas morales) no son ajenos al mundo real (natural y social) y que la racionalidad moral no es tan distinta de la racionalidad científica. Pero la relación con el mundo es distinta en el caso de los enunciados científicos (o del saber ordinario) y en el de los enunciados morales: los unos van dirigidos (al menos principalmente) a conformar creencias sobre cómo es el mundo, y creencias que estamos dispuestos a cambiar (si somos racionales) si el mundo, tal y como es, las desmiente; los otros, los enunciados morales, parecen dirigidos más bien a guiar y justificar (o desaprobar) nuestra conducta y no solo son resistentes a cómo

es el mundo (el mundo social), sino que presuponen en cierto modo que el mundo contradice las normas y valores morales que pretendemos introducir en él⁶. Emplear en relación con unos y otros enunciados los mismos términos de evaluación (verdadero y falso) oscurece, como digo, esa distinción que merece la pena conservar, aunque, por otro lado, tampoco debería radicalizarse. Pero, en algún sentido, podría dársele la razón a Mackie, puesto que, si existen hechos morales (o sea, en la medida en que tiene sentido hablar de hechos morales), estos no forman parte de la «fábrica del mundo» (Mackie, 1978, 15), o sea, no son hechos distintos a los naturales y sociales⁷; que viene a ser la misma idea de Dworkin de que no existen «morons» que sean los equivalentes a los átomos del mundo físico (Dworkin, 2011, 32, 42 y 43).

Me parece por ello que Habermas tiene razón (frente a autores como Putnam) cuando subraya que los juicios morales tienen una pretensión de validez que se asemeja a la pretensión de verdad de los enunciados científicos (descriptivos), pero que no es exactamente la misma. O sea, habría una pretensión general de validez, que luego se desdoblaría en pretensión de verdad en un caso, y pretensión de corrección, en el otro:

La intuición por la que me guío puede caracterizarse como sigue. Por una parte, la corrección de los juicios morales se manifiesta por las mismas vías que la verdad de las oraciones descriptivas, es decir, mediante la argumentación. Igual que no tenemos un acceso directo —es decir, un acceso que no está filtrado por razones— a las condiciones de verdad, tampoco tenemos acceso directo a las condiciones bajo las cuales las normas morales merecen reconocimiento universal. En ambos casos la validez de los enunciados solo puede *demostrarse* por vía discursiva a través del medio de las razones disponibles. Por otra parte, las pretensiones de validez morales carecen de aquella referencia al mundo que es característica de las pretensiones de verdad. «Verdad» es un concepto que trasciende la justificación y que tampoco puede hacerse coincidir con el concepto de aseverabilidad idealmente justificada. Más bien remite a condiciones de verdad que en cierta medida deben ser satisfechas por la realidad misma. Por el contrario, el sentido del concepto de «corrección» (*Richtigkeit*) se agota en la aceptabilidad idealmente justificada. Y nosotros mismos contribuimos a la satisfacción de las condiciones de validez de los juicios y normas morales mediante la construcción de un mundo de relaciones interpersonales bien ordenadas. No obstante, esta construcción está sujeta a restricciones que no están a disposición nuestra; de otro modo no podríamos hablar de *discernimiento* o in-

6. Como le gusta sarcásticamente decir a Javier Muguerza: la ética no es de este mundo. *Vid.* Muguerza, 1998.

7. Las propiedades emergentes no tienen independencia ontológica en relación con las propiedades de base.

telección (Einsicht) moral. La presencia de connotaciones ontológicas no debe menoscabar la pretensión de validez universal o incondicional. Esta se mide por las condiciones sociales y las relaciones de reconocimiento recíproco que merecen ser aceptadas como justas por todos los participantes (Habermas, 2002, 273-274).

2.2. Objetivismo normativo y valorativo

Ahora bien, la anterior cita de Habermas se refiere a las normas, y no a los valores. O sea, la pretensión de corrección se aplica, según él, a los enunciados deónticos, pero no a los de carácter axiológico. Habermas niega la objetividad de los valores, y eso es lo que explica lo que en principio parecería extraño y a lo que antes se ha hecho referencia: Habermas rechaza la ponderación de valores, porque para él se trata de un procedimiento arbitrario. ¿Pero cómo entiende él esa distinción, esto es, en qué sentido las normas difieren de los valores, los enunciados deónticos de los axiológicos?

Parece haber cuatro rasgos fundamentales que permiten establecer la distinción que él traza entre las normas *morales* y los valores *éticos*. Según Vega Encabo y Gil Martín, serían estos: 1) «[M]ientras las normas satisfacen expectativas de comportamiento interpersonales y generalizadas en cuanto al marco temporal, al espacio social y a la situación de acción, los valores reflejan preferencias socioculturales compartidas intersubjetivamente». Las normas tienen un código cognitivo binario de validez (correcto-incorrecto), mientras que la validez de los valores es gradual y admite niveles y relaciones de preferencia, de manera que solo en relación con las normas (pero no respecto a los valores) cabe hablar de una única respuesta correcta. 2) «[L]as normas justificadas vinculan nuestra voluntad con independencia de que vengan impuestas o estén socialmente admitidas», mientras que «los enunciados evaluativos tienen el rango de recomendaciones o consejos relativos a ciertas preferencias acordes con nuestras visiones de la vida buena». 3) Como la validez deóntica de las normas descansa en la justificación racional para todos sus destinatarios, eso significa que «ellas incorporan lo que está en el interés de todos por igual o lo que es bueno en igual medida para todos. Si una norma resulta del proceder universalizador de un discurso emprendido desde el punto de vista de lo que *todos* podrían querer, su carácter vinculante es absoluto y universal»; lo cual contrasta «con la particularidad y la relatividad electiva de los valores, a los que nos adherimos desde el punto de vista de lo que es mejor para mí o mejor para nosotros». Y 4), «las normas entablan interrelaciones de coherencia dentro de un sistema, en contraste con la flexibilidad y las configuraciones variables de las jerarquías valorativas» (Vega Encabo y Gil Martín, 2008, 24-26).

Pero esa caracterización no parece realmente aceptable (en esto, yo creo, tiene razón Putnam en su polémica con Habermas), al menos por estas tres razones.

En primer lugar, la caracterización de Habermas resulta discutible, en cuanto solo parece tomar en consideración un tipo de normas, las normas de acción, pero no las normas de fin, esto es, aquellas que establecen la obligación (prohibición o permisión) de alcanzar un cierto estado de cosas, y que tienen gran importancia en el contexto de nuestros Estados constitucionales. Además, Habermas considera también que las normas (justificadas) no tienen excepciones, esto es, son inderrotables⁸, lo que parece sumamente cuestionable. En relación con esto último, habría que darle de nuevo la razón a Putnam, cuando este último señala que, según esa forma (la de Habermas) de entender las cosas «tan solo hay, en el fondo, una norma universal vinculante, la norma de la acción comunicativa» (Putnam y Habermas, 2008, 50).

En segundo lugar, no existe, como Habermas supone, una separación radical entre las normas y los valores, entre los enunciados directivos y los valorativos⁹. La forma canónica de una norma (de una norma regulativa; no de las constitutivas) podría ser esta: «si se dan las condiciones C, entonces el sujeto S debe (en sentido amplio: puede tratarse de una obligación, una prohibición o un permiso) realizar la acción A o procurar alcanzar el fin F». Y la de un enunciado valorativo, que enuncia un juicio de valor (los valores son propiedades relacionales), tendría una forma similar: «si se dan las condiciones C, alcanzar el bien B (realizando una acción o dando lugar a un estado de cosas) es bueno para S», donde S puede ser un individuo, un grupo social o el conjunto de la humanidad. Ahora bien, parece obvio que todas las normas presuponen juicios de valor. En realidad, podría decirse que son el resultado de ponderaciones de bienes, de valores: si, por ejemplo, está prohibido matar salvo en legítima defensa, esto será porque la vida (para quien ha establecido la norma) es un valor que debe respetarse y, además, porque el valor de la vida de quien es atacado injustamente se pone por encima de la vida del atacante; o sea, las condiciones en las que la legítima defensa opera como causa de justificación constituyen las condiciones de prioridad de la vida de una persona sobre la vida de otra: hay, pues, también

8. Supongo que esto habría que entenderlo en el sentido de que no tienen excepciones implícitas.

9. La distinción de Habermas entre normas y valores, lo correcto y lo bueno, moralidad y ética ha sido criticada por autores como Rorty, Putnam, Brandom, McCarty o Bernstein (vid. Bernstein, 2010, 195). En *Las piezas del Derecho* (Atienza y Ruiz Manero, 1996) sostuvimos una tesis semejante: en los enunciados normativos puede detectarse una doble dimensión: directiva y axiológica; así como todo enunciado axiológico implica también una consecuencia normativa.

aquí relaciones de preferencia si bien, una vez determinadas cuáles son, la norma se aplica de manera bivalente: un determinado caso será o no un supuesto de legítima defensa.

Finalmente, si efectivamente es cierto lo anterior, o sea, si es ilusorio pensar que puede trazarse una separación radical entre las normas y los valores, entonces el relativismo sobre los valores afectaría también a la objetividad de las normas: si el juicio axiológico en que se basa una norma (cualquier norma) no tiene carácter objetivo, entonces tampoco parece que pueda tener mucho sentido predicar objetividad de las normas¹⁰.

Pero lo que ocurre es que la tesis de Habermas de que la pretensión de corrección, de justificación objetiva, no puede aplicarse a los valores resulta difícilmente inteligible. O sea, no se ve por qué la pretensión de corrección en términos discursivos que se erige en relación con las normas no puede extenderse también para abarcar los valores, los enunciados valorativos. Así, un juicio de valor (expresado en términos del anterior enunciado: en las condiciones C, obtener B es bueno para S) podría tener una validez subjetiva si quien lo respalda es un individuo I (que puede coincidir o no con S: yo puedo considerar que, dadas tales circunstancias, es bueno para mi hijo aprender portugués, aunque él no lo crea así); pero también una validez intersubjetiva, social, si quien lo avala es un grupo social de mayor o menor tamaño; y, en fin, objetiva, si pudiera entenderse que cualquier persona (cualquier persona razonable: que se guíe por las reglas del discurso) tendría que suscribir ese juicio. Simplemente, no se entiende por qué habría que dejar fuera esta última posibilidad, si uno acepta los presupuestos antropológicos y de otro tipo que subyacen a la teoría del discurso. En definitiva, la objetividad, en términos de corrección, tendría que aplicarse también a los valores.

2.3. *Objetivismo, relativismo y tolerancia*

Como antes decía, parecería que hay una incompatibilidad lógica o, al menos, pragmática entre afirmar la objetividad de los valores y aceptar el pluralismo y la tolerancia. De la misma manera que el relativismo moral parece conducir de manera natural a la defensa de la democracia y de la tolerancia; sobre esto último, las últimas frases del *Qué es justicia* de Kelsen no pueden ser más elocuentes:

Comencé este estudio con la pregunta: ¿qué es la justicia? Ahora, al llegar a su fin, sé perfectamente que no la he contestado [...]. En realidad, yo no

10. Putnam piensa que la negación por parte de Habermas de cualquier objetividad de los valores se basa, en el fondo, en razones positivistas (Putnam y Habermas, 2008, 77).

sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, este hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa, puedo decir únicamente lo que para mí es la justicia. Como la ciencia es mi profesión, por lo tanto, lo más importante de mi vida, para mí la justicia es aquella bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia (Kelsen, 1991, 84-85).

Pero esto podría ser simplemente un error. De hecho no ocurre así, como lo prueba el caso de Mussolini, que declaró ser un relativista en materia moral (Lukes, 2011, 61), o el de Carl Schmitt, el principal jurista del nazismo, que escribió todo un libro criticando (ya después de la guerra) la filosofía de los valores y la idea de que hay valores objetivos. Según este último, la creencia en los valores objetivos lleva a lo que llamó «la tiranía de los valores». En una muestra seguramente insuperable de cinismo moral, el mismo autor que había caracterizado el campo de la política por la contraposición amigo-enemigo, escribe frases como las siguientes, dirigidas a combatir la llamada «Jurisprudencia de los valores» que se estaba imponiendo en el Tribunal Constitucional de Alemania a comienzos de los años sesenta del siglo pasado y frases que, por lo demás, no están muy alejadas de las afirmaciones sobre los valores de Habermas:

Nos enfrentamos, pues, con la lógica inmanente del pensamiento de valores a la cual nadie puede escapar. [...] Quien dice *valor* quiere hacer valer e imponer. Las virtudes se ejercen, las normas se aplican, las órdenes se cumplen; pero los valores se establecen y se imponen. Quien afirma su validez tiene que hacerlos valer. Quien dice que valen, sin que nadie los haga valer, quiere engañar. [...] Si algo *tiene* valor y cuánto, si *es* valor y en qué grado se puede determinar solamente desde un supuesto punto de vista o criterio particular. [...] No son ni ideas ni categorías, ni tampoco principios o premisas. Son simplemente puntos. Forman parte de un puro perspectivismo (Schmitt, 2010, 71).

Y si no ocurre así es porque el relativista moral (en el plano de la ética normativa y en el de la metaética)¹¹, como muy bien lo ha señalado Steven Lukes, no puede defender la tolerancia, sino que tiene que abstenerse de hacer juicios morales (Lukes, 2011, 62) o, en todo caso, su defensa de la tolerancia tendrá que ser también ella relativa.

11. En realidad, me parece que hay muy buenas razones para pensar que esa distinción, o es imposible de trazar (como piensa Dworkin [2011]) o, en todo caso (y esta parecería la postura más acertada) es mucho menos nítida de lo que con frecuencia se supone. Según Nagel: «solo podemos defender la razón moral abandonando la metateoría a favor de la ética sustantiva» (2001, 137).

Por otro lado, y en relación con el objetivismo moral, la incompatibilidad que suele verse entre esa concepción moral y la tolerancia se debe en muchos casos a la confusión entre el objetivismo y el absolutismo, que son posturas distintas y, en un sentido importante, incompatibles entre sí, antagónicas. Para mostrar en qué se diferencian me parece oportuno recordar el esquema de clasificación de posiciones éticas que hace años efectuó James Fishkin en su obra *Beyond subjective Morality* (1984). Él diferenció (a partir de una investigación empírica) siete posiciones que introducían una cierta gradualidad en la oposición objetivismo-subjetivismo; las cuatro últimas del elenco serían subjetivistas, y están clasificadas en orden de objetividad decreciente. Las posiciones son estas: absolutismo, rigorismo, objetivismo mínimo, subjetivismo universalista, relativismo, personalismo y amoralismo. Las caracteriza a partir de seis pretensiones (de absolutismo, de inviolabilidad, de validez objetiva, de universalizabilidad, de juicio impersonal y de juicio del propio sujeto); de tal manera que el absolutista suscribe las seis, y el amoralista no suscribe ninguna. Pues bien, el objetivista mínimo no suscribe ni la pretensión de absolutismo: «los juicios de uno son *absolutos*, esto es, su carácter inviolable es racionalmente incuestionable»; ni la de inviolabilidad: «los juicios de uno son *inviolables*, esto es, sería objetivamente erróneo en cualquier caso violarlos (permitir excepciones a ellos)»; sino la de validez objetiva (y las cuatro consecutivas): «los juicios de uno son *objetivamente válidos*, esto es, su aplicación constante a cada uno está basada en consideraciones que cada uno debería aceptar, si contemplara el problema objeto de contienda desde la perspectiva moral apropiada» (Fishkin, 1984, 11-12).

Y si digo que, en un sentido importante, el absolutismo y el objetivismo mínimo son posturas antagónicas es precisamente porque el absolutista no piensa solo que las normas morales (fundamentadas) no pueden tener excepciones (algo asumido por el rigorista moral y, como antes veíamos, por Habermas), sino que son necesariamente verdaderas o correctas, esto es, no dejan espacio para un desacuerdo razonable, son infalibles. Mientras que el objetivismo moral mínimo es una posición falibilista y no dogmática. Esto último, la crítica al escepticismo moral y la defensa del falibilismo, me parece que es uno de los aspectos más importantes del pragmatismo filosófico (sostenido por Dewey o por Putnam) y acerca obviamente el razonamiento moral al científico: los juicios morales, como los científicos, tienen la pretensión de ser correctos o verdaderos, pero no hay una garantía metafísica de que una creencia o un juicio práctico no tenga que ser revisado (*vid.* Putnam, 2008, 77 y Bernstein, 2010, 154).

De manera que las cosas son, en realidad, al contrario de lo que pudiera parecer. La única forma de ser consistentemente tolerante, en mi

opinión, pasa por sostener el objetivismo moral, esto es, por aceptar que la tolerancia es, precisamente, uno de los principios morales que valen de manera objetiva. Y un buen ejemplo de esa posición lo podemos encontrar en el sistema de ética construido a lo largo de muchos años por Ernesto Garzón Valdés, cuya obra constituye, sin duda, una de las defensas mejor articuladas del objetivismo moral en el mundo latino. Expondré su posición de manera muy concisa.

Hace algunos años (Atienza, 1992), presenté la filosofía moral de Garzón Valdés como un sistema compuesto por 10 principios, 26 reglas y 28 tesis (tesis conceptuales). En su conjunto, me parecía que configuraba una respuesta práctica y una justificación racional a 10 preguntas fundamentales de la ética. El segundo de aquellos principios era el de tolerancia, que Garzón venía a considerar como la respuesta (la respuesta moral) a esta cuestión: ¿hasta qué punto está justificado que imponamos nuestras propias normas de vida a los demás? ¿Cuáles son los actos de los otros que atentan contra esas normas y que, sin embargo, debemos tolerar, esto es, no prohibir? El *Principio de la tolerancia* se formulaba así:

P2. Nadie tiene derecho a prohibir acciones de los demás por la simple razón de que vayan en contra de alguna de las normas de su sistema normativo básico.

Y las reglas para la aplicación de ese principio eran:

R5: Todo individuo con competencia para prohibir una acción que atente contra una de las normas de su sistema normativo básico tiene la obligación de efectuar una deliberación para ver si la prohibición puede ser dejada sin efecto.

R6: Todo individuo enfrentado a la anterior situación tiene la obligación de ser tolerante si encuentra una buena razón para ello, es decir, si: a) su sistema normativo básico no sufre un grave daño y/o b) existe una razón de su sistema normativo justificante que debe prevalecer.

R7: Nadie puede ser tolerante con respecto a acciones moralmente prohibidas.

Las tesis conceptuales propuestas serían estas:

T4: El sistema justificante último de cualquier individuo es su sistema ético.

T5: La justificación de la tolerancia en el plano interpersonal implica que la democracia, en cuanto institucionalización de la tolerancia recíproca, es el mejor sistema político que puede aspirar a ser legítimo.

T6: Los límites para la tolerancia en el plano personal valen, *mutatis mutandis*, para el plano de la política.

En un trabajo posterior (Atienza, 2007) propuse dos matizaciones a lo anterior, que no constituyen objeciones a las tesis de fondo. Una era que la tolerancia debería verse no solo como una propiedad disposicional (como una virtud), como fundamentalmente la entendía Garzón, sino también como la propiedad de un acto, de una norma o de un sistema: de manera que la moral (y la teoría moral) estaría conectada tanto con la cuestión de qué debe uno hacer como con la de qué tipo de persona debe ser uno. La otra matización se refería a la idea de Garzón de que «la tolerancia no es nunca algo *intra*, sino que siempre es algo *inter-sistemático*». A mí me parecía (y me parece) que esto no tiene por qué ser así (no hace falta recurrir a la construcción de dos sistemas: el sistema normativo básico y el sistema justificante) si se especifica que un sistema normativo está constituido tanto por reglas como por principios, lo que supone que al menos algunas de las normas del sistema son derrotables; o sea, la idea de que una acción *p* está *prima facie* prohibida pero, consideradas todas las cosas, permitida no es una imposibilidad conceptual, una contradicción deóntica, y, en consecuencia, la tolerancia puede ser considerada como algo *intrasistemático*. Y, en todo caso, lo esencial del asunto es darse cuenta de que el límite a la tolerancia (la manera de combinar tolerancia y objetivismo moral) viene dado por otro de los principios del sistema de ética de Garzón Valdés, el «Principio de coto vedado» que señala el carácter intangible de los bienes básicos o primarios (de las necesidades básicas o intereses universalizables) que son aquellos necesarios para la realización de todo plan de vida.

2.4. ¿Qué criterios objetivos?

Los criterios que puede ofrecer el objetivista moral a favor de que un determinado juicio moral (normativo o de valor) es objetivo son los que proporcionaría una argumentación racional sobre el tema; lo que respalda una pretensión de corrección es que eso es lo que aceptarían todas las personas razonables. Esa, como se sabe, es la base de todos los constructivismos de inspiración kantiana: 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: pues las razones morales son, como antes habíamos visto, razones últimas e imparciales. Ahora bien, el constructivismo ético presenta una serie de dificultades o de insuficiencias.

Una de ellas es la de cómo fundamentar las reglas de discusión que habría que seguir para que el resultado del procedimiento pueda considerarse correcto. Por ejemplo, si se trata del discurso racional ideado

por Habermas y Alexy: ¿por qué hay que tratar igual a todos los interlocutores? ¿Por qué se debe ser sincero en lo que se afirma? Etcétera. La respuesta última es que esas reglas son constitutivas de ciertos actos de habla; si no las respetáramos, no tendría sentido hablar de ciertas prácticas, como la de justificar o aseverar, de las cuales no estamos (no podemos estar) dispuestos a prescindir. No son, pues, reglas que nos inventemos en sentido estricto, sino que nos las encontramos funcionando en nuestras prácticas racionales. Pero la cuestión es que ese tipo de prácticas podrían no ser completamente universales y podría ocurrir que un individuo no estuviera dispuesto a aceptarlas. En ese caso, no quedaría más remedio que reconocer que él, o ellos, quedaría(n) fuera del discurso racional, de la práctica de la justificación moral. A pesar de lo cual, los resultados a los que se llegara a través del discurso racional también se les aplicarían a ellos: el consenso, digamos, es contrafáctico. Pero no deja de ser una limitación¹².

Otra dificultad es que no se ve por qué la racionalidad moral haya de ser exclusivamente procedimental. O sea, parecería que una concepción de la moral 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 criterio sustantivo. El procedimentalismo no puede ser nuestra única vía de acceso al conocimiento moral. Es cierto, como ya hemos visto, que para hablar de objetividad moral no se precisa una referencia externa¹³, 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, de 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. En palabras de Nagel (las últimas de su libro «La última palabra. La razón ante el relativismo y el subjetivismo»):

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. Aun si nos distanciamos de algunos de nuestros pensamientos e impulsos, y los consideramos desde afuera, el procedimiento de intentar ubicarnos a nosotros mismos en el mundo nos conduce, finalmente, a pensamientos que no podemos ver como meramente «nuestros». Si es que en

12. Laporta tiene, pues, razón cuando decía (*vid. supra* apartado 1) que el diálogo racional en materia de ética no siempre es posible; se necesita compartir ciertos presupuestos básicos. Pero eso no ocurre únicamente en relación con la moral.

13. Tampoco para hablar de objetividad en otros campos, como la matemática o la lógica (*vid. Nagel, 2001, 115*) «Ética sin ontología» es el significativo título de una de las obras de Putnam.

alguna medida pensamos, debemos pensar en nosotros, individual y colectivamente, como sometiéndonos al orden de las razones, más que creándolo (Nagel, 2001, 155).

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. Como escribe este autor:

La moral es posible solo 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. Cuando reconocemos que a pesar de que ocupamos solo nuestro propio punto de vista, y no el de nadie más, no hay nada que desde una perspectiva cósmica sea único al respecto, nos enfrentamos a una elección. Esta elección tiene que ver con la relación entre el valor que naturalmente nos damos a nosotros mismos y a nuestro destino desde nuestro punto de vista, y la actitud que tomamos frente a estas mismas cosas cuando las vemos desde la perspectiva impersonal que no nos asigna un estatus único, diferente del de todos los demás (Nagel, 2001, 132-133).

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 a menudo no la respetemos —pero esa es otra cuestión—?)¹⁴, 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. Javier Muguerza ha insistido mucho en que el imperativo señala más bien un límite: lo que no se puede hacer, es decir, no se puede tratar a otro ser humano únicamente como un instrumento¹⁵. Es interesante señalar aquí que Muguerza consideró en algún momento que,

14. Nagel dice que, aun cuando el juicio de que «cada persona tiene valor solo para sí misma, no en sí misma» «satisface las condiciones de generalidad respecto de las razones, y si bien es perfectamente consistente, es en mi opinión altamente irrazonable y es difícil aceptarlo honestamente» (Nagel, 2001, 134).

15. Pero yo no veo mayor inconveniente en darle también una forma positiva: debemos tratarnos a nosotros mismos y a los demás como un fin en sí mismos. Sobre esto *vid.* Atienza (2016c). El tratamiento de este tema en Muguerza aparece en varios de sus escritos; sobre todo, en Muguerza, 1990.

a pesar de su importancia, ese principio no se podía justificar, sino que había que considerarlo como «una superstición humanitaria»; pero luego cambió su postura, por influencia de Tugendhat, para sostener (algo con lo que yo estoy muy de acuerdo) que la existencia de una comunidad moral presupone el respeto recíproco, el reconocimiento de la dignidad humana (*vid.* Atienza, 2016c, apartado 2.2).

La tesis de Tugendhat consiste en aceptar que el contenido de la moral es fundamentalmente el establecido por Kant en el imperativo categórico; esencialmente, en la segunda de sus formulaciones: «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». Pero lo que no se puede es aceptar la fundamentación absoluta del principio tal y como lo hace Kant, esto es, derivándolo de la razón. Lo que Tugendhat (*vid.* Tugendhat, 1997) ofrece es «un entramado de motivos y razones» en una especie de procedimiento en dos pasos. El primer paso consiste en que queramos pertenecer a una comunidad moral, lo cual supone «en última instancia un acto de nuestra autonomía, y para ello solo puede haber buenos motivos, pero no razones» (Tugendhat, 1997, 29). Una vez dado ese paso se trataría de confrontar esa concepción, la moral del respeto universal e igualitario, con otras concepciones morales, y aquí cabría ya hablar de razones, aunque no de una justificación absoluta: «la moral del respeto universal e igualitario, la moral de la no instrumentalización, queda en cierto modo suspendida en el aire: todo lo que se puede demostrar es que esta moral, en cuanto a su contenido, es la concepción más plausible (mejor justificada) del bien, y esto, a su vez, presupone que se quiera poder hacer juicios morales (formar parte de una comunidad moral)» (p. 29). O sea, tenemos buenas razones para preferir esa concepción moral a cualquier otra, aunque se trate solo de razones plausibles¹⁶.

Pues bien, si aceptamos que el principio de dignidad no es una mera preferencia subjetiva, sino que tiene una justificación que se puede considerar objetiva (en cualquiera de las anteriores versiones, que quizás no difieran entre sí en el fondo), entonces 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. Dicho con la estereotipada frase de Hannah Arendt: todos tienen «el derecho a tener

16. Pero, de acuerdo con Tugendhat, la plausibilidad de las razones se extiende también a la ciencia: «Aquí se puede tener presente, si esto sirve de consuelo, que en las teorías empíricas tampoco podemos alcanzar más que plausibilidad» (Tugendhat, 1997, 29).

derechos». En el llamado «enfoque de las capacidades» defendido por Nussbaum y Sen¹⁷, que es la versión contemporánea de las clásicas necesidades básicas de raíz socialista, habría diez capacidades básicas que un orden político aceptable estaría obligado a procurar a todos los ciudadanos: vida; salud física; integridad física; sentidos, imaginación y pensamientos; emociones; razón práctica (formarse una concepción del bien y reflexionar críticamente acerca de la planificación de la propia vida); afiliación (poder vivir con y para los demás y sentir respeto por nosotros mismos); relación con otras especies (vivir una relación próxima con los animales, las plantas y el mundo natural); juego; control sobre el propio entorno (político y material) (Nussbaum, 2012, 53-55).

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.

2.5. *Objetivismo moral y positivismo jurídico*

La seña de identidad más decisiva de la definición del positivismo jurídico es la de la separación conceptual entre el Derecho y la moral y, por ello, el objetivismo moral no tendría, en principio, por qué ser incompatible con el positivismo jurídico. De hecho, es obvio que uno de los grandes inspiradores de esa corriente, Jeremy Bentham, fue un objetivista (un utilitarista) en materia de moral. Pero la tesis de la separación empuja, por así decirlo, a la moral (objetivista o no) hacia fuera del Derecho. O sea, el utilitarismo en cuanto concepción objetivista de la moral es lo que Bentham (o Austin) propusieron para construir no la teoría del Derecho, sino la teoría de la legislación (o la Jurisprudencia censoria); no el conocimiento de lo que es el Derecho (en general o de un determinado sistema jurídico), sino de lo que debe ser. Y eso plantea, me parece, el punto central que permite entender que, efectivamente, el positivismo jurídico haya sido casi siempre (la excepción podría ser alguna versión del positivismo jurídico inclusivo¹⁸) una concepción incompatible con el objetivismo moral o con cualquier concepción de la moral, en la medida en que la misma pueda ser pensada como una mo-

17. Los dos han escrito sobre esto conjuntamente y por separado. No defienden exactamente la misma aproximación a ese enfoque, pero no entro aquí en ello.

18. Como la de José Juan Moreso (*vid.* Moreso, 2011).

ralidad interna al Derecho. Esto tiene, creo yo, mucha importancia subrayarlo, pues, en general, los positivistas (piénsese, por ejemplo, en Ferrajoli) parecen empeñados en sostener que la única función de la moral es la de servir (desde fuera) para la crítica del Derecho positivo, y que si se pretende introducirla en el Derecho, entonces se corre el serio riesgo (o más que riesgo) de incurrir en positivismo ideológico: de reducir la moral al Derecho, lo que impediría que se pueda afirmar que una determinada norma, institución o sistema, a pesar de ser jurídicos, son injustos, contrarios a la moral.

Pero las cosas, naturalmente, no son así. El Derecho es una práctica social que no puede entenderse separada de objetivos y de valores morales. Lo cual no impide que pueda haber (que haya) un número mayor o menor de normas legisladas que resultan deficientes en cuanto no son las óptimas para desarrollar adecuadamente la práctica, o de resoluciones de los jueces y tribunales que no contribuyen a hacer avanzar la práctica sin que, por ello, esas normas y resoluciones dejen de pertenecer a la práctica. Pasa lo mismo que con la medicina y con el resto de nuestras prácticas: no todos los medicamentos tienen los efectos curativos previstos, no todos los diagnósticos son certeros, no todas las intervenciones quirúrgicas acertadas. Aunque también parece muy razonable pensar que un Derecho (el sistema de normas y la práctica correspondiente) que dejara completamente de lado, por ejemplo, el valor de la justicia (entendida como no arbitrariedad: es el sentido de la famosa «cláusula de Radbruch») no es ya propiamente un Derecho, de la misma manera que tampoco diríamos, según apuntamos anteriormente, que Mengele ejercía de médico en Auschwitz. O sea, hay un mínimo de satisfacción de los valores de la práctica requerido para poder decir que estamos en esa práctica. La pretensión de positivistas como Kelsen (Hart, como sabemos, no le siguió en este punto) de que el Derecho puede tener cualquier contenido es —yo creo— una tesis lisa y llanamente insostenible.

La ideología de la separación (entre el Derecho y la moral, pero también entre el ser y el deber ser, entre los hechos y los valores) es, me parece, el elemento más característico del positivismo jurídico (como lo señalaba Comanducci) y también su talón de Aquiles: lo que lo vuelve una concepción del Derecho incapaz de dar cuenta de toda la riqueza que envuelve esa práctica. Con ello no quiere decirse que haya que abandonar completamente esas distinciones, sino que las mismas no pueden verse como *dicotomías* que, por así decirlo, dividen el mundo. Son útiles para ciertos propósitos, pero no para otros. Por ejemplo, una teoría del Derecho no puede equiparar sin más el Derecho y la moral, o considerar que el Derecho es simplemente una rama de la moral, el razonamiento jurídico un caso especial del moral, etc. El Derecho tiene una relativa autonomía con respecto a la moral o, para emplear una

noción de Gustavo Bueno, Derecho y moral son *conceptos conjugados*, que no pueden entenderse el uno separado del otro sin que, naturalmente, puedan confundirse. Y otro tanto ocurre con la distinción entre ser y deber ser o entre los hechos y los valores. Hay muchos casos en los que podemos trazar esas contraposiciones con gran nitidez. Pero otros en los que no. Por ejemplo, la pregunta de qué dice el Derecho español respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo, o sea, si la institución era o no conforme con la Constitución española (pongámonos en el lugar de un magistrado del Tribunal Constitucional español cuando se planteó ese problema) no era algo a lo que pudiera contestarse sin partir de cierta idea sobre lo que *debía* ser el Derecho español al respecto, sobre cómo *debía* desarrollarse el mismo; porque el Derecho no es simplemente una cosa, un objeto, que está ahí fuera para ser descubierto, sino que es una realidad *in fieri* que (en parte) se va construyendo a través de la práctica. Y anteriormente vimos que juicios de valor como «X es valiente» o «Y es cruel» parecen ser juicios descriptivos de ciertos hechos: son, al mismo tiempo, evaluaciones y descripciones.

De manera que la función de la moral en relación con el Derecho es tanto externa como interna, y en ambos casos yo creo que se necesita presuponer lo que he llamado un objetivismo moral mínimo. En cuanto a lo primero, porque los juicios relativos a cómo debería ser el Derecho (o sea, cuáles sus contenidos fundamentales; dejando, pues, fuera las cuestiones propiamente de *técnica* legislativa) son juicios morales que no pueden pertenecer sin más a una determinada moral positiva, sino que tendrán que ser juicios fundados objetivamente. O sea, todo lo dicho antes a propósito del objetivismo moral vale en relación con el campo de la legislación. La «racionalidad ética» es uno de los componentes de la racionalidad legislativa¹⁹. Y por lo que hace a la relación interna entre el Derecho y la moral, a los juicios morales internos al Derecho, estos tienen que llevar incorporada también (al menos, en relación con algunos de los participantes en la práctica: los jueces o los dogmáticos) una pretensión de corrección moral, tanto a la hora de identificar el Derecho como cuando se efectúan razonamientos jurídicos de tipo justificativo: antes lo habíamos visto en relación con las motivaciones judiciales.

Ahora bien, ¿cómo se conecta lo anterior con la pretensión de los positivistas (recordemos la primera de las tesis de Comanducci) de que la teoría del Derecho tiene que ser neutral y descriptiva? Aquí me parece que los positivistas se enfrentan con todo un dilema. Pues en ocasiones, cuando pretenden hacer una teoría del Derecho relevante para

19. He desarrollado un esquema de teoría y técnica legislativa, que incorpora como uno de sus niveles la racionalidad ética en Atienza, 1997.

la práctica, a lo que se ven abocados es a traicionar ese presupuesto. Y cuando verdaderamente son coherentes con esa premisa, lo que resulta es, inevitablemente, una teoría pobre que solo capta alguno de los aspectos del Derecho. O sea, yo creo que sí es posible construir una teoría neutral y descriptiva del Derecho (de hecho, hay muchas), pero son teorías, en mi opinión, claramente desenfocadas. La función de una disciplina práctica no puede ser otra que la de contribuir a hacer avanzar la práctica de que se trate; y eso, a su vez, no es posible sin interiorizar sus valores, sin asumir el punto de vista interno y, claro está, normativo. De nuevo, la analogía con la medicina resulta pertinente: la construcción de un conocimiento médico que no asuma el valor de la salud parece, naturalmente, un sinsentido. La diferencia con el Derecho consiste en que en nuestro campo los fines y valores que lograr tienden a ser objeto de disputa, precisamente porque la materia del Derecho no es otra que el conflicto social. Pero justamente por eso, el objetivismo moral es todavía más importante en prácticas como la jurídica en la que constantemente se plantean cuestiones morales (jurídico-morales) que requieren una argumentación de tipo valorativo. La idea positivista de construir una teoría puramente descriptiva y neutral de un fenómeno esencialmente valorativo como es el Derecho deberíamos considerarla, en mi opinión, como un intento fallido. Un intento para el que podemos encontrar una explicación, pero que deberíamos también saber abandonar para ocuparnos de ensayar vías más promisorias.



IX

ÉTICA DE LAS PROFESIONES JURÍDICAS

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas ha adquirido una gran relevancia la ética aplicada a problemas ecológicos, económicos, de política internacional, de medicina... y la ética de las profesiones: de los médicos, de los científicos, de los periodistas, de los empresarios, de los jueces, de los fiscales, de los abogados... Hay diversas razones que explican esta orientación de la ética. Una es el pragmatismo (que no hay por qué entender como un término peyorativo) que impregna nuestra cultura y forma de vida: importa que las cosas funcionen, que sirvan para algo, que resuelvan problemas; y la ética no se libra de esa exigencia. Otra es la complejidad creciente de las profesiones y que afecta no solamente a cuestiones técnicas, sino también éticas: el ejercicio de una profesión implica no solo el manejo de conocimientos de tipo instrumental, sino ciertos criterios sobre la justificación o no de los fines (y de los medios para alcanzar esos fines); la técnica no se basta a sí misma. Y una tercera es la desorientación que la complejidad de la sociedad contemporánea y el cambio acelerado que estamos viviendo en los últimos tiempos genera en el mundo de las profesiones: pareciera que hemos dejado de saber con alguna precisión qué significa ser un *buen* médico, un *buen* profesor o un *buen* jurista, ya se trate, en este último caso, de un juez, un fiscal, un abogado...

La importancia de este tipo de cuestiones (de deontología o de ética profesional) justifica, yo creo, que la ética jurídica pueda dividirse en dos grandes apartados o ramas: la teoría (general) de la justicia y la deontología jurídica, entendida esta última expresión en el sentido de ética de las profesiones jurídicas. Si el Derecho, como hemos visto en otros capítulos de este libro, es esencialmente una práctica social, el

comportamiento de quienes pueden ser considerados como los protagonistas de esa práctica (o de esas prácticas) es del máximo relieve para comprender el Derecho y para poder actuar con sentido en ese medio; pero lo que aquí importa (lo que le importa a la ética) no es tanto (o no es solo) el comportamiento que de hecho tiene lugar, sino el que debiera tener lugar: cómo tendrían que comportarse los jueces, los fiscales, los abogados... para actuar conforme a los requerimientos de la ética, que es una disciplina inevitablemente crítica. Como le gusta decir, en un tono algo burlón, a Javier Muguerza: la ética no es de este mundo, sino del otro; o sea, no se ocupa de cómo es el mundo, de cómo son las cosas, sino de cómo debieran ser.

Hay, sin duda, criterios éticos¹ (deontológicos) que se aplican tanto a los jueces como a los fiscales, a los abogados, a los juristas en general y, en realidad, a todos los agentes morales. Pues la ética, yo creo, tiene la doble condición de ser última y de ser única; o sea, los criterios éticos no son solo los últimos a los que apelamos en el plano del razonamiento práctico, sino que son también únicos, en el sentido de que, en lo esencial, son los mismos para todos, para todos los agentes morales, con independencia de su posición social, de la profesión que ejerzan, etcétera. Y como estas dos afirmaciones son con frecuencia puestas en duda, merece la pena pararse un momento para aclararlas.

La primera, la del carácter final de las razones morales, suele ser cuestionada por los positivistas jurídicos. Muchos de ellos consideran que una justificación *completa* de un razonamiento jurídico (por ejemplo, del razonamiento justificativo judicial frente a un problema de interpretación) se termina con la enunciación de la norma aplicable al caso; lo que lleva a usar la norma en cuestión es la aceptación de la regla de reconocimiento del sistema (el criterio o los criterios que permiten identificar las normas válidas: por ejemplo, la conformidad con una Constitución), pero esa aceptación no tendría por qué revestir un carácter moral; podría aceptarse por razones, digamos, teóricas (la regla de reconocimiento sería solo un criterio conceptual) o simplemente por consideraciones prudenciales (porque eso es lo que resulta más conveniente, lo que mejor satisface ciertos intereses). Pero esto último no parece de recibo: si la regla de reconocimiento fuera simplemente un criterio conceptual, entonces ella no permitiría justificar el deber de usar determinada norma como premisa normativa (se incurriría en la falacia naturalista, en el paso del ser al deber ser: de «N es una norma válida del sistema S» a «N debe ser usada —cuando resulte aplicable— para re-

1. Uso, en principio, las expresiones «ética» y «moral» como sinónimas, aunque alguna que otra vez utilizaré la palabra «ética» para referirme al estudio de la moral. En todo caso, resultará claro por el contexto.

solver un problema en el sistema S»); y puesto que la regla de reconocimiento es —tiene que ser— una norma (una norma de carácter consuetudinario que establece el deber de seguir las reglas del sistema) cabe hacerse la pregunta de por qué está justificado seguirla (obedecerla), lo que supone apelar, en último término, a razones de carácter autónomo (razones que valgan por sus méritos intrínsecos) y razones imparciales (que no pueden basarse en el propio interés de quienes las esgrimen); o sea, el tipo de razones que solemos llamar morales (Atienza y Ruiz Manero, 2007, 183).

Frente a un razonamiento de este tipo, Paolo Comanducci (*vid. cap. V*) ha objetado que lo que con el mismo se pretende probar es una tautología; o sea, «justificación» se define —dice— de tal manera que todas las justificaciones son, en último término, morales y, por tanto, también lo serán las justificaciones jurídicas. No deja, en mi opinión, de tener cierta razón, puesto que se trata, efectivamente, de una obviedad. Pero una obviedad en la que no hay más remedio que insistir, dada la frecuencia con la que suele ser negada. Repitémosla, pues: el razonamiento jurídico no puede entenderse como un razonamiento puramente autónomo; el último fragmento de una justificación jurídica es siempre de carácter moral. (*vid. Comanducci, 2011 y Atienza, 2011*). O sea, un agente, en general, puede tener razones de diverso tipo (prudenciales, jurídicas, etc.) para hacer algo, pero esas razones están estructuradas de manera tal que no tendría sentido que alguien adujera razones de naturaleza jurídica o prudencial para justificar hacer (o no hacer) lo moralmente correcto.

Además, esa *supremacía* de la moral no implica exactamente *imperialismo* de la moral. Pues con ello no quiere decirse que las razones morales absorban a todas las otras; las condicionan, pero permiten (o pueden permitir) que las razones no morales operen con una relativa autonomía. En relación con el razonamiento jurídico justificativo, como ya antes hemos visto, es posible que para justificar su decisión, un juez pueda (deba) utilizar una razón que no sería (vista en abstracto, es decir, sin considerar el contexto institucional) la que tiene mejores credenciales desde un punto de vista moral. Y otro tanto (o más) cabe decir cuando se trata del razonamiento de un abogado, como veremos en el último apartado de este capítulo.

La segunda afirmación, la del carácter único de la ética, resulta negada con frecuencia por parte de quienes niegan también que pueda hablarse de una ética universal. Pues una de las formas de rechazar el universalismo moral consiste en sostener que existe una moral específica para cada una de las esferas de la práctica (la política, la economía, el Derecho...) y que, por lo tanto, hay campos de la vida social en los que no rigen los principios generales de la moral. Frente a ello, Ernesto Gar-

zón Valdés viene defendiendo —yo creo que con toda razón— desde mediados de los años ochenta del siglo pasado lo que podemos llamar el «Principio de la inderogabilidad de la moral», que cabe formular así: «Nadie puede derogar los principios de la moral»; y para él, esos principios son básicamente los kantianos de universalidad o igualdad, de dignidad y de autonomía (*vid.* Garzón Valdés, 1993 y Atienza, 1993, 31). Una de las consecuencias de ese principio de inderogabilidad es que, dado que la moral es «el ámbito de las justificaciones últimas de las acciones, entonces solo puede haber un único sistema moral que rijas tanto para las acciones individuales como para las institucionales». O, dicho de otra manera, no cabe separar la moral ordinaria de la moral profesional, si con ello se pretende que, como consecuencia de asumir un determinado rol profesional (de juez, de abogado, de médico o de político), ciertos principios de moral ordinaria (no mentir, no dañar a un inocente) dejan de estar vigentes.

Garzón Valdés entiende que, cuando se razona de esta última forma (se separa la moral ordinaria de la moral profesional para dar autonomía a esta última), se suele cometer alguno de estos tres errores. El primero consiste en creer que los principios de la moral ordinaria son incondicionados, sin reparar en que «universal» no es lo mismo que «incondicionado»: «No significa renunciar al principio de veracidad afirmar: 'No se debe mentir, a menos que sea para salvar una vida inocente'. Este principio es tan universal como el que prescribe 'No se debe mentir', pues se aplica a todas las personas que se encuentran en aquella situación» (Garzón Valdés, 1993, 550). El segundo error es el de no advertir que el contrato o la promesa que constituyen «el origen de la moral adquirida» no pueden servir de justificación de los hábitos profesionales. La única obligación que crean es la de «cumplir lo acordado o prometido, y ello en virtud de un principio de la moral ordinaria, que establece que las promesas y los contratos deben ser cumplidos bajo la condición de que el contenido de los mismos no esté prohibido por las reglas morales» (p. 550). En realidad, cuando se analizan de cerca, los deberes profesionales, en su opinión, no suponen un apartamiento de la moral ordinaria, sino que encuentran su fundamento en esta última: «Así, por ejemplo, el derecho de la persona a su intimidad y el deber de respetarla permiten justificar moralmente el secreto profesional del médico: 'La obligación de guardar el secreto es una obligación con respecto a un determinado paciente [...] más que una obligación general con respecto a la sociedad o con respecto a futuros pacientes'» (pp. 550-551). Y, finalmente, el tercer error radica en no distinguir entre actos meramente debidos y actos supererogatorios. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se contrapone, como hizo Max Weber, la «ética de la convicción» (que sería la aplicable a la vida privada), a la «ética de la res-

ponsabilidad» (la única exigible en el terreno de la política). Pero las cosas, nos dice Garzón Valdés, no son así: la distinción funciona tanto en el ámbito de lo público como en el de lo privado, y en ambos casos conviene ser cautos, esto es, no perder de vista esa distinción entre el comportamiento meramente decente y el comportamiento propio de los héroes o de los santos, pues cuando esa distinción se borra, se corre el riesgo de que «las normas de la moral, por exigir demasiado, se vuelvan ineficaces como guía de conducta» (p. 552).

De manera que los principios de la moral tienen un carácter final y son los mismos para todos los campos de actividad, pero eso no quita para que debamos modularlos de manera distinta, de acuerdo con cada uno de esos ámbitos. Por ejemplo, en la ética médica adquiere una gran importancia el principio de autonomía y el de paternalismo justificado, dada la asimetría de la relación entre el médico y el enfermo; en la ética periodística, el de libertad de expresión y el de respeto a la intimidad, ya que la profesión periodística debe estar encaminada a generar una opinión pública libre; y en la ética judicial, los característicos principios de independencia y de imparcialidad (a los que se podría añadir el de motivación) vienen a ser una consecuencia de que el fin último de la jurisdicción no pueda ser otro que la salvaguarda de los derechos de los individuos.

Por razones semejantes a las anteriores, en el ámbito del Derecho la pluralidad de actores jurídicos, de profesiones jurídicas, lleva también a que las cuestiones deontológicas admitan cierta diferenciación, de acuerdo con cada uno de esos roles institucionales. Me ocuparé ahora por separado (aunque sin perder nunca de vista el carácter esencialmente unitario de la ética) de tres profesiones jurídicas que, sin ser naturalmente las únicas, tienen una manifiesta relevancia en la vida del Derecho y cuyo ejercicio plantea problemas específicos de carácter deontológico. Me refiero a la ética de los jueces, de los fiscales y de los abogados.

2. SOBRE LA ÉTICA JUDICIAL Y EL CÓDIGO MODELO IBEROAMERICANO

2.1. *El interés creciente por la ética judicial*

Antes he aludido a una serie de factores generales que explican el interés creciente por la ética de las profesiones. En el caso del juez, a esas causas habría que añadir, cuando menos, otras dos. Una es de carácter, por así decirlo, subjetivo: el mundo judicial (por ejemplo, el español; pero, desde luego, no es el único) ha perdido en los últimos tiempos la homogeneidad (en cuanto a origen social, género, ideología, etc.) que

lo caracterizaba; ello hace que los conflictos (también los de tipo ético) que tiene que encarar la profesión ocupen un papel más destacado, más visible, entre otras cosas, porque ya no hay un acuerdo (o no hay un acuerdo claro) en cuanto a cómo resolverlos.

La otra es de carácter objetivo y tiene que ver con el aumento del poder judicial, que es un fenómeno de gran importancia en nuestras sociedades y que parece estar ligado, al menos, a estos dos factores. Por un lado, a la evolución del Derecho en las últimas décadas de acuerdo con el modelo de lo que suele llamarse «constitucionalismo», y al que se ha hecho referencia en otros capítulos de este libro. Uno de los rasgos de esa tendencia de desarrollo es la importancia creciente de los principios y de los valores (en cuanto enunciados característicos de nuestras constituciones), lo que inevitablemente supone que los aplicadores del Derecho tengan que llevar a cabo operaciones —la denominada «ponderación»— más complejas y que suponen una mayor indeterminación que la simple subsunción; dicho de otra forma, el poder de los jueces se incrementa cuando aumentan los espacios de discrecionalidad (entendida esta última expresión en un sentido amplio). Pero, por otro lado, el creciente poder de los jueces está también vinculado a la crisis de las instituciones políticas y al fenómeno de la corrupción: la opinión pública parece abocada a ver en la instancia judicial al único poder público capaz de hacer frente a esas disfunciones y de tomar, en cierto modo, las medidas que ni el Poder legislativo ni la Administración parecen estar en condiciones de afrontar. Y no cabe duda de que ese mayor poder de los jueces supone también un incremento de los problemas éticos. Es lo que explica los temores (no infundados, pero yo creo que claramente exagerados) frente al llamado «activismo judicial», o sea, frente al peligro de que los jueces se conviertan en los nuevos «señores» del Derecho, en lugar de ser los protectores de los derechos.

2.2. *El Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial.* *Los principios de independencia y de imparcialidad*

Sea como fuere, en los últimos tiempos (más o menos, desde la década de los años setenta del siglo XX) han ido surgiendo, tanto en el ámbito estatal como en el internacional, una serie de códigos deontológicos o de documentos de significación análoga que pretenden guiar el comportamiento de los jueces en relación con una serie de aspectos que, al menos en parte, desbordan lo que podría considerarse como propio de una regulación de Derecho positivo. Esto es así, porque la idea que preside la elaboración de esos documentos no es (no podría ser) simplemente la de determinar la conducta aceptable de los jueces, sino que incluye también la excelencia profesional. Hay, por supuesto, una cierta diversidad

entre todos esos cuerpos normativos (explicable en buena medida por la diversidad de culturas jurídicas), pero también una amplia coincidencia, al menos, en cuanto a sus principios rectores. Nadie parece dudar de que la independencia y la imparcialidad constituyen algo así como las señas de identidad de la ética judicial. Pero eso no quiere decir que esos principios se entiendan siempre exactamente de la misma manera. Y no quiere decir tampoco que sean los únicos principios que considerar.

Así, en el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial (que aprobó la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana en 2006 y que, de alguna forma, está en vigor en todos esos países) se pone mucho énfasis, además de en los dos anteriores, en el principio de motivación, esto es, en el deber de los jueces de justificar adecuadamente sus decisiones; lo cual seguramente pueda verse como una manera de compensar un déficit que podríamos considerar tradicional en las culturas jurídicas de esos países. En uno de sus artículos, el 18, se define «motivar» como «expresar, de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión». Y poco después, en el 27, se especifica que «Las motivaciones deben estar expresadas en un estilo claro y preciso, sin recurrir a tecnicismos innecesarios y con la concisión que sea compatible con la completa comprensión de las razones expuestas». Pero hay además otros 10 principios que vertebran ese código (cada uno de ellos desarrollado de la manera que luego se dirá): conocimiento y capacitación; justicia y equidad; responsabilidad institucional; cortesía; integridad; transparencia; secreto profesional; prudencia; diligencia; honestidad profesional.

Pues bien, no es cosa de entrar aquí a detallar el significado de estos últimos principios, pero sí que merece la pena precisar algo los dos que parecen tener un carácter más esencial: el de independencia y el de imparcialidad. En el Código Modelo mencionado, el juez independiente se define como «aquel que determina desde el Derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo» (art. 2). Se señala que la razón de ser de la independencia judicial es «garantizar a los ciudadanos el derecho a ser juzgados con parámetros jurídicos, como forma de evitar la arbitrariedad y de realizar los valores constitucionales y salvaguardar los derechos fundamentales» (art. 1). Y se establece el deber de «ejercer con moderación y prudencia el poder que acompaña al ejercicio de la función jurisdiccional» (art. 8). Por su lado, el juez imparcial sería «aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo el proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados, y evita todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio» (art. 10). El fundamento de la imparcialidad se ve «en el derecho de los justiciables

a ser tratados por igual y, por tanto, a no ser discriminados en lo que respecta al desarrollo de la función jurisdiccional» (art. 9). Y se aclara (en el artículo 17) que «la imparcialidad de juicio obliga al juez a generar hábitos rigurosos de honestidad intelectual y de autocrítica». ¿Pero cómo se relacionan entre sí esos dos principios?

De lo establecido por ese código parece seguirse que entre independencia e imparcialidad hay un cierto solapamiento y que la independencia viene a ser algo así como un presupuesto, una condición, de la imparcialidad. Un juez puede ser independiente, esto es, autónomo a la hora de tomar sus decisiones («no recibe influencias —directas o indirectas— de ningún otro poder público o privado, bien sea externo o interno al orden judicial» —art. 3—), pero eso no asegura su imparcialidad; pues aunque la autonomía no significa, obviamente, que el juez sea totalmente libre, que no tenga ninguna vinculación a la hora de tomar sus decisiones (sino que solo está vinculado por el Derecho), 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 le «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).

Lo que puede resultar más discutible es si un juez no independiente puede, sin embargo, ser imparcial o, dicho de otra manera, qué tipo de condición supone la independencia en relación con la imparcialidad. Está claro, como se acaba de decir, que la independencia no es una condición suficiente de la imparcialidad. ¿Pero es una condición necesaria? La respuesta probablemente tendría que ser que si la independencia se entiende referida a las decisiones del juez (no sería independiente el juez que no determina desde el Derecho sus decisiones, que es arbitrario), entonces se trata de una condición necesaria: si no es independiente no puede ser imparcial. Pero si se habla de independencia en un sentido más amplio y exigente, esto es, en un sentido en el que no se consideraría independiente al juez que no tiene garantizado el ser inamovible, que su nombramiento y promoción no dependan del poder político, etcétera, entonces habría quizás que considerarla como una condición fuertemente contributiva, pero no estrictamente necesaria. Si no fuera así, habría que pensar que, por ejemplo, en sistemas como el de los Estados Unidos, los jueces carecerían de imparcialidad, puesto que, salvo los jueces de más bajo nivel que acceden a esa función mediante elecciones

locales, los otros son nombrados por el Poder ejecutivo. Y lo que, por cierto, ocurre en el ordenamiento (incluidas las normas deontológicas) de ese país es que, debido precisamente a esa circunstancia, no hay una clara distinción entre independencia e imparcialidad; lo que el sistema trata de tutelar (de manera detallada y eficiente) es la imparcialidad del juez en relación con la controversia concreta en la que se ve envuelto.

2.3. *Ética del deber y de las virtudes. Las virtudes judiciales*

Aunque lo dicho hasta ahora pudiera hacer pensar otra cosa, la ética judicial no se agota en el plano de las normas. O sea, el concepto de «buen juez» no se deja definir exclusivamente en términos normativos o, si se quiere, no exclusivamente en términos de prescripciones². El buen juez no es simplemente el que cumple con las normas jurídicas y no incurrir en responsabilidad penal, civil o administrativa; sino el que ha desarrollado profesionalmente ciertos rasgos de carácter que constituyen las virtudes judiciales.

La contraposición entre una ética del deber y una ética de las virtudes, esto es, entre una ética basada en la obediencia a las normas, o bien en la formación del carácter, en la educación de los sentimientos para disponer a las personas hacia el bien, es uno de los tópicos más discutidos en la teoría ética contemporánea. Pero seguramente no esté justificado optar por una de esas dos concepciones en detrimento de la otra, puesto que, en realidad, no parecen ser irreconciliables, sino más bien complementarias. Quiero decir, parece razonable pensar que el cumplimiento de los deberes éticos resulta facilitado, más probable de que se produzca, en la medida en que quienes son sus destinatarios posean las virtudes (los rasgos de carácter) correspondientes a su rol social. Ahora bien, algunas virtudes parecen ser completamente generales, o sea, son cualidades humanas que resultan necesarias para poder desempeñar adecuadamente cualquier rol social; pensemos, por ejemplo, en la valentía, en la honestidad o en la justicia (entendiendo por justicia la no arbitrariedad) (*vid.* MacIntyre, 1987, 238; y *supra* cap. I). Pero otras son específicas de ciertas prácticas sociales, de ciertas profesiones; o, si se quiere, las virtudes generales o básicas (las que en la tradición —una tradición que viene de Platón— se han llamado cardinales) asumen una cierta modulación en cada una de las diversas prácticas sociales.

¿Pero cuáles son, entonces, las virtudes judiciales? Neil MacCormick, al exponer los criterios de racionalidad que han de guiar a los jueces en su tarea de justificar las decisiones, indica una lista de propiedades (que

2. Más adelante, a propósito de la ética de los fiscales, aclararé, siguiendo a Von Wright, la distinción entre prescripciones y normas ideales.

habría que añadir a la capacidad argumentativa y, obviamente, al conocimiento del Derecho vigente) que debería poseer un juez para desempeñar adecuadamente su labor: buen juicio, perspicacia, prudencia, altura de miras, sentido de la justicia, humanidad, compasión, valentía (MacCormick, 1987). No creo que nadie pueda discutir que esas son, en efecto, virtudes básicas de los jueces, aunque quizás la lista no sea completa. A mí me parece, por ejemplo, que a la misma habría que añadir, al menos, la que podríamos considerar como el resultado de trasladar al ámbito judicial la virtud de la templanza; me refiero a la autorrestricción, a la modestia, entendiendo por tal la cualidad que debe disponer al juez a usar moderadamente el —extraordinario— poder de que está investido, a considerar que los límites de ejercicio de ese poder no son únicamente los establecidos por las normas, a esforzarse por no imponer a los otros sus propias opiniones, su ideología.

Por lo demás, si se reflexiona sobre la anterior lista de virtudes judiciales (que no hay por qué considerar como un elenco cerrado) creo que es fácil llegar a la conclusión de que una de ellas ocupa un lugar de especial importancia y, en cierto modo, viene a ser una especie de síntesis de todas las otras. Se trata de la virtud de la prudencia, pero entendida no tanto —o no solo— en el sentido que hoy atribuimos a esta expresión, sino en el de la *frónesis* aristotélica. Para Aristóteles —como explica MacIntyre—, la prudencia (la *frónesis*) no tiene ninguna conexión particular con la cautela o con el interés propio, sino que es la virtud de la inteligencia práctica, de saber cómo aplicar principios generales a las situaciones particulares (MacIntyre, 1981, 80; Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 1141b1-1142a). Y Anthony Kronman, desarrollando esa idea aristotélica (Kronman, 1986 y 1987), entiende la prudencia como una especie de síntesis entre el pensamiento abstracto y la experiencia del mundo. Lo que permitiría que pueda llevarse a cabo esa síntesis sería la facultad de la imaginación en la que, a su vez, pueden distinguirse dos aspectos. Uno es el que cabría llamar estético; se trata de la imaginación como capacidad de invención, de ir más allá de la realidad, de sugerir una pluralidad de alternativas para resolver un problema. El otro aspecto de la imaginación tiene carácter moral y consta, a su vez, de dos ingredientes: la simpatía o compasión, esto es, el ser capaz de ponerse en el lugar del otro; y la capacidad para mantener cierta distancia en relación con los otros y con las cosas, para adoptar una actitud de cautela y de serenidad a la que los romanos llamaban *gravitas*. Eso no tendría nada que ver con el «desprecio olímpico», sino más bien con el adagio romano «Nada humano me es ajeno» que, en opinión de Kronman, muestra expresivamente en qué ha de consistir esa combinación de simpatía y distancia. En conclusión, las cualidades que constituirían el carácter profesional del juez (en general, del jurista) serían,

para Kronman: «conocimiento del mundo, cautela, escepticismo frente a ideas y programas establecidos en un nivel muy alto de abstracción y espíritu de simpatía distante que se desprende de un amplio conocimiento de las flaquezas de los seres humanos» (1986, 232).

2.4. *Dos formas de negar la ética judicial*

Me he referido antes a la profusión de códigos deontológicos de carácter judicial que se han ido elaborando en los últimos tiempos. En España, sin embargo, no existe un documento de esas características (aunque sí existen normas jurídicas que regulan la profesión y que, en parte, coinciden con las que pueden encontrarse en esos códigos). Yo creo que, en buena medida, porque entre los jueces españoles (pero no entre los latinoamericanos) predominaba hasta hace poco (y aún sigue teniendo considerable vigor) una actitud bastante reticente ante la ética judicial. Esa actitud era (quizás siga siéndolo) más intensa entre los jueces con una ideología de izquierda, precisamente por la vinculación que creían ver entre el discurso sobre la moral y sobre las virtudes, por un lado, y la religión, en particular el catolicismo, por el otro. Sin embargo, aunque no falten motivos para esa asociación (una herencia más del franquismo) y para pensar que las apelaciones a la moral profesional, al carácter excelso de la judicatura, etc., suelen cumplir un papel más bien ideológico, encubridor, la negación de la ética judicial, entendida en el sentido de que el juez no necesita para nada de un código deontológico (o algún otro documento por el estilo), es equivocada. Se trata, en realidad, de un doble error, puesto que son también dos las formas usuales (aunque no suelen expresarse en discursos muy articulados) de cuestionar la ética.

Una de ellas consiste en postular que la ética judicial, simplemente, no es necesaria. El argumento (una forma de formalismo ético o de positivismo ideológico) viene a ser el siguiente: El juez no necesita preocuparse de la ética, porque lo que tiene que hacer, en cuanto juez, es exclusivamente aplicar el Derecho; en eso consiste su moral, en seguir el Derecho. Pero ese planteamiento es equivocado, por varias razones. Una es que, como antes se ha visto, el comportamiento ético no está determinado exclusivamente por normas: ser un buen juez significa algo más que cumplir con las normas jurídicas. Otra razón es que no se puede descartar la existencia de casos en los que el juez se enfrenta al dilema de hacer lo que le dice el Derecho o lo que le dicta su moral; o sea, hay (también en los sistemas democráticos) Derecho injusto, contrario a la moral. Y una tercera es que, si el juez resolviera que lo que debe hacer siempre es obedecer al Derecho (incluso aunque eso signifique efectuar acciones que él juzga moralmente incorrectas), esa opción, como

antes hemos visto, es también de carácter moral, aunque se trate de una moral carente de justificación.

La otra forma de negar la ética judicial, igualmente usual, es el escepticismo, el relativismo moral. Lo que se viene a decir en este caso es que la construcción de una ética judicial es imposible, pues el mundo de la ética es el mundo de lo irracional o de lo arracional. Es imposible saber lo que significa «ética judicial»; cada uno —cada juez— tiene la suya, y no hay criterios racionales que permitan optar a favor de una o de otra. Quien pretende «tener razón» en materia moral es simplemente un fanático. La racionalidad aquí consiste en relativizar el propio juicio, en ser escéptico y, por lo tanto, tolerante. Pues bien, también este punto de vista sobre la moral es equivocado a pesar de su popularidad, como se ha visto anteriormente. El relativismo moral en sentido fuerte (que consiste no en reconocer, como cuestión de hecho, que existen diversas opiniones morales sobre una misma cuestión, sino en ser escéptico con respecto a los propios juicios morales, los cuales se emitirían, por lo tanto, sin la pretensión de que sean objetivamente correctos) es una concepción inconsistente e infrecuente en la práctica. En el caso de un juez, supondría, por ejemplo, que no puede justificar sus decisiones: si —como me parece que ha de aceptarse— la justificación jurídica tiene siempre un aspecto moral y los juicios morales carecen de objetividad, no pueden pretender ser correctos, entonces esas mismas características se transmitirían también a la motivación judicial de las decisiones; no habría, pues, propiamente hablando, argumentos judiciales de carácter justificativo.

2.5. *Para qué sirve un código deontológico. Un caso práctico*

Un código deontológico debe cumplir una variedad de funciones: tendría que facilitar a los jueces la reflexión sobre su propia práctica, orientar esa práctica al explicitar los criterios que la guían (o que debieran guiarla) y facilitar a otros la crítica justificada de la profesión, puesto que los destinatarios de un código deontológico (es importante subrayarlo) no son solo los miembros de una determinada profesión. Para lograr esos propósitos no es indispensable que contenga sanciones, entre otras cosas, porque puede —suele— haber normas disciplinarias (además de las propiamente penales) de carácter inequívocamente jurídico-positivo que regulari (con sanciones) los comportamientos judiciales que suponen no haber cumplido con lo estrictamente debido. De manera que un código de ética judicial debe apuntar más bien hacia la excelencia judicial, aunque para ello no pueda dejar de referirse a los requisitos mínimos que, obviamente, son presupuestos de la excelencia; ello supone, por lo demás, cierto grado de redundancia (inevitable) entre las normas deontológicas y las estrictamente jurídicas.

El Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial se elaboró con el propósito de alcanzar los anteriores objetivos y, por lo tanto, con el de reivindicar también la necesidad y la posibilidad de la ética judicial. Su redacción siguió un método que bien podría calificarse de «equilibrio reflexivo»; o sea, se trató primero de identificar cuáles eran los principios que se podían encontrar en los ordenamientos (jurídicos o deontológicos) de los diversos países iberoamericanos y también en otros ajenos a ese ámbito (sobre todo, textos de carácter internacional), así como las pautas más específicas, en relación con cada uno de esos principios, que los propios jueces consideraban adecuadas para regir su profesión; para confrontarlos luego con los criterios que cabía obtener de una teoría ética justificada y proceder entonces a un ajuste mutuo: en algún caso un principio general de la ética tuvo que ser «modulado» al aplicarlo a las circunstancias de la conducta profesional de los jueces³, y en otras ocasiones hubo de reconocerse que ciertas prácticas más o menos consagradas de la profesión no eran justificables desde un punto de vista ético.

A su vez, la articulación de cada uno de esos principios sigue una cierta lógica interna: se comienza señalando su finalidad, lo que sirve de justificación para el principio en cuestión (recuérdese el artículo 1 en relación con la independencia, y el 9 en relación con la imparcialidad); luego se procede a dar una definición del principio (como se ve en el artículo 19 a propósito de la motivación); se incluyen a continuación algunas reglas específicas que resultan significativas (por ejemplo, el artículo 12 sobre la imparcialidad: «el juez debe evitar las situaciones que directa o indirectamente justifiquen apartarse de la causa»); y se termina señalando ciertas actitudes, ciertos rasgos de carácter o virtudes que favorecen el cumplimiento del principio en cuestión (sobre la independencia: «el juez debe ejercer con moderación y prudencia el poder que acompaña al ejercicio de la función jurisdiccional» —art. 8—; sobre la imparcialidad: «la imparcialidad de juicio obliga al juez a generar hábitos rigurosos de honestidad intelectual y de autocrítica» —art. 17—).

Se trata, yo creo, de un método en líneas generales acertado: poner énfasis en la finalidad del principio es una manera de facilitar su adecuada interpretación; definir implica siempre cierto riesgo (recuérdese la advertencia del Digesto: «*omnis definitio in iure civile periculosa est*»), pero la alternativa en esta materia sería una excesiva indeterminación; la inclusión de reglas de conducta que en ocasiones son bastante espe-

3. En el artículo 54 se establece que: «El juez íntegro no debe comportarse de una manera que un observador razonable considere gravemente atentatoria contra los valores y sentimientos predominantes en la sociedad en la que presta su función». Lo «modulado» aquí es, pues, el principio de libre desarrollo de la personalidad.

cíficas da viveza al articulado y evita que el Código pueda verse simplemente como una exposición de principios abstractos; y con la referencia a las actitudes —a las virtudes— se incorpora una dimensión imprescindible de la ética judicial, a la que antes se hizo mención.

Me parece de todas formas que ese documento (cualquier texto de carácter deontológico) resultaría mejorado si al mismo se incorporara un ingrediente más: ejemplos de conflictos éticos reales con una (o, ¿por qué no?, con varias) propuesta(s) de solución. En esa línea va una reciente iniciativa que ha puesto en práctica la Escuela Judicial de Barcelona y que me parece de sumo interés: consiste en confeccionar, como base para una posterior discusión, una serie de microrrelatos a partir de noticias de prensa, de sentencias de tribunales o de la propia experiencia de los autores (cabría incorporar también textos literarios), en los que se plantean problemas conectados con los distintos principios, valores o virtudes de la ética judicial.

Por lo demás, y como ya antes se ha mencionado, los destinatarios de los códigos deontológicos no son solo (a veces, ni siquiera principalmente) los integrantes de una profesión. Si se piensa, por ejemplo, en los casos de actuaciones judiciales que, en los últimos años, han sido objeto de polémica en nuestros países, no me parece exagerado afirmar que la opinión pública podría haber encontrado en ese código una orientación útil. Más útil que limitar la discusión a si tal conducta de un juez está o no prohibida por el Derecho positivo. Me referiré, para acabar este apartado, a uno de esos casos que, aunque haya que calificar como fácil (desde el punto de vista de la ética judicial), no deja de resultar interesante e ilustrativo de lo que acabo de decir.

Se trata de una polémica generada por un diario peruano, en 2013⁴, en relación con ciertas actuaciones por parte de un magistrado peruano que había sido el presidente del tribunal que había condenado a Alberto Fujimori, en el año 2009, a veinticinco años de reclusión por su participación en delitos gravísimos, que incluían las matanzas de Barrios Altos (en 1991) y de la Cantuta (1992). El diario (cuatro años después de la condena y con ocasión de un proceso de elección para presidente de la Corte Suprema en el que participaba aquel juez) publicó la transcripción de un correo electrónico entre el juez y uno de sus discípulos que en aquel momento, mientras se estaba juzgando al expresidente Fujimori, cursaba estudios en una universidad española. En el correo (enviado en las fechas en las que se estaba celebrando el juicio), el estudiante le informa al juez de que varios profesores del área de Derecho Penal de

4. Suprimo aquí muchos de los detalles del caso. Quien tenga interés en conocerlos puede consultarlos en Manuel Atienza, «Cuestión de Ética»: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/tribuna/tr_20110107_03.pdf.

esa universidad habían celebrado un seminario a propósito de la acusación del fiscal y que la mayoría de los participantes había opinado que la figura de dogmática penal (o sea, el concepto técnico) que utilizar para calificar la conducta de Fujimori en los hechos de que se le acusaba no debía ser la de «autoría mediata», sino la de «cooperación necesaria». El diario recogía también un correo del juez que supuestamente acogía esa indicación: «OK. Entendido».

Junto a los correos, el diario publicó un artículo de un congresista (presidente entonces de la Comisión de Justicia del Parlamento peruano) en el que se afirmaba que los correos anteriores mostraban que la sentencia condenatoria de Fujimori «estuvo direccionada desde España» y que esa injerencia se había producido (o empezado a producir) en un momento en el que «ni siquiera se habían actuado las pruebas, no se sabía si [Fujimori] era inocente o culpable», lo que mostraba un ánimo condenatorio previo ajeno a cualquier noción de justicia. Por su parte, el director del diario justificó que habían «dado tribuna a la denuncia» por «el tremendo peso noticioso del hecho», y, a la vista de que el juez había reconocido «la veracidad del correo electrónico», se ponía también del lado del congresista, en cuanto entendía que el juez no había actuado de manera imparcial: las consultas, o no debió hacerlas o, en todo caso, debió haberlas hecho públicas; un juez «debe decidir de acuerdo con su criterio y conocimientos propios»; es «inadmisible que un juez parezca tomar partido —sea por la inocencia o la culpabilidad— cuando el proceso apenas comienza»; y, en fin, no es aceptable que «se busque apoyo externo para anticipar y diseñar una culpabilidad, porque estaríamos ante una sentencia a priori, elaborada anticipadamente».

Pues bien, aunque la mayoría de la opinión jurídica y de la opinión pública de aquel país pareció ponerse del lado del juez cuestionado, este solo dato, naturalmente, no prueba que su comportamiento hubiera sido éticamente correcto. Conviene entonces hacer un escrutinio de las actuaciones del juez, tomando como punto de referencia el Código Modelo de Ética Judicial al que vengo haciendo referencia. Según el congresista y el periodista —cabría interpretar— la conducta del magistrado implicaba la vulneración de tres de los principios de ese código: el de independencia, el de imparcialidad y el de secreto profesional o confidencialidad. ¿Pero es así? Yo diría que no y que cualquier lector del Código medianamente perspicaz y conocedor de los hechos tendría que concluir lo mismo. Veamos.

La independencia supone (art. 2) que el juez debe determinar la decisión desde el Derecho vigente y no dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo. Pues bien, en relación con este caso, no puede haber ni siquiera la sospecha de que hubiera sucedi-

do tal cosa, de que hubiera habido un apartamiento del Derecho: y no solo porque la sentencia (de la que son autores los tres jueces que compusieron el tribunal: no solo el presidente) no siguió la tesis defendida por los profesores españoles (consideraron que había una «autoría mediata», no una «cooperación necesaria»), sino porque en el seminario y en el correo que informaba del mismo no había ningún indicio de que alguien hubiera utilizado elementos ajenos al Derecho vigente, al Derecho peruano; mejor dicho, de lo único de lo que se hablaba allí era de una cuestión abstracta (de dogmática penal) que afectaba a la calificación de unos hechos según el Derecho peruano.

En cuanto a la imparcialidad, el Código, como hemos visto, define al juez imparcial como «aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos» (art. 10) y señala también, entre otras cosas, que «la imparcialidad de juicio obliga al juez a generar hábitos rigurosos de honestidad intelectual y autocrítica» (art. 17). Tal actitud, según los dos denunciantes, no la había tenido el presidente del tribunal por la sencilla razón de que, mucho antes de haberse pronunciado la sentencia, había optado ya por la condena de Fujimori. Pero pensar así supone incurrir, me parece, en un error conceptual que no es muy difícil de aclarar. Las creencias (las ideas que uno tiene sobre la realidad o sobre tal aspecto de la realidad) son involuntarias y, en consecuencia, la imparcialidad que les pedimos a los jueces no puede consistir en que ellos deban tener la *creencia* hasta, por ejemplo, después de haber revisado todas las pruebas, deliberado con los otros miembros del tribunal, etc., de que una determinada persona sometida a un juicio penal es inocente (o la *creencia* de que no es ni culpable ni inocente). Si significara eso, entonces la exigencia de imparcialidad sería, sencillamente, irracional, imposible de cumplir, puesto que —insisto— no podemos evitar tener determinadas creencias. Lo que supone la imparcialidad (como se recoge en los anteriores artículos del Código Modelo) es la obligación del juez de actuar de manera objetiva y de tomar en consideración, para arribar a su decisión, solo los elementos que hayan sido debidamente probados; por eso, aunque pueda resultar paradójico, es perfectamente posible que un buen juez (que actúa de manera imparcial) llegue a la conclusión de que debe declarar a tal persona inocente, a pesar de que *crea* que es culpable; es decir, él piensa (por un cúmulo de factores, de informaciones, de diverso tipo) que X ha realizado una determinada acción, pero, al mismo tiempo, considera que ello no ha quedado suficientemente probado de acuerdo con las normas jurídicas que debe aplicar (y que incluye un estándar de prueba que, para los casos penales, suele formularse con la expresión de «más allá de toda duda razonable»). Pues bien, en relación con el juicio a Fujimori, es obvio que quienes tuvieron que juzgarlo tenían desde el comienzo ciertas *creencias*

sobre lo que había ocurrido en el caso de La Cantuta o de Barrios Altos. Pero, a pesar de ello, no hay ninguna razón para pensar que no actuaran de manera imparcial, puesto que cumplieron con todos los requisitos del debido proceso (los abogados de Fujimori gozaron de todas las garantías para presentar pruebas, interrogar a los testigos, etc.) y justificaron su decisión basándose exclusivamente en los resultados probatorios obtenidos en el proceso, interpretados de acuerdo con las normas del Derecho peruano.

En fin, sobre que el juez del caso no faltó a su deber de confidencialidad, no parece tampoco posible abrigar ninguna duda. El secreto profesional pretende «salvaguardar los derechos de las partes y de sus allegados frente al uso indebido de informaciones obtenidas por el juez en el desempeño de sus funciones» (art. 61). Pues bien, es obvio que pedir una opinión sobre una cuestión de técnica jurídica (sobre cómo calificar unos hechos) no pudo afectar a ningún *derecho* de Fujimori ni de ninguna otra persona (aunque pudiera acabar repercutiendo en sus *intereses*) dado, además, el hecho de que, para recabar esa opinión, el juez no suministró ningún dato del proceso que no fuera la acusación del fiscal, que en ese momento era un documento público.

3. DE LA ÉTICA DE LOS JUECES A LA ÉTICA DE LOS FISCALES⁵

3.1. *¿Administración de justicia?*

Hay una anécdota famosa que tiene como protagonistas a Learned Hand y a Oliver Holmes, dos de los jueces más influyentes en toda la historia de los Estados Unidos. Al parecer, después de haber almorzado juntos, Holmes subió a su carruaje para trasladarse al tribunal, pero enseguida oyó los gritos de Hand que, en un arrebató de entusiasmo, había salido corriendo tras el coche y le animaba así: «¡Haga justicia, señor, haga justicia!». Holmes detuvo el carruaje y le espetó: «Ese no es mi trabajo. Mi trabajo consiste en aplicar el Derecho». En otra ocasión, Holmes escribió en una carta lo siguiente: «Muchas veces he dicho a mis colegas en el tribunal que odio la justicia, lo que quiere decir que, si alguien empieza a hablar de ella, sé muy bien que por una u otra razón está dejando de pensar en términos jurídicos».

Una persona lega en Derecho consideraría, me parece, por lo menos extraño que un juez que ha servido de modelo a tantos jueces (y a

5. El texto recoge, con algunas modificaciones, mi ponencia en el curso «Ética y deontología en el Ministerio Fiscal», Madrid, noviembre de 2013. Puede consultarse en el blog: lamiradadepeitho.blogspot.com.es.

tantos juristas) y no solo en su país, tuviera, sin embargo, una opinión tan escéptica a propósito de la justicia. ¿Por qué esa actitud no les resulta, sin embargo, tan chocante a los profesionales del Derecho: a quienes participan en la administración de justicia (como jueces, como fiscales o como abogados) o a quienes elaboran el pensamiento jurídico? La respuesta breve que parece habría que dar a esta pregunta es que, si no todos, la inmensa mayoría o al menos una buena parte de los juristas de un país como el nuestro son positivistas jurídicos, esto es, asumen la tesis de la separación entre el Derecho y la justicia (o la moral) y, en consecuencia, ven el ejercicio de su profesión como una práctica que no tiene que ver en sentido estricto con la justicia. O, quizás mejor, muchas o la inmensa mayoría de las decisiones que ellos toman (o que promueven) las consideran seguramente justas, pero simplemente porque se han producido siguiendo los cauces señalados por el Derecho. La justicia sería así algo que se plantea, si acaso, en el momento de crear las normas (algo que atañe al legislador), pero no cuando se trata de aplicarlas e interpretarlas. El oficio del juez, como diría Holmes, consiste en aplicar el Derecho (y, en ocasiones, en crearlo, pero no abiertamente, sino de una manera que él llamaba «intersticial»: llenando los huecos dejados por las normas) y no en promover una determinada concepción de la justicia y de la moral; una actitud esta última que se habría visto reflejada en muchas de sus sentencias, como en el famoso caso *Lochner*, en el que defendió (frente a la mayoría del tribunal) la constitucionalidad de una ley que limitaba los horarios de trabajo en las tahonas del Estado de Nueva York (a comienzos del siglo XX), a pesar de que la medida —de inspiración socialista— no parecía estar nada de acuerdo con sus concepciones políticas. Y otro tanto habría que decir —o incluso más— de las actuaciones de los fiscales, profesionales que no raramente son definidos con expresiones como la de «guardianes de la legalidad» o alguna otra semejante.

El debate en torno al positivismo jurídico y a la relación entre el Derecho y la moral reviste, como es bien sabido, una considerable complejidad y no es por tanto cosa de referirse aquí al mismo con ningún detalle. Me limitaré a formular (o a recordar) algunas tesis que son importantes para encarar el tema que nos ocupa, el de la ética de los fiscales, y a las que ya me he referido con anterioridad.

1) No ser partidario del positivismo jurídico, como es mi caso, no significa pensar que existe algo así como el Derecho natural, o sea, no supone negar que el Derecho sea un fenómeno artificial, una creación humana, un producto histórico y social. Cuando se plantean (al menos hoy) las cosas en términos de una alternativa entre ser iusnaturalista o iuspositivista, se está incurriendo, me parece, en el paralogsimo de la falsa contraposición.

2) No ser positivista (sino postpositivista en el sentido ya aclarado en anteriores capítulos del libro) no significa identificar el Derecho con la moral. Por supuesto, hay ciertas perspectivas desde las que tiene pleno sentido efectuar esa distinción. Y, en todo caso, aunque la argumentación jurídica contenga, en mi opinión, siempre un fragmento de razonamiento moral, eso no quiere decir que el razonamiento jurídico y el moral se confundan: el jurista (juez, fiscal o abogado) que construye una tesis jurídica utilizando razones morales no se convierte por ello en un moralista; o sea, no debe —no puede— argumentar para defender esa tesis de la misma manera que lo haría, por ejemplo, un filósofo moral.

3) El Derecho —esta es la tesis postpositivista o constitucionalista básica— no es solo un sistema de normas establecidas autoritativamente, sino, además de eso (y sobre todo), una práctica social que persigue obtener ciertos fines y valores dentro de los límites fijados por el sistema (por los materiales jurídicos). En el contexto de esa práctica, el papel de la moral es considerable: por ejemplo, a la hora de identificar qué es lo que tal Derecho establece a propósito de tal cuestión; o de motivar una decisión, de aportar en favor de la misma argumentos de carácter justificativo.

4) El positivismo jurídico no es tanto una concepción falsa cuanto una concepción excesivamente pobre de lo que es el Derecho, especialmente en el contexto de los Estados constitucionales. Una consecuencia de esa pobreza teórica es que los juristas formados en esa cultura no están en las mejores condiciones para poder hacer frente a los problemas que les plantea la práctica, la experiencia jurídica. Así, entre otras posibles deficiencias, el jurista de formación positivista no cuenta con instrumentos adecuados para resolver problemas de interpretación (piénsese en una concepción como la de Kelsen, que de poco puede servirle al operador del Derecho); ignora casi todo de lo que es la filosofía moral contemporánea; y tiene también ciertas dificultades para comprender el sentido de la ética de los jueces o de los fiscales. A propósito de esto último, cabe recordar de nuevo el escepticismo ante la ética que uno puede encontrar con tanta frecuencia entre los juristas españoles y, en particular, entre los jueces. Como se recordará, las dos razones que estos suelen dar para negar la ética judicial son que la misma no resulta ni necesaria ni posible. O sea, dos argumentos típicamente positivistas (sobre todo, el primero) y que, como antes se indicó, no pueden calificarse más que de equivocados.

3.2. De nuevo el negacionismo ético

Pues bien, lo que vale para los jueces vale también, *mutatis mutandis*, para los fiscales. También ellos parecen ver (al menos, hasta hace poco

tiempo), y quizás sobre todo los fiscales de significación progresista, la moral, la deontología profesional, con bastantes dosis de escepticismo y por razones semejantes a las de los jueces. Tomaré, como ejemplo de esto último, las afirmaciones de un fiscal español, José María Mena, que, por lo demás, suele ser considerado, y con toda razón, como un modelo de excelencia en la profesión⁶. Su planteamiento, al menos en buena parte, parece estar dirigido a mostrar que las normas deontológicas que regulan el comportamiento de los fiscales establecen exigencias de carácter corporativo (más o menos cuestionables en cuanto a su contenido) centradas en la idea del honor (el honor de un grupo, de una profesión) y son, en cierto modo, una reliquia del pasado: «En el actual contexto histórico democrático la exigibilidad de virtudes específicas debe quedar reducida a las previsiones legales, excluyendo pautas de comportamiento privadas, extraprofesionales». La razón para pensar así es que el comportamiento de los fiscales (establecer qué es lo correcto o incorrecto de sus actuaciones) no puede venir fijado por normas «extralegales» o «infralegales», como denomina a las normas deontológicas, sino únicamente por el Derecho, por normas legales que, por lo demás, no tendrían que recurrir tampoco a «conceptos jurídicos indeterminados»: «Los deberes inherentes a la condición de fiscal, para ser auténticos deberes, vinculantes y exigibles, deben estar descritos en la ley. No pueden ser otros que los descritos en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, artículos 48, 49 y 50 y Disposición Adicional Primera de supletoriedad de la ley judicial, con una enumeración que no cabe tener por exhaustiva, pero que contiene la única descripción normativa de las virtudes corporativas exigibles a los fiscales. Fidelidad, prontitud, eficacia, dependencia jerárquica, legalidad, imparcialidad, asiduidad profesional, deber de residencia, secreto profesional». De manera que, cabría concluir, la ética fiscal no es, en sentido estricto, necesaria, puesto que esa ética es precisamente la ya contenida en las normas jurídicas que regulan la profesión; o sea, las normas deontológicas serían las normas disciplinarias y las normas penales que fijan los supuestos de las conductas ilícitas (y las correspondientes sanciones) en las que podrían incurrir los fiscales en el ejercicio de su profesión. Y por lo que se refiere a si es posible o no sostener que existen normas morales que se aplican a una profesión (por ejemplo, a la de fiscal), Mena da una respuesta positiva, pero referida únicamente a las normas de moral social, esto es, a las aceptadas por un determinado grupo social o por una profesión, y no entra en la cuestión de si habría o no normas morales justificadas referentes a cómo debería comportarse un fiscal y que, natural-

6. Los textos entrecorridos se corresponden con la ponencia presentada al curso al que antes hacía referencia.

mente, puede que coincidan o no (o que en parte coincidan y en parte no) con las normas aceptadas o practicadas por el grupo en cuestión. Enseguida vuelvo sobre esto.

Esa misma idea (negativista en el fondo) es la que se encuentra también en uno de los pocos trabajos teóricos que se han escrito en nuestro país a propósito de la deontología del ministerio fiscal. Muy al comienzo del mismo, la autora, María Leonor Suárez, declara ya que «en el marco jurídico la deontología solo puede referirse al deber ser de las normas del Derecho» (Suárez, 2008, 112). Y por si hubiera alguna duda en cuanto a cómo interpretar la anterior expresión, «en el marco jurídico», el último párrafo de su trabajo deja las cosas claras a este respecto:

Finalmente [...] y por poner un punto final, vuelvo al planteamiento inicial, esto es, a la necesidad de reconsiderar las normas deontológicas del MF [ministerio fiscal] como verdaderas normas jurídicas referidas a una sociedad contextualizada y que deben responder seriamente, máxime en el caso del fiscal como representante público de los intereses sociales, generales y de justicia, a un desarrollo saneado de la actuación judicial y a las exigencias neoconstitucionales —tal es el único sentido inteligible de la exigencia deontológica de la moralidad del MF— (Suárez, 2008, 140).

3.3. *Las normas deontológicas como «normas ideales».*

Deontología e ideología

Pero realmente las cosas no son así. Si uno quiere explicarse el auge que en los últimos tiempos ha cobrado la ética aplicada a las profesiones (jurídicas y no jurídicas), con lo que se encuentra no es con la exigencia de reglamentar jurídicamente cierto tipo de comportamientos, sino de regularlos en una forma que no cabe dentro de los moldes, digamos, del Derecho oficial, porque no son propiamente reglamentaciones jurídicas, sino morales, aunque sea frecuente hablar al respecto de «códigos». Y si no pueden consistir en reglamentaciones propiamente jurídicas es porque con las mismas no se trata (o no se trata solo) de deslindar la conducta lícita de la ilícita, sino, fundamentalmente, de definir qué es lo que debe entenderse por *excelencia* en la práctica de una profesión. No se trata, dicho de otra manera, propiamente de establecer «prescripciones» (lo que Von Wright llamaba así): normas que establecen que, dadas determinadas circunstancias, alguien puede hacer, debe hacer o tiene prohibido hacer una determinada conducta, amenazándosele con una sanción —una consecuencia negativa— en caso de incumplimiento; sino de fijar «normas ideales»: las que definen qué es lo que hay que entender por un buen lo que sea: un buen juez o un buen fiscal.

Es importante, creo yo, darse cuenta de esta diferencia entre prescripciones y normas ideales (*vid.* Von Wright, 1970), para entender el

sentido de la deontología, esto es, de las normas éticas que se aplican a las profesiones. Pues hay, por lo menos, dos aspectos en los que los dos tipos de normas mencionados difieren, regulan la conducta de manera distinta. Por un lado, la exigencia de ser un buen (en el sentido de excelente) juez, fiscal o profesor rebasa en algún sentido la idea de lo meramente debido (lo que puede ser regulado mediante prescripciones). Yo no cumpla con los requisitos del concepto de buen profesor simplemente porque no infrinja ninguna de las normas administrativas o de otro tipo (normas jurídicas) que se aplican a mi conducta como profesor, de la misma manera que nadie es un buen juez o un buen fiscal (ni tiene reputación de serlo), simplemente porque no haya cometido ninguna acción delictiva o merecedora de alguna medida disciplinaria. Todos parecemos manejar alguna idea de lo que significa ser un profesor excelente o un excelente juez o fiscal que no se reduce a la del cumplimiento de las normas jurídicas (prescripciones) que son aplicables a su conducta. Naturalmente, para ser un *excelente* X hay que ser también un *acceptable* X, y eso explica con facilidad que exista una zona más o menos amplia de solapamiento entre lo regulado por los códigos éticos de, por ejemplo, los jueces o los fiscales, y las normas jurídicas que disciplinan esas profesiones. Por otro lado, otra diferencia también de cierta significación es que no cumplir con las normas ideales (con el ideal de buen profesor, buen fiscal, etc.) no puede llevar aparejadas las consecuencias que conlleva la infracción de las prescripciones. Entre otras cosas, porque parece bastante razonable pensar que suelen ser muy pocos los miembros de una profesión que realizan de manera completa el ideal de la misma lo que, por cierto, no supone que la plasmación más o menos normativa (en el sentido de que las normas ideales parecen estar cerca de las definiciones: definen lo que habría que entender por un fiscal, un juez, etc., excelente) de la profesión carezca de sentido. Lo tiene porque (o si) opera como una especie de ideal regulativo que cumple una función de dirección y de justificación de las conductas.

Por supuesto (y me parece que este es el punto —sin duda, importante— de razón que hay que conceder a los escépticos), es bien posible, y en ciertas circunstancias incluso probable, que de la apelación a la moral se haga un uso puramente ideológico, interesado, y que la elaboración de excelsos códigos deontológicos juegue en realidad el papel de embellecer falsamente la realidad (de dificultar la crítica fundada a las profesiones). Ese falseamiento de la realidad se produce, por ejemplo, cuando la elaboración de un código ético se presenta como la mejor medida para resolver un problema que exigiría, sin duda, movilizar también otros recursos que resultarían incluso más eficaces para ello. En alguna ocasión, Fernando Savater escribió algo que viene aquí muy a cuento: «confiar la solución de todos los males de nuestra sociedad

solo a la ética es como pretender apagar incendios forestales con hisopos de agua bendita». Si nos trasladamos al campo de las profesiones jurídicas, sin duda el mayor atentado contra la ética es el fenómeno de la corrupción en la administración de justicia. Pues bien, la manera más eficaz de combatirla (y sé que eso no es un problema —me refiero a la corrupción, no a las corruptelas— en España, pero sí en muchos países latinoamericanos) no es a base de prédicas morales o de promulgar y difundir códigos deontológicos, sino introduciendo sanciones efectivas, llevando a cabo cambios institucionales que garanticen la independencia de los jueces o la objetividad de los fiscales, remunerando decentemente (donde no lo esté) el ejercicio de esas profesiones, etc. Y, desde luego, en el ámbito de nuestra cultura jurídica hay muy buenas razones (todavía hoy) para mantener cierta actitud de sospecha en relación con los promotores de las diversas éticas profesionales⁷.

3.4. *¿Qué significa ser experto en ética?*

Teorías de la ética y deontología profesional

Pero, en fin, una cosa es que haya razones para sospechar que en la elaboración de un código de ética profesional pueden deslizarse fácilmente elementos ideológicos, prejuicios, etc.; y otra cosa es que esas sospechas se lleven hasta el extremo de descalificar por completo cualquier iniciativa en ese sentido. Esto último me parece, como digo, equivocado, porque se basa en una idea también equivocada de lo que significa la ética profesional —la deontología— y de lo que significa la ética sin más. Y aquí me parece que conviene hacer de nuevo algunas aclaraciones de carácter conceptual.

7. Pongo un ejemplo. Hay un trabajo de Luis Beneytez Merino titulado «Reflexión deontológica sobre el Ministerio Fiscal» (Beneytez, 2000) que me ha parecido interesante en más de un aspecto y, en alguna medida, coincidente con lo que acabo de decir, al destacar la importancia del elemento de valor junto al componente normativo para entender los problemas deontológicos de los fiscales. Pero resulta que los ejemplos concretos que pone de comportamientos éticos (modélicos) de los fiscales parecen consistir en una reacción frente a actuaciones (éticamente deficientes) de otros profesionales que el lector adivina fácilmente vienen motivadas por ideologías, digamos, de izquierdas: el fiscal que logra que se acuse por imprudencia temeraria al conductor del tren causante de un accidente —por saltarse un semáforo— y no exclusivamente al ingeniero jefe de señalización, oponiéndose así a los propósitos de un juez de instrucción que actuaba con la finalidad de proteger los intereses de la clase trabajadora; o el que se enfrenta a las órdenes de sus superiores —de la fiscalía— dirigidas a no actuar contra un político que había hecho manifestaciones ofensivas para un sector de la judicatura. Ahora bien, si hay buenas razones para ocuparse de (y para preocuparse por) la ética de los fiscales, parecería que deberíamos buscarlas más bien en otro lado: en otro tipo de delitos (los que verdaderamente ponen en peligro la convivencia social), en otro tipo de actitudes y quizás también en otro tipo de agentes.

Cuando se pretende conocer —o establecer— en qué consiste la ética de los jueces, de los fiscales, de los médicos, de los abogados, de los empresarios o de los banqueros es usual requerir el parecer de los «expertos» en ética. La especialización creciente del saber hace que, cada vez más, estemos en manos de los expertos, lo que, como bien se sabe, tiene una aplicación en el ámbito procesal, en el que la prueba pericial se encuentra evidentemente en alza: en muchos casos son efectivamente los expertos (médicos forenses, contables, etc.) los que juegan el papel determinante en la resolución de los pleitos. Ahora bien, ¿quiénes son los expertos en ética?

Como es bien sabido, la ética es uno de los campos tradicionales de la filosofía, y un campo que tiene su «réplica», por así decirlo, en el interior de la filosofía del Derecho. ¿Pero en qué podría ser «experto», digamos, un filósofo del Derecho? Desde luego, no en saber mejor que los que ejercen la profesión de fiscal cuáles son las pautas morales de conducta que son aceptadas y seguidas en la práctica. Ni tampoco a la hora de determinar qué es lo correcto o lo incorrecto, lo que está moralmente bien o no que haga un profesional (con independencia de qué sea lo que suela hacerse en la práctica), o qué cualidades debería tener un fiscal para alcanzar la excelencia y poder considerársele como un modelo para otros. Entiéndaseme bien, un iusfilósofo puede tener ideas razonables, bien fundadas, sobre el particular, pero lo que quiero decir es que no podría pretender estar en mejores condiciones que los fiscales —por el hecho de que sea un filósofo del Derecho, experto en ética jurídica— a la hora de establecer esos juicios. Sería, casi diría, una idea ridícula, dado que los filósofos del Derecho, en cuanto tales, no tienen ninguna experiencia en la profesión, no conocen desde dentro ni con detalle los problemas éticos a los que tienen que hacer frente los fiscales u otros profesionales del Derecho. Esa «experticia» entonces, de existir, tendría que consistir en otra cosa; si efectivamente se es un experto en la materia, se tendría que estar en condiciones (o en mejores condiciones que quien no tiene esa formación) de aclarar una serie de cuestiones de naturaleza teórica, pero que pueden suponer una ayuda muy valiosa a la hora de resolver los problemas de ética normativa, los que se refieren a cómo debe alguien comportarse, y que se distinguen de los de ética descriptiva: cuando de lo que se trata es de describir y de explicar cuáles son las pautas morales que rigen en una determinada profesión o en una cierta sociedad, cómo evolucionan, cómo se explica que sean esas y no otras, etc. En lo que es experto el filósofo, en definitiva, es en lo que se llama teoría ética o metaética, aunque, como es lógico, no se puede hacer teoría ética de manera competente si se desconoce todo sobre los otros dos niveles de reflexión sobre la ética (la ética descriptiva y la normativa), como no se puede hacer tampoco filosofía del Derecho si se ca-

rece de una formación jurídica. De manera que las distinciones que acabo de hacer son seguramente útiles a efectos clarificadores, pero no hay por qué empeñarse en considerarlas como compartimentos estancos.

Pues bien, hablando en términos muy generales, hay un par de clasificaciones que suelen hacerse en el nivel de las teorías éticas y que me parecen relevantes para lo que aquí nos interesa: la deontología de los fiscales. La primera es la que divide las teorías de la ética en deontológicas y teleológicas. Sin entrar en muchos detalles: Las primeras (como la concepción de Kant) consideran que lo «correcto» tiene cierta prioridad sobre lo «bueno», lo que quiere decir que uno puede tener ciertos deberes, aunque la realización de los mismos no produzca buenas consecuencias (no persiga lo bueno); la idea que trata de captar esa concepción es que hay deberes morales que son absolutos, en el sentido de que se tienen con independencia de cuáles sean las consecuencias a las que pueda llevar su cumplimiento; pensemos, por ejemplo, en el principio de dignidad humana: la razón para respetar la dignidad de otro no es el beneficio que pueda obtenerse con ello, sino el convencimiento de que la dignidad es un valor último. El segundo tipo de teorías morales (como el utilitarismo de Bentham) invierte las cosas, las prioridades: lo correcto está subordinado a lo bueno. Lo que uno debe hacer es aquello que produzca las mejores consecuencias, comoquiera que se entiendan las consecuencias, puesto que hay muy diversas maneras de hacerlo; la fórmula de Bentham, como se sabe (pero sería solo una de las posibles maneras de ser utilitarista), hace referencia al logro de la mayor felicidad para el mayor número. Pues bien, algo que podría resultar sorprendente y que se desprende de lo anterior es que Bentham, el filósofo que suele ser citado como el introductor del término «deontología», no sería, sin embargo, un «deontologicista» en ética, o sea, Bentham no es un partidario de la deontología en el sentido técnico en el que hoy suele emplearse la expresión en la filosofía moral⁸. Pero esto no debe tampoco preocuparnos demasiado, pues no va más allá de constituir un simple problema de ambigüedad: no siempre se entiende «deontológico» o «deontología» de la misma manera. Cuando hoy se habla (en el plano de la ética prescriptiva) de deontología (o de código deontológico) a lo que se hace referencia es a la ética aplicada a una determinada profesión, pero el rótulo no nos dice nada sobre si esa ética (ese código ético) se inspira en una teoría de la moral deontológica o teleológica. Y, en realidad, me parece que puede afirmarse sin mucho temor a equivocarse

8. Para darse cuenta de esto, bastaría con consultar un diccionario de filosofía como el de Ferrater Mora. Pero, por lo que he podido ver, los jueces y los fiscales que se interesan por averiguar el significado de «deontología» suelen quedarse en el *Diccionario de la Real Academia*.

puede aproximarse más a la del abogado (el caso estadounidense), o a la del juez (el modelo de Europa continental y, en particular, el italiano, en el que los fiscales se integran dentro de la magistratura). Y ello, como decía, tiene consecuencias en el plano ético. Así, en el contexto estadounidense, la ética del fiscal (que ocupa regularmente un capítulo en cualquier manual de ética jurídica: esta es una materia a la que se concede una considerable importancia académica) se centra mucho en la necesidad de subrayar las diferencias entre el fiscal y el abogado de parte: se insiste, por ejemplo, en que el deber del fiscal es el de hacer justicia (actuar de manera imparcial) y no el de lograr condenas (lo que, supongo, no sería necesario subrayar en relación con el fiscal español). Y en la misma cobra gran importancia, por ejemplo, la discusión a propósito de bajo qué condiciones debería un fiscal llevar adelante una acusación: si basta con que considere probable que el acusado es culpable, o debería estar convencido de la culpabilidad «más allá de toda duda razonable» (sí: como exigencia no solo para condenar, sino para perseguir penalmente a alguien)¹¹. Mientras que en contextos como el español, los problemas deontológicos tienen mucho más que ver con la «dependen-

11. *Vid.*, por ejemplo, Freedman, 1990, 218 ss. Pero conviene tener muy presente que el sistema acusatorio estadounidense (el *adversary system*) ejerce una fuerte presión hacia los fiscales (*prosecutors*) en el sentido de incentivarlos para lograr condenas y no para alcanzar la verdad y proteger los derechos fundamentales de los individuos. Hace unos años, David Luban (2010) escribió un magnífico (y terrorífico) trabajo en el que comentaba un caso (que había sacado a la luz el periódico *New York Times*) en el que un fiscal se había visto obligado a abandonar su profesión, y a trabajar a partir de entonces como abogado, porque en cierto modo se había negado a proseguir con una acusación contra dos personas respecto de las cuales le constaba, con pruebas fehacientes, su inocencia. En concreto, el fiscal había pedido a sus superiores echarse atrás en la acusación, pero estos le ordenaron seguir con el caso, de manera que al fiscal no le quedó otra opción para evitar que se produjera una injusticia clamorosa (mejor, que siguiera produciéndose, pues las personas en cuestión ya habían cumplido una larga pena de prisión por un acto que no habían cometido), que dejarse ganar por la otra parte, facilitando pruebas a los abogados defensores y renunciando a llevar a cabo un interrogatorio «cruzado» de los testigos de acuerdo con los métodos usuales en ese sistema, en el que el fiscal actúa, digamos, con la misma falta de objetividad que el abogado defensor. Pues bien, lo que vuelve terrorífico el caso es que los «especialistas estadounidenses en ética judicial» parecen haber considerado mayoritariamente (Luban habría sido una de las pocas excepciones) que el fiscal había actuado mal desde el punto de vista deontológico, básicamente por no haber atendido a los intereses del «cliente» (o sea, de la fiscalía). De hecho, parece que se inició un procedimiento disciplinario contra el fiscal «desobediente», aunque finalmente no fue sancionado. Es verdaderamente sorprendente que tantos juristas en nuestros medios hayan aceptado (y contribuido a construir) el mito del sistema *adversarial* y de la «oralidad», sin ser conscientes de hasta qué punto esas instituciones están vinculadas a un individualismo profundamente desigualitario, a una concepción del proceso cara e ineficiente y a la postergación de (por no decir desprecio hacia) los valores de la verdad y de la justicia. Para darse cuenta de ello, por cierto, bastaría con ver algunos episodios de la (espléndida) serie televisiva *The good wife*: un excelente material para plantearse muchos problemas de fondo concernientes a la ética de los abogados, de los fiscales y de los jueces.

cia jerárquica», esto es, con un principio organizativo que, al menos potencialmente, podría plantear problemas éticos al fiscal que quisiera actuar con independencia de criterio¹². De manera que lo que se subraya en un caso es que los fiscales tienen que ser imparciales, a diferencia de los abogados; y en el otro caso, que no son (¿no podrían serlo?) independientes, al menos de la misma manera que lo son los jueces.

Sin embargo, a pesar de esas diferencias de acento, me parece que podría decirse que, cualquiera que sea el modelo de fiscal del que se parta, lo que hace que cobre tanta importancia la ética de los fiscales es el carácter discrecional del poder que, en uno u otro caso, caracteriza a la institución del ministerio público: el poder de acusar. Sin duda, esa discrecionalidad es más patente en el caso del fiscal estadounidense, pero no deja de existir —ni mucho menos— en los fiscales de los sistemas de Derecho continental¹³. En el caso español, como es bien sabido, el fiscal aparece definido en la Constitución y en su Estatuto Orgánico como un órgano que actúa en defensa de la legalidad y con sujeción en todo caso al principio de legalidad. Pero, claro está, si existe política criminal (que es lo que justifica que el fiscal general del Estado sea nombrado por el Ejecutivo) es porque se supone que hay un margen de discrecionalidad a la hora de establecer prioridades sobre qué delitos perseguir y sobre cómo utilizar los recursos (escasos: insuficientes para perseguir eficazmente todos los delitos) de los que se dispone. Por eso, ningún fiscal que se plantee con seriedad los aspectos éticos de su profesión puede ignorar un hecho que parece irrefutable: la desproporción existente entre los actos delictivos cometidos y los efectivamente per-

12. O, en el caso extremo, que plantee una objeción de conciencia para no intervenir en un caso. Antonio del Moral entiende que podría admitirse la objeción (está pensando en casos en que la ley impusiera la pena de muerte, en los que se autorizase el aborto practicado por una menor o se impusiera la expulsión a un extranjero «en la medida que se le presenta [al fiscal] como inhumana y patentemente injusta») si se dieran ciertas circunstancias: sinceridad de la objeción, sustituibilidad fácil y disposición a asumir otros asuntos en compensación (Del Moral, 2007, 279). Al respecto, trae a colación el artículo 27 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que, aunque no establezca una previsión «que sirva para afrontar la objeción de conciencia frente a una norma legal, sino frente a órdenes o indicaciones concretas», en su opinión, «mitiga los efectos de una dependencia jerárquica entendida como obediencia ciega» y «estimula el debate interno». Todo lo cual le lleva a lamentar el escaso uso que se hace de ese artículo 27: «El mecanismo allí previsto debiera ser algo de administración ordinaria —es normal que existan esas discrepancias y no debe ser insólito que en determinados casos se desencadenen esas fórmulas para provocar el debate y, como fruto del mismo, la decisión adecuada—. Sin embargo, se ha convertido en algo excepcional, cuya utilización parece requerir ciertas dosis de heroísmo o estar reservada a fiscales 'rebeldes'. En eso creo que los fiscales tenemos una importante cuota de responsabilidad» (Del Moral, 2007, 298).

13. Resulta por ello absurdo que alguien pueda pensar (pero me temo que así ocurre a veces) que la diferencia entre los jueces y los fiscales radica en que los primeros toman decisiones, mientras que los segundos se limitan a aplicar la ley.

seguidos y castigados. Luigi Ferrajoli (refiriéndose básicamente a Italia, pero parece claro que sus palabras son también aplicables al caso español, donde en las últimas décadas hemos vivido un proceso incesante de inflación de las normas penales) afirmaba hace años lo siguiente: «Si por ventura todos los delitos denunciados fueran perseguidos y castigados, y no digamos si lo fueran todos los delitos cometidos, incluso los no denunciados, es probable que gran parte de la población estuviera sujeta a proceso o en reclusión» (Ferrajoli, 2005, 23). De manera que el fiscal, por supuesto, tiene que esforzarse por defender la legalidad, pero no puede escudarse en ella y pensar que así ha resuelto todos los problemas éticos que le plantea el ejercicio de su profesión. No puede sentirse justificado para hacer interpretaciones formalistas¹⁴ de las normas que dejen de lado lo que tendría que ser el valor último que perseguir en el ejercicio de su profesión: garantizar los derechos de los individuos, y no solo los de carácter procesal, sino también los de naturaleza sustantiva. Y para ello tendría que hacer, sin duda, un amplio uso de la equidad que, en la célebre formulación de Aristóteles, es una adecuación de la ley a las circunstancias de la realidad para evitar un resultado injusto: un castigo desproporcionado para algunos (para algunos delitos) y la impunidad para otros. Si se quiere decirlo de otra manera: el fiscal no puede (ni debe) evitar cierto ejercicio de la discrecionalidad¹⁵. Lo que le está vedado es hacerlo de manera arbitraria.

Como es sabido, en España (a diferencia de lo que ocurre ahora en muchos países europeos y americanos) no existe un código propio de ética judicial. Pero merece la pena prestar atención al Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial porque podría ser una referencia de cierto interés de cara a elaborar un código de ética del ministerio fiscal o algún otro documento por el estilo. Hoy hay una cierta tendencia a evitar esa denominación, «código», porque el término se asocia con la idea de sanciones, pero se trata de una asociación bastante discutible: lo que caracteriza a un código civil o a un código de comercio no son, desde luego, las sanciones que puedan contener; y como ya se ha dicho, tanto el Código Modelo Iberoamericano como muchos otros que se

14. He aquí dos ejemplos de formalismo y, en mi opinión, de comportamientos contrarios a la ética. El primero tendría lugar si, dado que un fiscal no puede retirar las acusaciones en juicio sin pedir permiso y realizar luego un informe, para evitarse las incomodidades que eso supondría, mantiene su posición «pro forma», incluso en casos de absoluta falta de pruebas. Y el segundo sería aquel en el que, existiendo antecedentes que tendrían que haber sido cancelados, mantiene sin embargo la solicitud de aplicación de la agravante de reincidencia por considerar que la petición de que no se aplique la agravante concierne solo a la defensa.

15. En una reciente tesis de doctorado leída en la Universidad de Valencia (Todorí, 2015) hay todo un capítulo, el VI, dedicado a los «Supuestos de discrecionalidad en el funcionamiento real del sistema».

han promulgado en los últimos tiempos carecen por completo de sanciones, lo que no significa, por cierto, que carezcan de eficacia. Un código deontológico no es una alternativa al Código Penal o a las normas disciplinarias, entre otras cosas —como ya se ha dicho varias veces—, porque un juez, al igual que un fiscal, puede actuar mal en el ejercicio de su función (o no de la mejor manera posible), aunque no haya cometido un ilícito jurídico.

El Código Modelo consta de una (extensa) exposición de motivos y de casi un centenar de artículos divididos en dos partes: en la primera se desarrollan los «principios de la ética judicial iberoamericana» (independencia, imparcialidad, motivación, conocimiento y capacitación, justicia y equidad, responsabilidad institucional, cortesía, integridad, transparencia, secreto profesional, prudencia, diligencia y honestidad profesional), y la segunda está dedicada a regular la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial. Podría servir como un esquema útil de cara a elaborar un código deontológico para los fiscales si bien, como es lógico, no se trataría tampoco de seguirlo mecánicamente. Puede que haya que introducir algún nuevo principio como, por ejemplo, el de discrecionalidad. Desde luego, habrá que reinterpretar los antes mencionados al aplicarlos a la conducta de los fiscales: sobre todo el de independencia. Y algo parecido habría que hacer también en relación con las virtudes: las de los fiscales tendrían que ser, por así decirlo, más «activas» que las de los jueces; por ejemplo, la perseverancia y la indignación ante la impunidad de ciertos comportamientos socialmente muy nocivos bien podrían ser consideradas como virtudes características de los fiscales, aunque quizás no lo sean de los jueces (o, al menos, no en el mismo grado)¹⁶. Pero, con todo, me parece que lo más interesante no se encontraría tanto en el contenido cuanto en el método seguido para su elaboración y al que anteriormente se ha hecho referencia. Tanto los objetivos como los medios —la estructuración de la materia— diseñados para alcanzarlos podrían servir de inspiración para un futuro código (o comoquiera que se llame) ético de los fiscales, otorgando una amplia cabida —esto me parece cada vez más importante— a la presentación de casos conflictivos (reales) y de las posibles soluciones a los mismos.

Pero volvamos, para concluir con esta reflexión sobre la ética de los fiscales, a la anécdota con la que la iniciaba. Mi admiración por el juez Holmes es inmensa y no tengo ninguna duda de que en muchísimos as-

16. Me parece que es ilustrativo al respecto el relato de Giancarlo De Cataldo que forma parte del libro *Giudici*, publicado por la editorial Einaudi en 2011 y traducido al castellano en la editorial Marcial Pons. A diferencia de las otras dos narraciones que componen el libro (la una de Andrea Camilleri y la otra de Carlo Lucarelli), la de De Cataldo no tiene como protagonista a un juez, sino a un fiscal (*vid.* De Cataldo, 2011).

pectos sigue siendo un modelo que seguir. Pero yo no le seguiría en su crudo positivismo. Me imagino, por eso, una escena en la que un fiscal experimentado acaba de comer con un recién licenciado que quería conocer las interioridades de la carrera fiscal, de cara a encaminar o no hacia ahí su futuro profesional. Cuando ya se han despedido y el fiscal está saliendo del restaurante en dirección a su coche, el joven exclama en voz alta: «¡Siga haciendo justicia!». El fiscal se da la vuelta y en tono reflexivo le dice: «No es fácil hacer justicia. Requiere mucho esfuerzo y a veces estar dispuesto a aceptar algo más que incomodidades. La verdad es que casi siempre he tenido muy claro cuál habría sido la decisión justa que tomar en el caso. Pero a veces hay obstáculos insalvables; y no todo depende de uno... En fin, por lo menos estoy seguro de haber contribuido a evitar algunas clamorosas injusticias».

Que no es poco.

4. ÉTICA DE LOS ABOGADOS Y RIESGO MORAL

4.1. *Introducción*

El primer problema (y a veces el único) con el que uno ha de enfrentarse cuando tiene que discutir sobre cuestiones de ética profesional con abogados (tanto con abogados en ejercicio como con los candidatos a serlo) es que ellos no suelen pensar que necesiten para nada de la moral. Mejor dicho, aceptan, obviamente, que hay un código deontológico que regula algunos aspectos de la profesión y que, en consecuencia, deben conocer, pero no les parece que esas normas difieran en algo que pueda considerarse relevante del resto de las normas del ordenamiento jurídico. De manera que, en definitiva, todo se reduce —según ellos— a Derecho positivo, y el abogado no necesita —ni debe— adentrarse en disquisiciones de carácter propiamente moral.

Si se les aprieta algo más, aclararán que a ellos —como a todos los ciudadanos— sí que les importa, por supuesto, la moral, pero eso es algo que tiene que ver, básicamente, con su vida privada, no con el ejercicio de su profesión. Y si se sigue insistiendo, con lo que uno se encuentra es con un consenso bastante robusto en torno a una posición que en la filosofía del Derecho se acostumbra a llamar de positivismo ideológico: la moral del abogado consistiría, según ellos, en cumplir con las normas jurídicas, incluidas las del código deontológico que, por ejemplo, reconocen el derecho que asiste al abogado de defender a su cliente incluso, aunque, para ello, tenga que ocultar ciertas informaciones (protegidas de manera prácticamente absoluta por el secreto profesional) y ocasionar daños a otros (a quienes no son sus clientes). El «Preámbulo» del

«Código Deontológico de la Abogacía Española» parece avalar esta postura (de reducción de la moral al Derecho) cuando afirma que: «como toda norma, la deontológica se inserta en el universo del Derecho»; o sea, que las normas deontológicas (las normas morales de la profesión) vendrían a ser también normas jurídicas, lo que parece por lo menos sugerir que actuar moralmente no puede significar otra cosa que actuar en conformidad con (o sin infringir) el Derecho.

Esa postura, por otro lado, no es privativa de los abogados; es la misma que es frecuente encontrar en relación con los jueces o con los fiscales. Y ya hemos visto por qué resulta insostenible: ni se puede prescindir de la ética ni tiene tampoco sentido considerar que es imposible formular criterios morales con algún grado de objetividad.

Ahora bien, la necesidad y la posibilidad de la moral en relación con el ejercicio profesional parecen tener alguna singularidad cuando se trata de los abogados. Y la razón de que esto sea así no resulta, al menos en principio, difícil de entender. Se trata, simplemente, de que el abogado defiende intereses de parte y de que —como dice el artículo 4.2 del mencionado Código Deontológico de la Abogacía Española— «está obligado a no defraudar la confianza de su cliente y a no defender intereses en conflicto con los de aquel». Esa vinculación con los intereses de su cliente (que, efectivamente, hace a la esencia de la profesión) sitúa al abogado en una posición claramente diferenciada de la que ocupan otros profesionales del Derecho (como el juez o el fiscal) o ajenos al Derecho (como el médico). Como es obvio, la imparcialidad es condición necesaria —aunque no lo sea suficiente— para la definición de buen juez; pero también es un ingrediente fundamental de la noción de un buen fiscal, puesto que la finalidad de la actuación de este último no tendría que ser la de lograr condenas, sino la de hacer justicia (actuando de manera imparcial). Y aunque el objetivo del médico —del buen médico— deba cifrarse ante todo en lograr el bienestar de sus pacientes, de ahí no puede derivarse una analogía en relación con el abogado: simplemente porque para lograr la curación de un paciente, no hace falta normalmente poner en riesgo la salud de otros. No quiere decirse con ello que estas otras profesiones no tengan que hacer frente nunca a dilemas morales. Pero esas situaciones dilemáticas son, cabría decir, de carácter excepcional y no consustanciales a la profesión. Se plantean, por ejemplo, cuando el juez —o el fiscal— no pueden hacer justicia permaneciendo dentro del Derecho; o cuando el médico, en una situación de emergencia, sabe que no puede atender a todos los que requerirían sus cuidados y tiene que optar por ocuparse solo de algunos de ellos, aunque eso signifique dejar morir a otros o precipitar su muerte.

4.2. *El conflicto de deberes de la abogacía y sus posibles soluciones*

Ese particular rol institucional que ocupa el abogado es lo que ha llevado a muchos a hablar de «interna ambigüedad», «doble compromiso», «conflicto de deberes», etc., de la profesión (*vid.* La Torre, 2013), puesto que el abogado tendría que satisfacer tanto los intereses del cliente como los de la justicia en abstracto. Y genera, en consecuencia, lo que podría considerarse como el problema fundamental de la deontología de los abogados: ¿cómo es posible armonizar la defensa de los intereses de los clientes con el cumplimiento de lo que parecen ser deberes morales bien establecidos fuera de esa profesión: no dañar a un inocente, decir la verdad, etc.? Pues bien, para hacer frente a ese problema, me parece que pueden distinguirse tres posturas que, sintéticamente, pueden expresarse así: 1) negar que exista el problema; 2) aceptar que la abogacía es una profesión intrínsecamente inmoral; 3) optar por alguno de los dos polos de la contraposición —por los intereses del cliente o por lo que requeriría la moral— para deshacer de esta manera el conflicto. Pasaré ahora a ocuparme de cada una de esas alternativas.

4.2.1. No hay propiamente conflicto

La primera alternativa puede revestir formas más o menos fuertes, según que se trate propiamente de negar el problema, o más bien de ocultarlo o de esquivarlo. Pero todas esas estrategias argumentativas llevan, podríamos decir, a una misma conclusión: no existe el problema. Es lo que podría calificarse como la filosofía espontánea del abogado, la de quien asume el punto de vista más o menos ingenuo al que antes hacía referencia: el papel del abogado es defender los intereses de su cliente, de manera que no puede haber nada que reprocharle moralmente mientras no cometa, en la persecución de ese objetivo, algún tipo de ilícito jurídico. Esa actitud puede verse de alguna forma respaldada por el mismo Código Deontológico de la Abogacía Española. Sobre todo, por el «Preámbulo», que está redactado en un tono más bien grandilocuente y con el propósito, demasiado manifiesto para resultar eficaz, de enaltecer la profesión, sin dejar traslucir en ningún momento que el ejercicio de la misma pueda implicar cuando menos ciertos riesgos morales. Así, según el «Preámbulo», los intereses cuya defensa se confía a la abogacía son «todos ellos trascendentales» y se relacionan fundamentalmente «con el imperio del Derecho y de la Justicia humana»; las normas deontológicas (las del Código) le permiten al abogado «satisfacer los inalienables derechos del cliente, pero respetando también la defensa y consolidación de los valores superiores en los que se asientan la sociedad y la propia condición humana»; «la honradez, probidad, rectitud, lealtad,

diligencia y veracidad son virtudes que deben adornar cualquier actuación del abogado»; etcétera.

Pues bien, esa concepción ingenua o edulcorada, de la profesión niega el carácter moralmente conflictivo de la abogacía y, por tanto, la relevancia en último término de la reflexión ética: según esa visión —digámoslo una vez más—, lo único que ha de preocuparle moralmente al abogado es no transgredir las normas jurídicas, incluidas las de carácter deontológico. Pero se trata de una postura claramente insostenible (como ya lo he señalado varias veces) y por razones que podrían calificarse de conceptuales: es imposible sostenerla sin entrar en contradicción. Y ello porque las propias normas deontológicas (como ocurre en relación con muchas otras normas jurídicas) incorporan términos inequívocamente morales, de manera que su significado no puede establecerse si no es recurriendo a alguna teoría moral. Por ejemplo, en el caso del código deontológico español, el artículo 3.1 establece que el abogado tiene el derecho y el deber de defender y asesorar libremente a sus clientes «sin utilizar medios ilícitos o *injustos*, ni el fraude como forma de eludir las leyes»; y el artículo 7.2, k, que el abogado no puede hacer publicidad utilizando medios o contenidos «contrarios a la *dignidad* de las personas, de la abogacía o de la *Justicia*» (cursivas mías)¹⁷. Pero, además, este código deontológico no puede tampoco dejar de reconocer la existencia de conflictos morales en el ejercicio de la profesión, aunque lo haga esforzándose por atribuirles un carácter extremadamente marginal. Así, en el artículo 5, que regula el secreto profesional, después de señalar que este es un derecho y deber primordial de los abogados, establece, en el apartado 8, lo siguiente: «En los casos excepcionales de suma gravedad en los que, la obligada preservación del secreto profesional, pudiera causar perjuicios irreparables o flagrantes *injusticias*, el Decano del Colegio aconsejará al Abogado con la finalidad exclusiva de orientar y, si fuera posible, determinar medios o procedimientos alternativos de solución del problema planteado ponderando los bienes jurídicos en conflicto». ¿No supone ello, por cierto, reconocer que la institución del secreto lleva, en muchos casos «no excepcionales», a la producción de una injusticia que aunque no sea flagrante y de suma gravedad, quizás sí pueda considerarse intrínseca al ejercicio de la profesión en ciertos ámbitos?

17. Con independencia de que el uso que aquí se hace de «dignidad» sea, por decir lo menos, impreciso; es difícil pensar que existe —como lo sugiere ese artículo— una misma noción de dignidad que se aplica tanto a las personas como a la Justicia (con mayúscula).

4.2.2. La abogacía es una profesión intrínsecamente inmoral

La tesis de que la abogacía es una profesión intrínsecamente inmoral es, casi podría decirse, un tópico de la cultura popular¹⁸ y quizás explique, hasta cierto punto, la propensión de las asociaciones profesionales de abogados a proyectar hacia el exterior una imagen idílica de la abogacía. Pero, dejando a un lado ese posible contraste entre la opinión que los propios abogados tienen de sí mismos y la que de ellos tiene la gente en general¹⁹, lo que me interesa aquí es examinar esa tesis desde un punto de vista teórico o conceptual: ¿qué significa decir que la profesión de abogado es intrínsecamente inmoral?; ¿lo es en realidad?

Una defensa sumamente interesante, y matizada, de esa tesis se encuentra en un escrito de comienzos del siglo XX de Carlos Vaz Ferreira. Según este gran pensador uruguayo (que fue tanto un filósofo como un filósofo del Derecho y, por un corto periodo de tiempo, un abogado), la inmoralidad interna de una profesión significa que «siendo necesario socialmente y aún moralmente que algunos las ejerzan, no puedan, sin embargo, ser ejercidas con arreglo a una moralidad absoluta» (Vaz Ferreira, 1920, 36). Y, en su opinión, ese parece ser el caso de la abogacía: «En resumen: que la profesión parece llevar en sí misma un cierto grado de inmoralidad intrínseca difícilmente eliminable; en tanto que otras, como la de médico, si bien se prestan a inmoralidades mayores, y frecuentemente las manifiestan, no es de una manera necesaria» (p. 46). Pero veámoslo con un poco más de detalle.

Vaz Ferreira muestra una variedad de ejemplos (no extraídos solo de casos penales) en los que el abogado no podría defender a su cliente en los términos que exigiría la justicia (digamos, argumentando siguiendo las reglas del discurso racional, que incorporan una pretensión de corrección o de imparcialidad), pues «el abogado que tal hiciera, se atraería de parte de su cliente grandes recriminaciones» (p. 39). Se da cuenta de que hay una teoría que justifica la actuación parcial del abo-

18. Un ejemplo entre miles. Cuando estaba escribiendo este trabajo, recibí en mi correo electrónico un documento que contiene una serie de frases célebres. Una de ellas (grabada en una especie de azulejo: imagino que para fijar sólidamente a alguna pared) era esta: «La sociedad es así: el pueblo trabaja, el rico le explota, el soldado defiende a los dos, el contribuyente paga por los tres, el vago descansa por los cuatro, el borracho bebe por los cinco, el banquero estafa a los seis, el abogado engaña a los siete, el médico mata a los ocho, el sepulturero entierra a los nueve, el político vive de los diez». No sé si pueda servir de consuelo el que, de acuerdo con esta escala, haya tres profesiones aún más dudosas, desde el punto de vista moral, que la abogacía.

19. Por cierto, en España, según el estudio de Metroscopia (Toharia, 2014), el trabajo del abogado es visto de forma algo más positiva que el del juez o el del fiscal. Según ese estudio, los abogados cuentan con una aprobación ciudadana del 53%, porcentaje que es el mismo que el del Tribunal Supremo, pero algo superior al de los jueces en su conjunto (50%), al del Tribunal Constitucional (48%) y al de los fiscales (46%).

gado: «La verdadera misión del abogado, se dice, es defender, o acusar en su caso; no debe preocuparse de los argumentos contrarios a su parte, puesto que ya la sociedad está organizada de tal manera que la parte contraria tiene también un defensor y este se encargará de aquella tarea. Una entidad superior, el Juez, es la encargada de elegir entre esos argumentos» (p. 39). Pero esas «razones institucionales» son precisamente lo que le llevan a sostener su tesis: «si esta teoría fuera verdadera y legítima, la profesión de abogado sería una de esas profesiones que tendrían lo que yo he llamado una inmoralidad intrínseca» (p. 40).

Ahora bien, la tesis de Vaz Ferreira es, en principio, que el ejercicio de la abogacía supone «cierta dosis de inmoralidad». Pero esa postura moderadamente pesimista (por eso hablaba yo antes de lo matizado de su postura) se agudiza a la vista de una serie de circunstancias que él plantea así.

En primer lugar, está el riesgo (cuando se acepta lo anterior) de deslizarse por una pendiente resbaladiza: «una vez que se ha entrado por la teoría de que el abogado puede salirse de la moral absoluta y defender a su parte como mejor pueda, para que el juez elija entre las pruebas [...] sigue la inmoralidad una gradación creciente, y es imposible encontrar un criterio fijo, claro, para detenerse en un momento dado» (p. 41).

Pero además, en segundo lugar, hay un hecho psicológico que contribuye a empeorar la situación: se trata de «la tendencia natural y muy humana a convencerse *sinceramente*», lo que lleva a «una especie de inmoralidad subconsciente» (p. 41; cursivas en el original).

Se añade a ello, en tercer lugar, «dos estados de espíritu peligrosos y malos» en los que el abogado puede caer con facilidad: consisten en tener un concepto o demasiado optimista o demasiado pesimista de la profesión. Aun siendo dos fenómenos en sí mismos antitéticos, sin embargo, pueden coincidir en cuanto al efecto de promover un comportamiento inmoral: el primero, porque al presentar la abogacía como «un ministerio augusto, una misión nobilísima y elevadísima», lleva a «la *separación entre la moral verbal y la moral práctica*» (p. 42); y el segundo —que le parece aún más grave— porque ese pesimismo se traduce en esta fórmula: «puesto que no se puede ser completamente, absolutamente moral siempre y en todos los casos en el ejercicio de esta profesión, no nos preocupemos de la moral» (p. 47).

Y, en fin, la última circunstancia que Vaz Ferreira entiende que ejerce también una influencia perjudicial en la moral de los abogados (de los juristas en general) es el formalismo: la tendencia a dar excesiva importancia a las cuestiones de palabra (p. 48), el contentarse completamente con la razón legal (p. 51), el no tener en cuenta los propósitos de las normas (p. 54), o el prescindir de los «sentimientos morales» que, aunque no puedan «crearse», sí es posible procurar que, si es que ya

existen, se empleen de manera adecuada. En relación con esto último, el autor uruguayo trae a colación una obra de León Tolstói, *Resurrección* (que «debe ser leída —nos dice— por todos los futuros abogados, por cuantos puedan ser jueces, puedan ser fiscales...» [p. 57]), la cual pondría de manifiesto que las malas acciones de los juristas (de los hombres en general) provienen sobre todo de factores sociales, institucionales: de que la justicia está organizada de manera que los hombres no tienen relaciones directas, de persona a persona; y en forma tal que nadie siente tampoco la responsabilidad como algo personal (pp. 57-58).

Pues bien, hay un reciente artículo de Minor Salas significativamente titulado «¿Es el Derecho una profesión inmoral?» (2007), que puede considerarse como una radicalización de las tesis de Vaz Ferreira que se acaban de examinar. Salas da a la pregunta enunciada en el título de su artículo una respuesta inequívocamente afirmativa y que afectaría a todas las profesiones jurídicas:

Sí. El Derecho es una profesión esencialmente inmoral. Por «esencialmente inmoral» quiero decir [...] que su ejercicio cotidiano en los foros judiciales, administrativos y privados conlleva, a pesar de la buena voluntad de quienes laboran allí, conductas que atentan contra algunos preceptos de la moral pública dominante. De no aceptarse —a veces de manera colectiva— esas pequeñas (o grandes) inmoralidades, entonces la práctica de la profesión se haría muy difícil y acaso hasta imposible. De allí que para ingresar al juego denominado derecho es ineludible respetar las reglas y códigos implícitos que se imponen en esa profesión. Si uno no acepta esas reglas, entonces está jugando a otra cosa. Se ha salido de la respectiva «gramática» y se encuentra ubicado en otra «forma de vida» que no es la jurídica. Como se diría en la política: es necesario «ensuciarse las manos». No se puede ser jurista si se es siempre honesto y correcto. Dicho con una imagen fuerte, pero gráfica: «Necesitamos [juristas], al igual que necesitamos recolectores de basura, y en ambos casos deberíamos esperar que huelan mal» (Salas, 2007, 583).

Las conductas inmorales de los juristas tienen, en su opinión, varias fuentes, y de ahí la clasificación que ofrece de las mismas. Unas son las conductas abiertamente inmorales y que suponen también actos jurídicamente ilícitos: están tipificadas como delitos o como infracciones administrativas. Otras son las tácita o inconscientemente inmorales, pero no antijurídicas; se trata de vicios *funcionales* (incurrir en falsedades o en mentiras, por ejemplo) y, por tanto, que resultan muy difíciles de corregir, o bien es imposible hacerlo. Una tercera fuente son las conductas inmorales por ausencia de controles, que serían fáciles de corregir, si no fuera por la actitud obstruccionista de los propios profesionales del Derecho: «el gremio de los juristas utiliza, al igual que otros gremios, una

serie de *estrategias de inmunización* [...] para evitar que las faltas y delitos de sus agremiados sean conocidos por el público» (p. 592). Y finalmente estarían las conductas «intrínsecamente» inmorales, vinculadas con el carácter mítico-simbólico del Derecho. Se trataría, según Salas, de una inmoralidad muchísimo más grave que las otras, pues es prácticamente imposible de eliminar. Y esto es así porque el Derecho se basa en un mito —el deseo de justicia y de certeza— que la realidad de la aplicación del Derecho desmiente una y otra vez, pero que los aplicadores del Derecho no pueden reconocer. De ahí la conclusión última a la que llega Salas:

Esa forma de inmoralidad «intrínseca» consiste, esencialmente, en *aparentar* una serie de cualidades (verdad, justicia, seguridad, certeza, uniformidad, estabilidad, etc.) que en la realidad no existen o, si existen, están matizadas en grados diversos. Una cuota (mayor o menor según los casos) de falsedad, deshonestidad y hasta de mentira es necesaria en muchos pleitos jurídicos. Allí «toda la verdad» puede resultar mucho más nociva que la falsedad. Este fenómeno obedece, básicamente, a que el ejercicio del Derecho —al igual que el de otras profesiones— está sujeto a determinados «*juegos del lenguaje*» que demandan unos comportamientos muy particulares para lograr los objetivos propuestos. De no seguirse esos «juegos», entonces la persona no es tomada en cuenta o los resultados que obtiene son muy diferentes a los esperados (p. 599).

Se trata, pues, como decía, de dos versiones, débil y fuerte, de una misma tesis. Tratemos entonces de enjuiciarlas en relación con los dos criterios que señalaba también al comienzo: ¿qué se entiende por profesión intrínsecamente inmoral?; ¿lo es la de abogado?

Las definiciones de uno y de otro autor de «profesión intrínsecamente inmoral» parecen muy similares: para Vaz Ferreira supone un tipo de profesión que no puede ejercerse en muchísimos casos si no es vulnerando las reglas de la «moral absoluta», de la «justicia»; y para Salas, aquella cuyo ejercicio cotidiano supone atentar contra normas de «la moral pública dominante». El que sean realmente idénticas depende, pues, de que por «moral absoluta» se entienda lo mismo que por «moral pública dominante». Ahora bien, yo no veo muy claro que la identificación de los dos términos haya sido la intención de Vaz Ferreira al escribir el texto (que era la transcripción de una conferencia pronunciada en 1908) al que he hecho alusión repetidamente. Me parece más bien que su referencia a la «moral absoluta» debería interpretarse como una apelación no a la moral social (de la sociedad en la que está inserto el profesional de la abogacía), sino a la moral crítica o reflexiva, a lo que debería considerarse como correcto o incorrecto, con independencia de cuáles sean las opiniones que tenga la gente al respecto. En todo caso,

lo que parece claro es que hay dos formas de entender lo de «profesión intrínsecamente inmoral» y de ello, de cada una de ellas, se derivan consecuencias de cierta importancia.

Si entendemos que lo que quiere decirse con ello es que el ejercicio de ciertas profesiones es considerado por la gente en general (por la opinión pública) como inmoral, entonces se trataría de un concepto, por así decirlo, sociológico, empírico, de manera que podría resolverse también empíricamente la cuestión de si existen o no (y en qué grado existen) ese tipo de profesiones. Pero se trataría también de un concepto poco crítico y, en mi opinión, no muy interesante: la gente (quienes no pertenecen al círculo de quienes forman parte de una profesión) puede pensar que el ejercicio de la misma es (intrínsecamente) inmoral, pero ese juicio podría estar equivocado: por desconocimiento de en qué consiste exactamente la profesión, o porque las opiniones dominantes sobre lo que es o no moral son el fruto de prejuicios, supersticiones, sesgos ideológicos, etc. Si, como parece desprenderse de su texto, esta es la manera como entiende Salas el concepto de «profesión intrínsecamente inmoral», entonces eso significa que su tesis es bastante menos radical —o menos crítica— de lo que podría parecer a primera vista. Si la moral pública dominante se acepta sin someterla a ningún tipo de revisión crítica, basarse en ella para emitir juicios morales tendría un significado inevitablemente conservador, y el elemento crítico de la misma parece fácilmente cuestionable. Incluso creo que hay razones para considerar que la concepción de Salas incurre en autocontradicción. En efecto, por un lado, el carácter mítico-simbólico del Derecho que es lo que origina, según él, la inmoralidad intrínseca de las profesiones jurídicas (no solo de la de abogado) funciona como tal mito en la medida en que (la justicia, la certeza, la determinación, etc., del Derecho) sea aceptado no solo por los juristas profesionales, sino por la gente en general: es difícil pensar que ese mito pudiera mantenerse si fuera una creencia meramente gremial y resultara seriamente cuestionada por la opinión pública, por los que no pertenecen a ese gremio. De manera que el mito consistiría entonces en creer en algo que es al menos consistente con las creencias en las que se basa «la moral pública dominante». Pero, por otro lado, para justificar que se trata realmente de un mito, Salas no tendría más remedio que apelar a una realidad que no puede ser la que refleja —o presupone— esa «moral pública dominante». En definitiva, no veo cómo pueda hacerse compatible la noción de mito y el tomar como última referencia el concepto de «moral pública dominante».

La otra posibilidad consiste en entender que lo que hace al carácter intrínsecamente inmoral de una profesión es que su ejercicio sea contrario a una moral crítica (lo sea o no también a la moral pública dominante). Estaríamos ahora frente a un concepto normativo, incompatible

con el escepticismo moral y que presupone, por lo tanto, cierto grado de objetivismo: calificar una profesión de intrínsecamente inmoral significaría entonces que en el ejercicio más o menos normal de la misma, el profesional realiza conductas carentes de justificación moral, con independencia de cuáles sean las opiniones morales dominantes al respecto. Yo creo que esa es, en efecto, la tesis defendida por Vaz Ferreira, quien, a diferencia de Minor Salas, no es un escéptico moral. Pero entonces se abre un margen de duda en relación a cómo ha de entenderse lo de «profesión intrínsecamente inmoral», puesto que necesitamos precisar (algo que ahora ya no se puede hacer recurriendo a datos empíricos) qué es lo que desde una moral justificada puede decirse sobre comportamientos tales como mentir o dañar a un inocente. Y aquí es posible que Vaz Ferreira haya asumido una concepción absolutista de la moral que me parece cuestionable. O sea, en ese texto²⁰ él parece interpretar que los principios morales son absolutos, que habría que formularlos como normas categóricas: siempre está prohibido mentir, causar un daño a otro, etc. Cuando quizás lo más razonable sea entenderlos como principios *prima facie*, o sea, como normas que establecen mandatos o permisiones que pueden tener alguna excepción cuando, en circunstancias extraordinarias, chocan contra algún otro principio que, en esas condiciones, tenga un mayor peso²¹. Si fuera así, entonces cabría pensar que el ejercicio de ciertas profesiones, como la de abogado, genera con cierta abundancia ese tipo de situaciones conflictivas en las que podría estar justificado excepcionar alguno de los principios morales (por ejemplo, el de no mentir). Pero eso no significa, o no necesariamente, que la profesión en cuestión sea intrínsecamente inmoral.

A lo que lleva todo lo anterior es a pensar que la postura de Vaz Ferreira, su tesis de que la profesión de abogado es intrínsecamente (necesariamente) inmoral, habría que sustituirla, para que resulte plausible, por esta otra: el ejercicio de la abogacía entraña un verdadero riesgo moral, y hay ciertas actitudes, más o menos frecuentes, que conviene evitar (y antes, ser conscientes de ellas), porque fomentan ese riesgo: pensar que la posición institucional del abogado es un salvoconducto que le libra de tener que plantearse cuestiones morales, no darse cuenta de que lo anterior puede abocar a una pendiente resbaladiza, incurrir en autoengaño, en excesivo optimismo o pesimismo, en formalismo... Esa revisión, yo creo, es necesaria porque, de otra manera, el propio concepto de «profesión intrínsecamente inmoral» que maneja Vaz Ferreira resultaría inconsistente. Si una profesión es social y moralmente nece-

20. Pero no en otros. *Vid.* sobre ello Atienza, 2014a.

21. *Vid.* anteriormente (sección 1 de este capítulo) la crítica de Garzón Valdés a la separación entre moral ordinaria y moral particular.

saría, entonces eso significa que su ejercicio contribuye a la realización de valores morales. Pero entonces, no puede ser que al mismo tiempo sea intrínsecamente inmoral, porque eso supondría algo así como que es la propia moral —la práctica de la moral— lo que resulta imposible. Y eso no encaja, en mi opinión, en una concepción como la de Vaz Ferreira, muy alejada de cualquier tipo de escepticismo o de nihilismo moral.

4.2.3. Dos posibles justificaciones para la ética de los abogados: los intereses del cliente y las exigencias de la moral

La tercera alternativa, como antes señalaba, consiste en decantarse por alguno de los dos polos de la oposición. O sea, aceptado que al abogado se le plantean genuinos problemas morales y que la suya no es una profesión intrínsecamente inmoral, aparecen dos maneras fundamentales de justificar la ética de los abogados. O, mejor dicho, dos formas de entender esa ética: la una pone el énfasis en la defensa de los intereses del cliente y en lo que justifica al abogado al actuar así; la otra subraya que las exigencias de la moral ordinaria son (deben ser) un componente fundamental de la ética del abogado. Digamos, el abogado amoral (o amoralista) frente al abogado moralista. Obviamente, hay diversas maneras de defender cada una de esas dos posiciones y podría pensarse también en soluciones intermedias. Aquí voy a referirme a una célebre discusión que tuvo lugar en la segunda mitad de la década de los ochenta entre dos juristas estadounidenses, Stephen Pepper y David Luban, y que, me parece, permite ilustrar bien cada una de esas dos posturas. Aunque en la polémica pueden advertirse elementos característicos de una determinada cultura jurídica, la estadounidense, eso no impide que se le pueda dar a cada una de esas dos concepciones un alcance bastante general.

Lo que Stephen Pepper (1986) se propone es justificar el punto de vista común entre los abogados del carácter «amoral» de su profesión: mientras su comportamiento no vulnere el Derecho, el responsable moral por las acciones que lleva a cabo el abogado en defensa de los intereses de su cliente es exclusivamente este último. El aspecto original de su tesis radica en que Pepper no se basa para defender esa postura, como es usual hacerlo, en la existencia de roles diferentes entre el juez y el abogado (la doctrina a la que se refería Vaz Ferreira) que caracterizan el sistema acusatorio (el *adversary system*), sino en el valor de la autonomía. Su punto de partida es que el acceso al Derecho es condición necesaria para que el individuo pueda gozar de autonomía. Ahora bien, en sociedades tan juridificadas como las nuestras eso no podría tener lugar si no es con la mediación de los abogados. Eso hace que los abogados sean algo así como agentes morales instrumentales, al servicio del cliente, que no pueden actuar de manera paternalista, no pueden pretender que

sus opiniones morales estén por encima de las del cliente. Más exactamente: si lo que pretende el cliente que contrata los servicios de un abogado es la realización de conductas moralmente «malas» en un grado elevado, entonces las mismas estarán ya prohibidas por el Derecho, de manera que el abogado no necesitará efectuar un juicio moral; y si esto no es así, esto es, las conductas que el abogado consideraría malas desde su concepción de la ética no están sin embargo prohibidas por el Derecho (no son malas en un grado elevado), él debe abstenerse de efectuar juicios morales en su relación con el cliente, pues en otro caso no respetaría la autonomía de este último.

Pepper hace frente a dos posibles críticas que podrían dirigirse contra su tesis de la amoralidad del abogado. La una se basaría en que el acceso al Derecho es desigual (y, por tanto, también son desiguales las posibilidades de ejercer la autonomía), ya que ese acceso está regulado por el mercado, de manera que la gente con más recursos económicos estaría en una posición de ventaja. Su réplica es que eso no afecta a su postura, porque la misma no tiene que ver con la distribución de un servicio, sino con el contenido moral de lo distribuido; y el que los abogados prestaran sus servicios de acuerdo con sus propios valores morales no contribuiría a una mayor igualdad, ni tampoco a una mayor justicia social. La otra crítica viene a decir que el funcionamiento del sistema acusatorio solo podría justificar un comportamiento «amoral» del abogado en el contexto del proceso penal, pero eso dejaría fuera muchos otros campos de actuación del abogado. Pepper está de acuerdo con esa limitación del modelo acusatorio, pero no considera que ello afecte tampoco a su postura que, como se ha dicho, no descansa en ese rasgo institucional que es más acusado en un sistema jurídico como el estadounidense que en ordenamientos jurídicos del *civil law*. Su modelo de abogado no es tanto el de quien tiene a su cargo una defensa penal en un sistema acusatorio, sino más bien el del técnico que recibe de un cliente el encargo de hacer funcionar un mecanismo complejo (el Derecho): y de lo que tiene que preocuparse un mecánico, un técnico, es precisamente de que la máquina funcione, no de lo que el cliente pretenda hacer con ella.

La objeción a su postura que a Pepper le parece más seria es la que vendría del realismo jurídico, en cuanto concepción iusfilosófica dominante entre los juristas estadounidenses y que subraya el carácter indeterminado y manipulable del Derecho. Eso quiere decir que si la autonomía del cliente está limitada únicamente (como ocurre en su modelo) por el Derecho, esos límites, sencillamente, no están claros; más aún, el abogado amoral que es consultado por un cliente que quiere ver cómo maximizar su autonomía dentro de los márgenes que le permite el Derecho estaría contribuyendo en muchos casos a que se infrinja el Dere-

cho y a que el cliente se comporte —debido al asesoramiento «técnico» de su abogado— de una manera inmoral. Para ilustrar esa idea, Pepper pone este ejemplo. Un cliente consulta a un abogado sobre las normas aplicables al tratamiento que una determinada industria tendría que hacer de las aguas contaminadas de amoníaco que vierte al exterior. La eliminación del amoníaco a que obliga la normativa supone un alto coste, pero el abogado informa al cliente de que en la zona donde está instalada la planta no se suelen hacer inspecciones, de que, en todo caso, los inspectores no sancionan nunca si se trata de la primera vez que se comete la infracción y de que, si el nivel de amoníaco es menor a tantos gramos por litro, aunque eso suponga incumplir con la normativa, la Administración hace la vista gorda, debido a las limitaciones presupuestarias que sufre.

Para hacer frente a este último problema, Pepper se plantea algunas alternativas: unas serían de carácter social (incrementar los recursos para la puesta en práctica del Derecho, incentivar las fuentes de autoridad moral de carácter no jurídico); y otras tendrían que ver con la ética de la relación cliente-abogado. Entre estas últimas señala la posibilidad de convertir al abogado en una especie de juez (o de policía) moral de su cliente, de recurrir a la objeción de conciencia, y —lo que le parece de mayor interés— de promover un diálogo moral entre el abogado y el cliente. Esto último permitiría que las decisiones del cliente estuviesen informadas por el juicio moral del abogado, el cual podría desempeñar una cierta función de educador moral; tendría, sin embargo, el inconveniente de que ese proceso dialógico resultaría caro, puesto que exige tiempo, y de que puede no ser eficaz. La conclusión final a la que llega Pepper es que «si se une la posibilidad de la objeción de conciencia a un amplio diálogo moral y al valor moral inherente a facilitar el acceso al Derecho, lo que resulta [...] es que el buen abogado puede ser una buena persona; desasosegada, pero buena» (p. 635).

En su contestación, David Luban (1986) presenta diversos comentarios al anterior planteamiento que suponen una crítica matizada pero realmente de fondo a la anterior postura.

El primero, el más importante, consiste en rebatir la tesis del papel amoral del abogado. Lo que a Luban le parece equivocado del razonamiento de Pepper es que este último considera que la autonomía individual es un valor que prevalece siempre sobre el de la bondad o corrección de una acción. Ello se debe, piensa, a no haber tenido en cuenta una importante distinción que debe hacerse entre «la deseabilidad de que la gente actúe autónomamente» y «la deseabilidad de su acto autónomo»: «Es bueno, deseable —escribe Luban— que yo sea quien tome la decisión sobre si mentirte o no; es malo, indeseable, que yo te mienta» (p. 639). O sea, es bueno que el abogado ayude al cliente para que

este tome sus decisiones autónomamente, pero si el ejercicio de esa autonomía da lugar a una acción inmoral, esto último es un ingrediente que también debe contar en el juicio moral de conjunto. Luban señala también que la idea de Pepper que antes veíamos de que el Derecho tiende a prohibir las acciones intolerablemente inmorales (frente a las meramente inmorales) es cuestionable, puesto que hay muchas otras razones (aparte de la dimensión de moralidad) para no prohibir jurídicamente una acción: la imposibilidad o dificultad para controlar su aplicación, para formular la prohibición en términos precisos, etc. En definitiva, no todo lo moralmente malo (lo intolerablemente inmoral) está jurídicamente prohibido. Luban considera además que no hay ninguna razón para oponerse a que los abogados operen como un filtro moral, como un límite informal (en el sentido de no establecido por el Derecho) a la autonomía individual. El abogado puede —y debe— negarse a cooperar con el cliente, y no solo en casos de extrema gravedad (en los que Pepper admitiría la objeción de conciencia): «en casi todo caso de inmoralidad sería por parte del cliente, el bien de ayudar al cliente a realizar su autonomía resulta superado por el mal de la acción inmoral que se propone el cliente» (p. 642). Luban sostiene por ello lo que llama una «prerrogativa lisístrata» por parte del abogado, o sea, negarse a prestar servicios a un cliente que pretende llevar a cabo una acción que el abogado juzga inmoral, de manera análoga (de ahí el título de su artículo) a la Lisístrata de la obra de Aristófanes del mismo nombre, que propone llevar a cabo una huelga sexual por parte de las mujeres de los guerreros como forma de presionarles para que se esfuercen por lograr la paz.

Además, en relación con el problema de la desigualdad en el acceso al Derecho, Luban considera que el argumento de Pepper no es aceptable. En su opinión, el acceso al Derecho es un bien comparativo: quien no tiene acceso al Derecho (o no en las condiciones de los «ciudadanos de primera clase») estaría justificado en pensar que sufre un daño en relación con quienes sí lo tienen, y que si no todos tienen acceso al Derecho, entonces tampoco resulta aceptable que lo tengan algunos. Está de acuerdo con Pepper en que al sistema acusatorio no habría que darle tanta importancia en el debate sobre la ética de los abogados, aunque considera que sigue jugando un papel relevante. Piensa que es muy acertado el «descubrimiento» de Pepper de los efectos moralmente perniciosos que tiene el realismo jurídico, pero aclara que debe distinguirse entre un realismo de alto nivel, que sería una concepción iusfilosófica respetable, y un realismo de bajo nivel, que consiste en pensar que uno tiene derecho a hacer algo (que lo que uno hace es conforme al Derecho) en la medida en que su actuación no le acarree sanciones. Pues bien, en su opinión, la tesis de la función amoral del abogado defendi-

da por Pepper contribuye a favorecer este realismo de bajo nivel: si el cliente (a través del asesoramiento del abogado) consigue que una acción suya (así, la contaminación con amoníaco del ejemplo anterior) no sea sancionada, entonces eso significaría pensar que ha actuado conforme a Derecho: que tenía derecho a actuar así. Finalmente, Luban simpatiza con la idea del diálogo moral entre el abogado y el cliente, y subraya que ese sería un primer paso (antes, por ejemplo, de recurrir a la objeción de conciencia) en el modelo del abogado moralista que él defiende.

4.3. *Problemas abiertos en la ética de la abogacía.* *Una profesión de riesgo moral*

Todo lo anterior invita a hacerse algunas preguntas que, desde luego, no pretendo contestar aquí de manera completa. Pero sí creo que esas preguntas y las respuestas sugeridas a las mismas podrían utilizarse como el guion para un debate a fondo sobre una problemática que merece ser discutida bastante más de lo que suele serlo.

1) Una pregunta obvia es la de si el esquema anterior ofrece un panorama completo de las diversas posiciones que pueden adoptarse en relación con la ética de los abogados. Mi impresión es que las cuatro que acabo de señalar son, por lo menos, las más sobresalientes. Quiero decir que uno puede imaginar variantes de cada una de ellas o, más difícilmente, combinaciones de varias de ellas, pero nada más. Y si no podemos concebir otras posiciones, eso tendría que deberse al hecho de que el núcleo de la ética de los abogados reside en la posible contraposición entre los intereses del cliente y los intereses generales de la moral. ¿Pero es así? ¿No es posible concebir otro tipo de conflicto ético en la práctica de la abogacía que no tenga que ver con eso? ¿Cuál sería?

César Arjona, inspirándose en Bradley Wendel (2010), ha defendido últimamente una variante en relación con la tercera alternativa que planteaba: el optar por los intereses del cliente, o bien por los deberes generales de la ética. Se trata de la fidelidad al Derecho, que supondría adoptar un punto de vista que no es ni el de la amoralidad tradicional ni el del activismo moral. Arjona resume así esa postura²²:

El principal deber ético del abogado debe ser para con el Derecho, y el respeto y fidelidad al mismo es el que legitima, para empezar, su ocupación profesional, la relación de agencia que se establece entre abogado y clien-

22. Las citas las tomo del trabajo de investigación presentado como tercera prueba para la obtención de la categoría de profesor titular en la Universidad Ramon Llull (ESADE). La numeración de página corresponde al manuscrito citado como Arjona, 2016.

te. Y eso no es lo mismo que decir que el abogado puede hacer lo que fuera en beneficio de aquello que interesa a su cliente. De hecho es algo muy distinto, pues la actuación jurídico-profesional no debe estar orientada por los intereses del cliente, sino por los *legal entitlements*²³. El abogado no está para decir al cliente cómo usar el Derecho para lograr lo que quiera lograr, sino para decirle qué le otorga el Derecho y cómo puede realizar aquello que legítimamente le corresponde. «Advice client what he should have... not what he wants», dijo el juez norteamericano Louis Brandeis en una concisa formulación *avant la lettre* de esta teoría. Y si esto es cierto siempre, lo es más todavía en el contexto de asesoría, esto es, más allá del ámbito litigioso o adversario [contradictorio] en el que la teoría de la amoralidad ha buscado tradicionalmente su justificación. Allí donde no hay contraparte ni tercero imparcial, el Derecho tiende a ser lo que el abogado dice que es. Su responsabilidad es máxima, y no puede desprenderse de ella (Arjona, 2016, 46).

Esa teoría de la fidelidad al Derecho, señala también Arjona, no supone «un compromiso fuerte con ninguna filosofía del Derecho concreta y solo excluiría posiciones drásticas como la del 'hombre malo' de Holmes o las de los *Critical Legal Studies*» (p. 47).

Ahora bien, esa concepción de la ética de los abogados presenta, en mi opinión, dos grandes inconvenientes. Uno es que no me parece cierto que la misma no suponga ningún «compromiso teórico fuerte». Yo diría que la misma supone adherirse al positivismo jurídico ideológico, si se quiere, con alguna limitación; pero, desde luego, implica un riesgo manifiesto de confusión entre el Derecho y la moral. Y el otro inconveniente, consecuencia del anterior, es que evita el problema fundamental de la ética, de la deontología jurídica: qué hacer cuando el Derecho dicta una cosa, y la moral otra. Es, en definitiva, un ejemplo de claudicación de la ética, una forma de justificar el amoralismo y, en consecuencia, no me parece que quepa hablar de una «tercera vía».

2) Una variante de la anterior pregunta podría ser esta: ¿No podrían reducirse aún más las alternativas consideradas? ¿Qué diferencia habría entre lo que he llamado «filosofía espontánea de los abogados» (la posición 4.2.1) y la posición defendida por Pepper (en 4.2.3) o la de la fidelidad al Derecho? ¿No vienen a sostener todas ellas que el abogado no necesita la moral, que su moral consiste en ser «amoral»?

23. Los «entitlements» serían (Arjona cita textualmente a Wendel): «un derecho sustantivo o procedimental, creado por el Derecho, que establece *claim-rights* (que implican deberes sobre otros), privilegios para hacer cosas sin interferencias y poderes para cambiar la situación jurídica de otros (por ejemplo, imponiendo obligaciones contractuales)» (Arjona, 2016, 26). O sea, un «entitlement» es una posición jurídica en el sentido de Hohfeld: un derecho subjetivo en los diversos sentidos en que se usa la expresión.

Bueno, aunque parezca una sutileza, no es lo mismo prescindir de la moral (de la teoría moral) que sostener positivamente la tesis de la amoralidad del abogado. En el segundo caso, hay un ejercicio de reflexión que falta en el primero, y que realmente cambia las cosas. Y las cambia, podríamos decir, en un sentido que es parecido al paso de que nos habla Habermas desde el habla espontánea hasta el discurso racional: este último supone problematizar la pretensión de que lo que uno afirma es verdadero o correcto, o sea, supone someterse a lo que él llama la «coacción no coactiva del mejor argumento». Aplicado a nuestro caso, Pepper, por ejemplo, se ve obligado a buscar una fundamentación de su tesis, a plantearse posibles objeciones a la misma... y, en cierto modo, a introducir algunos elementos que la flexibilizan o la matizan. Quizás no sea poco.

3) En el trasfondo de lo anterior está también la cuestión de cómo entender las normas deontológicas. En relación con ello, el jurista de formación tradicional se enfrenta con todo un dilema, que consiste en lo siguiente. Por un lado, no se las puede considerar como normas morales, porque el jurista no se ocupa de esas cosas; o sea, como hemos visto, si fueran normas morales, entonces serían prescindibles, inútiles. Pero, por otro lado, considerarlas como normas jurídicas tiene también sus problemas: algunos códigos deontológicos (muchos de los dirigidos a los jueces) carecen de sanciones, lo que lleva a muchos juristas a pensar (equivocadamente) que entonces son irrelevantes; y, en todo caso, muchas de las normas que figuran en ellos —como ya se ha dicho— están dirigidas a construir el modelo de un profesional (un abogado) excelente, lo que hace inevitable apelar a una noción, la de virtud, que no puede ser manejada en términos estrictamente jurídicos: nadie puede recibir una sanción por no lograr la excelencia en algo, por no ser virtuoso.

Ahora bien, ¿por qué no salir del dilema cuestionando lo que lo genera, a saber: una concepción muy estrecha del Derecho ligada a la (falsa) pretensión de que existen límites precisos entre el Derecho y el no-Derecho?

4) Lo cual lleva a plantear la cuestión de cómo se relaciona la deontología jurídica (en particular, la de los abogados) con la concepción positivista del Derecho. Tanto Pepper como Luban mostraban la dificultad que, para dar cuenta de los deberes morales de los abogados, suponía un cierto tipo de positivismo jurídico: el realismo jurídico (o una cierta versión del mismo). Para decirlo en términos clásicos, la invitación a ver el Derecho desde el punto de vista del «hombre malo» (o sea, de manera puramente instrumental) no parece, efectivamente, dejar mucho espacio para la ética; recuérdese que Holmes construye ese célebre concepto en un texto, *La senda del Derecho*, en el que defiende con gran énfasis

sis la necesidad de la separación conceptual entre el Derecho y la moral. Pero la pregunta entonces es: ¿valdría eso para cualquier tipo de positivismo jurídico, esto es, está obligado quien asume la tesis de la separación (conceptual) entre el Derecho y la moral a defender la concepción que habíamos llamado del abogado «amoralista»?

La respuesta, obviamente, es que no. Si el Derecho y la moral son cosas distintas, entonces la moral puede obligar a alguien (sea o no abogado) a realizar alguna conducta que no sea la establecida por el Derecho. Y es también claro que, en su célebre escrito, Holmes no pretendía animar, ni tampoco justificar, a los juristas a comportarse de acuerdo con el modelo del «hombre malo». El problema del positivismo jurídico está, me parece a mí, en otro lado, en que esa concepción (en sus formas no vulgares) parece incompatible con la figura del abogado moralista. Hay un reciente trabajo de Luigi Ferrajoli (2013) que ilustra bien este punto.

Ferrajoli parte de la misma contraposición que veíamos en el punto 4.2.3, pero piensa que los dos modelos (él está considerando únicamente la situación de un abogado penalista) pueden conciliarse a partir del derecho fundamental a la defensa. La idea es que, por un lado, el abogado es solidario con los intereses del cliente y por eso, en relación con la posibilidad de causar un daño a un tercero inocente, lo que «puede y debe hacer es exactamente todo lo que, con excepción del derecho a mentir, su asistido haría personalmente si tuviera la preparación técnica necesaria» (Ferrajoli, 2013, 210). Pero, por otro lado, la vinculación del abogado con la corrección procesal (esa vendría a ser su manera de entender el elemento «moralista») hace que esté limitado por el deber de lealtad y probidad (recogido en el Código Civil italiano), que no impone propiamente una obligación positiva, sino negativa: «aunque [esos deberes] [...] no permiten al defensor aconsejar a su defendido que jure en falso, sí es cierto que él [el abogado] no podrá desmentirlo sin violar su derecho [del cliente] a mentir. Y aunque al abogado no se le permita prestar falso testimonio, él por supuesto no tiene el deber de declarar la verdad que, a lo mejor, conoce» (p. 211). Ferrajoli considera que ordinariamente es posible conciliar los dos modelos, pero reconoce también que hay supuestos extraordinarios que plantean auténticos dilemas morales. El caso límite y dramático sería «cuando el abogado tiene conocimiento de pruebas de culpabilidad de su cliente, cuyo ocultamiento causaría la condena de un inocente» (p. 215); en cuyo caso lo único que cabría sería remitir el dilema «a la conciencia del abogado» (p. 214) sin que, al parecer, el análisis filosófico pueda hacer otra cosa que mostrar la existencia de un problema ético.

¿Pero es eso cierto? ¿No es posible llevar a cabo un razonamiento objetivo (de carácter moral) que haga un balance entre las diversas ra-

zones que, en principio, se le presentan al abogado y que tendría que concluir, creo yo, que (salvo en alguna extrañísima situación en la que se presentara alguna circunstancia absolutamente excepcional) las razones para evitar que se castigue a un inocente superan a todas las otras? ¿No hay, en el fondo, un escamoteo de los problemas morales cuando lo único que se hace es remitir su posible solución a «la conciencia del abogado»? ¿Hay alguna manera de plantear con seriedad los problemas de deontología jurídica si uno sigue aferrado a la tesis de la separación estricta entre el Derecho y la moral? Y, por cierto, ¿no es el positivismo jurídico culpable en buena medida de la falta de formación de los juristas (jueces, abogados, etc.) en materia de filosofía moral?

5) Un error frecuente que parece estar en el origen del escepticismo de muchos juristas (y no juristas) en materia moral es la tendencia a pensar que los principios morales tienen un carácter absoluto²⁴. Y como muchas veces parece que aplicar uno de esos principios (no causar daño, no mentir) en determinadas circunstancias llevaría a consecuencias inasumibles, el escéptico concluye que la moral no tiene más que un alcance subjetivo o relativo: no hay principios morales objetivos, dictamina, sin darse cuenta de que hablar de principios objetivos no significa lo mismo que hablar de principios sin excepciones o sin modulaciones.

En realidad, ni siquiera Kant, prototipo de absolutista moral, parece haber dejado de hacer alguna excepción o, por lo menos, alguna matización en cuanto al carácter absoluto del principio de que no se puede mentir. Y una matización que, además, viene muy a cuento en relación con la deontología de los abogados.

Como se sabe, en un escrito titulado «Sobre un presunto derecho a mentir por filantropía», Kant (1989) llegó a afirmar que ni siquiera sería moralmente lícito mentir a alguien que nos preguntara por el paradero de una determinada persona con el propósito de asesinarla. Pero, sin embargo, al menos según la interpretación de Sandel (2011), Kant habría hecho una interesante distinción entre mentir y decir algo cierto pero que lleva al engaño; pues engañar a otro no diciéndole la verdad no supondría necesariamente ir en contra del imperativo categórico. Sandel interpreta que eso es lo que habría hecho el propio Kant cuando, en cierta ocasión, el rey Federico Guillermo II de Prusia le exigió que prometiera que no volvería a ocuparse de asuntos que tuvieran que ver con la religión. Kant hizo esta declaración: «Como fiel súbdito de Su Majestad, desistiré en adelante por completo de toda disertación pública o escrito concernientes a la religión». Ahora bien, Kant sabía

24. Remito de nuevo a las consideraciones sobre esto de Garzón Valdés, indicadas en el primer apartado de este capítulo.

que el rey no viviría mucho tiempo y, de hecho, se consideró relevado de su promesa cuando, al cabo de unos pocos años, se produjo la muerte del soberano: de esta manera, habría conseguido engañar a los censores sin tener que mentirles. Y Sandel sugiere que esa misma estrategia es la que habría utilizado el abogado defensor del presidente Clinton para justificar que este último no había mentido al pueblo americano al declarar: «nunca he tenido relaciones sexuales con esa mujer [Monica Lewinsky]». El presidente habría actuado mal e inducido al engaño a propósito de sus relaciones con la famosa becaria, pero no habría mentido de acuerdo con la definición que el diccionario da de lo que significa «relaciones sexuales» y que no incluye (o no incluía entonces) el sexo oral. La relevancia de esa distinción vendría, entonces, a consistir en lo siguiente: «una afirmación que induce a error pero que, pese a ello, es verdadera no fuerza o manipula al que la oye del mismo modo que una pura mentira. Si el que la escucha está suficientemente atento, siempre podrá escapar del engaño» (Sandel, 2011, 158).

¿Pero no es este, entonces, un buen argumento para negar el carácter intrínsecamente inmoral de la profesión de abogado? ¿No presuponen, quienes sostienen esta última tesis, una concepción inadecuada de la moral al considerar que la misma consiste en una serie de preceptos absolutos, que se aplican de manera inflexible y sin tener en cuenta las singularidades de cada situación?

6) Un problema interesante que plantea la deontología profesional del abogado es el del límite del deber de lealtad²⁵. Un problema que, parece, podría abordarse de dos maneras distintas.

Una es contraponiendo el deber de lealtad (hacia el cliente, hacia los miembros de un cierto grupo familiar, profesional, político...) a los deberes morales generales. La noción de deber moral especial (referido a quienes están dentro de esos diversos ámbitos) tiene pleno sentido, pero de ahí no se puede inferir que ese tipo de deber haya de prevalecer siempre frente a los provenientes de la ética general. Como antes se ha dicho, el deber de evitar que se castigue a un inocente es un claro límite al deber del abogado de ser leal hacia su cliente.

La otra forma de abordarlo consistiría en darse cuenta de que existen diversos círculos de lealtad: de que, por ejemplo, frente a la lealtad hacia el cliente por parte del abogado estaría la lealtad hacia el Derecho o hacia sus conciudadanos. Esta última parece ser la vía seguida por escépticos como Richard Rorty (2002), que ve la justicia como una especie de lealtad ampliada. Para él, los dilemas morales (donde podríamos incluir el que tiene que afrontar el abogado que ha de optar entre de-

25. Sobre la lealtad, *vid.* Calsamiglia, 2000.

fender los intereses de su cliente y no dañar a un tercero inocente) son conflictos entre lealtades y no, tal y como los presentaría un kantiano, un conflicto entre la lealtad, que emana de los sentimientos, y la justicia, que proviene de la razón. Rorty llega a afirmar que «la idea de una obligación moral *universal* de respetar la dignidad humana queda sustituida por la idea de la lealtad frente a un grupo muy grande, es decir, la humanidad» (Rorty, 2002, 84).

¿Pero es realmente satisfactoria esta última manera de enfocar la ética? ¿No está expuesta a la pregunta, más o menos obvia, de por qué debemos ser leales: a un pequeño grupo o a toda la humanidad?

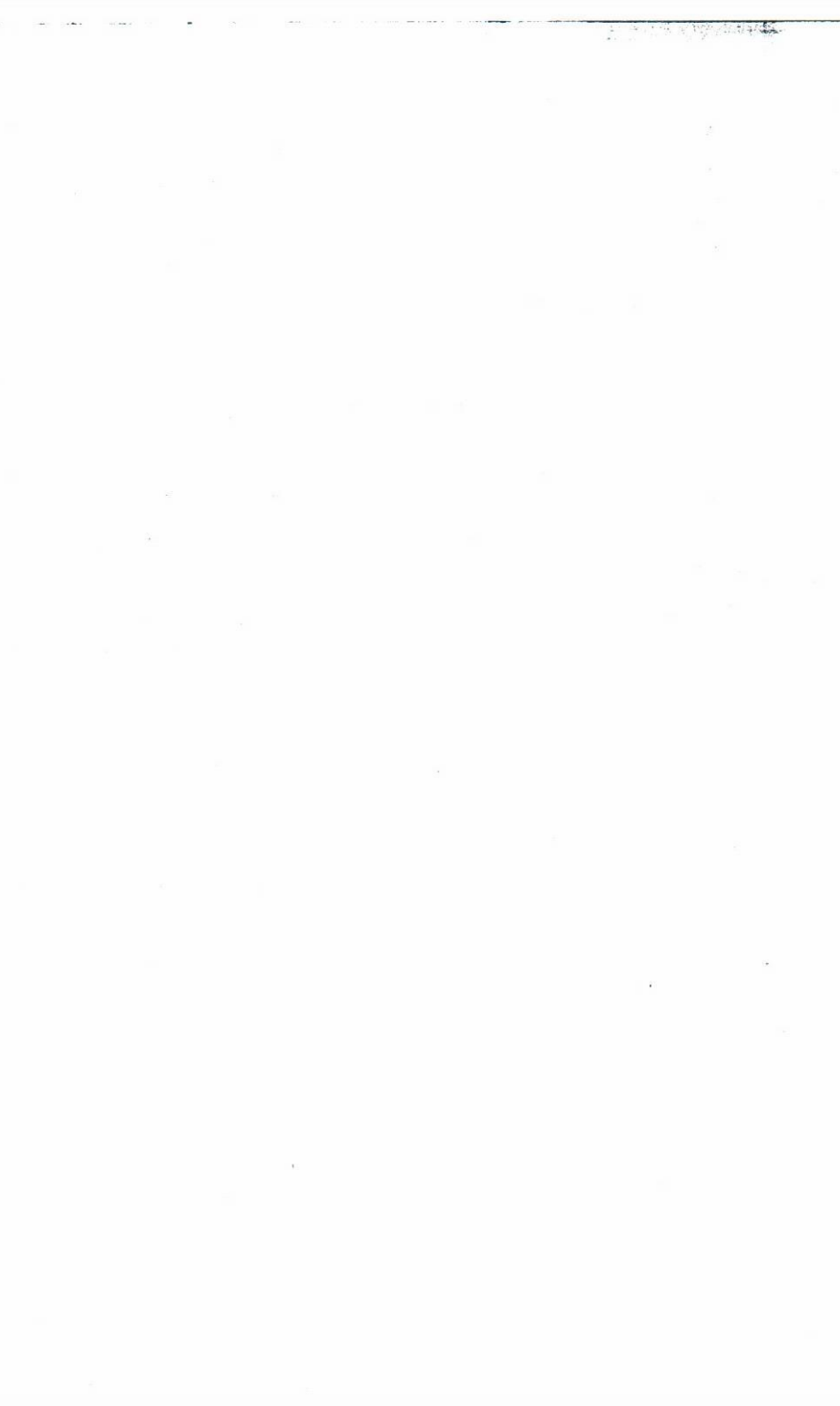
7) Si la lealtad la consideramos no como un sustituto, sino más bien como un ingrediente de la justicia o de la moralidad, aparece ahora una nueva pregunta que es la de si existen unos mismos principios de la moral, válidos para todos los campos de la experiencia humana; por ejemplo, el imperativo categórico kantiano, con sus tres formulaciones que contienen los principios de igualdad (universalidad), dignidad y libertad (autonomía). O si, por el contrario, algunas regiones de la praxis humana (la ocupada por la política o por el ejercicio de diversas profesiones) deben contar con códigos morales específicos no coincidentes —o no del todo— con el de la moral general; en el caso de profesiones como la abogacía, entre otras cosas, por el peso que aquí adquieren los deberes de lealtad.

Pues bien, como al comienzo de este capítulo ya se señaló, hay muy buenas razones para descartar esta segunda opción y para pensar que la ética es única, que son los mismos principios los que rigen en todos los campos de la experiencia humana, aunque esos principios pueden tener modulaciones distintas, precisamente al tener que ser ponderados en relación con otros principios y en situaciones muy diversas. Y una de esas razones (a la que todavía no se había hecho referencia) es que, si no fuera así, resultaría muy difícil poder construir una personalidad coherente. Aunque muchos profesionales (abogados, jueces, etc.) vean las cosas de otra manera, yo creo que no es posible para nadie escindir de manera radical su vida profesional y su vida privada. Precisamente, esa no escisión es un rasgo característico del concepto de profesión en sentido estricto.

8) Una obvia pregunta que hacerse —la última— es la de cuál de las cuatro posiciones analizadas en el apartado 4.2 resulta ser más satisfactoria. Y el lector que haya llegado hasta aquí habrá averiguado ya de sobra que mis preferencias están por la última: la que hemos llamado del abogado moralista, entendiendo por tal, el abogado que es consciente de que se pueden cometer acciones gravemente inmorales sin infringir el Derecho o, mejor dicho, haciendo uso del mismo; y que quien con-

tribuye a esos males no puede justificar su conducta alegando que se limita a defender los intereses de su cliente o a hacer posible su autonomía o que, simplemente, desarrolla un rol profesional —la defensa de parte— en un contexto institucional en el que otros cumplen la función de defender los intereses de la otra parte o de decidir el conflicto desde una posición de imparcialidad e independencia.

Esto no significa negar el carácter necesariamente parcial del abogado, sino que de lo que se trata es de poner un límite a esa parcialidad que, por lo demás, cuenta con una justificación racional: de otra manera no se podría lograr —en una sociedad compleja— que los individuos pudiesen satisfacer muchos de sus derechos (fundamentales o no). Pero el abogado tiene que ponderar los valores que contribuye a realizar en el ejercicio de su profesión con los que, en ciertas ocasiones, puede poner en riesgo (daños a terceros inocentes, afectación a intereses colectivos) y del balance de la misma puede resultar que hay ocasiones en las que él no puede —no debe— moralmente realizar ciertas acciones, aunque las mismas no contradigan el Derecho positivo. Dicho de otra manera, el Derecho —la abogacía— no es una profesión intrínsecamente inmoral, pero sí una profesión de riesgo moral. Algo que es coherente con una concepción no positivista del Derecho que ve en el mismo no solo un fenómeno autoritativo, sino, sobre todo, una empresa con la que se trata de obtener ciertos fines y valores. No siempre es fácil alcanzarlos y a veces puede resultar imposible, pues nuestros Derechos son también ambiguos: están involucrados tanto en los procesos de liberación humana como en los de opresión. Por eso, lo que no puede hacer el abogado, el jurista, es desentenderse de la tensión moral que necesariamente caracteriza a las profesiones jurídicas.



X

FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TRANSFORMACIÓN SOCIAL (FRAGMENTOS)

1. EL DIVORCIO ENTRE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y LOS SABERES SOCIALES

Hay un presupuesto necesario para poder plantearse la cuestión del papel de la filosofía del Derecho en la transformación social: concebir el Derecho como un fenómeno que puede jugar un papel importante en esa transformación. Una tesis que, aunque pueda parecer obvia, no creo que esté presente en la mayor parte de las concepciones del Derecho hoy dominantes, y por diversas razones. La más importante es, seguramente, el abandono, por parte de la teoría del Derecho de las últimas décadas, de los saberes sociales.

Hablo —se suele hablar— de «abandono», pero quizás sea más exacto utilizar otra expresión que sugiera no la idea de un cambio, sino de una continuidad. Pues la ciencia jurídica moderna (entendida esta última expresión en su sentido más amplio, que incluye tanto a la dogmática jurídica como a la teoría general del Derecho, tanto a la «Jurisprudencia particular» como a la «Jurisprudencia general»), desde que se constituye a comienzos del XIX (a partir de la escuela histórica alemana, de la escuela de la exégesis francesa o de la Jurisprudencia analítica inglesa), se ha caracterizado precisamente por separar el Derecho de los otros componentes de la sociedad y por articular el saber jurídico, en consecuencia, como un saber formalista (en uno de los sentidos de esta proteica y compleja expresión). Es un fenómeno bien conocido y para el que Max Weber dio en su momento una explicación que parece satisfactoria. O sea, la ciencia jurídica del XIX se basó en el modelo de racionalidad que él denominó «formal» (basada en la previsibilidad que se genera al ordenar la conducta mediante normas generales y abstractas dictadas por órganos preestablecidos por el propio Derecho) siguiendo

do, diríamos, el impulso que suponía la presencia de una serie de factores históricos favorables a esa manera de entender el Derecho: la constitución de un Estado que monopoliza la producción y sanción —en el sentido de asegurar su aplicación coercitiva— del Derecho; la difusión de modelos de organización social de carácter burocrático; y el ascenso al poder de grupos sociales —la burguesía— interesados en exaltar el valor de previsibilidad del Derecho para poder simplificar sus cálculos económicos.

Precisamente por eso, cuando ese modelo de organización social, esto es, el Estado liberal de Derecho, entra en crisis, comenzaron también los ataques contra el formalismo en el Derecho y en la reflexión acerca del Derecho: tanto en la manera de interpretar y de aplicar el Derecho, como en la manera de concebir el saber jurídico, la teoría del Derecho. Se trata de lo que se ha llamado la «revuelta contra el formalismo», iniciada en las últimas décadas del siglo XIX, uno de cuyos protagonistas, naturalmente, fue Rudolf von Ihering (el «segundo Ihering»), y que está también en los orígenes de la constitución de la moderna sociología del Derecho, en cuanto disciplina interesada en estudiar el Derecho como fenómeno social. Las diversas tendencias representadas por autores como (además de Ihering) Von Gierke, Ehrlich, Geny, Duguit, Holmes, Pound, Kantorowicz y el movimiento del Derecho libre, los realistas jurídicos (norteamericanos o escandinavos) o los juristas de inspiración marxista (tanto el socialismo jurídico de Menger o Renner como el marxismo soviético) suponen diversos intentos por incorporar el conocimiento social (o cierto tipo de conocimiento social) al saber jurídico tradicional, para desplazar a este último, o bien integrarlo con ese saber social, y construir, por lo tanto, lo que cabría llamar una teoría social del Derecho.

Ahora bien, después de la Segunda Guerra Mundial, cuando la sociología del Derecho alcanza, podríamos decir, el rango de una ciencia más o menos madura (en la que existe tanto una teoría sociológica —sobre el Derecho— como una serie de investigaciones empíricas sobre fenómenos jurídicos), el modelo que parece haber prevalecido no es el de la integración (entre la tradición formalista-normativista y los saberes sociales sobre el Derecho), sino el de la separación. De manera que hoy existe no solo una sociología jurídica, sino también una historia del Derecho, una antropología jurídica, una psicología jurídica, etc., que, sin embargo, tienen muy poca incidencia en el tipo de saber jurídico que siguen cultivando los juristas (en la dogmática jurídica y en la teoría general del Derecho¹). Y a esa separación o duplicación de saberes sobre

1. La Historia del Derecho es un caso un tanto especial, pues se trata de una disciplina cultivada prácticamente de manera exclusiva por los juristas. Pero su incidencia en

el Derecho han contribuido factores muy variados, entre los que se encuentran los de índole intelectual; pues, de hecho, el modelo de la separación entre sociología del Derecho y ciencia del Derecho es el que, desde el campo de la sociología, defendió Max Weber (para muchos, el verdadero fundador de la sociología del Derecho) o, desde la teoría del Derecho, los dos autores más influyentes en las décadas centrales del siglo XX: Hans Kelsen y Herbert Hart. Pero también los que podríamos llamar factores materiales y que vienen a corresponderse con los que —como antes veíamos— señalaba Weber para explicar el desarrollo de la ciencia jurídica del XIX. Se trata del nuevo modelo de Estado de Derecho —el Estado social o Estado del bienestar— que aunque supone, como es obvio, cambios muy importantes con respecto al anterior, sin embargo, no parece haber exigido una estructuración completamente nueva de la práctica jurídica y de los saberes jurídicos; si se quiere, las exigencias del Estado del bienestar han llevado a introducir en el Derecho algunos elementos de lo que Weber llamaba «racionalidad material», pero el positivismo normativista ha mostrado ser una concepción funcional para los juristas que operaban en el contexto de los sistemas jurídicos de ese tipo de organización social. De manera que, al igual que los sociólogos del Derecho (y los otros científicos sociales interesados por el Derecho) no han mostrado, salvo excepciones, mucho interés por lo que se producía en el campo de la teoría del Derecho (este último rótulo ha tendido progresivamente a sustituir al de filosofía del Derecho), otro tanto ha ocurrido por parte de los teóricos del Derecho positivistas, los seguidores de Kelsen y de Hart, que se han ocupado básicamente en «analizar» el lenguaje jurídico y en elaborar los conceptos que estructuran ese lenguaje, pero no en dar cuenta del Derecho como fenómeno social e histórico.

Resulta por ello (y de nuevo) bastante explicable que, cuando ese modelo del Estado del bienestar entra en crisis (en las últimas décadas del siglo XX), hayan surgido también diversos movimientos que, de una u otra forma, defienden la necesidad de un nuevo paradigma en la construcción de la teoría del Derecho. Es, yo creo, lo que subyace al post-positivismo, al neoconstitucionalismo, incluso a diversas variantes del positivismo jurídico, o a una serie de autores del mundo anglosajón (los nombres más significativos podrían ser los de Cotterrell, Twining, Tamanaha o Galligan) que últimamente han lanzado una advertencia que ha tenido un cierto eco. Se trata de insistir en la necesidad de que la teoría del Derecho dominante (de inspiración fundamentalmente positivista y analítica) corrija su rumbo «formalista» en el sentido de incorpo-

las dogmáticas y en la teoría general del Derecho, al menos en los últimos tiempos, no parece ser muy relevante.

rarse el saber social disponible sobre el Derecho y de dar cuenta así de las transformaciones que nuestros Derechos han sufrido en los últimos tiempos (sobre todo, como consecuencia de la globalización), si es que no quiere verse relegada a la irrelevancia.

Pienso que se trata de una advertencia más que justificada, pero, al mismo tiempo, quizás convenga hacer alguna precisión al respecto, al menos por lo que se refiere a algunas de las interpretaciones que se han hecho de esos planteamientos. Por ejemplo, en España, Manuel Calvo (*vid.* Calvo, 2012) ha tenido el mérito —haciéndose portavoz, en cierto modo, de esa tendencia— de insistir en los últimos tiempos en la necesidad de introducir un enfoque que llama «socio-jurídico» en la teoría del Derecho. Pero me parece que hay ciertas matizaciones que efectuar aquí.

La primera es que, como se acaba de señalar, ese enfoque es bastante menos novedoso de lo que a veces se piensa (de lo que Calvo da en ocasiones a entender), y las dificultades para su implantación obedecen a causas complejas; quizás sea esa complejidad lo que explique que la responsabilidad de esa situación de separación no pueda atribuirse en exclusiva a los cultivadores de la teoría del Derecho *stricto sensu*, sino que —cabría decir— en buena medida se trata de una responsabilidad compartida. No hay que olvidar que los primeros «sociólogos» (los padres fundadores de la sociología) manifestaron una actitud bastante hostil hacia el Derecho: es el caso de Saint-Simon, de Comte y de Marx. Y que la remoción de los obstáculos teóricos, por parte de los juristas, para la construcción de una sociología del Derecho (la mencionada «revuelta contra el formalismo»), viene a coincidir con un cambio de perspectiva que se produce también en el campo de la sociología: tanto en la obra de Durkheim como en la de Spencer o en la de Tönnies, el Derecho juega un papel destacado, de manera que, en estos últimos autores (la generación de sociólogos que sigue a la de los fundadores), la sociología del Derecho viene a ser una parte de su sociología general (*vid.* Treves, 1988). Y, por lo demás, hoy sigue abierta (el propio Calvo lo señala) una contraposición en cuanto a la manera de entender la sociología jurídica, que quizás no tenga una fácil solución. Pues mientras que los sociólogos tienden a configurarla como una sociología *del* Derecho, esto es, como una rama particular de la sociología y que cumpliría funciones esencialmente cognoscitivas, los juristas están interesados más bien en elaborar una sociología *en el* Derecho, en cuanto instrumento útil en la tarea de elaborar y de aplicar un sistema de Derecho positivo. Se puede tratar de eliminar ese dilema y propugnar también en este caso un enfoque integrador, interdisciplinar, pero se corre el riesgo de que todo ello se quede en una vaga apelación a términos prestigiosos que, si no se precisan adecuadamente (y no es fácil hacerlo), cumplan inclu-

so una función negativa: banalizar una tradición de pensamiento y de práctica del Derecho, sin duda limitada pero de ninguna manera inútil, para no poner nada en su lugar.

Con todo, la matización que me parece más importante que habría que introducir en el planteamiento de Calvo es que la teoría del Derecho dominante en los últimos tiempos (lo que él llama «el modelo jurídico liberal») es mucho menos homogénea y bastante más compleja de lo que da a entender. Por ejemplo, no me parece que sea cierto, como él afirma, que la teoría positivista y analítica niegue «la condición de Derecho a cualquier sistema jurídico de base consuetudinaria» (Calvo, 2012, 35); basta con recordar que la propia regla de reconocimiento hartiana (o sea, el criterio de identificación del Derecho), para no pocos iusteóricos de esa tradición, vendría a ser precisamente una norma consuetudinaria; y tampoco hay que olvidar que existe un buen número de teóricos del Derecho de tendencia positivista y analítica (pongamos dos ejemplos de autores destacados de esa tradición: Francisco Laporta [2005] y Luigi Ferrajoli [2005a]) que sí se han interesado por el Derecho de la globalización y, por lo tanto, por el Derecho que vive fuera del Estado; otra cosa es que no sean devotos del «pluralismo jurídico», pero esa es otra cuestión. Tampoco me parece que sea acertado acusar a los iusfilósofos analíticos de incurrir en planteamientos esencialistas o de pretender construir un concepto de Derecho que califiquen de «verdadero». Me parece que Calvo podría cometer en relación con esto dos errores: uno es el de incurrir en una generalización precipitada, pues que un autor de esa tradición, como Raz, hable en ciertos contextos de «verdad» (*vid.* Calvo, 2012, 44), no quiere decir que todos los otros hagan lo mismo; no todos los iusanalíticos positivistas comparten el concepto de Derecho de ese autor. Y otro error es que Calvo no parece reparar (pero tendría que hacerlo, precisamente para no incurrir en «esencialismo») en que se puede hablar de «verdad» —se habla de hecho— en sentidos muy distintos, algunos de los cuales no tienen nada que ver con lo que normalmente se entiende por esencialismo. Y, por lo demás, yo creo que somos muchos los que hemos aprendido a identificar y a evitar el esencialismo (el esencialismo lingüístico o conceptual que subyace a las famosas «naturalezas jurídicas») en la teoría del Derecho, precisamente gracias a la lectura de textos de autores inequívocamente positivistas y analíticos, como Genaro Carrió o Eugenio Bulygin.

Igualmente, me parece que es equivocado afirmar que los iusfilósofos analíticos muestran una «dependencia» en relación con lo que Calvo llama «los planteamientos nucleares del formalismo jurídico y el método lógico deductivo» (p. 44). Aquí conviene de nuevo insistir en que una cosa es el «formalismo jurídico» en el sentido de un estudio del Derecho que deja fuera sus componentes sociales e históricos y se cen-

tra en lo que cabe llamar «formas» jurídicas, esto es, los conceptos: los conceptos más abstractos del Derecho. Y otra el «formalismo jurídico» en cuanto manera de entender la aplicación e interpretación del Derecho. En este segundo sentido, ninguno de los grandes positivistas del siglo XX ha sido un autor formalista. Y quizás menos que nadie, Kelsen, que en uno de los escritos de su última época (*vid.* Kelsen y Klug, 2008) llegó a sostener que la lógica no se aplica a las normas. Por lo demás, es simplemente falso que la mayoría de los iusfilósofos analíticos piense que el único método que tiene aplicación en el Derecho es el de la lógica deductiva. Y no conviene olvidar tampoco que el desarrollo en las últimas décadas de la teoría de la argumentación jurídica (cuya característica central es precisamente la no reducción de la argumentación a deducción lógica) está sin duda muy vinculado con la iusfilosofía analítica. Y, en fin, yo creo que tampoco tiene mucho sentido atribuir a la «ideología jurídica liberal» un concepto general de Derecho que vería en el mismo «un conjunto de normas explícitas, producidas por el Estado, cuya validez se produce a partir de un reconocimiento autorreferencial» (Calvo, 2012, 41); ni reprochar a los autores pertenecientes a esa tradición no tomar en consideración los «objetivos específicos», las «políticas» o las «pautas de orientación para alcanzar los fines e intereses generales establecidos en la legislación» (p. 38). Es, por el contrario, bastante evidente que todo ello constituye uno de los centros de discusión de la teoría del Derecho dominante desde la década de los setenta; que el autor que más ha contribuido a esa discusión es Ronald Dworkin, al que no cabe calificar de positivista, pero, desde luego, sí que forma parte del «modelo jurídico liberal»; y que, como consecuencia de ese debate, hoy puede considerarse un rasgo característico de esa tradición la asunción de que el Derecho está constituido tanto por reglas como por principios (al igual que por otros tipos de enunciados que no son ni reglas ni principios: como las definiciones o los enunciados valorativos). Naturalmente, existen diversas maneras de entender los diversos tipos de normas o de enunciados jurídicos y sigue habiendo un debate abierto en relación con el peso que atribuir a cada uno de ellos. Existe también una discusión abierta en relación con las excepciones (implícitas) a las normas o con el uso del método ponderativo. Pero no creo que sean muchos los que piensen (como parece suponer Calvo) que el único tipo de norma jurídica existente en nuestros sistemas sean las «reglas a cumplir a rajatabla» (Calvo, 2012, 38).

En todo caso, como antes decía, es cierto que la teoría del Derecho contemporánea, con las excepciones que ahora veremos, se ha construido demasiado a espaldas de los saberes sociales sobre el Derecho, y que eso ha llevado también a que se desentendiera de la problemática de la transformación social.

2. EL POSITIVISMO JURÍDICO Y LA IDEOLOGÍA DE LA SEPARACIÓN

Pues bien, por lo que se refiere a los autores positivistas, el no haberse planteado (hablando en términos generales) esa cuestión deriva fundamentalmente de considerar al Derecho exclusiva o fundamentalmente como un conjunto de normas (y no como una práctica social) y de entender la teoría del Derecho (lo que, al menos en parte, parece ser una consecuencia de lo anterior) como una empresa con funciones descriptivas y explicativas, pero no normativas. O sea, lo que podría llamarse el «escepticismo jurídico» de los autores iuspositivistas consiste en haberse desentendido en su trabajo teórico de las funciones sociales que pueda desempeñar el Derecho, de manera que la filosofía del Derecho, simplemente, queda al margen de la problemática que aquí nos interesa.

Esto es algo bastante obvio en relación con el normativismo kelseniano. El propósito de la teoría pura es doble: separar las normas de los hechos y, por tanto, la ciencia jurídica (la dogmática o la teoría general del Derecho), como ciencia normativa, de las ciencias de hechos, de las ciencias empíricas; y distinguir el Derecho de la moral y, por tanto, la ciencia jurídica de la ética (entendida como ciencia de la moral). Como es bien sabido, no es que Kelsen negara la posibilidad de una sociología jurídica (o, en general, del saber social referido al Derecho), sino que consideró que esa(s) disciplina(s) debía(n) estar estrictamente separadas de la teoría o filosofía del Derecho. Y en relación con la ética su postura fue aún más radical, puesto que Kelsen consideró que sobre la justicia (en el sentido de la justicia normativa) no cabe un discurso racional. De manera que la pregunta por el papel transformador del Derecho no puede ni siquiera (desde el punto de vista de su teoría) plantearse; y si se planteara (pero entonces ya no estaríamos en el marco de la teoría pura) no podría contestarse racionalmente; mejor dicho, podría quizás señalarse qué modificaciones habría que introducir en el sistema jurídico si se desea producir ciertos efectos sociales, pero esos efectos, esos fines, no podrían propiamente justificarse.

Y esa ideología de la separación (que supone desentenderse —como decía— de la posible función transformadora del Derecho) está también presente, aunque con menos fuerza, en el otro gran modelo de positivismo normativista del siglo xx: el de Hart. En *El concepto del Derecho* hay un célebre fragmento (en el «Prefacio») en el que el autor dice que el libro puede verse como «un ensayo de sociología descriptiva» (Hart, 1980, XI), pero, como muchos comentaristas han sostenido (*vid.*, por ejemplo, Cotterrell, 2003), esa frase no significa lo que su sentido literal parece sugerir. Postema, por ejemplo, ha escrito recientemente (2015), que la teoría hartiana y, en general, la teoría del Derecho an-

glosajona del siglo XX tuvo un carácter esencialmente «insociable» y que, en ese sentido, puede considerarse como una continuación de la *Analytical Jurisprudence* austiniana. Se trata de una teoría del Derecho —una *Jurisprudence*— basada en una actitud «separatista», puesto que su rasgo más distintivo es el empeño por separar esa disciplina de los otros saberes sociales y en ver el Derecho no propiamente como una práctica social, sino, precisamente, como un conjunto de normas: el que la «clave» de la Jurisprudencia se vea en la noción de mandato —Austin—, o bien en la unión de las normas primarias y secundarias —Hart— no cambiaría mucho las cosas a este respecto. Por otro lado, como es bien sabido, en el debate que Hart tuvo con Dworkin a propósito del Postfacio a *El concepto de Derecho*, la diferencia (o, al menos, una de las más importantes diferencias) entre ellos fue que Hart sostenía que la teoría del Derecho debía concebirse como una disciplina puramente descriptiva, mientras que para Dworkin tenía fundamentalmente un carácter normativo. Hart, como también sabemos, tuvo una posición activa para cambiar algunos extremos del Derecho británico de la época (como las normas que reprimían las relaciones homosexuales entre adultos; Kelsen, por cierto, también contribuyó a cambios tan importante como la introducción de los tribunales constitucionales de tipo europeo), pero no parece que él considerara (como tampoco Kelsen) que esos escritos formasen parte de su teoría del Derecho. Si se quiere decirlo de otra manera, tanto Kelsen como Hart tuvieron opiniones políticas progresistas y asumieron como intelectuales el compromiso de contribuir a modificar el Derecho y las relaciones sociales, pero eso quedaba al margen de su concepción de la filosofía del Derecho.

3. ¿UNA EXCEPCIÓN DENTRO DEL POSITIVISMO JURÍDICO? A PROPÓSITO DE LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO DE WILLIAM TWINING

Esa actitud «separatista», así como la tendencia a considerar el Derecho exclusiva o fundamentalmente como un conjunto de normas sigue siendo, me parece, un rasgo común de los iuspositivistas de nuestros días, y de ahí que en lo que puede considerarse como la corriente dominante de la filosofía del Derecho de las últimas décadas (el iuspositivismo analítico) la cuestión de si la filosofía del Derecho puede contribuir a la transformación social está, simplemente, fuera de la agenda de los temas que se considera de interés tratar.

Pero hay algunas excepciones a lo anterior. Una de ellas, creo que la principal en el contexto de la iusfilosofía anglosajona, sería la de William Twining, si bien no es tan claro que pueda calificarse a este autor como un iuspositivista por lo que enseguida se dirá. Y, por lo demás, la

visión del Derecho que trato de defender en este libro está muy próxima a lo que podríamos considerar como la concepción jurídica de fondo de la obra de Twining.

Empecemos, pues, con lo del positivismo jurídico. Twining considera que esa etiqueta «no es muy informativa» (Twining, 2009a, 723), y que él no sería un positivista «si se entiende en el sentido de una perspectiva amoral, indiferente a la moralidad o cientificista» (p. 722). Pero el caso es que él sí afirma ser iuspositivista en el sentido en el que normalmente se usa esa expresión; o sea, Twining defiende tanto la tesis de las fuentes sociales como la de la separación entre el Derecho y la moral, aunque lo haga de una manera algo peculiar:

[E]stoy dispuesto a aceptar el rótulo de positivista jurídico en la tradición de Bentham, Hart, Llewellyn y MacCormick. Suscribo una versión de la tesis de la separabilidad, esto es, que en algunos contextos es útil por claridad de pensamiento mantener una distinción entre el Derecho como es y el Derecho como debería ser. Probablemente cuente como un positivista débil [pero aclara que no en el sentido del llamado *soft-positivism*], en cuanto acepto que hay algunos contextos en los que una distinción tajante entre «es» y «debe» no cabe —por ejemplo, en algunos tipos de argumentación sobre cuestiones de Derecho y cuestiones de hecho— (Twining, 2009, 126).

Y poco después, añade:

Para mí, el punto crucial es de vocabulario: para entender el Derecho se necesita incluir ideales y aspiraciones, por un lado, y lo que realmente sucede, por el otro. Necesitamos tener vocabularios para ambas cosas: aspiración y realidad, y eso requiere una distinción entre debe y es en algunos contextos (p. 127).

Ahora bien, ¿supone lo anterior una adhesión al positivismo jurídico, a lo que normalmente entendemos por tal? Yo tengo —como antes decía— algunas dudas. Twining dice aceptar alguna versión de la tesis de la separación y de la tesis de las fuentes sociales, pero no me parece que eso sea suficiente para calificar como iuspositivista una concepción del Derecho. En cuanto a la tesis de las fuentes sociales, porque creo que la misma apenas tiene significado, dado que la naturaleza social e histórica del Derecho es algo que hoy nadie está dispuesto a cuestionar. Y por lo que se refiere a la otra tesis, la de la separación entre el Derecho y la moral, porque, tal y como la entiende Twining, me parece que la misma le sitúa más cerca del postpositivismo que del positivismo de los autores que componen la línea que él dice seguir (Bentham, Hart y Llewellyn —luego me referiré al caso de MacCormick—), quizás con la excepción de los escritos del Llewellyn de la última época (y que —con-

viene recordarlo— este último no era un positivista normativista, sino un realista de un tipo también un tanto especial). Y digo esto porque el postpositivismo, como ya antes he señalado, no se caracteriza por sostener que, en cualquier contexto de que se trate, sea imposible mantener la separación entre el Derecho y la moral, entre el ser y el deber ser del Derecho. Es obvio —creo yo— que los autores a los que englobamos bajo esa etiqueta (y que nada o muy poco tienen que ver con los llamados «neoconstitucionalistas» —*vid.* anteriormente cap. V—) lo que pretenden decir es que esa separación (en particular, en el contexto de los Derechos del Estado constitucional) no puede establecerse, al menos de una manera general; no puede establecerse, por ejemplo, a propósito de la identificación y de la interpretación del Derecho. ¡Pero esto último es precisamente lo mismo que defiende Twining!

Por lo demás, es cierto que una teoría del Derecho como la de Dworkin está básicamente (quizás excesivamente) orientada hacia el participante y que, en ese sentido, la concepción de este último «difícilmente es aplicable a los asesores fiscales, a los abogados de parte, a los disidentes y a algunos otros operadores de un sistema jurídico» (Twining, 2009a, 723), de manera que puede considerarse como una teoría que no incluye al conjunto de los fenómenos jurídicos; al igual que también es cierto que a veces Dworkin llega a coquetear (como en *Justice for Hedgehogs*) con la idea de que el Derecho es simplemente una rama de la moralidad política. Pero en términos generales, yo tengo la impresión de que la concepción del Derecho de Twining está bastante más cerca de la de Dworkin que de la de Hart. Y, en relación con MacCormick, aunque seguramente hay también mucho de cierto en lo que Twining subraya al respecto, esto es, que el abandono del positivismo jurídico inicial (de inspiración hartiana) en las últimas obras del iusfilósofo escocés, hay que interpretarlo «más como un cambio de énfasis que como un cambio radical» (Twining, 2009a, 727), parece también indudable que el pensamiento que sobre el Derecho tuvo MacCormick en su última época no era positivista (sino muy afín al de Dworkin o al de Alexy), con independencia de si alguna vez había sido un iuspositivista en un sentido estricto de la expresión. ¿Y no puede extenderse este juicio sobre MacCormick al caso del propio Twining, de acuerdo con lo que este último nos dice? He aquí sus palabras: «Si admitiera que tengo una teoría general del Derecho, esta sería bastante cercana a su [de MacCormick, a quien considera «un alma gemela»] concepción de un orden normativo institucionalizado» (Twining, 2009a, 727).

Ahora bien, si las cosas son así, lo que habría que preguntarse es por qué Twining insiste (con las precisiones que hemos visto) en seguir considerándose básicamente como un autor iuspositivista. Y la única respuesta que a mí se me ocurre es que ello podría deberse (no sería tam-

poco el único caso²) a la determinación de mantenerse leal a quienes fueron sus maestros (sobre todo, al primero de ellos, Herbert Hart) junto con el temor de que el abandono del positivismo jurídico pudiera suponer también una pérdida de rigor conceptual y dificultades para abordar adecuadamente los problemas jurídicos. Los dos pasajes que siguen (tomados de una entrevista de 2009) son, me parece, indicios bastante elocuentes de lo que quiero decir:

El que me convirtiera en un jurista se debió enteramente a Hart. Al principio fui un discípulo incondicional suyo. Más adelante, nuestra relación fue ambivalente. Siempre he reconocido el valor del análisis conceptual y he respetado enormemente la inteligencia de Hart —de hecho me intimidaba—, pero no pasó mucho tiempo para que sintiera que algo faltaba [...] él se sentía desconcertado y defraudado por mi entusiasmo hacia Karl Llewellyn (Twining, 2009a, 714).

Y, más adelante:

Llewellyn y yo congeniábamos bastante bien: sentía gran curiosidad por mi interés en África [Twining nació en Uganda en 1943] y consideraba como un reto mi lealtad a la teoría del Derecho hartiana (p. 717).

Y el otro pasaje es este:

También comparto con Hart la idea de que uno no debería contemplar los fenómenos jurídicos de forma romántica: «[L]a identificación del significado central del Derecho con lo que es moralmente legítimo, en tanto está orientado hacia el bien común, me parece, dado el espantoso antecedente del uso perverso del Derecho 'para la opresión', una perspectiva desequilibrada y una distorsión tan grande como la visión marxista opuesta que identifica el aspecto central del Derecho con la búsqueda de intereses de una clase económica dominante»³. Sin embargo, las distinciones nítidas entre ser y deber ser, entre Derecho y moral son conceptualmente problemáticas y, a mi juicio, no se sostienen en algunos contextos. Por ejemplo, estas distinciones no se pueden mantener en las cuestiones de Derecho en los casos difíciles; incluso en la determinación de los hechos no todas las «cuestiones de hecho» están desprovistas de valores. De manera similar, mientras que las distinciones entre observador y participante son útiles, también pueden ser problemáticas (p. 722).

2. Algo semejante ocurre en España, me parece, con Josep Joan Moreso. Sobre esto puede verse mi comentario a algunos planteamientos de Moreso en un libro, *El razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza* que aparecerá próximamente en la editorial Palestra, Lima.

3. La referencia es a un texto de Hart de 1983.

En todo caso, la concepción del Derecho y de la teoría del Derecho que Twining ha defendido, en particular en sus últimas obras (me refiero a *Globalization and Legal Theory* [2000] y a *General Jurisprudence* [2009]), se caracteriza por su propósito de ir más allá de la corriente positivista y analítica dominante. Twining es, en este sentido, una notable excepción dentro del panorama angloamericano contemporáneo. Él ha tratado de abrir la teoría del Derecho hacia la filosofía moral y política, pero también hacia el Derecho comparado y hacia las ciencias sociales. Reivindica un concepto amplio de Derecho que abarque no solo al Derecho estatal y al Derecho internacional público en su sentido clásico (el que regula las relaciones entre los Estados), que son las dos únicas experiencias jurídicas consideradas en general por los positivistas del siglo XX (por Kelsen o por Hart), sino también diversos fenómenos de pluralismo jurídico (*infra-* y *supraestatal*). Y es agudamente consciente de que el fenómeno de la globalización supone un verdadero reto para la teoría del Derecho, la cual solo podrá seguir siendo considerada como una tradición cultural relevante si es capaz de adaptarse a la nueva realidad.

Para decirlo de una manera sintética, Twining distingue dos maneras fundamentales de entender el Derecho que vienen a corresponderse con las dos grandes ideas del Derecho, como sistema de normas, o bien como práctica social, a las que he hecho referencia en varias ocasiones. Y él se adscribe sin ninguna duda a esta segunda concepción, como puede leerse, entre otros lugares, en el capítulo de conclusiones de su *General Jurisprudence*:

El alcance y la naturaleza de estos temas [los de la *Jurisprudence* o teoría general del Derecho] han sido discutidos desde hace mucho tiempo desde perspectivas distintas que caen dentro de dos campos con variaciones internas: una visión estrecha que trata el Derecho como doctrina —reglas, principios, conceptos y sistemas de reglas— y una visión más amplia, que va más allá de la doctrina para incluir prácticas sociales, instituciones, procesos y personal, del mismo modo que reglas. Este libro adopta una concepción amplia del Derecho como una forma de práctica social institucional como su concepto organizador (Twining, 2009, 443).

Todo ello le lleva, en fin, a subrayar la importancia que tiene el Derecho en nuestras sociedades y a cuestionarse sobre el papel que el Derecho puede jugar a la hora de eliminar lo que él considera como «un escándalo y una tragedia», esto es, que «más de la mitad de la humanidad viva y muera en condiciones de pobreza radical» (Twining, 2009, 324), cuando eso podría ser fácilmente evitable. Twining se ha interesado, por ello, por la temática del Derecho y el desarrollo, y ha construido «cinco tipos ideales» que pretenderían dar cuenta de las «asunciones y

percepciones acerca de la importancia del Derecho en el desarrollo derivadas tanto de la literatura contemporánea como de mi [de Twining] propia experiencia en este amplio y confuso campo» (p. 324). Esos modelos o categorías se solapan entre sí, y afirmarían, cada uno de ellos, lo siguiente:

(a) el Derecho solo es importante en la medida en que contribuye a las condiciones para el desarrollo; más allá de eso, como el agua en el matrimonio, su papel es incidental, contingente y ampliamente no-interesante; (b) el Derecho es importante porque el Estado de Derecho (legalidad formal) es importante; (c) el Derecho es importante principalmente porque provee las estructuras y los procesos para asegurar el funcionamiento eficiente del libre mercado; (d) en adición a (a) —y posiblemente (b) y (c)— el Derecho es importante en varios niveles y en formas necesarias para constituir, estructurar y regular prácticas y procedimientos que permitan desarrollar tareas (perspectiva multifuncional); d) el desarrollo humano es ampliamente un asunto de lograr derechos humanos y el Derecho es un elemento crítico en las aproximaciones al desarrollo basadas en derechos (Twining, 2009, 324-325).

Pues bien, Twining analiza cada uno de esos modelos (que —es importante insistir en ello— no son excluyentes entre sí) con cierto detalle y lo pone en conexión con los llamados «Objetivos para el Desarrollo del Milenio» que, como se sabe, fueron fijados por Naciones Unidas en septiembre del año 2000. Se trata de los ocho objetivos siguientes (que incluyen 17 metas más específicas; su cumplimiento tendría que haberse producido en 2015): 1) erradicar la pobreza extrema y el hambre; 2) lograr la enseñanza primaria universal; 3) promover la igualdad entre los sexos; 4) reducir la mortalidad de los niños menores de 5 años; 5) mejorar la salud materna; 6) combatir el VIH/SIDA, la malaria y otras enfermedades; 7) garantizar la sostenibilidad del medio ambiente; 8) fomentar una alianza mundial por el desarrollo. Y llega a la conclusión de que el papel que en relación con ello puede cumplir el Derecho es discreto pero significativo:

En 1966 Barbara Ward, que sirvió de inspiración a Mahbub Ul Haq y a Amartya Sen, entre otros, argumentó que ya disponíamos de los recursos tecnológicos para erradicar la pobreza del mundo y que lo que se necesitaba era una visión moral de la humanidad como una comunidad. Desde entonces la historia del «desarrollo» ha sido desigual y con frecuencia desgraciada. La tecnología ha progresado, el mundo se ha vuelto más interdependiente, los «Objetivos para el desarrollo del Milenio» sugieren que hay una unidad moral, o al menos un consenso muy amplio, acerca de las necesidades básicas. Lo que todavía falta es voluntad política firme por parte de los dirigentes de los países pobres al igual que de los países ricos, respalda-

ría, en definitiva, con pretensiones emancipadoras y crítica con respecto a la práctica real (*vid.* Atienza, 2008b, 164).

Ahora bien, comparto ampliamente el proyecto político de Ferrajoli; o sea, estoy completamente de acuerdo en que de lo que se trata es de construir una teoría del Derecho que contribuya en la mayor medida posible a la satisfacción de los derechos fundamentales de la gente; y no creo que haya muchas diferencias entre nosotros dos en cuanto la determinación de cuáles serían esos derechos (cómo deberían interpretarse). A pesar de lo cual me parece —y esta ha sido siempre mi discrepancia con él desde hace bastantes años— que esos objetivos no pueden lograrse (o no de una manera satisfactoria) dentro de su teoría, pues la misma adolece de dos defectos de notable entidad: su vinculación al positivismo jurídico, lo que significa adoptar una idea del Derecho excesivamente pobre y que, en el fondo, supone reducirlo a su dimensión autoritativa; y su empeño en rechazar el objetivismo moral, lo que le lleva a una paradoja que supone toda una carga de profundidad contra su teoría y que en más de una oportunidad he tenido ocasión de señalar: el *leitmotiv* de su obra consiste en la defensa (la protección y garantía) de los derechos *fundamentales* que, sin embargo, no pueden en sentido estricto (moral) *fundamentarse* (Atienza, 2016d). Dicho de otro modo, para que pudiera desplegar toda su potencialidad, la teoría de Ferrajoli tendría que modificarse en los dos sentidos señalados. Hace años lo formulé en la última, la undécima, de mis *Tesis* sobre Ferrajoli:

Ferrajoli ha interpretado el constitucionalismo de nuestros días en clave positivista y relativista. De lo que se trata es de transformar esa teoría en el sentido de superar los dos anteriores postulados, lo que haría posible integrarla en el contexto de una concepción amplia y unitaria de la razón práctica (Atienza, 2008c, 216).

Por lo que se refiere al positivismo jurídico, creo que su reciente reconocimiento (antes mencionado) de que el Derecho tiene una dimensión valorativa y que está encaminado a lograr ciertos fines y valores podría verse como un paso en la dirección hacia el postpositivismo, esto es, hacia una idea del Derecho que vea en el mismo no solo un sistema de normas, sino también, fundamentalmente, una práctica social. Pero me temo que se trata de un paso demasiado corto, pues esa afirmación la efectúa Ferrajoli, por así decirlo, desde una perspectiva externa; o sea, lo que él quiere decir, me parece, es que una de las funciones del Derecho (en el plano, digamos, de la sociología del Derecho) es lograr ciertos fines y valores, pero eso no afecta a la construcción de la teoría, esto es, a su tesis positivista, anclada en la separación estricta (a la hora de identificar el Derecho o de interpretarlo) entre el Derecho y la moral.

En efecto, el Derecho para Ferrajoli, si no exclusivamente, al menos de una manera muy esencial, consiste en un conjunto de normas (y, más específicamente, de *reglas*) emanadas de la autoridad. Como se ha visto, un punto fundamental de su concepción es el reconocimiento de una dualidad interna en el Derecho de los Estados constitucionales, lo que guarda cierta analogía con los planteamientos de autores como Dworkin, como Alexy o como Nino y, en general, con las tesis postpositivistas a las que muchas veces me he referido: entender el Derecho no solo como un sistema de normas, sino como una práctica social (Atienza, 2008b, 144 ss.). Pero hay una diferencia de notable importancia y que radica en el hecho de que esos dos elementos, en el caso de Ferrajoli, tienen un carácter autoritativo, o sea, hacen referencia a normas, a distintos tipos de normas, emanadas por la autoridad: bien se trate de la autoridad constituyente o de las autoridades constituidas. Y eso tiene como consecuencia, en mi opinión, que la manera como Ferrajoli aborda diversas cuestiones centrales de la teoría del Derecho no permite que esa teoría pueda jugar un papel de transformación social, o bien que lo limite en una forma que a mí me parece injustificada.

La mayor dificultad, en mi opinión, proviene de la manera de entender la relación entre el Derecho y la moral y de su empeño por situar la moral *exclusivamente* como una instancia *externa* al Derecho, pues eso le impide darse cuenta del fenómeno (y sacar las consecuencias prácticas que ello supone) de la «moralización» de nuestros Derechos. O sea, las nuestras no son solo constituciones rígidas, sino también constituciones que incorporan en gran medida una moral justificada y eso tiene consecuencias —teóricas y prácticas— de largo alcance. De manera que sí que es posible criticar al Derecho desde dentro, como Ferrajoli subraya, pero esa crítica no puede llevarse a cabo satisfactoriamente (no puede desplegar todas sus virtualidades) si se prescinde de la dimensión de la moralidad interna del Derecho. La tarea tanto de identificar el Derecho como de interpretarlo (o sea, de establecer qué es lo que tal Derecho establece en relación con tal cuestión), en definitiva, es una tarea que, en parte, involucra un razonamiento de tipo moral. Pero esto es lo que Ferrajoli niega.

Conviene aclarar, de todas formas, que mi última afirmación no supone (como ya lo he señalado repetidamente en este libro) que el razonamiento jurídico sea sin más un tipo de razonamiento moral y que, en definitiva, Derecho y moral terminen por fundirse, de manera que se perderían, por así decirlo, las señas de identidad del Derecho. Lo que implica es que la argumentación jurídica no puede reducirse, como en el fondo sostiene Ferrajoli, a argumentación de tipo lógico: a una combinación de lógica deductiva (el silogismo judicial) y de inducción (para dar cuenta del argumento probatorio). El campo de la argumentación

jurídica va mucho más allá y de ahí que me parezca que la manera de abordar esta problemática (crucial para lograr que el Derecho pueda cumplir funciones de transformación social) por parte de Ferrajoli resulta claramente insuficiente (Atienza, 2016d, 9 ss.). Es cierto, como antes decía, que Ferrajoli ha escrito recientemente que él no está en contra de ninguna de las diversas teorías de la argumentación jurídica y que su única discrepancia es en relación con la tesis de ponderación de principios (Ferrajoli, 2016, 132). Pero este último no es precisamente un aspecto irrelevante. Y, por lo demás, el hecho de que en la concepción de Ferrajoli la perspectiva argumentativa del Derecho no juegue un papel relevante es un dato bien significativo de otras carencias.

Por ejemplo, de su tendencia a identificar el Derecho prácticamente con las reglas y a infravalorar el papel de los principios, lo que le lleva a no poder dar cuenta adecuadamente del problema de los conflictos entre derechos que, aunque pueden tener lugar en menos ocasiones de lo que a veces se supone (en esto se le puede dar la razón a Ferrajoli), no cabe duda de que es un fenómeno de considerable importancia y que no puede comprenderse sin acudir a la ponderación, o sea, a un procedimiento argumentativo (*vid.* el capítulo VI de este libro) que no hay por qué desterrar al campo de la irracionalidad y de la arbitrariedad. Es cierto, por lo demás, que en algunos de sus últimos escritos Ferrajoli ha desarrollado una noción de equidad (noción que siempre ha estado presente en su obra) que se aproxima un tanto a la de ponderación (él habla incluso ahora de «equidad ponderativa»), pero su idea de que en la ponderación no se «pesan» normas, sino circunstancias fácticas me parece insostenible y creo que la razón de ser de la misma no es otra que su afán por negar que la jurisdicción pueda suponer creación de Derecho (Atienza, 2016d, 106 ss.).

Precisamente, la forma como Ferrajoli entiende la interpretación y la jurisdicción constituye, en mi opinión, uno de los elementos más débiles de su teoría. Ello se debe, en parte, a los presupuestos teóricos que suscribe y que, como digo, me parecen equivocados, pero quizás también a que su manera de entender el Derecho está excesivamente condicionada por su perspectiva de penalista. Así, puede entenderse que se defienda una teoría muy restrictiva de la interpretación y encaminada a limitar al máximo —a impedir— que el juez penal pretenda innovar el Derecho (lo que significa normalmente ampliar el campo de la ilicitud penal). Pero los principios que han de regir el campo del Derecho penal (y aquí estoy completamente de acuerdo con Ferrajoli: el único Derecho penal justificado es el Derecho penal mínimo) no pueden generalizarse al Derecho en general. En mi opinión, carece de toda justificación negar que la interpretación del Derecho pueda significar en algún caso contribuir al desarrollo del Derecho (y el desarrollo coherente

del Derecho no significa inventarse el Derecho), así como rechazar que los jueces puedan (legítimamente) desempeñar una función creadora si bien, naturalmente, no de la misma manera que el legislador. Aunque pueda resultar un tanto extraño a muchos posibles lectores de este texto (y esto lo digo teniendo en cuenta la enorme influencia de Ferrajoli en muchos tribunales de Latinoamérica), la manera como él entiende la separación de poderes le sitúa muy cerca del formalismo jurídico.

Y, en fin, el positivismo jurídico de Ferrajoli del que ya he hablado le lleva también a caracterizar los derechos fundamentales de una manera que me parece también inadecuada. Para decirlo de manera sintética, Ferrajoli ve en ellos simplemente estructuras normativas y deja de lado su componente moral, valorativo. O sea, él no se ha sumado al giro que en este campo ha tenido lugar en la iusfilosofía analítica desde finales de los años setenta y que consiste en ver los derechos fundamentales (o los derechos humanos) esencialmente como razones o como valores morales, para cuya protección el sistema jurídico instituye una red de relaciones normativas.

Por lo que se refiere al no objetivismo ético (que mucho tiene que ver con lo anterior), los límites de la concepción de Ferrajoli a los que antes me refería siguen estando muy presentes en una de sus últimas obras, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político* (Ferrajoli, 2014). Aquí, Ferrajoli defiende, como lo venía haciendo en sus anteriores escritos, un nuevo paradigma jurídico, el constitucionalismo garantista, que constituye, para él, un modelo teórico y normativo nunca realizado plenamente y que puede sintetizarse en cuatro postulados: el principio de legalidad, o sea, el sometimiento de todos los poderes a normas jurídicas, lo que implica también el sometimiento de la ley a la Constitución; el principio de plenitud deóntica, que supone que los principios constitucionales y los derechos por ellos establecidos requieren de un desarrollo legislativo para que no se produzcan lagunas (la infracción del anterior principio daría lugar a contradicciones); el principio de jurisdiccionalidad, según el cual deben existir, para el caso de vulneración de las anteriores normas, órganos jurisdiccionales sometidos a la ley y solo a la ley; y el principio de accionabilidad que exige que la jurisdicción pueda ser activada por los titulares de los derechos e intereses lesionados y, con carácter complementario y subsidiario, por un órgano público.

Ahora bien, esos cuatro principios (que, como se ha dicho, no han tenido una consagración plena en ningún sistema jurídico) están hoy seriamente amenazados como consecuencia de la progresiva pérdida de poder de lo político en beneficio del mercado, y del consiguiente proceso de deconstitucionalización de nuestras democracias. El proyecto político de Ferrajoli consiste por ello en una serie de medidas que ha-

bría que tomar para revertir esa tendencia y hacer que prevalezcan esos principios, y se sintetiza en la idea de una doble ampliación del paradigma constitucional: en sentido extensional, lo que supone llevar el paradigma a todos los poderes (con la constitucionalización tanto del Derecho internacional como del Derecho privado y comercial); y en sentido intensional, reforzando la garantía de todos los derechos. Se trata de un proyecto político que supone cambios verdaderamente radicales, en mi opinión, completamente justificados. Yo no tengo, pues, ninguna discrepancia con Ferrajoli en relación con los fines que constituyen su proyecto político. Pero sí algunas diferencias en cuanto a su proyecto teórico, una de las cuales, la que ahora importa, tiene que ver con su rechazo al objetivismo en materia moral. El propósito fundamental de toda la obra de Ferrajoli es, sin duda, garantizar (por medios jurídicos) los derechos fundamentales de los individuos (y su lista de derechos es prácticamente coincidente con la mía), pero él considera que no se puede ofrecer propiamente una fundamentación de los derechos fundamentales: «los valores morales y políticos últimos no se demuestran [...] simplemente se eligen, se postulan y se defienden» (Ferrajoli, 2014, 104).

Como ha habido una serie de autores (yo soy uno de ellos) que en los últimos tiempos han criticado el no objetivismo (no cognoscitivismo) de Ferrajoli en materia moral, en el libro al que me estoy refiriendo, el iusfilósofo italiano hace frente de alguna manera a esas críticas.

Empieza para ello distinguiendo dos tipos de objetivismo y de no objetivismo ético. El objetivismo moral fuerte (como el de la Iglesia católica) es el de quienes consideran que existe un mundo objetivo de valores morales y que por eso puede calificarse una tesis moral de verdadera o falsa; y el laico o moderado sería «la concepción racionalista de quien considera que los juicios morales pueden ser tenidos como verdaderos o como falsos según cuenten o no con una justificación adecuada». Del lado del no objetivismo, una es «la concepción escéptica del que entiende que los juicios morales no son argumentables racionalmente» porque son el fruto de opciones subjetivas y emotivas; y otra (la de Ferrajoli) «la concepción racionalista de quien considera que, en último término, los juicios morales no son ni verificables ni refutables, aunque sí argumentables racionalmente a partir de asunciones que son el fruto de opciones subjetivas que, siendo argumentables, no son ni verdaderas ni falsas» (Ferrajoli, 2014, 103). Obviamente, las posturas moderadas (objetivistas y no-objetivistas) están mucho más próximas entre sí que las extremas y Ferrajoli llega incluso a afirmar que «el disenso entre concepciones racionalistas es poco más que terminológico» (pp. 105-106). Pero él pone mucho énfasis también en señalar que solo es posible argumentar si se comparten los valores de fondo, lo que le

lleva a preguntarse «por qué para postular la posibilidad de argumentar racionalmente una tesis moral relativa a principios asumidos como fundamentales, hay que sostener la verdad o la objetividad de la misma» (p. 105). Sin embargo, a pesar de ese intento de aproximación de posturas, él considera que, en todo caso, «el objetivismo y el cognoscitivismo ético, cualquiera que sea el modo como se los formule, son incompatibles con el liberalismo, que excluye que se puedan imponer a quienes no los comparten [...] los juicios morales, cualesquiera que sean» (p. 105). Habría, en definitiva, para él, una implicación lógica entre objetivismo ético e intolerancia, aunque Ferrajoli matiza⁵ que eso no significa «que los objetivistas laicos sean intolerantes» (p. 106). Pero la ética laica no podría basarse en morales objetivistas que, según Ferrajoli, son «inevitablemente heterónomas», sino en el valor de autonomía: «el rasgo distintivo y el fundamento de la ética laica residen en la elección, y por ello en la autonomía de la persona: en no hacer el mal y en hacer el bien, no porque lo quiere Dios o alguna norma o valor objetivo y heterónimo, sino porque se quiere de manera autónoma» (p. 106). Finalmente, también para él (como para Capella; luego lo veremos) los valores no son objetivos, sino convencionales. A diferencia de lo que habría ocurrido en tradiciones filosófico-jurídicas anteriores a la del paradigma constitucionalista, en las que el fundamento axiológico del Derecho era un fundamento no positivo: la Nación, el pueblo, el Derecho natural o la norma fundamental, «el constitucionalismo rígido [el que Ferrajoli defiende] barre todos estos oscuros bajos fondos ideológicos. Las constituciones democráticas, gracias a su rigidez, declaran explícitamente el fundamento a la vez positivo y axiológico del ordenamiento, identificándolo con el pacto constitucional y, más precisamente, con las garantías de los derechos fundamentales estipulados en él como leyes del más débil» (p. 82).

Pues bien, la crítica fundamental que puede hacerse a este planteamiento se condensa, me parece, en la siguiente cuestión: ¿cómo puede servir de «fundamento axiológico» simplemente una convención? Ferrajoli considera que los derechos fundamentales forman parte de aquello que es indecible, de lo que no puede quedar sometido al criterio de las mayorías, ¿pero por qué? ¿Y no hay un error lógico en su argumentación consistente en pasar de la premisa de que no hay (cuando no lo hay) acuerdo de hecho sobre lo que está bien o mal, a la conclusión de que, entonces, no hay criterios morales objetivos sobre lo que está bien o mal; esto es, no hay un paso aquí del ser al deber ser? ¿En qué basa Ferrajoli el valor de la autonomía moral característica, según él, de una

5. Lo matiza porque en alguna ocasión sí que había sostenido una conexión más fuerte entre objetivismo moral e intolerancia.

ética laica? ¿En alguna convención? Si fuera así, ¿por qué tendría que valer para los que están fuera de la convención?

En fin, lo que me parece que, en último término, resulta insatisfactorio en el planteamiento de Ferrajoli es que el Derecho no tendría que vincularse únicamente a la política, sino también a la moral. O sea, en su obra falta una teoría moral (y falta, entre otras razones, porque su no objetivismo la vuelve imposible) que se integre con, y que reequilibre, sus planteamientos jurídicos y políticos.

5. EL DERECHO COMO PRAXIS Y COMO VEHÍCULO DE TRANSFORMACIÓN SOCIAL: NO ES LO MISMO

Por lo demás, y retomando el hilo de crítica al positivismo jurídico por su ideología aislacionista, tampoco parece que pueda decirse que haya una conexión necesaria entre entender el Derecho como una práctica social, como parte de la praxis en el sentido aristotélico, y vincular la filosofía del Derecho a una función de transformación social. Gerald Postema, por ejemplo, es un crítico, como antes se ha dicho, de esa visión estrecha de la filosofía del Derecho. Defiende que la *General Jurisprudence*, debería entenderse como *Vera Philosophia* y ello significa, entre otras cosas, la pretensión de lograr una «explicación comprehensiva» del fenómeno del Derecho «como un aspecto integral de la vida social humana y de la experiencia humana» (Postema, 2015, 896); la adopción del «sinequismo metodológico», o sea, de una actitud que en lugar de buscar distinciones tajantes —como ocurre con los filósofos analíticos— se preocupa más bien por las continuidades (p. 893)⁶; la reivindicación de la historia (como una parte *intrínseca* de la empresa iusfilosófica —p. 888—); y, en fin, su configuración como una disciplina «sociable», abierta a otras investigaciones, a interactuar con ellas pero no en términos de sumisión, sino como socios que colaboran entre sí en un plano de igualdad (p. 899). Y, sin embargo, todo eso no le lleva a concebir la empresa iusfilosófica en términos, podríamos decir, políticos. Después de señalar que la «Jurisprudencia filosófica» que él defiende debe estar anclada en la experiencia y en la práctica del Derecho entendida en toda su riqueza (no solo la práctica profesional del Derecho, sino también todo lo que se refiere a las manifestaciones del

6. El término viene de Peirce y Susan Haack lo presenta así: «La idea como yo la entiendo es más bien que debemos buscar continuidades subyacentes y reconocer que distinciones supuestamente tajantes pueden ser entendidas mejor como líneas de demarcación trazadas en algún punto de un continuo». «En la terminología de nuestros días podrías decirse que la idea sinequista consiste en favorecer hipótesis que tratan supuestas diferencias de cualidad como únicamente diferencias significativas de grado» (Haack, 2005, 240).

Derecho en la experiencia en general), añade: «Dicho esto, el objetivo de la Jurisprudencia filosófica no es cambiar el mundo, sino comprenderlo —no hacer buen Derecho o buenos abogados, buenos juristas o buenos ciudadanos, al igual que el objetivo de la filosofía de la religión no es hacernos más piadosos, sino profundizar en nuestra comprensión de un aspecto fundamental de la experiencia humana y de la vida social—» (p. 897).

Ahora bien, la afirmación anterior, junto con el hecho de que el autor que inspira la defensa de esa «Jurisprudencia filosófica» sea básicamente un connotado defensor del conservadurismo político: Michael Oakeshott, hace pensar que esa concepción «apolítica» de la filosofía del Derecho podría tener una motivación precisamente política, pero de signo conservador. En el trabajo de Postema al que acabo de referirme, este pone el énfasis en señalar que los autores más representativos de la filosofía iusnaturalista son ejemplos de lo que él llama actitud «sinequistá»; o sea, que lo que mejor caracterizaría ese paradigma teórico sería «la inclinación a integrar fenómenos, prácticas y conceptos para usarlos en un marco sistemático de explicación comprensiva» y no —como frecuentemente se reprocha a los iusnaturalistas, puntualiza Postema— el «deseo de justificar la práctica jurídica existente o presentarla de manera idealizada» (p. 895). Pero no creo que esto último sea cierto, al menos referido a la inmensa mayoría de las corrientes iusnaturalistas que han estado vigentes en los países latinos durante el siglo XX; ni tampoco, me parece, en relación con el iusnaturalismo anglosajón contemporáneo. Es cierto, claro está, que los autores iusnaturalistas rechazan la tesis (positivista) de la separación conceptual entre el Derecho y la moral, y que conciben la filosofía del Derecho como una rama de la filosofía práctica. Pero no vinculan la filosofía jurídica con la transformación social, precisamente porque sus valores políticos son de signo conservador, de manera que el papel —práctico— que atribuyen al Derecho está también al servicio de esa ideología.

Un ejemplo claro de esto último, me parece, es la concepción iusnaturalista de John Finnis, un autor al que Postema se refiere en ese trabajo en términos muy elogiosos. Finnis considera que los sistemas jurídicos no pueden entenderse simplemente como conjuntos de normas; un sistema jurídico estaría constituido más bien por «los principios, las normas y las instituciones adoptados por un pueblo a lo largo del tiempo, dentro de ciertos límites territoriales, con un mayor o menor cumplimiento de sus responsabilidades morales» (Finnis, 2012, 77). De manera que la filosofía del Derecho no puede separarse de la ética (que se centra en la pregunta de cómo comportarse en cuanto individuos cuyas decisiones contribuyen a conformar el mundo y el carácter de cada uno), ni de la filosofía política (cómo actuar en el contexto de una de-

terminada comunidad, como un miembro o un dirigente de la misma), sino que depende directamente de ellas: «la filosofía del Derecho pertenece a la filosofía de la razón práctica» (p. 67). Eso quiere decir que las tareas de la filosofía jurídica son, al menos en parte, prácticas. Según Finnis, debe mantener con claridad su relación intrínseca con, y su dependencia de, «todas las verdades de la filosofía moral y política»; y debe criticar y exponer, «con la esperanza de evitarla», cualquier manipulación «con propósitos destructivos del bien común, un bien que incluye, pero no se agota con, los derechos reconocidos y plasmados jurídicamente». Pues bien, como ejemplo de «cambios sociales destructivos», de males que «el aparato de litigación de los derechos humanos ha facilitado en muchos lugares», pone: «el aborto, la eutanasia, la inmigración dañina y el 'matrimonio' entre personas del mismo sexo» o la «opresión» a los que critican la conducta homosexual; y un caso de «error de razonamiento práctico» para Finnis consistiría en asumir «nociones cuasicomunistas de una humanidad sin fronteras» que él estima es algo incompatible con las condiciones que a largo plazo hacen sostenible un orden político justo y un Estado de Derecho. A Finnis le parece de especial importancia para las próximas décadas que los filósofos del Derecho tomen conciencia de que «la forma paradigmática del Derecho, el *ius civile*, es el Derecho de un pueblo» (p. 76).

6. TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO Y TRANSFORMACIÓN SOCIAL

En el caso de los autores a los que puede situarse en el ámbito de lo que se suele llamar «teorías críticas» del Derecho, probablemente el escepticismo frente al Derecho (frente a las posibilidades transformadoras del Derecho) sea una consecuencia de la influencia del marxismo clásico, o sea, de la tendencia a pensar que, en el todo social, el Derecho (y el Estado), al igual que las ideologías, juegan un papel más bien subordinado (son «sobreestructuras»), junto con la tendencia a identificar el Derecho con la coacción y con la defensa de intereses de clase (no con las auténticas necesidades humanas), de manera que la racionalidad jurídica parecería ser incompatible con la construcción de modelos ideales de sociedad. Me temo que esas dos ideas: el carácter subordinado y moralmente deficitario del Derecho, siguen estando muy presentes en quienes representan esa dirección del pensamiento iusfilosófico, pero, además, tengo la impresión de que es también la concepción más difundida del Derecho que uno puede encontrar entre los filósofos, científicos sociales, intelectuales y la gente en general de tendencia «progresista». Para estos últimos, si se me permite la caricatura, los juristas son «personas de orden» y que se ocupan más bien de la cáscara que de la sustancia de las cosas.

Pero esto último, naturalmente, tiene sus excepciones. Tanto Juan Ramón Capella como Boaventura Santos son autores de formación marxista a los que, sin embargo, no se les puede dirigir el anterior reproche. Y a esos nombres cabría añadir el de muchos otros que, habiendo «pasado» por el marxismo, en etapas posteriores de su pensamiento se han adscrito a otras concepciones iusfilosóficas, aunque en sus obras ese pasado marxista siga jugando un papel. Un ejemplo relevante de esto último es el de Luigi Ferrajoli (él fue el inventor de la fórmula «uso alternativo del diritto») representante, como antes hemos visto, de una visión un tanto *sui generis* del positivismo jurídico y que obviamente se inscribe dentro de la iusfilosofía analítica. Pues bien, los tres han reaccionado, de diversas maneras, frente a esa tendencia a infravalorar el papel de lo jurídico que caracteriza a gran parte del pensamiento de izquierda. Ferrajoli, como se recordará, al subrayar que lo que caracteriza, negativamente, al fenómeno de la globalización es la ausencia de Derecho público, la falta de frenos jurídicos a lo que él llama «poderes salvajes» que, en la época de la globalización, condicionan nuestras vidas. En el caso de Capella y Santos, al criticar por inadecuado el esquema marxista base-sobreestructura, les lleva a ambos, aunque de distinta manera, a subrayar la importancia de lo jurídico en el todo social, sin llegar, claro está, a poner en cuestión el carácter social e históricamente condicionado del Derecho. Pero a pesar de esa reivindicación de la relevancia de lo jurídico, me parece que en los tres puede encontrarse también una cierta propensión a asumir una visión del Derecho que, en mi opinión, resulta ser injustificadamente pobre. En el caso de Ferrajoli, como he dicho antes, eso se debe sobre todo a su filiación iuspositivista, lo cual le lleva a considerar el Derecho únicamente como un sistema normativo y no (también) como una práctica social. Y, en relación con Capella y con Santos, si bien ellos no son autores iuspositivistas, sin embargo, ven el Derecho en términos puramente instrumentales, de manera que los fines y valores ligados al Derecho no parecen poder ser los de un modelo ideal de sociedad: el Derecho quizás no sea ya algo subordinado, pero sigue siendo deficitario desde el punto de vista moral.

Me voy a referir ahora con cierto detalle a la obra de estos dos autores a los que considero como los mayores representantes de la teoría crítica del Derecho. No tienen exactamente la misma concepción del Derecho, lo que seguramente se deba, al menos en buena medida, al hecho de que mientras en la formación de Capella el positivismo jurídico (en particular, Kelsen) y la filosofía analítica (la lógica formal) han jugado un papel muy relevante, el trasfondo filosófico de Santos se sitúa más bien en los confines del postmodernismo. Pero sin duda hay también muchas coincidencias entre ellos dos. Y una de ellas es el haber situado en un lugar central de sus obras la cuestión del papel que el

Derecho (y la teorización sobre el Derecho) puede jugar en la transformación social.

7. SOBRE LAS FUNCIONES DEL DERECHO EN LA OBRA DE JUAN-RAMÓN CAPELLA

La obra de Juan-Ramón Capella es extensa y considerablemente variada: va desde la lógica formal hasta el ensayo filosófico-literario, o la autobiografía, pasando obviamente por la filosofía política y jurídica⁷. Lo que él considera como su «principal aportación al filosofar sobre el Derecho» (Capella, 2010) se contendría en su libro *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado* y, en especial, a partir de la 5.^a edición, que se publicó en 2008 (la primera había sido en 1997). Empecemos, pues, con una breve exposición de las ideas principales que pueden encontrarse en ese trabajo (Capella, 2008), el cual, bajo la forma de un libro de texto, ofrece una visión de los problemas del Derecho y del Estado que se aparta mucho de lo que puede considerarse como la corriente predominante en la filosofía del Derecho contemporánea, en buena medida porque esta última se ha construido, en general (y como ya se ha señalado), bastante de espaldas a lo que es el saber social disponible.

Pues bien, Capella, en abierto contraste con este último enfoque, ofrece en ese libro (y en otras de sus obras) un análisis que proporciona una serie de claves de naturaleza económica, sociológica, antropológica o política sin las que, efectivamente, no puede entenderse lo que es el Derecho contemporáneo, el Derecho de la globalización, y que, con toda certeza, una teoría del Derecho *comme il faut* no puede dejar de lado. La tesis fundamental puede enunciarse así: como consecuencia de la *Gran transformación* que se ha producido en estos últimos años, el poder político y el Derecho de la Modernidad han cambiado en una forma bastante radical y —por decirlo de manera coloquial—, claramente para peor, hasta el punto de constituir toda una amenaza civilizatoria.

El origen de esa gran transformación se sitúa en la mitad de los años setenta del siglo pasado. Tiene como trasfondo la crisis ecológica. Y sus principales componentes son dos grandes series de fenómenos: una tercera Revolución Industrial (nuevos materiales, introducción de la informática, cambios organizativos que esta hace posible); y el triun-

7. En el número 39 de *Doxa* se publica una entrevista con Juan-Ramón Capella que podría permitirle al lector hacerse una idea de conjunto de la producción de este autor y de la evolución de su pensamiento. Aparecerá citada como Capella, 2016. Los textos entrecomillados atribuidos a Capella y que aparecen sin indicación de fuente provienen de un intercambio epistolar con el autor.

fo de las políticas neoliberales (políticas desregulatorias y de privatización de lo público). Eso supone la crisis del Estado intervencionista y asistencial, y la aparición de una nueva forma de poder en la que el Estado no es ya el poder político supremo, pues ahora ha surgido un nuevo soberano supraestatal de carácter difuso o policéntrico. Todo lo cual lleva a modificaciones de gran calado en el mundo del Derecho: cambios en el sistema de fuentes, pues el Estado no es ya el único creador del Derecho, sino que a su lado (y por encima del Estado) aparecen normas que tienen su origen en organizaciones supraestatales o internacionales, pero también una normatividad privada, la nueva *lex mercatoria*, establecida por los grandes agentes económicos y elaborada en los grandes despachos de abogados; y cambios prácticamente en todas las ramas tradicionales del Derecho, junto con la aparición de nuevos sectores (el Derecho de las nuevas tecnologías, etc.) para adaptarse a las condiciones impuestas por la globalización, lo que significa, en general, la destrucción o la erosión de los elementos más «civilizatorios» del proyecto de la Modernidad. El resultado es así un mundo profundamente injusto:

Un «norte» rico, armado y muy minoritario poblacionalmente frente a un «sur» de hambre, carencia de medios y que incluye a la inmensa mayoría de la población mundial. Un industrialismo ecológicamente destructivo. Tecnologías que aminoran el tiempo de trabajo necesario para la producción y economías que precisan considerar ese tiempo de trabajo como una mercancía. Instituciones públicas crecientemente subordinadas a instituciones privadas (Capella, 2008, 351-352).

Un mundo —la humanidad— que se halla ante una encrucijada decisiva en la que solo parecen abrirse dos alternativas: una nueva barbarie (esto es, la continuación y profundización de lo anterior), o bien «una democratización social real, intensiva y extensiva» (p. 352) en la que pudiera triunfar el «Derecho ideal» de «quienes se oponen a los designios neoliberales de la globalización y buscan la creación de un mundo alternativo posible» (p. 351).

Ahora bien, esa «normatividad social alternativa» insinuada por Capella parece ser incompatible con el objetivismo moral. Por un lado, porque su fundamento no está ni en la naturaleza ni en la razón, sino simplemente en la convención:

Hoy sabemos que la normatividad no se fundamenta ni en la naturaleza (no hay modelo natural de derecho) ni en la razón (no hay un logos de razón para el derecho), sino en la *convención* de una racionalidad discursiva pública que pone de vez en vez la ley y que *carece de otro fundamento que la convención misma* (p. 353).

Y, por otro lado, porque, aunque operar con el Derecho suponga siempre recurrir, además de a la técnica, a elementos de naturaleza moral y política, estos parecen tener, según Capella, un carácter simplemente decisonal, esto es, su manejo no estaría guiado —no podría estarlo— por criterios de corrección suministrados por una moral de valor objetivo. Al final de su libro, escribe Capella:

En este trabajo se ha evitado cuidadosamente sostener una concepción substancialista acerca de la justicia. Si se adopta una idealidad democrática no es posible sostener una concepción así; pues lo que se concibe como justo ha de poder ser puesto en cuestión (p. 354).

Añade luego, refiriéndose a las obras de autores como Rawls o como Sen, que «la filosofía política y del derecho contemporánea ha elaborado teorías de la justicia que acaban siendo más bien teorías acerca de *las condiciones de uso de la palabra 'justicia'*» (p. 354). Y termina adhiriéndose a las tesis relativistas de un autor liberal y más bien conservador como Perelman:

Pero como ocurre con toda formulación lingüística expresiva del universo de los ideales, de los juicios de valor, de los principios, de la moralidad, que tienen que ver con finalidades o proyectos de modos de vida vistos individual o colectivamente, o bien hablamos de ellos objetivamente, pero en términos *pura y exclusivamente formales*, o bien siempre queda abierta la posibilidad de que toda la tecnificación de las condiciones de uso de los términos éticos pueda ser rectificadas. Cualquier «teoría general» no dogmática de la justicia, dicho en otras palabras, acaba convirtiéndola en un *pronombre*. El *nombre* al que sustituye, esto es, la concepción *material* de la justicia, ha de ser puesto en cuestión, establecido, y debatido, una y otra vez (p. 355).

Pues bien, yo creo que el análisis histórico-teorético que Capella hace en ese libro resulta sumamente convincente; de hecho, no conozco muchos otros que ayuden tanto a entender cómo es el mundo —no solo en sus dimensiones políticas y jurídicas— en que vivimos. Y comparto también lo esencial de su proyecto político-moral: un mundo organizado sobre la base de una distribución igualitaria de los bienes (o, al menos, que ponga límites estrictos a las desigualdades) y a partir de una revisión de lo que son (y de lo que no son) verdaderas necesidades humanas. Pero hay dos elementos que aparecen en ese libro y en otras de sus obras y que, sin duda, tienen un considerable peso en la reflexión de Capella, y que, en mi opinión, no se pueden suscribir. Me refiero, por un lado, a su concepción de la ética y a su crítica del objetivismo moral y, por otro lado, a su tendencia a situar el Derecho en un plano pura-

mente instrumental y como algo —una realidad— deficitario desde el punto de vista moral. Detengámonos un momento en esos dos puntos.

Por lo que se refiere al primero de ellos, creo que bien puede decirse que el rechazo de Capella al objetivismo moral le lleva a dejar sin fundamento (sin un fundamento sólido) su propio proyecto político. Es decir, si el fundamento de lo que (como hemos visto) él llama «normatividad social alternativa» no es otro que la convención —no una convención simplemente supuesta, sino real y efectiva—, lo que parece que habría que concluir de ahí es que todas las luchas sociales que aún no hayan logrado esos acuerdos —o que no los logren nunca— carecen de fundamento. ¿Pero, entonces, habrá que entender que carece de fundamento su propio proyecto si, como cuestión de hecho, terminara por triunfar en nuestro mundo el neoliberalismo? Y está bien que uno considere que la ética —nuestros juicios éticos— han de ser puestos constantemente en cuestión, pero eso es lo que ocurre también con la ciencia, con los juicios científicos, y no creo que Capella piense (me parece que su posición al respecto está muy alejada de la de postmodernistas como Rorty) que el fundamento de la investigación científica radica tan solo en la convención de los científicos. ¿Por qué una teoría —sustantiva— sobre la justicia, como la de Rawls o la de Sen, es solo sobre palabras? ¿Enuncia el *principio de la diferencia* una simple cuestión de palabras? ¿En qué sentido? ¿Y no supone, en definitiva, una gran contradicción un proyecto de sociedad alternativa que no incorpore alguna teoría —sustantiva— de la justicia, de lo que está bien y mal, de lo que debería o no debería hacerse? ¿Por qué la reflexión sobre los fundamentos éticos de la sociedad cae —se podría decir aprovechando la metáfora que él utiliza en el título de su obra— en el territorio de la «fruta prohibida»? ¿En qué se basa esa prohibición? ¿No será más bien un tabú necesitado de una revisión crítica?

Pues bien, me parece que lo que suscita esas preguntas, lo que hay de insatisfactorio en la concepción de la moral de Capella, tiene bastante que ver con su formación marxista y con la influencia que sobre su obra ha ejercido el positivismo kelseniano. Y digo esto por el indudable parecido que esas tesis (de metaética) tienen con el fuerte no cognoscitivismo ético que caracteriza (aunque con matices distintos) tanto a Marx como a Kelsen y a la mayor parte de los positivistas jurídicos de nuestros días. Pero, dicho esto, inmediatamente hay que aclarar que ni Capella ni los otros autores mencionados son escépticos en el plano de lo que se suele llamar la ética prescriptiva (los juicios éticos en cuanto tales, los juicios de primer nivel), sino que son escépticos en relación con la teoría de la ética, o sea, con respecto a los juicios de segundo nivel, los juicios metaéticos que habrían de servir como fundamento de los anteriores.

De hecho, Capella recurre con cierta frecuencia (como lo hicieron el propio Marx o Kelsen; como lo hacen hoy muchos positivistas jurídicos) al lenguaje de la moral, y de ahí su reacción airada frente a la sugerencia de que sea un escéptico en materia moral: «¿Escéptico? ¡Ni mucho menos! Sería un escéptico quien dijera que se puede actuar sin principios, y ese no es mi caso» (Capella, 2016, 437). Y que, a propósito de la «autocontención de la democracia» que él defiende en materias que pueden significar la reducción de la capacidad de decidir de las generaciones futuras, se refiera a: «una autolimitación 'ecológica' que hoy solo puedo concebir como de carácter moral» (p. 435). Que asuma que su posición política contra la explotación «tiene ante todo un componente moral ineliminable» (p. 442). O que incluso sostenga que la filosofía (o, mejor, «el filosofar») «tiene sentido en el ámbito moral siempre»⁸, si bien esta última afirmación no deja de resultar un tanto paradójica, pues —si yo le he entendido bien— lo que, en el fondo, parece defender Capella es que la moral es algo que forma parte de nuestra experiencia, de nuestras prácticas, pero que, en sentido estricto, no podría ser objeto de teorización: más exactamente, podría ser objeto de *explicaciones* provenientes de disciplinas sociales, como la sociología, la psicología o la historia, pero no de una teorización propiamente filosófica.

De manera que lo que el escepticismo metaético de Capella implica es que, en su opinión, los juicios morales no se pueden, en último término, fundamentar: no hay fundamentos últimos de las instituciones, y de ahí que los derechos humanos, por ejemplo, no puedan basarse en otra cosa que no sea las convenciones sociales; lo cual le lleva también a preferir no hablar, en relación con ellos, de «derechos morales», sino a expresarse en términos de «aspiraciones morales» de carácter simplemente ideal y «sin pretender que puedan ser compartidas siempre por todo el mundo».

Ahora bien, en un capítulo anterior de este libro me referí al objetivismo moral y a las dificultades existentes para compatibilizar el compromiso moral y el escepticismo metaético. Y creo que esas dificultades son tanto mayores cuanto mayor es la «implantación política» de una filosofía, o sea, cuando estamos frente a una reflexión filosófica suscitada no solo por intereses de conocimiento, sino, sobre todo, por intereses prácticos, por el propósito, a corto, medio o largo plazo de transformar

8. Reproduzco el texto completo: «Yo comparto la idea de Sacristán de que no hay filosofía (doctrina filosófica cerrada verdadera), sino filosofar, esto es, una indagación que tiene sentido en el ámbito moral siempre, en el epistemológico a menudo, y, a veces, en la reflexión sobre objetos acerca de los cuales no hay todavía ciencia (un filosofar previo a la ciencia, digamos heurístico), o cuando hay ciencia pero caben preguntas postcientíficas, por decirlo así» (Capella, 2016, 431).

el mundo, como ocurre en el caso de Capella. Añado ahora nuevas aporías (quizás pudiéramos llamarlas aporías teórico-prácticas) a las que, yo creo, lleva su planteamiento, y que quizás sea otra manera de expresar la misma insatisfacción a la que antes me refería a propósito de su libro *Fruta prohibida*.

Fijémonos en los derechos humanos que el pensamiento socialista tiende a anclar, como parece bastante lógico que lo haga, en la noción de necesidades humanas. Pero si el único «fundamento» posible de los derechos humanos son las convenciones sociales, ¿quiere ello decir que también habría que considerar como convencionales las necesidades humanas? Capella insiste mucho en el carácter enormemente elástico de las necesidades, lo que le lleva también a dudar de que pueda mantenerse el principio de justicia de Marx para la sociedad comunista («De cada uno según su capacidad, a cada uno según sus necesidades»). Pero no puede dejar de reconocer que esa elasticidad no puede aplicarse a algunas necesidades muy básicas: las que tienen que ver con la supervivencia, como la necesidad de alimento, de cuidados sanitarios, etc. De manera que, en definitiva, sí que cabría aducir razones *objetivas* para justificar la existencia de algunos derechos humanos. Y si hay razones objetivas para eso, ¿por qué no va a haberlas para justificar catálogos más amplios de necesidades —o de capacidades— como el diseñado por Sen y Nussbaum? ¿No habrá aquí un prejuicio teórico motivado por el no cognoscitivismo ético de la tradición marxista al que antes me refería y, quizás también, cierto prurito antiacademicista que se vuelve más virulento cuando se trata de la academia estadounidense?

Otro ejemplo. Capella sostiene que los temas morales importantes de nuestro tiempo no son de «fundamentación», sino «situacionales»⁹. ¿Pero acaso no plantean problemas de fundamentación lo que él caracteriza como cuestiones situacionales: si se debe o no experimentar con

9. «Problemas situacionales: se debe o no se debe experimentar con humanos en ingeniería genética: ¿quién está autorizado a decidir? La corrección de las decisiones de la industria biomédica, ¿quién las avala moralmente? ¿A quién habrá que atribuir la responsabilidad por eventuales errores? ¿Es absurdo preguntarse si es moral conducir un automóvil con motor diésel? Tu 'enorme desarrollo de la filosofía moral' —en realidad cátedras y más cátedras académicas necesariamente productoras de *teoría* o de *doctrina*— no parece haber ayudado mucho a resolver estas cuestiones, aunque tal vez sí a volvernos a todos más cautos. Los llamados comités de ética, en cambio, me parece que empiezan a abordarlas. Personalmente preferiría que en estos comités hubiera no solo 'expertos' en ética sino también personas conocedoras de las miserias de los seres humanos, personas altruistas, bondadosas, santas.

»El escrutinio de la moralidad de la actuación de cualquier ser humano corresponde a sus pares. Y este escrutinio, en realidad, puede mostrar divisiones en sus conclusiones [...]. Los derechos humanos se parecen a partir de ella [la Declaración de Naciones Unidas] en algo universalmente compartido, *por convención*. Pero la convención se detiene aquí» (Capella, 2016, 438).

humanos en ingeniería genética, o si es moral conducir un automóvil con motor diésel? ¿Y por qué contraponer los comités de ética a la ética (o metaética) académica? ¿No es concebible una filosofía moral que sí ayude a resolver nuestros problemas morales? ¿O es mejor una filosofía moral que, como suele ocurrir con la de muchos autores que se sitúan en la tradición marxista, no parece consistir en otra cosa que en una combinación, muy poco articulada, de emotivismo, intuicionismo e historicismo moral?

Pasemos ahora a su concepción del Derecho, que él considera está inspirada en la obra de Marx, si bien en un marxismo que marca sus distancias en relación con alguna de las tesis de lo que podría considerarse como el marxismo clásico. En particular, es importante subrayar —como ya antes se ha dicho— que Capella considera muy inadecuada la idea de que el Derecho es simplemente una sobreestructura en el todo social; eso solo podría aceptarse, en su opinión, si se entendiera en el sentido de que hay ciertos límites que la estructura social y económica impone a la reglamentación jurídica, pero eso obviamente es algo que cualquiera podría sostener, sin necesidad de ser marxista ni de haber sido influido por el marxismo. Y piensa también que el marxismo —los intelectuales de inspiración marxista: juristas o no— han cometido y cometen un gran error al infravalorar la importancia que tiene el Derecho en nuestras sociedades: digamos, tanto en un sentido positivo como negativo. Como puede leerse en muchos de sus escritos, el Derecho es un instrumento social esencialmente («completamente» escribe en ocasiones) ambivalente: «posibilita tanto deshacer injusticias como consumarlas. *No todo lo ilícito es injusto ni todo lo injusto es ilícito*» (Capella, 2010). De todas formas, ese planteamiento, que se centra en un análisis funcional del Derecho, habría estado obstaculizado, en su caso, por la influencia que en su manera de entender el Derecho habría tenido Kelsen. En particular, en un texto reciente, Capella afirma que lo inadecuado de Kelsen no se encuentra simplemente en la unilateralidad de considerar al Derecho únicamente desde un punto de vista interno, normativo (separado, pues, de los factores sociales y ético-políticos), sino también en un cierto «monismo ontológico-jurídico», según el cual «los sujetos no pueden estar sometidos a más de un Derecho»; esto último (o sea, el rechazo del pluralismo jurídico) habría contribuido a «frenar mi [o sea, su] reflexión histórico-materialista» (Capella, 2016a, 372).

Dicho de otra manera, Capella rechaza el positivismo jurídico (que le parece ahora una «roma visión del Derecho») y considera que el principal déficit que puede encontrarse (que él mismo encuentra) en su obra (y que atribuye a su pasado kelsenianismo) es el no haber llevado a cabo un análisis detallado de las funciones de los cambios del Derecho en las metamorfosis del capitalismo. Ese tema constituye, en su opinión, el

programa de investigación jurídica que sería más interesante que desarrollara «un pensamiento jurídico socialista en la estela de Marx» (Capella, 2016a, 375).

Bueno. Yo diría que esto último no es del todo cierto, en el sentido que antes indicaba: en su obra (sobre todo en *Fruta prohibida*, pero no solo) uno puede encontrar indicaciones verdaderamente valiosas para entender las relaciones entre el Derecho y la globalización. Pero lo que sí opino que constituye un problema es la falta de definición en sus escritos acerca de una cuestión que a mí me parece del mayor relieve para encarar la problemática de las relaciones entre el Derecho y la transformación social: si el Derecho constituye simplemente un instrumento social ambivalente o si, más bien, es un mal, un mal necesario; en el primer supuesto, uno diría que existe la posibilidad —la necesidad— de tratar de ver cómo transformar el Derecho en un sentido, digamos, positivo; pero si fuera un mal necesario, lo que habría que hacer sería reducirlo a un mínimo y, en el extremo, suprimirlo.

Para resolver esa dificultad, Capella traza una distinción entre las religiones y el poder (el poder político). Él cree que, en relación con las religiones, cabría hablar de un papel propiamente ambivalente («el cristianismo ha dado de sí tanto a Francisco de Asís como la Inquisición»). Pero le parece dudoso que pueda decirse lo mismo del poder: «El Poder establece jerarquías y sumisiones [...] tiendo a pensar que la aceptación de la existencia de Poder —y ahora pareceré grandilocuente— ha de verse como un error evolutivo de la especie». Y también, por lo tanto, del Derecho:

Es [el Derecho] un instrumento del Poder, visto en general y en abstracto. Y en este sentido general y abstracto, pero solo en ese plano, diría que es claramente un mal. Ahora bien [...] el Derecho del capitalismo, el Derecho moderno, es por una parte esencial para la mercantilización de todo y para la aparente apoliticidad de tal mercantilización, pero al configurar a todos como propietarios (aunque solo sea «propiedad de las manos») abre la posibilidad de una lucha entre «propietarios» por la configuración del Derecho, la posibilidad de lo que conocemos como «lucha por los derechos». En este contexto restringido, que el Derecho en cada caso concreto sea un «mal» o no, *depende* (Capella, 2016, 432).

Y esa respuesta resulta plenamente coherente con la interpretación que nos da acerca del significado de un famoso opúsculo suyo (del año 1970, hacia el final del franquismo), provocativamente titulado *Sobre la extinción del Derecho y la supresión de los juristas* (*Observaciones oblicuas*). Se habría tratado —nos dice— de un «recurso retórico-político» más que de una afirmación teórica. «En cuanto a la afirmación teórica —aclara— esta no lo ha sido en mi caso, sino más bien ética o poíe-

tica: la *aspiración* a una sociedad regulada moralmente más que jurídicamente» (Capella, 2016a, 373). Y con eso hemos llegado, me parece, a lo que podríamos considerar como la idea regulativa de la filosofía jurídica de Capella: superar el Derecho a larguísimo plazo civilizatorio.

Ahora bien, ¿está justificada esta visión del Derecho como una realidad que yo calificaría de «moralmente deficitaria»? Yo creo más bien que no. Lo estaría si uno pensara el Derecho completamente en abstracto y si redujera el Derecho a Derecho penal; de hecho, los penalistas suelen repetir una frase —de Gustav Radbruch— que viene a decir que el ideal del Derecho penal sería su sustitución por «algo mejor que el Derecho penal». Pero me parece que ninguno de los anteriores supuestos resulta aceptable. El Derecho es un producto histórico-social (pocos autores han insistido tanto en esa idea como el propio Capella) y no resulta imaginable un modelo de organización social que prescinda no solamente de lo que hoy entendemos por medidas penales (básicamente, la pérdida de libertad, la cárcel), sino también de todos los otros recursos coercitivos y organizativos que están vinculados a la existencia del Derecho. Uno diría que vendría a ser, en el plano de lo social, una hipótesis parecida a lo que supondría, en el plano biológico, imaginar que los seres humanos son inmortales y que no padecen enfermedades, lo que, claro está, volvería prescindible a la medicina (y supondría quizás, en uno y otro caso, una manera de «corregir» el error evolutivo de la especie al que aludía Capella). Y uno tiene también la impresión de que, en el fondo, quizás Capella no haya abandonado del todo el kelsenianismo y siga teniendo una visión del Derecho anclada excesivamente en la coerción y que descuida otros componentes de lo jurídico (sin ir más lejos, los introducidos por Hart: la existencia de normas en relación con las cuales la coacción no es un componente esencial; o su teoría del «contenido mínimo de Derecho natural»). No estoy suponiendo, pues, que tenga sentido hablar de un Derecho sin coerción (en esto tenía razón Ihering: sería como imaginar un fuego que no quema o una luz que no alumbra), pero por qué no pensar que las relaciones entre el Derecho y la moral (y para ello habría que abandonar el positivismo jurídico: seguramente cualquier tipo de positivismo) tienen, al menos en parte, un significado precisamente opuesto al imaginado por Capella: la existencia del Derecho —o de cierto Derecho— es precisamente lo que hace posible (en sociedades inevitablemente complejas como las nuestras o las que cabe imaginar nos deparará el futuro... salvo cataclismo ecológico o de algún otro tipo) que pueda darse una vida moral?

Por lo demás, yo veo un peligro que cabría calificar de estratégico por parte de quien asume una visión moralmente deficitaria del Derecho (de cualquier forma de Derecho). El riesgo —se quiera o no— de debilitar las instituciones jurídicas, incluidas las que podrían servir (en

una visión como la de Capella) para luchar contra la injusticia. Me refiero, claro está, al Estado de Derecho —el *rule of law*— y a los derechos humanos. Me parece que hay bastantes ejemplos (y algunos de ellos protagonizados por organizaciones de inspiración marxista) que muestran adónde puede llevar considerar a esas instituciones como simples instrumentos desprovistos de todo valor moral. El Derecho, en definitiva (o, matizándolo más: ciertos aspectos de ciertos tipos de Derecho), no tiene(n) solo un valor instrumental, sino final; y, por eso, no es un mal necesario, sino también (si se quiere: en parte, limitadamente) un bien.

8. BOAVENTURA SANTOS: UNA TEORÍA EMANCIPATORIA DEL DERECHO

1.

El autor que probablemente ha dedicado un mayor esfuerzo teórico a analizar cuál pueda ser el papel del Derecho (del Derecho de las sociedades contemporáneas) en la transformación —o, más exactamente, emancipación— social, ha sido Boaventura de Sousa Santos. Creo que su concepción del Derecho podría caracterizarse incluso así: como un intento por construir una teoría emancipatoria del Derecho... en la medida en que esto sea posible.

Santos es un autor prolífico y que ha escrito sobre temas muy diversos (casi todos ellos conectados de una u otra forma con lo anterior), pero me parece que en su libro *Sociología jurídica crítica*, subtítulo *Para un nuevo sentido común en el Derecho*¹⁰, puede encontrarse algo así como una síntesis (en unas seiscientas páginas) de su visión del Derecho y de la sociedad. Una visión que ha ido perfilando a lo largo de varias décadas, pero que no parece haber variado en lo fundamental. De hecho, en el libro que se acaba de mencionar (y que será mi referencia casi exclusiva para las líneas que siguen) se contienen —digamos, sin solución de continuidad— desde análisis que había efectuado ya a comienzos de los años setenta del siglo XX, hasta otros muy recientes.

En lo que sigue presentaré, en primer lugar, una caracterización general de la visión que Santos tiene sobre el Derecho para, a continuación, mostrar cuáles son, en mi opinión, las principales contribuciones de ese autor y también los puntos de su concepción del Derecho (evaluados sobre todo desde la perspectiva del papel del Derecho en la emancipación social) que, en mi opinión, resultan cuestionables.

10. Trotta, Madrid, 2009. Es la versión castellana (pero el autor aclara que muy diferente) de la edición inglesa, de 2002.

2.

El rasgo más sobresaliente de toda la obra jurídica (o sociológico-jurídica) de Santos es su ambición teórica, el carácter inusitadamente amplio de sus planteamientos. Santos no es un jurista (o no es meramente un jurista), sino un científico social que ve el Derecho, por lo tanto, desde la perspectiva de una teoría de la sociedad —de la sociedad contemporánea— en su conjunto y desde una perspectiva dinámica, transformadora. Su tesis fundamental, yo diría, es que vivimos en una etapa de transición entre la Modernidad y la postmodernidad. Las transiciones son obviamente momentos de gran fluidez e incerteza, en los que es difícil orientarse, puesto que es posible reconocer fenómenos o tendencias que apuntan hacia objetivos distintos e incluso contradictorios, pero Santos parece tener las cosas claras, en el sentido de que él cree que el mundo moderno es un mundo ya periclitado y destinado a ser superado por un nuevo paradigma: el de la postmodernidad. Por eso, no suscribe la tesis de Habermas (o la de Ferrajoli) según la cual la Modernidad, la cultura de la Ilustración, está lejos de haber agotado todas sus potencialidades, y de ahí el empeño de estos últimos autores por completar su programa, esto es, por hacer que se cumplan todas las promesas de emancipación social (libertad, igualdad...) en las que se basaban el Derecho y el Estado modernos. La opción de Santos es muy distinta. Lo que él pretende es contribuir a elaborar un nuevo paradigma, el de la postmodernidad, aunque pone mucho empeño en aclarar que lo que defiende no es lo que denomina un «posmodernismo celebratorio», sino un «posmodernismo de oposición». Esta última distinción es importante, pues Santos se separa de otras «teorías críticas» como las representadas por los autores que se suelen incluir bajo el rótulo de «Critical Legal Studies». Y la diferencia estriba en que estos últimos —en opinión de Santos— son escépticos, desencantados de la Modernidad, que eliminan la idea del cambio social a través del Derecho simplemente porque renuncian a construir un nuevo paradigma¹¹; mientras que lo que él busca es una solución postmoderna a los problemas creados precisamente por la Modernidad (y que no pueden ya ser solucionados dentro de este último paradigma).

En esta época de transición, la noción de Derecho no puede ser, pues, la de la Modernidad, o sea, el Derecho no puede concebirse simplemente como el Derecho estatal. Santos defiende, por el contrario, un pluralismo jurídico que podría calificarse de fuerte o radical, pues aun-

11. Lo que piensa, por ejemplo, del principal representante de esa concepción, Duncan Kennedy, es que «al deconstruir el discurso jurídico de la corriente principal, busca escandalizar más bien que transformar» (Santos, 2009, 50, nota).

que no deja de reconocer, obviamente, la existencia y la importancia del Derecho estatal, no está dispuesto en absoluto a reconocerle un rol hegemónico. El Derecho, para él, no es solo, y ni siquiera fundamentalmente, Derecho estatal. En concreto, distingue tres escalas de jurisdicción: la local, la nacional y la global, cada una de las cuales mantendría diversos tipos de conexión con las otras dos; habla por ello de *interlegalidad*, para significar que las sociedades modernas están reguladas por una pluralidad de ordenamientos jurídicos, interrelacionados entre sí de diversas maneras. Sin embargo, la teoría política liberal, en su opinión, habría reconocido oficialmente como Derecho únicamente al del Estado-nación, mientras que las otras escalas fueron declaradas oficialmente no existentes. Y de ahí el interés de Santos por ocuparse de las otras dos, como manera de reconstruir el pluralismo jurídico consustancial a las sociedades contemporáneas. Su concepto de Derecho —según nos dice el propio Santos— es de inspiración antipositivista: «Siguiendo la literatura antropológica jurídica y la filosofía del derecho antipositivista de comienzos del siglo XX, concibo el derecho como un cuerpo de procedimientos regularizados y estándares normativos que se considera exigible —es decir, susceptible de ser impuesto por una autoridad judicial— en un grupo determinado y que contribuye a la creación, prevención y resolución de disputas a través de discursos argumentativos unidos a la amenaza de la fuerza» (p. 56).

Pues bien, en el Derecho así entendido pueden distinguirse tres componentes a los que Santos denomina retórica, burocracia y violencia, y que caracteriza como sigue:

La retórica no es solo un tipo de conocimiento, sino también una forma de comunicación y una estrategia de toma de decisiones basada en la persuasión o convicción mediante la movilización del potencial argumentativo de secuencias y artefactos verbales y no verbales que han sido aceptados. La retórica como un componente estructural del derecho está presente, por ejemplo, en prácticas jurídicas como el acuerdo amistoso de un litigio, la mediación, la conciliación, la justicia en equidad, etc. La burocracia es una forma de comunicación y una estrategia de toma de decisiones basada en imposiciones autoritarias a través de la movilización del potencial demostrativo de los procedimientos regularizados y los estándares normativos. La burocracia es el componente dominante del derecho estatal y está presente en las prácticas jurídicas como la adjudicación de casos por los tribunales (juego de suma cero). Finalmente, la violencia es una forma de comunicación y una estrategia de toma de decisiones basada en la amenaza de la fuerza física. La violencia se utiliza por los actores gubernamentales —por ejemplo, la policía— para imponer el derecho estatal o por los grupos ilegales —por ejemplo, por las mafias— para imponer el código que regula sus actividades (p. 57).

En todas las escalas de juridicidad indicadas se dan esos tres componentes, pero de una manera distinta. Así, el Derecho estatal moderno se caracterizaría por una presencia fuerte de burocracia y de violencia (como lo muestra los anteriores ejemplos), mientras que la retórica tiende cada vez más a debilitarse. Pero en la escala local y global ya no es exactamente así. O sea, existen algunas instancias de juridicidad local y global en las que los términos se invierten, en el sentido de que la violencia y la burocracia tienden a jugar un papel escaso, y en su lugar es más bien el componente retórico el que predomina. De ahí que el papel de emancipación social que pueda jugar el Derecho no lo atribuya Santos fundamentalmente a las instituciones del Derecho estatal, sino a ciertas experiencias jurídicas situadas en las otras dos escalas. Pero conviene dejar muy claro desde el principio que Santos no piensa que el pluralismo jurídico (o sea, el Derecho no estatal) juegue necesariamente un papel progresivo, liberador. Solo es así en relación con cierto tipo de prácticas jurídicas no estatales y, en realidad, solo de una manera, por así decirlo, «tendencial». Veamos.

Uno de los ejemplos de Derecho a escala local que aparece con cierta frecuencia en los escritos de Santos (a ello dedicó sus primeros trabajos) es el de una favela de Río de Janeiro a la que puso el nombre ficticio de Pasárgada. Santos llevó a cabo (a comienzos de los años setenta) una investigación empírica de tipo participativo consistente en mostrar, desde dentro (para ello vivió varios meses en esa favela), cómo se resolvían cierto tipo de conflictos (básicamente de carácter habitacional y familiar), mediante normas y procedimientos que no eran los del Derecho oficial (del Estado brasileño), aunque no dejara de haber distintos puntos de contacto entre una y otra juridicidad, entre el Derecho de la favela y el del Estado brasileño. El Derecho de Pasárgada, en definitiva, mostraba —en opinión de Santos— un predominio de la argumentación, de la retórica, frente a la burocracia y la violencia, que se traducían también en una tendencia (justo la inversa de la que podía advertirse en el Derecho oficial, estatal) a ser flexible en lo formal y rígido en asuntos éticos (p. 169). Poseía, como «aparato jurídico en funcionamiento», ciertas características que, «en circunstancias sociales diferentes», podían considerarse como «una alternativa deseable frente al sistema jurídico estatal profesionalizado, costoso, inasequible, lento, esotérico y excluyente propio de las sociedades capitalistas» (p. 209). Y esas características —digamos, *a contrario sensu*— serían las de estar administrado de manera no profesional, accesible («tanto en términos de sus costes en tiempo y en dinero como en términos del patrón de interacción social» —p. 211—), participativa («las partes presentan sus propios casos, en ocasiones con la ayuda de algún familiar o vecino. Jamás se encuentran representadas por un profesional especialista en

derecho» —p. 212—), y consensual («la mediación es el modelo predominante que emplea el derecho de Pasárgada para la resolución de conflictos» —p. 213—). En conclusión:

Aunque el riesgo de que sus características emancipatorias sean cooptadas o debilitadas es permanente, los instrumentos jurídicos de Pasárgada continúan siendo elementos susceptibles de emplearse de una manera radicalmente democrática: a través de la distribución amplia (no monopolizada) de las competencias jurídicas, como se expresa por la ausencia del profesionalismo especializado; mediante instituciones autónomas y manejables, como se puede constatar en la participación y la accesibilidad; gracias a una justicia no coercitiva, como se observa en el predominio de la retórica y en la tendencia hacia el consenso (p. 215).

Pasárgada no es, desde luego, el único ejemplo de pluralismo jurídico en la escala de lo local estudiado por Santos en su extensa y compleja obra. Y, además, lo local y lo global no son para él, ni mucho menos, términos antitéticos. La definición que da de globalización es: «un proceso a través del cual una determinada condición o entidad local amplía su ámbito a todo el globo y, al hacerlo, adquiere la capacidad de designar como locales las condiciones o entidades rivales» (p. 309). Lo cual le permite extraer dos consecuencias: la primera es que «no hay una globalización genuina», sino que «lo que llamamos globalización es siempre la globalización exitosa de un localismo dado», o sea, «no hay ninguna circunstancia global para la que no podamos encontrar una raíz local»; y la segunda, que «la globalización conlleva localización. De hecho, vivimos en un mundo de localización tanto como vivimos en un mundo de globalización» (p. 309). A pesar de lo cual, sería posible distinguir —nos dice Santos— cuatro formas de globalización que se pueden aplicar a fenómenos diferentes, pero que también pueden ser dimensiones distintas de los mismos fenómenos, y a las que denomina: «localismo globalizado», «globalismo localizado», «cosmopolitismo subalterno» y «patrimonio común de la humanidad». Caracterizadas de manera breve y esquemática, pero con sus propias palabras:

[*Localismo globalizado*] Consiste en el proceso por el cual un fenómeno local se globaliza con éxito, ya se trate del funcionamiento mundial de las ETN [empresas transnacionales], de la transformación de la lengua inglesa en *lingua franca*, de la globalización de la comida rápida o de la música popular norteamericanas, o de la adopción mundial de las leyes de propiedad intelectual norteamericanas para los programas informáticos [...] [*Globalismo localizado*] Consiste en el impacto específico de las prácticas e imperativos transnacionales en las condiciones locales, que son así desestructuradas y reestructuradas con el fin de responder a dichos imperativos. Tales globalismos localizados incluyen: los enclaves de libre comercio; la deforestación

ción y el deterioro masivo de los recursos naturales para pagar la deuda externa; el uso turístico de los tesoros históricos, de los lugares o ceremonias religiosos, de las artes y artesanías, de la vida salvaje; el *dumping* ecológico; la conversión de la agricultura de subsistencia en agricultura orientada a la exportación, como parte del «ajuste estructural»; la conversión étnica del lugar de trabajo. En este contexto, la división internacional del globalismo asume el siguiente patrón: los países centrales se especializan en los localismos globalizados, mientras que a los países periféricos les es impuesta la alternativa de los globalismos localizados. [...] [*Cosmopolitismo subalterno e insurgente*] Las formas de dominación prevalentes no excluyen la posibilidad de que los Estados-nación subordinados, las regiones, las clases o grupos sociales y sus aliados se organicen transnacionalmente en defensa de intereses percibidos como comunes y usen en su provecho las posibilidades para la interacción transnacional creadas por el sistema mundo [...] Las actividades cosmopolitas incluyen, entre otros, los diálogos y las organizaciones Sur-Sur; las organizaciones laborales mundiales [...]; la filantropía solidaria Norte-Sur; las redes internacionales de servicios jurídicos alternativos; las organizaciones de derechos humanos; las ONG con agendas transformadoras; los movimientos literarios y artísticos en la periferia del sistema mundo que buscan valores culturales alternativos, no imperialistas, etc. El cosmopolitismo se ha convertido en un componente fundamental de la agenda política global, como atestigua la creciente viabilidad de las protestas contra las instituciones que promueven la globalización neoliberal [...] Incluso en su forma de cosmopolitismo subalterno e insurgente, el uso del término «cosmopolitismo» para describir prácticas y discursos contrahegemónicos puede parecer inadecuado a la luz de su origen modernista y occidental [...] El cosmopolitismo subalterno e insurgente por el contrario [al occidental], se refiere a la aspiración de grupos oprimidos de organizar su resistencia y consolidar coaliciones políticas en la misma escala que la que utilizaron los opresores para victimizarlos, es decir, la escala global [...] [*Patrimonio común de la humanidad*] Antes dije que no hay globalismo genuino. Esto, por supuesto, no se aplica a asuntos que tienen sentido solo si se refieren al globo en su integridad: la posibilidad de permanencia de la vida humana en la Tierra, por ejemplo, o cuestiones ambientales como la protección de la capa de ozono, la Antártida, los océanos y para algunos también la Amazonia. Debido a que las armas nucleares representan una amenaza indiscriminada y global contra la supervivencia de la vida humana y no humana sobre la Tierra, se puede considerar que la lucha contra la proliferación de armamento de destrucción masiva es promovida en nombre de la herencia común de la humanidad. Igualmente, se incluiría en esta categoría la exploración del espacio exterior, la Luna y otros planetas, ya que también considero las interacciones de estos con la Tierra como un patrimonio común de la humanidad (pp. 310-314).

Pues bien, esas cuatro formas se incluirían a su vez en dos clases de globalización que se encuentran y chocan en el espacio político global: «Por un lado, estaría la globalización desde arriba, o globalización hege-

mónica, que comprendería los localismos globalizados y los globalismos localizados, y, por el otro, estaría la globalización desde abajo o globalización contrahegemónica, en la que se incluiría el cosmopolitismo subalterno y el patrimonio común de la humanidad» (p. 315).

Santos considera además que la globalización del campo jurídico es un elemento constitutivo de todos esos procesos de globalización y señala siete tipos concretos de globalización jurídica que le parecen especialmente relevantes y a los que ha dedicado análisis pormenorizados: «1) la transnacionalización de la regulación del Estado-nación; 2) el derecho de la integración regional; 3) el resurgimiento de la *lex mercatoria*; 4) el derecho de las personas que atraviesan fronteras; 5) el derecho de los pueblos indígenas; 6) el cosmopolitismo subalterno e insurgente de los derechos humanos; 7) el derecho de los recursos naturales globales de propiedad común» (p. 329).

No es posible entrar aquí en ningún detalle, pero sí me interesa recoger la conclusión fundamental a la que llega en su análisis:

Mientras que el localismo globalizado y el globalismo localizado son parte de la operación normal, aunque discutida, del capitalismo mundial, el cosmopolitismo subalterno y el patrimonio común de la humanidad existen solo como lucha de oposición y movimiento social. En cuanto a la distribución de estas formas en los campos jurídicos transnacionales, las dos primeras son el modelo de los tres primeros campos jurídicos, mientras que las dos últimas constituyen el modelo de los cuatro últimos campos jurídicos (p. 451).

3.

Antes decía que la característica seguramente más sobresaliente del enfoque de Santos era su ambición teórica. Y ahora añado que la concepción amplia de la sociedad y del Derecho que se encuentra en sus obras es un elemento de extraordinario valor. Por un lado, porque contrasta con la estrechez de miras usual en la teoría jurídica dominante (digamos, la teoría analítica del Derecho), ocupada cada vez más en minuciosos análisis conceptuales contruidos bastante de espaldas a la práctica jurídica y, desde luego, al papel que el Derecho (y los conceptos jurídicos) pueda(n) jugar en el desarrollo de la sociedad. Y, por otro lado y sobre todo, porque el enfoque de Santos muestra lo inadecuado de una concepción positivista del Derecho (que es la que suele acompañar a los autores analíticos). La inadecuación consiste en que el positivismo jurídico piensa el Derecho, por lo general, únicamente en términos de Derecho estatal y de Derecho internacional público en sentido tradicional (que se ocupa esencialmente de las relaciones entre los Estados), lo que supone dejar fuera los diversos espacios de juridicidad cubiertos por el

pluralismo jurídico teorizado por Santos. Pero también porque el Derecho es un fenómeno mucho más poroso de lo que las teorías iuspositivistas suelen estar dispuestas a aceptar; o dicho de otra manera, es imposible establecer una clara línea de demarcación entre lo jurídico, lo económico, lo político, lo moral, etc.: los «campos jurídicos» están atravesados por todas las dimensiones de lo social, no constituyen en absoluto espacios cerrados (tampoco está cerrado cada tipo de Derecho en relación con los otros), sobre todo cuando esos campos se consideran —como hace Santos— desde la perspectiva de su función social.

Pero además de ser una visión amplia del Derecho, la de Santos es también una visión no escéptica y que considera el Derecho desde abajo, con la mirada de los «perdedores» del mundo de la Modernidad y del capitalismo. Su no escepticismo, como hemos visto, es lo que le lleva a distanciarse de otras «teorías críticas» del Derecho y, por tanto, a explorar las posibilidades de un uso emancipatorio del Derecho. Y también a enarbolar la bandera de la lucha contra lo que él llama —tomando la expresión de Leibniz— la «razón indolente»:

Estas perspectivas y análisis [se refiere a las de la teoría y sociología convencional que «recurren al pragmatismo para ocultar su pensamiento cínico y se presentan como defensores del escepticismo científico para estigmatizar como idealista todo lo que no encaja en sus limitadas perspectivas y análisis] provienen de un tipo de racionalidad que en su prefacio a la *Teodicea* [...] Leibniz denominó como «razón indolente». Consiste en lo siguiente: si el futuro es necesario y lo que tiene que ocurrir ocurre a pesar de lo que hagamos, es preferible no hacer nada, no preocuparse por nada y simplemente disfrutar el placer del momento. Esta forma de pensar es indolente porque renuncia a pensar ante la necesidad y el fatalismo [...]. La consecuencia social y política más vil de la razón indolente es el desperdicio de la experiencia. Este libro [se refiere a *Sociología jurídica crítica*] se ha escrito contra la razón indolente y contra el desperdicio de experiencia que provoca (p. 610).

Y su perspectiva «de abajo arriba» supone sin duda una inversión con respecto al paradigma dominante en la teoría del Derecho, lo que le permite a Santos sacar a la luz dimensiones de lo jurídico que normalmente están ocultas para el análisis teórico. Es también de destacar que el suyo no sea un enfoque abstracto, sino basado en investigaciones empíricas (a las del Derecho de Pasárgada pueden añadirse muchos otros estudios sobre el pluralismo jurídico en Mozambique, en Colombia, etc.) que combina con análisis teóricos en los que muestra además una gran y admirable imaginación. Sus textos son, en efecto, alardes de imaginación teórica y contienen un buen número de categorías (se ha hecho referencia a algunas de ellas) que, incluso aunque no se compartan del

todo, ayudan a entender mejor el mundo social y el mundo jurídico. En fin, esa perspectiva («de abajo arriba») es también la que le lleva a Santos a pensar que las respuestas a la cuestión de si el Derecho puede ser emancipatorio «surgen más bien de la práctica de grupos y clases socialmente oprimidos», prácticas que pueden tener lugar «dentro o fuera de los límites del derecho oficial moderno» (p. 51).

Finalmente, me parece que es también muy de destacar la importancia que Santos atribuye al Derecho y que contrasta con lo que suele ser usual entre los científicos sociales y los filósofos que han elaborado teorías sociales de alcance general y, en particular, los que se han ocupado de la globalización. Esa relevancia del Derecho es, por ejemplo, lo que hace que Santos sea muy crítico en relación con el esquema de Marx base-superestructura, que se correspondería con la distinción clásica, sociedad civil-Estado político. Según Santos, «como estaba empeñado en discutir la economía clásica en su propio terreno, Marx cayó en la trampa de la separación entre economía y política, y terminó por reducir la política y el derecho a la acción estatal. No consiguió percibir en qué sentido real (y no solo metafórico) las 'relaciones económicas' eran también relaciones marcadamente políticas y jurídicas en su constitución estructural» (Santos, 1998, 143-144; *vid.* Atienza, 2009, 34). Santos propone por ello una alternativa conceptual a la de Marx: las sociedades capitalistas, para él, son formaciones políticas constituidas por diversos modos básicos de producción de poder, que se articulan de maneras específicas. Habría así, en ese esquema, un espacio doméstico, un espacio de la producción, un espacio de la ciudadanía y un espacio mundial. Cada espacio estructural es un fenómeno complejo constituido por cinco componentes elementales: una unidad de práctica social, una forma institucional preferida, un mecanismo de poder, una forma de Derecho y un modo de racionalidad. Así, el mecanismo de poder de cada uno de esos espacios sería, respectivamente: el patriarcado, la explotación, la dominación y los intercambios desiguales; y las formas de Derecho: el Derecho doméstico, el Derecho de la producción, el Derecho territorial y el Derecho sistémico¹². El Derecho, en definitiva, en la concepción de Santos, aparece en todas las dimensiones de lo social, y está muy lejos de jugar un rol meramente dependiente de los otros componentes de la sociedad. Lo que habría más bien es una constante interacción entre todos ellos, y también entre los diversos tipos de Derecho que caracterizan nuestras sociedades.

12. Se trata del esquema defendido por Santos en una de sus obras más conocidas (Santos, 1998a, 149 ss.) Luego efectuó algunas revisiones al mismo, de manera que ahora habla, por ejemplo, de seis espacios-tiempo (doméstico, de la producción, del mercado, de la ciudadanía, de la comunidad, mundial), pero me parece que eso no afecta a lo que aquí se está sosteniendo (*vid.* Santos, 2009, 61 y nota).

4.

Pero hay también, como antes anticipaba, varios puntos de la concepción de Santos que me parecen cuestionables.

Así, muchas de las categorías centrales que construye creo que son susceptibles de un uso bastante ambiguo, por no decir confuso, mientras que otras podrían ser simplemente inadecuadas. Lo primero ocurre, por ejemplo, con la manera como entiende y utiliza la noción de retórica en cuanto uno de los componentes del Derecho. Yo no veo que tenga mucho sentido identificar retórica y argumentación (la retórica es uno de los componentes de la argumentación jurídica, pero no el único), ni me parece que la retórica esté bien caracterizada como un tipo de conocimiento (es una técnica de persuasión que, obviamente, se basa en ciertos conocimientos), ni que un mazo o una máquina de escribir o cualquier objeto físico sean sin más ejemplos de argumentos (pueden acompañar a argumentos o sugerir argumentos pero, de nuevo, eso es otra cosa). Y, desde luego, la argumentación (la obligación de motivar las decisiones por parte de los órganos públicos) es un componente central de los Derechos del Estado constitucional, de manera que no creo que se pueda concluir sin más que el Derecho oficial en las sociedades capitalistas se caracteriza por un uso cada vez menor de la argumentación (de la retórica)¹³. Y, a propósito de lo segundo, una de las categorías que me parecen inadecuadas es la de Derecho, tal y como él la presenta; pues su definición trasluce, efectivamente, una noción muy amplia de lo jurídico, pero yo diría que injustificadamente pobre y mucho más próxima a las caracterizaciones usuales de los autores iuspositivistas de lo que Santos parece suponer. Como se recordará, en la definición antes transcrita el Derecho aparece configurado esencialmente en términos normativos (la retórica, la burocracia y la fuerza están referidas estrictamente a normas) y no como una práctica (desde luego, basada en normas) con la que se trata de lograr ciertos fines y valores. Es cierto que Santos destaca en el Derecho la función de resolución de disputas, pero ese no puede ser un fin último del Derecho, de los Derechos de las sociedades contemporáneas (tal y como estos son concebidos); se trataría en todo caso de un fin intermedio, en cuanto la resolución de las disputas pueda contribuir al logro de valores como la libertad, la igualdad, la paz...

También parece bastante poco precisa, y yo diría que algo desenfocada, la imagen que Santos tiene de la teoría del Derecho contempo-

13. «En realidad, la tendencia secular (de los últimos doscientos años) se ha orientado hacia una retracción gradual de la retórica y una expansión gradual de la burocracia y de la violencia» (Santos, 2009, 58).

ránea, de lo que podríamos llamar su corriente principal. Por un lado, Santos parece cometer aquí el error simétrico al antes denunciado en los autores analíticos: para él una «teoría crítica» del Derecho parece poder elaborarse dejando prácticamente de lado la filosofía del Derecho más influyente de las últimas décadas (digamos, desde finales de los sesenta hasta hoy). Y, por otro lado, las escasas referencias que pueden encontrarse a esos autores son, al menos en ocasiones, bastante cuestionables. Por ejemplo, atribuir a Dworkin el propósito de aislar el Derecho de la política (Santos, 2009, 49) solo puede entenderse desde una perspectiva (que, naturalmente, no es la de Dworkin) que separa drásticamente política y moral; o sea, que este último recurra, como lo señala Santos, a los principios morales a la hora de identificar el Derecho es compatible con la tesis del estadounidense de que el Derecho es «una rama de la moralidad política» (*vid. Justice for Hedgehogs* [Dworkin, 2011]).

Y un serio motivo de crítica ya señalada por William Twining en un largo trabajo que dedicó a la obra de Santos, es cierta tendencia de este último al antirracionalismo y a sostener versiones fuertes de escepticismo epistemológico y de relativismo cultural¹⁴ (Atienza, 2006, 50), lo que seguramente va unido a su afán por desmitificar la ciencia moderna. Hay muchos pasajes de las obras de Santos que lo atestiguan, aunque también aquí no deja de haber ciertas ambigüedades. Pues uno podría —debería, yo creo— estar completamente de acuerdo con su afirmación de que «en lugar del irracionalismo, lo que está en juego es devolver a la razón una racionalidad más amplia» (Santos, 2009, p. 46) y, en consecuencia, aceptar también que una concepción del Derecho tendría que fundamentarse en «las exigencias de razonabilidad, práctica y retórica [sobre todo, si esta última expresión no se entiende, digamos, en un sentido técnico, sino equivalente a ‘argumentación’]» (p. 47). Pero el problema es que una concepción amplia de la racionalidad no tendría

14. En *Globalization and Legal Theory*, Twining muestra como muchas de las afirmaciones que pueden encontrarse en la obra de Santos (se refiere a la edición inglesa de 2002: *Toward a new legal common sense*) están muy próximas a las exageraciones anti-científicas y tendencias irracionalistas que Susan Haack trató de denunciar en su *Manifesto of a Passionate Moderate*, donde defiende lo que llama un «realismo inocente». Uno de los objetivos centrales de Haack es oponerse a la tesis de la construcción social del conocimiento sostenida, en efecto (en una de sus versiones), por Santos: «Es falso que los valores sociales sean inseparables de la investigación científica; falso que el propósito de la ciencia sea el logro de objetivos sociales; falso que el conocimiento no sea más que el producto de la negociación entre miembros de la comunidad científica; falso que el conocimiento, los hechos y la realidad no sean más que construcciones sociales; falso que la ciencia debiera ser más democrática; falso que las ciencias físicas estén subordinadas a las ciencias sociales» (Twining, 2000, 206). La conclusión de Twining es esta: «Santos, me parece, encarna los vicios del anti-racionalismo y las virtudes del post-modernismo imaginativo, pero en relación con un cierto número de cuestiones filosóficas, yo le encuentro oscuro» (p. 243).

que significar una concepción «niveladora», que pone a todos los tipos de saber, de racionalidad, en el mismo plano, de la misma manera que el pluralismo jurídico no debería llevar tampoco a negar la prevalencia que, en tantísimos aspectos, sigue teniendo el Derecho estatal sobre las otras juridicciones. Sin embargo, esta no parece ser la opinión de Santos, que ve un paralelismo entre el pluralismo jurídico (la no hegemonía del Derecho estatal) y lo que ocurre en el campo de la medicina¹⁵, en donde no habría razones para situar «la medicina oficial, profesionalizada, farmoquímica y alopática» por encima de «otros tipos de medicina: tradicional, herbaria, comunitaria, mágica y las medicinas no occidentales» (p. 66). Este relativismo epistemológico parece extenderse al conjunto de las relaciones sociales (de lo que él llama la «regulación social», en cuanto uno de los pilares de la Modernidad: el otro sería la «emancipación social»). Así, comentando ciertas tesis de Foucault, Santos afirma que: «el poder disciplinario [centrado alrededor de las ciencias; contrapuesto al poder jurídico, centrado alrededor del Estado y del derecho] es cada vez más un poder no disciplinario, hasta el punto de que las ciencias pierden su confianza epistemológica y se las fuerza a compartir el campo de conocimiento con saberes rivales —como los saberes indígenas en el caso de las luchas contemporáneas alrededor de la biodiversidad— que a su vez son capaces de generar diferentes tipos de poder y resistencia» (p. 552). Y el fondo del asunto, una consecuencia probablemente de su «lucha contra la concepción positivista de la ciencia», es que Santos suscribe una concepción de la ciencia y del conocimiento en general basada en lo que suele llamarse convencionalismo o constructivismo epistemológico: «La verdad científica es siempre una verdad convencional; los hechos se fabrican, y la prioridad de la teoría en la ciencia es el reverso estructural de la presciencia de lo incompleto. Se necesita la teoría para compensar los hechos decisivos que siempre faltan» (p. 219). Concepción que, a su vez, lleva a debilitar el papel de la teoría o, mejor, a optar por formas débiles de teorización. Así, refiriéndose al movimiento zapatista, como ejemplo de «cosmopolitismo subalterno», escribe Santos:

La teoría, cualquiera que sea su valor, siempre será lo último y no lo primero. En lugar de una teoría que unifique la inmensa variedad de luchas y movimientos, lo que necesitamos es una teoría de traducción, es decir, una teoría que en lugar de dirigirse a crear otra realidad (teórica) por encima

15. Pero no solo: «La agenda cosmopolita subalterna e insurgente exige la convencionalidad gobernada por el principio de la igualdad y por el principio de la diferencia. En sus condiciones, la integridad cultural del saber no occidental debería respetarse totalmente a través del reconocimiento en condiciones de igualdad de los conocimientos rivales y concepciones rivales de propiedad en juego» (Santos, 2009, 591).

y además de los movimientos, intente conseguir crear un entendimiento mutuo, una mutua inteligibilidad entre estos para que se beneficien de las experiencias de los otros y para que se interconecten entre ellos (p. 571).

Precisamente, la forma que Santos tiene de entender los movimientos insurgentes, las luchas contra la globalización neoliberal, constituye también, en mi opinión, otro de los puntos débiles de su planteamiento. Yo creo que la alternativa que plantea es muy poco creíble, y con ello no me refiero a la implausibilidad de que, dada cual es la situación del mundo, pueda revertirse el sentido de lo que ha sido hasta ahora la globalización¹⁶. Me refiero a que Santos parece aceptar sin más que del hecho de que una lucha sea llevada a cabo por un grupo o clase socialmente oprimidos se deriva necesariamente que la misma está (objetivamente) bien orientada. Una actitud que resulta probablemente coherente con su concepción del pluralismo, con su crítica de la ciencia moderna... (y que viene a ser prácticamente la antítesis de lo que impulsó a Marx —como se recordará— a distinguir entre el socialismo utópico y el socialismo científico), pero que puede haberle llevado a Santos a interpretar de manera equivocada el sentido de muchos —o de algunos— de esos movimientos. Pongo dos ejemplos. Su forma de evaluar el Derecho de Pasárgada al que antes se hizo referencia resulta, yo creo, notablemente ingenua. Él ve como datos positivos del «potencial emancipatorio» de las prácticas jurídicas que estudia, como se recordará, el carácter no profesional, accesible y participativo de las mismas, pero, claro, en ese juicio no parece tomarse en consideración que, en realidad, el Derecho de Pasárgada está claramente subordinado al del Estado brasileño (las normas establecidas en Pasárgada son solo parte del Derecho que regula la vida de los habitantes de esa favela) y que es el Derecho estatal el que se aplica en relación con las cuestiones penales o las que involucran conflictos complejos que, como resulta obvio, son también las que requieren en mayor medida de burocracia y de violencia. O sea, quien se propusiera estudiar el Derecho del Estado brasileño (o, en todo caso, de muchos Estados) fijándose, digamos, en el funcionamiento de una oficina del Registro Civil o de muchas dependencias de la administración del Estado, que aplican inequívocamente un Derecho «oficial», podría llegar con facilidad a conclusiones bastante semejantes a las enunciadas por Santos a propósito del Derecho de Pasárgada. Y los

16. Aunque a veces uno se encuentra con afirmaciones de un optimismo un tanto desconcertante como, por ejemplo, a propósito del llamado «comercio justo»: «El comercio justo es una diminuta isla prometidora dentro del injusto océano del comercio capitalista mundial. De los 3,6 trillones de dólares norteamericanos de todos los bienes que se intercambian a nivel mundial, el comercio justo es responsable solamente de un 0,01 por ciento. Pero está creciendo» (p. 599).

elogios que, en algún trabajo reciente, Santos ha dedicado al «constitucionalismo transformativo» de Ecuador y de Bolivia (*vid.* Santos, 2015), y a otros movimientos más o menos en esa línea, muestra, yo creo, el riesgo que entraña una concepción como la suya, al no poder distinguir adecuadamente entre un movimiento político dirigido realmente a la transformación social y otro de carácter simplemente populista (o, quizás mejor, entre los elementos transformadores y los populistas que pueden darse en el interior de un mismo movimiento).

Además, me parece que Santos no valora tampoco suficientemente las posibilidades que el Estado constitucional de Derecho ofrece para luchar desde dentro —desde dentro de sus instituciones— por la emancipación social.

En parte, ello puede ser una consecuencia de su tendencia a devaluar el papel del Estado nacional y del Derecho estatal, en el sentido de no reconocer a esas instancias algún tipo de prioridad sobre las otras. Así se explica quizás la falta de atención por su parte a lo que se suele llamar «constitucionalismo», que es un fenómeno esencialmente estatal y que constituye uno de los principales factores de cambio de la cultura jurídica de las últimas décadas en muchos países; o su asombro por el creciente poder de los jueces en los sistemas jurídicos contemporáneos¹⁷. Quiero decir, para los enfoques habituales del Derecho (de la teoría del Derecho) que, efectivamente, miran sobre todo al Derecho estatal, la existencia de constituciones rígidas que incluyen declaraciones de derechos normalmente bastante extensas y expresadas en enunciados de principio y de valor, la aparición de tribunales constitucionales con las características que conocemos, etc., suponen una transformación muy importante de los sistemas jurídicos; y esos cambios, a su vez, explican en buena medida que el poder de los jueces (que no tienen que vérselas ya, al aplicar el Derecho, únicamente con reglas en sentido estricto, sino también con principios y valores) se haya acrecentado notablemente en los últimos tiempos: la racionalidad de los Derechos contemporáneos (del constitucionalismo) no es la racionalidad formal weberiana, en la que la aplicación judicial del Derecho se limitaba a la subsunción.

Pero en otra parte, su escepticismo en relación con las potencialidades del Derecho de los Estados constitucionales se debe al enfoque que

17. Escribe al comienzo del capítulo 7, titulado «Derecho y democracia: La reforma global de la justicia»: «[E]n estas páginas me propongo analizar con cierto detalle la globalización de la democracia y del derecho, discutiendo para ello uno de los fenómenos más desconcertantes de la sociología y de la teoría política de la década de los noventa, estos, la mayor visibilidad social y política y el mayor protagonismo de los tribunales en varios países, así como la obligación de imponer el Estado de derecho y reformar el sistema judicial en todos los países del mundo» (Santos, 2009, 454).

Santos adopta, y que no es obviamente el del participante que trata de mejorar una práctica aceptando los valores de la misma, sino más bien el del sociólogo que la contempla desde fuera o el del «infiltrado» que trata de subvertirla. Y el problema es que ese enfoque incapacita a quien lo asume para poder llevar a cabo algunas de las actividades más características de la práctica jurídica: ni podría elaborar la dogmática jurídica (Santos, 2009, 225), ni podría tampoco contribuir de manera relevante al razonamiento jurídico justificativo que caracteriza, por ejemplo, al razonamiento que efectúan los jueces al motivar sus decisiones (*vid.* Atienza, 2006, 49-50). El Derecho, desde la perspectiva de quien pretende luchar contra la globalización neoliberal, parece estar sometido, en el esquema de Santos, a la política. Así, una de las condiciones que él establece para lo que llama «una legalidad cosmopolita» se plasma en la tesis de que «el uso no hegemónico de herramientas jurídicas hegemónicas reposa en la idea de integrarlas en movilizaciones políticas más amplias que puedan incluir acciones tanto legales como ilegales» (Santos, 2009, 576). Y ese carácter puramente instrumental del Derecho parece constituir además para él parte de la esencia del Derecho. De ahí que, al final de su amplia reflexión sobre si el Derecho puede o no ser emancipatorio, Santos concluya lo siguiente: «Una vez que esta trayectoria se ha completado, es posible demostrar que la pregunta ‘¿puede el derecho ser emancipatorio?’ acaba siendo tan ventajosa como inadecuada. Después de todo, el derecho no puede ni ser emancipatorio ni no emancipatorio; lo que son emancipatorios o no emancipatorios son los movimientos, las organizaciones de los grupos cosmopolitas subalternos que recurren al derecho para progresar en sus luchas» (p. 610). Y repárese en que ese juicio no lo extendería Santos a la «democracia participativa» que, en sus palabras, «se concibe en sí misma como el criterio último y más elevado de la vida social moderna» (p. 493); y que forma parte de su definición del socialismo, de la sociedad emancipada, que puede entenderse —nos dice— como «una democracia sin fin» (p. 606). Ahora bien, la pregunta que entonces cabe hacerse es esta: si en relación con la democracia es posible distinguir entre la democracia realmente existente (la democracia representativa) y el ideal de la democracia (la democracia participativa), ¿por qué no es posible trazar una distinción semejante en relación con el Derecho? ¿Hay algo en la *esencia* del Derecho que lo condene a no poder encarnar un valor que no sea de carácter simplemente instrumental? ¿No existe en el plano del Derecho un equivalente a la «democracia participativa», la «democracia sin fin» o como quiera llamársela? ¿Por qué no?

Todas estas dificultades que presenta el planteamiento de Santos se reúnen en cierto modo en su concepción de los derechos humanos. Yo diría que aquí se reflejan muchas de las ambigüedades conceptuales, fal-

ta de interés por la filosofía del Derecho contemporánea, relativismo cultural, irracionalismo, etc., a que me vengo refiriendo.

Para empezar, me parece que el planteamiento de Santos al respecto es bastante ambiguo. Y que la extrañeza que muestra por el hecho de que en los últimos años los derechos humanos se hayan convertido «en el lenguaje de la política progresista» (p. 509) podría deberse en buena medida a esa falta de claridad de su planteamiento. En principio, resulta chocante que Santos adopte una actitud de mucha cautela cuando emplea el lenguaje de los derechos humanos, pero sin embargo no tiene la misma actitud cuando hace referencia a la noción de dignidad humana; este último concepto, a diferencia del primero, no le parece que sea «sospechoso» y con respecto al cual convenga estar en guardia. Y es chocante, porque la dignidad humana, como bien se sabe, es considerada por lo general como el valor que fundamenta los derechos humanos: así ocurre en casi todas (por no decir, en todas) las declaraciones de derechos en el ámbito estatal o internacional. ¿No parece, entonces, contradictorio aceptar el lenguaje de la dignidad, pero no el de los derechos humanos, que viene a ser su consecuencia directa? Bueno, yo diría que la estrategia argumentativa de Santos para evitar esa posible contradicción consiste en trazar una distinción entre las nociones de dignidad y de derechos humanos situando cada una de ellas en un nivel distinto de abstracción: los derechos humanos vendrían a ser una de las interpretaciones posibles de la dignidad humana; precisamente, la de la cultura occidental, que es lo mismo que decir, la del paradigma liberal, la de la Modernidad, el Estado-nación, etc., con toda la carga negativa que estas últimas expresiones tienen en el pensamiento de Santos. Ahora bien, ¿es aceptable ese argumento de disociación¹⁸ tal y como Santos lo utiliza? Yo creo que no.

Por un lado, uno tiene la impresión de que la razón de fondo de Santos para desconfiar de los derechos humanos es su origen en una determinada cultura, y el hecho de que la apelación a los mismos haya jugado —siga jugando— un papel como ideología que contribuye a la dominación. Pero esa no parece ser una buena razón. En primer lugar, dado que no se entiende muy bien por qué esa actitud de sospecha no se extiende también a la dignidad humana; de hecho, hoy no faltan quienes, ante lo que consideran inevitable imprecisión de tal concepto y el uso interesado del mismo a que se presta con frecuencia, proponen su abandono o sustitución por algún otro más manejable, como el de autono-

18. La disociación es una de las técnicas argumentativas analizadas con detalle por Perelman y Olbrechts-Tyteca en su *Nueva retórica. Tratado de la argumentación*. Una obra que parece haber ejercido una gran influencia en Santos; al menos, en el de la primera época.

mía. Y, en segundo lugar, porque la génesis o cierto uso de un concepto no imposibilita, cabría decir, su «depuración» para evitar esos posibles «abusos» (*vid.* p. 515). De hecho, esto último es lo que pretende en realidad el propio Santos en su operación de «reconstrucción intercultural de los derechos humanos»: «La complejidad de los derechos humanos consiste en que pueden concebirse o bien como una modalidad de localismo globalizado, o como una modalidad de cosmopolitismo subalterno o insurgentes, es decir, en otras palabras, como una globalización desde arriba o como una globalización desde abajo. Mi objetivo es especificar las circunstancias bajo las que los derechos humanos se pueden concebir como una modalidad de globalización del segundo tipo» (p. 513)¹⁹. Enseguida volveré sobre esto.

Por otro lado, la disociación efectuada por Santos tiene, en mi opinión, el inconveniente fundamental de que no está nada claro qué es lo que él entiende por dignidad humana. De hecho, no da ninguna definición de ese concepto y el término «dignidad» ni siquiera aparece en el —detallado— índice analítico del libro que estoy tomando como fundamental referencia de su obra (Santos, 2009). Lo único que parece colegirse es que, de acuerdo con el uso que hace de ese concepto, la dignidad no iría ligada al universalismo ético, sino al pluralismo o «multiculturalismo progresista» que él defiende (y que, en su opinión, no sería exactamente relativismo): «Todas las culturas son relativas, pero el relativismo cultural como postura filosófica es erróneo. Todas las culturas aspiran a tener valores y preocupaciones absolutos, pero el universalismo cultural en cuanto postura filosófica es erróneo. Contra el universalismo, debemos proponer diálogos transculturales sobre preocupaciones isomórficas. Contra el relativismo, debemos desarrollar cri-

19. Santos es perfectamente consciente de la diferencia que va entre la génesis de un concepto y la validez del mismo, pero no resulta muy claro si ello le preserva de incurrir en lo que podría considerarse como una especie de «falacia genética»: «Uno de los debates más acalorados sobre los derechos humanos es, en efecto, si los mismos son un concepto universal o más bien un concepto occidental y, paralelamente, si son universalmente válidos o no. Aunque estas dos cuestiones estén estrechamente relacionadas, son no obstante autónomas. La primera trata de los orígenes históricos y culturales del concepto de derechos humanos, la segunda, de sus exigencias de validez en un determinado momento de la historia. La génesis de una reivindicación moral puede condicionar su validez pero de ninguna manera la determina. El origen occidental de los derechos humanos puede fundarse en congruencia con su universalidad si, hipotéticamente, en un determinado momento de la historia estos se aceptaran universalmente como estándares ideales de la vida política y moral. Las dos cuestiones están, no obstante, interrelacionadas porque la energía movilizadora que se puede generar para hacer que la aceptación de los derechos humanos sea concreta y efectiva depende, en parte, de la identificación cultural con las presuposiciones que introducen a los derechos humanos como una reivindicación moral. Desde una perspectiva sociológica y política, la elucidación de esta articulación es de lejos más importante que la discusión abstracta tanto de la cuestión de anclaje cultural como de la validez filosófica» (Santos, 2009, 513).

terios procedimentales transculturales para distinguir la política progresista de la conservadora» (p. 316). Pero con ello llegamos, en mi opinión, al que probablemente sea el punto más débil —y también uno de los más determinantes, si no el más— de toda la construcción de Santos. Detengámonos un momento en ello.

La tesis de Santos —como hemos visto— es que los derechos humanos constituyen únicamente una de las posibles interpretaciones de la dignidad humana: «todas las culturas poseen ideas sobre la dignidad humana pero no todas conciben la dignidad humana como equivalente a los derechos humanos» (p. 517); los derechos humanos tienen, además, un carácter ambiguo porque pueden contribuir a lo que él llama una «globalización desde arriba» o «desde abajo». ¿Cómo habría que hacer, entonces, para romper esa ambigüedad a favor de su uso progresista, emancipatorio, favorable a la dignidad humana? Pues bien, la respuesta de Santos es que eso solo puede lograrse si dejamos de concebir los derechos humanos en términos de universalidad, aceptamos el multiculturalismo y optamos por un método que él denomina diálogo transcultural o hermenéutica diatópica. Todas esas ideas, por otro lado, están entre sí unidas.

Su rechazo a la universalidad de los derechos humanos (una cuestión que, en su opinión, pertenece solo a la cultura occidental [Santos, 2009, 514]) no puede ser más contundente: «Mi tesis es que mientras los derechos humanos sean concebidos como derechos humanos universales, tenderán a funcionar como localismos globalizados, una globalización desde arriba» (p. 513). Ahora bien, el que los derechos humanos no sean universales en cuanto a su aplicación (Santos distingue diversos regímenes internacionales de los derechos humanos) no es, obviamente, ninguna razón para cuestionar el universalismo en cuanto a la idea como tal de derechos humanos. De manera que yo creo que la tesis de fondo de Santos para estar en contra de la concepción universalista (de la Modernidad occidental) de los derechos humanos es que esa noción no permite dar cuenta más que de los derechos individuales y, con algunas limitaciones, de los derechos sociales, pero no «de los derechos colectivos, de los derechos de la naturaleza y de las generaciones futuras, así como [de] las [ideas] de los deberes y responsabilidades frente a entidades colectivas, sean la comunidad, el mundo o incluso el cosmos». Para introducir todas esas ideas en la cultura occidental sería necesario —en opinión de Santos— asumir la «hermenéutica diatópica» antes mencionada (p. 525) y de la que enseguida me ocuparé. En definitiva, la idea de dignidad humana de la Modernidad occidental resultaría ser excesivamente limitada. ¿Pero es ello cierto?

Yo creo que no, y no estoy tampoco muy seguro de que Santos piense de otra manera, por lo siguiente. Su defensa de los derechos colecti-

vos es, en mi opinión, perfectamente compatible con el individualismo ético, en cuanto tesis (diferente del individualismo sociológico o epistemológico) que postula, simplemente, que las únicas entidades que poseen dignidad son los individuos. O sea, ese individualismo ético (que va unido al universalismo ético y al valor de la dignidad) es precisamente la base para justificar la obligación (y correspondiente derecho) de proteger a todos los individuos sin excepción y, por tanto, también a los que forman parte de pueblos indígenas (y con mayor intensidad, en la medida en que su situación sea peor que la de otros), o a los individuos de las generaciones futuras. Obviamente, el individualismo y el universalismo moral no suponen tampoco ningún obstáculo para reconocer «el derecho colectivo a existir como pueblos distintos», aunque en este caso bajo la condición de que eso no puede significar la justificación de medidas que supongan sacrificar al individuo en aras de la comunidad; o sea, a nadie se le podría obligar o forzar de alguna manera a que permanezca formando parte de su comunidad o cultura de origen. Pero es obvio que con esto también está de acuerdo Santos, como su propia biografía pone bien de manifiesto. Y respecto a los «derechos de la naturaleza», la cuestión es aquí algo más complicada. Quizás pueda hablar de «derechos humanos» sin más quien parta de una concepción «animada» de la naturaleza, como ocurre con ciertas culturas del presente (y ocurrió también, pero en tiempos pretéritos, en la cultura occidental²⁰), pero esa, efectivamente, sería una vía cerrada para quien opta por el racionalismo filosófico. Para estos últimos (y creo que no es muy claro si a Santos habría que incluirle o no aquí), hablar de «derechos de la naturaleza» solo podría hacerse en un sentido metafórico y para referirse, en realidad, a las obligaciones que todos tenemos en relación con la naturaleza, precisamente como manera de proteger (indirectamente) la dignidad de las personas. La defensa de todos estos derechos humanos (con las precisiones indicadas) es un lugar común de muchas de las concepciones liberales contemporáneas y, más en particular, de las que representan el llamado «liberalismo igualitarista». Resulta, por cierto, un tanto sorprendente que Santos no haga ninguna referencia a la obra de Carlos Nino que, en el mundo latino, constituye sin duda la referencia fundamental en esta materia.

Pero además, me parece que en todo el planteamiento de Santos hay subyacente algo muy parecido a una falacia lógica, y que consiste en lo siguiente. Él insiste una y otra vez en la necesidad de tratar a todas las culturas por igual; o, mejor dicho, en la imposibilidad de situar a alguna

20. Merece la pena traer aquí a colación a Kelsen y a su famosa distinción entre causalidad e imputación, que se correspondería con la contraposición entre mundo natural y mundo cultural.

o algunas de ellas por encima de las otras, dado que todas las culturas son entidades incompletas (pp. 528-529), y de ahí la necesidad del diálogo intercultural y de la hermenéutica diatópica:

La hermenéutica diatópica se basa en la idea de que los *topoi* de una cultura individual, no importa lo fuertes que sean, son tan incompletos como la cultura misma. Semejante incompletud no es visible desde dentro de la propia cultura, puesto que la aspiración a la totalidad induce a tomar parte por el todo. El objetivo de la hermenéutica diatópica no es, por tanto, alcanzar la completud —puesto que ese es un objetivo inalcanzable— sino, por el contrario, elevar la conciencia de la recíproca incompletud a su máximo posible entablando un diálogo, por así decirlo, con un pie en cada cultura. Aquí reside su carácter *dia-tópico*.

Se puede llevar a cabo una hermenéutica diatópica entre el *topos* de los derechos humanos en la cultura occidental, el *topos* del *dharma* en la cultura hindú, y el *topos* de la *umma* en la cultura islámica (p. 518).

Ahora bien, si de lo que se trata (y es de lo que trata Santos) no es simplemente de realizar un análisis comparativo, en términos puramente descriptivos, entre diversas culturas, sino de llegar a ciertas tesis normativas, es inevitable situarse en un plano, por así decirlo, metacultural, que suponga dar prioridad a algunos elementos que es posible que se den en ciertas culturas, pero no en otras. Y esto es precisamente lo que yo creo que hace Santos, cuando defiende que, en ese diálogo transcultural, habría que dar preferencia a las versiones más amplias, más inclusivas, de cada cultura; por ejemplo, a propósito del Corán, habría que preferir la interpretación que «en el reconocimiento del otro», no deja fuera a los no musulmanes ni a las mujeres, o, en la cultura occidental, la versión socialdemócrata o marxista de los derechos humanos (que incluye a los derechos sociales) frente a la liberal (que los limita a los derechos civiles y políticos) (p. 531). Y si esto es así, entonces la dificultad lógica a la que antes me refería consistiría en que Santos estaría presuponiendo de manera más o menos implícita lo que parece negar de manera explícita, esto es, la superioridad de ciertos contenidos o pautas culturales: la igual dignidad de todos los seres humanos. Por supuesto, esa idea de dignidad humana no tiene por qué ser patrimonio exclusivo de una única cultura. Se encuentra, desde luego, formulada con mucha precisión por Kant (otro gran ausente en la obra de Santos), en la segunda formulación del imperativo categórico: no tratar a ningún ser racional únicamente como un medio, como un instrumento. Pero es también perfectamente posible que se pueda encontrar en otras culturas; recientemente, Sen ha insistido en que también podría rastrearse en la cultura hindú (Sen, 2010). Pero no en todas ellas... a no ser que se defina (normativamente) lo que es una cultura de manera que en el concepto de

cultura se introduzca ya esa idea, en cuyo caso el razonamiento no sería ya contradictorio, sino circular. Pero lo importante es que la idea de dignidad, en su núcleo, es siempre la misma: una idea que presupone el universalismo ético y que lleva necesariamente a configurar los derechos humanos como derechos universales.

De manera que, en definitiva, no me parece que haya ninguna buena razón para extrañarse de que los derechos humanos sean el lenguaje de la política progresista y de la emancipación humana. Por supuesto, se trata de un lenguaje muchas veces engañoso, interesado, etc. Pero para desenmascarar esos usos espurios, para construir una teoría de la emancipación humana, lo que se necesita, en mi opinión, no es recurrir a una (oscura y cuestionable) hermenéutica diatópica, sino, lisa y llanamente, al diálogo racional, en el que todos los individuos (y —si se quiere— los grupos en los que los individuos se integran) puedan participar en condiciones de libertad y de igualdad.

9. PARA QUÉ SIRVE EL DERECHO SEGÚN FRANÇOIS OST

Una idea parecida en cierto modo a la de estos dos últimos autores puede encontrarse en un libro reciente de François Ost, un iusfilósofo que también cabría incluir en las corrientes de «crítica jurídica», si bien su pensamiento parece haber estado influido más que por la tradición marxista, por la filosofía hermenéutica (sobre todo, por la obra de Paul Ricœur) y por cierta forma de entender el postmodernismo: Ost ha estado particularmente empeñado en modificar la manera usual de representarse el Derecho: no como una pirámide, sino como una red²¹. Pues bien, en *À quoi sert le droit?*, Ost entiende que por primera vez en la historia contemplamos hoy el escenario de una sociedad postjurídica, esto es, una sociedad en la que el Derecho se disuelve en un océano de normatividad indistinta que terminará por producir algo así como una evaporación del Derecho. En su opinión, el Derecho está perdiendo su potencial regulativo en la medida en la que en nuestras sociedades la normatividad aumenta sin cesar, pero lo que tiende a predominar son las normas de tipo técnico, ético, etc., en detrimento de las de carácter jurídico. El Derecho, en definitiva, estaría perdiendo el lugar central que tuvo en la Edad Moderna y que mantuvo hasta la Primera Guerra Mundial. Y ese lugar central en lo que él llama «el gran todo cultural», que anteriormente había tenido la religión, hoy parece ocuparlo el mer-

21. El título de una de sus obras más conocidas, escrita en coautoría con Michel van de Kerchove es: *Piramide ou réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruselas, 2002.

cado y las tecnologías sobre las que este se apoya (Ost, 2016, 6). A fin de entender ese fenómeno, Ost subraya que el Derecho es un fenómeno histórico, o sea, que han existido sociedades sin Derecho (no sin normatividad), y que las instituciones jurídicas tienen un carácter «secundario», en el sentido de que se apoyan en instituciones más originarias, como son las familiares, las religiosas, las comerciales o las políticas.

Ahora bien, que exista esa tendencia no quiere decir que el Derecho carezca de importancia en este momento histórico. Al contrario, Ost entiende que la contribución del Derecho a la edificación de una «sociedad en transición» es *decisiva* (p. 558). O sea, que incluso marginalizado, el Derecho «contribuye a la difusión de una 'cultura jurídica' implícita pero operativa que determina en profundidad procedimientos, hábitos y valores» (p. 6). De ahí la importancia de determinar cuáles son los rasgos esenciales de ese tipo de cultura, de contestar a la pregunta de para qué sirve el Derecho.

Y la respuesta de Ost es que para ello se debe distinguir entre las *funciones*, los *usos* y los *finés* del Derecho, de manera parecida a lo que haríamos si tomáramos el ejemplo simple de un automóvil y nos preguntáramos para qué sirve. La respuesta sería que su función consiste en ser una máquina capaz de moverse por sí misma. Su uso, sin embargo, es extremadamente diverso, de acuerdo con los intereses y las estrategias de los usuarios (puede servir también como una vivienda, un arma o una obra de arte). Y la función de movilidad se puede poner al servicio de diversas finalidades: placer, transporte de personas o de mercancías, etcétera.

Haciendo uso de ese paralelismo, tendríamos que la función propia del Derecho, en cuanto institución secundaria, es la de servir como medida (como guía de la acción y como criterio para juzgar acerca de la adecuación de los casos a las reglas) y también como un medio que crea lazos y traza límites: «Para terminar y hablando todavía en términos generales, propongo dos palabras: lazos y límites; y después, para concluir, una sola palabra: medida. El Derecho teje lazos y fija límites; al hacerlo, es la medida de lo social» (pp. 240-241). Pero todas estas funciones (o metafunciones) son susceptibles de usos muy distintos: cabe un uso altruista o desinteresado del Derecho, o sea, servirse de él como un arma contra la injusticia, para conquistar derechos, etc., pero también para asegurar privilegios o, lo que sería un caso límite, como mecanismo de corrupción. Las funciones del Derecho pueden servir, pues, para lo mejor o para lo peor, tienen un valor puramente instrumental, dependiente del uso que de ellas hagan los actores (bien sean particulares o autoridades) y que cabe medir en relación con los fines del Derecho, con los objetivos últimos que orientan el actuar jurídico. Y aquí, Ost distingue entre los fines *intrínsecos* del Derecho, los que solo pue-

de cumplir el Derecho (lo que no quiere decir que siempre los cumpla, o que lo haga de manera plena), y los fines que son *extrínsecos* al Derecho porque a su realización no contribuye únicamente el Derecho; estos últimos, en opinión de Ost, serían, y por orden de menor a mayor importancia, la democracia, la justicia y la constitución antropológica de lo humano; y Ost precisa también que no cabe hablar de una conexión de carácter necesario entre esos fines y el Derecho; por ejemplo, no la habría entre el Derecho y la justicia (la moral). De manera que la especificidad del Derecho se encontraría en los fines *intrínsecos* (los que son supremos para el Derecho) que orientan las diversas funciones del Derecho y que, en palabras de Ost, vendrían a constituir algo así como el «hilo rojo» de su obra.

Pues bien, esos fines intrínsecos del Derecho, también en número de tres y que están —o deberían estar— orientados, a su vez, hacia los fines externos, son definidos por Ost de una manera inevitablemente abstracta y deben considerarse como ligados entre sí dialécticamente. Lo específico del Derecho vendría dado por las tres siguientes finalidades tomadas conjuntamente y que, en su formulación más compleja, serían: «(1) definir un equilibrio social general *con vocación operativa*, (2) susceptible de ser impuesto por una coacción *controlada generadora de confianza*, y (3) que puede ser puesta en tela de juicio, *al menos en una cierta medida*, en el marco de procedimientos determinados» (p. 338). Esas tres finalidades se conectan dialécticamente con los símbolos que generalmente van unidos a la justicia y al Derecho: la balanza, la espada y la venda, pero también con lo que Ost considera como la dialéctica más fundamental: «la que asigna al Derecho la finalidad de asegurar la mediación entre la fuerza y el bien. Dicho de otra manera, el lazo entre la aspiración ética, de una parte (los valores, las diversas concepciones de la vida buena), y, de otra parte, las relaciones de fuerza y las lógicas del interés que constituyen lo real concreto que se trata de instituir y de significar. Menos sublime que la ética, menos cínico que la política, el Derecho opera en esa encrucijada, esforzándose, con un mismo gesto, por 'civilizar' la fuerza y 'realizar' (volver reales) los ideales normativos que persigue una sociedad. Tomando de una su coacción, y de otra su capacidad de interrogación crítica, no se reduce a ninguna de las dos esferas, consagrado como está a la tarea de limitarlas, pero también a la de hacerlas fecundas» (p. 339). Y, por otro lado, la «sociedad incivil» estaría representada por el incumplimiento de alguna o de varias de esas tres finalidades. Por ejemplo, el déficit de la primera, del equilibrio social, supone una sociedad desigualitaria; la imposibilidad de movilizar la coacción o de hacerlo generando confianza, produce anarquía, una anarquía marcada por la ley del más fuerte; y la neutralización de los mecanismos jurídicos de autocontrol y de revisión lleva

a una sociedad congelada, excesivamente conservadora, reaccionaria y autoritaria (p. 347).

Para terminar con esta abrupta síntesis de una obra densa y compleja (ocupa casi seiscientas páginas) quiero destacar dos consideraciones que Ost realiza a propósito del Derecho y que están estrechamente vinculadas entre sí. La primera es que el Derecho, precisamente por su carácter «secundario», no es para él una esfera (del «gran todo cultural») que se encuentre al lado de las otras (la política, la economía, etc.). El Derecho debe entenderse más bien «como un *nivel distinto* que entra en funcionamiento en un segundo tiempo y asume finalidades de segundo orden (en sentido lógico): coordinación, limitación, traducción, garantía...» (p. 348). Y la segunda consideración es que ese carácter secundario del Derecho, que se caracteriza por la presencia de un tercero, de un mediador entre el «yo» y el «tú», supone momentos tanto negativos como positivos: «El momento de lo negativo concierne a todo lo que la juridificación de una relación humana o social entraña [...]: despersonalización de la relación vivida, objetivación de una situación, abstracción e incluso ficcionalización de las calificaciones, imparcialidad de la justicia, desfase y distanciamiento de la representación, incertidumbre de la acción, velo de ignorancia, voluntad de no juzgar más que sobre los actos y no sobre las personalidades, obediencia a las leyes y no a los hombres, anonimato y colectivización de los perfiles y de los roles [...]. Pero de este 'menos' puede surgir un 'más': la aparición de una propiedad emergente, la inscripción sobre otra escena que asegura más y otra cosa que el simple mantenimiento del lazo social: su desarrollo y su reafirmación. Cada una de nuestras tres finalidades [se refiere a las finalidades intrínsecas del Derecho], en la medida en que se persigan de manera dialéctica, es susceptible de producir ese efecto» (p. 349).

De manera que, como antes decía, a pesar de la importancia que Ost atribuye al Derecho y de la capacidad que le reconoce para desempeñar un papel positivo en la transformación social, en la persecución de lo que él considera como valores últimos de la praxis humana (la democracia, la justicia y la constitución de lo humano), sin embargo, el Derecho no forma propiamente parte de esa praxis; pertenece más bien al campo de la técnica, de la *poiesis* aristotélica (la actividad instrumental que encuentra su fin fuera de ella misma: como pasa con la arquitectura) que, como el propio Ost señala (p. 59), Aristóteles distingue de la *praxis*, de la acción que no produce nada exterior a los agentes, y en donde se sitúa la moral y la política.

Ahora bien, lo que le lleva a Ost a asumir ese planteamiento que, como digo, no deja de suponer una forma, yo creo que algo empobrecida de ver el Derecho, son dos tesis que me parecen discutibles. Una es la de la pérdida de juridicidad de nuestras sociedades que, en mi opinión,

presupone un concepto poco convincente, por excesivamente restringido, del Derecho: yo no veo que los fenómenos a los que él se refiere puedan caracterizarse así, o sea, no creo que pueda hablarse de una «pérdida de función del Derecho» (para emplear una famosa expresión de Bobbio), sino más bien de que el Derecho cumple ahora funciones que antes no cumplía y ello ha llevado también a que el fenómeno jurídico tenga ahora fronteras mucho menos nítidas de lo que ocurría en el pasado; pero —insisto— eso no tiene que ver, me parece, con que estemos en una fase de transición hacia una época gobernada por una racionalidad no jurídica; lo que tenemos (en parte) es un nuevo tipo de Derecho, si se quiere, un Derecho más fluido; pero no menos Derecho²². Y la otra tesis que me parece cuestionable es la del carácter secundario o de segundo nivel del Derecho. Mejor dicho, no es que esté en contra de la idea de que el Derecho presupone otras instituciones o prácticas sociales a las cuales regula, de manera que sí puede hablarse de niveles distintos. Creo que es así, pero yo no extraigo de esa diferencia de niveles la conclusión a la que parece llegar Ost: que en algún momento cabría prescindir del Derecho, de un mundo caracterizado inevitablemente por relaciones humanas «despersonalizadas», por valores «fríos», a diferencia de los «universos cálidos» de la política y de la ética (*vid.* p. 43). Y no la comparto, porque no creo posible que los ideales sociales de democracia, de justicia y de humanidad a los que se refiere Ost puedan alcanzarse alguna vez sin recurrir al Derecho; o sea, estoy de acuerdo en que a su realización no contribuye —no puede contribuir— únicamente el Derecho, pero al mismo tiempo me parece que el Derecho (cierto tipo de Derecho, de juridicidad) es condición indispensable para pensar y para construir ese tipo de idealidad. Y si es así, entonces no tiene, creo yo, sentido considerarlos simplemente como valores «externos»; si el Derecho (o cierto tipo de Derecho) es necesario para obtener democracia, justicia y la realización de lo humano, entonces tiene que poseer en sí mismo (algo de) esos valores. O, dicho de otra manera, el Derecho es parte de la praxis aristotélica y, por tanto, pertenece, junto con

22. En un intercambio epistolar con el autor de este libro, Ost hace una precisión a esa crítica: «De manera general, la intención de mi libro (por qué lo he escrito) es precisamente la de reaccionar a una tesis muy extendida que consiste en dudar de la capacidad del Derecho para seguir desempeñando un rol significativo en la transformación social; ciertamente, en la Introducción evoco ampliamente esta hipótesis [la de poder prescindir del Derecho], hasta el punto quizás de dar la impresión de suscribirla yo mismo; digamos que tomo esa tesis muy en serio, jugando seriamente el juego (quizás el Derecho no sirva ya para nada), pero verdaderamente todo el libro está dirigido a reflexionar sobre la aportación social del Derecho y a lo que perderíamos si presindiéramos de él». Y luego aclara que él mismo había criticado en el libro la tesis de Bobbio de la pérdida de función del Derecho en nuestras sociedades. Y se muestra, en fin, de acuerdo con la necesidad de manejar una noción fluida del Derecho.

la moral y la política, a la esfera de la filosofía práctica. Me parece que con el Derecho y otras instituciones sociales pasa algo parecido a lo que ocurre con la filosofía y el resto del saber. El que la filosofía sea un saber de segundo grado, de segundo nivel, no significa que esté destinada a desaparecer como consecuencia del desarrollo de esos otros saberes, de la ciencia y de la tecnología. De manera que las razones para estar en contra de la «naturalización» de la filosofía (la neurociencia, por ejemplo, nunca podrá sustituir a la ética —a la ética normativa—) son de orden semejante a las que me llevan a rechazar la tesis de la desaparición del Derecho (no es concebible ningún tipo de modelo ideal de sociedad que pueda prescindir del Derecho)²³.

10. INTERMEDIO

Una conclusión que parece poder extraerse de todas las anteriores concepciones es que ellas introducen algún elemento de escepticismo en relación con la contribución del Derecho (y de la filosofía del Derecho) a la transformación social, aunque las causas para ello sean muy distintas: el rol subordinado del Derecho en el todo social; el carácter éticamente deficitario del Derecho; el aislamiento del Derecho con respecto a los otros componentes del mundo social (y de la filosofía del Derecho con el resto de los saberes sociales); o la vinculación del Derecho con valores de signo conservador, de manera que la función del Derecho (y de la filosofía del Derecho) sería la de contribuir a mantener las estructuras sociales o incluso a evitar los cambios que pudieran tener un sentido emancipador. Las razones que yo tengo para oponerme a esas visiones del Derecho son también muy distintas y de muy distinta intensidad: de hecho, me siento muy próximo a algunas de ellas, como creo que ya he dado a entender. Y si mi concepción del Derecho no es escéptica, eso no supone tampoco que sea exactamente optimista. Me explico.

La ambivalencia del Derecho, el que los sistemas jurídicos hayan estado conectados (y sigan estándolo) tanto con fenómenos de opresión so-

23. También sobre esto Ost introduce algunas precisiones. Fundamentalmente, la de que aunque él considera que existe «una fuerte implicación entre las funciones [los fines externos] y mis tres finalidades intrínsecas», en el plano teórico prefiere mantener una distancia entre los dos niveles para «no idealizar el Derecho» y no dar lugar a que se piense que «todo lo que es Derecho es necesariamente justo y democrático». Y, por lo demás, él no cree que el Derecho sea un componente necesario en cualquier modelo de sociedad ideal: «Una sociedad verdaderamente ideal no tiene necesidad del Derecho. Para mí, es una sociedad de 'agape', una sociedad en la que reinas el amor, los dones, el perdón —que son categorías suprajurídicas—; digo a menudo que el Derecho es propio de sociedades intermedias: ni en la de los animales (no hay Derecho en una termitera o en una colmena) ni en el paraíso».

cial como de liberación humana, es un dato, me parece, incuestionable; como lo es el que haya habido (y siga habiendo) maneras de entender el Derecho que han subrayado la primera o la segunda de esas dos posibles funciones o usos del Derecho. La contraposición clásica es la que suele establecerse entre Savigny, la escuela histórica, por un lado, y Bentham (el reformismo inglés), por el otro (*vid.* Friedmann, 1966, 21 ss.). Pero lo que ahora importa es tratar de comprender esa ambigüedad del Derecho, el porqué de la misma. Y yo creo que la respuesta, en principio, es relativamente simple: la que mostraban Ihering y Dilthey al distinguir entre el Derecho como sistema de fines y como organización externa de la sociedad, y a la que se hizo referencia en el capítulo I de este libro. O sea, los fines del Derecho, los que dan sentido a esa práctica social, no son, podríamos decir, «naturales», como ocurre con la medicina y, por tanto, resultan siempre, en mayor o menor medida, discutibles: promover la salud o la calidad de vida es, en ese sentido, muy distinto a procurar la justicia de las relaciones sociales. Pero además, el logro de los fines del Derecho requiere de una organización social dotada con medios coactivos y burocráticos. De manera que, en relación con el Derecho, tanto los fines como los medios necesitan ser justificados, y es posible que no lo estén: que el sistema no persiga la realización de la justicia, o no en algunas de sus dimensiones; o que el uso de los medios coactivos y burocráticos resulte cuestionable: por inadecuado, por excesivo, etc. Bajo esas condiciones, tener una concepción positiva, optimista, acerca del Derecho, de su rol social, sin más especificaciones, no parece tener mucho sentido. Mejor dicho, podría tenerlo si consideráramos las cosas completamente en abstracto: la existencia de una sociedad en la que se logra cierto orden merced al Derecho es sin duda preferible al caos o a la imposición pura y simplemente de la ley del más fuerte. Pero lo que aquí me interesa no es hablar del Derecho en general, sino de un tipo particular de Derecho: el de los Estados constitucionales.

Hay, naturalmente, muchos sistemas jurídicos que obedecen a ese modelo y que difieren entre sí en muchos aspectos. Pero todos ellos tienen también (si efectivamente se trata del Derecho de un Estado constitucional) ciertos elementos básicos en común: una serie de principios que establecen los fines y valores del sistema y en donde ocupa un lugar destacado la tabla de derechos fundamentales; y un conjunto de medios, de instituciones, diseñados para obtener esas finalidades utilizando recursos coactivos y burocráticos pero que están limitados de diversas maneras: sobre todo, por la necesidad de respetar las normas establecidas mediante procedimientos válidos lo que, en última instancia, remite a criterios de carácter democrático en los procesos de creación del Derecho; y por la existencia efectiva de algún mecanismo de separación de poderes que produzca cierto equilibrio entre los mismos:

que unos controlen a los otros. Ese tipo de Derecho no es, sin duda, el mejor Derecho posible, pero sí que parece ser el mejor de los que hemos conocido. Y el constitucionalismo en cuanto concepción general del Derecho se caracteriza por defender ese modelo de Derecho y por construir una teorización del mismo que cumpla tanto funciones explicativas como normativas: que permita entender nuestros Derechos y actuar con sentido en los contextos que ellos determinan, lo que incluye tanto a los operadores jurídicos —a los profesionales del Derecho— como a la gente en general.

Pues bien, la idea de la que parto es que en el núcleo de los Derechos del Estado constitucional existen ciertos elementos que son potencialmente (y realmente) emancipatorios y que, por supuesto, pueden convivir con otros de signo antagónico. También hay ambigüedad (injusticias) en este tipo de Derecho, pero no se trata (o no solo) de la ambigüedad que caracteriza a los instrumentos técnicos. O sea, nuestros Derechos no son como cuchillos que pueden usarse tanto para tallar una escultura como para apuñalar a alguien. Y no lo son, por dos tipos de razones: 1) Porque el Derecho (al menos, ese tipo de Derecho; quizás cualquier Derecho en una medida mínima) cumple necesariamente algunas funciones que deben calificarse de positivas: poner un límite al uso de la fuerza y proporcionar, por tanto, cierta paz; asegurar algún grado de previsión de la conducta —o de las consecuencias de la conducta—; garantizar algunos derechos fundamentales —al menos, cierto grado de igualdad y de libertad—. Y 2), porque no hay alternativa al Derecho, o sea, no hay ningún otro mecanismo social con el que pudieran lograrse las anteriores funciones.

Pero si esto es así, entonces el valor del Derecho (o del Derecho del Estado constitucional) no puede considerarse como puramente instrumental, dependiente de otros valores que estarían situados precisamente fuera del Derecho. El Derecho es, en parte, razón instrumental, razón técnica, pero también, en otra parte, razón práctica. Forma una unidad con los otros componentes de la racionalidad práctica: la ética y la política. Y una unidad tal que no tiene sentido relegar el Derecho a un plano de inferioridad en relación con la ética y la política. Es más, creo que cuando se hace esto último, se incurre en algún tipo de deformación ideológica, consistente en reducir el Derecho a sus elementos coactivos y burocráticos (la organización externa de la sociedad), olvidándose de que es también un sistema de fines; y en presentar a la ética y a la política como si ellas no dependiesen para nada de los elementos de la organización externa. Creo que eso es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se identifica la ética con el desarrollo de la autonomía humana, pero sin darse cuenta de que no pueden existir seres autónomos —realmente autónomos— sin instituciones que, entre otras cosas, regulen el

uso de la coacción. O cuando se ve la política como una actividad dirigida a alcanzar una sociedad plenamente democrática, pero sin advertir tampoco que los fines presuponen medios, y que los fines y los medios (los elementos materiales y los formales de una democracia) constituyen una unidad. La función del Derecho en el contexto de la racionalidad práctica es precisamente la de servir de puente entre la ética y la política. La fórmula de Ost resulta a este respecto, perfectamente aceptable: «'civilizar' la fuerza y 'realizar' los ideales normativos que persigue una sociedad».

11. EL PLANTEAMIENTO DE HABERMAS. EL PAPEL DEL DERECHO EN LA MODERNIDAD

Me parece que estas últimas ideas constituyen el núcleo de la concepción que Habermas tiene del Derecho moderno y que está expuesta, sobre todo, en su influyente obra *Facticidad y validez*. Tengo ciertas prevenciones sobre el estilo filosófico de Habermas que, en mi opinión, vuelve innecesariamente ardua la tarea de penetrar en un universo de ideas de notable interés; me parece que en diversos sentidos su aproximación a la filosofía del Derecho es un ejemplo de lo que Bobbio llamó la «filosofía del Derecho de los filósofos», con los riesgos de abstracción y de olvido de la realidad jurídica que ello supone: en el caso de Habermas, eso se plasma, entre otras cosas, en la tendencia a abordar las cuestiones iusfilosóficas desde demasiado lejos, de manera que la amplitud de perspectivas (quizás, el propósito de integrar tantas y tan diversas perspectivas) lleva en no pocas ocasiones a que resulte desdibujado el objeto sometido a examen. Discrepo también de él en algunas cuestiones de fondo ya abordadas en anteriores capítulos: no creo que sea acertada la distinción tajante que traza entre normas y valores; tampoco que el procedimentalismo sea la única vía que tenemos de acceso a la corrección normativa (y valorativa); y me parece que se equivoca claramente (aunque no deje de tener un punto de razón) en la crítica que le dirige a Alexy a propósito de la ponderación. Pero su idea de fondo en relación con el Derecho moderno me parece acertada y que constituye un buen punto de partida para abordar el tema de la función de la filosofía del Derecho en la transformación social. Se trata, por lo demás, de una manera de pensar el Derecho que está completamente en la línea de los planteamientos de Von Ihering (el «segundo Ihering») y de Dilthey a que me referí en un capítulo anterior; lo que hace Habermas, en cierto modo, es insertar en ese planteamiento la noción de Estado de Derecho (mejor, de Estado *democrático* de Derecho) y de derechos humanos. Lo que yo considero más relevante de los planteamientos de

Habermas, a los efectos que aquí me interesan, se puede condensar en los cuatro puntos siguientes:

1) En el contexto de las sociedades complejas del presente, el Derecho es la única instancia que puede cumplir un papel de integración social; o, si se quiere decirlo de otra manera, el único recurso que tenemos para evitar el desmoronamiento social.

Ello supone, obviamente, asumir una actitud favorable hacia el Derecho y que contrasta vivamente con los planteamientos del propio Habermas anteriores a los años ochenta. Uno de los mayores conocedores de la obra iusfilosófica de Habermas, Evaristo Prieto, ha escrito que las consideraciones del filósofo alemán sobre el Derecho han sufrido, a lo largo de su evolución intelectual, «oscilaciones brutales» (Prieto, 2003, 153). Y ese mismo autor se muestra también crítico en relación con esta última visión de Habermas acerca del Derecho, de la función del Derecho, que le parece, por así decirlo, excesivamente optimista:

Iguals dudas [escribe Evaristo Prieto] suscita su [de Habermas] propuesta taumaturgica de conjurar miedos y zozobras con el recurso al Derecho. [...] Da la sensación de que el Derecho es la cifra de la consumación de toda filosofía práctica, y que toda construcción teórica que se precie debe rematarse con una filosofía jurídica. Como filósofo del Derecho, tengo una visión más modesta de nuestra labor, y tampoco me he sentido nunca animado por la creencia de que habitaba en tierra de promisión (Prieto, 2003, 471).

Bueno, yo tampoco tengo ninguna impresión de habitar en una tierra de promisión y no niego que en la obra de Habermas haya razones para pensar que su presentación del Derecho moderno tiende a cierta idealización, pero me parece que, como antes decía, el filósofo de Fráncfort sí que acierta en lo esencial al presentar el Derecho como lo hace.

Si yo le he entendido bien, no se trata de taumaturgia, sino más bien de todo lo contrario. O sea, la tesis de Habermas es que en nuestras sociedades secularizadas y pluralistas las funciones de orientación práctica (de integración social) no pueden basarse ya en visiones religiosas o metafísicas del mundo; nuestras concepciones del mundo son precisamente, según Habermas, de carácter postmetafísico (todas las creencias o normas de acción pueden ser sometidas a la crítica de la razón). Cabría pensar en acudir, para lograr esa integración, al lenguaje ordinario o a la moral, pero esas son dos vías que Habermas rechaza por inadecuadas o, quizás mejor, por insuficientes. En cuanto al lenguaje ordinario, porque aunque este constituye «un horizonte universal del entendimiento; en principio puede traducir todo *de* todas las lenguas», no puede, sin embargo, «operacionalizar sus mensajes para todos sus destinatarios de

forma comportamentalmente eficaz» (Habermas, 2010, p. 120); le faltan, precisamente, los medios coercitivos y la positividad que son características del Derecho. Y en relación con la moral, el Derecho positivo presenta también una serie de ventajas que tienen que ver con lo anterior y con ciertas características del Derecho moderno (el carácter formal y abstracto de este último), que facilitan la reducción de la complejidad social; en la terminología de Habermas, las reglas jurídicas suponen una serie de «desidealizaciones», gracias a las cuales «compensan la indeterminación cognitiva, la inseguridad motivacional y la reducida capacidad de coordinación que tienen las normas morales y en general las normas informales de acción» (p. 405). Al mismo tiempo, el Derecho está estrechamente vinculado con esas dos instituciones: el lenguaje del Derecho es el mismo lenguaje ordinario, más o menos tecnificado; y, como enseguida veremos, la moral forma parte también del Derecho: ha emigrado al interior del ordenamiento jurídico, aunque siga estando también fuera del Derecho.

El Derecho, en definitiva, opera como una especie de «transformador social», de «mediador» o de «correa de transmisión» entre los dos grandes componentes que Habermas distingue en la sociedad: el mundo de la vida y los sistemas:

Las sociedades modernas no solo se integran socialmente, es decir, por medio de valores, normas y procesos de entendimiento, sino también sistémicamente, es decir, a través de mercados y de poder empleado administrativamente. El dinero y el poder administrativo [el del Estado, no el «poder comunicativo»] son mecanismos de integración de la sociedad, formadores de sistemas, que coordinan las acciones de forma no necesariamente intencional, es decir, no necesariamente a través de la conciencia de los participantes en la interacción y, por tanto, no mediante gasto de energías comunicativas, sino objetivamente, por así decir, a espaldas de esos participantes. La «mano invisible» del mercado es desde Adam Smith el ejemplo clásico de tal tipo de regulación o control. Por vía de institucionalización jurídica ambos medios quedan anclados en los órdenes y esferas del mundo de la vida integrados a través de la acción comunicativa. De este modo el Derecho moderno queda asociado con los tres recursos de la integración social. A través de una práctica de la autodeterminación, que exige de los ciudadanos el ejercicio en común de sus libertades comunicativas, el Derecho nutre en última instancia su capacidad de integración social de las fuentes de la solidaridad social. Las instituciones del Derecho público y privado posibilitan, por otro lado, el establecimiento de mercados y la organización del poder estatal; pues las operaciones del sistema económico y del sistema administrativo, diferenciadas de los componentes sociales del mundo de la vida [el mundo de la vida es una red de acciones comunicativas con varios componentes: personalidad, cultura y sociedad], se efectúan en las formas que les presta el Derecho (p. 102).

Y de ahí el carácter necesario (porque satisface las necesidades de una sociedad compleja de manera efectiva y legítima) del Derecho. Así escribe Habermas en el Epílogo a la cuarta edición revisada de su libro:

El derecho positivo con el que, por así decirlo, nos encontramos ahí en la Modernidad como resultado de un proceso de aprendizaje social, ofrécese en virtud de sus propiedades formales como medio adecuado para la estabilización de expectativas de comportamiento; y parece que las sociedades complejas no cuentan con ningún equivalente funcional con el que poder sustituirlo. [...] [E]n las sociedades complejas solo en el medio del derecho es ya posible establecer fiablemente esas relaciones de respeto mutuo (también entre extraños) moralmente obligatorias (p. 659).

2) El carácter mediador del Derecho es también lo que explica su ambivalencia, el que tenga una doble dimensión: de facticidad social y de validez normativa.

La positividad del Derecho va ligada, entre otras cosas, a que este dispone de recursos coactivos que, como hemos visto, es lo que le permite cumplir las funciones que quedan fuera del alcance del lenguaje ordinario o de la moral: regular con eficacia los sistemas (el económico y el administrativo). Pero, al mismo tiempo, el Derecho necesita estar dotado de legitimidad, esto es, tiene que estar anclado en el mundo de la vida y que mantener un vínculo estrecho con el lenguaje ordinario (del que depende el mundo de la vida) y con la moral (que desarrolla sus funciones únicamente en el mundo de la vida). Y esto último lo logra a través del discurso racional: «la legitimidad del derecho se basa en última instancia en un mecanismo comunicativo: como participantes en discursos racionales los miembros de una comunidad jurídica han de poder examinar si la norma de que se trate encuentra, o podría encontrar, el asentimiento de todos los posibles afectados» (p. 169).

Esa doble cara, esa ambivalencia, del Derecho afecta tanto a su estructura como al uso que cabe hacer del mismo:

El derecho moderno viene formado por un sistema de normas coercitivas, positivas y —esta es al menos su pretensión— garantizadoras de la libertad. Las propiedades formales que representan la coerción y la positividad se unen con la pretensión de legitimidad: la circunstancia de que las normas provistas de amenazas de sanción estatal provengan de las resoluciones cambiables de un legislador político, queda vinculada con la expectativa de que garanticen la autonomía a todas las personas jurídicas por igual. Esta expectativa de legitimidad se entrelaza con la facticidad de la producción legislativa y con la facticidad de la imposición del derecho. Y esto se refleja a su vez en el ambivalente modo de validez del derecho. Pues el derecho moderno se vuelve a sus destinatarios ofreciendo una doble cara: les

deja la libre opción, o bien de considerar las normas jurídicas solo como mandatos en el sentido de restricciones fácticas de su propio espacio de acción y de abordar en términos *estratégicos* las consecuencias calculables de las transgresiones posibles de las normas, o bien de considerar esas mismas normas en actitud *realizativa* como preceptos dotados de validez y obedecerlas «por respeto a la ley». La validez de una norma jurídica se da cuando el Estado garantiza a la vez las dos cosas siguientes: se cuida, por un lado, de que por término medio, y en caso necesario recurriendo a sanciones, la norma sea obedecida, y garantiza, por otro lado, las condiciones institucionales para que la norma se produzca en términos de legitimidad, de suerte que en todo momento pueda ser también obedecida por respeto a la ley (pp. 645-646).

Y una consecuencia, en cierto modo, de lo anterior, de la ambivalencia del Derecho, es que en este pueda distinguirse tanto un componente instrumental como uno de carácter moral (un «momento de incondicionalidad», en la terminología de Habermas). El aspecto instrumental del Derecho se explica por su dependencia en relación con la política: «Mientras que las normas morales son en todo momento fines en sí, las normas jurídicas valen *también* como medios para conseguir objetivos políticos. Pues no solo están ahí, como ocurre en el caso de la moral, para la solución imparcial de conflictos de acción, sino también para la puesta en práctica de programas políticos. Los objetivos políticos y las medidas políticas que traducen esos objetivos a la práctica solo cobran fuerza vinculante merced a su forma jurídica» (p. 559). Y el momento de incondicionalidad del Derecho lo vincula Habermas a una moralidad, inserta en el Derecho positivo, de carácter procedimental, que garantiza la imparcialidad de los procedimientos legislativos y judiciales: «La racionalidad procedimental, emigrada ya parcialmente al derecho positivo, constituye (tras el hundimiento del derecho natural racional) la única dimensión que queda en que puede asegurarse al derecho positivo un momento de incondicionalidad y una estructura sustraída a ataques y manipulaciones contingentes» (p. 586). O sea, Habermas se separaría aquí tanto de Hobbes, que habría sacrificado «la incondicionalidad del derecho a su positividad», como de Kant, en cuya obra el derecho natural o moral cobra tal predominio «que el derecho amenaza con disolverse en moral: el derecho queda rebajado a un modo deficiente de moral» (p. 579). Para Habermas, la moral «no se cierne *por encima del* derecho», sino que «emigra al interior del derecho positivo, pero sin agotarse en derecho positivo»; y esa moral que «no solamente se enfrenta al derecho, sino que también se instala en el derecho mismo, es de naturaleza procedimental» (p. 559). Dicho de otra manera, en Habermas la noción de Derecho natural (del Derecho natural racionalista) se sustituye por la idea del Estado de Derecho.

3) Y con eso llego a la tercera tesis que me interesaba destacar. Para Habermas, el Derecho no es un sucedáneo de la moral, ni tampoco un caso especial de la moral, sino que entre Derecho y moral hay sobre todo una relación de complementariedad.

El que no sea un sucedáneo de la moral significa, como se acaba de decir, que la moral no está por encima del Derecho, no hay entre ellos una relación de jerarquía normativa: «La idea de una *hierarchia legum* pertenece al mundo del derecho premoderno. La moral autónoma y el derecho positivo, remitido estructuralmente este último a la necesidad de justificarse, guardan más bien entre sí una *relación de complementariedad*» (p. 171). Y no está por encima del Derecho, en varios sentidos. Así, los aspectos formales del Derecho no deben entenderse como restricciones de la moral, sino que, por el contrario, son necesarios para compensar los déficits de la moral: «Pues la moral autónoma, basada solo en fundamentos racionales, no puede responder ya de otra cosa que de la corrección de los juicios morales. Con el tránsito al nivel de la fundamentación postconvencional la conciencia moral se desliga del conjunto de prácticas consagradas por la tradición, mientras que el *ethos* social global queda rebajado a pura convención, a costumbre y derecho consuetudinario» (p. 178). De manera que el Derecho sería algo así como «un complemento funcional de la moral» que compensa «las debilidades funcionales de una moral que, considerada desde la perspectiva de un observador, no proporciona muchas veces sino resultados cognitivamente indeterminados y motivacionalmente inseguros» (p. 651). Además, mientras que en la justificación de normas morales entra un único tipo de razón (una norma está justificada en la medida en que exprese el interés de todos por igual), en el discurso de justificación de normas jurídicas se aplican, además de razones morales, razones de carácter ético-político (no sobre lo que es *justo* o moral, lo que vale para todos por igual, sino sobre lo que es *bueno* para una determinada comunidad) y de carácter pragmático (tienen que ver con lo que es adecuado para alcanzar un fin ya dado). De manera que, en ese sentido, el discurso jurídico es más complejo que el moral.

Y el Derecho positivo no puede verse tampoco como un caso especial de la moral. Aparte de lo anterior (el que la argumentación jurídica sea más compleja que la de carácter moral y movilice, en consecuencia, razones morales y de otro tipo), Habermas hace hincapié en el hecho de que la autonomía jurídica comprende bastante más que la autonomía moral, de manera que esta última, la moral, no puede contener a la otra, a la jurídica: «Mientras que la autodeterminación moral es un concepto unitario conforme al que cada cual sigue exactamente aquellas normas que conforme a su propio juicio imparcial tiene por obligatorias, la autodeterminación del ciudadano aparece en la doble forma de auto-

nomía privada y autonomía pública. La autonomía jurídica no coincide con la libertad en el sentido moral. Contiene en sí otros dos momentos, a saber, la libertad de arbitrio del actor que decide de forma racional con arreglo a fines, y la libertad de la persona que decide éticamente [al perseguir su propio proyecto existencial de vida, su propia concepción del bien]» (p. 649).

Es importante, en todo caso, subrayar que la tesis de la complementariedad entre el Derecho y la moral no significa para Habermas, en absoluto, la de la neutralidad moral del Derecho: «Pues a través del proceso de producción legislativa penetran en el derecho razones morales. Aun cuando los puntos de vista morales no sean suficientemente selectivos para la legitimación de programas jurídicos, la política y el derecho tienen que estar en consonancia con la moral sobre una base postmetafísica común de fundamentación» (p. 651). Sin olvidar, por lo demás, que la moral no se agota tampoco con el Derecho, esto es, que hay tanto una moral interna al Derecho, como una moral que le es externa.

4) Y el último punto se refiere a la manera como Habermas reconstruye la «unidad» de la razón práctica, una vez que «el Derecho moderno se diferenció, con la ayuda del Derecho natural racional, del complejo que en la tradición formaban la política, el Derecho y la moral» (p. 563). Lo que él plantea es algo así como una «interdependencia» entre esos tres elementos que evite que uno de ellos asuma un rol dominante sobre los otros dos. El Derecho no es un sucedáneo o un caso especial de la moral, ni tampoco (simplemente) el conjunto de mandatos procedentes del poder político. Y eso —esa articulación— se lograría a través de una concepción discursiva, procedimental, de la racionalidad práctica. Así, en el Derecho moderno, la introducción de la moral y de la política tiene lugar a través de dos instituciones, los derechos humanos y el Estado de Derecho, que, en palabras de Jiménez Redondo, constituyen «la parte central» (Jiménez Redondo, 1998) del libro de Habermas que aquí estoy utilizando como fundamental referencia: *Facticidad y validez*.

Por lo que se refiere al «sistema de los derechos», Habermas efectúa una reconstrucción racional o génesis lógica de los derechos que pueden encontrarse en las constituciones históricas del mundo moderno y que él entiende como «los derechos que los ciudadanos han de reconocerse mutuamente si quieren regular legítimamente su convivencia con los medios del derecho positivo» (Habermas, 1998, 147). Jiménez Redondo sintetiza muy bien cuál es el planteamiento de Habermas al respecto:

Para esa «génesis» Habermas solo utiliza dos elementos: el «principio del discurso» («solo son legítimas aquellas normas de acción que pudieran ser aceptadas por todos los posibles afectados por ellas como participantes en

discursos racionales») y la «forma jurídica» de las normas (es decir, se trata de normas en las que se prescinde de la capacidad del destinatario de ligar su voluntad por propia iniciativa; que se refieren a asuntos bien tipificados y que, por tanto, representan en su materia una violenta abstracción respecto de la complejidad del «mundo de la vida»; y en las que se prescinde de la motivación del agente a la hora de atenerse o no a la norma); la «forma jurídica» se «fundamenta»; su introducción forma parte de una explicación funcional; consiste en mostrar que en el mundo moderno resulta ineludible recurrir masivamente a esa clase de normas, a normas de derecho positivo. La única fuente de «normatividad» es, por tanto, el «principio del discurso». De la aplicación del «principio del discurso» a la forma jurídica Habermas deduce cinco categorías de derechos: derechos individuales de libertad, derechos de pertenencia a una comunidad jurídica, derechos concernientes a la accionabilidad judicial de los derechos, derechos políticos y derechos sociales (Jiménez Redondo, 1998, 9-10).

Ahora bien, los derechos fundamentales «son constitutivos de toda asociación que pueda entenderse como una comunidad jurídica de miembros libres e iguales» (Habermas, 1998, 199). Pero el simple reconocimiento de derechos no es suficiente: «El derecho, mientras lo miramos bajo el aspecto de la función que le es propia, a saber, la de estabilizar expectativas, se presenta como un sistema de derechos. Pero estos derechos subjetivos solo pueden ser puestos en vigor y solo pueden ser hechos cumplir por organizaciones que tomen decisiones colectivamente vinculantes» (p. 200). De manera que el Estado es necesario «como poder de sanción, como poder de organización y como poder de ejecución porque los derechos han de imponerse, porque la comunidad jurídica necesita tanto de una fuerza estabilizadora de su identidad como de una administración organizada de justicia, y porque de la formación de la voluntad política resultan programas que han de implementarse» (p. 201). De los derechos se pasa así a la idea de Estado de Derecho, esto es, una «dominación organizada en forma de derecho, cuyo ejercicio ha de estar ligado al derecho legítimo» (p. 203). Y aquí aparece de nuevo la idea de discurso, puesto que «en el nivel postradicional de justificación [en nuestras sociedades complejas] solo puede tenerse por legítimo el derecho que pudiese ser racionalmente aceptado por todos los miembros de la comunidad jurídica en una formación discursiva de la opinión y la voluntad comunes» (p. 202). Esa interpretación del principio de soberanía popular en términos de teoría del discurso significa que «todo poder político deriva del poder comunicativo de los ciudadanos». Y de ahí se siguen, de acuerdo con Habermas: «el principio de una protección comprehensiva de los derechos individuales que venga garantizada por una justicia independiente [...], los principios de legalidad de la Administración y de control tanto judicial como parlamentario de

la Administración [...], así como el principio de separación entre Estado y sociedad que tiene por fin impedir que un poder social no filtrado, es decir, sin pasar por las esclusas de la formación de poder comunicativo, se transforme en poder administrativo» (p. 238).

Lo anterior es una «reconstrucción racional» no del Derecho en general, sino de los Derechos del Estado democrático de Derecho, de manera que Habermas no está refiriéndose con ello a cómo debiera ser ese Derecho, ni está tampoco dando criterios para juzgarlo (*vid.* Jiménez Redondo, 1998, 11). Pero parece obvio que la presentación que Habermas hace de los derechos fundamentales y de los principios del Estado democrático de Derecho cumple una función de guía para los juristas profesionales y para el resto de los ciudadanos que viven bajo un Estado democrático de Derecho: Si desean que ese tipo de organización pueda perdurar y desarrollarse, esto es, que sus vidas y las vidas de los ciudadanos del futuro puedan discurrir en el contexto de una (la única) asociación que hace posible una comunidad de miembros libres e iguales, entonces han de esforzarse por hacer valer el sistema de los derechos sin dañar las instituciones, los principios, del Estado de Derecho.

12. LA CONCEPCIÓN POSTPOSITIVISTA DEL DERECHO Y LA TRANSFORMACIÓN SOCIAL

¿Cómo habría que configurar, entonces, la filosofía del Derecho de manera que pueda jugar un papel positivo en la transformación social? No es, desde luego, tarea fácil la de contestar a esa pregunta, pero las páginas anteriores pueden servir, cuando menos, para excluir algunas posibles respuestas; o sea, hay ciertas formas de concebir la filosofía del Derecho que no son aptas para lograr ese propósito.

No lo es, en términos generales, la concepción iuspositivista que considera el Derecho como un mero sistema de normas establecidas autoritativamente, porque eso supone una visión excesivamente pobre que no da cuenta del Derecho en cuanto fenómeno social, o bien solo capta un aspecto limitado de esa realidad. El análisis del lenguaje del Derecho constituye, sin duda, una actividad relevante y útil, sobre todo por sus virtualidades clarificadoras. Pero la filosofía del Derecho no puede reducirse a eso, entre otras cosas, porque el Derecho es algo más que lenguaje. Es una práctica social en la que el lenguaje (del Derecho y de los juristas) desempeña desde luego un papel de gran relevancia, pero que no puede comprenderse cabalmente si se dejan fuera sus condicionamientos sociales e históricos y si se prescinde también de los fines y valores que dan sentido a la práctica. Dicho de otra manera, la filosofía del Derecho no puede aislarse de los saberes sociales y de la filosofía moral y política. La ideología de la separación, del aislamiento, que seguramen-

te ha sido el rasgo más característico del positivismo jurídico, no puede llevar a otra cosa que a una visión truncada, parcial, del fenómeno jurídico, lo que tiene como lógica consecuencia el no plantearse la cuestión que aquí nos ocupa: de qué manera la filosofía del Derecho puede contribuir a la transformación social. No quiero decir con eso que a los iusfilósofos positivistas (analíticos) no les interese —digamos, en cuanto ciudadanos— esa cuestión (la transformación social y el papel que en la misma pueda jugar el Derecho); sino que no consideran, salvo excepciones, que eso forme parte de su ocupación en cuanto iusfilósofos.

Ahora bien, como también hemos visto, superar ese aislamiento y configurar el Derecho en términos más amplios, como parte de la experiencia humana en general o —si se quiere— como uno de los sectores de la razón práctica, no lleva tampoco necesariamente a poner en un primer plano la cuestión de la transformación social cuando ese enfoque está anclado en la defensa de valores tradicionales. O sea, son posibles concepciones del Derecho (me parece que es lo que ocurre, en general, con las de impronta iusnaturalista) que no pretenden aislarlo del resto de los fenómenos sociales, ni separar tampoco la filosofía del Derecho de la filosofía moral y política. Pero lo que sí niegan es la transformación social o, mejor dicho, la transformación social en el sentido en el que aquí estoy entendiendo la expresión: como emancipación social, lo que no puede significar otra cosa que hacer avanzar los valores del socialismo democrático. Dicho de otra manera, supone una transformación social todo aquello que contribuye a una sociedad más igualitaria y menos excluyente, en la que todos tengan la oportunidad de desarrollarse como seres autónomos.

Frente a las dos anteriores maneras de entender la filosofía del Derecho, las llamadas teorías «críticas» del Derecho sí que tienen como objetivo central la transformación social, pero su realización efectiva requeriría superar una serie de obstáculos, lo que no siempre ocurre, o al menos, no de una manera que pueda considerarse completamente satisfactoria. Uno de esos obstáculos —vinculado con el marxismo clásico— es el de considerar al Derecho como un elemento de escasa trascendencia para comprender el todo social y, en consecuencia, para transformar la sociedad. Otro, quizás más persistente que el anterior, es el de suscribir una concepción del Derecho —algo seguramente ligado con el utopismo marxista— que atribuye a la organización jurídica de la sociedad algo así como un déficit moral, en el sentido de que la idealidad social (el punto de destino final de la transformación social) es incompatible con el Derecho, con el empleo de medios coactivos y burocráticos. Y el tercero (consecuencia del anterior) es una concepción exclusivamente instrumental del Derecho, de acuerdo con la cual el Derecho puede contribuir al logro de fines valiosos (los que definen la sociedad —di-

gamos— «transformada»), pero que no son ya valores jurídicos; o, dicho de otra manera, los valores jurídicos son únicamente instrumentales, no finales.

Y lo que nos queda entonces es el tipo de filosofía del Derecho que en otros capítulos de este libro hemos llamado postpositivismo, o sea, la concepción defendida por autores como Dworkin, Alexy, Nino o MacCormick, o alguna otra afín a las mismas. Todos ellos tienen una visión no positivista del Derecho, puesto que tratan de integrar, de una u otra forma, el Derecho en cuanto sistema de normas y en cuanto práctica social con la que se trata de realizar ciertos fines y valores; un compromiso con los valores del constitucionalismo entendidos de la manera que suele denominarse «liberalismo igualitarista» o «socialismo democrático»; y una forma no escéptica de entender el Derecho, en cuanto ellos consideran que lo jurídico es un ingrediente necesario de la razón práctica y, por lo tanto, una de las dimensiones de una sociedad justa.

Ahora bien, la contribución de esa concepción del Derecho a la transformación social ha sido —o está siendo— también limitada, y es muy posible que esas limitaciones haya que atribuir las, al menos en parte, a factores internos a esa o a esas concepciones. Por ejemplo, en relación con Dworkin, se le ha reprochado (y yo diría que con razón; *vid.* Cotterrell, 2003 y Twining, 2009) no haber tenido muy en cuenta los condicionamientos sociales del Derecho y de la teoría del Derecho; haber desarrollado un enfoque del mismo que solo considera el punto de vista del participante —en particular, del juez— de manera que del ámbito de esa teoría queda fuera una buena parte de la realidad jurídica; o construir su filosofía moral y política sobre bases esencialmente individualistas y pensadas más bien para una sociedad como la estadounidense, lo que supone dificultades a la hora de promover una práctica de transformación en un sentido, diríamos, más social y que dé suficiente cuenta de los derechos sociales. Algo seguramente parecido puede decirse de Alexy: también él privilegia el punto de vista del participante y, como se vio en algún capítulo anterior, ofrece una visión del Derecho y, en particular, de la argumentación jurídica, excesivamente idealizada. Y creo que algunas al menos de esas críticas pueden dirigirse a autores como Nino y MacCormick, aunque en una menor medida, quizás debido a que estos últimos tuvieron una amplia experiencia política, lo cual, lógicamente, influyó en sus obras y contribuyó en cierto modo a abrirlas hacia una comprensión más amplia de la experiencia jurídica.

En todo caso, me parece que el postpositivismo está en principio en mejores condiciones que las otras concepciones del Derecho para articular un modelo de filosofía del Derecho que pueda contribuir a la transformación social. Y lo está, entre otras razones, porque desde ese enfoque del Derecho parece posible también integrar los elementos va-

ese potencial resulta muchas veces lastrado por el formalismo jurídico. Por eso, una de las funciones más importantes de una filosofía del Derecho comprometida con la transformación social ha de ser la de combatir el formalismo en la cultura jurídica, entendiendo aquí por «formalismo» (término que no equivale a «positivismo jurídico») la tendencia a desentenderse de los valores y de los propósitos de las normas a la hora de interpretar y aplicar el Derecho. Quizás a alguno le pueda parecer muy poco, pero yo estoy convencido de que la lucha contra el formalismo jurídico es un factor poderoso de transformación social; muchos juristas asumen posturas de ese tipo (formalistas) probablemente porque piensan que es su única opción teórica y la única forma de mostrar «fidelidad» al Derecho, de manera que derrotar esa idea (ese prejuicio) podría tener consecuencias muy favorables para la vida de la gente.

3. La dogmática jurídica puede ser otro factor importante de transformación social. Como en otro capítulo se ha visto, la filosofía del Derecho puede contribuir a facilitar la labor dogmática de construcción y análisis de conceptos; a incorporar el saber social requerido para superar el tradicional modelo formalista (aislacionista) de la dogmática jurídica; y, sobre todo, a conectar esa técnica con la filosofía moral y política para que pueda operar como una verdadera tecno-praxis, orientada no solo hacia la interpretación y aplicación del Derecho, sino también hacia la producción del Derecho, hacia la legislación.

Ese nuevo modelo de dogmática debería, entonces, jugar un papel relevante para la superación del formalismo en la interpretación y aplicación del Derecho, pero también a la hora de proponer los cambios legislativos que puedan contribuir a la transformación social. Y nada de ello, obviamente, podrá lograrse si no se toma en consideración el contexto social en el que surgen todos esos problemas, y no se parte de un esquema de filosofía moral y política que sirva de guía para la solución de los mismos.

4. Como se ha señalado al comienzo de este capítulo, la separación entre los saberes jurídicos (incluida la filosofía del Derecho), por un lado, y los saberes sociales y la filosofía, por el otro, no se debe exclusivamente a la actitud de los juristas. Entonces se hizo alguna referencia al desinterés hacia el Derecho por parte de tantos científicos sociales y filósofos. Pero el caso es que incluso cuando se concede importancia a lo jurídico, se ve que no es un interés que haya llevado a tomarse del todo en serio al Derecho. Un ejemplo reciente de ello creo que puede encontrarse en el último, y sin duda valioso, libro de José Luis Pardo. En *Estudios del malestar*, este filósofo español hace una crítica profunda del populismo y defiende el modelo del Estado del bienestar al que caracteriza incluso como un Estado del «bienestar jurídico». Pero curiosamente

al único jurista al que toma en consideración (aunque sea para criticarlo) es Carl Schmitt. Pardo no tiene para nada en cuenta algunas obras sumamente relevantes y recientes de iusfilósofos españoles que defienden el Estado de Derecho desde una perspectiva muy afín a la suya (estoy pensando en *El imperio de la ley* de Francisco Laporta). Y reduce, en cierto modo, las concepciones del Derecho a estas dos: el decisionismo y el normativismo (digamos, Schmitt frente a Kelsen), lo que significa que prescinde por completo de toda la discusión que ha tenido lugar en el panorama iusfilosófico de las últimas décadas y que ha corrido paralela al desarrollo del constitucionalismo contemporáneo. De manera que, cabría decir, incluso los filósofos más brillantes de un país como España no parecen tomar en cuenta la filosofía del Derecho ni siquiera cuando son conscientes —y no ocurre tan a menudo— de la importancia que tiene lo jurídico para comprender y para proponer un modelo de sociedad²⁴.

No es fácil saber de qué manera podría contribuirse desde la filosofía del Derecho a cerrar un hiato tan profundo y que probablemente obedezca, entre otras cosas, a causas académicas: al hecho de que filósofos y filósofos del Derecho pertenezcamos a facultades universitarias distintas, dándose la insólita circunstancia de que la filosofía del Derecho no ha sido nunca una disciplina que se haya enseñado a los estudiantes de Filosofía. Pero quizás tendríamos que pensar en atraer a nuestros colegas, filósofos más o menos a secas, hacia terrenos de interés común —la democracia, los derechos humanos o la argumentación son buenos candidatos para ello— con la esperanza de que surja alguna oportunidad de tomarse mutuamente en consideración. Algún ejemplo ha habido de ello (entre los filósofos españoles contemporáneos, yo destacaría el caso de Manuel Sacristán y de Javier Muguerza²⁵), y me parece que los resultados no han carecido de interés.

Por lo demás, creo que la filosofía del Derecho debe tomarse muy en serio la necesidad de extender la cultura jurídica fuera de sus fronteras. Personalmente estoy muy convencido de que, además de su incuestionable relevancia práctica, el Derecho tiene también un innegable interés teórico, aunque al mismo tiempo haya que reconocer que el estilo carac-

24. Tengo también otra crítica que hacer a ese muy interesante libro de Pardo, y que no tiene que ver con lo anterior. Y es que yo no creo que Hobbes haya sido —como él defiende en el libro— el gran teórico del Estado de Derecho. Fue el primer teórico del Estado moderno, pero Hobbes no racionaliza internamente el poder del Estado. Sobre esto, *vid.* Rodilla, 2014, pp. 140 ss.

25. Sacristán, que escribió alguna cosa sobre Kelsen, influyó poderosamente en la obra de Juan-Ramón Capella. Y Muguerza participó en un vivo debate con varios iusfilósofos españoles a propósito de la obediencia al Derecho y de la fundamentación de los derechos humanos. *Vid.* sobre esto último mi trabajo «La filosofía del Derecho de Javier Muguerza» (Atienza, 2016c).

terístico de los juristas parecería muchas veces pensado para ahuyentar más bien que para atraer a la gente de fuera. Pero no hay prácticamente ningún problema jurídico, por minúsculo que parezca, que no suscite cuestiones de fondo (no meramente de técnica jurídica), que no pueden dejar de interesar tanto a los científicos sociales como a los filósofos o —por qué no— a los creadores de obras literarias (y, por tanto, también a sus lectores). Habría, por ello, que ser capaces de aprovechar esa circunstancia y transformar la percepción que sobre el Derecho y los juristas suelen tener quienes pertenecen a otros ámbitos culturales. Pero no, claro está, porque se trate de emprender algo así como una campaña de imagen, que es en lo que suelen terminar hoy los proyectos de cambio social. Sino porque el hecho de que la gente —el público culto— tenga una concepción adecuada del Derecho (digamos, de las posibilidades, pero también de los límites —de las miserias— del Derecho) puede constituir un importante factor de transformación social.

5. Todo lo anterior presupone un concepto de Derecho que no puede verse reducido a lo que Ihering o Dilthey llamaban la forma o la organización externa de la sociedad: normas, coacción, burocracia. Hay que contar también con los fines del Derecho, y esos fines son —han sido— variables, aunque en el contexto del Estado constitucional tienden a identificarse con los derechos fundamentales; cabría decir en cierto modo que las condiciones de vida que tendría que garantizar el Derecho, a las que Ihering se refería y que incluía en su famosa definición del Derecho, tienen que ser hoy «las condiciones de una vida digna».

Pero lo anterior, claro está, constituye la idealidad del modelo. En su funcionamiento real, el gran artefacto social en que consiste el Derecho, ese enorme, complejo y multiforme conglomerado de medios y de fines, produce tanto resultados justos como injustos: porque los medios pueden estar mal diseñados, porque pueden usarse de manera abusiva, porque además de fines últimos hay fines intermedios y estos pueden carecer de justificación o estar desconectados de los fines últimos, porque estos fines últimos pueden no estar bien determinados, no ser fácilmente armonizables entre sí o no ser indiscutibles... Es indudable, por lo tanto, que el Derecho es ambiguo, que puede contribuir (ha contribuido y contribuye) tanto a la transformación —emancipación— social como a perpetuar o incrementar las injusticias. O, dicho en términos más clásicos: el Derecho puede ser injusto. Pero como antes se ha visto, ese carácter ambiguo del Derecho, la posibilidad cierta de que lo jurídico resulte ser injusto, o lo justo, antijurídico, no significa que el Derecho tenga un carácter puramente instrumental; o sea, no significa que no haya valores intrínsecos del Derecho ni tampoco significa que se pueda prescindir del Derecho, esto es, que el Derecho no forme par-

te de la idealidad social. Más bien, yo diría que sin el Derecho no tenemos la menor oportunidad de que pueda darse alguna vez una sociedad justa.

6. Brian Tamanaha ha sostenido en un texto relativamente reciente (Tamanaha, 2006) la tesis de que una visión puramente instrumentalista del Derecho supone toda una amenaza para el Estado de Derecho, para el *rule of law*. Lo que quiere decir con ello es que la consideración del Derecho como un medio para un fin es una concepción aceptable si va ligada a otras tesis; esencialmente, a la de que el Derecho incorpora ciertos ideales de justicia y que se trata de un instrumento para servir al bien social (y, naturalmente, siempre que haya una idea razonablemente compartida de en qué consiste ese bien social). Pero cuando esto último comienza a ponerse en duda, y cada grupo social, organización, etc., se siente legitimada para defender sin demasiados límites sus propios intereses (una consecuencia en buena medida del creciente relativismo moral, de que no exista algo así como lo bueno y lo correcto), lo que se pone en riesgo son valores muy básicos del Derecho y del Estado de Derecho. Podría pensarse en encontrar un remedio a ese relativismo, a la disparidad de fines existentes, en algo en principio externo al Derecho, a saber, en la maximización de la riqueza social. Es a lo que lleva la ideología neoliberal y que en el Derecho ha estado vehiculizada por el llamado «análisis económico del Derecho». Pero se trata de una solución obviamente inaceptable, puesto que no puede pensarse que la eficiencia económica sea el fin más importante del Derecho ni, menos aún, el fin único.

Precisemos un poco más la postura de Tamanaha. Según él, en los últimos tiempos se habría producido (se refiere a los Estados Unidos, pero su diagnóstico quizás pueda extenderse —al menos hasta cierto punto— a muchos otros países) un progresivo deterioro de ideales que resultan fundamentales para el buen funcionamiento de un sistema jurídico y político. Serían estos cuatro: que el Derecho preserve una serie de principios de justicia, que sirva al bien público, que las normas jurídicas vinculan a los funcionarios públicos (no solo a la gente) y que los jueces deben tomar decisiones de manera objetiva, basadas en el Derecho. Si existiera un compromiso con esas cuatro ideas, la concepción del Derecho como un medio para un fin sería valiosa, pero él es notablemente pesimista al respecto, y la conclusión a la que llega es la siguiente:

El ideal de que el Derecho tiene un núcleo de principios es el que más ha sufrido de los cuatro ideales, minado por el relativismo moderno. El ideal del bien público también ha sufrido un deterioro por la misma razón y, además, debido al difundido cinismo acerca de, y entre, los funcionarios pú-

blicos. El tercer y cuarto ideal todavía no han sucumbido, parecería, pero están bajo fuerte presión, especialmente debido a la politización de la judicatura. Esos cuatro ideales están además minados por el hecho de que la educación jurídica, y la práctica del Derecho, enseña y refuerza el mensaje de que el Derecho es un recipiente vacío y las normas jurídicas son utensilios que ser manipulados para alcanzar fines. Los juristas han internalizado fuertemente esta visión del Derecho y los juristas ocupan papeles dirigentes en la sociedad, los negocios, la política, el gobierno y el Derecho (Tamanaha, 2006, 249-250).

Bueno, yo creo que no le falta razón y que un objetivismo moral mínimo (lo he repetido varias veces a lo largo de este libro) es una condición necesaria para que pueda funcionar adecuadamente un sistema jurídico en el contexto de un Estado de Derecho. Esta última noción, por cierto, deberíamos considerarla como un logro cultural de valor universal (*vid.* Twining, 2009, 335); o sea, el gobierno de las leyes y no de los hombres es condición necesaria para evitar la arbitrariedad y poder aspirar a valores «superiores» como la autonomía. Se trata, en realidad, de la misma tesis de Fuller de la moralidad interna del Derecho. Con independencia de que se quiera hablar o no de un «Derecho natural» (una expresión que, por otro lado, no tiene ni mucho menos las mismas connotaciones en el mundo angloamericano que en el de los países latinos), parece claro que hay ciertos requisitos indispensables para que exista un sistema jurídico o, si se quiere, un sistema jurídico que garantice un mínimo de justicia; sin entrar en mayores detalles: que las leyes sean generales, promulgadas con anterioridad a su entrada en vigor, no retroactivas, comprensibles, no contradictorias, de cumplimiento posible, permanentes y aplicadas de manera no arbitraria. Es también la idea que antes veíamos en Ost, la de que existen ciertos fines *intrínsecos* al Derecho, puesto que solo el Derecho puede cumplirlos: controlar el uso de la coacción, establecer un tercero que resuelva las disputas y asegurar cierto equilibrio entre los intereses; aunque es cierto que esos valores no serían exactamente permanentes, si se piensa que la sociedad ideal no puede ser una sociedad regida por el Derecho.

Pero además, el constitucionalismo contemporáneo ha tenido como una de sus consecuencias —para emplear una acertada metáfora de Habermas— que la moralidad ha emigrado ahora al interior de los Derechos, de manera que, en los Derechos de los Estados constitucionales, los valores de dignidad, autonomía, no discriminación, etc., no es solo que sean valores jurídicos (además de morales), sino que ellos definen los límites de la juridicidad, esto es, establecen el campo de lo jurídicamente indisponible. Y dado que en el contexto de nuestras sociedades, solo el Derecho está en condiciones de poder garantizar esos valores morales (este, creo, es un aspecto de gran importancia de la obra de

Habermas), a lo que se llega es a que hay valores tanto formales o procedimentales como sustantivos ligados intrínsecamente con la existencia de un Derecho (o de cierto tipo de Derecho): son *intrínsecos*, porque no podemos concebirlos fuera de esquemas jurídicos, no podrían verse realizados sin el Derecho.

7. Y con ello se llega a la tesis del carácter necesario del Derecho, a la imposibilidad de prescindir del Derecho, que tiene, cabría decir, dos vertientes: en sociedades con cierto grado de desarrollo, no hay alternativa para el Derecho (aunque sí haya un Derecho alternativo a los existentes); y el Derecho no solo no es un mal necesario, sino que, por el contrario, es una condición necesaria para la existencia de la moralidad.

En un anterior apartado veíamos como Habermas subrayaba que las relaciones entre el Derecho y la moral (en nuestro tipo de sociedad) eran fundamentalmente relaciones de complementariedad. Ello puede resultar equívoco, en la medida en que sugiere la no existencia (o no relevancia) de conflictos entre el Derecho y la moral; algo así como que los conflictos serían siempre internos al Derecho, lo que es una manera de rebajar la tensión entre el Derecho y la moral. Pero esto, naturalmente, resulta inaceptable, y no parece que sea así como hay que interpretar la tesis de la complementariedad. Al igual que no es tampoco de recibo la tesis (en este caso criticada por Habermas) de que el Derecho es un caso especial de la moral; no lo es, y ese rechazo vale también en relación con la tesis de que la argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación práctica racional, a la que hubo oportunidad de referirse (críticamente) con anterioridad.

Habermas dibuja también una idea de la unidad de la razón práctica en la que la moral y el Derecho aparecen en cierto modo nivelados y la moral, en consecuencia, no jugaría un papel rector dentro de la razón práctica. Esa manera de ver las cosas parecería ser antitética con la de Nino, cuando este último defendía que las razones jurídicas no tienen por sí solas carácter justificativo y hablaba, dado el rango prioritario que concedía a la moral, de un «imperialismo de la moral». Pero es muy posible que el contraste entre uno y otro sea más que nada aparente y motivado por un uso un tanto inadecuado por parte de Nino de la expresión «imperialismo» (y también porque —como se acaba de señalar— Habermas pone quizás un énfasis excesivo en la complementariedad entre Derecho y moral). Como es sabido, Nino otorgó un gran peso a las razones institucionales en el Derecho (en el razonamiento judicial justificativo), de manera que, en su opinión, estaría justificando que un juez postergase en su razonamiento el uso de la que sería la mejor razón desde un punto de vista estrictamente moral, y se sirviese de una razón que, sin ser la mejor, no fuese tampoco gravemente in-

moral, porque de esa manera se evitaba erosionar el sistema jurídico. Y me parece que ese comportamiento, digamos, condescendiente hacia sus subordinados no es el que caracteriza a lo que hoy entendemos por imperialismo... salvo que se trate, claro, de un emperador al que no se considere más que un *primus inter pares*.

En todo caso, lo que me parece importante subrayar es que el Derecho forma parte de la praxis en el sentido aristotélico de la expresión. No es solo razón instrumental, sino también razón práctica. Pero los tres ámbitos clásicos de esa razón práctica están articulados entre sí de una manera compleja. La moral y la política penetran en el Derecho (en el Derecho del Estado constitucional) a través de los derechos fundamentales y del Estado de Derecho, pero al mismo tiempo el Derecho es esencial (como se acaba de señalar) para que sea posible la moralidad y para controlar el poder político. Dicho lo cual, resulta también igualmente indispensable insistir en que el Derecho no equivale ni mucho menos a la moral: digamos, hay tanto una moral interna como una moral externa al Derecho, y la función de esta última no puede ser otra que la de servir de crítica al Derecho establecido (incluido el Derecho de los Estados constitucionales, que solo puede ser considerado como aproximadamente justo). Y que el Derecho no se puede tampoco reducir a la política: precisamente porque se trata de un ejercicio de poder limitado y que sirve a fines en parte internos al propio Derecho. Si se tratara de buscar una metáfora para dar cuenta de esa situación, yo me sentiría atraído por la de considerar el Derecho como un puente entre la moral y la política; pero habría que matizar que se trata de un puente que tanto une como separa.

8. La defensa del objetivismo moral es un rasgo central del post-positivismo, un requisito para poder dar cuenta de las prácticas jurídicas del Estado constitucional, y también para construir una filosofía del Derecho que asuma de manera coherente el objetivo de la transformación social. Curiosamente, tanto los positivistas como los autores «críticos» parecen coincidir en este punto, en el rechazo del objetivismo moral. Pero eso, como antes hemos visto, creo que debilita enormemente sus concepciones iusfilosóficas cuando estas están comprometidas con la transformación social. En el caso de Ferrajoli, es lo que le llevaba a dejar, por así decirlo, en el aire las bases de su imponente edificio teórico: construido para la protección y salvaguarda de derechos fundamentales que, sin embargo, no puede en sentido estricto fundamentar. Algo parecido puede decirse del proyecto de Capella, pues no se ve cómo una convención social (también para él —como para Ferrajoli— los derechos humanos no tienen más fundamento que las convenciones) pueda servir de justificación para un proyecto de construcción social que, ine-

vitablemente, va contra las convenciones establecidas: ¿cuál es la convención que permite pasar de una convención a otra? Y, en relación con Santos, su empeño por negar la universalidad de los derechos humanos constituye también, como hemos visto, quizás el elemento más débil de su construcción.

Por lo demás, esa concepción objetivista de la moral (en el sentido en el que hemos hablado de «objetivismo mínimo», que es un objetivismo de las razones: razones procedimentales y sustantivas) es la base tanto de lo que solemos entender por teoría de la justicia (la teoría del Derecho justo) como por deontología jurídica (referida a las normas y valores que deben guiar el comportamiento de los juristas profesionales). Ello supone, desde luego, introducir un elemento de idealidad en el Derecho, pero sin él no se ve cómo se puede construir una filosofía del Derecho que aspire a la transformación social, a cambiar las cosas. En contra de lo que muchos parecen pensar, el escepticismo moral (entendido como la negación del objetivismo moral mínimo al que me he referido) a lo que lleva, coherentemente, es al conservadurismo jurídico y social, a imposibilitar la crítica del Derecho. Si, por ejemplo, no hubiese respuestas correctas en el Derecho, entonces no se entiende qué sentido pueda tener criticar, pongamos por caso, una resolución judicial; pues si el juez goza, al menos dentro de un ámbito muy amplio (el «marco legal» al que se refería Kelsen en su teoría de la interpretación), de discrecionalidad pura y simple, no parece que pueda hacerse otra cosa que aceptar las decisiones de la autoridad (al menos las decisiones «últimas» que provea el sistema, pues estas habría que considerarlas también decisiones «correctas»), o bien comportarse como el «anarquista» al que se refería Bentham: como alguien que prescinde simplemente de lo que establece el Derecho, esto es, que no tiene en cuenta que el Derecho es —aunque no solo sea eso— una práctica autoritativa. Y si no existen criterios objetivos de moralidad, entonces no se ve tampoco qué pueda reprochársele al abogado que en la defensa de su cliente causa un grave daño a un inocente, siempre que lo haga de tal manera que consiga escapar de las sanciones establecidas por el Derecho; lo que significa: muy a menudo.

9. La concepción postpositivista del Derecho tiene, yo creo, en su favor el haber contribuido ya a una cierta transformación social a través de la difusión de los valores del constitucionalismo contemporáneo y de la orientación de la práctica de los tribunales en el sentido de promover esos valores. El instrumento para ello ha consistido fundamentalmente en la elaboración de una teoría de la argumentación jurídica que, de manera relevante, se debe a autores de esa tendencia. Ya se ha hablado en otro capítulo del «giro argumentativo» de la filosofía del Derecho con-

temporánea, y ahora merece la pena recordar cuáles son algunos de los cambios que ha producido en la práctica jurídica (sobre todo, la práctica judicial) de muchos países del mundo latino (en particular, en Latinoamérica). Aunque quizás sea más acertado hablar de «tendencias» que de cambios consolidados, yo citaría: la disminución del formalismo; el incremento de las exigencias de fundamentación de todas las decisiones de los órganos públicos y, en particular, de las judiciales; la introducción de razones morales y el tener mucho más en cuenta las consecuencias sociales de las decisiones; el uso de procedimientos argumentativos como la ponderación que, según vimos en su momento, no hay ninguna razón para vincularlos con la arbitrariedad.

Todo ello ha llevado, por otro lado, a que muchos (juristas y no juristas) hayan emprendido una especie de cruzada contra el activismo judicial, ante el riesgo de que los jueces invadan terrenos que no les corresponden y pongan, en consecuencia, en grave riesgo el Estado de Derecho, la separación de poderes. Los jueces estarían decidiendo en muchos casos de manera arbitraria, haciendo valer simplemente lo que son sus opiniones políticas sobre el caso de que se trate, y ello en detrimento de lo que, en un Estado de Derecho, forma parte de las competencias de las autoridades administrativas y, sobre todo, del legislador.

Ahora bien, por un lado, parece indudable que los cambios en los sistemas jurídicos que asociamos al constitucionalismo (básicamente, la existencia de constituciones que incorporan muchos enunciados —principios y valores— de significado inevitablemente más impreciso que el de las reglas) implican, de manera digamos objetiva, un aumento del poder de los jueces. Y que a ello no podemos renunciar si no estamos dispuestos a renunciar también a los valores que el constitucionalismo implica: la exigencia —para decirlo con la sugerente expresión de Dworkin— de tomarse los derechos en serio. Y, por otro lado, y aunque no quepa negar que ese incremento de poder supone desde luego un riesgo, yo creo que hay, por lo general, una gran exageración por parte de quienes denuncian esa tendencia de los jueces al activismo. Pues si se observa lo que es la práctica judicial del mundo latino, me parece que hay buenas razones para pensar que el mayor riesgo está más bien en lo que podríamos caracterizar como el vicio opuesto al activismo —saltarse los límites del Derecho—, que no es otro que el formalismo —interpretar esos límites de manera tan estrecha que se imposibilita que se pueda hacer justicia a través del Derecho—.

De todas formas, la definición de lo que pueda o deba considerarse como activismo es una cuestión abierta, pues depende de las circunstancias sociales y del tipo de sistema jurídico en el que opere un juez (por ejemplo, depende de si hay o no un control difuso de constitucionalidad, de cómo funciona el precedente en cuanto fuente de Derecho, del

funcionamiento de los órganos públicos —no judiciales—, sobre todo en la protección de los derechos fundamentales de la gente...); pero también de la concepción que se tenga del Derecho: obviamente, cuanto más estrecha sea esa concepción, más apegada esté al literalismo en materia de interpretación, etc., tanta más propensión tendrá a ampliar el ámbito de las decisiones judiciales que considere «activistas»; y al revés: una concepción amplia (y adecuada) del Derecho tiende a restringir el campo de lo considerado como activismo. Y lo que es bien cierto es que faltan estudios sociológicos que permitan conocer con alguna precisión (lo que tendría que significar, entre otras cosas, país por país) la entidad de esos comportamientos activistas, incluida su repercusión en el funcionamiento del sistema jurídico y en el sistema social. A pesar de lo cual, me parece que lo que sí puede advertirse es una tendencia, más o menos generalizada, a interpretar la Constitución (y todas las constituciones contemporáneas son entre sí muy semejantes) en un sentido favorable a la ampliación de los derechos, lo que en algunos casos ha significado también la creación de nuevos derechos o, si se quiere, la explicitación y el desarrollo de derechos que estaban únicamente implícitos en la Constitución.

Uno de los casos más relevantes de ese tipo de jurisprudencia lo representa el Tribunal Constitucional de Colombia, sobre todo en materia de derechos sociales. La configuración positiva del derecho a la salud en ese país es básicamente una creación jurisprudencial. Y el Tribunal ha ideado una técnica novedosa (que ya está siendo seguida por tribunales de otros países) consistente en declarar el «estado de cosas inconstitucional» (en relación con la situación de los presos o de los desplazados por la guerra), lo que supone tomar medidas de carácter general y que vendrían a suplir la inacción de otros poderes públicos. Pero yo creo que eso no ha supuesto exactamente *activismo* judicial (en el sentido antes mencionado), sino que los jueces asumen un rol muy *activo* en la defensa de los derechos fundamentales, lo que, sin duda, implica que crean Derecho, pero de una manera que, en mi opinión, debe considerarse legítima. Básicamente, lo que ha hecho ese tribunal es establecer una serie de requisitos mínimos (por ejemplo, al ordenar que se establezca un plan de salud) que forman parte de lo indisponible (de lo que afecta a la dignidad humana y que, por tanto, no puede dejar de reconocerse a los individuos: a todos y cada uno de ellos), de manera que no puede considerarse que con ello se invada lo que sería el ámbito de discrecionalidad (el ámbito de lo disponible) de las autoridades legislativas y administrativas²⁶.

26. Vid. sobre esto el libro de Henrik López Sterup, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a partir de la praxis judicial: Evaluación sobre el impac-*

Por lo demás, los cambios en la práctica judicial (en la fundamentación de las decisiones judiciales) están contribuyendo también a modificar la forma de proceder de otros profesionales del Derecho, por lo que cabe decir que en los últimos tiempos se está produciendo un cambio en la cultura jurídica de esos países (en buena medida, un cambio en la manera de entender el Derecho y la argumentación jurídica) que seguramente ocasionará también transformaciones sociales de cierta envergadura y no fáciles de determinar todavía con alguna precisión.

10. En un apartado anterior se ha hecho mención a que un autor como William Twining consideraba que el papel del Derecho en el desarrollo era significativo pero modesto. Seguramente tenga razón y, efectivamente, lo más importante para lograr resultados positivos en relación con iniciativas como la de los Objetivos del Milenio no sean las medidas jurídicas, sino las de carácter económico, científico y tecnológico, unidas a la conciencia moral de la gente para que se produzca una presión, a través de los medios y las redes de comunicación, que obligue a actuar a los Estados y a otros tipos de organizaciones. Pero hay que tener en cuenta que esos serían solo algunos de los fines que cabe obtener a través del Derecho. Hay otros fines más específicamente jurídicos, en el sentido de que el papel que en los mismos juega el Derecho no podría calificarse ya de modesto, sino de esencial. Es lo que ocurre, sin ir más lejos, con la autonomía; como se ha dicho varias veces, la existencia de normas jurídicas que ponen límites al poder público (el Estado de Derecho) es la única forma conocida para evitar la arbitrariedad y, en consecuencia, para que la gente pueda trazarse planes de vida y controlar su existencia. Y también con la igualdad: no parece existir ninguna forma de evitar que las personas sean discriminadas por razón de su orientación sexual, de su raza, etc., que no incluya (aunque naturalmente, no sean las únicas) medidas jurídicas.

Por lo demás, la referencia que Twining hacía a Barbara Ward recuerda a un famoso texto de uno de los inspiradores del ya lejano Mayo del 68: Herbert Marcuse. En *El final de la utopía*, ese filósofo procedente del marxismo francfortiano y emigrado luego a los Estados Unidos señalaba como estaban ya presentes, en la sociedad del «capitalismo avanzado» de los años sesenta del siglo pasado, las fuerzas materiales e intelectuales que podrían llevar a cabo una transformación que supusiera la eliminación del hambre, de la pobreza y del trabajo alienado, y diera lugar a una sociedad verdaderamente libre, una sociedad humana. Lo que impedía esa gran transformación era, en su opinión, «la organización socio-política de la tierra».

to en la consolidación de una democracia constitucional y el prólogo al mismo de Josep Aguiló y Manuel Atienza, libro que aparecerá publicado próximamente.

Pues bien, aproximadamente medio siglo después, las cosas no parecen haber cambiado mucho. O mejor dicho, han cambiado, porque los factores que Marcuse consideraba que podían contribuir a que la existencia de una sociedad emancipada no fuese ya una simple utopía (la riqueza económica y el conocimiento científico y tecnológico) han crecido considerablemente. Pero, sin embargo, hoy no creemos estar más cerca de que esa idea se convierta en una realidad, sino más bien al contrario: vivimos indudablemente en un momento de gran pesimismo histórico. Aunque los términos esenciales del problema, de la situación que da lugar a ese pesimismo, son básicamente los mismos que eran entonces. Lo que va mal en nuestro mundo no es la falta de riqueza o el escaso desarrollo del conocimiento científico y tecnológico, sino la distribución profundamente inequitativa de la riqueza y la utilización (y antes, el desarrollo) del conocimiento no para la satisfacción de las verdaderas necesidades humanas. Lo que quiere decir, en definitiva, que el problema esencial de la humanidad sigue siendo de organización social.

No haría falta añadir que el Derecho tiene que ver centralmente con la organización de la sociedad. Y que los saberes jurídicos (incluida la filosofía del Derecho) bien pueden considerarse también como saberes de tipo organizativo.



BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, Aulis, Atienza, Manuel y Laporta, Francisco (2010), *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- Aguiló, Josep (2000), *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona.
- (2011), «El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli»: *Doxa* 34 (publicado también, en L. Ferrajoli y otros [2012], *Un debate sobre el constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid *et al.*).
- Alchourrón, Carlos (2000), «Sobre Derecho y lógica»: *Isonomía*, 13.
- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio (1971), *Normative Systems* (Library of Exact Philosophy), Springer, Viena/Nueva York; trad. cast., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974.
- Alexy, Robert (1989), *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, CEC, Madrid.
- (2001), «Entrevista a Robert Alexy» realizada por M. Atienza: *Doxa*, 24.
- (2002), «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales»: *Revista española de Derecho constitucional*, 66.
- (2011), «Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento jurídico ha ido desarrollándose con el paso de los años», en Carlos Bernal (ed.), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Palestra, Lima.
- (2016), *La doble naturaleza del Derecho*, trad. de M. Atienza, A. D. Oliver-Lalana, A. I. Haquín, E. R. Soderó, M.^a C. Quimbayo, C. Bernal, Trotta, Madrid.
- Aramayo, Roberto R., Álvarez, José Francisco, Maseda, Francisco y Roldán, Concha (eds.), *Diálogos con Javier Muguerza. Paisajes para una exposición virtual. (Un homenaje de Isegoría por su 80 cumpleaños)*, CSIC, Madrid.
- Arendt, Hannah (1993), *La condición humana*, Paidós, Buenos Aires/Barcelona.
- Aristóteles (1981), *Ética a Nicómaco* [1949], ed. bilingüe y trad. de M. Araujo y J. Marías; introducción y notas de J. Marías, CEC, Madrid.

- (1994), *Retórica*, trad., introducción y notas de Q. Racionero, Gredos, Madrid.
- Arjona, César (2016), *La ética de los juristas y la fidelidad al Derecho*, trabajo presentado como tercera prueba para la obtención de la categoría de profesor titular en la Universidad Ramon Llull (ESADE), Barcelona.
- Atienza, Manuel (1985), *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona (reedición —con el mismo título— [1998] en Fontamara, México, 5.ª reimp., 2008)).
- (1986), *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Civitas, Madrid.
- (1986a), «Sobre la Jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo»: *Doxa*, 3.
- (1991), *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid.
- (1993), «Prólogo», en E. Garzón Valdés, *Derecho, ética y política*, CEC, Madrid.
- (1996), «Prólogo», en J. A. Pérez Lledó, *El Movimiento*, Critical Legal Studies, Tecnos, Madrid.
- (1996a), «Juridificar la bioética»: *Claves de razón práctica*, 61.
- (1997), *Contribución para una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid.
- (2001), «Le concezioni del diritto», en *Enciclopedia italiana. Eredità del Novecento*.
- (2006), *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona.
- (2006a), «Prólogo», en C. Courtis, *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Trotta, Madrid.
- (2007), «Dos sugerencias (muy menores) sobre el concepto de tolerancia»: *Doxa*, 30.
- (2008), «¿Es el positivismo jurídico una teoría aceptable del Derecho?», en *Ideas para una filosofía del Derecho. Una propuesta para el mundo latino*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima (el trabajo reproduce la intervención del autor en el debate sobre «El futuro del positivismo jurídico», que tuvo lugar en el XXIII Congreso de la IVR, en Cracovia, agosto de 2007).
- (2008a), *Reflexiones sobre ética judicial*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.
- (2008b), «Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico», en VV.AA., *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- (2008c), «Tesis sobre Ferrajoli»: *Doxa*, 31.
- (2009), «¿Por qué leer a Marx hoy», en el volumen colectivo *¿Por qué leer a Marx hoy?*, con participación de L. Salazar Carrión y A. Córdova, Fontamara, México.
- (2009a), «Una nueva visita a la filosofía del Derecho en Argentina»: *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, VI/14, pp. 9-30.
- (2011), «Sobre la interpretación jurídica, de Paolo Comanducci», en Jordi Beltrán y Giovanni Ratti (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Marcial Pons, Madrid et al.

- (2011a), «Dos versiones del constitucionalismo»: *Doxa*, 34.
- (2012), «Una teoría pragmática del diritto»: *Rivista di filosofia del diritto. Journal of Legal Philosophy*, 1, pp. 123-134.
- (2012a), «Constitucionalismo y Derecho penal», en S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo (dirs.), J. C. Hortal Ibarra (coord.), *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, Madrid.
- (2013, 4.^a reimp., 2016), *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid.
- (2013a), «Más allá del neoconstitucionalismo y del formalismo», en el diario *El Universo de Guayaquil* (2 de noviembre de 2013), consultable en *La Mirada de Peitho*, blog: http://lamiradadepeitho.blogspot.com.es/2014/01/mas-alla-del-neoconstitucionalismo-y_28.html.
- (2013b), *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Pasos Perdidos, Madrid.
- (2014), «Una filosofía del Derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca»: *Doxa*, 37.
- (2014a), «¿Por qué no conocí antes a Vaz Ferreira?»: *Revista de la Facultad de Derecho* (Universidad de la República, Uruguay) 36 (consultable también en *La Mirada de Peitho*, blog: <http://lamiradadepeitho.blogspot.com.es/2014/05/por-que-no-conoci-antes-vaz-ferreira.html>).
- (2014b), «Ética para fiscales»: *Jueces para la democracia*, 79.
- (2015), «Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos»: *El Notario del siglo XXI*, 63.
- (2015a), «Robert Alexy y el 'giro argumentativo' en la teoría del Derecho contemporánea», consultable en *La Mirada de Peitho*, blog: <http://lamiradadepeitho.blogspot.com.es/2015/07/robert-alex-y-el-giro-argumentativo-en.html>.
- (2016), «Prólogo», en N. MacCormick, *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*, trad. de J. A. Gascón Salvador, revisión y trad. de L. Vega Reñón, Palestra, Lima.
- (2016a), «¿Una visión postpositivista de los derechos? Comentario a propósito de un libro de Bruno Celano», disponible en *La Mirada de Peitho*, blog: <http://lamiradadepeitho.blogspot.com.es/2016/10/una-vision-postpositivista-de-los.html>.
- (2016b), «Juristas y zorizos», consultable en *La Mirada de Peitho*, blog: <http://lamiradadepeitho.blogspot.com.es/2016/06/juristas-y-zorizos.html>.
- (2016c), «La filosofía del Derecho de Javier Muguerza» en R. R. Aramayo, J. F. Álvarez, F. Maseda y C. Roldán (eds.), *Diálogos con Javier Muguerza. Paisajes para una exposición virtual (Un homenaje de Isegoría por su 80 cumpleaños)*, CSIC, Madrid.
- (2016d), «Comentarios para un debate»: *Teoría & Derecho*, 20.
- (2017), «Comentario sobre Laporta y Hierro»: *Doxa*, 40.
- Atienza, Manuel y Aguiló, Josep (2017), «Prólogo», en H. López Sterup, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a partir de la praxis judicial: Evaluación sobre el impacto en la consolidación de una democracia constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, próxima publicación.
- Atienza, Manuel y García Amado, Juan Antonio (2012), *Un debate sobre la ponderación*, Palestra/Temis, Lima/Bogotá.

- Atienza, Manuel y Laporta, Francisco (2008), «Diálogo sobre el imperio de la ley y el constitucionalismo»: *El Cronista* (Madrid), 0.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (2007, 4.^a reimp.), *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* [1.^a ed., 1996; 2.^a ed., 2004], Ariel, Barcelona.
- (2009), «Dejemos atrás el positivismo jurídico», en *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra/Themis, Lima/Bogotá.
 - (2009a), «Reglas, principios y derrotabilidad», en *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra/Temis, Lima/Bogotá.
- Atria, Fernando (1999), «Del derecho y el razonamiento jurídico»: *Doxa*, 22.
- Ávila, Humberto (2013), «Neoconstitucionalismo: Entre la 'ciencia del Derecho' y el 'Derecho de la ciencia'», en *Tendencias actuales del Estado constitucional contemporáneo*, tomo V, *Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica. Constitucionalismo y principio de proporcionalidad*, Ara, Lima.
- Ávila, Ramiro (2011), *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, ed. de A. Acosta y E. Martínez (eds.), Abya Yala/UASB/F. Rosa Luxemburg, Quito.
- Barberis, Mauro (2000), *Filosofia del diritto. Un'introduzione storica*, Il Mulino, Bolonia.
- (2003), «Neoconstitucionalismo democracia e imperialismo de la moral», en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
 - (2011) «El neoconstitucionalismo, *Third Theory of Law*», en S. Pozzolo (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Palestra, Lima.
- Bardley Wendel, W. (2010), *Lawyers and Fidelity to Law*, Princeton University Press, Nueva Jersey.
- Beneytez Merino, Luis (2000), «Reflexión deontológica sobre el Ministerio fiscal», en *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología*, UCAM-AEDOS, Murcia.
- Bernstein, Richard J. (2010), *The pragmatic turn*, Polity, Londres.
- Brink, David O. (1984), «Moral realism and the sceptical arguments from disagreement and queeriness»: *Australian Journal of Philosophy*, 62/2.
- Bobbio, Norberto (1950), *Teoria della scienza giuridica*, Giappichelli, Turín.
- (1962) «Nature et fonction de la philosophie du Droit»: *Archives de philosophie du droit*, 7, pp. 1-11.
 - (1980), *Contribución a la teoría del Derecho*, intr. y trad. de A. Ruiz Miguel, Fernando Torres, Valencia.
 - (1980a), «Scienza del diritto e analisi del linguaggio» [1950], en Íd., *Contribución a la teoría del Derecho*, intr. y trad. de A. Ruiz Miguel, Fernando Torres, Valencia.
 - (1991), *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid.
- Bueno, Gustavo (1970), *El papel de la filosofía en el conjunto del saber*, Ciencia Nueva, Madrid.
- (1995), *¿Qué es la filosofía?*, Pentalfa, Oviedo.
- Bulygin, Eugenio (1992), «Sull'interpretazione giuridica»: *Analisi e diritto*.
- Bunge, Mario (1989), *Treatise on Basic Philosophy*, vol. 8: *Ethics: The Good and the Right*, Reidel, Dordrecht.
- (2007), *Una filosofía realista para el nuevo milenio*, Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima.

- Calsamiglia, Albert (1986), *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona.
- (2000), *Cuestiones de lealtad*, Paidós, Barcelona.
- Calvo, Manuel (2012), «Transformaciones jurídicas y teoría del derecho»: *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXVIII.
- Camilleri, Andrea, De Cataldo, Giancarlo y Lucarelli, Carlo (2011), *Giudici*, Einaudi; trad. cast. de L. Juanatey y F. Peretto, *Tres jueces*, Marcial Pons, Madrid *et al.*, 2014.
- Capella, Juan-Ramón (1970), *Sobre la extinción del Derecho y la desaparición de los juristas*, Fontanella, Barcelona.
- (2008), *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado* [1997], Trotta, Madrid.
- (2010), «Filosofía del Derecho en España. Una aportación personal»: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*.
- (2016), «Entrevista a Juan-Ramón Capella», realizada por M. Atienza: *Doxa*, 39.
- (2016a), «Autocríticas»: *Doxa*, 39.
- Carbonell, Miguel (2010), «El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis», en M. Carbonell y L. García Jaramillo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá; también, en M. Carbonell y L. García Jaramillo (eds.), Trotta, Madrid, 2010.
- Carrió, Genaro (1965), *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- (1986, 3.ª ed. aumentada) «Principios jurídicos y positivismo jurídico», en *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- Celano, Bruno (2013), *I diritti nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bolonia.
- Coleman, Jules L. (2001), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, OUP, Oxford.
- Comanducci, Paolo (2003), «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- (2011), «La interpretación jurídica», en Jordi Beltrán y Giovanni Ratti (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Marcial Pons, Madrid *et al.*
- (2015), «Manuel Atienza e il diritto come argomentazione», en *Analisi e diritto*, pp. 109-115.
- Coterrell, Roger (1991), *Introducción a la sociología del Derecho*, trad. de C. Pérez Ruiz, Ariel, Barcelona.
- (2003), *The Politics of Jurisprudence*, Oxford University Press, Londres.
- Courtis, Christian (2006), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Trotta, Madrid.
- Dascal, Marcelo (2007), «Tipos de polémicas y tipos de movimientos polémicos», en R. Marafioti (ed.), *Parlamentos: Teoría de la argumentación y debate parlamentario*, Biblos, Buenos Aires.
- Del Moral García, Antonio (2007), «La objeción de conciencia de los miembros del ministerio fiscal», en *Objeción de conciencia y función pública*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- Delgado Echeverría, Jesús y Rams Albesa, Joaquín (2011), *Retos de la dogmática civil española*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.

- Dewey, John (2008), *Teoría de la valoración*, trad. de M. L. Balseiro, Siruela, Madrid.
- Díez-Picazo, Luis María (2007), «Siete tesis sobre la idea de fiscal investigador»: *Teoría & Derecho*, 1.
- Dilthey, Wilhelm (1949), *Introducción a las ciencias del espíritu* [1883], trad. de E. Imaz, FCE, México/Buenos Aires.
- Diógenes Laercio (1985), *Vidas, opiniones y sentencias de los filósofos más ilustres*, trad. de J. Sanz Ortiz, Teorema, Barcelona.
- Dworkin, Ronald (2000), «Must Our Judges Be Philosophers? Can They Be Philosophers?», New York Council for the Humanities Scholar of the Year Lecture.
- (2006), *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.); trad. cast. de M. Iglesias Vila e Í. Ortiz de Urbina, *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- (2007), «¿Deben nuestros jueces ser filósofos?»: *Estudios de Derecho* (Medellín), 144.
- (2011), *Justice for Hedgehogs*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.).
- Esquivel, Javier (1982), «Juicios de valor, positivismo jurídico y relativismo moral», en VV.AA., *Filosofía y ciencias sociales. Problemas teóricos y metodológicos*, Universidad de Carabobo, Valencia, Venezuela.
- Fassò, Guido (2006), *Storia della filosofia del diritto*, t. III, Laterza, Roma/Bari.
- Fedele, P. (1961), voz «Dogma», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milán.
- Ferrajoli, Luigi (2005), «Criminalidad y globalización»: *Claves de razón práctica*, 152.
- (2005a), «La crisis de la democracia en la era de la globalización»: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 39.
- (2011, 2016), *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. de A. Ruiz Miguel y P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid.
- (2011a), «Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista», trad. de N. Guzmán: *Doxa*, 34, (publicado también, en L. Ferrajoli et al., *Un debate sobre el constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid et al., 2012).
- (2013) «Sobre la deontología profesional de los abogados», en C. García Pascual (coord.), *El buen jurista. Deontología del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2014), *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid.
- (2016), «Comentarios a las intervenciones de Manuel Atienza, Juan Antonio García Amado y Alfonso García Figueroa»: *Teoría & Derecho*, 20.
- Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan (2012), *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid.
- Ferrari, Vincenzo (2004), *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Laterza, Roma/Bari.
- Ferrater Mora, José (2009), voz «Dogma», en *Diccionario de filosofía*, Ariel, Barcelona.

- Finnis, John (2012), «What is the Philosophy of Law?»: *Rivista di filosofia del diritto. Journal of Legal Philosophy*, 1, pp. 67-77.
- Fishkin, James S. (1984), *Beyond Subjective Morality: Ethical Reasoning and Political Philosophy*, Yale University Press, New Haven; hay una breve presentación de su posición en J. Fishkin, «Las fronteras de la obligación»: *Doxa* (1986), 3.
- Freedman, Monroe H. (1990), *Understanding Lawyers' Ethics*, Matthew Bender, Nueva York.
- Friedman, Lawrence M. (2001), «The Human Rights Culture»: *Quid Pro* (Nueva Orleans).
- Friedmann, William F. (1966), *El Derecho en una sociedad en transformación*, FCE, México/Buenos Aires.
- García Amado, Juan Antonio (2009), «Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores», en F. Mantilla Espinosa (coord.), *Controversias constitucionales*, Universidad del Rosario, Bogotá (consultable en <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/11088/Controversia%20constitucional.pdf?sequence=1>).
- (2010), «¿Es realista la teoría de la argumentación jurídica? Acotaciones a un debate intenso»: *Doxa*, 33.
- (2014), *Iusmoralismo(s)*. Dworkin, Alexy, Nino, LP, Lima.
- (2014a), «¿Es realista la teoría de la argumentación jurídica? Acotaciones breves a un debate intenso», en E. P. Haba et al., *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, Palestra/Temis, Lima/Bogotá.
- García Figueroa, Alfonso (2011), «Neoconstitucionalismo: Dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo justpositivista de Luigi Ferrajoli»: *Doxa*, 34, (publicado también, en L. Ferrajoli et al., *Un debate sobre el constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid et al., 2012).
- García Jaramillo, Leonardo (2010), «El neoconstitucionalismo en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente», en M. Carbonell y L. García Jaramillo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (publicado también, en M. Carbonell y L. García Jaramillo [eds.], Trotta, Madrid, 2010).
- Garzón Valdés, Ernesto (1993), *Derecho, ética y política*, CEC, Madrid.
- Gimbernat Ordeig, Enrique (1990), *Estudios de Derecho penal*, Tecnos, Madrid.
- González Vicén, Felipe (1979), *Estudios de Filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, San Cristóbal de La Laguna.
- Grabowski, Andrzej (2015), «Is a 'Regional' Philosophy of Law Acceptable? A comment on The Philosophy of Law as a 'Regional' Philosophy by Manuel Atienza», consultable en: https://www.academia.edu/23483127/Philolep_2015_Is_a_Regional_Philosophy_of_Law_Acceptable_A_Comment_on_The_Philosophy_of_Law_as_a_Regional_Philosophy_by_Manuel_Atienza.
- Guastrini, Ricardo (1990), *Dalle fonti alle norme*, Giapichelli, Turín.
- (2012), «Manifiesto di una filosofia analitica del diritto»: *Rivista di filosofia del diritto. Journal of Legal Philosophy*, 1, pp. 51-65.
- (2014), *Interpretar y argumentar*, trad. de S. Álvarez, CEPC, Madrid.

- Haack, Susan (2005), «Not Cynicism, but Synecism: Lessons from classical pragmatism» (Transactions of the Charles S. Peirce Society, vol. XLI, 2).
- (2015), «La evaluación por pares y la publicación: lecciones para abogados»: *Doxa*, 38.
- Haba, Enrique P. (2010), «Razones para no creer en la actual Teoría (ilusionista) de la Argumentación»: *Doxa*, 33.
- (2014), *Un debate sobre la teoría de la argumentación jurídica*, Palestra/Temis, Lima/Bogotá.
- Habermas, Jürgen (1998, ⁶2010), *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid.
- (2002, ²2011), *Verdad y justificación. Ensayos filosóficos*, Trotta, Madrid.
- Hart, H. L. A. (1962), *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires.
- (1963), *El concepto de Derecho*, trad. de G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires (UNAM, México, reimp., 1980).
- (1997) «Postscriptum», en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, estudio preliminar de C. Rodríguez, trad. de M. Holguín (orig., «Postscript», en *The Concept of Law*, OUP, Oxford, 1961-1994), Universidad de los Andes, Bogotá.
- Hernández Marín, Rafael (1989), *Teoría general del Derecho y de la ciencia jurídica*, PPU, Barcelona.
- Hilpinen, Risto (2011), «Artifact» [1999], en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*.
- Hohfeld, W. N. (1968), *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. y nota preliminar de G. Carrió, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires.
- Holmes, Oliver W. (1975), *La senda del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- Ihering, Rudolf von (1884), *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, Breitkopf & Härtel, Leipzig; trad. cast. de T. A. Banzhaf, *Bromas y veras en la jurisprudencia*, EJEa, Buenos Aires, 1974; y de R. Ríaza de la 3.ª ed. alemana, *Jurisprudencia en broma y en serio*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933.
- (1961), *El fin en el Derecho*, trad. de D. Abad de Santillán, 2 vols., Cajica, Puebla, México.
- (1987), *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid.
- (1990), *La lucha por el Derecho*, trad. y nota introductoria de A. Posada, prólogo de L. Alas «Clarín», Temis, Bogotá.
- (2013), «'Nuestra tarea' [1857]. En torno a la Jurisprudencia de conceptos: surgimiento, auge y declive»: *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, 4, pp. 234-275.
- Jiménez Redondo, Manuel (1998), «Introducción», en J. Habermas, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid.
- Jori, Mario (1976), *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Giuffrè, Milán.
- Kahneman, Daniel (2011), *Thinking, Fast and Slow*, Farrar, Straus and Giroux, Nueva York.
- Kant, Immanuel (1989), «Sobre un presunto derecho a mentir por filantropía», en *Teoría y práctica*, Tecnos, Madrid.

- Kelsen, Hans (1958), *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Máynez, UNAM, México.
- (1982), *Teoría pura del Derecho*, trad. de R. J. Vernengo de la 2.ª ed. alemana [1960], UNAM, México.
- (1991), *¿Qué es la justicia?*, trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara, México.
- Kelsen, Hans y Klug, Ulrich (2008), *Normas jurídicas y análisis lógico* [1981], prólogo de E. Bulygin, trad. de J. C. Gardella, CEC, Madrid.
- Kronman, Anthony T. (1986), «Practical Wisdom and Professional Character»: *Social Philosophy and Policy*, 4, pp. 203-234.
- (1987) «Living in the Law»: *The University of Chicago Law Review*, 54.
- Kuhn, Thomas S. (1979), *La función del dogma en la investigación científica* [1961], trad. de D. Eslava, Revista Teorema, Valencia.
- La Torre, Massimo (2013), «Variaciones sobre la moral del abogado: ambigüedades normativas, teorías deontológicas, estrategias alternativas», en C. García Pascual (coord.), *El buen jurista. Deontología del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Laclau, Ernesto (2005), *La razón populista*, FCE de España, Buenos Aires.
- Laporta, Francisco (1987), «Sobre el concepto de derechos humanos»: *Doxa*, 4.
- (2005), «Globalización e imperio de la ley»: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 39.
- (2007), *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid.
- (2015), «Entrevista a Francisco Laporta» realizada por M. Atienza: *Doxa*, 38.
- Leibniz, Gottfried Wilhelm (2006), *The Art of Controversies*, ensayo introductorio, trad. y notas de M. Dascal con la colaboración de Q. Racionero, Springer, Dordrecht.
- López Sterup, Henrik (2017), *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a partir de la praxis judicial: Evaluación sobre el impacto en la consolidación de una democracia constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, próxima publicación.
- Losano, Mario G. (2002), *Sistema e struttura nel diritto*, vol. I. *Dalle origini alla scuola storica*, Giuffrè, Milán.
- Lozada, Alf (2016), *Derechos y constitucionalismo discursivo*, tesis de doctorado consultable en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/54935/1/tesis_lozada_prado.pdf, Universidad de Alicante, Alicante.
- Luban, David (1986), «The Lysistratian Prerogative: A response to Stephen Pepper»: *American Bar Foundation Research Journal*, 4.
- (2010), «The Conscience of a Prosecutor»: *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper*, 10-27.
- Lukes, Steven (2011), *Relativismo moral*, Paidós Ibérica, Barcelona.
- MacCormick, Neil (1978), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford.
- (2005), *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, OUP, Oxford.
- MacIntyre, Alasdair (1981), *Historia de la ética*, Paidós, Barcelona.
- (1987), *Tras la virtud*, trad. de A. Valcárcel, Crítica, Barcelona.
- Mackie, John (1977), *Ethics. Inventing right and wrong*, Penguin, Londres.

- Marcuse, Hébert (1968), *El final de la utopía*, Ariel, Barcelona.
- Mir Puig, Santiago (1984, ¹⁰2015), *Derecho penal. Parte general*, PPV, Barcelona.
- Moreso, Josep Joan (2007), «Alexy y la aritmética de la ponderación», en Robert Alexy et al., *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- (2011), «Antígona como 'defeater'. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli»: *Doxa*, 34.
- Muguerza, Javier (1990), *Desde la perplejidad*, FCE, México/Madrid/Buenos Aires.
- (1998), *Ética, disenso y derechos humanos. En conversación con Ernesto Garzón Valdés*, Argés, Madrid.
- Nagel, Thomas (2001), *La última palabra*, Gedisa, Barcelona.
- Nieto, Alejandro y Gordillo, Agustín (2003), *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Trotta, Madrid.
- Nino, Carlos (1973-1975), *Notas de Introducción al Derecho*, 5 vols., Astrea, Buenos Aires.
- (1974), *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, UNAM, México.
- (1979), *Algunos modelos metodológicos de «ciencia» jurídica*, Universidad de Carabobo, Venezuela.
- (1980), *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires.
- (1984), *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Astrea, Buenos Aires; Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 1984.
- (1992), *Fundamentos de Derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires.
- (1994), *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona.
- Nussbaum, Martha (2012), *Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano*, Paidós, Barcelona.
- Orestano, Riccardo (1961), *Introduzione allo Studio Storico del Diritto Romano*, Giappichelli, Turín.
- Ost, François (2016), *À quoi sert le droit? Usages, fonctions, finalités*, Bruylant, Bruselas.
- Ost, François y Van de Kerchove, Michel (2002), *Piramide ou réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruselas.
- Pacheco Carve, Luis (2001), «El fiscal en el Derecho comparado», en *Estudios Jurídicos. Ministerio fiscal*, VI.
- Pardo, José Luis (2016), *Estudios del malestar. Políticas de la autenticidad en las sociedades contemporáneas*, Anagrama, Barcelona.
- Paresce, Enrico (1961), voz «Dogmatica giuridica», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milán.
- Peña, Lorenzo y Ausín, Txetxu (coords.) (2014), *Conceptos y valores constitucionales*, Plaza y Valdés, Madrid.
- Pepper, Stephen L. (1986), «The Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, A Problem, and Some Possibilities»: *American Bar Foundation Research Journal*.

- Perelman, Chaïm (1970), «Autorité, idéologie et violence», en VV.AA., *Le champ de l'argumentation*, Presses Universitaires de Bruxelles.
- Perelman Chaïm y Olbrechts-Tyteca, Lucie (1970), *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*, Université Libre de Bruxelles, Bruselas; trad. cast. de J. Sevilla Muñoz de la ed. francesa de 1958 (PUF, París), *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Gredos, Madrid, 1989.
- Postema, Gerald (2015), «Jurisprudence, the Sociable Science»: *Virginia Law Review*, 101/4.
- Prieto, Evaristo (2003), *Jürgen Habermas: Acción comunicativa e identidad política*, CEC, Madrid.
- Prieto, Luis (2000), «Tribunal Constitucional y positivismo jurídico»: *Doxa*, 23.
- (2013), «Neoconstitucionalismos (Un catálogo de problemas y argumentos)», en VV.AA., *Tendencias actuales del Estado constitucional contemporáneo*, tomo V. *Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica. Constitucionalismo y principio de proporcionalidad*, Ara, Lima.
- Putnam, Hillary y Habermas, Jürgen (2008), *Normas y valores*, Trotta, Madrid.
- Ponce, Juan E. (2010), *El neoconstitucionalismo en el Ecuador*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.
- Pozzolo, Susana (1998), «Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional»: *Doxa*, 21, pp. 339-354.
- (2003), «Un constitucionalismo ambiguo», en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- Rabossi, Eduardo (1990), «La teoría de los derechos humanos naturalizada»: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 5.
- (1989), «El fenómeno de los derechos humanos y la posibilidad de un nuevo paradigma teórico»: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 3.
- Radbruch, Gustav (1951), *Introducción a la filosofía del Derecho* [1948], trad. de W. Rocas, FCE, México.
- Ramos Pascua, José Antonio (2016), «Revisando el positivismo jurídico institucionalista», en *Liber amicorum. Homenaje al profesor Luis Martínez Roldán*, Universidad de Oviedo, Oviedo.
- Rivaya, Benjamín (2009), «Historia política de la filosofía del Derecho española del siglo XX»: *Doxa*, 32.
- Roca, Victoria (2005), *Derecho y razonamiento práctico en C. S. Nino*, CEC, Madrid.
- Rodilla, Miguel Ángel (2014), *Contrato social. De Hobbes a Rawls*, vol. I, Ratio Legis, Salamanca.
- Rodríguez Paniagua, José María (1972), *Historia del pensamiento jurídico*, vol. II, Universidad Complutense, Madrid.
- Rorty, Richard (2002), *Filosofía y futuro*, Gedisa, Barcelona.
- Ruiz Miguel, Alfonso (1980), «Estudio preliminar», en N. Bobbio, *Contribución a la teoría del Derecho*, Fernando Torres, Valencia.
- (2011), «La dogmática jurídica, ¿ciencia o técnica?», en C. Alarcón y R. Vigo (coords.), *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales*, Marcial Pons, Madrid.
- Sacristán, Manuel (1968), *Sobre el lugar de la filosofía en el conjunto del saber*, Nova Terra, Barcelona.

- Salas, Minor (2007), «¿Es el Derecho una profesión inmoral?»: *Doxa*, 30.
- Sandel, Michael J. (2011), *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, Debate, Barcelona.
- Santos, Boaventura de Sousa (1998), *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la postmodernidad*, Universidad de los Andes, Bogotá.
- (1998a), *La globalización del Derecho: Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, trad. de C. Rodríguez, UNC/ILSA, Bogotá.
- (2009), *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, introducción y revisión de la trad. de C. Lema, Trotta/Ilse, Madrid/Bogotá.
- (2015), «Towards a Socio-Legal Theory of Indignation», CUP, Cambridge.
- Scarpelli, Uberto (1965), *Cos'è il positivismo giuridico?*, Edizioni di Comunità, Milán.
- (1982), *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bolonia.
- Schauer, Frederick (2004), *Las reglas en juego*, Marcial Pons, Madrid.
- Schmitt, Carl (2010), *La tiranía de los valores*, trad. de Á. Schmitt, Comares, Granada.
- (2012), *Posiciones ante el Derecho*, Tecnos, Madrid.
- Sen, Amartya (2010), *La idea de la justicia*, Taurus, Madrid.
- Stammler, Rudolf (1980), *Filosofía del Derecho*, trad. de W. Roces, Editora Nacional, México.
- Suárez Llanos, María Leonor (2008), «Deontología del Ministerio Fiscal. Descripción normativa y crítica. O de ¿para qué necesitan los fiscales ser morales?»: *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXV.
- Summers, Robert S. (1978), «Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification»: *Cornell Law Review*, 61.
- (1982), *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, Nueva York.
- (1984), *Lon L. Fuller*, Stanford University Press, Stanford (California).
- Tamanaha, Brian Z. (2006), *Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law*, CUP, Cambridge.
- Todolí, Arturo (2015), «La potestad de acusar del Ministerio Fiscal en el proceso penal español: Naturaleza, posibilidades de su ejercicio discrecional, alcance de sus diferentes controles y propuestas de mejora del sistema», tesis de doctorado, Facultad de Derecho, Universidad de Valencia, Valencia.
- Toharia, José Juan (2014), «Por qué no se hunde España», en *El País*, 24 de agosto de 2014.
- Treves, Renato (1988), *La sociología del Derecho*, Aries, Barcelona.
- Tugendhat, Ernst (1997), *Lecciones de Ética*, trad. de L. Román, Gedisa, Barcelona.
- Twining, William (2000), *Globalisation and Legal Theory*, Butterworths, Londres.
- (2001), *Globalisation and Legal Theory*, CUP, Cambridge.
- (2009), *General jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*, CUP, Cambridge.
- (2009a), «Entrevista con William Twining», realizada por M. Atienza y R. Gama: *Doxa* 32.
- Vaz Ferreira, Carlos (1920), *Moral para intelectuales*, Imprenta El Siglo Ilustrado, Montevideo.

- (1962), *Lógica viva*, Losada, Buenos Aires.
- Vega, Jesús (2001), *La idea de ciencia en el Derecho*, Pentalfa, Oviedo.
- (2002), *El Derecho y la filosofía. Una justificación de la filosofía del Derecho* (inédito).
- (2016) «La filosofía del Derecho como filosofía práctica. A propósito de La filosofía del Derecho como filosofía 'regional' de M. Atienza», consultable en <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponencia%20ilativa%20Jesu%CC%81s%20Vega.pdf>.
- (2009), «Las cualificaciones del saber jurídico y la pretensión de racionalidad del Derecho»: *Doxa*, 32.
- Vega, Luis (2008), «Paralogismos: una contribución de C. Vaz Ferreira al análisis de la argumentación falaz»: *Doxa*, 31.
- Vega Encabo, Jesús y Gil Martín, Francisco Javier (2008), «Introducción», en H. Putnam y J. Habermas, *Normas y valores*, Trotta, Madrid.
- Vernengo, Roberto J. (1986), «Ciencia jurídica o técnica política: ¿Es posible una ciencia del Derecho?»: *Doxa*, 3.
- (1986a), «Réplica a la respuesta de M. Atienza»: *Doxa*, 3.
- Vigo, Rodolfo (2014), «¿Dos o tres neoconstitucionalismos?»: *Ex legibus*, 1; ahora en R. Vigo, *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*, Porrúa, México, 2016.
- Villacañas, José Luis (2015), *Populismo*, La Huerta Grande, Madrid.
- Wright, G. H. von (1970), *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid.
- Wróblewski, Jerzy (1971), «Legal Decision and its Justification», en H. Hubien (ed.), *Le raisonnement juridique*, Actas del Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social, Bruselas.
- Zagrebelsky, Gustavo (2014), *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Trotta, Madrid.



ÍNDICE DE NOMBRES

- Aarnio, Aulis: 103, 185
 Aguiló, Josep: 13, 131, 150, 360
 Alchourrón, Carlos: 20, 24, 161
 Alemany, Macario: 14
 Alexy, Robert: 12, 17, 22, 31, 45, 56, 58, 65, 81, 99ss., 103ss., 113s., 119-123, 125ss., 129, 133, 135, 149, 151, 155s., 159s., 162s., 203, 213, 284, 291, 337, 347
 Antígona: 121
 Arango, Rodolfo: 127
 Arendt, Hannah: 43, 215
 Aristipo: 72
 Aristófanes: 265
 Aristóteles: 41, 43, 66, 81, 189s., 192, 230, 250, 332
 Arjona, César: 266s.
 Atienza, Manuel: 22s., 44, 47s., 59, 62, 68, 76, 101, 103-108, 113s., 121s., 125, 131, 136, 140s., 143, 149s., 153s., 158, 175, 177s., 181, 191, 199, 207, 211s., 214s., 218, 223s., 234, 261, 288-292, 317, 319, 323, 349, 351, 359, 360
 Atria, Fernando: 63
 Ausín, Txetxu: 12
 Austin, John L.: 57, 65, 216, 282
 Ávila, Humberto: 126
 Ávila, Ramiro: 127
 Barberis, Mauro: 117, 121ss.
 Beneytez Merino, Luis: 243
 Bentham, Jeremy: 65, 137, 216, 245, 283, 335, 357
 Berlin, Isaiah: 80
 Bernal, Carlos: 127
 Bernstein, Richard J.: 207, 210
 Bloch, Ernst: 134
 Bobbio, Norberto: 44, 47, 52, 57, 61, 63s., 75, 78ss., 89, 91, 97s., 119, 124, 175, 288, 333, 337
 Bradley Wendel, W.: 266s.
 Brandeis, Louis: 267
 Brandom, Robert: 207
 Brink, David O.: 202s.
 Bueno, Gustavo: 23, 73, 75s., 218, 288
 Bulygin, Eugenio: 20, 24, 47, 51s., 66, 279
 Bunge, Mario: 177s., 203
 Calicles: 72
 Calsamiglia, Albert: 178s., 271
 Calvo, Manuel: 278ss.
 Camilleri, Andrea: 251
 Capella, Juan-Ramón: 68, 295, 299-309, 351, 356
 Carbonell, Miguel: 127s.
 Carrió, Genaro: 20, 55, 187, 279
 Celano, Bruno: 22, 45
 Chiassoni, Pierluigi: 51
 Clinton, William «Bill»: 271
 Comanducci, Paolo: 51, 66, 117, 119ss., 125, 129, 193ss., 197, 217s., 223
 Comte, Auguste: 278
 Cotterrell, Roger: 277, 281, 347
 Courtis, Christian: 181
 Creonte: 121
 Dascal, Marcelo: 54
 De Cataldo, Giancarlo: 251
 Del Moral García, Antonio: 249
 Delgado Echeverría, Jesús: 184s.

- Dewey, John: 36, 210
 Díaz, Elías: 47
 Díez-Picazo, Luis María: 247
 Dilthey, Wilhelm: 38ss., 45, 335, 337, 352
 Diógenes Laercio: 73
 Duguit, Léon: 276
 Durkheim, Émile: 278
 Dworkin, Ronald: 12, 17, 21, 23, 26, 28-31, 37, 51, 55, 57s., 60, 65s., 69, 81, 84, 89, 91, 104s., 119-123, 125ss., 129, 132, 138, 149, 151, 153, 179, 191, 205, 209, 280, 282, 284, 291, 319, 347, 358
 Ehrlich, Eugen: 276
 Eslava, Dámaso: 171
 Esquivel, Javier: 200
 Fassò, Guido: 39s.
 Fedele, P.: 169s.
 Federico Guillermo II de Prusia: 270
 Ferrajoli, Luigi: 18, 22, 48, 51s., 63, 66ss., 99, 111s., 120s., 123-126, 129-133, 135ss., 140, 142, 148s., 151, 160, 162, 176, 190, 217, 250, 269, 279, 288-296, 299, 310, 356
 Ferrari, Vincenzo: 15s.
 Ferrater Mora, José: 169, 245
 Finnis, John: 64s., 297s.
 Fishkin, James S.: 210
 Flaubert, Gustave: 117
 Foucault, Michel: 320
 Francisco de Asís: 307
 Freedman, Monroe H.: 248
 Friedman, Lawrence M.: 97
 Friedmann, William F.: 335
 Fujimori, Alberto: 234-237
 Fuller, Lon L.: 18, 31, 36ss., 51, 354
 Galligan, Denis: 277
 García Amado, Juan Antonio: 17, 22s., 51, 100s., 112ss., 122s., 136, 140s., 148, 154, 160s.
 García Figueroa, Alfonso: 123, 128, 139s.
 García Jaramillo, Leonardo: 127s.
 Garzón Valdés, Ernesto: 211s., 223ss., 261, 270
 Gascón, Marina: 111
 Gaviria, Carlos: 127
 Geny, François: 276
 Gierke, Otto von: 276
 Gil Martín, Francisco Javier: 206
 Gimbernat Ordeig, Enrique: 182
 Glaucon: 72
 González Lagier, Daniel: 14
 González Vicén, Felipe: 10, 55, 64, 134
 Gordillo, Agustín: 183
 Grabowski, Andrzej: 88ss.
 Green, Leslie: 89
 Guastini, Ricardo: 21, 51s., 66, 162
 Haack, Susan: 187s., 296, 319
 Haba, Enrique P.: 51, 68, 99s., 112s., 164
 Habermas, Jürgen: 45, 56, 162s., 199, 203, 205-210, 212s., 268, 310, 337-345, 354s.
 Hand, Learned: 237
 Hart, Herbert L. A.: 24s., 34, 51, 55, 57, 63, 80s., 84s., 161, 176, 217, 277, 281-286, 288, 308
 Hauriou, Maurice: 43
 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: 113
 Hernández Marín, Rafael: 179
 Hierro, Liborio: 45
 Hilpinen, Risto: 36
 Hobbes, Thomas: 341, 351
 Hohfeld, Wesley N.: 267
 Holmes, Oliver W.: 31, 37, 237s., 251, 267ss., 276
 Hume, David: 81
 Ihering, Rudolf von: 10, 18, 23, 31-40, 43ss., 60, 147, 168ss., 174, 188, 276, 308, 335, 337, 352
 Jiménez Redondo, Manuel: 343ss.
 Jori, Mario: 176
 Kahneman, Daniel: 151
 Kant, Immanuel: 61, 134, 215, 245, 270, 328, 341
 Kantorowicz, Ernst: 276
 Kelsen, Hans: 16, 18, 24, 31, 34, 45, 51s., 63, 65, 85, 96, 124, 137, 147, 175, 198, 208s., 217, 239, 277, 280ss., 286, 288, 299, 303s., 306, 327, 351, 357
 Kennedy, Duncan: 310
 Kirchmann, Julius von: 177
 Klug, Ulrich: 280
 Kronman, Anthony T.: 230s.
 Kuhn, Thomas S.: 171ss., 178
 La Torre, Massimo: 254
 Laclau, Ernesto: 144ss.
 Laporta, Francisco: 22, 45, 51, 101s., 106, 114, 134, 185, 198s., 213, 279, 351
 Larenz, Karl: 179

- Leibniz, Gottfried Wilhelm: 316, 348
 Lewinsky, Monica: 271
 Lifante, Isabel: 13
 Lisístrata: 265
 Llewellyn, Karl: 283, 285
 Lloredo Alix, Luis: 168
 López Medina, Diego: 127
 López Sterup, Henrik: 359
 Losano, Mario G.: 169s.
 Lozada, Alf: 14, 22, 203s.
 Luban, David: 248, 262, 264ss., 268
 Lucarelli, Carlo: 251
 Lukes, Steven: 209
- MacCormick, Neil: 12, 22, 43s., 65, 103ss.,
 114, 121, 151, 229s., 283s., 347
 MacIntyre, Alasdair: 40-44, 229s.
 Mackie, John L.: 201ss., 205
 Marcuse, Hebert: 360
 Marx, Karl: 66ss., 278, 303-307, 317,
 321
 McCarty, Thomas: 207
 Mena, José María: 240
 Mengele, Josef: 19, 217
 Menger, Carl: 276
 Mir Puig, Santiago: 190
 Moreso, Josep Joan: 137, 159s., 216, 285
 Muguerza, Javier: 205, 214, 222, 351
 Mussolini, Benito: 209
- Nagel, Thomas: 209, 213s.
 Nieto, Alejandro: 183s.
 Nino, Carlos S.: 12, 17, 22s., 30, 51, 57s.,
 65, 69, 75, 81, 96s., 104, 119, 121ss.,
 125s., 129, 133, 135, 149, 151, 183,
 203s., 291, 327, 347, 355
 Núñez, Álvaro: 12
 Nussbaum, Martha: 216, 305
- Oakeshott, Michael: 297
 Olbrechts-Tyteca, Lucie: 105, 324
 Orestano, Riccardo: 168
 Ortega y Gasset, José: 179, 188
 Ortiz, Hugo: 14
 Ost, François: 329-334, 337, 354
- Pacheco Carve, Luis: 247
 Pardo, José Luis: 350s.
 Paresce, Enrico: 168
 Peczenik, Aleksander: 103
 Peirce, Charles S.: 296
 Pepper, Stephen L.: 262-268
 Perelman, Chaïm: 103, 105, 173, 302, 324
- Pérez Lledó, Juan Antonio: 14
 Platón: 229
 Polemarco: 72
 Ponce, Juan E.: 127
 Postema, Gerald: 281, 296s.
 Pound, Roscoe: 30s., 276
 Pozzolo, Susana: 117ss., 121, 127, 129
 Prieto, Evaristo: 338
 Prieto, Luis: 63, 106, 122s., 126, 129
 Primo de Rivera, Miguel: 26s.
 Putnam, Hillary: 205, 207s., 210, 213
- Rabossi, Eduardo: 97s.
 Radbruch, Gustav: 31, 217, 308
 Ramos Pascua, José Antonio: 44
 Rams Albesa, Joaquín: 184
 Rawls, John: 93, 212, 302s.
 Raz, Joseph: 89, 140, 279
 Recaséns Siches, Luis: 103
 Renner, Karl: 276
 Ricaurte, Catherine: 13
 Ricœur, Paul: 329
 Rivaya, Benjamín: 27
 Roca, Victoria: 14
 Rocés, Wenceslao: 27
 Rodilla, Miguel Ángel: 351
 Rodríguez Paniagua, José María: 26s.
 Romano, Santi: 43
 Rorty, Richard: 60, 108, 207, 271s., 303
 Ross, Alf: 65, 137, 176, 187, 198
 Ruiz Manero, Juan: 62, 121s., 136, 149s.,
 207, 223, 288
 Ruiz Miguel, Alfonso: 80, 179, 188
- Sacristán, Manuel: 73, 304, 351
 Saint-Simon, Henri de: 278
 Salas, Minor: 258-261
 Sandel, Michael J.: 270s.
 Santos, Boaventura de Sousa: 54, 85, 127,
 299, 309-328, 357
 Sastre, Santiago: 128
 Savater, Fernando: 242
 Savigny, Friedrich Karl von: 83, 96, 335
 Scarpelli, Uberto: 55, 200
 Schauer, Frederick: 157, 161
 Schmitt, Carl: 113, 209, 351
 Sen, Amartya: 216, 287, 302s., 305, 328
 Smith, Adam: 339
 Sócrates: 72
 Spencer, Herbert: 278
 Stammler, Rudolf: 26ss., 30s., 40
 Suárez Llanos, María Leonor: 241
 Summers, Robert S.: 37s., 44, 81, 110

- Tamanaha, Brian Z.: 277, 353s.
 Tarski, Alfred: 203
 Todolí, Arturo: 250
 Toharia, José Juan: 256
 Tolstói, León: 258
 Tönnies, Ferdinand: 278
 Toulmin, Stephen: 103, 109, 114, 171
 Trasímaco: 72
 Treves, Renato: 278
 Tugendhat, Ernst: 215
 Tuñón de Lara, Manuel: 27
 Twining, William: 85, 89s., 277, 282-288, 319, 347, 354, 360
 Van de Kerchove, Michel: 329
 Vaz Ferreira, Carlos: 57, 104s., 152, 155, 256-259, 261s.
 Vega, Jesús: 13, 76-79, 88, 90-93, 180, 188
 Vega Encabo, Jesús: 206
 Vega Reñón, Luis: 105
 Vernengo, Roberto J.: 177
 Viehweg, Theodor: 103
 Villacañas, José Luis: 145
 Ward, Barbara: 287, 360
 Weber, Max: 145, 224, 275, 277
 Weinberger, Ota: 43s.
 Windscheid, Bernhard: 184
 Wittgenstein, Ludwig: 81, 128
 Wright, G. H. von: 149s., 229, 241
 Wróblewski, Jerzy: 103s.
 Zagrebelsky, Gustavo: 119s., 122, 126, 129, 133

ÍNDICE DE MATERIAS

- absolutismo moral: 210, 261, 270-271
- activismo judicial: 101-102, 114, 141-142, 358-359
- amoralismo: 262s., 267-268
- argumentación jurídica (*v. t.* giro argumentativo): 9, 51, 69, 82, 142-143, 318
 - e ideología: 99-100, 112-113, 115
 - , teoría estándar de la: 99, 100, 103, 112
 - , teorías de la: 102-111
 - , visiones críticas de la: 98s., 104, 111-116
 - y activismo judicial: 101-102, 114
 - y postpositivismo: 112
 - y principios: 99
 - y razonamiento moral: 196-197, 291-292
 - y razonamiento práctico: 101
- autonomía: 262-263, 264-265, 295-296, 336, 354
- bien (*v. t.* valor): 265, 353
 - interno: 42
- capacidades básicas (*v. t.* necesidades humanas): 216
- ciencia del Derecho (*v. t.* dogmática jurídica)
- Código Deontológico de la Abogacía Española: 252-253, 254-255
- Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial: 226s., 250-251
- concepto
 - de Derecho: 26-30
 - interpretativo: 28-30
- constitucionalismo: 48, 99, 102, 129, 130-132, 148, 239, 293-294, 295, 322, 354
- constructivismo
 - epistemológico: 204
 - moral: 50, 115
- democracia: 304, 323, 337
- deontología (*v. t.* ética de las profesiones jurídicas): 221
- Derecho
 - , ambigüedad del: 273, 307s., 334-335, 340s., 352
 - , carácter secundario del: 330, 332
 - como artefacto social: 35-38, 352
 - como práctica social: 15s., 90, 296-298, 352
 - como sistema de normas: 15s.
 - , doble dimensión del: 38-40, 45, 53, 133, 134, 286, 299
 - moderno: 337s.
 - , necesidad del: 306s., 329, 333, 355
 - y desarrollo: 286-288, 360-361
 - y moral: 17-20, 129, 136, 149, 196, 217-218, 238, 269, 290s., 296, 342s.
 - y poder: 307
 - y razón práctica: 65, 332, 333, 334
- Derecho natural (*v. t.* iusnaturalismo): 15, 17-18
- derecho subjetivo: 13, 96
- derechos fundamentales (*v. t.* derechos humanos): 21, 96, 99, 116, 290, 293, 295, 305, 309, 335, 344, 345, 347, 352
- derechos humanos (*v. t.* derechos fundamentales): 305, 309, 324s., 337
- desacuerdos morales: 202
- dignidad: 214-215, 272, 324, 328, 349, 354

- dogma: 169-170, 171-172
 dogmática jurídica: 12, 22, 115, 167-192, 350
 — como técnica: 174-178, 179, 186s.
 — como tecno-praxis: 185-192
 —, el significado de la: 167s.
 —, función de la: 168-169, 174
 —, modelos de: 178-185
 — y filosofía moral y política: 178-179, 191-192
 — y racionalidad práctica: 180
- emotivismo ético: 198, 306
 escepticismo moral: 201s., 261s., 270, 294-295, 303, 304
 esencialismo: 278
 Estado de Derecho (Estado constitucional): 276, 298, 309, 335-336, 337, 344, 351, 353, 354, 356
 ética (v. moral)
 — aplicada: 221
 —, carácter final de la: 222s.
 —, carácter único de la: 223s., 272
 — de la convicción y de la responsabilidad: 224-225
 — de las profesiones jurídicas: 12, 221s.
 — de los abogados: 252s.
 — y deber de lealtad: 271-272
 — y fidelidad al Derecho: 266-267
 — y positivismo jurídico: 268-270
 — y riesgo moral: 266s.
 — de los fiscales: 237s.
 — del deber y de las virtudes: 229s., 246
 —, experto en: 243-244
 — judicial: 226s.
 —, negación de la: 231s., 239s., 242-243
 — normativa: 244, 245
- falacia: 327-328
 — de la falsa oposición: 152
 — de la falsa precisión: 155
- filosofía del Derecho (v. teoría del Derecho)
 — como filosofía doblemente regional: 83-87, 88-90
 — como filosofía regional: 54-56, 71-93
 — de los filósofos y de los juristas: 75-76, 89, 91, 337
 — del mundo latino: 11, 47s.
 — y saberes sociales: 275-281, 350
 — y teoría del Derecho: 13, 296-298
 — y transformación social: 275s., 345s.
 — y universalidad: 71-74, 86
- finis del Derecho (funciones del Derecho): 32s., 116, 219, 289, 330s., 335, 345, 352, 354
 formalismo jurídico: 57, 63, 141-142, 152, 277, 280, 349-350
 —, revuelta contra el: 276
 — y argumentación: 82
 — y positivismo jurídico: 92
 — y valores: 91-92
 fórmula del peso: 155-156
 frónesis (prudencia): 230
- giro argumentativo (v. t. argumentación jurídica): 11, 82, 95-116
 globalización: 49, 84-85, 95, 278, 279, 286, 300, 313s., 323
- idea: 23-26, 56
 — del Derecho: 10, 23-30, 165
 — y concepto: 23-30, 76s.
 ideología: 280
 — de la separación: 281-282
 imparcialidad (principio de): 227s., 233, 236-237, 249, 253
 independencia (principio de): 227s., 233, 235, 248
 institución (institucionalismo): 43-44
 interlegalidad: 311
 interpretación: 21, 52, 53, 96, 292
 iusmoralismo: 17, 100, 148
 iusnaturalismo (v. t. Derecho natural): 50, 51, 297, 346
 iuspositivismo (v. t. positivismo jurídico): 345
- justicia: 42, 237-238, 281, 302, 333, 334, 353
- laguna jurídica: 20, 156-157
- marxismo: 48, 67, 299, 317
 moral (v. ética)
 —, imperialismo de la: 223
 —, inderogabilidad de la: 224
 — positiva y crítica: 259-260
 moralismo: 262s., 272-273, 306
- necesidades humanas: 302, 305
 neoconstitucionalismo: 11, 57-58, 117-146, 148, 149, 151, 284
 —, ambigüedad del: 117-119, 128
 —, concepto de: 117-125
 —, teóricos del: 126s.
 — y iusnaturalismo: 123, 125, 129

- y populismo: 143-146
- y positivismo jurídico: 119-121, 124-125, 126-130
- y postpositivismo: 121-122, 126-130
- neoliberalismo: 301, 323, 353
- no cognoscitivismo: 48, 50, 64, 67, 68, 195, 303, 305
- no positivismo (*v. t.* postpositivismo): 129, 133-135
- normas:
 - deontológicas (*v. t.* deontología): 268
 - ideales: 241s.
 - morales: 341
 - y valores: 337
- normativismo (*v. t.* Derecho como sistema de normas): 16
- objetivismo moral: 12, 50, 64-66, 129, 137-138, 193-219, 261, 303, 304, 354, 356-357
 - , concepto de: 194s., 199s.
 - , criterios del: 212s.
 - normativo y valorativo: 200
 - y positivismo jurídico (*v. t.* positivismo jurídico): 200, 216s., 288-296
 - y realismo jurídico: 199, 200-206
 - y relativismo: 200, 208s.
 - y teoría del Derecho: 200
 - y tolerancia: 200, 208s.
- ponderación: 12, 129, 147-165, 199, 206, 273
 - , concepto de: 154-156
 - , críticas a la: 158-163
 - , supuestos en que procede la: 156-157, 159-160, 163
 - y racionalidad práctica: 157-158, 160-161
 - y subsunción: 140-141
- positivismo jurídico (*v. t.* iuspositivismo): 11, 34, 44, 47-48, 51, 53, 54, 55, 62, 92, 99, 100, 105, 106, 117s., 126-130, 216s., 222, 238, 239, 267, 268-270, 277, 279, 282s., 288-296, 303, 306, 313, 346, 347
 - e ideología de la separación: 281s.
 - y filosofía analítica: 50, 63, 277, 279
- postmodernidad (postmodernismo): 310, 319
- postpositivismo: 10, 11, 12, 112, 117-146, 126-130, 239, 277, 345s., 357s.
 - , caracterización del: 130-143
- y Derecho natural: 10
- y positivismo jurídico: 131-132
- pluralismo jurídico: 85, 310, 311s., 316, 320, 321
- práctica jurídica: 19
 - , dimensión valorativa de la: 40-44
- práctica social: 40-44, 48
 - y Derecho: 13, 51-54
- pragmatismo: 59-60, 67, 108, 289
- pretensión de validez: 205-206
- principios: 129, 148, 149-151
 - y reglas: 138-140, 148, 149-151, 292
- profesiones jurídicas (profesionales del Derecho): 116, 221s., 247s., 349
- intrínsecamente inmorales: 256-262
- razón práctica (razonamiento práctico): 129, 135-136, 337
 - , unidad de la: 129, 135-136, 193, 196-197, 222s., 343s., 355-356
- realismo jurídico: 263-264, 265-266, 268-269
- realismo moral: 203
- relativismo cultural: 324, 325s.
- relativismo moral: 50, 197s., 353
- sentido común: 154, 309, 319
- sinequismo: 296, 348
- sociología del Derecho: 276, 278, 281, 290, 309, 310
- tecno-praxis (*v.* dogmática jurídica)
- teoría crítica del Derecho: 50, 68, 298s., 310, 319, 346-347
- teoría del Derecho (*v. t.* filosofía del Derecho): 22-23, 193, 280
 - y argumentación: 95-116
 - y filosofía del Derecho: 13
- teoría ética (*v. t.* ética): 244
 - deontológica y teleológica: 245s.
- tolerancia: 211-212
- transformación social: 13, 275s.
- universalismo moral: 327
- valor(es): 91-93, 195, 206s., 209, 219, 273, 293, 347, 354-355
 - , objetividad de los (*v. t.* objetivismo moral): 201s.
 - y normas: 206s.
- virtud: 41-43, 268
 - judicial: 229s.



ÍNDICE GENERAL

<i>Contenido</i>	7
<i>Presentación</i>	9
 I. UNA IDEA DEL DERECHO	15
1. Introducción. El Derecho como sistema de normas o como práctica social	15
2. Ideas y conceptos. La idea del Derecho	23
3. El origen de la idea del Derecho como práctica social en la obra de Ihering	30
4. Una caracterización del Derecho como práctica social	35
4.1. El Derecho como artefacto social	35
4.2. La doble dimensión del Derecho: organizativa y finalista .	38
4.3. La dimensión valorativa de la práctica jurídica	40
5. A modo de conclusión	44
 II. UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO PARA EL MUNDO LATINO. OTRA VUELTA DE TUERCA	47
1. Un <i>Manifiesto</i> en forma de decálogo	47
2. Los desarrollos del decálogo	51
1. Sobre el Derecho como práctica social	51
2. Sobre la posibilidad de una filosofía del Derecho de carácter regional	54
3. Sobre la dificultad para construir una tradición iusfilosófica	57
4. Sobre la institucionalización de la filosofía del Derecho como disciplina	58
5. Sobre el pragmatismo iusfilosófico	59
6. Sobre la relevancia de la filosofía del Derecho	61
7. Sobre la necesidad de combinar el método analítico, el objetivismo moral y la transformación social	62

8. Sobre el positivismo jurídico y la filosofía analítica	63
9. Sobre el objetivismo moral	64
10. Sobre la transformación social y la teoría del Derecho	66
3. El <i>Manifiesto</i> y la dimensión argumentativa del Derecho	69
III. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO FILOSOFÍA «REGIONAL»	71
1. Filosofía y universalidad	71
2. La filosofía del Derecho como filosofía regional	75
3. La filosofía del Derecho como filosofía doblemente regional ..	83
4. <i>Addenda</i>	88
IV. EL GIRO ARGUMENTATIVO EN LA TEORÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEA	95
1. La cultura de los derechos y el giro argumentativo	95
2. Una mirada «escéptica» al giro argumentativo	98
3. Las teorías de la argumentación jurídica	102
4. Una defensa del enfoque argumentativo del Derecho	111
V. NI POSITIVISMO JURÍDICO NI NEOCONSTITUCIONALISMO: UNA DEFENSA DEL CONSTITUCIONALISMO POSTPOSITIVISTA	117
1. El neoconstitucionalismo: ¿sabe alguien qué es?	117
2. Positivism, neoconstitucionalismo y postpositivismo	126
3. Una caracterización del postpositivismo	130
3.1. Constitucionalismo teórico	130
3.2. No positivismo	133
3.3. Unidad de la razón práctica	135
3.4. Objetivismo mínimo	137
3.5. Principios y reglas	138
3.6. Ponderación y subsunción	140
3.7. Ni formalismo ni activismo judicial: un juez activo	141
3.8. Importancia de la argumentación	142
4. A modo de conclusión. Populismo y neoconstitucionalismo	143
VI. PONDERACIÓN Y SENTIDO COMÚN JURÍDICO	147
1. Introducción. Principios jurídicos, constitucionalismo y ponderación	147
2. La ponderación en pocas palabras	152
2.1. ¿En qué consiste la ponderación?	154
2.2. ¿Cuándo hay que ponderar?	156
2.3. ¿Es la ponderación un procedimiento racional?	157
3. Críticas a la ponderación	158
3.1. Sobre cómo entender la ponderación	159
3.2. Sobre cuándo ponderar	160
3.3. Sobre la racionalidad de la ponderación	161
4. Algunas conclusiones	163

VII. LA DOGMÁTICA JURÍDICA COMO TECNO-PRAXIS	167
1. ¿Es dogmática la dogmática jurídica?	167
2. La dogmática jurídica no es una ciencia, sino una técnica	174
3. Tres planteamientos iusfilosóficos sobre la dogmática jurídica ..	178
4. El punto de vista de los dogmáticos	180
5. Por qué una tecno-praxis	185
VIII. OBJETIVISMO MORAL Y DERECHO	193
1. Teoría del Derecho y objetivismo moral	193
2. ¿Cómo entender el objetivismo moral?	199
2.1. Objetivismo y realismo	200
2.2. Objetivismo normativo y valorativo	206
2.3. Objetivismo, relativismo y tolerancia	208
2.4. ¿Qué criterios objetivos?	212
2.5. Objetivismo moral y positivismo jurídico	216
IX. ÉTICA DE LAS PROFESIONES JURÍDICAS	221
1. Introducción	221
2. Sobre la ética judicial y el Código Modelo Iberoamericano	225
2.1. El interés creciente por la ética judicial	225
2.2. El Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial. Los principios de independencia y de imparcialidad	226
2.3. Ética del deber y de las virtudes. Las virtudes judiciales ...	229
2.4. Dos formas de negar la ética judicial	231
2.5. Para qué sirve un código deontológico. Un caso práctico .	232
3. De la ética de los jueces a la ética de los fiscales	237
3.1. ¿Administración de <i>justicia</i> ?	237
3.2. De nuevo el negacionismo ético	239
3.3. Las normas deontológicas como «normas ideales». Deon- tología e ideología	241
3.4. ¿Qué significa ser experto en ética? Teorías de la ética y deontología profesional	243
3.5. Peculiaridades de la figura del ministerio fiscal. Un código deontológico para los fiscales	246
4. Ética de los abogados y riesgo moral	252
4.1. Introducción	252
4.2. El conflicto de deberes de la abogacía y sus posibles solu- ciones	254
4.2.1. No hay propiamente conflicto	254
4.2.2. La abogacía es una profesión intrínsecamente in- moral	256
4.2.3. Dos posibles justificaciones para la ética de los abo- gados: los intereses del cliente y las exigencias de la moral	262
4.3. Problemas abiertos en la ética de la abogacía. Una profe- sión de riesgo moral	266

X. FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TRANSFORMACIÓN SOCIAL (FRAGMENTOS)	275
1. El divorcio entre la filosofía del Derecho y los saberes sociales	275
2. El positivismo jurídico y la ideología de la separación	281
3. ¿Una excepción <i>dentro</i> del positivismo jurídico? A propósito de la concepción del Derecho de William Twining	282
4. Positivismo jurídico, transformación social y no objetivismo moral. La concepción de Luigi Ferrajoli	288
5. El Derecho como praxis y como vehículo de transformación social: no es lo mismo	296
6. Teoría crítica del Derecho y transformación social	298
7. Sobre las funciones del Derecho en la obra de Juan-Ramón Capella	300
8. Boaventura Santos: una teoría emancipatoria del Derecho	309
9. Para qué sirve el Derecho según François Ost	329
10. Intermedio	334
11. El planteamiento de Habermas. El papel del Derecho en la Modernidad	337
12. La concepción postpositivista del Derecho y la transformación social	345
<i>Bibliografía</i>	363
<i>Índice de nombres</i>	377
<i>Índice de materias</i>	381
<i>Índice general</i>	385