



Leer a
Manuel Atienza
Elías Díaz y Francisco Laporta (dir.)



|C|E|P|C|

LEER A MANUEL ATIENZA

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

CONSEJO EDITORIAL

Luis Aguiar de Luque
José Álvarez Junco
Manuel Aragón Reyes
Paloma Biglino Campos
Carlos Closa Montero
Elías Díaz
Arantxa Elizondo Lopetegi
Ricardo García Cárcel
Yolanda Gómez Sánchez
Pedro González-Trevijano
Carmen Iglesias
Francisco J. Laporta
Encarnación Lemús López
Emilio Pajares Montolío
Benigno Pendás
Mayte Salvador Crespo
Mónica Sánchez Redonet
Antonio Torres del Moral

LEER A MANUEL ATIENZA

ELÍAS DÍAZ Y FRANCISCO LAPORTA
(DIR.)

Catálogo general de publicaciones oficiales
<http://cpage-mpr-gob.es>

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del *copyright*,
bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o
procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático

De esta edición, 2023:
© ELÍAS DÍAZ Y FRANCISCO LAPORTA (DIR.)
© CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
Plaza de la Marina Española, 9
28071 Madrid
<http://www.cepc.gob.es>
Twitter @cepcgob

NIPO PAPEL: 091-23-044-5
NIPO PDF: 091-23-043-X
ISBN PAPEL: 978-84-259-2014-1
ISBN PDF: 978-84-259-2013-4
Depósito legal: M-32958-2023

Realización Anfex
Gabriel Gómez, 3
28044 MADRID
Impreso en España - *Printed in Spain*

ÍNDICE

<i>Presentación a dos voces, Elías Díaz y Francisco Laporta</i>	11
<i>Manuel Atienza. Una bibliografía aproximada</i>	17

CARÁCTER, PERSONALIDAD, VOCACIÓN

SOBRE MANUEL ATIENZA, Ricardo Caracciolo	45
MANUEL ATIENZA: TRES ESTAMPAS, Pedro Salazar Ugarte	49
NUEVE VIÑETAS «MANOLIANAS» Y UNA CODA, Rodolfo Vázquez	55

ÉTICA Y METAÉTICA

¿HAY DERECHOS ABSOLUTOS? PROPORCIONALIDAD, AUTORIDAD Y DIGNIDAD, Juan Carlos Bayón	65
SOBRE LA DEMOCRACIA COMO PROCESO, Juan Ramón Capella	87
FRAGMENTOS DE UNA ÉTICA PÚBLICA <i>SUB SPECIE ARGUMENTATIONIS</i> , Paolo Comanducci	93
SOBRE EL JOVEN ATIENZA, ESTUDIOSO DE MARX, Luigi Ferrajoli	101
MANUEL ATIENZA Y EL CONSTRUCTIVISMO, Juan Antonio García Amado	109
EL COGNITIVISMO AXIOLÓGICO Y SUS IMPLICACIONES, Riccardo Guastini	123
POSITIVISMO JURÍDICO Y OBJETIVISMO MORAL. RESPUESTA A UNA DUDA DE MANUEL ATIENZA, Liborio L. Hierro	137
MANUEL ATIENZA SOBRE LA DIGNIDAD DEL(OS) HOMBRE(S), Pablo de Lora	149
EL SEMIPELAGIANISMO DE MANUEL ATIENZA, J.J. Moreso	157
A PROPÓSITO DE MANUEL ATIENZA: UN CASO DE <i>CONCORDIA DISCORS</i> , Francesco Viola	173

FILOSOFÍA DEL DERECHO Y POSPOSITIVISMO

LA TRAMPA DEL ANTIPOSITIVISMO, Pierluigi Chiassoni	183
UNA RECEPCIÓN FALLIDA DEL POSITIVISMO JURÍDICO: EL CASO DE NIELS FALCK, Jesús Delgado Echevarría	201
¿ES ACEPTABLE UNA FILOSOFÍA «REGIONAL» DEL DERECHO? UN COMENTARIO SOBRE <i>LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO UNA FILOSOFÍA «REGIONAL»</i> , DE MANUEL ATIENZA, Andrzej Grabowski	209
¿UN POSTPOSITIVISMO DESDIBUJADO? ALGUNAS DUDAS SOBRE LA ESPECIFICIDAD DEL DISCURSO JURÍDICO EN LA FILOSOFÍA DE MANUEL ATIENZA, Marisa Iglesias Vila	217
RUDOLF VON JHERING, EL DERECHO ROMANO Y LOS FERROCARRILES. CUANDO LA HISTORIA MATERIAL PLASMA LA HISTORIA JURÍDICA, Mario G. Losano	229
ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL POSTPOSITIVISMO DE MANUEL ATIENZA, Antonio Peña Freire	241
LA DELIMITACIÓN DEL DERECHO EN EL POSTPOSITIVISMO DE MANUEL ATIENZA, María Cristina Redondo	253
MANUEL ATIENZA. EL DERECHO COMO «PRÁCTICA SOCIAL», Miguel Angel Rodilla ...	261
UNA IDEA <i>DIFERENTE</i> DEL DERECHO, Rocío Villanueva Flores	271

DIMENSIONES Y PIEZAS DEL DERECHO

SOBRE LA DIMENSION INSTITUCIONAL DEL DERECHO, Daniel Mendonca	291
LOS PERMISOS EN LA TEORÍA DEL DERECHO DE MANUEL ATIENZA, Francesca Poggi ...	297

DERECHO Y ARGUMENTACIÓN: DOCTRINAL, JUDICIAL, CONSTITUCIONAL Y LEGISLATIVA

SOBRE EL ANÁLISIS DE ATIENZA DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, LOS PRINCIPIOS Y LA PONDERACIÓN, Robert Alexy	309
DE NUEVO SOBRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, Perfecto Andrés Ibáñez	315
ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y AUTORREGULACIÓN, Rafael Escudero Alday	325
UNA CONVERSACIÓN QUE NO PUDE TENER CON MANUEL ATIENZA SOBRE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL DE 14 DE JULIO DE 2021, Tomás Ramón Fernández	335
LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE UN NIVEL MÍNIMO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: ALGUNOS PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN, Víctor Ferreres Comella	341

ÍNDICE

UN PEQUEÑO SÍ Y UN GRAN NO. SOBRE LA INCONSUMACIÓN DEL «GIRO ARGUMENTATIVO» DE MANUEL ATIENZA, Alfonso García Figueroa	351
UNA DEFENSA DEL «CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO,» FRENTE AL CUESTIONARIO DE MANUEL ATIENZA, Roberto Gargarella	363
JUSTICIA Y PARTICULARISMO JUDICIAL: NOTAS ACERCA DE ALGUNAS TESIS DE MANUEL ATIENZA, Victoria Iturralde Sesma	377
LAS RAZONES DEL LEGISLADOR (HOMENAJE A MANUEL ATIENZA), Gema Marcilla	385
¿SUEÑAN LOS JURISTAS CON SISTEMAS RACIONALES?, Juan Ramón de Páramo Argüelles	397
EL SENTIDO DEL DERECHO Y EL DEBATE PÚBLICO, Carlos Peña	409
NOTAS SOBRE LA TESIS DE LA UNIDAD DE SOLUCIÓN CORRECTA EN MANUEL ATIENZA, Luis Prieto Sanchís	423
DE NUEVO SOBRE LA DOGMÁTICA JURÍDICA, Alfonso Ruiz Miguel	431
TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN DE M. ATIENZA: UNAS NOTAS A PIE DE SUS PÁGINAS, Virgilio Zapatero	439

DE CONVERSACIONES, CINE Y LITERATURA

UNA CONVERSACIÓN CON MANUEL ATIENZA, A PROPÓSITO DE LAS PASIONES, LAS VIRTUDES, EL DERECHO Y LA LITERATURA, Javier de Lucas	449
ACERCA DE LOS RELATOS PARA LA TEORÍA DEL DERECHO, François Ost	459

DEONTOLOGÍA DE LAS PROFESIONES JURÍDICAS

MANUEL ATIENZA. UN JURISTA INTEGRAL, Jorge F. Malem Seña	471
MANUEL ATIENZA: SU CONCEPCIÓN INNOVADORA DE LA ÉTICA PROFESIONAL DE LOS JURISTAS, Antonio Enrique Pérez Luño	481
APUNTES DE ÉTICA PROFESIONAL: ESPECIFICIDAD, IMPORTANCIA Y ACTUALIDAD (EN HOMENAJE A MANUEL ATIENZA), Rodolfo L.Vigo	491

SOBRE LA UNIVERSIDAD

EN TORNO A LA UNIVERSIDAD ESPAÑOLA ACTUAL. REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE SU ESTRUCTURA Y FUNCIONES, José María Sauca	509

DESPEDIDA

UN ABRAZO FINAL, Ernesto Garzón Valdés	537

PRESENTACIÓN A DOS VOCES

ELÍAS DÍAZ Y FRANCISCO J. LAPORTA

Como directores de este libro de diálogos e intercambios consideramos innecesario justificar su publicación. Cuando se supo que Manuel Atienza se iba acercando a la edad de la jubilación, se puso de manifiesto casi espontáneamente lo pertinente que era. Y nosotros dos asumimos la tarea como una suerte de placentero deber natural. Yo (Elías Díaz) porque se viene manteniendo la idea de que conmigo «empezó todo», como dio en afirmar el propio Manolo. Salvando épocas, tengo que confesar que, aunque sé de su buena intención y su afán por honrar mi trayectoria académica, no puedo estar en modo alguno de acuerdo con esa afirmación. Aquí el recuerdo de, entre otros, mis viejos maestros, José Luis Aranguren o Enrique Tierno Galván, de los que algunas gentes nuevas, incluido ¡ay! el mismo Manolo, no se han ocupado apenas. Y yo (Francisco Laporta) porque a veces se me tiene por una suerte de hermano mayor, con lo que tampoco yo estoy tan de acuerdo, por la tendencia subliminal de los hermanos mayores a presentarse como ejemplo, establecer reglas e imponer ideas, vicios que yo no practico. Los responsables del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Yolanda Gómez y Emilio Pajares, que quizás eran ignorantes de estos metafóricos lazos «familiares» y sus problemas, detectaron sin embargo en seguida, con la sensibilidad que han venido mostrando estos años, que se trataba de mucho más que eso. Manuel Atienza tiene una trayectoria intelectual y académica que puede ser calificada de extraordinaria. El lector escéptico puede empezar a corroborarlo con la bibliografía que acompaña a estas líneas. Pero además de ella, hay muchas otras cosas, como la formación en Alicante de un grupo de trabajo irreplicable, la creación de una revista como *Doxa*, o la puesta en pie de un máster universitario reconocido internacionalmente. Repetimos: una trayectoria extraordinaria. Y así se ha puesto de manifiesto con esta iniciativa. Que no trata, además, de presentarse como uno de esos libros de homenaje al uso (contra los que no tenemos nada, por supuesto), sino como uno más de los episodios de una vida académica fértil, dedicada plenamente al estudio, la crítica, el diálogo y la discusión pública. Ese es el sentido último de nuestro título: *Leer a Manuel Atienza*. Porque pensamos que la obra de Manuel es un ingrediente vivo del pensamiento jurídico, y seguir leyéndolo, por tanto, un componente vivificador de nuestras reflexiones. Consideraríamos equivocado que se supusiera que habíamos hecho una selección a priori de los participantes en este libro. La selección se ha hecho sola a partir de la peripecia teórica misma de Manuel Atienza: creemos que están los que han establecido con él

un intercambio crítico sobre sus ideas como filósofo del derecho. Puede ser que hayamos pasado por alto a alguno. No somos conscientes de ello. Si lo hemos hecho, es desde luego un error nuestro. En todo caso, y dada la gran repercusión que ha tenido su obra, tampoco podíamos enfrentarnos a la situación imposible de aumentar la nómina de los participantes indefinidamente. Quizás algún lector se sorprenda porque no encuentra en el índice a algunos relevantes colegas de la misma Universidad de Alicante, que tendrían que ser invitados necesarios (Josep Aguiló o Isabel Lifante vienen enseguida a la mente): la explicación es que se ha publicado hace poco en esa Universidad un número muy especial de la revista *Doxa* (nº 46), en el que le rinden un cálido e inteligente homenaje todos aquellos colegas que disfrutaron de la sabia dirección de Manuel Atienza en sus tesis doctorales. De la fertilidad intelectual de Manuel habla también el elenco de profesores que han realizado con él esas investigaciones de doctorado. Y, de común acuerdo con ellos, decidimos no duplicar su presencia en ambas iniciativas. Y bien que lo sentimos.

El mejor homenaje que se puede rendir a un académico es, efectivamente, discutir críticamente sus ideas. Eso es lo que le confiere una presencia en la teoría y un dinamismo vivo para el futuro. No se trata, pues, de cerrar con una suerte de colofón la vida académica de un jurista mediante una muestra heterogénea de afectos simbólicos, sino de mostrar la vigencia y el mérito de ese pensamiento. Este libro no hace más que corroborar esa idea. Y ha tenido una respuesta extraordinaria. También en su intensa dimensión emocional. Al redactar esta breve presentación no estamos pensando, por tanto, en justificar nuestra iniciativa, sino más bien en presentar esquemáticamente algunos capítulos importantes de la actividad de Manuel que han sido objeto de las contribuciones a este libro.

Manuel Atienza, como las fechas muestran sin compasión alguna, nació el año 1951 en Trubia, cerca de la ciudad de Oviedo (Asturias). De su periodo de formación anterior a la universidad tenemos pocos datos, generalmente extraídos de conversaciones informales y entrevistas del propio autor. Tampoco son tan importantes a los efectos de este libro. Quizás sólo recordar, por lo que tiene de premonitorio, que, en algún momento de su educación secundaria, antes de llegar a la Universidad, había leído ya los *Diálogos* de Platón. Reconozcamos que no es del todo usual. Y por lo que tiene de paradójico, que asistió en Trubia a un colegio público con predominio de profesorado militar que era, sin embargo, abierto y tolerante, cosa, si bien se mira, no tan normal. Y luego están los azares de la fortuna, que pesan mucho. A la hora de estudiar en la Universidad, se encontró con que en Oviedo no había licenciatura de periodismo, que era lo que, según parece, tenía en mente. Y, claro, decirle a una familia de entonces que uno quería estudiar filología o literatura (siendo varón y de recia condición) estaba más allá de lo posible. Como ha sucedido tantas otras veces entre nosotros, los estudios de derecho se mostraron apropiados tanto para aquellos afanes literarios y periodísticos como para satisfacer los prudentes consejos familiares.

El caso es que Manuel Atienza cursa los estudios completos de Derecho en Oviedo y los termina en 1973, justo cincuenta años antes de que se estén escribiendo estas líneas. Esos cincuenta años son el arco de tiempo en que se va a desarrollar su ejemplar carrera intelectual y académica. Al terminarlos se dispuso a realizar su tesis doctoral. Como tantos otros jóvenes universitarios, en aquellos años del tardofranquismo, Manuel había desarrollado una concien-

cia política crítica y había sentido la responsabilidad de participar activamente en la transición del autoritarismo a la democracia. Fue precisamente entonces cuando conoció a uno de nosotros, Elías Díaz, que pocos meses después tomaría posesión de su cátedra en la Universidad de Oviedo. Elías Díaz (y tomo ahora yo, Francisco Laporta, la palabra por razones obvias) llegó pertrechado ya con dos aportaciones decisivas: un ensayo de filosofía política muy agudo y combativo: *Estado de derecho y sociedad democrática*, de 1966, del que a su llegada a Oviedo estaba tirándose ya la cuarta edición; y un libro clave para la transformación de la filosofía del derecho española: *Sociología y filosofía del derecho*, de 1971, en el que se enfocaba el orden jurídico precisamente desde las coordenadas críticas y abiertas que había echado en falta Manuel Atienza en sus estudios de Facultad. Con Elías Díaz, en efecto, Atienza pudo ver abierto un horizonte que satisfacía algunos de sus deseos anteriores: inclinación por la filosofía, conciencia crítica y reflexión sobre el derecho desde una perspectiva nueva. En el panorama de la filosofía del derecho española, más bien oscuro y acomodaticio, y ahora soy yo (Elías Díaz) el que toma la palabra, Manuel Atienza se acercaba además a un círculo muy abierto y activo de colaboradores que se estaba formando alrededor de Joaquín Ruiz-Giménez: Junto a mí estaba también en ese grupo Gregorio Peces-Barba, cuyo decisivo papel en la elaboración de la Constitución de 1978 es de todos conocido, y que había empezado ya entonces, en la Universidad Complutense de Madrid, a formar su propio núcleo de discípulos en filosofía del derecho, algunos de los cuales contribuyen también a este libro.

Manuel Atienza leyó su tesis doctoral, dirigida por Elías Díaz, en octubre de 1976, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo. Su tema: «La filosofía del derecho argentina actual», Por «actual» entendió Manuel «la que va desde la segunda guerra mundial hasta 1976». El descubrimiento no fue sólo filosófico. En Argentina encontró una colección de pensadores que serían también amigos e inspiradores durante toda su vida. Permítanos el lector que mencionemos aquellos que han desaparecido ya, porque tenemos la seguridad de que hubieran participado en estas páginas de muy buen grado: Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin, Genaro Carrió, Carlos Nino...son sin duda ausencias muy sentidas también por nosotros en este libro. Pero entre todos hicieron algo más: edificaron una relación personal y académica que dura todavía, y ha configurado uno de los perfiles característicos de la impronta Manuel Atienza: su relación con las peripecias de la filosofía del derecho en América Latina.

No es cuestión de hacer aquí una biografía de Manuel Atienza. En algunas entrevistas que le han sido hechas ha relatado con bastante pormenor la mayoría de los episodios de su vida académica. Aparecen mencionadas en la bibliografía que acompañamos. A ellas remitimos. Nosotros debemos ahora presentar el diseño de este libro. Presentar a priori un conjunto de categorías en las que puedan encajar las numerosas contribuciones que se han presentado solo es posible hasta cierto punto. Por dos razones: la primera porque la curiosidad de Manuel Atienza apenas ha dejado espacio filosófico-jurídico libre de sus indagaciones y pesquisas. La segunda porque muchas de las aportaciones a este libro no son tan especializadas que no toquen o remitan a algunos otros aspectos de su pensamiento. En general puede decirse que casi todas, por especializadas que sean, aluden también a otras dimensiones de ese pensamiento. Por ejemplo, todas ellas transportan una cierta carga emocional y trasladan sentimientos de admiración y afecto hacia nuestro autor. Pero hay algunas en las que esa dimensión personal es, si se quiere,

más evidente y deliberada. Por eso, y solo por eso, iniciamos la obra con una sección que llamamos **Carácter, personalidad, vocación**, en la que recogemos aquellas que son más explícitamente personales. En segundo lugar, aunque Manuel ha insistido en ello al menos desde el prefacio a su libro con Juan Ruiz Manero sobre las llamadas «piezas del derecho», el compromiso ético-político con la democracia y con un sistema de valores objetivamente aprehensible ha sido siempre una constante de su vida y su pensamiento. En ese prefacio los autores manifiestan que suscriben una concepción cognoscitivista de la ética, pues sin ella, afirman, «no podríamos reconstruir aspectos fundamentales de nuestras prácticas sociales; en particular, de las prácticas jurídicas propias de los Estados constitucionales contemporáneos». Tanto en términos de metaética como en términos de ética y de filosofía del derecho, esto es una incitación filosófica de primer orden, y ha habido un puñado de contribuciones que se ocupan de responder a ella directa o indirectamente. Por eso hemos abierto una segunda sección con el título precisamente de **Ética y metaética**, llena de sabrosas discusiones al respecto. Y, después, si alguien se preguntara, o se lo preguntara a él mismo, cómo se podría calificar la filosofía del derecho de Manuel Atienza, la respuesta no sería, desde luego, de iusnaturalista, tampoco de positivista, y tampoco, aunque esto sea más difícil de advertir, de «neoconstitucionalista». Quizás por la dificultad de encontrar un rasgo de identidad lo suficientemente claro y definido, él mismo ha manifestado que es «pospositivista», una calificación que nosotros tenemos quizás por poco expresiva, pero que él no sólo se atribuye a sí mismo, sino que se siente a veces en el deber de enderezarle a todo aquel que ponga en cuestión los rasgos más formales y rígidos del positivismo contemporáneo. Esa, unida a que otra gavilla de contribuciones se han dedicado a examinar críticamente esa formulación, nos ha decidido a abrir una tercera sección que hemos titulado **Filosofía del derecho y pospositivismo**. Y en relación con las antes mencionadas indagaciones sobre las piezas del derecho, también hemos sentido que debíamos abrir una sección sobre **Dimensiones y piezas del derecho**. Aunque esto abre la puerta a temas exhaustivamente discutidos a raíz de la aparición de las distintas ediciones de aquel libro, es hoy un tema más pacífico o menos provocativo en algunos de sus extremos fundamentales. No obstante ello, siempre vuelven a aparecer aportaciones interesantes, como las que componen los distintos temas de esta sección. Desde que Manuel Atienza publica, en 1991, su libro seminal *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, si hay alguna dimensión del pensamiento jurídico en la que su capacidad innovadora ha supuesto una identidad y un marchamo para su obra, es la de concebir el derecho como un universo argumentativo. Ello ha supuesto introducir unas cotas de racionalidad y control argumental en el proceder creador y aplicador del derecho antes no percibidos, o al menos no explicitados. Naturalmente exigía una sección muy especial del libro, a la que hemos llamado, con deliberada amplitud **Derecho y argumentación: doctrinal, judicial, constitucional, legislativa**. Y como la curiosidad de nuestro autor parece no conocer límites, también se ha pronunciado a veces sobre la conveniencia o inconveniencia de que los juristas enriquezcan sus tareas recurriendo a piezas literarias, lo que ha determinado que al menos dos contribuciones, una más amical y cercana (Javier de Lucas) y otra, también amical pero más teórica (François Ost) se dediquen a ello, lo que constituye la sección denominada **De conversaciones, cine y literatura**. Y dado que, entre sus numerosas actividades más comprometidas con la práctica figura su participación en la elaboración de un código deontológico

para la profesión judicial (también ha participado en comités de ética en la esfera de la sanidad y en tantas otras cosas), hemos abierto también una sección sobre ***Deontología de las profesiones jurídicas***, con tres contribuciones más. No podía faltar tampoco una reflexión sobre la universidad. Cualquiera que haya conversado con Manuel Atienza estos años, ha podido detectar en él un cierto pesimismo no exento de juicios muy severos sobre el estado de nuestras prácticas universitarias. Como hemos recibido una contribución muy densa sobre ello, hemos decidido abrir una última sección, ***Sobre la universidad***, dedicada a ello.

Por fin, algo de lo que ambos éramos agudamente conscientes era de que Ernesto Garzón Valdés, amigo entrañable de los dos, y de Manuel, maestro de tantos, tenía que estar. Es decir, era obligado que estuviera. Y Ernesto, dejando a un lado la pretensión de participar con una discusión académica, ha reunido sus escasas fuerzas para mandar un abrazo a Manuel. Para nosotros es suficiente. Queda registrado por tanto a nuestra plena satisfacción.

Debemos declarar que hemos tenido dudas sobre la ubicación de algunas contribuciones en las distintas secciones. Creemos, sin embargo, que el resultado que presentamos es expresivo, siempre que se tenga en cuenta que esas contribuciones conciernen a menudo a más de una de las variadas dimensiones del pensamiento de Manuel Atienza. En cada una de las secciones los participantes se presentan por riguroso orden alfabético de autor, porque otra disposición nos ha parecido controvertible o, incluso, imposible. Cuando ha sido necesario traducirlas, así se ha hecho, y los traductores se mencionan donde corresponde. Las que no se mencionen han sido realizadas por los editores y contrastadas cuidadosamente con los autores mismos. Todas las traducciones han contado con la aprobación del autor. Esperamos que nuestro objetivo, que no es otro que rendir homenaje de reconocimiento y gratitud a un querido amigo y brillante colega, haya sido conseguido. Estamos persuadidos de que tanto la filosofía del derecho española como en general los estudios de derecho y de teoría de la justicia y, más en general aún, nuestra universidad han sido mucho mejores por la presencia en ellos de la persona y la obra de Manuel Atienza. Eso es lo que pretende mostrar este libro.

MANUEL ATIENZA. UNA BIBLIOGRAFÍA APROXIMADA¹

LIBROS

- *Ideas (jurídicas) para tener en cuenta.*
Manuel Atienza.
Editorial Bdf. 2023
- *Sobre la dignidad humana*
Manuel Atienza
Trotta, 2022.
- *Debates iusfilosóficos: sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral*
Manuel Atienza, Juan Antonio García Amado
Palestra, 2021.
- *Escritos polémicos. Diálogos sobre Derecho, argumentación y democracia*
Manuel Atienza
Palestra, 2021.
- *Um debate sobre a ponderação*
Manuel Atienza, Juan Antonio García Amado
Bosch, 2020.
- *Una apología del derecho y otros ensayos*
Manuel Atienza
Trotta, 2020.
- *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza.*
Manuel Atienza, Josep Aguilo y Pedro Grandes
Palestra, 2020.

¹ Los directores estamos en deuda con Carmen Juanatey y Danny Cevallos por esta información bibliográfica.

- *Argumentación legislativa*
Manuel Atienza
Astrea, 2019.
- *Comentarios e incitaciones: una defensa del postpositivismo jurídico*
Manuel Atienza
Trotta, 2019.
- *Ética en Imágenes*
Manuel Atienza, Fernando Bañuls
Grijley, 2018
- *Un debate sobre ponderación*
Manuel Atienza, Juan Antonio García Amado
Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, 2018.
- *Filosofía del Derecho y transformación social*
Manuel Atienza
Trotta, 2017.
- *La guerra de las falacias*
Manuel Atienza
Librería Compás, 2016 (4 ed.).
- *Curso de argumentación jurídica*
Manuel Atienza
Trotta, 2013.
- *Podemos hacer más: otra forma de pensar el derecho*
Manuel Atienza
Pasos Perdidos, 2013.
- *Bases teóricas de la interpretación jurídica*
Aulis Aarnio, Manuel Atienza, Francisco Javier Laporta San Miguel
Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.
- *¿Por qué leer a Marx hoy?*
Manuel Atienza, Luis Salazar Carrión, Arnaldo Córdova
Fontamara, 2009.
- *Cómo analizar una argumentación jurídica*
Manuel Atienza, Alí Lozada
Cevallos Editora Jurídica, 2009.
- *Para una teoría postpositivista del Derecho*
Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero
Palestra, 2009.
- *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*
Manuel Atienza, Juan Carlos Bayón Mohíno, Eugenio Bulygin,
Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

- *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*
Manuel Atienza, Luigi Ferrajoli, Josep Joan Moreso
Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008.
- *La guerra de las falacias*
Manuel Atienza
Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2008.
- *Fragmentos para una teoría de la Constitución*
Josep Aguiló Regla, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero
Iustel, 2007.
- *El Derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*
Manuel Atienza
Ariel, 2006.
- *Bioética, derecho y argumentación*
Manuel Atienza
Palestra, 2004, 2010 (2 ed.)
- *El sentido del derecho*
Manuel Atienza
Ariel, 2001, 2009 (5 ed.)
- *Cuestiones Judiciales*
Manuel Atienza
Fontamara, 2001.
- *Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*
Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero
Trotta, 2000.
- *Tres lecciones de teoría del Derecho*
Manuel Atienza
Editorial Club Universitario, 2000.
- *Introducción al derecho*
Manuel Atienza
Editorial Club Universitario, 1998.
- *Derecho y argumentación*
Manuel Atienza
Universidad Externado de Colombia, 1998.
- *Contribución a una teoría de la legislación*
Manuel Atienza
Civitas, 1997.
- *100 preguntas sobre conceptos básicos del derecho*
Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero
Editorial Club Universitario, 1996.

- *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*
Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero
Ariel España, 1996, 2004 (2 ed.)
- *Tras la justicia: una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*
Manuel Atienza
Ariel, 1993, 2003 (2 ed.)
- *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*
Manuel Atienza
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, UNAM, 2003, Palestra 2006
- *Sobre la analogía en el derecho: ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*
Manuel Atienza
Civitas, 1986
- *Introducción al derecho*
Manuel Atienza
Barcanova, 1985, ECU, 1998, Fontamara 2005, 2008
- *La filosofía del derecho argentina actual*
Manuel Atienza
Depalma, 1984.
- *Marx y los derechos humanos*
Manuel Atienza
Madrid: Mezquita, 1982.

ARTÍCULOS DE REVISTAS

- *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión permanente revisable*
Manuel Atienza, Carmen Juanatey Dorado
Diario La Ley, N° 10017, 2022
- *Entrevista a Liborio Hierro*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 45, 2022, pp. 631-673
- *Fallamos todos*
Manuel Atienza
El Ciervo: revista mensual de pensamiento y cultura, N°. 792, 2022, p. 9
- *Cinco ideas para la formación del jurista de mediados del siglo XXI*
Manuel Atienza
Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad, N°. 22, 2022, pp. 365-378

- *Sobre la gestación por sustitución. Otra vuelta de tuerca*
Manuel Atienza
Revista de bioética y derecho: publicación del Máster en bioética y derecho, N°. 56, 2022, pp. 107-124
- *La importancia de la ponderación: A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional español sobre la pandemia*
Manuel Atienza
Jueces para la democracia, N° 102, 2021, pp. 141-150
- *En tiempos de pandemia*
Manuel Atienza
Jueces para la democracia, N° 100, 2021, pp. 181-186
- *El fundamento de los derechos humanos: ¿dignidad o autonomía?*
Manuel Atienza
Revista cubana de Derecho, Vol. 1, N°. 1, 2021, pp. 9-35
- *Entrevista a Juan José Gil Cremades*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 43, 2020, pp. 459-491
- *Sobre un derecho inexistente. A propósito de «Democracia y derecho a decidir» de Josep M. Vilajosana*
Manuel Atienza
Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad, N°. 19, 2020, pp. 422-431
- *García Amado y el Objetivismo moral*
Manuel Atienza
Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico, N°. 27, 2020 (Ejemplar dedicado a: Objetivismo moral y Derecho), pp. 44-57
- *El 40 aniversario de la Constitución*
Manuel Atienza
Claves de Razón Práctica, N° 263, 2019, pp. 90-95
- *Entrevista a Michel Troper*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 42, 2019, pp. 415-433
- *Visiones sobre la relación entre el derecho y la fuerza*
Manuel Atienza
Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, N°. 81, 2019 (Ejemplar dedicado a: Derecho, coacción y razón práctica), pp. 201-242
- *La concepción postpositivista del Derecho de Miguel Ángel Rodilla*
Manuel Atienza

- Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 41, 2018, pp. 321-338
- *Entrevista a Antonio-Enrique Pérez Luño*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 41, 2018, pp. 357-390
- *Una apología del Derecho*
Manuel Atienza
El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, N°. 78, 2018, pp. 22-29
- *Pragmatismo jurídico: la propuesta de Susan Haack*
Manuel Atienza
Estudios filosóficos, Vol. 67, N° 196, 2018, pp. 467-489
- *Lorenzo Peña y Gonzalo (2017), Visión lógica del derecho. Una defensa del racionalismo jurídico: Comentario a un libro singular*
Manuel Atienza
Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad, N°. 15, 2018, pp. 347-359
- *Siete tesis sobre el activismo judicial*
Manuel Atienza
Grand place: pensamiento y cultura, N°. 10, 2018 (Ejemplar dedicado a: La justicia=Juztizia), pp. 39-47
- *A propósito del caso de «La Manada»*
Manuel Atienza
Jueces para la democracia, N° 92, 2018, pp. 5-10
- *Un comentario al texto de Francesco Viola «Il futuro del diritto»: acuerdos y desacuerdos*
Manuel Atienza
Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, N°. 79, 2018 (Ejemplar dedicado a: El futuro del Derecho), pp. 201-217
- *Hierro y Laporta sobre los derechos*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° Extra 39, 2017 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a Francisco Laporta y Liborio L. Hierro), pp. 53-58
- *Entrevista a François Ost*
Manuel Atienza (entrev.)
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 40, 2017, pp. 387-413
- *El juez perfecto*
Manuel Atienza
Jueces para la democracia, N° 90, 2017, pp. 43-48
- *A propósito do novo código de processo civil brasileiro / About the New Brazilian Civil Procedure Code*
Manuel Atienza, Roberta Simões Nascimento

- Revista Brasileira de Direito, Vol. 13, Nº. 3, 2017, pp. 3-15
- *Sobre principios e regras*
Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero
Revista de Direito da Faculdade Guanambi, Vol. 4, Nº. 1, 2017, pp. 4-24
 - «*Peripiecos*». *Sobre la filosofía del derecho*
Manuel Atienza
Claves de Razón Práctica, Nº 244, 2016, pp. 86-97
 - *Diálogo entre Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado*
Manuel Atienza, Juan Antonio García Amado
Diálogos jurídicos.: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, Nº. 1, 2016, pp. 229-255
 - *Entrevista a Juan-Ramón Capella*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 39, 2016, pp. 427-445
 - *Entrevista a Rodolfo Vázquez*
Manuel Atienza
Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho, Nº. 45, 2016, pp. 191-218
 - *Dignidad Humana y Derechos de las Personas con Discapacidad*
Manuel Atienza
IUS ET VERITAS: Revista de la Asociación IUS ET VERITAS, Nº. 53, 2016, pp. 262-266
 - *¿Para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica?*
Manuel Atienza
Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico, ISSN 1888-3443, Nº. 20, 2016 (Ejemplar dedicado a: ¿Para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica?), pp. 14-20
 - *Comentarios para un debate*
Manuel Atienza
Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico, Nº. 20, 2016 (Ejemplar dedicado a: ¿Para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica?), pp. 99-107
 - *Entrevista a Francisco Laporta*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 38, 2015, pp. 557-577
 - *Una clase de ética para abogados*
Manuel Atienza
Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil, Nº. 114, 2015
 - *Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 37, 2014, pp. 299-318
 - *Una ley cruel*
Manuel Atienza

- El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid, Nº. 53, 2014
- *La democracia a través de los derechos. Un comentario*
Manuel Atienza
Jueces para la democracia, Nº 81, 2014, pp. 27-30
 - *Ética para fiscales*
Manuel Atienza
Jueces para la democracia, Nº 79, 2014, pp. 5-17
 - *Por qué no conocí antes a Vaz Ferreira*
Manuel Atienza
Revista de la Facultad de Derecho, Nº. 36, 2014, pp. 211-229
 - *Razonamiento jurídico*
Manuel Atienza
Rivista internazionale di filosofia del diritto, Vol. 91, Nº 3, 2014, pp. 421-441
 - *La Universidad española está alejada de la excelencia*
Manuel Atienza
Temas para el debate, Nº. 239 (oct.), 2014 (Ejemplar dedicado a: La Universidad Española), pp. 43-44
 - *De cercos, naufragios y otros desastres*
Manuel Atienza
Claves de Razón Práctica, Nº 230, 2013, pp. 100-107
 - *Los desahucios, los jueces y la idea del Derecho*
Manuel Atienza
El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, Nº. 37, 2013, pp. 14-19
 - *Una modesta proposición en favor de la transparencia*
Manuel Atienza
El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid, Nº. 49, 2013
 - *Justicia constitucional y escepticismo moral*
Manuel Atienza
RJIB. Revista jurídica de les Illes Balears, Nº. 11, 2013, pp. 18-33
 - *El argumento de autoridad en el Derecho*
Manuel Atienza
El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, Nº. 30, 2012, pp. 14-27
 - *Una lectura moral de la crisis.*
Manuel Atienza
El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid, Nº. 44, 2012, pp. 10-12
 - *Cómo evaluar las argumentaciones judiciales*
Manuel Atienza
Dianoia: anuario de Filosofía, Vol. 56, Nº. 67, 2011, pp. 113-134

- *Dos versiones del constitucionalismo*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 34, 2011, pp. 73-88
- *Abuso del derecho y derechos fundamentales*
Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero
El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, Nº. 18, 2011, pp. 50-59
- *Cómo desenmascarar a un formalista*
Manuel Atienza
Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho, Nº. 34, 2011 (Ejemplar dedicado a: Los límites de lo jurídico), pp. 199-201
- *Sobre constitucionalismo, positivismo jurídico y iusnaturalismo*
Manuel Atienza
Teoría política, Annali 1, 2011, pp. 139-146
- *A vueltas con la ponderación*
Manuel Atienza
Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Nº 44, 2010, pp. 43-59
- *Debate sobre el positivismo jurídico: un intercambio epistolar con un comentario de Álvaro Núñez Vaquero*
Manuel Atienza
Analisi e diritto, Nº. 2010, 2010, pp. 287-295
- *Carta a un amigo iuspositivista*
Manuel Atienza
Analisi e diritto, Nº. 2010, 2010, pp. 297-301
- *Réplica a Pierluigi*
Manuel Atienza
Analisi e diritto, Nº. 2010, 2010, pp. 309-311
- *El caso de la PUCP y la interpretación de los testamentos*
Manuel Atienza
Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho, Nº. 64, 2010, pp. 37-44
- *Crítica de la crítica crítica: contra Enrique Haba y consortes*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 33, 2010, pp. 361-368
- *Entre callar y no callar: decir lo justo*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 33, 2010, pp. 399-408
- *In merito all'unica risposta corretta*
Manuel Atienza
Ragion pratica, Nº. 34, 2010, pp. 45-58

- *Apuntalando hacia un norte jurídico: la importancia de la filosofía del derecho en el siglo XXI*
Manuel Atienza
THEMIS: Revista de Derecho, N°. 58, 2010 (Ejemplar dedicado a: Derecho Procesal Civil), pp. 307-311
- *Una nueva visita a la filosofía del derecho argentina*
Manuel Atienza
Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires, Año 7, N°. 14, 2009, pp. 9-30
- *Cuento de navidad*
Manuel Atienza
Analisi e diritto, N°. 2009, 2009, pp. 115-117
- *Entrevista a William Twining*
Manuel Atienza (entrev.), Raymundo Gama (entrev.), William Twining (entrevistado)
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 32, 2009, pp. 713-728
- *Una conversación sobre teoría del Derecho y otras varias cosas*
Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero
El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, N°. 8, 2009, pp. 68-81
- *Ancora sugli illeciti atipici. Replica alle critiche italiane*
Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero
Europa e diritto privato, N° 1, 2009, pp. 203-222
- *Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta*
Manuel Atienza
Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho, N°. 31, 2009, pp. 205 ss.
- *Sobre la única respuesta correcta*
Manuel Atienza
Revista Jurídicas, Universidad de Caldas, Vol. 6, N°. 2, 2009, pp. 13-26
- *La derrotabilidad y los límites del positivismo jurídico*
Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero
Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico, N°. 5, 2009 (Ejemplar dedicado a: Autonomía de la voluntad y control registral), pp. 102-117
- *Tesis sobre Ferrajoli*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 31, 2008, pp. 213-216
- *Entrevista con Gregorio Peces-Barba*
Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero; Gregorio Peces-Barba Martínez (entrevistado)
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 31, 2008, pp. 707-718
- *Imperio de la Ley y Constitucionalismo: un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta*
Manuel Atienza, Francisco Javier Laporta San Miguel
El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, N°. 0, 2008, pp. 46-55

- *Un auto polémico.*
Manuel Atienza
El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid, N° 22, 2008, pp. 54-55
- *La imparcialidad y el código modelo iberoamericano de ética judicial*
Manuel Atienza
Estudios de derecho judicial, N° 151, 2008 (Ejemplar dedicado a: La imparcialidad judicial), pp. 167-186
- *A propósito de la dignidad humana*
Manuel Atienza
IUS ET VERITAS: Revista de la Asociación IUS ET VERITAS, N° 36, 2008, pp. 460-467
- *Discrecionalidad y juicios comparativos*
Manuel Atienza
Jueces para la democracia, N° 61, 2008, pp. 77-86
- *Constitución y argumentación*
Manuel Atienza
Anuario de filosofía del derecho, N° 24, 2007, pp. 197-228
- *Dos sugerencias (muy menores) sobre el concepto de tolerancia*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 30, 2007, pp. 61-64
- *Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 30, 2007, pp. 661-663
- *Dejemos atrás el positivismo jurídico*
Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero
Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho, N° 27, 2007, pp. 7-28
- *Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión*
Manuel Atienza
Revista internacional de filosofía política, N° 30, 2007 (Ejemplar dedicado a: Igualdad y diversidad), pp. 65-72
- *Diez consejos para argumentar bien o decálogo del buen argumentador*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 29, 2006, pp. 473-478
- *Entrevista a Neil MacCormick*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 29, 2006, pp. 479-489
- *Un Código model(ic)o*
Manuel Atienza
Jueces para la democracia, N° 57, 2006, pp. 80-83

- *Entrevista a Mario G. Losano*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 28, 2005 (Ejemplar dedicado a: Norberto Bobbio y la filosofía del Derecho contemporáneo), pp. 369-403
- *Entrevista a Riccardo Guastini*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 27, 2004 (Ejemplar dedicado a: el futuro del positivismo jurídico), pp. 457-473
- *Seis acotaciones preliminares para una teoría de validez jurídica*
Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 26, 2003, pp. 719-735
- *Entrevista a Ricardo Guibourg*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 26, 2003, pp. 893-917
- *La justificación de las decisiones del jurado*
Manuel Atienza
Estudios de derecho judicial, ISSN 1137-3520, N°. 45, 2003 (Ejemplar dedicado a: La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica / Luis Aguiar de Luque (dir.), Luciano Varela Castro (dir.), pp. 681-698
- *Ética judicial: ¿Por qué no un código deontológico para jueces?*
Manuel Atienza
Jueces para la democracia, N° 46, 2003, pp. 43-46
- *La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica*
Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 24, 2001, pp. 115-132
- *Entrevista a Robert Alexy*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 24, 2001, pp. 671-687
- *Ética judicial*
Manuel Atienza
Jueces para la democracia, N° 40, 2001, pp. 17-18
- *Sobre el sentido del derecho: Carta a Tomás-Ramón Fernández*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 23, 2000, pp. 737-754
- *Entrevista a Robert S. Summers*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 23, 2000, pp. 765-776
- *Para una teoría general de los ilícitos atípicos*
Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero

- Jueces para la democracia, Nº 39, 2000, pp. 43-49
- *Entrevista a Aleksander Peczenik*
Manuel Atienza (entrev.)
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 22, 1999, pp. 661-670
 - *El derecho como argumentación*
Manuel Atienza
Isegoría: Revista de filosofía moral y política, Nº 21, 1999, pp. 37-47
 - *Estatuto Judicial y Límites a la Libertad de Expresión y Opinión de los Jueces*
José Gabaldón López, Ricardo Bodas Martín, Manuel Atienza, Francisco Racionero Carmona, Santiago Martínez-Vares García, Arturo Beltrán Núñez
Revista del poder judicial, Nº Extra 17, 1999, pp. 373-446
 - *Virtudes judiciales: selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho*
Manuel Atienza
Claves de Razón Práctica, Nº 86, 1998, pp. 32-42
 - *Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del derecho*
Manuel Atienza
Cuadernos de derecho judicial, Nº. 13, 1998 (Ejemplar dedicado a: La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho / Perfecto Andrés Ibáñez (dir.)), pp. 119-138
 - *A propósito de la argumentación jurídica*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 21, 2, 1998, pp. 33-50
 - *Entrevista a Aulis Aarnio*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 21, 1, 1998, pp. 429-437
 - *Juridificar la bioética*
Manuel Atienza
Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho, Nº. 8, 1998, pp. 75-99
 - *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*
Manuel Atienza
Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Nº. 1, 1997 (Ejemplar dedicado a: La vinculación del juez a la ley), pp. 245-266
 - *Entrevista a Gustavo Bueno*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 20, 1997, pp. 489-505
 - *¿Quiénes son familia numerosa?*
Manuel Atienza
Revista valenciana d'estudis autonòmics, Nº 20, 1997, pp. 337-344

- *Estado de Derecho, argumentación e interpretación*
Manuel Atienza
Anuario de filosofía del derecho, Nº 13-14, 1996-1997, pp. 465-484
- *Un comentario al caso Kalanke*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 19, 1996, pp. 111-122
- *La regla de reconocimiento y el valor normativo de la Constitución*
Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero
Revista española de derecho constitucional, Año nº 16, Nº 47, 1996, pp. 29-53
- *Diez consejos para escribir un buen trabajo de dogmática*
Manuel Atienza
Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho, Nº. 3, 1995, pp. 223-224
- *Carta a un joven iusfilósofo*
Manuel Atienza
Laguna: Revista de Filosofía, Nº 3, 1995-1996 (Ejemplar dedicado a: Tradiciones), pp. 179-188
- *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa: Comentarios a una polémica*
Manuel Atienza
Revista española de derecho administrativo, Nº 85, 1995, pp. 5-26
- *Sobre permisos en el Derecho*
Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 15-16, 2, 1994, pp. 815-844
- *Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales*
Manuel Atienza
Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho, Nº. 1, 1994, pp. 52-69
- *Sobre la argumentación en materia de hechos: Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez*
Manuel Atienza
Jueces para la democracia, Nº 22, 1994, pp. 82-86
- *¿Qué queda del marxismo para la cultura jurídica?*
Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero
Claves de Razón Práctica, Nº 29, 1993, pp. 60-65
- *La otra solución (a propósito de una sentencia reciente del Tribunal Constitucional)*
Manuel Atienza
Jueces para la democracia, Nº 20, 1993, pp. 24-25
- *Respuesta a Juan Antonio García Amado*
Manuel Atienza
Anuario de filosofía del derecho, Nº 9, 1992, pp. 483-488

- *Un dilema moral: sobre el caso de los insumisos*
Manuel Atienza
Claves de Razón Práctica, Nº 25, 1992, pp. 16-31
- *Objeciones de principio: respuesta a Aleksander Peczenik y Luis Prieto Sanchís*
Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 12, 1992, pp. 333-352
- *Sobre los límites del análisis lógico en el Derecho*
Manuel Atienza
Theoria: an international journal for theory, history and foundations of science, Vol. 7, Nº 16-18, 1992 (Ejemplar dedicado a: A los 40 años de la apertura de una nueva vertiente en la colaboración filosófico-científica en España y la Comunidad Iberoamericana), pp. 1007-1018
- *La huelga de hambre de los grapo*
Manuel Atienza
Claves de Razón Práctica, Nº 14, 1991, pp. 8-19
- *Sobre principios y reglas*
Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 10, 1991, pp. 101-120
- *La absolución del insumiso: sentenciar en un dilema moral*
Manuel Atienza
Jueces para la democracia, Nº 14, 1991, pp. 10-14
- *Para una teoría de la argumentación jurídica*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 8, 1990, pp. 39-62
- *Entrevista a Renato Treves*
Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 8, 1990, pp. 321-332
- *La argumentación en un caso difícil: la huelga de hambre de los presos del Grapo*
Manuel Atienza
Jueces para la democracia, Nº 9, 1990, pp. 31-37
- *Tercera subasta sin licitadores: una laguna de la Ley de Enjuiciamiento Civil*
Carmen Prieto, Manuel Atienza
La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 2, 1990, pp. 1023-1027
- *Contribución para una teoría de la legislación*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 6, 1989, pp. 385-404
- *Entrevista a Ulrich Klug*
Manuel Atienza, Ernesto Garzón Valdés
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 6, 1989, pp. 509-519

- *Sobre lo razonable en el Derecho*
Manuel Atienza
Revista española de derecho constitucional, Año nº 9, Nº 27, 1989, pp. 93-110
- *Discutamos sobre paternalismo*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 5, 1988, pp. 203-214
- *Para una teoría general de la acción penal*
Manuel Atienza
Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 40, Fasc/Mes 1, 1987, pp. 5-14
- *A propósito del concepto de derechos humanos de Francisco Laporta*
Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 4, 1987, pp. 67-70
- *Para una razonable definición de 'razonable'*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 4, 1987, pp. 189-202
- *Entrevista con Ernesto Garzón Valdés*
Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 4, 1987, pp. 413-426
- *Teoría y técnica de la legislación*
Manuel Atienza
Theoria: an international journal for theory, history and foundations of science, Vol. 3, Nº 7-9, 1987-1988, pp. 435-447
- *Entre la pesadilla y el sueño: comentario al libro de Juan Ramón Capella «Entre sueños» (Icaria, Barcelona, 1985)*
Manuel Atienza
Anuario de filosofía del derecho, Nº 3, 1986, pp. 639-648
- *Sobre incomprensiones: comentario al comentario de un comentario*
Manuel Atienza
Anuario de filosofía del derecho, Nº 3, 1986, pp. 655-656
- *Sobre la jurisprudencia como técnica social: respuesta a Roberto J. Vernengo*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 3, 1986, pp. 297-311
- *Entrevista con Felipe González Vicén*
Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 3, 1986, pp. 317-325
- *Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 2, 1985, pp. 223-232

- *8 preguntas a Norberto Bobbio*
Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 2, 1985, pp. 233-248
- *Marxismo y ciencia del Derecho*
Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero
Sistema: revista de ciencias sociales, N° 64, 1985, pp. 3-44
- *Manuel Atienza (Alicante)*
Manuel Atienza
Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 1, 1984 (Ejemplar dedicado a: Problemas abiertos en la filosofía del Derecho), ISBN 84-600-3730-4, pp. 29-34
- *Nota sobre «El pensamiento filosófico y político de Antonio Labriola»*
Manuel Atienza
Anales de la Universidad de Alicante: Facultad de Derecho, N° 2, 1983, pp. 299-310
- *Crítica de la metodología de la ciencia jurídica de K. Larenz*
Manuel Atienza
Anales de la Cátedra Francisco Suárez, N° 22, 1982 (Ejemplar dedicado a: Metodologías y Derecho Privado), pp. 189-218
- *Un filósofo del Derecho francés: André J. Arnaud*
Manuel Atienza
Cuadernos de la Facultad de Derecho, N° 2, 1982, pp. 119-132
- *Marx y los derechos humanos*
Manuel Atienza
Cuadernos de la Facultad de Derecho, N° 1, 1982, pp. 13-34
- *La filosofía del Derecho de Felipe González Vicén*
Manuel Atienza
Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, N° 62, 1981, pp. 67-88
- *El futuro de la dogmática jurídica: a propósito de N. Luhmann*
Manuel Atienza
El Basilisco: Revista de materialismo filosófico, N° 10, 1980, pp. 63-69
- *La crítica de Marx a los derechos humanos*
Manuel Atienza
Sistema: revista de ciencias sociales, N° 37, 1980, pp. 3-36
- *Sobre la clasificación de los derechos humanos en la Constitución*
Manuel Atienza
Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, N° Extra 2, 1979 (Ejemplar dedicado a: Los derechos humanos y la Constitución de 1978), pp. 123-132

- *¿Es posible una enseñanza científica del Derecho?*
Manuel Atienza
El Basilisco: Revista de materialismo filosófico, Nº 5, 1978, pp. 17-18
- *Para una ontología de la norma jurídica*
Manuel Atienza
El Basilisco: Revista de materialismo filosófico, Nº 3, 1978, pp. 37-45
- *Coloquio sobre la ponencia de Elías Díaz*
Manuel Atienza
Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Nº 17, 1977 (Ejemplar dedicado a: Derecho, razón práctica e ideológica), pp. 69-89
- *Ontología del derecho versus metafísica del derecho*
Manuel Atienza
Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Nº 15, 1975, pp. 1-10

COLABORACIONES EN OBRAS COLECTIVAS

- *Una visión iusfilosófica del Derecho*
Manuel Atienza
Filosofía: una introducción para juristas / coord. Por Guillermo Lariguét, Daniel González Lagier, 2022, pp. 241-262
- *Prólogo I [Principios jurídicos: el debate metodológico entre Robert Alexy y Ralf Poscher]*
Manuel Atienza
Principios jurídicos: el debate metodológico entre Robert Alexy y Ralf Poscher / Juan Antonio García Amado (ed. lit.), Rafael Giorgio Dalla Barba (ed. lit.), 2022, pp. 17-26
- *A vueltas con la ponderación*
Manuel Atienza
Debates iusfilosóficos: sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral / Manuel Atienza (aut.), Juan Antonio García Amado (aut.), 2021, pp. 11-36
- *La dogmática penal como tecno-praxis*
Manuel Atienza
Las garantías penales: Un homenaje a Javier Boix Reig / coord. por Ángeles Jareño Leal, Javier Mira Benavent, Antonio Doval País, Carmen Juanatey Dorado, Paz Lloria García, Miguel Ángel Moreno Alcázar, Sara Aguado López, Enrique Anarte Borralló, 2021, pp. 63-77
- *Un supuesto enigma jurídico: el orden público*
Manuel Atienza
Conceptos multidimensionales del derecho / coord. por Ignacio Varela Castro; María Paz García Rubio (dir.), Josep Joan Moreso (dir.), 2020, pp. 61-83

- *Una visione post-positivista dei diritti?: Considerazioni riguardo ad un libro di Bruno Celano*
Manuel Atienza
Discutendo con Bruno Celano / coord. por Pau Luque, Mauricio Maldonado Muñoz; Bruno Celano (hom.), Vol. 1, 2020 (Contributi), p. 293
- *Ars iusphilosophica*
Manuel Atienza
En sus propias palabras. Conversaciones sobre la filosofía del Derecho contemporánea / coord. por Francisco M. Mora Sifuentes, 2020, pp. 63-78
- *Tres visiones sobre la relación entre el derecho y la fuerza*
Manuel Atienza
Estudios contemporáneos de teoría y dogmática jurídica en Iberoamérica / coord. por Abril Uscanga Barradas, Carlos Humberto Reyes Díaz, 2020, p. 21
- *Às voltas com a ponderação*
Manuel Atienza
Um debate sobre a ponderação / Manuel Atienza (aut.), Juan Antonio García Amado (aut.), 2020, pp. 17-47
- *Carta sobre a ponderação*
Manuel Atienza
Um debate sobre a ponderação / Manuel Atienza (aut.), Juan Antonio García Amado (aut.), 2020, pp. 95-120
- *Contestação à carta de Juan Antonio García Amado*
Manuel Atienza
Um debate sobre a ponderação / Manuel Atienza (aut.), Juan Antonio García Amado (aut.), 2020, pp. 143-148
- *Las disidencias de un juez*
Manuel Atienza, Carmen Juanatey Dorado, Enrique Anarte Borrallo
Un juez para la democracia: libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez / coord. por Esther Pomares Cintas, Juan L. Fuentes Osorio; Guillermo Portilla Contreras (dir.), Fernando Velásquez Velásquez (dir.), Perfecto Andrés Ibáñez (hom.), pp. 37-60
- *Sobre la dignidad en la Constitución Española de 1978*
Manuel Atienza
España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas / coord. por Esther González Hernández, Rafael Rubio Núñez; Benigno Pendás García (dir.), Vol. 1, pp. 669-682
- *Homenaje a Ricardo Guastini*
Manuel Atienza
L'arte della distinzione: scritti per Riccardo Guastini / coord. por Pierluigi Chiassoni, Paolo Comanducci, Giovanni Battista Ratti; Riccardo Guastini (hom.), Vol. 1, 2018, pp. 15-30

- *A vueltas con la ponderación*
Manuel Atienza
Un debate sobre ponderación / Manuel Atienza (aut.), Juan Antonio García Amado (aut.), 2018, pp. 1-29
- *Carta sobre la ponderación*
Manuel Atienza
Un debate sobre ponderación / Manuel Atienza (aut.), Juan Antonio García Amado (aut.), 2018, pp. 79-102
- *Contestación a la carta de Juan Antonio García Amado*
Manuel Atienza
Un debate sobre ponderación / Manuel Atienza (aut.), Juan Antonio García Amado (aut.), 2018, pp. 125-130
- *El derecho sobre el propio cuerpo y sus consecuencias*
Manuel Atienza
De la solidaridad al mercado: el cuerpo humano y el comercio biotecnológico / coord. por María Casado, 2017, pp. 35-64
- *Un comentario sobre el concepto de dignidad*
Manuel Atienza
Entre la libertad y la igualdad: Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez / coord. por Pablo Larrañaga Monjaraz, Jorge Cerdio Herrán, Pedro Salazar Ugarte; Rodolfo Vázquez (hom.), Vol. 1, 2017 (Tomo I), pp. 267 ss.
- *Entrevista a Rodolfo Vázquez*
Manuel Atienza
Entre la libertad y la igualdad: Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez / coord. por Pablo Larrañaga Monjaraz, Jorge Cerdio Herrán, Pedro Salazar Ugarte; Rodolfo Vázquez (hom.), Vol. 2, 2017 (Tomo II), p. 441 ss.
- *La filosofía del derecho en Argentina*
Manuel Atienza
Filosofía iberoamericana del siglo XX. Vol. II, Filosofía práctica y filosofía de la cultura / coord. por Manuel Reyes-Mate Rupérez, Osvaldo Guariglia, León Olivé Morett, 2017, pp. 469-486
- *Algunas tesis sobre el razonamiento judicial*
Manuel Atienza
Sobre el razonamiento judicial: una discusión con Manuel Atienza / coord. por Josep Aguiló Regla, Pedro Grández Castro, 2017, pp. 11-42
- *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista*
Manuel Atienza
Conceptos y valores constitucionales / coord. por Lorenzo Peña, Txetxu Ausín Díez, 2016, pp. 29-58

- *La filosofía del derecho de Javier Muguerza*
Manuel Atienza
Diálogos con Javier Muguerza: paisajes para una exposición virtual / Roberto Rodríguez Aramayo (ed. lit.), José Francisco Álvarez Álvarez (ed. lit.), Francisco Maseda (ed. lit.), Concha Roldán Panadero (ed. lit.), 2016, pp. 339-365
- «Pecios». *Sobre la filosofía del derecho de Rafael Sánchez Ferlosio*
Manuel Atienza
Liber amicorum: homenaje al profesor Luis Martínez Roldán, 2016, pp. 57-69
- *Dworkin, la eutanasia y la idea de Derecho*
Manuel Atienza
El legado de Dworkin a la filosofía del derecho: Tomando en serio el imperio del erizo / José María Sauca Cano (dir.), 2015, pp. 75 ss.
- *Razonamiento jurídico*
Manuel Atienza
Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho / coord. por Jorge Luis Fabra Zamora, Alvaro Núñez Vaquero, Vol. 2, 2015 (Volumen 2 / coord. por Veronica Rodriguez-Blanco, Jorge Luis Fabra Zamora), pp. 1419 ss.
- *La dogmática jurídica como tecno-praxis*
Manuel Atienza
Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: estudios en homenaje a Jorge Carpizo / coord. por Miguel Carbonell Sánchez, Héctor Fix-Zamudio, Luis Raúl González Pérez, Diego Valadés Ríos; Jorge Carpizo Mac Gregor (hom.), Vol. 4, Tomo 1, 2015 (Estado Constitucional), pp. 169-196
- *Discrecionalidad y juicios comparativos*
Manuel Atienza
Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández / coord. por Eduardo García de Enterría Martínez-Carande, Ricardo Alonso García, Vol. 1, 2012, pp. 559-578
- *Constitucionalismo y derecho penal*
Manuel Atienza
Constitución y sistema penal / coord. por Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Juan Carlos Hortal Ibarra, 2012, pp. 19-40
- *Dos versiones del constitucionalismo*
Manuel Atienza
Un debate sobre el constitucionalismo: monográfico revista Doxa, núm. 34 / Luigi Ferrajoli (aut.), 2012, pp. 69-84
- *Justificación jurídica*
Manuel Atienza
Compendio de lógica, argumentación y retórica / coord. por Luis Vega Reñón, Paula Olmos, 2011, pp. 344-346

- *Argumentación y Constitución*
Manuel Atienza
Interpretación y argumentación: problemas y perspectivas actuales / coord. por Carlos Alarcón Cabrera, Rodolfo Luis Vigo, 2011, pp. 79-114
- *Sobre la única respuesta correcta*
Manuel Atienza
Bases teóricas de la interpretación jurídica / Aulis Aarnio (aut.), Manuel Atienza (aut.), Francisco Javier Laporta San Miguel (aut.), 2010, pp. 47-80
- *Juridificar la bioética: una propuesta metodológica*
Manuel Atienza
Bioética y nutrición / coord. por Macario Alemany García, Josep Bernabeu Mestre, 2010, pp. 19-45
- *Constitucionalismo, globalización y derecho*
Manuel Atienza
El canon neoconstitucional / coord. por Miguel Carbonell Sánchez, Leonardo García Jaramillo, 2010, pp. 264-284
- *Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del Derecho*
Manuel Atienza
Interpretación jurídica y teoría del derecho / coord. por Isabel Lifante Vidal, 2010, pp. 67 ss.
- *A vueltas con la ponderación*
Manuel Atienza
Un panorama de filosofía jurídica y política: (50 años de «Anales de la Cátedra Francisco Suárez»), 2010, pp. 43-60
- *La imparcialidad y el código modelo iberoamericano de ética judicial*
Manuel Atienza
La imparcialidad judicial / Carlos Gómez Martínez (dir.), 2009, pp. 167-186
- *Sobre «Creación judicial del derecho» de Eugenio Bulygin*
Manuel Atienza
Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho / Eugenio Bulygin (aut.), Manuel Atienza (aut.), Juan Carlos Bayón Mohino (aut.), 2009, pp. 95-123
- *Constitucionalismo, globalización y derecho*
Manuel Atienza
La globalización en el siglo XXI: retos y dilemas, 2008, pp. 213-224
- *Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico*
Manuel Atienza
La teoría del derecho en el paradigma constitucional / Luigi Ferrajoli (aut.), Josep Joan Moreso (aut.), Manuel Atienza (aut.), 2008, pp. 133-166

- *Argumentación y Constitución*
Manuel Atienza
Fragmentos para una teoría de la Constitución / Josep Aguiló Regla (aut.), Manuel Atienza (aut.), Juan Ruiz Manero (aut.), 2007, pp. 113 ss.
- *Diez características y cinco preguntas sobre «Sociología y filosofía del derecho»*
Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero
Revisión de Elías Díaz: sus libros y sus críticos / Liborio Luis Hierro Sánchez-Pescador (aut.), Francisco Javier Laporta San Miguel (aut.), Alfonso Ruiz Miguel (aut.), 2007, pp. 113-122
- *Argumentar con normas*
Manuel Atienza
- *Actas del V Congreso de la Sociedad de Lógica, Metodología y Filosofía de la Ciencia en España: (Granada, 29 noviembre — 1 diciembre de 2006) / Fernando Martínez Manrique (dir. congr.), Luis Miguel Peris Viñé (dir. congr.), 2006, pp. 536 ss.*
- *Dejemos atrás el positivismo jurídico*
Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero
El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto / José Antonio Ramos Pascua (ed. lit.), Miguel Ángel Rodilla González (ed. lit.), José Delgado Pinto (hom.), 2006, pp. 765-780
- *Argumentación jurídica y estado constitucional*
Manuel Atienza
Derechos, justicia y estado constitucional: un tributo a Miguel C. Miravet / coord. por Pablo Miravet Bergón, María José Añón Roig, 2005, pp. 25-34
- *Argumentación y legislación*
Manuel Atienza
La política legislativa penal en Occidente: una perspectiva comparada / coord. por José Luis Díez Ripollés, Susana Soto Navarro, Ana María Prieto del Pino, 2005, pp. 19-46
- *Tres problemas de tres teorías de la validez jurídica*
Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero
La función judicial: ética y democracia / J. Jesús Orozco Henríquez (comp.), Rodolfo Vázquez (comp.), Jorge F. Malem Seña (comp.), 2003, pp. 85-101
- *¿Quiénes son familia numerosa?*
Manuel Atienza
Estudios en homenaje al profesor Martínez Valls / Joaquín Martínez Valls (hom.), Vol. 2, 2000, pp. 761-767
- *Argumentación y resolución extrajudicial de conflictos*
Manuel Atienza
Contradicciones entre derecho y control social: ¿es posible una vinculación entre estos conceptos, tal como parece pretenderlo un cierto funcionalismo jurídico? / coord. por Roberto Bergalli, 1998, pp. 55-70

- *Juridificar la bioética: una propuesta metodológica*
Manuel Atienza
Entre el nacer y el morir / coord. por Ascensión Cambrón Infante, 1998, pp. 33-64
- *Lógica y argumentación jurídica*
Manuel Atienza
Calculemos... Matemáticas y libertad: homenaje a Miguel Sánchez-Mazas / coord. por Lorenzo Peña, Javier de Lorenzo Martínez, Javier Echeverría Ezponda; Miguel Sánchez-Mazas Ferlosio (hom.), 1996, pp. 229-238
- *Argumentación jurídica*
Manuel Atienza
El derecho y la Justicia / coord. por Francisco Javier Laporta San Miguel, Ernesto Garzón Valdés, Vol. 2, 1996, pp. 231-238
- *¿Qué puede hacer la teoría por la práctica social?*
Manuel Atienza
El desarrollo y las aplicaciones de la sociología jurídica en España / coord. por Roberto Bergalli, 1995, pp. 3-16
- *Contribución para una teoría de la legislación*
Manuel Atienza
Sentido y razón del derecho: enfoques socio-jurídicos para la sociedad democrática / coord. por Roberto Bergalli, 1992, pp. 115-136
- *La sociología del derecho español en la actualidad*
Juan Antonio Pérez Lledó, Manuel Atienza
Sentido y razón del derecho: enfoques socio-jurídicos para la sociedad democrática / coord. por Roberto Bergalli, 1992, pp. 313-328
- *Sociología Jurídica y ciencia de la legislación*
Manuel Atienza
El derecho y sus realidades: investigación y enseñanza de la sociología jurídica : Jornadas sobre la Investigación y la Enseñanza de la Sociología Jurídica (Barcelona, 7-9 abril de 1988) : homenaje a Renato Treves / coord. por Roberto Bergalli, 1989, pp. 41-70
- *Paternalismo y consenso*
Manuel Atienza
El fundamento de los derechos humanos / coord. por Javier Muguerza Carpentier, Gregorio Peces-Barba Martínez, 1989, pp. 81-86
- *Enseñanza del derecho e informática jurídica*
Manuel Atienza
Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica: actas del coloquio internacional celebrado en la Universidad de Sevilla, 5 y 6 de marzo de 1986 / coord. por Antonio Enrique Pérez Luño, 1987, pp. 237-252

— *La filosofía del derecho de Felipe González Vicén*

Manuel Atienza

El lenguaje del derecho: homenaje a Genaro R. Carrió / coord. por Eugenio Bulygin; Genaro R. Carrió (hom.), 1983, pp. 43-70

ENTREVISTAS

Rivaya García, Benjamín. 2020. «Entrevista a Manuel Atienza Rodríguez». *Diálogos jurídicos*, n.o 5: 277-280

Mora-Sifuentes, Francisco. 2019. «Ars iusphilosophica. Entrevista a Manuel Atienza». *IUS ET VERITAS*, n.o 58: 246-254

Ferreyros, Pablo. 2017. «Entrevista a Manuel Atienza sobre filosofía del derecho y política». *Ius 360*. <https://ius360.com/entrevista-a-manuel-atienza-sobre-filosofia-del-derecho-y-politica/>

Garza Onofre, Juan Jesús. 2015a. «Entrevista a Manuel Atienza». *Ciencia Jurídica*, Año 4, n.o 8: 169-183.

—. 2015b. «8 preguntas sobre abogados (y algo más) a Manuel Atienza». Blog Entre abogados te veas. <https://entreabogadostevas.wordpress.com>

González Piña, Alejandro. 2010. «Entrevista a Manuel Atienza». Blog La mirada de Peitho. <http://lamiradadepeitho.blogspot.com/2014/03/entrevista-con-alejandro-gonzalez-pina.html>

LIBROS HOMENAJE

Buzón, R. & Garza Onofre, Juan Jesús (2022) *La escuela de Alicante de Filosofía del Derecho*. Ciudad de México. Tirant lo Blanc.

Doxa 46 (2023) *Cuarenta años de argumentación jurídica en Alicante*.

CARÁCTER, PERSONALIDAD, VOCACIÓN

SOBRE MANUEL ATIENZA

RICARDO CARACCIOLO

Universidad de Córdoba (Argentina)

Me han invitado a que participe en este homenaje al profesor Manuel Atienza. Permítase-me que lo llame Manolo, como lo hacemos muchos de nosotros. Para mí es un honor y una inmensa satisfacción esta oportunidad. No me propongo presentar una discusión de su importante pensamiento, aunque algo diré, más adelante, acerca del significado que tiene para mí el producto de su labor intelectual. Más bien, se trata de ofrecer una semblanza personal de un querido amigo. Realmente de un amigo que es un genuino paradigma de lo que significa la amistad. Quiero comenzar precisamente por el sentido que tiene el ideal de la amistad, cuya búsqueda, sin duda, enriquece nuestras vidas. De más está decir que la amistad tiene que implicar una gran dosis de generosidad, y este es uno de los rasgos básicos de la especial persona que es Manolo.

Conocí a Manolo hace ya mucho tiempo en una reunión en Buenos Aires cuando el joven profesor de filosofía elaboraba su tesis doctoral, precisamente acerca de la filosofía del derecho en Argentina. No recuerdo bien, pero creo que era en la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico (SADAF) donde tuve la oportunidad de conocerlo, y no pude menos que asombrarme de su conocimiento acerca de lo que se había realizado en este lado del Atlántico en el ámbito de esta compleja disciplina. Como se sabe, el texto de su tesis es un referente obligado cuando se trata de comprender una importante parte del pensamiento iusfilosófico de este país. No tuve sin embargo ocasión de profundizar nuestro contacto en aquel momento. Eso ocurrió más tarde en la primavera europea de 1988 cuando, invitado por Francisco Laporta, visité España por primera vez. Entonces, Manolo con esa generosidad abierta, no solo a las ideas sino también a las personas, me invitó, un virtual desconocido como lo era yo, a dictar un par de seminarios en Alicante. Esos pocos días son inolvidables porque en el ir y venir de ideas y argumentos siempre permeaba el afecto y esa creciente amistad que, como un rasgo principal que creo hay que indicar, no precisa de lapsos prolongados para que se inicie.

Pero esa profunda relación que creo existe entre amistad y generosidad se puso en evidencia en algo que sucedió años más tarde cuando como profesor visitante en la Universidad Pompeu Fabra me trasladé a Barcelona con toda mi familia. Eramos cinco en total, y Manolo en el primer verano de esa estadía, en 1990, me brindó su hospitalidad en su casa para que

pasara mis primeras vacaciones europeas, al invitarme a alojarme en su casa, mientras él se trasladaba a otra residencia. Fue así que nuestras familias se conocieron, fue así como este afecto perdurable comenzó a tener un significado que va más allá de la mera cortesía, y se convirtió en un genuino y permanente afecto. Pudimos así también intercambiar nuestras visiones de un mundo hartamente complicado que se transformaba de manera permanente. Charlas acerca de la función del derecho y la democracia en un espacio amenazado de múltiples maneras. Todo en algunas de las hermosas playas de Elche. Posiblemente sea difícil extrapolar la importancia subjetiva que tuvo para mí ese acto de Manolo realizado con total desinterés, supongo que todos los que lo conocen pueden evocar episodios similares en los que Manolo demostró y demuestra su congénito altruismo.

Después, transcurrieron los años y Manolo me invitó en múltiples ocasiones a visitar Alicante para discutir mis propias ideas con el selecto grupo que había constituido en su Universidad. De nuevo se entremezclan las ideas, los argumentos y las polémicas teóricas con los encuentros informales que caracterizan ya a los viejos amigos incluyendo como es claro a todos aquellos con los que compartíamos nuestros almuerzos y cafés, es decir con Juan, con Ángeles, con Isabel, con Daniel, con Pep y tantos otros. Son recuerdos memorables, recuerdos que conceden sentido a una importante parte de mi vida.

Como no podía ser de otra manera ese rasgo de Manolo se manifestó siempre en su relación con todos aquellos jóvenes, doctorandos y otros becarios, procedentes de varios países de América latina y especialmente de México, que tuvieron la oportunidad de realizar su entrenamiento en la ciudad de Alicante, bajo la conducción y la guía de Manolo y sus colegas. Especialmente mediante los importantes cursos de Argumentación Jurídica que Manolo conduce año tras año. Conozco a varios de ellos, y me consta que aquel talante abierto se trasladó, como otra forma en la que Manolo entiende su labor como profesor y como universitario, a todos esos jóvenes que procuraban iniciar su carrera académica. Es difícil encontrar alguien que haya inculcado en otros la vehemencia con la que Manolo transmitió, más que un conocimiento teórico, una especial manera de abordar la labor intelectual.

En esta ocasión no me es posible defender una fuerte intuición que tengo, la que asocia lo que cada uno de nosotros es como persona con lo que piensa acerca del mundo y las circunstancias que le toca vivir. En lo que a mí respecta, y de acuerdo a esa intuición, no me cabe ninguna duda que ese rasgo esencial de Manolo, esto es su desprendimiento del autointerés, está asociado de una manera fuerte con sus convicciones acerca del derecho, la política, la sociedad y el mundo que deberíamos construir como objetivo deseable. Una de semejantes convicciones es la creencia de que la razón es la principal herramienta para pensar y actuar en la búsqueda de ese objetivo. Es por ello que uno de sus temas esenciales —como es notoriamente conocido— es el problema de la justificación de las decisiones de los jueces, asumido como el punto de partida para entender al derecho como el instrumento posible con el que se puede construir semejante mundo. Por lo tanto, se trata de la función judicial la que está en juego en gran parte del producto intelectual en el que consisten los numerosos libros y artículos que son resultado de la pluma de Manolo. Eso es así porque para asociar la filosofía con la vida real de personas que viven en un cierto contexto histórico, es preciso visualizar a nuestros congéneres como miembros o como partícipes de una empresa común.

¿Y cuál, en rigor, puede ser esa empresa valiosa si no es la búsqueda de la libertad y de la felicidad? Es decir, los viejos tópicos de la filosofía traídos al presente. Es por ello, que Manolo es un defensor a ultranza de la democracia, porque está convencido de que se trata de la única manera en la que esa libertad y la tolerancia que ello implica, son posibles. Tal como yo lo entiendo, se trata de otro impulso personal ineludible de Manolo, a saber, considerar a los demás como amigos de una misma ruta. Gracias querido profesor, por tu amistad de todos estos años.

Córdoba, abril de 2023

MANUEL ATIENZA: TRES ESTAMPAS

PEDRO SALAZAR UGARTE

Universidad Nacional Autónoma de México

EL MAESTRO

En 1992 estudiaba mi segundo semestre de licenciatura en el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Rodolfo Vázquez era mi profesor de filosofía del derecho, si la memoria no me falla. De lo que estoy seguro es de que en ese entonces era un completo ignaro en cuestiones de la moral, la ética y las normas. Tal vez por eso recuerdo con tanta precisión las dos sesiones del curso en las que el docente invitado fue un profesor de la Universidad de Alicante llamado Manuel Atienza.

No exagero al afirmar que durante aquellas horas de clase comprendí que la carrera que estaba estudiando estaba grávida de dilemas que trascendían a la dimensión formal del derecho. Atienza era un maestro preciso, pulcro en el lenguaje y agudo en el razonamiento pero, ante todo, ordenado y provocador. En un par de sesiones instaló en la cabeza de quienes le escuchamos temas y dilemas que nos acompañarían en el resto de nuestros años universitarios. De pronto nuestro objeto de estudio quedó engarzado con problemas concretos que el derecho por sí solo no podía resolver o, mejor dicho, cuya solución jurídica resultaba insatisfactoria.

Me parece que fuimos una generación privilegiada (en realidad la segunda). Nos tocó vivir, sin saberlo, un momento de resurgimiento del pensamiento iusfilosófico en México. La influencia del pensamiento de Manuel Atienza en ello fue crucial. No solamente porque siguió visitando nuestro país para impartir clases y conferencias sino porque estableció vínculos estratégicos y entrañables con algunos de nuestros maestros y porque, junto con ellos, emprendió iniciativas editoriales y académicas que nos acompañaría durante toda nuestra formación profesional. Es uno de esos casos en los que resulta preciso decir que un profesor cambió tu manera de mirar las cosas.

Con el tiempo la presencia de Atienza en la formación de juristas mexicanos se expandió en la dimensión geográfica. Beneficiados —de manera genuina y por talento propio— de la alianza estratégica trazada por él y Vázquez, jóvenes mexicanos emprendieron sus estudios de doctorado en la Universidad de Alicante. Pablo de Larrañaga, Juan Antonio Cruz Parceroy y Roberto Lara son los tres primeros nombres que me vienen a la mente. Mencionarlos no es un dato accesorio en este texto. Sus méritos personales no son discutibles pero las personas brega-

mos en la vida con las herramientas que nos dieron y a ellos no los formó cualquiera. El rigor intelectual que los distingue, la precisión en el uso de los conceptos con la que esgrimen sus tesis y, sobre todo, la capacidad argumentativa que ostentan tiene la impronta de una escuela. Esa es la escuela de Manuel Atienza.

Formador de formadores, a través de sus discípulos, Atienza, fue expandiendo su influencia intelectual en México. Quienes ya han sido mencionados y discípulas notables como Amalia Amaya fueron transmitiendo métodos y saberes a nuevas generaciones de juristas que han elevado los términos del debate jurídico en la academia mexicana. Lo afirmo con conocimiento de causa. Deliberar y debatir es un quehacer intelectual que tiene niveles de complejidad. Incursionar en esas lides con personas académicas formadas en esa escuela no es un reto de poca monta. Por eso es lícito sostener que su incursión en la vida universitaria mexicana incidió en los términos y formas del debate jurídico en el país. Sobre todo en el ámbito de la teoría del derecho que, salvo honrosas excepciones, había ido perdiendo rigores en los claustros y las aulas nuestras.

En el año 2000, Rodolfo Vázquez —inevitable presencia inmanente en esta nota de homenaje— me organizó un viaje a la Universidad de Alicante para que presentara el proyecto de mi tesis de doctorado. Recuerdo la preocupación que me provocó aquella propuesta generosa. Me encontraba en la primera etapa de mis estudios y las sesudas objeciones a mi proyecto original por parte de mi tutor, Michelangelo Bovero, habían calado fuerte en mi novel suficiencia. Pero fue él mismo quien me dijo que no rodeara el ruedo. Así que tomé un avión destino a Barcelona —en donde también fui generosamente recibido y discutido— y, desde ahí, un tren hacia Alicante.

Atienza me recibió en un día caluroso en mangas de camisa. Por mi parte arribé con traje y de corbata. Amable y afable me acompañó al aula en la que nos aguardaba un nutrido grupo de colegas. Acababa de cruzar el umbral hacia un seminario del que había escuchado historias de debates encarnizados y egos intelectuales magullados. Sin embargo, si bien no recuerdo los méritos y deméritos de la discusión, me sentí tratado con seriedad y genuino respeto. En mi formación fue una experiencia constructiva y en cierta medida determinante. De hecho, regresé a Turín con una tesis para mi tesis afinada y decantada. Pero mi mayor aprendizaje residió en las formas y los tratos.

Manuel Atienza era un profesor al que admiraba y respetaba pero al que también, por alguna influencia de alguna leyenda urbana, le profesaba un temor reverencial. Se trataba de un temor infundado que se esfumó con las maneras, la dedicación, la bonhomía y el rigor intelectual que me dispensó. El respeto se acrecentó y el temor se disipó. Conservo con especial aprecio un ejemplar de su libro *Marx y los derechos humanos* que me obsequió con una dedicatoria escrita con una caligrafía que al día de hoy no he sido capaz de descifrar del todo. Pero el libro lo leí entonces, lo cité en mi tesis y lo releo ahora. Se publicó en 1983.

Sería incapaz de trazar la línea de la trayectoria intelectual de Atienza pero de aquél libro en el que se entrelazan la teoría política con la teoría del derecho a sus trabajos más recientes sobre problemas morales, políticos y sociales del mundo contemporáneo hay un trazo nítido de pensamiento humanista. En la ruta que los une se engranan una miríada de textos jurídicos quizá más formales y técnicos pero no menos comprometidos con una concepción del estado de derecho.

En todas esas etapas, Atienza siguió enseñando y formando personas dentro y fuera de España. Fue así como Raymundo Gama, primero, y José Juan —Tito— Garza Onofre, después, realizaron sus estudios de doctorado con Atienza y, al regresar a México, continuaron difundiendo el pensamiento de su maestro. Fue precisamente Garza Onofre quien me hizo notar el tránsito intelectual de Atienza desde una etapa más teórica y jurídica hacia preocupaciones más prácticas. Es cierto, pero también lo es la mirada crítica y la objeción moral son hilos conductores a lo largo de todo el trayecto.

EL INFLUYENTE

En la página electrónica de la Universidad de Alicante está colgada la siguiente información:

«Desde el año 2003, el área de Filosofía del Derecho ha impartido un Título Propio de la Universidad de Alicante de postgrado en argumentación jurídica. Primero, como curso de especialista (2003-2010) y, luego, como Título propio de máster en argumentación jurídica de la Universidad de Alicante (desde el 2011 hasta la actualidad).»

El responsable del programa académico es Manuel Atienza. Busqué la información porque quería saber desde cuándo se imparte ese curso/máster que tan exitoso ha resultado al menos en México. Ahora sé que son veinte años en los que se ha ofertado a estudiosos, docentes, practicantes y operadores del derecho. En particular me interesa advertir el impacto positivo que esa iniciativa ha tenido en el ámbito de la judicatura mexicana.

Desconozco el número de personas trabajadoras en el poder judicial federal y en los poderes judiciales estatales —secretarías de estudio y cuenta, juezas, magistradas— que han cursado ese programa pero sé con certeza que es un conjunto importante. De hecho, en el currículum oficial de la actual Presidenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Norma Piña Hernández consta, como parte de su formación, lo siguiente:

«Especialidad en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante, España, del Curso de Postgrado en Derecho, Mayo-Octubre 2010. Sobresaliente 9.5

Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante, España. Diciembre de 2011 a diciembre de 2012. Sobresaliente 10 (Pendiente de recibir Título)»

El dato es solo una muestra del impacto de ese proyecto impulsado y liderado por Atienza. No se trata de un mero impacto curricular en la carrera de personas dedicadas a la administración e impartición de justicia sino de una influencia muy relevante en la manera de razonar y motivar sentencias por parte de juzgadoras y juzgadores. No es exagerado sostener que la calidad de los razonamientos jurídicos en las sentencias mexicanas ha mejorado gracias a las enseñanzas aprendidas en esos cursos de argumentación jurídica.

El «discurso justificativo de los jueces» —para decirlo con palabras del propio Atienza—, es decir; «las razones que ofrecen como fundamento —motivación— de sus decisiones» —al

menos de aquellas personas juzgadoras que estudiaron en Alicante— se tornaron sino más sólidas al menos mejor explicadas. En ese ámbito —al igual que en la academia— el efecto es multiplicador porque conforme se dictan mejores sentencias por parte de algunos juzgados se eleva el nivel de exigencia para los demás. En esa medida es posible afirmar que la calidad argumentativa de la impartición de justicia mexicana fue impactada de manera positiva por el pensamiento de Atienza y sus colegas (muchos de ellos también sus discípulos).

Existe un marco contextual útil para entender el impacto de ese curso académico en el quehacer de la judicatura mexicana y tiene que ver con la relevancia de la propia argumentación jurídica. El mismo Atienza ha sostenido en diversas ocasiones que ésta adquirió una importancia particular con el paso del «estado legislativo» al «estado constitucional». Es decir, cuando las constituciones activan mecanismos de control entre los órganos del estado, contienen un conjunto de derechos fundamentales y cuentan con mecanismos de control de constitucionalidad, básicamente. Estos mecanismos sirven para que el poder quede sometido al derecho y, por lo mismo, este último debe justificarse mejor.

Esto que reproduzco de manera general y simplificada vale para cualquier ordenamiento jurídico pero en el caso de México tiene un sentido histórico que permite establecer un vínculo con el pensamiento de Atienza —y de otros juristas destacados como, por ejemplo, Luigi Ferrajoli— sin forzar el razonamiento. He dicho que Atienza comenzó a visitar México en los años 90's del Siglo xx. El dato es relevante si advertimos que fue en 1994-1995 cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación se convirtió en un Tribunal Constitucional y en 1996 se fundó el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. A partir de entonces la necesidad de mejorar la argumentación —o justificación— de las decisiones de esos órganos fue en aumento. Así que, de alguna manera, la presencia e influencia de Manuel Atienza en México coincidió y se consolidó a la par del desarrollo de la justicia constitucional.

Tiempo después, como parte del proceso de constitucionalización del derecho en México, en 2011 se aprobaron dos importantes reformas constitucionales. Una de ellas en materia de derechos humanos y otra en materia de amparo (recurso por excelencia de protección de los primeros en el derecho mexicano). Para algunos estudiosos esas reformas activaron un «nuevo paradigma» constitucional e impusieron nuevas responsabilidades a las personas juzgadoras en lo general y no solamente a la corte y al tribunal electoral. Podemos decir que la responsabilidad de argumentar —justificar— sus decisiones se expandió a todo el poder judicial federal y estatal. Así que el pensamiento y las enseñanzas de Atienza adquirieron renovada relevancia.

No sería preciso —ni justo con Atienza— sostener que los derroteros de la justicia constitucional mexicana son consecuencia de sus ideas pero creo que sí es posible —y correcto con Atienza— sostener que su impronta está plasmada en muchas sentencias.

El emprendedor

El Primer Congreso de Filosofía del Derecho del Mundo Latino tuvo lugar en Alicante en 2016. Manuel Atienza era el Director del Comité Ejecutivo. En su discurso inaugural explicó el objetivo de aquel encuentro internacional:

«Contribuir a estructurar, a vertebrar, algo así como una iusfilosofía regional (...), pero sin caer en ningún tipo de localismo. Estamos contra el colonialismo cultural, pero el Congreso que hemos organizado no va contra la filosofía del Derecho anglosajona (o alemana); de lo que se trata es de que la iusfilosofía del mundo latino pueda tener un mayor peso en el contexto internacional.».

Al final del congreso se celebró la Asamblea Constituyente de la Asociación Iusfilosofía del Mundo Latino (I-Latina) con los asistentes como integrantes y con un robusto Comité Asesor — del que Atienza forma parte—, un Comité Ejecutivo y un secretariado. Quienes asistieron al encuentro refieren un evento académico de altura enmarcado en un ambiente amistoso y optimista.

Lo primero fue el resultado de los asistentes y ponentes pero también de la selección de temas elegido por los organizadores; la amistad y el optimismo estaban garantizados desde las palabras de bienvenida con las que Atienza cerró aquel discurso original. Merece la pena recuperarlas:

«Y ahora quiero terminar mi intervención con un poco de poesía: de poesía náhuatl. La primera vez que lo leí me impresionó mucho, y ha quedado indeleblemente grabado en mi memoria, un verso (creo que de mitad del siglo xv) que dice:

‘Aquí [a la tierra] solamente hemos venido a conocernos.’

En la concepción náhuatl de la vida, el hombre está sobre la tierra para tener amigos. El imperativo práctico fundamental es: «Haya amistad! ¡Conozcámonos unos a otros! Y uno de los mayores motivos de amargura para el hombre es que después de la muerte ya no haya amistad.

El poeta Ayocuan (Rey de Texcoco a mediados del XV) escribió estos versos:

Aquí en la tierra es la región
Del momento fugaz.
¿También es así en el lugar
Donde de algún modo se vive?
¿Allá se alegra uno?
¿Hay allá amistad?
¿O sólo aquí en la tierra
Hemos venido a conocer nuestros rostros’

Si el poeta náhuatl tiene razón, quizás este Congreso sea un buen lugar para realizar ese ideal: ¡conocernos!»

La cultura, bonhomía y ánimo fraterno que caracterizan a Manuel Atienza están encapsuladas en esos párrafos. El segundo congreso de la organización tuvo lugar en Río de Janeiro en 2018 y también fue un éxito. El proyecto fue madurando en el tiempo y la iniciativa fue convocando a más personas estudiosas y a más instituciones del mundo latino. En esa ruta conocí la iniciativa y me entusiasmé con el proyecto.

Fue Rodolfo Vázquez quién me dijo que Atienza quería hacerme una propuesta. En ese entonces dirigía el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. La idea que tenían en mente —y que yo secundé con convicción— era realizar la tercera edición del Congreso de Filosofía del Derecho del Mundo Latino en México bajo la coordinación del instituto a mi cargo. Sabía que la organización de esa clase de eventos es costosa y complicada pero también que se trata de iniciativas que deben secundarse y realizarse. De hecho, consideré una distinción que pensarán en nuestro instituto como eje organizador.

Pero el encuentro estaba programado para el verano del 2020 y no podíamos saber que estallaría la pandemia global por la Covid-19. La catástrofe nos sorprendió como a todo el mundo y nos obligó a cambiar de planes. La opción de organizarlo de manera virtual ni siquiera fue considerada y el congreso se realizará —salvo que los destinos globales dispongan otra cosa— en el mes de junio del año 2023 en la ciudad de Querétaro. Los alumnos mexicanos de Atienza —Cruz Parcerio, Lara y Garza Onofre— encauzan la iniciativa bajo el liderazgo suave pero firme y la mirada atenta del maestro. Estoy convencido de que tendrán mucho éxito.

DESPEDIDA

Cierro este breve texto de sincero homenaje a un profesor y pensador ejemplar con una pregunta que saltó a mi mente desde el párrafo precedente: ¿por qué no consideramos organizar el Tercer Congreso de Filosofía del Derecho del Mundo Latino, durante la pandemia, de manera virtual? Supongo que fueron muchas las razones pero hoy sé que hicimos lo correcto.

Una interpretación originalista y teleológica del poema náhuatl con el que Atienza inauguró el primer congreso, no permite sostener que el verso: «Hemos venido a conocer nuestros rostros», se refiera a mirarnos en una pantalla en una sesión virtual a través de la plataforma zoom.

Si nos tomamos en serio la concepción náhuatl de la vida —como en su momento propuso Manuel Atienza— el acto de «conocernos» debe entenderse como un imperativo para estrecharnos la mano, intercambiar un par de palmadas y, si la coincidencia fluye como es debido, emprender camino juntos en búsqueda de una buena botella de vino.

Confío en que este argumento resulte convincente al profesor.

NUEVE VIÑETAS «MANOLIANAS» Y UNA CODA

RODOLFO VÁZQUEZ

Instituto Tecnológico Autónomo de México

1. Entre la gran variedad de especies del género «profesor-académico-intelectual» hay una que encarnan algunos pocos individuos. La escasez ya los convierte en algo muy apreciado, aunque me temo que ese aprecio no ha redundado en un incremento de su patrimonio económico, al menos no en el de aquéllos que agregan a sus actividades una nota de genuino altruismo. Han aprendido a moverse como «un sofista errante en una polis migratoria». Han ensanchado el espacio público; más bien, la *polis* se mueve con ellos, y han generado hábitos que parecían reservados a otros géneros comunicativos. Se han metamorfoseado en entrevistadores audaces, en dialogantes provocativos y en emprendedores culturales sin que ello merme, ni una coma, su ejercicio deliberativo, su claridad mental y la tan preciada sensatez humana. Manuel Atienza, Manolo para sus amigos, es una de esas *rara avis*. Hace unos días vi en una transmisión diferida por el canal judicial en México, un «diálogo jurídico» en el que Jesús Garza —un jurista excepcional cuya especie se agota en su sola singularidad— lanzaba una serie de preguntas a Manolo con temáticas variopintas. Como me dijo Paco Laporta al comentarme sobre el programa: se mostró el «Manolo en estado puro», argumentativo, enfático y sin inhibiciones. Algunos creíamos que no estaría demás que Manolo se «guardase» algunos comentarios, que dado el público asistente podría despertar algún tipo de malentendido o predisposiciones innecesarias. Precauciones inútiles que hubieran desdibujado al «Manolo en estado puro» y nos hubieran privado de la gracia, los gestos y las ironías de uno de nuestros más connotados filósofos del derecho. El programa fue todo un éxito y los organizadores, como era de esperarse, quedaron complacidos, pero, en cualquier caso, ¿hubiera tenido algún sentido pedirle a Manolo que se «reservara» un poco? No. ¿Hubiera sido contraproducente? Sí.

2. Entre «corridos» y «rancheras»; de José Alfredo a Chavela Vargas; y del norte al sur del país, Manolo ya es un hijo adoptivo de México. En su primera visita al país, en 1990, Manolo pasó inmediatamente la prueba de la «sopa de tortilla de maíz» y la del clásico tequila, con su salecita y limón. Se mostró más resistente al chile y sus derivados, aunque para estas alturas, ya está curado de espantos. El siglo de oro del cine mexicano, con Jorge Negrete, María Félix, la comicidad de Cantinflas, y las canciones del gran repertorio musical, mariachi incluido, entre otras gracias, eran ya de su conocimiento, y aquí recordó, caminó, co-

mió, rió, bebió y se lamentó como todo buen mexicano, porque, finalmente, ni Schopenhauer pudo haberlo dicho mejor:

No vale nada la vida
 La vida no vale nada
 Comienza siempre llorando
 y así llorando se acaba
 Por eso es que en este mundo
 La vida no vale nada

Hay algo entrañable en este «hijo de Oviedo», que rompe barreras, aun para temperamentos tan desconfiados como el mexicano: su generosidad y su respeto incondicional a cada persona, por encima de cualquier diferencia social o cultural. No estoy seguro si Manolo cae en la cuenta de estos atributos, pero camina con ellos con total naturalidad. Hay algo kantiano y «prusiano» en su temperamento, sin duda, y no solo por tomarse en serio las tres formulaciones del imperativo categórico, sino porque creo que Manolo comprende, en la mejor escuela de nuestro querido maestro Ernesto Garzón Valdés, que las «buenas acciones» deben estar alejadas lo más posible de la mirada de terceros. Si se pueden realizar en secrecía y sin ningún tipo de elogio, mejor. Hannah Arendt decía que «las buenas acciones no son de este mundo», «van y vienen sin dejar huella», «fracturan el espacio público.» Creo que esta es la generosidad que descubrimos en Manolo desde aquel momento, hace ya más de 30 años, y que el mexicano quiere agradecer, a veces con excesos, abrumadoramente, pero también como se dice, y bien dicho, «a corazón abierto».

3. «Quien no ha pasado por Marx, se le nota», es una frase de Gustavo Bueno que le gusta citar a Manolo, y que forma parte ya de mi repertorio de frases célebres. Si es verdad que un clásico, como decía Ítalo Calvino, es alguien o algo que «nunca termina de decir lo que tiene que decir», pues Manolo ha hecho justicia a ese clásico universal nacido en Tréveris. Cuando Manolo pisó tierras mexicanas el primer libro que puso en mis manos fue su *Marx y los derechos humanos*, publicado —un tanto irónicamente por tratarse de Marx— por la Editorial Mezquita. En su nota preliminar, fechada en Palma de Mallorca en 1982, se leía:

A lo largo de este trabajo creo que pueden encontrarse algunas razones para no ser marxista y muchas más para no ser antimarxista. Pero lo que yo quisiera es que el lector no especializado encontrara alguna razón para seguir interesándose por Marx, para leer su obra y estudiarla, sin excesivos prejuicios.

Y Manolo siguió leyendo y estudiando a Marx. Diez años después publicaríamos en la «Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política», un libro en coautoría de Manolo y Juan Ruiz Manero, *Marxismo y Filosofía del Derecho*, con una dedicatoria a otro grande del mundo hispanoparlante, Elías Díaz, «quien —con el marxismo y con muchas otras cosas— ha sabido mantener siempre la distancia justa»; y para 2008, editaríamos tres ensayos para responder a la pregunta: *¿Por qué leer a Marx hoy?* Junto con el ensayo de Manolo reuniríamos a dos grandes conocedores del marxismo en México, Luis Salazar Carrión y Arnoldo Córdoba. Con este libro

inaugurábamos la colección «Lectura contemporánea de los clásicos» y, con esa pregunta, cerrábamos un seminario de cuatro jornadas intensas dedicadas al pensamiento de Marx, impartidas por Manolo. Al redactar estas líneas cierro también la última página de un libro al que, bajo su guía y recomendación, recurro con cierta periodicidad, *El dieciocho Brumario de Luis Bonaparte*, publicado unos años después del *Manifiesto*, en un periodo de gran madurez y lucidez intelectual de Marx. *Napoleón le petit*, preludio de nuestros populistas contemporáneos, que repiten la historia ya no «como gran tragedia», sino como «lamentable farsa». «El dieciocho Brumario del genio por el dieciocho Brumario del idiota».

4. Cuando se le preguntó a Fernando Savater en una entrevista si su filosofía podría encuadrarse dentro de un espíritu optimista o pesimista, no dudó en decantarse por este último, pero hizo una aclaración muy oportuna: soy, dijo un «pesimista activo». Los pesimistas pasivos son los fatalistas —esos están paralizados— los activos son los que piensan que las cosas pueden ir peor pero ponen todo lo mejor de sí mismos para tratar de que vayan mejor. Por supuesto, estos pesimistas desconfían de los optimistas. A diferencia de estos últimos, los primeros apuestan y saludan con entusiasmo los «pequeños cambios» y critican rabiosamente las construcciones utópicas, altisonantes. Manolo pertenece a esta escuela. Es un pesimista activo, incurable. No cree en las utopías ni mucho menos en los optimistas irredentos. Cree en el trabajo de hormiga, ladrillo por ladrillo, y cree también que el trabajo colectivo no es un medio para el desarrollo de libertades individuales muchas veces encapsuladas en cierta privacidad egoísta y narcisista. Para Manolo el trabajo colectivo-argumentativo es un fin en sí mismo, de ahí, entre otras razones, su crítica demoledora a las Facultades académicas generadoras exclusivamente de especialistas, al jurista que ha perdido sentido de la realidad, de la historia, de los clásicos, del espíritu crítico y plural, más empeñado como diría Paco Laporta, en estar cambiando obsesivamente los programas de estudio que en reflexionar sobre la enseñanza misma del Derecho, como si el solo cambio de programa trajera *ipso facto* la formación de ese tipo de jurista integral, sensible a las injusticias sociales. Con Juan Antonio Pérez Lledó —el gran Jon-txu— Manolo piensa que se trata de actualizar, de *aggiornar* el método socrático. Y ambos tienen razón. Creo que esto es lo que explica que un buen día tuviéramos en nuestras manos un libro monumental, una empresa individual y colectiva, como su *Curso de Argumentación jurídica*. Si un pesimista activo alcanza estas cimas del pensamiento, creo que el pesimismo debería ser una aduana obligatoria, un método universal para todo ser pensante riguroso y decente.

5. Hace ya un poco más de un año, en una generosa entrevista auspiciada por *Silex* —Centro de Formación dirigido por el filósofo Juan Antonio García Amado—, casi al término de la misma, Manolo me preguntó de qué iba eso de ser agnóstico. O se es ateo o se es creyente, parecía decirme, sin concesiones intermedias. El negaba la existencia de Dios pero «no había que confundir la existencia, con la idea de Dios. Ésta última no se puede negar.» El comentario me tomó un poco desprevenido después de haber intentado mostrar en un libro los argumentos de una estirpe de autores, que explícita o implícitamente, se percibían como agnósticos y no ateos, y me empeñaba en mostrar que en el mundo también había un espacio para los agnósticos. Buscando la complicidad de Ana, mi esposa, y después de reseñarle mi intercambio de ideas con

Manolo, me dijo que ella estaba cien por ciento de acuerdo con Manolo. No un 60 o 70 por ciento, sino un cien por ciento. Un querido amigo, Jesús Silva-Herzog Márquez, me dijo que eso del agnosticismo le resultaba algo «descafeinado», como una suerte de «limbo» sin definición. En la entrevista, el provocador de Manolo comenzó diciéndome que en esos días había tenido alguna sesión dedicada a la poesía y el Derecho, y me preguntaba si el sentido de lo agnóstico que yo defendía podría tener algo que ver con los versos de Luis Cernuda, en su último poemario, *Desolación de la quimera*: «Lo divino subsiste, proteico y multiforme, aunque mueran los dioses.» Solo atiné a decirle que si había una segunda edición de mi libro pondría esos versos como epígrafe. Eso es, precisamente: no necesito de ningún dios para que el mundo se me revele en toda su belleza, variedad y originalidad. Lo absoluto en el mundo no espera a ningún ser trascendente, ni tengo que negar existencialmente a ningún dios para afirmar mi agnosticismo, como sí lo tiene que hacer un ateo consistente. Matar a dios no es una empresa estética, sino existencial, y esto es lo que define genuinamente al ateo. El agnóstico no necesita matar a nadie. No convencí a Manolo, ni mi esposa bajó algunas décimas su porcentaje y he desistido de hablar, también, con mi amigo Jesús sobre el tema. Me refiero al Jesús de aquí, no al de «allá».

6. Al comentarme algunos pasajes del libro *No echar de menos a Dios*, Manolo me llamó la atención sobre la crítica de Horkheimer a los pragmatistas americanos. Le parecían equivocadas. En su *Crítica de la razón instrumental* Horkheimer piensa que en el proceso de claudicación de la razón en razón instrumental, ya no justificada en sí misma sino de acuerdo con un «plan para la acción», el pragmatismo «refleja una sociedad que no tiene tiempo ni de recordar ni de reflexionar». Sería la negación misma del «pensar». Por mi parte, manifestaba tácitamente mi acuerdo con la crítica de Horkheimer, y de la Escuela de Frankfurt en general, al pragmatismo. Hoy debo moderar mi apreciación y reconocer, no solo que hay diferentes enfoques del pragmatismo, sino que, al menos en una versión como la de John Dewey, su crítica al dogmatismo y al escepticismo moral, lo acercan a un cierto «objetivismo mínimo», que ha sido uno de los supuestos metaéticos que comparto y he hecho mío desde las lecturas de Manolo, Ernesto y Nino. Pero hay algo más, en lo que Manolo tiene toda la razón, y que es esa interacción necesaria entre medios y fines, que acerca las posiciones de un Dewey con las de Rudolf von Ihering y su «jurisprudencia de intereses», y que permite entender el Derecho con un sentido práctico, no orientado hacia la contemplación sino a una responsable «transformación social». Cito a Manolo *in extenso* en su *Filosofía del derecho y transformación social*:

Y si nos referimos al Derecho como un gran y complejísimo artefacto social hay que dejar claro que la expresión la usamos en un sentido muy amplio, de manera que en la misma se incluirían no solo objetos, cosas propiamente dichas, sino también acciones, procesos, etc.; no solo el producto, el resultado, sino también la actividad. [...] Con el Derecho en su conjunto, pero también con cada institución o con cada norma, se trata de lograr algún propósito y, por eso, las cuestiones jurídicas son esencialmente prácticas, tiene que ver con medios y con fines o, mejor, con la interrelación entre medios y fines. De manera que yo diría que Ihering habría compartido del todo la posición de un filósofo pragmatista como Dewey, que sostuvo que los fines son siempre relativos a los medios, razón por la cual la noción de 'fin en sí mismo' carecería para este último de sentido.

Bien vistas las cosas, no solo el Derecho, sino la Filosofía tiene para Dewey ese sentido práctico al que se refiere Atienza. Y si alguna tarea urgente le corresponde a la reflexión filosófica, especialmente en tiempos de crisis e incertidumbre, es la unión entre ciencia, ética y filosofía social. Me pregunto si el pensamiento, en general, no debiera ordenarse, en última instancia, a la acción como quiere Dewey. Mientras me formulo esta pregunta, no dejo de pensar que los aires de aquel inmenso territorio americano, donde se haya enclavada la Universidad de Cornell, sirvieron de escenario para un fecundo, y a buena hora, «giro pragmático» en las reflexiones de Manolo.

7. Me he preguntado en muchas ocasiones, a lo largo de los más de treinta años que tengo de conocer a Manolo, cuál o cuáles son las fuentes de su incansable energía y de su lúcida creatividad. He intentado darme alguna respuesta sin mucho éxito, y finalmente opté por ser un testigo incrédulo y un beneficiario afortunado de todos sus emprendimientos, como lo han sido tantos otros, y en diferentes generaciones, en el continente americano. En él se aplica aquella frase de George Steiner: «los seres humanos no tenemos raíces sino piernas». Tenemos un punto de partida, sin duda, pero no sabemos bien a bien cuál es el punto de llegada. Nos movemos, andamos, cruzamos fronteras. Así conocí a Manolo. Un caminante generoso, hospitalario, mimético, reflexivo y profundamente sensible a las injusticias de nuestra vasta región. Cuando escuché por primera vez a Manolo hablar sobre *i-latina* descarté inmediatamente cualquier atisbo de romanticismo o colonialismo eurocéntrico, pero también descarté la pretensión de un proyecto que pusiera en las tuercas y tornillos del Derecho la solución tecnocrática a nuestros problemas. Se trataba de algo más profundo y radical: crear un espacio público de deliberación en el que prevaleciera la complejidad, la pluralidad, los encuentros y desencuentros, y donde por contraste, se crearan las vacunas necesarias contra la simplicidad, el fundamentalismo y cualquier asomo de populismo autoritario. Sería la reflexión de los juristas en proceso de construcción de un Estado de derecho para, desde y en el mundo latino. No para repetir una receta sino para usar los ingredientes multiformes y de todos los colores de nuestras particularidades y poner una mesa variada de platillos, todos apetecibles. ¿Qué Filosofía del derecho para el mundo latino? ¿Cómo compatibilizar el carácter «regional» o «particular» de la Filosofía del Derecho en cuanto a la temática característica del mundo latino y en cuanto al enfoque filosófico con su clara vocación de universalidad? ¿Qué tipo de constitucionalismo y diseño institucional son necesarios para hacer frente a nuestros ancestrales problemas de corrupción y nepotismo, de ineficiencia e impunidad en la procuración e impartición de justicia, de abusivo uso de decretos de necesidad y urgencia sin mediación parlamentaria, de violencia generalizada, de pobreza endémica y de humillante desigualdad económica-social-cultural? Estas y otras muchas preguntas acompañarían los encuentros de *i-latina*: disposición, cooperación, creatividad y una buena dosis de «sentido común» han sido la tónica de esos encuentros en Alicante, Río de Janeiro y ahora en Querétaro.

8. La editorial Trotta, bajo la dirección de Alejandro Sierra, ha sido aliada, cómplice y editora de las investigaciones, disertaciones, ensayos y manuales de los teóricos, filósofos del Derecho, o juristas en general, en España y en el mundo latino. Elegancia y pulcritud son las

primeras cualidades que me saltan inmediatamente cuando veo esa pestaña, con la forma de una insinuada media luna, que encabeza cada una de las portadas de sus ediciones. La mancuerna Atienza-Trotta es ya un lugar común, digamos que un matrimonio bien avenido. Tengo en mis manos *Sobre la dignidad humana* —el último o penúltimo libro publicado en Trotta por Manolo— y como suele sucederme con los libros, ya lo he «manchado» con notas, garabatos, subrayados, exclamaciones, preguntas y hojas dobladas. Me da pena decirlo, pero no soy un buen amigo de los libros, ni siquiera tratándose de los de Trotta, y ni siquiera con uno dedicado al tema de la dignidad. Cierro la última página del libro de Manolo y no puedo dejar de pensar en esa labor cuidadosa y analítica del filósofo que va a la «caza de un concepto», lo estudia y lo rodea, como si asumiera ese perspectivismo orteguiano para ofrecer otra mirada distinta, otro ángulo, sin pretender llegar a un arquetipo ideal al cual debieran subsumirse todos los enfoques: Cézanne pintó el monte Sainte-Victorie más de ochenta veces y todos sus cuadros dicen algo verdadero de ese monte, sin que el conjunto de todos ellos termine por definirlo. La noción de dignidad es «el más básico de los conceptos del Derecho» y, al mismo tiempo, el más escurridizo, calificado por algunos, incluso, de «inútil» y hasta de «estúpido». Mi intento de definirlo apeló a la vía negativa, es decir, lo que «no debemos» hacer a una persona; más que a la vía positiva, que irremediamente me conducía a la noción de autonomía personal, en el sentido positivo de Kant. Manolo no rechaza tal vía negativa —en la mejor interpretación de Javier Muguerza— e incluso le resulta preferible por «razones pragmáticas y circunstanciales» en el sentido de que «para muchos habitantes del planeta, las exigencias de la ética se resumen efectivamente en el objetivo de terminar con la humillación humana», pues resulta más fácil poner a las personas de acuerdo en «lo que no» que en «lo que sí». Sin embargo, piensa Manolo, ello no excluye el intento por una vía positiva si comprendemos que «en el nivel más profundo, la igualdad, la dignidad y la libertad, vienen a ser, como Kant pensó, formas distintas de una misma ley moral [...] la verdad —o la corrección— moral pueden expresarse utilizando cualquiera de esos tres principios, pues cada uno de ellos contiene a los otros.» Esta interpretación de Kant le ha permitido a Manolo afirmar un pluralismo de valores e interpretar a un autor como Isaiah Berlin, no bajo un subjetivismo relativista, como es frecuente hacerlo, sino bajo un objetivismo mínimo. Ya desde su pionero ensayo «Juridificar la bioética», Manolo venía afirmando este pluralismo de principios y la necesidad laboriosa de determinar las reglas de aplicación, a la luz del caso concreto, para decantarse por uno o por otro, en una suerte de lo que me parecía, y aun me parece, una clara aplicación del «equilibrio reflexivo» en términos de John Rawls. Sin duda es una alternativa fecunda, pero entrado en gastos, quisiera proponer y explorar otra vía —nada original, por cierto— para acceder a la dignidad personal, y que tiene que ver con la noción de intimidad, que no de privacidad, como creo que se tiende a confundir aun entre los juristas; y que tiene, además, la virtud, si queremos evitar la falacia naturalista, de no hacer depender la noción normativa de dignidad de la pertenencia fáctica del individuo a la especie *homo sapiens*. Lo íntimo no es interpersonal, no supone una relación intersubjetiva, como sí lo requiere la noción de privacidad. Creo que Manolo estaría de acuerdo con Ernesto Garzón Valdés en que lo íntimo:

[...] es el ámbito de los pensamientos de cada cual, de la formación de decisiones, de las dudas que escapan a una clara formulación, de lo reprimido, de lo aún no expresado y que quizás nunca lo será [...] de las acciones cuya realización no requiere la intervención de terceros y tampoco los afecta: acciones concentradas o de tipo fisiológico en las que la presencia de terceros no solo es innecesaria sino desagradable.

Son las acciones, continúa Garzón, que se ocultan bajo el velo de la discreción y que resultan totalmente opacas a ojos de terceros. Es una zona en la que el individuo tiene un «acceso epistémico privilegiado». Es lo más personal, es la zona de autenticidad, y, quizás, la fuente de la propia autonomía personal y de todos los derechos humanos. Pero si esto es así, la dignidad desplazaría a los otros dos principios y tendríamos que descomponer esa unidad profunda de la ley moral, como querían Kant y Manolo, para colocar a la dignidad en una zona privilegiada, aunque me temo que, tan privilegiada, que se esfuma en ese mundo etéreo de la metafísica. Otra forma elegante de ocultarse o de escurrirse.

9. No hace mucho le comenté a Manolo que, en mis trabajos sobre educación, una aduana obligada era Ortega y Gasset. Su *Misión de la Universidad* y aun sus reflexiones sobre las masas, así como su distinción entre «ideas» y «creencias», me seguían pareciendo de plena actualidad, siempre que pudiéramos hacer una lectura desapasionada y desideologizada de las mismas. ¿Cómo leer a Ortega teniendo en frente la espléndida edición de sus obras completas, con un equipo de investigación de primera línea bajo la dirección de Juan Pablo Fusi? No hay recetas. Hay que adentrarse en ese bosque y perderse en los senderos. Así lo vengo haciendo recurrentemente. Mi grata sorpresa no fue solamente que Manolo compartiera mi punto de vista, sino que él ya había citado a Ortega en al menos un par de veces con ocasión de algunos de sus trabajos dedicados a la «formación del jurista de mediados del siglo XXI», así como de la entrega de un reconocimiento académico e institucional a Ernesto Garzón Valdés. En el primero de esos textos Manolo propone una organización curricular para la enseñanza del Derecho de cara al futuro, pero con plena conciencia de la profunda crisis por la que atraviesa la educación actual, y la española en particular, criticando la instrumentación de un plan Bolonia que ejemplifica, precisamente, todo lo que NO debe ser una Universidad, de acuerdo con Ortega. En el segundo de los textos, Manolo se vale de la diferencia entre el hombre noble y el «hombre medio» u «hombre masa», para caracterizar la personalidad de Ernesto valiéndose de una cita tomada de *La rebelión de las masas*, y que transcribo:

[E]l hombre selecto o excelente está constituido por una íntima necesidad de apelar de sí mismo a una norma más allá de él, superior a él, a cuyo servicio libremente se pone. Recuérdese que al comienzo distinguíamos al hombre excelente del hombre vulgar diciendo que aquél es el que se exige mucho a sí mismo, y éste, el que no se exige nada, sino que se contenta con lo que es y está encantado consigo. Contra lo que suele creerse es la criatura de selección, y no la masa, quien vive en esencial servidumbre. No le sabe su vida si no la hace consistir en servicio a algo trascendente. Por eso no estima la necesidad de servir como una opresión. Cuando ésta, por azar, le falta, siente desasosiego e inventa nuevas normas más difíciles, más exigentes, que le opriman. Esto es la vida como disciplina —la vida noble—. La nobleza se define por la exigencia, por las obligaciones, no por los derechos. *Noblesse oblige*.

No podría haber palabras más apropiadas para referirse a Ernesto, pero si la reiteración tiene alguna virtud, me apropio de ese párrafo para decir con las mismas palabras de Ortega que, en Manolo, *noblesse oblige*.

Y voy a concluir estas viñetas, breves, pero escritas con todo el corazón, con una coda. En esa obra cumbre del Renacimiento francés, tan deliciosamente escéptica, y tan cargada de la sabiduría que solo puede dar la sensatez y el sentido común, Michel de Montaigne dedica unas páginas de sus *Ensayos* a su también célebre amigo Étienne de La Boétie. Echa mano, un tanto atropelladamente, de sus clásicos —Aristóteles, Cicerón, Plutarco, Virgilio...— y deja caer, como de pasada, estas palabras:

En la amistad hay un fervor general y universal, templado y uniforme, constante y tranquilo, sin nada de anheloso ni doloroso. [...] Se goza en la medida que se desea, y no desmaya, sino que se nutre con el uso, porque es cosa espiritual y el alma con el uso se afina.

Y citando a su admirado Horacio recoge una frase cierta y enfáticamente concluyente: «Mientras conserve la razón, no encontraré nada comparable a un buen amigo».

¡Gracias por tu amistad, querido Manolo! Y nos vemos pronto, cualquier día de estos.

ÉTICA Y METAÉTICA

¿HAY DERECHOS ABSOLUTOS? PROPORCIONALIDAD, AUTORIDAD Y DIGNIDAD

JUAN CARLOS BAYÓN

Universidad Autónoma de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

Para la filosofía del derecho de las últimas décadas —por supuesto en España y en el mundo latino, pero no sólo en estos ámbitos— la obra de Manuel Atienza constituye una referencia imprescindible. Con energía y capacidad de trabajo envidiables, su característico buen sentido para identificar y ocuparse de los problemas verdaderamente importantes y su maestría para tratarlos con tanta claridad y elegancia como profundidad le han llevado —muchas veces junto con Juan Ruiz Manero— a articular una poderosa y sugerente concepción del derecho cuyo propósito declarado es dar cuenta adecuadamente de nuestras prácticas jurídicas en el Estado constitucional. Incluso cuando ha sido criticada o discutida, esa forma de ver el derecho, desarrollada con su decisivo estímulo por el grupo de Alicante, ha resultado sin la menor duda sumamente influyente. Para mí, desde luego, la obra de Atienza ha sido determinante: ha contribuido en gran medida a estructurar mis ideas y también, cuando alguna vez haya podido no convencerme del todo, ha sido un acicate para intentar clarificarlas y afinarlas. Huelga decir cuánto he aprendido y sigo aprendiendo de él en uno y otro caso.

Aquí me propongo, precisamente, examinar una tesis sostenida por Atienza que me suscita algunas dudas y que me parece que puede ser una buena vía de aproximación para seguir reflexionando sobre dos ideas que desempeñan un papel esencial en la concepción del derecho del grupo de Alicante. La primera de estas dos ideas¹ es que hay en el derecho dos dimensiones, la autoritativa y la valorativa: esto es, que el derecho prescribe ciertos comportamientos porque con ello trata de proteger y/o promover ciertos bienes o valores. Y esto implicaría que no es posible caracterizar satisfactoriamente el fenómeno jurídico si no se presta la atención debida a ambas dimensiones y no se comprende adecuadamente cómo se relacionan. Lo que sostiene en este sentido la concepción «postpositivista» del derecho de-

¹ Formulada por Atienza en múltiples ocasiones: véase, por ejemplo, Atienza y Ruiz Manero 1996—²2004, cap. IV; Atienza y Ruiz Manero 2000, 20 ss.; Atienza y Ruiz Manero 2009a; Atienza 2017a, 134; Atienza 2023a, 66; o Atienza 2023b, 120.

fendida por Atienza y el grupo de Alicante es que, sin ignorar ninguna de las dos, es a la dimensión valorativa a la que debe reconocerse primacía. Partiendo de una manera de definir los conceptos de «regla» y «principio» que doy por conocida y cuyos perfiles precisos, como es notorio muy discutidos, no pretendo examinar ahora, esto se traduciría en una imagen del derecho como una estructura en dos niveles —el primero de ellos integrado por las reglas y el segundo por los principios—, en la que las exigencias derivadas de los principios del sistema, de los bienes o valores que las reglas pretenden proteger, dejarían abierta la posibilidad de justificar la introducción en estas últimas de excepciones no previstas explícitamente en ellas. Lo que —con terminología más o menos feliz, pero que hoy puede considerarse bastante asentada— es tanto como sostener que en suma todas las reglas son derrotables (o al menos eso es lo que Atienza ha sostenido con rotundidad en alguna ocasión, aunque tengo la impresión de que otras veces ha dejado entreabierto algún resquicio para la duda²).

La segunda idea que me parece esencial en la concepción postpositivista del derecho que defiende Atienza es que, en la dimensión valorativa, la estructura de la deliberación parece no concebirse de ningún otro modo que no sea el del razonamiento ponderativo o, si se quiere, el del análisis de proporcionalidad: «[e]n sentido amplio» —nos dice Atienza— «ponderar significa deliberar» (Atienza 2023b, 117). El derecho pretende proteger una pluralidad de bienes o valores que en circunstancias determinadas pueden entrar en pugna. Y una manera de entender cómo se estructura en tal caso la deliberación práctica es precisamente la que considera que se trata meramente de sopesar los bienes o valores en tensión y de optar por el bien o valor preponderante, lo que es tanto como decir que esa estructura se concibe como estrictamente maximizadora de lo bueno o lo valioso. Creo que vale la pena dejar apuntado ya desde este momento que esta es sólo una manera posible —y en modo alguno, como se dice a veces, trivialmente correcta y supuestamente incontrovertible por neutra³— de entender cuál ha de ser la estructura de la deliberación práctica. Porque esta deja de concebirse como estrictamente maximizadora de lo bueno o lo valioso si se entiende que en la justificación de las acciones también han de tomarse en cuenta restricciones deontológicas, lo que lleva a considerar que puede haber acciones justificadas a pesar de que causen un mal mayor que el que eviten y acciones injustificadas a pesar de que, si se realizaran, de ello resultaría un saldo neto positivo en el conjunto de bienes afectados. Pero, hasta donde se me alcanza, Atienza y el grupo de Alicante parecen concebir la estructura de la deliberación práctica —como Alexy, por cierto— pura-

² En Atienza y Ruiz Manero 2009a, 113, se dice que «[n]osotros suscribimos claramente» la tesis según la cual «todas las reglas pueden ser derrotadas en circunstancias que no resultan enteramente anticipables» (la cursiva es mía). Pero a veces, en algunos textos más recientes —y de los que es autor en solitario—, Atienza se ha mostrado más cauteloso al respecto. Por ejemplo, en Atienza 2017b, 150, apunta que «todas (o casi todas) las reglas de un sistema jurídico [...] tienen carácter derrotable». Y en Atienza 2023b, 103, escribe: «No estoy muy seguro de que se pueda afirmar que *todas* las normas jurídicas [...] son derrotables, pero, desde luego, la mayor parte de ellas sí que lo son» (la cursiva es del original), añadiendo (*ibi*, nota 27) que «[q]uizás pudiera decirse que los ejemplos de inderrotabilidad se refieren a acciones institucionales».

³ Es lo que sostiene, por ejemplo, Fernando Molina, que afirma que el que llama «principio de preponderancia» es «tan neutro y tan aparentemente obvio» que «ni siquiera sé cómo podría racionalmente negarse», una pura «regla metodológica inderrotable de racionalidad» (Molina 2020, 807, 809).

mente en términos de proporcionalidad, esto es, como estrictamente maximizadora de lo bueno o lo valioso⁴.

Pues bien, con el marco conceptual que configuran esas dos ideas nucleares como trasfondo, pretendo fijar aquí mi atención en una tesis apuntada por Atienza en algunos de sus trabajos más recientes: que ningún derecho fundamental es absoluto⁵. Por supuesto, ni en la filosofía moral ni en la teoría del derecho se entiende siempre del mismo modo qué querría decir que los derechos son o no absolutos, lo que explica que se pueda llegar a responder que todos lo son, que sólo lo son algunos o que ninguno lo es porque, para empezar, se le esté dando a esa expresión sentidos diferentes. En el que aquí le está dando Atienza, sería absoluto un derecho que no cupiera someter al análisis de proporcionalidad, que tuviese prevalencia siempre, en cualesquiera circunstancias, sobre cualquier otro derecho que se le contraponga. Y así entendida, la tesis según la cual no hay derechos absolutos parece en efecto la conclusión natural para quien suscriba las dos ideas esenciales antes referidas: que la manera adecuada de entender la relación entre las dimensiones autoritativa y valorativa del derecho implica que todas las reglas son derrotables y que, en la dimensión valorativa, la estructura de la deliberación no es otra que la del razonamiento ponderativo, la del análisis de proporcionalidad. Desde esas premisas, el camino hacia la conclusión de que no hay derechos absolutos parece fácil de reconstruir. Para empezar, un modo de entender los derechos fundamentales que me parece del todo plausible y que Atienza suscribe⁶ es el que hace hincapié en que, frente a una concepción puramente estructural y estática de los mismos, es preferible una concepción dinámica que da prioridad a la dimensión valorativa o justificativa frente a la directiva, lo que es tanto como decir que los derechos no deben ser entendidos meramente como normas, como haces de posiciones normativas, sino también y sobre todo como bienes, valores o razones que sirven de fundamento —unificador y dinámico— a la red de relaciones deónticas dirigida a su protección. Partiendo entonces de la distinción entre y principios y reglas tal y como es trazada por Atienza y el grupo de Alicante,

⁴ Con cierta frecuencia se tiende a denominar «consecuencialismo» al modo de concebir la estructura de la deliberación práctica que no incorpora restricciones deontológicas y la entiende por tanto como estrictamente maximizadora de lo bueno o lo valioso (es lo que, por ejemplo, hace Alexy 2007, 343). Pero en la medida en que ello parece sugerir, por contraposición, que una concepción deontológica no atiende a las consecuencias de las acciones a la hora de determinar cuáles han de considerarse justificadas —lo que desde luego no es el caso y constituye un serio malentendido—, más que de «consecuencialismo» me parece preferible hablar aquí (como propone Finniss 1983, 82-86) de «proporcionalismo».

⁵ Lo que, por cierto, en varias ocasiones ha sostenido de forma muy clara y en alguna otra, sin embargo, más matizadamente. En Atienza 2022, 80 afirma que en el «nivel de los derechos fundamentales [...] se puede decir que ninguno de ellos tiene un carácter absoluto: pueden ser ponderados entre sí con el resultado de que cualquiera de ellos puede resultar derrotado dada cierta correlación de circunstancias», reiterándolo en Atienza 2022, 89: en el nivel, nos dice, «que ocupan los que propiamente pueden considerarse derechos fundamentales [...] tiene sentido la afirmación frecuente de que no hay derechos absolutos [...]: no hay ningún derecho [...] del que pueda decirse que, cuando entra en conflicto con otros, siempre resultará ganador». En cambio, de manera menos tajante, en Atienza 2022, 150 escribe que «no hay *prácticamente* ningún derecho [...] que no pueda resultar derrotado en algún caso concreto por otro o por alguna conjunción de otros derechos» (la cursiva es mía).

⁶ Adelantado tempranamente entre nosotros en Laporta 1987, un trabajo cuya decisiva influencia ha sido siempre reconocida por el grupo de Alicante; y que también el añorado Bruno Celano elaboró y desarrolló con su acostumbrada brillantez (Celano 2001). Como ilustración de su asunción por parte de Atienza, véase Atienza y Ruiz Manero 2011, 50 y 58; Atienza 2019, 42-43 y 50; o Atienza 2022, 47-48 y 74-75.

algunas de las normas que reconocen derechos fundamentales serían formuladas por el constituyente como principios (seguramente la mayor parte) y otras como reglas. En el primer caso, en su dimensión directiva esos principios establecerían deberes *prima facie* (y no deberes definitivos o consideradas todas las circunstancias) porque se entiende que los bienes cuya protección fundamenta o justifica la imposición de dichos deberes no tienen valor absoluto (es decir, preponderante sobre el de cualesquiera otros bienes en conflicto en cualesquiera circunstancias). En el segundo caso, cuando los derechos fundamentales aparezcan formulados como reglas, entender que todas ellas son derrotables es tanto como admitir la posibilidad de excepciones implícitas a las mismas en atención a las exigencias derivadas de los principios del sistema, de los bienes o valores que las reglas pretenden proteger. Y cuáles sean esas exigencias en una situación determinada, dado que ninguno de esos bienes tiene valor absoluto, habría de determinarse a través de la ponderación. En suma, «[l]a resolución de conflictos entre derechos [...] supone inevitablemente acudir a la ponderación» (Atienza 2023b, 88-89) y, en consecuencia, ningún derecho es absoluto.

No obstante, Atienza y Ruiz Manero han sido muy conscientes de que para mantener una conclusión como esa antes hay que resolver de algún modo un serio problema que se plantea en relación con el principio o valor de la dignidad humana⁷, al que Atienza ha dedicado algunos de sus trabajos más recientes y que no ha dudado en calificar como el «concepto que, de alguna manera, puede considerarse la clave de bóveda de todo el edificio postpositivista», «uno de los más básicos del Derecho, por no decir el más básico» (Atienza 2022, 11-12). Porque se suele considerar que el de dignidad es un principio absoluto, imponderable, que el deber de tratar a cualquiera respetando su dignidad no está sujeto a excepciones (es un deber concluyente en cualesquiera circunstancias), que, en suma, las razones provenientes de la dignidad no pueden en ningún caso ceder frente a otras ni verse desplazadas por ellas en ninguna clase de ponderación. Y si se entiende además que la dignidad es el fundamento o lo que constituye la justificación última de todos los derechos fundamentales, la pregunta inesquivable es cómo hacer congruentes estas ideas con las de que todos los conflictos de derechos se resuelven mediante la ponderación y ningún derecho es absoluto. De hecho, en alguna ocasión Atienza y Ruiz Manero han admitido que algún derecho, como por ejemplo el de no ser esclavizado, y precisamente porque «forma parte del contenido esencial de la noción de dignidad humana (en uno de sus sentidos)», debe considerarse «absolutamente absoluto» (Atienza y Ruiz Manero 2011, 58-59). Más allá del aire pleonástico de la expresión, lo que me parece más importante destacar respecto a esta clara admisión de que sí habría algún derecho absoluto —por lo menos ese— es que, hasta donde se me alcanza, decae o desaparece por completo cuando Atienza elabora y desarrolla en profundidad su análisis del concepto de dignidad⁸. En dicho análisis, la idea central se

⁷ Véase Atienza y Ruiz Manero 2009b, 284-286, 288-289 y 293-294; Atienza y Ruiz Manero 2011, 59; Ruiz Manero 2018a, 23 y 36-45; Atienza 2022, en particular 32 y 39.

⁸ Especialmente en Atienza 2022, aunque en una dirección ya prefigurada en la conversación con Ruiz Manero publicada en 2009 (véase Atienza y Ruiz Manero 2009b, 288-289). Y tampoco está presente en el análisis que ha desarrollado independientemente Ruiz Manero —después de la conversación de 2009 y de la admisión por parte de ambos en 2011 de que habría algún derecho «absolutamente absoluto»— a propósito del concepto de dignidad y el problema que éste plantearía a la «teoría estándar de la ponderación», en el que sigue una línea coin-

basa en distinguir dos dimensiones o niveles de la dignidad, a saber, la dignidad como principio o valor superior o último y su plasmación en derechos fundamentales concretos, de suerte que, a diferencia de lo que sucedería en el nivel más profundo, en el que no cabría ponderar, en el «nivel más concreto [...] que ocupan los que propiamente pueden considerarse derechos fundamentales» sí que podría mantenerse que no hay derechos absolutos (Atienza 2022, 89). No estoy seguro de que esta reconstrucción de los términos del problema resulte plenamente convincente. Pero en cualquier caso nos brinda la oportunidad de replantear, como intentaré hacer a continuación, qué clase de encaje podría tener la noción de «derecho absoluto» en una concepción de la estructura de la deliberación práctica en términos estrictamente proporcionalistas y hasta qué punto la idea de que no hay derechos absolutos debería ser matizada o reconsiderada en atención, por una parte, a lo que implica tomar en cuenta adecuadamente la dimensión autoritativa del derecho y, por otra, a la entrada en juego de la idea de dignidad.

2. PROPORCIONALIDAD Y DERECHOS ABSOLUTOS

Conviene aclarar algunas cuestiones preliminares. Con frecuencia se sostiene tanto en la filosofía moral como en la teoría jurídica que en rigor todos los derechos son absolutos. Pero se dice tal cosa en dos sentidos muy diferentes. Uno de ellos, en realidad, no es en modo alguno incompatible con lo que Atienza nos está diciendo cuando afirma que no hay derechos absolutos, porque la pregunta de si los derechos tienen o no «carácter absoluto» se plantea en relación con dos cuestiones claramente diferenciables que admiten sin incongruencia respuestas distintas. El otro, en cambio, sí que se opone abiertamente a un planteamiento como el de Atienza, pero me parece que hay buenas razones para descartarlo.

Con respecto al primero de esos dos sentidos, desde la óptica del liberalismo político se insiste en que es precisamente un rasgo distintivo de los derechos humanos —en tanto que derechos morales— el estar dotados de un carácter absoluto, de una fuerza normativa especial, en el sentido de que son expresión de exigencias normativas tan fundamentales que, en caso de conflicto, desplazan sin excepción a los requerimientos morales no constitutivos de derechos: prevalecen siempre frente a ellos y no cabe ponderación alguna a resultas de la cual pudieran ser estos los que desplazaran o excepcionaran a los derechos⁹. Puede haber alguna duda acerca de cómo entender exactamente esta idea de que los derechos básicos tienen valor absoluto frente a cualquier otra exigencia moral que no revista ese carácter y, en particular, acerca del modo adecuado de trasladarla al ámbito jurídico para predicar el valor absoluto de los derechos fundamentales frente a cualquier otra clase de bienes o intereses constitucionalmente protegidos¹⁰.

cidente en buena medida en cuanto al fondo con la de Atienza, aunque articulada en otros términos y con matices propios (Ruiz Manero 2018a). Francisco Laporta ha manifestado sus dudas —que comparto— acerca de la viabilidad de la reconstrucción conceptual propuesta en esa ocasión por Ruiz Manero (Laporta 2023, 204-206), pero aquí no puedo detenerme en ello.

⁹ Sigo aquí de cerca los términos en los que se presenta la idea en Laporta 1987, 39-41.

¹⁰ Entiendo que, en virtud del postulado rawlsiano fundamental de la separabilidad de las personas, lo que implica esta idea es que los bienes que los derechos básicos tratan de garantizar son de carácter distributivo, de

Pero, sea como fuere, de lo que aquí se está hablando es de los conflictos entre derechos y requerimientos normativos que no tienen ese carácter, no de los conflictos de derechos, esto es, de las situaciones en las que son los derechos los que colisionan entre sí. Por eso, y con independencia de que cada una de estas tesis nos parezca o no acertada, no hay contradicción alguna en afirmar al mismo tiempo que todos los derechos son absolutos, en el sentido de que está excluido que a resultados de un análisis de proporcionalidad puedan ser limitados justificadamente en atención a bienes o intereses no constitutivos de derechos, y que ninguno lo es, en el sentido de que, dadas ciertas circunstancias, todos pueden ser limitados justificadamente por otro(s) derecho(s). Quien niegue el carácter absoluto de los derechos en ambos sentidos, como hace Alexy, entiende que el análisis de proporcionalidad ocupa indiferenciadamente todo el espacio de la deliberación práctica. Quien, como Atienza, asuma que los derechos son absolutos en el primer sentido¹¹, pero que ninguno de ellos lo es en el segundo, entiende que han de ser resueltos a través de un análisis de proporcionalidad tanto los conflictos de derechos, por un lado, como las colisiones entre bienes o intereses no constitutivos de derechos, por otro, pero no los conflictos entre derechos y bienes o intereses que no revistan ese carácter.

Ocurre sin embargo que, ya situados específicamente en el ámbito de los conflictos entre derechos, a veces se afirma que todos los derechos son absolutos, queriéndose decir con ello que a fin de cuentas los conflictos de derechos son aparentes y que la idea misma de limitación justificada de un derecho por otro u otros denota confusión conceptual. Se contraponen aquí dos maneras bien conocidas de entender los conflictos de derechos y cómo se resuelven¹².

adscripción individualizada, lo que supone que tienen «prioridad lexicográfica» respecto a los «bienes agregativos», esto es, que no se dejan desplazar o no pueden ser sacrificados en aras del beneficio resultante de sumar la satisfacción de intereses de valor cualitativamente inferior de personas diferentes, por elevado que, cuantitativamente, pueda llegar a ser el resultado de dicha agregación. Pero con cierta frecuencia se dice que la prevalencia absoluta de los derechos se da frente a los «bienes colectivos». Pienso que tiene razón Alexy cuando dice que, formulada en esos términos, «esta tesis es demasiado basta, tanto desde el punto de vista analítico como normativo» (Alexy 1994, 186), porque no creo que «bienes agregativos» y «bienes colectivos» sean exactamente lo mismo, ni tampoco que todos los que solemos identificar como bienes colectivos sean del mismo tipo. Aquí no es posible desarrollar este punto con el detalle necesario, pero me parece que lo que entre nosotros sostuvo al respecto González Amuchastegui resulta clarificador: que algunos bienes colectivos son estados de cosas instrumentalmente necesarios para la garantía de determinados derechos; que en tal caso su aseguramiento puede limitar justificadamente otros derechos (porque entonces el conflicto entre derechos y bienes colectivos será en realidad un conflicto indirecto o mediato entre derechos: véase también, en este sentido, Alexy 1993, 110, nota 79); y que entre los bienes e intereses colectivos constitucionalmente protegidos sólo de aquellos que cumplan dicha condición cabe admitir que sean ponderados con los derechos fundamentales y puedan, eventualmente, justificar su limitación (González Amuchastegui 2004, 175-182 y 380-381).

¹¹ Atienza y Ruiz Manero 2011, 58: «los derechos fundamentales incorporan razones absolutas, esto es, razones que no pueden ser derrotadas por ningunas otras»; Atienza 2022, 89: «los derechos fundamentales representan las razones más fuertes a las que cabe apelar en el discurso jurídico».

¹² En la filosofía moral suelen rotularse la una como «especificacionista» y la otra como «generalista», «proporcionalista» o incluso —con terminología que me parece francamente desafortunada— «infraccionista». En la teoría jurídica se suele hablar en el primer caso de «teoría de los límites internos de los derechos» o «teoría estricta del supuesto de hecho»; y de «teoría de los límites externos de los derechos» o «teoría amplia del supuesto de hecho» en el segundo. Aquí hablaré simplemente de especificacionismo y proporcionalismo. Una buena presentación panorámica del estado de la cuestión, tanto en la filosofía moral como en la teoría jurídica, puede encontrarse en Maldonado 2021; y, de manera mucho más sintética pero extraordinariamente precisa y esclarecedora, en Moreso

Ambas parten de que todo derecho tiene un alcance o ámbito de protección limitado y de que la determinación de lo comprendido en dicho alcance —de qué es lo amparado o protegido por el derecho— se lleva a cabo mediante la interpretación. Sus caminos se bifurcan, no obstante, cuando nos encontremos ante lo que parezca o alguien pretenda que es una superposición para un caso dado de los ámbitos de protección de dos derechos (o del mismo derecho de diferentes personas), de suerte que la protección definitiva de cada uno de ellos supondría una afectación o limitación del otro. Para un enfoque proporcionalista el conflicto puede ser real y, si lo es, ha de resolverse mediante la ponderación, a través de la cual se determina qué limitaciones de un derecho son justificadas. Se entiende entonces que no toda afectación o limitación de un derecho equivale sin más a su vulneración: vulneración será sólo su limitación injustificada, pero habría limitaciones justificadas de un derecho en ciertas circunstancias. Este marco conceptual, por cierto, puede acomodar la idea de que algunos conflictos de derechos son no sólo reales, sino irresolubles (casos trágicos, dilemáticos)¹³. Lo que no puede aceptar es que en rigor todos los derechos son absolutos, que es justamente lo que acaba sosteniendo el enfoque rival, el que, sobre todo en el ámbito de la filosofía moral, se suele denominar especificacionista. Para el enfoque especificacionista, en las situaciones que en una primera aproximación se nos presentan como conflictos de derechos, no se trata de determinar cuál de ellos limita justificadamente al otro en esas circunstancias, sino de delimitar o acotar de una manera más fina o precisa —concretando sus excepciones— sus ámbitos de protección respectivos, hasta el punto en que se disipe la impresión o pretensión de que se superponen. Desde este punto de vista, no tiene sentido distinguir entre el ámbito de protección de un derecho y las limitaciones justificadas de lo comprendido en él, ni se acepta por tanto que al proceso inicial de determinación del ámbito de protección de un derecho por un razonamiento puramente interpretativo haya de seguirle otro que, mediante un razonamiento ponderativo, concrete sus limitaciones justificadas. En suma, los conflictos de derechos serían aparentes y no tendría sentido hablar de «limitaciones justificadas» de un derecho, lo que es tanto como decir que en sus respectivos ámbitos de protección, una vez que han sido adecuadamente delimitados, todos los derechos serían absolutos¹⁴.

Aunque este es sin duda un problema de fondo que aquí sólo puedo abordar apresuradamente, creo que en relación con los conflictos de derechos hay buenas razones para preferir el enfoque proporcionalista frente al especificacionista. El proporcionalismo puede admitir sin dificultad que algunos pretendidos conflictos de derechos son en realidad aparentes y que, cuando ese es el caso, para llegar a esa conclusión no hace falta ponderación alguna¹⁵. Pero

2022 (condensando trabajos suyos anteriores y aportando además una defensa original del especificacionismo frente a alguna de las objeciones de las que ha sido objeto).

¹³ Algo en lo que, como es notorio, Atienza ha insistido muchas veces: recientemente, por ejemplo, en Atienza 2022, 112.

¹⁴ Es lo que, por ejemplo, sostienen García Amado 2016a o Presno Linera 2016, siguiendo la línea que entre nosotros dejó trazada hace ya muchos años Ignacio de Otto en un trabajo enormemente influyente (De Otto 1988, especialmente 137-150).

¹⁵ Víctor Ferreres —que considera que algunos derechos fundamentales son absolutos, aunque nos advierte de las dificultades que entraña su identificación e insiste en que esta requiere en último término una teoría

tiene frente al especificacionismo, me parece, la doble ventaja de admitir abiertamente el carácter real, no aparente, de muchos conflictos de derechos y de no enmascarar la naturaleza ponderativa del razonamiento que en tal caso hay que llevar a cabo para su resolución. Si no se admite el carácter real de algunos conflictos de derechos no resulta fácil de entender que una conducta por hipótesis justificada pueda generar deberes (secundarios) de compensación¹⁶. Y sobre todo, aunque cabe descartar que cierta pretensión quede amparada, ni siquiera *prima facie*, por un derecho a partir de la mera reflexión acerca del alcance del bien o valor que serviría de justificación o fundamento al conjunto de posiciones normativas correspondientes, en muchas circunstancias parece difícil llegar a la conclusión de que una pretensión está justificada con carácter definitivo («consideradas todas las cosas») si no se contrasta o articula dentro de una teoría normativa global la fuerza o importancia relativa de diferentes bienes o valores, cada uno de los cuales podría justificar o servir de fundamento —*prima facie*— a pretensiones que en determinadas circunstancias resultarían contrapuestas. Que se insista en caracterizar ese tipo de razonamiento como «interpretativo» y se rehúse a toda costa llamarlo «ponderativo» no cambia las cosas, ni desde luego las hace más transparentes.

Tras estas aclaraciones, podemos preguntarnos si la idea de un derecho absoluto tiene entonces alguna cabida en el marco de una concepción proporcionalista de los conflictos de derechos. Si atendemos a lo que nos dicen Alexy y quienes con mayor fidelidad siguen su punto de vista (como, por ejemplo, Klatt y Meister o Borowski)¹⁷, su respuesta es que ningún derecho es absoluto en sentido propio o estricto y que sólo cabe hablar de derechos «absolutos» en un sentido impropio, esto es, de derechos dotados de una «absolutez relativa» (Borowski 2013, 386) que produce la «impresión» (Alexy 1993, 109, 291) o «apariencia» (Klatt y Meister 2012, 31) de absolutez genuina. Si se entiende que en sentido propio sería absoluto un derecho inmune a toda limitación, no susceptible de ser sometido al análisis de proporcionalidad, está claro que la aceptación de la existencia de algún derecho absoluto en sentido estricto niega la premisa misma de la que parte una concepción proporcionalista: que la resolución de los conflictos entre derechos requiere ineludiblemente acudir a la ponderación¹⁸. En

normativa sustantiva— ha señalado con lucidez que todos los derechos, absolutos o no, son limitados en cuanto a su alcance; que la delimitación de lo que queda dentro y lo que queda fuera de su alcance o ámbito de protección se lleva a cabo mediante la interpretación; y que en su caso (y siempre que no se trate de un derecho absoluto), el análisis de proporcionalidad entra en juego sólo después de haber delimitado a través de la interpretación el alcance de los derechos y haber determinado de ese modo el carácter no aparente del conflicto (Ferrerres 2018, 232-233).

¹⁶ Véase no obstante Moreso 2022, que presenta una forma de replicar a esta objeción en cuyo examen no me resulta posible entrar aquí.

¹⁷ En lo que sigue, sintetizo las ideas expuestas en Alexy 1993, 105-109, 290-291 y 344-345; Alexy 2014; Klatt y Meister 2012, 29-42; y Borowski 2013.

¹⁸ Pero naturalmente esto no es un argumento para sostener que ningún derecho es absoluto, sino más bien una petición de principio: no se acepta que haya derechos absolutos en sentido estricto porque se parte de una premisa que descarta esa posibilidad. Alexy o Borowski esgrimen como una razón para negar la existencia de derechos absolutos en sentido estricto que, si los hubiera, cuando dos de ellos (o uno de ellos como derecho de dos o más personas) colisionasen, el conflicto no tendría solución (Alexy 1993, 106; Borowski 2013, 398-399). Pero no me queda claro qué problema habría en aceptar una conclusión como esa, especialmente si se piensa que derechos absolutos en sentido estricto habría sólo unos pocos y que serían infrecuentes las circunstancias en que verdaderamente entrasen en conflicto: ¿por qué no aceptar entonces que en casos así el conflicto efectivamente no tendría

cambio, la calificación de algunos derechos como «relativamente absolutos» —si damos por bueno semejante modo de hablar, pasando por alto su indudable aire de paradoja, por no decir que de puro y simple oxímoron— es perfectamente integrable en una concepción proporcionalista: de hecho, sería el resultado de someterlos al análisis de proporcionalidad, no de sustraerlos a éste. Porque lo que se quiere decir al hablar de la absolutez relativa de un derecho es que, si bien en un plano puramente teórico no se puede afirmar categóricamente que nunca, en ninguna correlación hipotética de circunstancias o mundo posible, podría ser desplazado o superado por otro(s) derecho(s) en conflicto, lo que sí puede predecirse, para las constelaciones de circunstancias que con altísima probabilidad serán aquellas a las que de hecho hayamos de enfrentarnos en la vida real, es que prácticamente siempre será el derecho relativamente absoluto el que resultará ganador en la ponderación. Reconocerle a un derecho absolutez relativa sería entonces hacer una generalización predictiva sobre el resultado de su ponderación con otros derechos concurrentes en las circunstancias que, con diferencia, tienen la mayor probabilidad de producirse.

Para justificar esa generalización predictiva, que es la que produciría la «impresión» o «apariencia» de estar ante derechos absolutos en sentido estricto, hay que recordar —sin que proceda en este momento entrar a discutirlos— los términos en los que, según Alexy, la ley de la ponderación se concreta en la fórmula del peso: como es sabido, en dicha fórmula, y junto con el grado de afectación de los principios en el caso concreto, se contemplan también como variables el peso abstracto de los principios concurrentes y el grado de seguridad epistémica de las premisas empíricas relevantes. Así, aunque ni siquiera los derechos que comúnmente tienden a ser considerados absolutos en sentido propio —como, por acudir a ejemplos prototípicos, el de no ser torturado o el de no ser sometido a esclavitud— serían realmente tales, sí que cabría decir de ellos que gozan de una absolutez relativa derivada de dos factores: su peso abstracto es particularmente elevado, significativamente mayor en circunstancias típicas que el de los posibles derechos concurrentes; y, aun en los casos en los que pueda no ser así, rara vez se podrá decir que se ha alcanzado el alto grado de seguridad epistémica de las premisas empíricas relevantes que se requeriría para justificar su desplazamiento (lo que resultaría crucial a la hora de analizar adecuadamente, por ejemplo, casos arquetípicos como el de la bomba a punto de estallar en relación con la posible justificación de limitaciones al derecho a no ser torturado). Todo esto supone que, para la práctica totalidad de los casos que realmente se nos presentan, en los conflictos en los que se vieran involucrados estos derechos relativamente absolutos el análisis de proporcionalidad arrojaría el mismo resultado al que llegaríamos si considerásemos que se trata de derechos absolutos en sentido estricto y que no procede ponderación alguna. Ello bastaría, se supone, para que nuestras intuiciones en relación con estos derechos no resulten insosteniblemente desafiadas. Pero, en puridad, sería un error considerar que estamos ante algo más que derechos sólo relativamente absolutos, lo que es tanto como decir que no puede cerrarse por

solución, que se trataría de «casos trágicos» o dilemáticos? Si hay alguna razón para no aceptarlo, no se nos está dando. Lo que realmente haría falta para defender sin petición de principio la tesis según la cual no hay derechos absolutos en sentido estricto es una vindicación de la concepción estrictamente proporcionalista frente a sus alternativas.

completo la posibilidad, por remota que pueda ser, de que en alguna correlación de circunstancias resulten desplazados o superados por otros derechos en conflicto.

Y me parece importante subrayar que desde el punto de vista de Alexy la toma en consideración del principio de dignidad humana no exigiría corregir o matizar en modo alguno esta conclusión de que no hay derechos absolutos en sentido estricto, sino a lo sumo derechos relativamente absolutos que dan la impresión o crean la apariencia de absolutez. Aunque ocasionalmente Alexy se ha referido a la dignidad como si se tratase de un derecho fundamental¹⁹, cuando se ha ocupado de la cuestión de manera no puramente tangencial lo ha hecho preguntándose si el de dignidad humana podría o no ser considerado un «principio absoluto» (y añadiendo que si la respuesta fuese afirmativa ello le obligaría a modificar su concepto de principio: Alexy 1993, 106). Una concepción de la dignidad como principio absoluto, nos dice, implicaría que «la garantía de la dignidad cuenta como una norma que goza de prioridad sobre todas las demás normas en todos los casos», esto es, que «la ponderación queda excluida», lo que es tanto como decir que una concepción semejante «es incompatible con el juicio de proporcionalidad» (Alexy 2014, 10). Si tal concepción absoluta de la dignidad fuese correcta y se asume que al menos con algunos de los derechos fundamentales —si es que no con todos— se pretende precisamente garantizar la dignidad, parece que ello obligaría a reconsiderar de algún modo la conclusión de que ningún derecho es absoluto. Pero lo que decididamente sostiene Alexy es que concebir la dignidad como un principio absoluto no es correcto, que lo correcto es asumir, por el contrario, una «concepción relativa» según la cual «la cuestión de si la dignidad humana es vulnerada es una cuestión de proporcionalidad» (Alexy 2014, 10).

Esto puede parecer sorprendente, dado que Alexy ha afirmado también —de un modo que de entrada no resulta ni particularmente claro ni fácil de conciliar con su defensa de la concepción relativa— que «la norma de la dignidad de la persona es tratada, en parte, como regla y, en parte, como principio» y que el carácter de regla de una disposición como el art. 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn se muestra en que «en los casos en los que esta norma es relevante no se pregunta si precede o no a otras normas sino tan sólo si es violada o no» (Alexy 1993, 106 y 107). Pero en el sentido que les da Alexy, entre todas estas afirmaciones no habría en realidad incoherencia alguna²⁰. A su modo de ver, la dignidad como principio no tiene carácter absoluto: puede ser ponderada con otros principios y bajo ciertas circunstancias ser limitada justificadamente por ellos²¹. Esto querría decir que sólo a través del análisis de proporcionalidad podremos determinar si en unas circunstancias dadas la dignidad resulta limitada justificadamente o, por el contrario, vulnerada (esto es, limitada injustificadamente). Por supuesto podemos decir acto seguido que la prohibición de vulnerar o violar la dignidad es absoluta, que constituye un man-

¹⁹ Contestando a la entrevista que le hizo Atienza para *Doxa*, por ejemplo, Alexy afirma que la dignidad tiene «una estructura distinta a la de los otros derechos fundamentales», a los que se refiere como «los derechos fundamentales normales» (véase Atienza 2001, 678).

²⁰ A pesar de que en algunas ocasiones —como en aquella entrevista de *Doxa*— se haya expresado de una manera que propiciaba malentendidos. Me parece, por otra parte, que la articulación de sus ideas sobre este punto se ha ido haciendo progresivamente más clara, sobre todo desde que en el modo de formularlas se hizo cargo de observaciones como las de Teifke 2010, 96 ss. (véase Alexy 2014, 22).

²¹ Alexy 1993, 108; Alexy 2014, 21.

dato definitivo, pero es que lo mismo puede decirse, por definición, en relación con cualquier principio: que hay una prohibición absoluta de limitarlo injustificadamente (esto es, de vulnerarlo). Por eso la norma de la dignidad «en su carácter de regla» sería en realidad redundante o «vacía», en el sentido de que el «contenido en el nivel de la regla depende completamente del contenido en el nivel del principio» (Alexy 2014, 22)²². En suma, no habría «principios absolutos»: ninguno lo es y tampoco el de la dignidad humana, aunque algunos, la dignidad entre ellos (Alexy 1993, 109), puedan calificarse como «relativamente absolutos» —esto es, puedan producir la «impresión» de absolutez— en los términos que ya conocemos.

Este parece ser el punto final de una reflexión sobre la existencia de derechos absolutos desde la óptica de una concepción estrictamente proporcionalista, que yo diría que, con alguna diferencia de matiz o en el modo de presentación, es no sólo la de Alexy, sino también la de Atienza²³. Pero entender los conflictos de derechos en los términos en los que lo hace una concepción estrictamente proporcionalista, no dando cabida alguna a la noción de derechos absolutos, representa a mi juicio una visión parcial o insuficiente que, como ya he anticipado, tendría que ser matizada y completada en dos sentidos: en primer lugar, reconsiderando cómo incide la dimensión autoritativa del derecho en el razonamiento jurídico; y en segundo lugar, sugiriendo que no se trata de buscar una manera de integrar el valor de la dignidad en una concepción estrictamente proporcionalista, de reconducirlo al seno de esta, por así decirlo —lo que tengo la impresión de que, hágase como se haga, ya sea al modo de Alexy, al de Atienza o de cualquier otra manera, ha de acabar resultando insatisfactorio—, sino más bien de entender que la idea de dignidad fundamenta restricciones deontológicas que constituyen límites a la maximización de lo bueno o lo valioso (que es todo lo que una concepción estrictamente proporcionalista contempla en su estructura). Intentaré desarrollar estas sugerencias en los dos apartados finales de este trabajo.

3. AUTORIDAD Y DERECHOS ABSOLUTOS

Entre quienes sostienen que algunos derechos son absolutos se suele considerar que el ejemplo más claro e indisputable de un derecho de esa clase sería el derecho a no ser torturado.

²² La misma idea se encontraba ya en Alexy 1993, 108: es «[l]a relación de preferencia del principio de la dignidad [...] con respecto a principios opuestos [la que] decide sobre el contenido de la regla de la dignidad». E incluso, aunque es verdad que de un modo mucho menos claro, en la entrevista de *Doxa*: «[t]ras la estructura de reglas de la dignidad humana se encuentran desde luego estructuras de ponderación» (Atienza 2001, 678). Esto implica que a juicio de Alexy vale en realidad para la dignidad «en su carácter de regla» lo que dice Ruiz Manero de las normas que prohíben el abuso de derecho, el fraude de ley o la desviación de poder: a saber, «que califican concluyentemente una cierta acción, pero que requieren, para esa calificación concluyente, de una ponderación previa» (Ruiz Manero 2018a, 37). Ruiz Manero apunta que dar cuenta de normas como estas últimas no requiere más que un ajuste muy leve en la «teoría estándar de la ponderación», pero no contempla la posibilidad de que por esta vía quepa también integrar en dicha teoría estándar el principio de respeto a la dignidad, sino que considera, a diferencia de Alexy, que ello requiere un ajuste distinto, de mayor envergadura y más complejo.

²³ Como dice el propio Atienza, «[a] veces hay muchas maneras distintas de decir lo mismo o casi lo mismo» (Atienza 2023b, 116).

No obstante, el carácter absoluto del derecho a no ser torturado (o, si se quiere, de la prohibición de torturar) puede ser fundamentado de distintos modos, no todos, a decir verdad, igualmente convincentes. Tal vez uno de los más prometedores —y en el que, para mis propósitos, me interesa en cualquier caso fijar aquí mi atención— es el que ha propuesto Jeff McMahan²⁴. McMahan sostiene que desde el punto de vista moral la tortura puede estar justificada en algunas circunstancias excepcionales²⁵, pero que, a pesar de ello, el derecho debe establecer su prohibición absoluta en cualesquiera circunstancias, sin excepción alguna. A su juicio, esa conclusión —que se debe prohibir jurídicamente todo acto de tortura, incluidos los supuestos excepcionales que moralmente estarían justificados— estaría avalada por razones de moralidad política, relativas al modo óptimo de diseñar nuestras instituciones teniendo en cuenta cuál cabe esperar que sea su funcionamiento en condiciones reales. Porque, según McMahan, en condiciones reales la deliberación acerca de si concurren o no los requisitos que de manera excepcional permitirían considerar moralmente justificado un supuesto de tortura se halla sumamente expuesta al error, resultando además distorsionada por sesgos que con frecuencia inducirán a concluir que sí que concurren en circunstancias en las que realmente no es así. A lo que se añade que esa inseguridad y alto grado de falibilidad en la deliberación muy probablemente será explotada por agentes interesados en alegar o incluso simular la concurrencia de aquellos requisitos para llevar a cabo actos de tortura que en realidad son moralmente injustificables. Por eso, la conclusión de McMahan es que, a la larga, la admisión por parte del derecho de excepciones a la prohibición de torturar —precisamente en aquellos casos en los que estaría moralmente justificado hacerlo— daría como resultado un número mayor de decisiones moralmente injustificadas que el que traería consigo su prohibición jurídica absoluta (que asumiría el coste de prohibir los extraordinariamente infrecuentes casos en los que la tortura podría estar moralmente justificada como forma de conjurar el riesgo, mucho más probable, de acabar justificando un elevado número de casos moralmente injustificables)²⁶.

²⁴ En una línea que ya fue anticipada por Machan 1990 o Miller 2005. Pero a mi juicio ha sido McMahan quien la ha desarrollado de manera más completa y la ha formulado con mayor claridad (especialmente en McMahan 2008).

²⁵ Quienes lo niegan suelen insistir en que en cualquier situación concebible de conflicto de bienes, sin excepción, la tortura será realmente el mal mayor, pero según McMahan no hay ninguna base racional para sostener tal cosa (McMahan 2008, 111-114). De todos modos, su afirmación de que puede haber supuestos de tortura moralmente justificables no deriva sólo de un análisis de proporcionalidad que justifica la evitación del mal mayor, sino que toma en cuenta además restricciones deontológicas a la maximización de lo bueno, lo que le lleva a destacar como caso central de tortura moralmente justificable la que se lleva a cabo en legítima defensa de tercero(s) (McMahan 2008, 115-118).

²⁶ Véase McMahan 2008, 124-126. Mattias Kumm ha defendido la misma idea: aunque habría supuestos específicos en los que estaría moralmente justificada la tortura, nos dice, puede haber también «buenas razones institucionales para insistir en [su] prohibición absoluta supraincluyente» (Kumm 2007, 159). Entre nosotros, tanto Juan Antonio García Amado como Fernando Molina se han pronunciado en favor de la prohibición jurídica absoluta de la tortura, pero los planteamientos de ambos se distancian en algún punto significativo del de McMahan. García Amado admite que en algunos supuestos excepcionales la tortura puede estar moralmente justificada: pero, aunque se declara «ferviente partidario de que la prohibición *jurídica* de la tortura siga siendo total y plena» e insiste en que incluso en los casos de tortura moralmente justificable «nuestros sistemas jurídicos no aliviarían la prohibición de torturar ni el calificativo de antijurídicas para las torturas», añade acto seguido —y de un modo que parece difícil de compaginar con las afirmaciones precedentes— que en estos sistemas jurídicos

Pero lo que me interesa discutir ahora no es si un argumento como este de McMahan es o no convincente en todos sus extremos, sino una cuestión diferente: no meramente si, como sostiene McMahan, el derecho debería establecer una prohibición absoluta de torturar (esto es, reconocer un derecho absoluto a no ser torturado), sino si en algún caso cabría afirmar —y afirmarlo específicamente por razones de autoridad— que eso es exactamente lo que se ha hecho en un ordenamiento jurídico dado. ¿No puede acaso la autoridad normativa de más alto rango en un ordenamiento considerar correcto un argumento como el de McMahan —lo sea realmente o no— y, haciéndolo suyo, dictar una norma que prohíba la tortura y que hayamos de considerar inderrotable porque eso es precisamente lo que la autoridad ha pretendido? Si entendemos que razones del tipo de las contempladas en el argumento de McMahan bien podrían generalizarse y ser aplicadas a casos estructuralmente similares, aunque no sean específicamente el de la tortura, la pregunta puede reformularse en un nivel superior de abstracción: ¿no puede acaso el constituyente, si considera precisamente que le asisten ese tipo de razones, reconocer ciertos derechos —ya sea el de no ser torturado u otros— como auténticamente absolutos? En suma, ¿no puede, ni siquiera el constituyente, dictar reglas que hayamos de considerar inderrotables?

La respuesta de Atienza a estas preguntas parece ser negativa. Refiriéndose en concreto al caso de la tortura, ha sostenido —con Ruiz Manero— que «está justificado que exista una regla pública que prohíba de manera absoluta la tortura», pero añadiendo de inmediato que «esta tesis resulta compatible con la de entender que puede haber [...] casos de tortura que quedarían cubiertos por alguna causa de justificación: por el estado de necesidad o por la legítima defensa» (Atienza y Ruiz Manero, 2011, 55). Lo que, si no me equivoco, es tanto como decir que esa regla prohibitiva sería «absoluta» sólo en el sentido de que sería conveniente formularla sin contemplar explícitamente ninguna excepción, pero no en el sentido de que fuese auténticamente inderrotable, esto es, de que no estuviese sujeta a excepción implícita alguna, en ninguna circunstancia²⁷.

Pero tengo mis dudas de que una reconsideración apropiada del modo en el que ha de tomarse en cuenta en el razonamiento jurídico la dimensión autoritativa del derecho respalde realmente la conclusión de que en ordenamientos como los nuestros no hay ni puede haber

nuestros «seguramente [...] hallaríamos eximentes» para esos casos «como la legítima defensa o el estado de necesidad» (García Amado 2016b, 34 y 35; la cursiva es del original), lo que supone que podrían quedar amparados por una causa de justificación, por consiguiente no ser antijurídicos y, en definitiva, que la prohibición jurídica de la tortura por la que se aboga no sea realmente absoluta. Fernando Molina, por su parte, defiende sin fisuras la prohibición jurídica absoluta de la tortura, pero lo que no cree es que haya en realidad supuestos en los que podría estar moralmente justificada: a su juicio, si en algún caso parece o se sostiene lo contrario ello se debe a una valoración insuficiente o incompleta de todo lo que debería ser tomado en cuenta (en especial, de las consecuencias a largo plazo de nuestras acciones), de manera que para lo que necesitaríamos una regla jurídica que prohíba de manera absoluta la tortura sería en realidad para solventar desacuerdos que pueden resultar de ponderaciones inapropiadas de los bienes en conflicto (véase Molina 2010 y 2020).

²⁷ Idea que Atienza ha reafirmado en algunos trabajos más recientes: «Un ejemplo que a veces suele ponerse de derecho inderrotable, absoluto, es el de no ser torturado. Pero incluso en este caso no parece tan claro que no pudiera presentarse alguna excepción» (Atienza 2022, 89-90, nota 9); «Como ejemplo de norma inderrotable suele ponerse la prohibición de la tortura, pero ni siquiera este resulta un ejemplo indubitable» (Atienza 2023b, 103, nota 27).

reglas inderrotables. Creo que vale la pena reconstruir en una serie de pasos cómo se llega a esa conclusión en una concepción del derecho como la de Atienza²⁸. En primer lugar se subraya que detrás de cada regla hay una ponderación, de manera que junto a las reglas también integran el derecho (como principios implícitos o formulados explícitamente) los propósitos y valores a los que las reglas sirven. Se destaca a continuación el valor y la importancia de contar con reglas predispuestas o preestablecidas por la autoridad normativa para que los órganos aplicadores basen en ellas sus decisiones, no sólo en aras de la certeza y la previsibilidad, sino también —y esto me parece crucial— por razones relativas a la distribución del poder. Pero se recalca no obstante la insuficiencia radical de un modelo estrictamente formalista de aplicación del derecho que no contemple otra cosa que la subsunción de los casos individuales a resolver en las reglas preestablecidas por la autoridad normativa, sosteniendo que, dado que es inevitable que cualquiera de esas reglas incurra en suprainclusión e infrainclusión, su aplicación formalista produciría en algunos casos «anomalías valorativas», en el sentido de que nos conduciría a la adopción de decisiones incongruentes con los valores y propósitos subyacentes a la propia regla y/o con el resto de principios del sistema. Se concluye entonces que para evitar esas anomalías valorativas —que supondrían no ser realmente fiel al derecho, por más que se estuviera siendo fiel a la literalidad de alguna de sus disposiciones— hay que dejar abierta la posibilidad de introducir en las reglas excepciones no previstas explícitamente en ellas en atención a las exigencias derivadas de los principios del sistema, de los bienes o valores que las reglas pretenden proteger, lo que es tanto como decir que las reglas son derrotables. Y finalmente se insiste en que sostener que las reglas son derrotables no equivale en modo alguno a reconocer que en realidad resulten irrelevantes o superfluas²⁹, lo que ciertamente no se compadecería con haber destacado desde un principio el valor y la importancia de contar con reglas. Las reglas marcan realmente una diferencia en el razonamiento jurídico y por lo tanto no son irrelevantes, se nos dice, porque en presencia de una regla el proceso argumentativo requerido para la aplicación del derecho ha de tomar en cuenta no sólo los principios sustantivos del sistema que resulten relevantes en relación con el caso, sino también los principios institucionales vinculados a los valores inherentes a seguir las reglas. Y esto supone que el razonamiento jurídico adoptaría una forma más compleja que la requerida en ausencia de una regla, puesto que habría que desarrollar una doble ponderación o, si se quiere, una ponderación en dos niveles, de manera que «las reglas son derrotadas en aquellos casos, pero solo en aquellos casos, en los que el balance entre los principios que sustentan el apartarse de la regla tiene un peso mayor que el de los principios institucionales vinculados al seguimiento de reglas» (Atienza y Ruiz Manero 2009a, 113). En suma, parece que la toma en consideración de la dimensión autoritativa del derecho no puede llevarnos en ningún caso a revisar la conclusión de que todas las reglas son derrotables: sólo nos haría entender la verdadera complejidad

²⁸ Resumo a continuación ideas que ha formulado muchas veces, sirviéndome en especial de Atienza y Ruiz Manero 2009a y Atienza 2023b.

²⁹ Como se sabe, Bruno Celano criticó en este sentido el planteamiento de Atienza y Ruiz Manero, aduciendo que en su concepción del derecho lo único determinante para la calificación jurídica definitiva de un comportamiento como lícito o ilícito era la conformidad o no con lo que resultase del balance de principios aplicables al caso, con lo que, a fin de cuentas, las reglas eran irrelevantes (Celano 2006).

del proceso argumentativo requerido para determinar cuándo es procedente que las reglas resulten derrotadas.

Pero nótese que en el planteamiento de Atienza quienes están llamados a desarrollar ese proceso argumentativo complejo, esa doble ponderación o ponderación en dos niveles, son los órganos aplicadores del derecho. No parece contemplarse la posibilidad de que haya sido la propia autoridad normativa quien lo haya llevado a cabo al dictar una regla. Dice Atienza que se trata de «evitar que [la] aplicación de normas preexistentes produzca efectos contraproducentes, o sea, contrarios a los fines y valores que inspiraron la legislación, a las razones subyacentes a las normas» (Atienza 2023b, 105). Pero si cabe decir que «los fines y valores que inspiraron la legislación» fueron precisamente la consideración por parte de la autoridad normativa de que, para cierta clase de casos y por razones de tipo institucional, a la larga las decisiones de los órganos aplicadores se aproximarían más a lo que realmente justificarían las razones sustantivas subyacentes si aplicasen la regla en sus propios términos que si intentaran determinar por sí mismos caso por caso qué sería acorde con dichas razones sustantivas, ¿no habría que concluir que el «efecto contraproducente», lo incongruente con los valores y propósitos subyacentes a la regla, la falta en definitiva de genuina fidelidad al derecho, estaría precisamente en entender que a pesar de todo ello la regla es derrotable?

No creo que puedan soslayar esa conclusión quienes —como han hecho siempre Atienza y el grupo de Alicante— precisamente insisten en la importancia de tomar en serio la existencia de límites autoritativos en el razonamiento jurídico. Esos límites autoritativos suponen en primer lugar que los valores o principios que los órganos aplicadores pueden invocar son únicamente los que el derecho explícita o implícitamente reconozca como tales, esto es, «no pueden ser otros que los del sistema jurídico de referencia» (Atienza 2023b, 121). Suponen también que la identificación de los principios implícitos que constituyen las razones subyacentes a las reglas, «remite a razones de coherencia con los materiales normativos —reglas y principios— expresos»³⁰ y que esas razones de coherencia determinan igualmente cómo cabe construir el balance entre principios aplicables al caso. Pero eso no es todo. Partiendo de la base de que a toda regla subyace una ponderación, esos límites autoritativos se traducirían también en que los órganos aplicadores han de ponderar lo que la autoridad normativa no haya ponderado, lo que no haya previsto o considerado al sopesar los bienes jurídicos en juego y sin embargo resulta relevante a tenor de los principios del sistema, pero no les está permitido ponderar de nuevo lo que la autoridad ha ponderado ya, apartarse de la regla oponiendo a la ponderación hecha por la autoridad la suya propia³¹. Si la ponderación hecha por el constituyente al dictar una regla ha sido precisamente de aquel tipo complejo o en dos niveles que le ha llevado a considerar que

³⁰ Ruiz Manero 2018b, 100, que añade a continuación: «[e]l principio implícito presunto será tal si su presencia aporta coherencia a los materiales expresos y/o si su negación se la resta».

³¹ En palabras de Atienza, «el juez puede ir *más allá* del Derecho, en cuanto contribuye a desarrollarlo (naturalmente, no de cualquier manera, sino según criterios de coherencia), pero no puede ir *contra* el Derecho» (Atienza 2023a, 67; las cursivas son del original). En un sentido similar —refiriéndose específicamente a las relaciones entre legislador y juez ordinario y dejando al margen posibles problemas de constitucionalidad de la ley—, Josep Aguiló ha insistido recientemente en que el juez puede llevar a cabo una ponderación *praeter legem*, pero le está prohibida la ponderación *contra legem* (Aguiló 2023, especialmente 32-35). Esto mismo, por cierto, es lo que

hay razones institucionales que justifican aplicar en todo caso la regla en sus propios términos, aun siendo consciente de que resulta supraincluyente en relación con las razones sustantivas relevantes, el órgano aplicador que la considerase derrotable iría contra la ponderación subyacente a la regla, estaría oponiendo su propia ponderación compleja o en dos niveles a la llevada a cabo por la autoridad normativa. Creo que la renuencia a ver las cosas de este modo proviene en realidad de poner en duda que podamos discernir cuándo cabe decir que ha sido de esa clase la ponderación llevada a cabo por la autoridad normativa y cuándo no. Para determinarlo, ciertamente no basta —aunque desde luego es relevante— la literalidad de la formulación de la regla, ni se trata de ir en busca de una «intención de la autoridad» concebida en términos ingenuos como estados mentales de alguien. De lo que se trata, de nuevo, es de apelar a esas razones de coherencia que constituyen el criterio para la identificación de las razones subyacentes a las reglas. La dificultad no es cualitativamente distinta ni tiene por qué ser mayor que la que entraña identificar qué es lo que la autoridad normativa ha ponderado y lo que no: y por lo tanto no debería parecer insuperable para quienes, como Atienza, admiten que cabe hablar con sentido de ponderación «contra la regla» y ponderación «más allá de la regla» y distinguir entre una y otra.

4. DIGNIDAD Y DERECHOS ABSOLUTOS

Para Atienza la resolución de los conflictos de derechos se lleva a cabo enteramente a través de la ponderación, esto es, la estructura del razonamiento por medio del cual se resuelven no es otra que la del análisis de proporcionalidad. Y la toma en consideración del principio de dignidad no nos obligaría a revisar o matizar de algún modo esa idea básica. En su dimensión más profunda o en su sentido más abstracto, nos dice Atienza³², los valores de la dignidad, la igualdad y la libertad como autonomía constituirían el fundamento último de todos los derechos. Pero en ese sentido profundo no se trataría en realidad de tres valores distintos, que puedan entrar en conflicto y entre los cuales, por lo tanto, pudiera tener sentido hablar de ponderación, sino que, como las tres formulaciones del imperativo categórico kantiano, serían expresión de una misma ley moral y cada uno de ellos contendría en sí a los otros dos. Así que en esta dimensión más profunda se puede afirmar que el deber de tratar a cualquiera de acuerdo con su dignidad humana no está sujeto a excepciones, pero lo mismo cabría decir del deber de tratar a todos como iguales o como seres autónomos. En un nivel menos profundo o más específico, sin embargo, cada uno de esos tres principios o valores se plasmaría, concretaría o estaría especialmente conectado con algunos derechos fundamentales en particular, no con todos ellos, y entre los derechos en los que se concretan cada uno de esos tres principios sí se pueden producir conflictos. Pero todos los conflictos entre derechos se resolverían mediante la ponderación, también aquellos en los que esté involucrado alguno de los derechos que derivan de manera más

sostienen los penalistas cuando aluden al efecto oclusivo parcial de las causas de justificación específicas (véase, por todos, Tomás-Valiente Lanuza 2009, especialmente 91-94).

³² Resumen a continuación ideas expuestas en Atienza 2022, 32-36, 39, 65, 79-80, 89, 127, 159-160.

directa o están más inmediatamente conectados con la dignidad, sin que quepa por tanto decir de ellos que no están sujetos a excepciones o que cuando entren en conflicto con otros estén llamados a prevalecer siempre. En resumidas cuentas, el único sentido en el que se podría afirmar que el deber de tratar a cualquiera de acuerdo con su dignidad humana no está sujeto a excepciones, que es el que corresponde a la dimensión más profunda, no implicaría que la estructura del razonamiento por medio del cual se resuelven los conflictos de derechos sea otra que la del mero análisis de proporcionalidad.

Me parece, sin embargo, que esa conclusión es cuestionable. Entendida específicamente en el sentido de la segunda formulación del imperativo categórico kantiano, esto es, como prohibición de instrumentalización, de tratar a cualquiera como un mero medio, creo que la idea de dignidad nos muestra precisamente el carácter insuficiente o incompleto del análisis de proporcionalidad como forma de determinar los límites de los derechos. Porque instrumentalizar a alguien, tratarle meramente como un medio, no supone sin más un desvalor, un mal que pueda ser ponderado con otros males y eventualmente justificado si evita un mal mayor, sino que es algo categóricamente prohibido, puesto que la prohibición de instrumentalización constituye precisamente un criterio específico de distribución del mal en situaciones de conflicto en las que sólo es posible salvar los derechos de unos mediante el sacrificio (no consentido) de los derechos de otros. Ese es el sentido último de la idea de límites o restricciones deontológicas a la maximización de lo bueno o lo valioso. Cuando no se instrumentaliza a alguien para fines ajenos no entran en juego restricciones deontológicas y las situaciones de conflicto se resuelven meramente en términos de proporcionalidad, de maximización de lo valioso: está justificado el sacrificio de un bien si con ello se protege un bien mayor. Pero la prohibición de instrumentalizar a alguien para fines ajenos supone que no siempre está justificado resolver el conflicto de esa manera, es decir, a costa precisamente del titular o titulares de los derechos cuya lesión representaría comparativamente el mal menor³³. En supuestos de legítima defensa (propia o de terceros) el agresor ilegítimo, que con su conducta precedente pretende convertir arbitrariamente a otro u otros en un mero instrumento de sus fines, ha de soportar ser utilizado como un medio para neutralizar el peligro de cuya creación es responsable, incluso si la acción defensiva necesaria para neutralizar ese peligro causa al agresor un mal mayor que el que pretendía causar y gracias a la acción defensiva se evita. A la inversa, acciones de cuya realización resultaría un saldo neto positivo en el conjunto de los bienes en conflicto (es decir, que producen un mal menor que el que evitan) han de considerarse injustificadas si cabe decir que aquel al que se irroga el mal comparativamente menor (y no es quien ha creado responsablemente la situación de conflicto de bienes) ha sido tratado como un mero medio, instrumentalizado para fines

³³ Doy por sentado que, en términos de proporcionalidad, cuando entran en conflicto derechos de una pluralidad de personas los conceptos de mal mayor y menor son aditivos: el mal que se produce resulta de sumar el producido a cada una de las personas cuyo derecho se sacrifica; y el mal que se evita, de sumar el evitado a cada uno de los sujetos cuyos derechos se han protegido a costa del sacrificio de los primeros. Como es sabido, Taurek 1977 puso en duda que tuviese sentido esa adición de males, suscitando un buen número de réplicas entre las que cabe destacar las de Parfit 1978 y Sanders 1988. Cuestión distinta es que «los números no cuenten» cuando entran en juego restricciones deontológicas, precisamente porque en ese caso no es el análisis de proporcionalidad el que determina qué acciones están justificadas y cuáles no.

ajenos. El análisis de proporcionalidad es ciego a la cuestión de cómo se plantean las relaciones entre medios y fines desde el punto de vista del agente (Kumm 2007, 162) y, por ello, no permite entender que pueden estar prohibidas acciones que maximizan lo bueno o lo valioso y permitidas otras que producen un mal mayor que el que evitan.

Por supuesto lo más complicado es identificar con detalle, más allá de una apelación genérica y poco precisa a la prohibición de instrumentalización, en qué situaciones exactamente entrarían en juego restricciones deontológicas y en cuáles otras, no pudiendo decirse que concurran, la resolución de los conflictos de derechos habría de llevarse a cabo meramente en términos de proporcionalidad. Criticando a Alexy precisamente por no dar cabida en su análisis a la idea de restricciones deontológicas, Mattias Kumm propuso hace algunos años —sirviéndose de una distinción trazada con anterioridad por Alec Walen— lo que me parece que podría ser, al menos, un buen punto de partida a tener en cuenta para precisar cuándo cabría decir que alguien ha sido tratado como un mero medio y cuándo no³⁴. Cuando el daño que alguien o algunos sufren —nos dice Kumm— es un efecto colateral contingente de la actuación con la que el agente evita otros males o daños para otro u otros sujetos, de manera que la acción salvadora no requiere conceptualmente la producción del daño de quienes van a ser dañados (esto es, la acción sería igualmente salvadora —y sin duda permitida, si es que no obligatoria— si nadie fuese a resultar dañado), entonces quien vaya a resultar dañado sólo puede invocar el daño que sufriría como eventual «neutralizador» [*disabler*] del peso de las razones que justificarían irrogárselo (la evitación de otros males o daños para otro u otros sujetos): y si realmente se produce o no esa neutralización (y, en definitiva, cómo debe resolverse el conflicto) se determinaría estrictamente en términos de proporcionalidad. Por el contrario, cuando la acción salvadora requiere conceptualmente la producción del daño (porque de otro modo no sería salvadora), entonces quien vaya a resultar dañado y no haya consentido en serlo puede alegar que se le está convirtiendo en posibilitador [*enabler*] de la evitación del daño de otros, que se le está usando como un mero medio para ese fin, lo que haría que la acción salvadora resultase categóricamente prohibida con independencia de que, en términos de proporcionalidad, pudiera decirse que el mal que produciría es menor que el que evitaría. Pero no pretendo sugerir, ni mucho menos, que con esta distinción quede suficientemente aclarado en qué consiste exactamente instrumentalizar a alguien, tratarle como un mero medio: es bien sabido que en la filosofía moral contemporánea hay una extensa (e intensa) discusión acerca del fundamento de las restricciones deontológicas que aquí no es posible de ninguna manera abordar³⁵. Sí que creo, no obstante, que distinciones como esta —

³⁴ Véase Kumm 2007, 154, donde deja constancia de estar siguiendo el planteamiento de Walen 1995. Con posterioridad, Kai Möller ha acogido también este criterio de distinción de Walen y Kumm (cf. Möller 2012, 145-146).

³⁵ Baste con señalar que los propios Kumm y Walen, en un trabajo posterior del que son coautores (Kumm y Walen 2014), admiten que apoyarse únicamente en la distinción entre la clase de razones que pueden invocar respectivamente el *disabler* y el *enabler* resulta insuficiente o demasiado simple: porque no habría en realidad un único rasgo que tengan en común todas las situaciones que consideramos moralmente objetables por tratar a alguien como un mero medio; e incluso porque el fundamento de las restricciones deontológicas podría ser más complejo y no sustanciarse sólo en la prohibición de instrumentalización. Desarrollando esta línea me parecen especialmente sugerentes Walen 2014 y Guerrero 2016.

unidas a la idea esencial de que en supuestos de legítima defensa no se trata injustificadamente como un mero medio al agresor ilegítimo— resultan esclarecedoras a la hora de determinar qué estaría justificado y qué no en algunos supuestos discutidos en los últimos tiempos hasta la extenuación y en los que apelaciones confusas y muy poco articuladas a la idea de dignidad pueden llevar y han llevado frecuentemente a considerar, apresurada y equivocadamente, que entran en juego restricciones deontológicas allí donde el conflicto ha de resolverse puramente en términos de proporcionalidad (o a la inversa)³⁶. No se trata por tanto de que, en supuestos como esos, por respeto a la dignidad humana se tenga un derecho absoluto, pongamos por caso, a la vida, o la integridad física, o a no ser torturado: si no entran en juego restricciones deontológicas, cualquiera de esos derechos puede ser justificadamente limitado. A lo que se tiene un derecho absoluto por razones de dignidad es a no ser instrumentalizado, a no ser tratado como un mero medio³⁷ (aunque ello permita decir, eso sí, que tenemos un derecho absoluto a no ser privados de la vida o de la integridad física o a no ser torturados cuando se dé la circunstancia de que alguno de esos males se nos causa usándonos como meros medios al servicio de fines ajenos). Sólo en el caso de alguno de los que usualmente se reconocen como derechos humanos o fundamentales, como el de no ser sometido a esclavitud, cabría decir sin más precisiones que por razones de dignidad tiene carácter absoluto (o, como decían Atienza y Ruiz Manero 2011, 58, «absolutamente absoluto»), porque someter a alguien a esclavitud implica conceptualmente —y por tanto de manera necesaria, no contingente— usarle como un mero medio para fines ajenos.

Concluyo por donde empecé. Me inclino a pensar que la idea de que ningún derecho fundamental es absoluto y todos los conflictos entre derechos se resuelven meramente a través

³⁶ Me refiero a supuestos ya de repertorio como las distintas variantes del ejemplo del tranvía o trolebús [*trolley*], los diferentes «*ticking bomb scenarios*» (en los que sería posible evitar la explosión inminente forzando a quien puso la bomba a que revele su emplazamiento, en una variante del ejemplo torturándole a él y en otra torturando a un tercero inocente) o la justificación del derribo de un avión secuestrado antes de que sus secuestradores lo estrellen contra un cierto blanco con potenciales víctimas, lo que, tanto si se derriba antes como si no se llega a impedir que los secuestradores lo estrellen, acarreará en todo caso la muerte de los tripulantes y pasajeros inocentes. Distinguir entre todos esos ejemplos y variantes cuándo entran en juego restricciones deontológicas y cuándo no ayuda a entender, además, que poner el acento en el elevado número de víctimas (y por tanto la considerable magnitud del daño aditivo) que podría evitar una acción salvadora puede desviar nuestra atención de lo que en algunos casos constituye realmente el fundamento de su justificación (cf. Kumm 2007, 160).

³⁷ Se ha sostenido a veces que después de todo las restricciones deontológicas basadas en la dignidad no tendrían un carácter verdaderamente absoluto, puesto que podrían ceder para evitar daños de magnitud extraordinaria, auténticamente catastróficos (planteó esa posibilidad el propio Nozick, dejando la cuestión irresuelta: cf. Nozick 1974, 30). Así es como parece ver las cosas Manuel Atienza (Atienza 2022, 32, 161), lo que quizá le aproximaría a lo que se conoce como «deontologismo de umbral» [*threshold deontology*], la posición según la cual la prohibición de instrumentalizar a alguien para fines ajenos rige aunque con ello se evite un mal mayor, pero cedería si se rebasa un cierto punto en el que el mal que se evitaría sería muchísimo mayor. Pero, como ha señalado Larry Alexander, además de tropezar con la dificultad de tener que precisar cuándo se alcanza ese punto, el deontologismo de umbral parece abrazar una concepción incoherente de la racionalidad moral, según la cual sin nuestro consentimiento no somos recursos a disposición de otros hasta que, alcanzado un cierto punto, ya sí podemos serlo (Alexander 2000). Tal vez sería más apropiado conceptualizar esas situaciones como dilemas o conflictos trágicos (una posibilidad hacia la que en ocasiones parece inclinarse el propio Atienza: véase, por ejemplo, Atienza 2022, 34), lo que nos llevaría a concluir que ni siquiera en esos casos podría considerarse justificado vulnerar las restricciones deontológicas, por más que el derecho pudiera entender que en situaciones de ese tipo nos encontraríamos ante un estado de necesidad exculpante (no justificante).

de la ponderación debería ser revisada, reconsiderando por una parte cómo incide la dimensión autoritativa del derecho en el razonamiento jurídico y, por otra, tomando en cuenta cómo el principio de dignidad humana, reconocido constitucionalmente en nuestros ordenamientos, fundamenta restricciones deontológicas que operan como prohibiciones categóricas. Pero de lo que tengo certeza —en este caso sí, absoluta— es de la magnitud de mi deuda con la impagable contribución de Manuel Atienza a la filosofía del derecho, cuyas huellas voy siguiendo no sólo en lo mucho que he aprendido y me convence de ella, sino también cuando, como en este trabajo, trato de dar forma a mis dudas o discrepancias con sus ideas. No se me ocurre un modo mejor de homenajearle. Y conociendo —como he tenido la suerte de conocer de cerca desde hace más de cuarenta años— su talante intelectual y personal, sé bien que sobre esto no habrá entre nosotros discrepancia alguna.

Referencias

- Aguiló Regla, Josep (2023): «Son mandatos de ponderación. Breviario de teoría del Derecho en honor de Manuel Atienza», *Doxa*, 46 (Núm. monográfico: 30 años de argumentación jurídica en Alicante), pp. 15-39.
- Alexander, Larry (2000): «Deontology at the Threshold», *San Diego Law Review*, 37, pp. 893-912.
- Alexy, Robert (1993): *Teoría de los derechos fundamentales* [trad. E. Garzón Valdés], Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- (1994): «Derechos individuales y bienes colectivos», en R. Alexy, *El Concepto y la validez del Derecho* [trad. J. M. Seña], Barcelona, Gedisa, pp. 178-209.
- (2007): «Thirteen Replies», en G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart, pp. 333-366.
- (2014): «La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad» [trad. A. García Figueroa], *Parlamento y Constitución. Anuario*, 16, pp. 9-27.
- Atienza, Manuel (2001): «Entrevista a Robert Alexy», *Doxa*, 24, pp. 671-687.
- (2017a): «Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista», en M. Atienza, *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, pp. 117-146.
- (2017b): «Ponderación y sentido común jurídico», en M. Atienza, *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, pp. 147-165.
- (2019): «¿Una visión postpositivista de los derechos? A propósito de un libro de Bruno Celano», en M. Atienza, *Comentarios e incitaciones. Una defensa del postpositivismo jurídico*, Madrid, Trotta, pp. 39-59.
- (2022): *Sobre la dignidad humana*, Madrid, Trotta.
- (2023a): «El argumento de autoridad en el Derecho», en M. Atienza, *Ideas (jurídicas) para tener en cuenta*, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, pp. 31-72.
- (2023b): «Derrotabilidad y ponderación», en M. Atienza, *Ideas (jurídicas) para tener en cuenta*, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, pp. 73-125.

- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (1996-2004): *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel [se cita por la 2ª ed. actualizada, de 2004].
- (2000): *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta.
- (2009a): «La derrotabilidad y los límites del positivismo jurídico», *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, 5, 102-117.
- (2009b): «A modo de epílogo. Una conversación sobre teoría del Derecho y otras varias cosas», en M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Lima, Palestra — Bogotá, Temis, pp. 259-302.
- (2011): «Abuso del derecho y derechos fundamentales», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 18, pp. 50-59.
- Borowski, Martin (2013): «Absolute Rights and Proportionality», *German Yearbook of International Law*, 56, pp. 385-424.
- Celano, Bruno (2001): «I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz», en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, pp. 1-58.
- (2006): «Principi, regole, autorità. Considerazioni su M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Illeciti atipici*», *Europa e diritto privato*, 3, pp. 1061-1086.
- De Otto, Ignacio (1988): «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53 de la Constitución», en L. Martín-Retortillo e I. de Otto, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, pp. 95-172.
- Ferreres, Víctor (2018): «Beyond the Principle of Proportionality», en G. Jakobsohn y M. Schor (eds.), *Comparative Constitutional Theory*, Northampton, Edward Elgar, pp. 229-247.
- Finnis, John (1983): *Fundamentals of Ethics*, Oxford, Clarendon Press.
- García Amado, Juan Antonio (2016a): «Conflictos de derechos: qué son y cómo se resuelven», en J. A. García Amado (coord.) *Razonar sobre derechos*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 15-50.
- (2016b): «¿Puede la tortura estar moralmente justificada en algún caso?», *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 12, núm. 86, pp. 13-61.
- González Amuchastegui, Jesús (2004): *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Guerrero, Alexander (2016): «Appropriately Using People Merely as a Means», *Criminal Law and Philosophy*, 10, pp. 777-794.
- Klatt, Matthias y Meister, Moritz (2012): *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford, Oxford University Press.
- Kumm, Mattias (2007): «Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement», en G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart, pp. 131-166.
- Kumm, Mattias y Walen, Alec (2014): «Human Dignity and Proportionality: Deontic Pluralism in Balancing», en G. Huscroft, B. Miller y G. Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 67-89.
- Laporta, Francisco J. (1987): «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, 4, pp. 23-46.

- (2023): «Sobre dos temas de Juan Ruiz Manero», en Á. Ródenas y V. García Yzaguirre (coords.), *Jurisdicción y teoría del sistema jurídico. Homenaje a Juan Ruiz Manero*, Lima, Palestra — Madrid, Marcial Pons, pp. 197-207.
- Machan, Tibor (1990): «Exploring Extreme Violence (Torture)», *Journal of Social Philosophy*, 21, pp. 92-97.
- Maldonado, Mauricio (2021): *Derechos y conflictos. Conflictivismo y anticonflictivismo en torno a los derechos fundamentales*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- McMahan, Jeff (2008): «Torture in Principle and in Practice», *Public Affairs Quarterly*, 22, pp. 111-128.
- Miller, Seumas (2005): «Is Torture Ever Morally Justifiable?», *International Journal of Applied Philosophy*, 19, pp. 179-192.
- Molina Fernández, Fernando (2010): «Terrorismo y derechos fundamentales: la perspectiva penal», en S. Huster, E. Garzón Valdés y F. Molina, *Terrorismo y derechos fundamentales*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 73-112.
- (2020): «Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham», en J. de Vicente *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Madrid, Reus, pp. 805-839.
- Möller, Kai (2012): *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- Moreso, José Juan (2022): «Distancia de rescate: especificando los derechos», en M. Fernández Núñez (eds.), *Materiales para una teoría de los derechos. Ensayos de filosofía analítica*, Madrid, Marcial Pons, pp. 329-341.
- Nozick, Robert (1974): *Anarchy, State and Utopía*, New York, Basic Books.
- Parfit, Derek (1978): «Innumerate Ethics», *Philosophy & Public Affairs*, 7, pp. 285-301.
- Presno Linera, Miguel Ángel (2016): «Una crítica al uso de la ponderación en los conflictos (aparentes) entre derechos fundamentales», *Liber Amicorum. Homenaje al profesor Luis Martínez Roldán*, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, pp. 575-587.
- Ruiz Manero, Juan (2018a): «‘Rule of law y ponderación’. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de la teoría estándar», en J. P. Alonso (coord.), *Imperio de la ley y ponderación de principios*, Buenos Aires, Astrea, pp. 21-46.
- (2018b): «Ponderación, seguridad jurídica, objetivismo. Respuesta a los críticos», en J. P. Alonso (coord.), *Imperio de la ley y ponderación de principios*, Buenos Aires, Astrea, pp. 89-106.
- Sanders, John (1988): «Why the Numbers Should Sometimes Count», *Philosophy & Public Affairs*, 17, pp. 3-14.
- Taurek, John (1977): «Should the Numbers Count?», *Philosophy & Public Affairs*, 6, pp. 293-316.
- Teifke, Nils (2010): «Human Dignity as an ‘Absolute Principle’?», en M. Borowski (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, Stuttgart, Franz Steiner, pp. 93—103.
- Tomás-Valiente Lanuza, Carmen (2009): *El efecto oclusivo entre causas de justificación*, Granada, Comares.
- Walen, Alec (1995): «Doing, Allowing, and Disabling: Some Principles Governing Deontological Restrictions», *Philosophical Studies*, 80, pp. 183—215.
- (2014): «Transcending the Means Principle», *Law and Philosophy*, 33, pp. 427-464.

SOBRE LA DEMOCRACIA COMO PROCESO

JUAN-RAMÓN CAPELLA

Universidad Central de Barcelona

Ante todo, mi agradecimiento a los organizadores por darme ocasión de participar en el más que merecido homenaje a Manuel Atienza.

Nuestro colega y buen amigo ha sido no solamente un notable pensador en materias filosófico-jurídicas, al ocuparse sobre todo de analítica jurídica, sino que resulta también interesante cuando trata materias que no son propiamente jurídicas. Por otra parte Manuel Atienza es un organizador y dinamizador casi único de la comunicación entre especialistas. La revista *Doxa* es la obra principal de este proceso continuado de comunicación. Atienza ha sido labrador como artífice de la comunicación entre las diferentes culturas filosófico-jurídicas y filosófico-políticas tanto castellanoparlantes como lusohablantes. Una labor impagable. Solo eso merece ya nuestro reconocimiento. Sin embargo, lo que me parece más destacable de Manuel Atienza es su talante personal, abierto, cordial y amigable. Quienes como yo somos más bien cardos no podemos por menos que experimentar una profunda envidia.

* * *

No he podido articular un discurso cerrado, y me limitaré a tres observaciones relativas, directa o indirectamente, a la concepción de la democracia como proceso. Sin embargo, prefiero explicitar, ante todo, las principales referencias de mi reflexión, mis principales fuentes de aprendizaje, o mis puntos de partida, que son las siguientes:

a) Lukács, todavía hoy. Lukács, en su trabajo *Democratización aquí y ahora*, iniciado en 1968 a raíz de los acontecimientos de aquel año y publicado póstumamente en 1985, hablaba de *procesos* de democratización. Consideraba la democracia como el proceso de materialización de un ideal—desde situaciones históricas donde el poder real está concentrado en pocas manos, por tanto—, que puede avanzar más o menos, y que también puede retroceder. Se trata de una visión parcialmente idealista, pero que evita atribuir a la palabra ‘democracia’ un referente sustantivado (atribuirlo la supone completa, realizada), y prefiere referirse a procesos históricos de materialización del ideal de socialización del poder: unos procesos susceptibles de avanzar, pero también de retroceder, esto es, procesos de distribución del poder entre el *demos*, susceptibles también de involución.

A la idea lukacsiana de la democracia como proceso añadiría personalmente la visión del proceso como *múltiple*: como un *manejo* de procesos, que se mueven en diferentes ámbitos; de este modo, la reflexión puede captar pasos adelante de algunos procesos simultáneos a la involución de otros, lo que facilita una mejor adecuación a la realidad de la visión teórica. Por ejemplificar: la democratización social antipatriarcalista puede progresar al tiempo que la democratización política involuciona o se detiene.

b) A la línea que une a Gramsci con P. Ingrao: una línea que habla por una parte de *hegemonía*, de procesos culturales de interiorización personal, aunque colectiva, de productos culturales simbólicos creados socialmente, y de *procesos de democratización* en un sentido histórico más concreto que el de Lukács al entender la democracia practicable como procesos de integración de aspiraciones de agrupamientos sociales diversos, que inicialmente han de conquistar incluso la consciencia y *la voz*, despojándose, en el proceso de integración con otros proyectos, del carácter corporativo que muchas veces tienen, hasta introducirse en el núcleo programático de la acción.

La democratización es aquí un tejer y destejer de agrupamientos sociales, que conquistan voz para expresar sus aspiraciones, y que al componerse con otras voces han de perder sus componentes corporativas, hasta atravesar la «muralla china» que les separa del núcleo programático y volitivo del poder: en el Estado, su poder legislativo, su gobierno.

Hoy, sin embargo, hemos de vérnoslas no sólo con el poder estatal o de las asociaciones de estados: por encima de éstos se halla lo que en el librito *Fruta Prohibida* he llamado un «soberano supraestatal difuso». Por otra parte, aparecen también poderes de naturaleza «privada», decisivos en el proceso de creación de las instituciones sociales contemporáneas).

c) P. Bourdieu, con su noción de socialización como fundamental para la elaboración de sus descripciones «sin anteojeras» (vid. por ejemplo *La miseria del mundo*, *La distinción*, o su trabajo sobre la dominación masculina), y por su concepto de «campo político», una categoría que facilita la comprensión de las prácticas decisivas del poder visto como un aspecto de la división del trabajo social.

La idea de *campo* quita lisura analítica al poder; el campo puede producir perturbaciones en varias direcciones del análisis, al ejercer una influencia desigual sobre los procesos, que se materializan en lo que Bourdieu conceptualiza como «campo político».

d) Algunos trabajos de Cornelius Castoriadis, en particular esa recapitulación fundamental de su filosofía política que es «La democracia como procedimiento y como régimen», que cierra el volumen *El ascenso de la insignificancia*. Entiendo que la aportación de Castoriadis es el punto culminante de la reflexión filosófico-política sobre la democracia en el siglo xx.

Difiero de Castoriadis en cuanto que los aspectos prepolíticos de la democratización, como lo que Austin llamaba moralidad positiva —y entre nosotros es sólo denominar usos sociales, pero a lo que los juristas no suelen dar la importancia debida— puede resultar inaferrable o poco manejable desde el punto de vista de la acción institucional. Así, por ejemplo, un

sistema político protodemocrático puede ser modificado por sus instituciones, que en cambio resultan casi impotentes al enfrentarse a la institución prepolítica del patriarcado, o al sistema de las clases sociales, o a la institución empresa. El proceso general de democratización no avanza al topar con instituciones preopolíticas. El trabajo social sobre éstas difiere del trabajo político habitual.

e) Y no es una referencia, sino un convencimiento, formado sólidamente en mí desde hace al menos cincuenta años, cuyos orígenes ignoro, pero entre cuyas fuentes seguramente están Aristóteles y Marx, a tenor del cual *la democracia consiste esencial y axiomáticamente en la distribución del poder entre el pueblo*. Cualquier institución real ha de medirse con este axioma.

Desde el punto de vista que perfilan esas referencias y este punto de partida intentaré decir dos palabras sobre el tema propuesto.

1. INDIVIDUOS SOCIALES

El análisis de la, digamos, «democracia moderna», de su incompletud e inacabamiento, de su involución actual, no parece abordable sin poner en cuestión nociones previas, fundamentalmente la de ‘individuo autónomo’, noción que no pertenece al lenguaje común (salvo en el trivial sentido taxonómico que expresa la serie ‘género’, ‘especie’, ‘individuo’) sino propiamente al *lenguaje político*. Pues en el discurso teórico de la modernidad el «individuo» es la piedra angular sobre la que se edifica la noción de ‘ciudadano’.

El *individuo* al que me refiero —el de la filosofía política de la modernidad— no es un ser humano particular o concreto, sino la significación social (‘hegemónica’, diría) atribuida o superpuesta a los seres humanos particulares reales. Esa significación es una construcción imaginaria enteramente moderna. Es ideología de la modernidad en el más estricto sentido de la palabra ‘ideología’.

Sin embargo no hay ser humano extrasocial. La sociedad no consiste en la interacción de «individuos» que, postuladamente, «no le deben nada a nadie» (según la consabida tesis anarco-liberal). *La sociedad es fundamentalmente la creadora de los seres humanos*. El individuo *significativo* moderno es por el contrario asocial, de género masculino, propietario (aunque solo sea de su capacidad para trabajar, convertida en mercancía). En una sociedad tendente al atomismo como la capitalista, que impone coercitivamente una cooperación jerarquizada, desigual, y totalizante, esa concepción del «individuo» oculta que el ser humano depende esencialmente de la socialidad; y produce además cegueras conceptuales respecto de la vida social.

Pues el animal humano sólo se convierte en ser humano gracias a la sociedad que le pre-existe: recibe originariamente de la sociedad en que nace —cualquiera que sea ésta, y por eso podríamos decir «recibe de la sociedad en la que casualmente nace»— no sólo cuanto necesita hasta que puede mantenerse en vida activando sus propios medios (posibilidad de la que carece al nacer), sino también un conjunto de habilidades y, sobre todo, *un conjunto de «proyectos de sentido»* procedentes del medio en que ha nacido y que eventualmente podrá modificar en el futuro.

Y recibe todo eso de modo esencialmente *no convencional*. No hay pacto social, sino *práctica social*, de humanización, de socialización de los nuevos seres.

Esos *proyectos de sentido* que son creaciones sociales (tanto generales como detallados, desmenzados, fragmentarios, como piezas de un rompecabezas inmenso), por limitarnos al plano que nos ocupa —así, los significados de género, de clase, o las imágenes sociales de la *distinción*, o las propias instituciones sociales históricas en general—, no siempre pueden ser objeto de alteración voluntaria y consciente por los seres humanos (aquí, Castoriadis). Ciertos imaginarios colectivos contienen una norma de clausura que los hace incuestionables (cuando en ese imaginario se sostiene que la legalidad social es obra de Dios, o de los antepasados, o de un ciego automatismo mercantil): en esa clausura es difícil concebir, tanto personal como sobre todo socialmente, otra cosa, significaciones o proyectos de sentido distintos. En la historia de la humanidad sólo pocas veces, inacabada y muy localmente, se ha producido una ruptura de esa «clausura de sentido».

Para tal ruptura han sido necesarias dos *invenciones*. Una es la *filosofía* en tanto que *investigación que rompe el tabú*, que cuestiona los *ídola tribu* o, dicho en lenguaje de hoy, que pone en cuestión el *pensamiento único*: la filosofía cuando *presupone que las instituciones son producto exclusivo de los seres humanos* (entre nosotros, hay que reconocerle a F. Quesada el haber puesto énfasis en el papel necesario que desempeña la filosofía para que pueda haber *política* en el sentido propio del término). La otra invención es la idea de *democracia*, por rechazar al menos parcialmente las jerarquías o diferencias entre los seres humanos, y —cuando menos programáticamente o en el plano del sentido— por su capacidad instituyente política. Hay que rechazar las jerarquías o diferencias que en cada momento histórico se hacen visibles y pueden resultar relevantes políticamente.

El proceso de democratización moderno, con el igual derecho al voto, igualó lenta y en verdad incompletamente una sola de las diferencias sociales. No ha igualado en cambio las diferencias en poder económico, dotación cultural, jerarquía simbólica y dotación relacional (o «capital relacional», a partir de Bourdieu, aunque la idea de ‘capital’ concede demasiado a la cháchara: mejor parece decir ‘dotación —o capacidad— relacional’) de los seres humanos, que hoy se muestran como crecientemente relevantes. Tal relevancia ha sido puesta de manifiesto, aunque aún oscuramente para el conjunto de la sociedad, por los movimientos socialista y antipatriarcalista (incluso en su limitada versión feminista).

No es pacífico pensar que el derecho haya de ser siempre igual, esto es, el mismo para todos. Por el contrario, puede sugerirse que para el avance de los procesos de democratización el derecho puede ser desigual, privilegiando a los desfavorecidos, para conducir por ese camino a la igualdad. Ésta es la razón, por poner un ejemplo, del derecho desigual de las cuotas femeninas privilegiadas, encaminadas a deshacer una desigualdad y resolverse finalmente en derecho efectivamente igual. Los ejemplos pueden —y *deben*— multiplicarse.

2. DOS PALABRAS SOBRE LOS «PROCEDIMIENTOS»

Democracia es a la vez autonomía de la colectividad y de las personas consideradas una a una. Tal autonomía dual no se puede *limitar* —como pretende cierta filosofía académica, cier-

ta «filosofía distinguida» pero no crítica—, a los procedimientos. La democracia no es un conjunto de procedimientos, como se suele afirmar. ¿Por qué?

Porque los procedimientos están basados en la regla de la mayoría (o en la del sorteo entre iguales, si se quiere), y las reglas de este tipo sólo se pueden justificar si se admite el valor igual, en el ámbito de la toma de decisiones, de las *opiniones* de seres humanos libres. Salvo que se postule que los seres humanos son libres a priori (es decir, en cualquier circunstancia, a priori libres de la propaganda, del irracionalismo emocional, etc.), el valor igual exige un constante trabajo de *paideia* social tal que la postulación de que los seres humanos son libres resulte razonable. (Lo cual no es el caso en sociedades donde se fabrica la opinión pública.)

Los procedimientos son ciertamente un componente esencial de un régimen protodemocrático, y deben garantizar el espíritu de la democracia. Ello debe ser tenido particularmente en cuenta porque, como bien saben los politólogos, los procedimientos no son en sí mismos enteramente neutrales (hay multitud de ejemplos de hecho: una elección en el que cada elector emite un solo voto en favor de alguien no producirá casi nunca el mismo resultado que —como hacen los monjes al elegir abad en ciertas órdenes religiosas— una elección en la que cada elector pueda expresar un voto favorable y uno contrario. Un sistema electoral proporcional y uno mayoritario, en un escrutinio de lista, dan también resultados muy distintos, etc.). Todo procedimiento *canaliza y agrega* las opiniones de cada uno, y ante estas *canalizaciones* es necesario el despliegue *crítico*, esto es, la puesta en cuestión de los procedimientos «no neutros» o poco neutros. Tampoco los procedimientos pueden ser tabú, *idola tribu*. Los procedimientos *deben* (subrayo la palabra) facilitar los fines para los que han sido creados —no ser, como vemos en los regímenes realmente existentes, sistemas de inclusión y de exclusión al mismo tiempo, o sea, sistemas reguladores de la exclusión—.

Lo mismo vale para la idea (procedimental) de «Estado de derecho»: el estado de derecho no puede consistir en la aplicación automática de la ley (para eso bastarían los ordenadores, pero no es posible meter el futuro, la vida real, en los ordenadores), sino que cada uno de los pasos de aplicación de la ley ha de ser instrumentado por *personas* encargadas de interpretarla, que no tengan interés directo (y a ser posible tampoco indirecto, relevante) en el resultado de su operación. En último término los procedimientos del estado de derecho son instrumentados por políticos, funcionarios y jueces o magistrados que han de tomar *decisiones* no contempladas en su concreción en las leyes, las cuales, además de dejar establecidas enormes zonas de anomia, solo son una pauta para el desempeño de los encargados de la gobernación y el enjuiciamiento. *Aquí, pues, no sólo entran en juego las leyes, sino también las significaciones imaginarias (clausuradas o no) de quienes ejercen las funciones públicas.* [Y desisto de entrar en el tema, hoy de actualidad, de la *judicialización de la política*, y también en el más que interesante de la prevaricación.]

La pregnante cuestión planteada por Simone Weil sigue teniendo sentido: la decisión hitleriana de eliminar a los judíos no cambiaría en cuanto a la justicia si hubiera sido adoptada por procedimientos democráticos. Como tampoco cambia nada respecto de la justicia que la decisión del bombardeo atómico de Hiroshima y luego de Nagasaki la tomara efectivamente un gobierno «democrático en cuanto a los procedimientos».

3. EL ESTADO DEL MUNDO Y LA DISCUSIÓN SOBRE LA DEMOCRACIA

En la «oración fúnebre» de Pericles se habla no sólo del régimen de Atenas, que es una «democracia», sino de la superioridad *moral* y *social* sobre otros pueblos que proporciona la (por otro lado parcial) democracia ateniense. Dice Pericles: «Nosotros somos los únicos a quienes la deliberación no inhibe la acción».

En nuestro mundo contemporáneo, está claro —al menos para mí— que la *deliberación* popular está ausente. La opinión popular se *fabrica*. La fábrica, ocupando el ágora pública, quien no es el demos en su conjunto: una oligarquía (de políticos profesionales, industriales y militares en la cabeza del Imperio). Por eso *las «democracias» actuales solo son en realidad oligarquías legitimadas por procedimientos aparentialmente democráticos*.

Creo que la tarea principal de la filosofía política de hoy consiste ante todo, aún, en no respetar los *idola tribu* contemporáneos. Consiste en señalar la vacuidad de ciertas significaciones sociales —he intentado hacerlo más arriba, al apuntar líneas de crítica a la noción hegemónica de «individuo» heredada de la modernidad—. Y al analizar y criticar los «proyectos de sentido» del complejo régimen de poder de hoy, privado, estatal y supraestatal, que no es la democracia sino más bien una tecnocrática República de Platón que tiene a su cabeza no ya a un rey filósofo sino a un estado mayor militar-industrial.

A partir de ahí se podrá seguir la ubicación de las poco aferrables por el *demos* instituciones supraestatales de nuestro tiempo. Y cabrá discutir acerca de la eventual idoneidad del «gobierno de expertos aceptados por el poder» hacia el que parece dirigirse el mundo contemporáneo, así como también acerca de las eventuales instituciones, ciertamente distintas de las actuales, que podrían relevarlo. Se esclarecerá así el sentido que pueden tener los procesos de democratización venideros.

A todas estas, he de reconocer que mi reflexión ha sido parcial y no global; ha sido eurocéntrica y también ha tenido ante sí la involución de la protodemocracia norteamericana a un Imperio militar. El tema de un sistema político meritocrático, con sus tabús oficializados (que nosotros vemos como límites a la libertad de expresión) gobierna la mayor de las sociedades estatales conocidas: China. No va a ser posible ignorarlo en el futuro, sobre todo cuando vaya siendo necesario hacer frente, uno a uno, a los problemas de la imposible perduración del industrialismo capitalista del crecimiento en el contexto de la crisis del nicho ecológico de los seres humanos.

FRAGMENTOS DE UNA ÉTICA PÚBLICA *SUB SPECIE ARGUMENTATIONIS*

PAOLO COMANDUCCI

Universidad de Génova

Es una costumbre extendida entre los filósofos analíticos del Derecho de mi generación que, para demostrar aprecio a los colegas de la disciplina, se discutan duramente sus posiciones teóricas. Y cuanta más consideración, más críticas. Así, me parece, ha pasado también entre Manolo y yo. Hemos debatido con fervor, pero siempre con respeto recíproco, en un sinnúmero de seminarios y congresos, metódicamente, o sea cada vez que estábamos ambos presentes en un escenario, en una mesa redonda o simplemente como parte del público. A veces también hemos polemizado por escrito (entre otros: Atienza, 2011; Atienza, 2017; Comanducci, 2017a; Comanducci, 2017b; Entrevista a Paolo Comanducci, de M. Atienza, *Doxa*, 2023).

Nuestras discusiones han tenido, a lo largo de los años, tres focos temáticos principales. En primer lugar, cuestiones de metaética: la oposición entre cognitivismo/objetivismo y no-cognitivismo/escepticismo en materia moral, la relevancia que hay que otorgarle a la así llamada «is-ought question», la unidad del razonamiento práctico versus la insularidad del razonamiento jurídico. En segundo lugar, cuestiones de metateoría del Derecho, relativas al estatuto de la «ciencia» jurídica, y a las respectivas preferencias por una teoría de corte normativo o, en cambio, de corte descriptivo. Y, en tercer lugar, cuestiones de teoría del Derecho, relativas al antagonismo entre normativismo y realismo jurídicos, y a la configuración de la actividad interpretativa.

Aquí, en cambio, para ofrecer un más que merecido homenaje a Manolo en ocasión de su jubilación, he decidido tratar brevemente de una cuestión que no nos divide, sino nos une: la ética pública, sobre cuyos preceptos básicos no creo tener muchas discrepancias con él. Lo afirma contundentemente el mismo Atienza (2017: 194): «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».

En mi opinión, para tratar este tema, cabe distinguir preliminarmente entre tres niveles en los que se puede convencionalmente articular una ética pública, la de Atienza como también

de muchos otros autores. Niveles que, sin embargo, pertenecen a un *continuum* y sólo es oportuno diferenciar por razones de claridad en la exposición. Los niveles tienen un diverso grado de generalidad y abstracción de sus contenidos preceptivos. Podríamos llamarles en orden descendiente de abstracción, y ya que no se me ocurren candidatos mejores, el primero nivel «filosófico», el segundo nivel «político», el tercero nivel «práctico».

En el nivel «filosófico», Atienza se mueve entre una inspiración kantiana y una atracción por el pragmatismo, una postura ecléctica que Alemany (2023: 31) ha sugerentemente etiquetado como de un «humanismo ilustrado». Como es notorio, Atienza en los últimos años ha asumido la dignidad humana como valor supremo de su ética pública (Atienza, 2022, y, al respecto, Alemany, 2023: 67-70; Misseri, 2023: 313-14), un valor que incorpora y sobresale también al de autonomía. Personalmente sería más bien partidario de considerar la autonomía como valor fundamental de una ética pública, ya que me parece un concepto «procedimental» y mejor definible que el escurridizo valor de la dignidad humana. Pero no es mi intención discutir aquí estas cuestiones.

En el nivel «político», Atienza se muestra afín al liberalismo igualitario de autores como John Rawls y Ronald Dworkin, pero con unos matices más de izquierda, *à la* Gerald Cohen. La postura política global de Manolo — un filósofo, no hay que olvidarlo, que «ha pasado por el marxismo» (Atienza y Ruiz Manero, 1993: 22), igual que yo en mis años juveniles — se podría entonces caracterizar sintéticamente como liberal y socialdemócrata (Alemany, 2023: 31), o sea liberal-socialista, como hubiese dicho Norberto Bobbio.

Es sin embargo el nivel «práctico» de la ética pública de Atienza el que me interesa aquí explorar con un poco más de detenimiento, aun si claramente se trata de una cuestión marginal en la producción de Manolo. No es una tarea fácil: Atienza, que yo sepa, nunca ha escrito un volumen donde presente sistemática y explícitamente sus convicciones sobre asuntos de ética aplicada. Sus ideas al respecto sólo se pueden reconstruir a partir de diálogos personales, de sus breves intervenciones periodísticas, y de algunos ensayos. Este material, por supuesto, siempre tiene que ser leído a la luz de su ética en los niveles más abstractos, el «filosófico» y el «político», y de su postura metaética, que últimamente él ha definido como objetivismo mínimo (Misseri, 2023).

Pero la principal explicación de la dificultad en determinar con precisión sus posiciones de ética aplicada depende del hecho de que lo que le interesa siempre y sobre todo a Atienza parece ser la argumentación en sí misma, más que las tesis a favor de las cuales ella aboga: el foco está prevalentemente en las razones no en las conclusiones de su razonamiento. La suya es, como indica el título de mi contribución, una ética pública *sub specie argumentationis*. Claramente Atienza no está interesado a una *ethica more geometrico demonstrata* o, dicho de otra forma, a un procedimiento deductivo que, partiendo de principios y valores morales objetivos, derive las conclusiones particulares, los juicios éticos concretos, las reglas correctas del actuar cotidiano en los diferentes contextos. Sin llegar a ser un adepto del particularismo, Atienza presenta sus preferencias éticas sustantivas a partir de cada situación problemática específica, sobre la base de las argumentaciones que le parecen correctas. Y esto sucede en sus intervenciones periodísticas (Atienza, 2004), como en ensayos de corte más didáctico (Atienza, 1993), o en su producción propiamente científica (Atienza, 1988; Atienza, 1996; Atienza, 1998).

La que voy a exponer a continuación es una primera e incompleta recolección de algunos de los temas principales considerados por Atienza, que pueda servir como simple muestra de sus posiciones en el nivel «práctico» de la ética pública.

Un primer tema que Atienza ha cultivado de manera extensa y profundizada es el de la bioética. Dejando de lado sus contribuciones más notorias y estructuradas, sobre las cuales ha reflexionado por último Alemany (2023), me fijaré preferente pero no únicamente en sus intervenciones periodísticas. De ellas se puede inferir que Atienza, por ejemplo: en la inseminación artificial, considera correcto el uso del semen del marido fallecido, si él estuvo de acuerdo con esta posibilidad (Atienza, 2004: 29-30), y estima generalmente admisible la elección del sexo del futuro niño (Atienza, 2004: 69-71); no está a favor de la prohibición absoluta de la clonación humana, que puede tener malas consecuencias, pero no es un *malum in se* (Atienza, 2004: 46-49), ya que la clonación con finalidad terapéutica parece a veces admisible e incluso deseable (Atienza, 2004: 195-98); está en contra de la penalización del suicidio asistido y a favor del derecho a una muerte digna (Atienza, 2004: 50-52); defiende la investigación con preembriones, ya que son moralmente relevantes los cambios que llevan del preembrión al feto con un sistema neurológico desarrollado (Atienza, 2004: 146-149, 189-91); está en contra de la alimentación forzada a huelguistas de hambre y a favor de considerar que el derecho a la vida incluye también el derecho a una muerte decorosa y decidida libremente (Atienza, 1993: 88-141). En síntesis, Atienza se muestra como un buen representante de la bioética laica, favorable a los avances científicos y no pegado a la idea de preservar la naturaleza, que respalda la autonomía individual y el respeto de lo que decidan personas adultas y no irracionales (en el mismo sentido me expresé, muy sucintamente, en Comanducci, 2012).

Un segundo tema es aquel relativo a la determinación del alcance justificado del paternalismo y de la tolerancia, es decir de la amplitud de la esfera de las conductas ajenas sobre las cuales un liberal puede considerar justificada una intervención heterónoma o, por el contrario, la abstención de una intervención heterónoma. Empezando por la tolerancia, Atienza (2004: 131) la define como «una virtud, pero siempre y cuando lo que se tolere no sean ideas, actitudes o comportamientos contrarios a los derechos fundamentales de los individuos». De esta manera, Atienza logra escaparse a la así llamada «paradoja de la tolerancia» ya que, siguiendo a la postura de Ernesto Garzón Valdés (1993), aún si con algunas precisiones conceptuales (Atienza, 2007), establece un límite específico al ejercicio de esta virtud liberal. A su vez, respecto del paternalismo, Atienza no lo rechaza sin más, como harían en buena medida los libertarios, sino que sostiene su admisibilidad ética, anclándola, sin embargo, a tres condiciones rigurosas: «una medida paternalista sólo se justifica éticamente si promueve bienes de tipo primario, se aplica a incompetentes básicos y puede presumirse racionalmente su aceptabilidad» (Atienza, 1988: 213, y cfr. 209). Una medida paternalista, aún si su adopción pudiera considerarse justificada porque cumple con los tres requerimientos indicados, podría sin embargo suspenderse ejerciendo una actitud tolerante, siempre que la conducta objeto de la potencial medida no dañe a terceros, como sería el caso del fumar a solas en la propia casa o al aire libre (Atienza, 1988: 211-12).

Un tercer tema es la actitud frente a la religión en general, y a la religión católica en particular, que asevera la sólida laicidad de Manolo. Él discute a menudo la irracionalidad de las posiciones de la Iglesia romana sobre todo con referencia a problemas de bioética (Atienza,

2004: 146-49). Irracional, y además contrario al sentido común, es, por ejemplo: considerar el aborto tan grave moralmente como el genocidio (Atienza, 2004: 23) o reputarlo un atentado contra la humanidad (Atienza, 2004: 166-68); estar en contra de la libertad sexual (Atienza, 2004: 24); eximirse de cualquier responsabilidad ideológica frente al holocausto (Atienza, 2004: 78-80); afirmar que la escuela pública en España discrimina la enseñanza de la religión católica (Atienza, 2004: 107-09); pretender un tratamiento privilegiado, por parte del Estado, frente a las demás religiones (Atienza, 2004: 150-52). Siempre tuve consciencia del espíritu laico de Manolo, y por lo tanto confieso mi deliberada malicia en haber apodado a veces como «misionera» su actitud normativa al practicar la teoría del Derecho. Se trataba, por cierto, de un mero expediente retórico.

Un cuarto tema es la guerra. Se puede apreciar el pacifismo de Atienza en su postura en contra de la invasión de Irak: aún si él no descarta, en línea de principio, que puedan darse guerras preventivas legítimas, afirma rotundamente que la segunda guerra del Golfo no era tal (Atienza, 2004: 162-65, 174-76, 177-79, 180-82, 200-02). Me parece, también sobre la base de conversaciones privadas, que Atienza adhiere a un liberalismo cosmopolita, rechaza el así llamado «realismo político» en materia de relaciones internacionales, y tiene una actitud de sospecha o incluso de rechazo hacia las ideologías nacionalistas y soberanistas (Atienza, 2004: 75-77). Por supuesto, estigmatiza la xenofobia en contra de los inmigrantes (Atienza, 1993: 227, 234-36).

Un quinto tema está constituido por varias posturas adoptadas por exponentes políticos en el debate público español y de las que han dado cuenta los medios de comunicación. La atención de Atienza está como siempre concentrada en los argumentos esgrimidos (Atienza, 2004: 110-12), y el análisis está dirigido a evidenciar las falacias en los razonamientos de los representantes políticos, en mayoría del Partido Popular («la falta de sinceridad —el cinismo moral— de los dirigentes el PP y, en particular, del presidente Aznar vuelve imposible la discusión racional», Atienza, 2004: 180). Sin embargo, de la crítica de Atienza es posible, en escasas ocasiones, extraer algunas de sus propias convicciones, aunque sean implícitas. Por ejemplo, la idea de que la actuación de los sujetos políticos está sometida a juicio moral, es decir puede ser evaluada con estándares distintos de los de mera legalidad o de aquellos intrínsecos a la misma acción política (Atienza, 2004: 72-74).

Un sexto tema es el Derecho penal, sustancial y procesal, un sector de tradicional interés para los filósofos del Derecho. Las posturas de Atienza me parecen muy equilibradas y reflexivas, en línea con el pensamiento liberal clásico sobre esta materia. Algunos ejemplos: él juzga favorablemente una decisión del Tribunal Supremo que considera que la amenaza del uso de la violencia física — en este caso por parte de algunos etarras — justifica poner limitaciones a la libertad de expresión (Atienza, 2004: 31-33); considera como un «mal radical» los crímenes perpetrados por las dictaduras argentina y chilena, justificando por tanto que estén exentos de olvido y perdón (Atienza, 2004: 37-39); se muestra fuertemente preocupado por la extensión del fenómeno de la violencia contra las mujeres, pero al mismo tiempo denuncia los opuestos excesos verbales, al discutir sobre estos crímenes, de algunos políticos, la iglesia y las feministas radicales (Atienza, 2004: 43-45); aboga por la formación de una «cultura de la discrecionalidad» de jueces y funcionarios administrativos, para evitar «tanto el rigorismo legalista como el

arbitrio subjetivo» (Atienza, 2004: 59); considera moralmente reprochable la pena de muerte (Atienza, 2004: 81-83); califica de sentido común, y por tanto aprueba, la prohibición de conducir en estado de alcoholemia, las sanciones relativas y la obligación de someterse a controles, todos casos de medidas paternalistas justificadas (Atienza, 2004: 84-85); afirma que hay que distinguir entre la condena moral (en este caso de delitos de ETA) y las sanciones legales: mientras que la primera sigue vigente aún con el paso del tiempo, el principio constitucional de la reinserción social del condenado auspicia, bajo específicas condiciones, la aplicación de la libertad condicional después del paso de un tiempo, determinado por ley (Atienza, 2004: 159-61).

Un séptimo tema es la actuación de la magistratura. Atienza, en general, está a favor de un moderado activismo político-constitucional de los jueces, siempre que sus decisiones sean razonables, es decir aceptables por un auditorio racional (Atienza, 1993: 163-66, 179). La así llamada «politización de la justicia» es un fenómeno complejo, que tiene que ser analizado con atención, y no utilizado como eslogan para batallas partidarias. Los jueces no siempre deben estar atados a la letra de la ley, ya que sus decisiones tienen también que ser guiadas por principios y valores constitucionales (Atienza, 2004: 98-100). Y sus motivaciones, de suma importancia ya que hacen posible la crítica pública de las sentencias, deben brindar argumentos que justifiquen las decisiones judiciales por su universalizabilidad, coherencia y respeto de los principios constitucionales (Atienza, 2004: 138-40). Los jueces, sobre todo los del Tribunal Constitucional, «no sólo deben ser independientes e imparciales, sino que además deben parecerlo» (Atienza, 2004: 171). Aquí Atienza dibuja un retrato del «buen juez» que, en su opinión, no es sólo un técnico, un profesional entrenado en el conocimiento y la aplicación del Derecho, sino una persona con virtudes específicas: «la prudencia, la autorrestricción (la modestia), la discreción, la capacidad para aproximarse de manera empática al problema que ha de juzgar» (Atienza, 2004: 171).

Un octavo y último tema, que representa una suerte de suma de los anteriores, está constituido por especímenes de la ideología liberal-socialista que influyen, en el nivel que antes he llamado «político», sobre la ética pública «práctica» o aplicada de Atienza. La faceta liberal de esta ideología se desprende, entre otros elementos: del énfasis sobre los derechos humanos y sus garantías (Atienza, 2001: 206-23); del apego a la igualdad de trato y de oportunidades (Atienza, 1996); de la aceptación del principio de Mill del daño a otros como límite a la intervención del Derecho en la autonomía de los individuos (Atienza, 1993: 54, 59-60); de la primacía de la justicia frente a otros valores, como por ejemplo el de seguridad jurídica (Atienza, 1993: 81). En una página entre las más explícitas respecto a sus preferencias ideológicas, Manolo afirma que, colocándose en la rawlsiana posición originaria, bajo un velo de ignorancia, elegiría un mundo «más igualitario y, en consecuencia, con menos necesidad de recurrir a la violencia y de limitar las libertades de las gentes». La injusticia de nuestro mundo depende «del egoísmo y la estupidez humana», ya que «disponemos de recursos suficientes para satisfacer las necesidades básicas —y más que básicas— de todos los habitantes del planeta» (Atienza, 2004: 141).

La faceta socialista de la ideología de Atienza creo que dependa, en parte, del igualitarismo que tiene en común con destacados filósofos políticos liberales de las últimas décadas, y, en parte, de su antigua frecuentación con el marxismo. En efecto él —junto a Ruiz Manero— declara compartir con el marxismo la tesis del carácter clasista del Derecho y el favor por la

igualdad material, que hay que perseguir también a través de medidas de discriminación inversa (Atienza y Ruiz Manero, 1993: 14-15); la tesis, si bien en una interpretación restringida, de la interacción causal entre economía y Derecho (Atienza y Ruiz Manero, 1993: 17); principios como los de necesidades básicas, cooperación y solidaridad (Atienza y Ruiz Manero, 1993: 19-20); ideas tales como que los derechos humanos tienen un origen vinculado a la sociedad capitalista, que los derechos sociales han sido conseguidos a través de la lucha de clase, que los derechos humanos pueden ser objeto de crítica en su desarrollo real (Atienza y Ruiz Manero, 1993: 20).

Confieso tener, con la gran mayoría de estos fragmentos de una ética pública que he intentado reconstruir a través de un sumario análisis de algunas obras de Atienza, una fuerte sintonía y una profunda afinidad. Sin embargo, la coincidencia entre nuestras soluciones preferidas a varios problemas de ética pública se prestaría a ser objeto de dos interpretaciones o explicaciones diferentes. Me imagino que la de Manolo sería que nuestro acuerdo depende del hecho que estas soluciones derivan, correctamente, de principios y valores que son racionales. Es decir, su interpretación se fundaría en el objetivismo mínimo que constituye su metaética. Mi explicación, en cambio, es que nuestro acuerdo depende de causas conectadas a nuestras experiencias de vida y de medio ambiente cultural, que han sido similares, pero que nuestras razones justificativas últimas no son objetivas, sino subjetivamente elegidas. Es decir, mi interpretación se fundaría en el no cognitivismo que constituye mi metaética. Así, pues, podremos seguir gustosamente discutiendo hasta el final de nuestros días.

REFERENCIAS

- Alemany, M. (2023). La bioética como argumentación: la concepción bioética de Manuel Atienza. *Doxa*, 46, 41-74.
- Atienza, M. (1988). Discutamos sobre paternalismo. *Doxa*, 5, 203-14.
- Atienza, M. (1993). *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Ariel.
- Atienza, M. (1996). Un comentario al caso Kalanke. *Doxa*, 19, 111-22.
- Atienza, M. (1998). Juridificar la bioética. *Isonomía*, 8, 75-99.
- Atienza, M. (2001). *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Atienza, M. (2004). *La guerra de las falacias*. México: Cajica.
- Atienza, M. (2007). Dos sugerencias (muy menores) sobre el concepto de tolerancia. *Doxa*, 30, 61-63.
- Atienza, M. (2011). Sobre la interpretación jurídica, de Paolo Comanducci. En J. Ferrer Beltrán y G. B. Ratti (Eds.), *El realismo jurídico genovés* (71-79). Madrid — Barcelona — Buenos Aires: Marcial Pons.
- Atienza, M. (2017). Objetivismo moral y Derecho. En M. Atienza, *Filosofía del Derecho y transformación social* (193-219). Madrid: Trotta.
- Atienza, M. (2022). *Sobre la dignidad humana*. Madrid: Trotta.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1993). *Marxismo y filosofía del derecho*. México: Fontamara.

- Comanducci, P. (2012). La bioética e la scuola genovese di filosofia del diritto. En D. Carusi, S. Castignone, G. Ferrando (eds.), *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione. Atti del Convegno di Genova (23 maggio 2011)* (3-5). Torino: Giappichelli.
- Comanducci, P. (2017a). Manuel Atienza: El derecho como argumentación. En P. Comanducci, *Apuntes sobre la teoría del Derecho contemporánea* (89-100). México: Derecho Global — Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales.
- Comanducci, P. (2017b). Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero: Ilícitos atípicos. En P. Comanducci, *Apuntes sobre la teoría del Derecho contemporánea* (101-124). México: Derecho Global — Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales.
- Garzón Valdés, E. (1993). «No pongas tus sucias manos sobre Mozart». Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia. En E. Garzón Valdés, *Derecho, Ética y Política* (401-16). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Misseri, L. E. (2023). Manuel Atienza y el laberinto de su objetivismo moral mínimo: constructivismo metaético y dignidad humana. *Doxa*, 46, 297-319.

SOBRE EL JOVEN ATIENZA, ESTUDIOSO DE MARX

LUIGI FERRAJOLI

Universidad de Roma

1. *Ni marxista ni, mucho menos, antimarxista.* Una buena clave de lectura del pensamiento de Manuel Atienza, de su personalidad de estudioso y de su formación intelectual y moral, me parece que pueda rastrearse en su libro juvenil *Marx y los derechos humanos* (Atienza 1983).

Es un libro precioso, con seguridad una de las contribuciones más serias, entre la inmensa literatura marxista y marxológica, al pensamiento político y jurídico de Carlos Marx. En la nota preliminar hay una observación que comparto enteramente y que sirve para iluminar el espíritu del ensayo y también la filosofía política de Atienza: «A lo largo de este trabajo» —escribe— «creo que pueden encontrarse algunas razones para no ser marxista y muchas más para no ser antimarxista». La misma tesis es repetida en la última página del libro, donde Atienza, aun declarándose no marxista, afirma reconocerse «dentro de una tradición de pensamiento y de acción en la que Marx constituye un hito fundamental» (Atienza 1983, 280). La crítica de Marx a los derechos fundamentales, escribe Atienza en efecto en el último capítulo, es diametralmente opuesta a la de los críticos reaccionarios, empezando por Nietzsche, que los negaron en sustancia, repudiando la idea misma de igualdad de derechos afirmada en el artículo 1 de la *Déclaration* de 1789. Aquella brota del punto de vista de las personas explotadas y oprimidas, para las que los derechos fundamentales son promesas abstractas no mantenidas. No es por tanto la sustancia ética de tales derechos lo que Marx rechazó y que Atienza, desde sus años jóvenes, ha puesto en el centro de su reflexión filosófica, sino el engaño de su abstracta proclamación jurídica y sus violaciones concretas de hecho en la sociedad capitalista.

De aquí las muchas razones por las que, junto a Atienza, no podamos llamarnos antimarxistas y debamos más bien reconocer la deuda enorme de reconocimiento que la democracia moderna ha contraído con la obra de Marx. Indicaré dos de estas razones, ambas fundamentales.

La primera razón es la valoración del trabajo operada por Marx. En la tradición liberal el trabajo era devaluado, o peor, despreciado. Recuérdense las palabras de Kant, según el que «ciudadano», es decir, el titular del «derecho de voto», debía considerarse solamente a quien es «patrón de sí mismo (*sui iuris*) y por tanto tenga alguna *propiedad*... que le procure los medios para vivir», y no también, por tanto, el trabajador dependiente que «para vivir», deba vender a

otros «el uso de sus fuerzas» (Kant 2006,34-35)¹. Pero piénsese también en los juicios desdeñosos de dos clásicos del liberalismo como Benjamin Constant y John Stuart Mill². Marx ha sido el primer pensador que ha afirmado la dignidad del trabajo, y precisamente del trabajo asalariado y explotado, asumiéndolo como la fuente principal de la conciencia crítica en sus confrontaciones con el sistema capitalista, y al mismo tiempo como el fautor de una nueva subjetividad política, la de la clase obrera, como subjetividad revolucionaria destinada a refundar una sociedad de libres e iguales.

La segunda razón de la deuda de reconocimiento que el pensamiento democrático tiene en relación con Marx, consiste en la refundación operada por él de cualquier política de progreso. Marx ha refundado la política democrática desde abajo, desde el punto de vista de los oprimidos y explotados. Durante un siglo y medio, los valores de la igualdad y del trabajo sostenidos por él con extraordinaria fuerza y pasión teórica han movilizad o grandes masas del pueblo y han definido, y continúan todavía definiendo, a cualquier fuerza política que quiera llamarse de izquierda. La perspectiva socialista impuesta por él a la lucha política ha fundado la cultura democrática como una elección de campo en sostén de los excluidos, diseñando un nuevo horizonte para el compromiso civil e intelectual. Hay un párrafo de Norberto Bobbio — uno de los más bellos de *Política e cultura*, escrito hace casi 70 años — que expresa el sentido de esta refundación moral de la cultura política: «Si no hubiésemos aprendido del marxismo a ver la historia desde el punto de vista de los oprimidos, ganando con ello una nueva e inmensa perspectiva sobre el mundo humano, no nos habríamos salvado. O habríamos buscado amparo

¹ «Aquel que tiene derecho a voto en esta legislación se llama *ciudadano* (*citoyen*, esto es, *ciudadano de Estado*, no ciudadano de la ciudad, *bourgeois*). La única cualidad exigida para ello, aparte de la cualidad *natural* (no ser niño ni mujer), es esta: que uno sea *su propio señor* (*sui iuris*) y, por tanto, que tenga alguna *propiedad* (incluyendo en este concepto toda habilidad, oficio, arte o ciencia) que le mantenga, es decir, que en los casos en que haya de ganarse la vida gracias a otros lo haga solo por la *venta* de lo que es *suyo*, no por consentir que otros utilicen sus fuerzas». Por tanto, «los pertenecientes al artesanado y los grandes (o pequeños) propietarios», pero no los que venden «a otros el uso de sus fuerzas», es decir, los trabajadores dependientes, no calificados por Kant como «señores de sí» y por ello no en condiciones de ejercer el derecho de voto»

² «Aquellos a quienes su indigencia mantiene en una eterna dependencia, por condenarlos a los trabajos diarios, ni están más ilustrados que los niños en los negocios públicos, ni se interesan más que los extranjeros en prosperidad nacional, cuyos elementos no conocen y cuyas ventajas no disfrutan sino indirectamente» (Constant 1820, 172-73). «Estimo como totalmente inadmisibile que participe del sufragio el que no sabe leer ni escribir, y aún añadiré, ni las primeras reglas de la aritmética» (Mill 1965, 249). Frente al «doble peligro: la escasa inteligencia política y la legislación de clase» que dimanara de un sufragio no sólo universal, sino también igual, de modo que «la gran mayoría de los votantes...se compondría de trabajadores manuales», Mill propone el voto plural y desigual: admitido que «las personas cuya opinión merezca mayor atención deben disponer de un voto de más peso» (ibid. 252ss.), según Mill, «la naturaleza de la ocupación de cada individuo es una especie de testimonio. Un maestro es más inteligente que un obrero, porque necesita trabajar con la cabeza y no simplemente con las manos. Un capataz es, por regla general, más inteligente que un trabajador ordinario, y éste, en los oficios que exigen destreza, lo es más que un jornalero. Un banquero, un negociante, un fabricante, será probablemente más inteligente que un tendero, porque tiene que dirigir intereses más vastos y complicados» (ibid. 254). Un voto de más peso sería, por fin, reconocido a «los grados universitarios y aun a los que probasen haber hecho satisfactoriamente los estudios exigidos por las escuelas donde se enseñan las ramas más elevadas de la ciencia», o a los «profesionales liberales» (ibid.) En efecto, «el favor reconocido a la educación, justo en sí mismo, se recomienda, además, poderosamente, porque preserva a los que la han recibido de una legislación de clase emanada de los que no la han recibido» (ibid. 255).

en la isla de nuestra interioridad privada, o nos habríamos puesto al servicio de los viejos patrones» (Bobbio 1955, 281)³

Y sin embargo Atienza nos ofrece también razones óptimas por las cuales no podemos llamarnos marxistas, la primera de todas, la incomprensión hasta la hostilidad por los derechos humanos. La tesis de fondo del libro es la de la «ambigüedad» del pensamiento marxiano respecto a los derechos fundamentales (Atienza 1983, 7, 18 y *passim*). Es una ambigüedad que se revela en dos aspectos diversos: de un lado, en la diversa concepción que ha tenido Marx de los derechos humanos en las muchas fases de su pensamiento político; de otro lado, en la ambivalencia, y tal vez contradictoriedad de muchas tesis marxianas y sobre todo marxistas. La contribución de Atienza a la reflexión sobre el marxismo ha consistido en haber mostrado cómo esta ambivalencia y esta contradictoriedad están en la base de los dos filones de pensamiento y de los dos movimientos políticos que, después de Marx, han dividido a la izquierda en el mundo: de un lado, el reformismo socialista, del otro, el jacobinismo blanquista-comunista (Atienza 1983, 15).

2. *Tres fases del pensamiento de Marx acerca de los derechos humanos.* Atienza distingue tres fases del complejo recorrido del pensamiento de Marx sobre los derechos humanos, dedicando a ellas otros tantos densos capítulos: la fase juvenil hasta 1848; los años sucesivos, desde el *Manifiesto* de 1848 hasta 1852; los años de madurez, los sucesivos al 1853 (Atienza 1983, 19-22).

La primera fase es dividida a su vez en dos periodos: el periodo «pre-juvenil» y el periodo «juvenil». En el primer periodo —el más breve, hasta 1848— el jovencísimo Marx es un liberal y un iusnaturalista. Atienza recuerda de él los escritos de 1842 en la «Gaceta Renana» (*Rheinische Zeitung*) de Colonia —los *Debates sobre la libertad de prensa* y los *Debates sobre la ley contra los hurtos de leña* y *El proyecto de ley sobre el divorcio*— en los que Marx defiende el principio de igualdad y todos los derechos de libertad, desde la libertad de prensa a la libertad religiosa, critica la censura reivindicando la libre crítica como «el único tribunal que la libertad de prensa instituye en su propio seno», defiende el divorcio y combate los privilegios feudales. El segundo periodo, el periodo «juvenil», se inicia con la *Crítica de la filosofía hegeliana del derecho público*, escrita en 1843 pero sólo publicada en 1927, que —escribe Atienza— es un «texto de transición» en el que Marx dando la vuelta a la relación hegeliana entre Estado y sociedad civil, afirma que es la segunda la que determina al primero y no viceversa, y critica el principio de igualdad afirmando que «así como los cristianos son iguales en el cielo y desiguales en la tierra», del mismo modo los ciudadanos son «iguales en el cielo del mundo político y desiguales en la existencia terrestre de la sociedad» (Ibid. 42-45). Después, en *La cuestión judía* de 1844, Marx pasa de la originaria defensa de los derechos humanos a su crítica como fruto de la disociación de la persona de la sociedad: «los llamados *derechos del hombre*, los *droits de l'homme* a diferencia de los *droits du citoyen* no son otra cosa que los derechos del *miembro de la sociedad burguesa*, es

³ El párrafo prosigue así: «Pero entre aquellos que se han salvado, solo algunos han puesto a salvo un pequeño bagaje en el que, antes de lanzarse al mar, habían depositado, para custodiarlos, los frutos más sanos de la tradición intelectual europea: la inquietud de la investigación, el acicate de la duda, la voluntad de diálogo, el espíritu crítico, la medida en el juzgar, el escrúpulo filológico, el sentido de la complejidad de las cosas!»

decir, del hombre egoísta, del hombre separado del hombre y de la comunidad» (Marx 2009, 147) Y poco después: «El derecho humano de la libertad no se basa en el vínculo del hombre con el hombre sino, más bien, en la separación del hombre con respecto al hombre... La aplicación práctica del derecho humano de la libertad es el derecho humano de la propiedad privada» (Ibid. 148)⁴. La crítica de los derechos humanos como manifestaciones de la alienación de la persona en la sociedad burguesa se precisa después en los *Manuscritos económico-filosóficos* de 1844, solo publicados en 1932, y en *La sagrada familia* de 1845, donde los derechos humanos vienen concebidos como fruto de la sociedad burguesa y de los intereses capitalistas. Y se desarrolla en *La ideología alemana* y después en *Miseria de la filosofía*, donde Marx critica el carácter ficticio e idealista de los derechos de libertad que, en la sociedad burguesa, son de hecho un privilegio solo de la clase dominante y que solamente por la supresión revolucionaria de la división del trabajo y de la propiedad privada podrán universalizarse en el seno de una sociedad comunista efectivamente igualitaria y libertaria. Son críticas bien conocidas, que Atienza somete a su vez a múltiples críticas, todas ellas ampliamente argumentadas.

La segunda fase del pensamiento marxiano sobre los derechos fundamentales va desde 1848, el año del *Manifiesto del partido comunista* a 1853. Es en esta fase sobre todo en la que se manifiesta la ambigüedad del pensamiento de Marx respecto a los derechos humanos conquistados en la era cuarentayochesca. Marx les reconoce su importancia para el proletariado, pero solo como simples medios de lucha y no ciertamente como fines. En el *Manifiesto*, recuerda Atienza, viene reconocido el valor de la reducción de la jornada de trabajo y del derecho de asociación como instrumentos, y al mismo tiempo, como conquistas revolucionarias de la lucha de clases. Con el asociacionismo obrero, la competencia entre los trabajadores y su aislamiento queridos por el capital vienen efectivamente sustituidos por su solidaridad política y social en cuanto factores de su subjetividad revolucionaria. El comunismo, por su parte, no viene considerado por Marx como incompatible con la libertad, sino más bien al contrario, como condición de la realización de la «verdadera» libertad, de la «libertad real», hecha posible por el fin de la explotación del trabajo y por la realización de la igualdad de los seres humanos, consiguientes a su vez a la acción revolucionaria del proletariado. A pesar de la concepción instrumental y no ética de los derechos, existe en suma en el *Manifiesto* marxiano el reconocimiento de que la transformación comunista del modo de producción capitalista comporta, no ya la negación, sino la puesta en acto de los derechos fundamentales y de principios jurídicos como una fiscalidad progresiva, la abolición de la sucesión hereditaria, la instrucción pública y gratuita, la supresión del trabajo de los menores, y cosas similares. Las mismas tesis vienen sostenidas en los escritos de los años 1850 y 1851 —*Las luchas de clases en Francia de 1848 a 1850* y *El 18 brumario de Luis Bonaparte*— en los que hace su primera aparición la noción de «dictadura del proletariado», pero también la configuración de los derechos humanos y de la democracia parlamentaria como los instrumentos más favorables para la lucha de clases y la estrategia revolucionaria. En otras intervenciones de los mismos años, la ambigüedad se resuelve a veces en

⁴ Se manifiesta aquí claramente la subordinación de Marx al pensamiento de John Locke, esto es, la confusión entre derechos de libertad y derechos de propiedad, en el doble sentido de derechos reales y derechos civiles de autonomía contractual.

contradictoriedad: en la reivindicación, por ejemplo, del sufragio universal, del derecho de resistencia y del derecho de autodeterminación de los pueblos, y al mismo tiempo, en la polémica constante contra el carácter ficticio y discriminatorio de los derechos humanos y, en cualquier caso, en la afirmación de su papel de simples instrumentos de las luchas revolucionarias y no como valores y fines en sí mismos.

En fin, la tercera fase es aquella, sucesiva a 1853, de la plena madurez. En los *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política* de 1857-58, Marx vuelve a sostener la tesis de que la libertad y la igualdad en la sociedad burguesa son ficticias y abstractas y solo pueden realizarse en la sociedad comunista con la superación de la división del trabajo, la explotación obrera y la alienación humana. En el *Discurso inaugural* de 1864 a la *Asociación internacional de trabajadores*, Marx llega sin embargo a hablar de la lucha por la emancipación de la clase obrera como lucha por la libertad y los derechos. En toda esta fase insiste repetidamente sobre la importancia de tres derechos humanos —el derecho a la reducción de la duración de la jornada laboral, el derecho de asociación y el derecho a la instrucción— aunque siempre concebidos como limitados en la sociedad capitalista y sólo instrumentales para los fines de la lucha revolucionaria. En *El Capital* prevalece nuevamente la crítica desdeñosa: los derechos humanos tienen la función ideológica de ocultar la explotación capitalista tras la aparente igualdad y libertad en el intercambio entre trabajo y salario. Recuérdense las palabras de Marx sobre la «esfera del intercambio de mercancías», en la cual «se mueven la compra y la venta de la fuerza trabajo...verdadero Edén de los derechos del hombre», y donde «reinan solamente Libertad, Igualdad, Propiedad y Bentham» (Marx, 1968, 128)⁵. También en *El Capital*, sin embargo, permanece la acostumbrada ambigüedad: los derechos humanos, el primero entre todos la reducción del tiempo de trabajo y el derecho de asociación, son concebidos como conquistas obreras y como instrumentos de lucha, y también su realización podrá aparecer sólo en la sociedad comunista. Y lo mismo puede decirse de las tesis sostenidas en *La guerra civil en Francia* a propósito de la Comuna, en cuyas formas —el sufragio universal y, por ende, los derechos políticos, la electividad de todos los funcionarios públicos incluidos los magistrados, el mandato imperativo, la revocabilidad de los elegidos y la gratuidad de la instrucción— si bien simplistas e ingenuas, como justamente observa Atienza, Marx identificó el nuevo modelo institucional de «gobierno de la clase obrera» basado por lo tanto sobre el reconocimiento de algunos derechos, como los derechos políticos y el derecho a la instrucción.

⁵ «La órbita de la circulación o del cambio de mercancías, dentro de cuyas fronteras se desarrolla la compra y la venta de la fuerza de trabajo, era, en realidad, el verdadero *paraíso de los derechos del hombre*. Dentro de estos linderos solo reinan la *libertad*, la *igualdad*, la *propiedad* y *Bentham*. La *libertad*, pues el comprador y el vendedor de una mercancía, v.gr. de la *fuerza de trabajo*, no obedecen a más ley que la de su *libre voluntad*. Contratan como *hombres libres* e iguales ante la ley. El contrato es el resultado final en que sus voluntades cobran una expresión jurídica *común*. La *igualdad*, pues compradores y vendedores solo contratan como *poseedores de mercancías*, cambiando equivalente por equivalente. La *propiedad*, pues cada cual dispone y solo puede disponer de lo que es suyo. Y *Bentham*, pues a cuantos intervienen en estos actos solo los mueve su interés. La única fuerza que los une y los pone en relación es la fuerza de su *egoísmo*, de su provecho personal, de su *interés privado*. Precisamente *por eso*, porque cada cual cuida solamente de sí y ninguno vela por los demás, contribuyen todos ellos, gracias a una *armonía preestablecida de las cosas*, o bajo los auspicios de una providencia omniastuta, a realizar la obra de su provecho mutuo, de su conveniencia colectiva, de su interés social».

3. *La ambivalencia marxiana en cuestiones de derechos humanos y la ruptura ruinosa del movimiento socialista* — El aspecto más interesante del libro de Atienza consiste, por tanto, como ya he indicado, en la correlación sugerida por él entre la ambivalencia marxiana en cuestiones de derecho y derechos humanos y la ruptura que se produce en los decenios que siguen a la muerte de Marx, en el pensamiento socialista y en el movimiento obrero internacional. Esta ruptura, radical y violenta, viene ilustrada por Atienza en el primer capítulo de su libro: de un lado, una concepción y una práctica del socialismo como desarrollo del liberalismo, mediante una transición pacífica basada en la expansión de los derechos fundamentales —en particular los derechos políticos y los derechos sociales,— mucho más allá de la tradición liberal; de otro lado, la concepción revolucionaria del socialismo como producto de una ruptura violenta del orden capitalista y del rechazo de los derechos humanos como productos exclusivamente burgueses (Atienza 1983, 4). De un lado, añadido, la edificación del socialismo como *pars construens*, en relación de continuidad con el liberalismo; del otro lado la revolución comunista solamente como *pars destruens* —la demolición del estado burgués y del capitalismo— no acompañada de ningún proyecto alternativo de tipo jurídico e institucional.

La manifestación más ejemplificadora de esta contraposición fue la polémica entre Kautsky y Lenin que signó el fin de la segunda Internacional. La posición del primero, etiquetada por sus adversarios como «revisionista», fue expresada por el último Engels, y sobre todo por Bernstein y después en el austromarxismo de Adler, Renner y Bauer, y en Italia, por Turati y por Mondolfo, los cuales sostuvieron la posibilidad de una vía pacífica y constitucional al socialismo (Engels 1895), el rechazo de la dictadura del proletariado y de la revolución violenta (Bernstein 1899), la crítica de la tesis de la extinción socialista del Estado, la idea de una realización del socialismo a través de la república democrática, y la crítica de la dictadura del proletariado implantada por Lenin en la Unión Soviética (Kautsky 1982, 1989, 1918, 1919), la concepción, en fin, del socialismo como desarrollo y continuación de las conquistas de la Revolución Francesa (Mondolfo 1906). La posición del segundo, que es el origen de todos los comunismos en el poder en el siglo pasado y de su penosa quiebra, fue expresada en el duro panfleto *La dictadura del proletariado y el renegado Kautsky*, de 1918, que apoyándose en los escritos marxianos más críticos en relación con el derecho, el Estado y los derechos humanos, sostiene la necesidad de destruir con la violencia el Estado burgués, incluidos los derechos humanos, el parlamentarismo y la separación de poderes (Atienza 1983, 7-17).

Releer después de cuarenta años este libro de Atienza permite hacer un balance sobre las tristes peripecias de la izquierda en el mundo: sobre la ruptura del movimiento socialista hasta el hundimiento de los dos filones suyos, es decir, la quiebra de los comunismos y después en el actual declinar de la socialdemocracia. Indicaré dos órdenes de consecuencias de la ambigüedad (y, sustancialmente, de la incompreensión) marxiana en cuestiones de derechos humanos y de la quiebra del movimiento socialista.

La primera consecuencia ha sido el fracaso del filón comunista. Habiendo acogido y desarrollado solamente la *pars destruens* del pensamiento marxiano —la extinción del Estado y la superación del capitalismo— y no habiendo elaborado ninguna alternativa democrática, el resultado de la toma del poder por parte del partido bolchevique no podía ser sino la autocracia política y la disciplina del trabajo. De aquí la enorme diferencia entre comunismos de gobierno

y comunismos de oposición. Contrariamente a los comunismos del primer tipo, cuando quiera que los comunistas han permanecido en la oposición, como en Italia y, en general, en el occidente capitalista, han dado vida a fuerzas políticas democráticas que han desarrollado un papel extraordinario de progreso y de educación civil de masas enormes de proletarios en los valores de la democracia.

La segunda consecuencia ha sido una suerte de parálisis del pensamiento teórico-político en la cuestión de la democracia. Ninguna contribución, como mostró justamente Norberto Bobbio, ha sido aportada por el filón leninista a la teoría de la democracia (Bobbio 1976). Pero también el filón socialista ha sido paralizado por la incomprensión marxiana de los derechos humanos, sustancialmente subordinada a la confusión liberal, que se remonta a John Locke, entre libertad y propiedad, entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales⁶. De aquí la desvalorización comunista de las libertades llamadas burguesas, a las que ha asociado el mismo disvalor asociado a la propiedad, paralela a la opuesta valorización liberal de la propiedad, a la cual, en sentido contrario, ha sido asociado el mismo valor asociado a la libertad. De donde la absurda contraposición, en lugar de la obvia sinergia, entre liberalismo y socialismo, entre derechos de libertad y derechos sociales, que ha pesado y todavía continúa pesando sobre el pensamiento democrático.

REFERENCIAS

- Atienza, M. (1983) *Marx y los derechos humanos*. Madrid. Ediciones Mezquita.
- Bobbio, N. (1955) «Libertà e potere», en *Politica e cultura*. Torino. Einaudi.
- Bobbio, N. (1976) *Quale socialismo? Discussione di un'alternativa*. Torino. Einaudi.
- Constant, B. (1820) *Curso de política constitucional*. Madrid. Imprenta de la Compañía. (Reeditado en 1989 por el Ministerio de Justicia).
- Ferrajoli, L. (1970) *Teoría assiematizzata del diritto. Parte Generale*. Milano. Giuffrè
- Ferrajoli, L. (1989) *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*. Roma-Bari. Laterza (trad. esp. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Trotta 1995).
- Ferrajoli, L. (2007) *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*. Roma-Bari. Laterza (trad. esp. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid. Trotta. 2011).
- Ferrajoli, L. (2021) *La costruzione della democrazia. Teoría del garantismo costituzionale*. Roma-Bari. Laterza.
- Kant, E. (2006) «En tono al tópico: Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica», en *Teoría y práctica*. Madrid. Editorial Tecnos (4ª edición). Título original. *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1793).

⁶ He criticado muchas veces estas confusiones conceptuales: desde el viejo libro *Teoría assiematizzata del diritto. Parte Generale* (Ferrajoli 1970, cap. II, ep. 5.2, pp. 99-105, a *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penal*. (Ferrajoli 1989, ep. 60, pp. 950-957; trad. esp. pp. 905-920), a *Principia Iuris. Teoría del diritto e della democrazia* (Ferrajoli 2007, vol. I, ep. 1.6, 2.4, 10.10, 11.4-11.7, pp. 132-134, 157-161, 635-638, 742-766; trad. esp., pp. 126-128, 151-155, 600-685, 701-739; vol. II, ep. 13.17, 14.14-14.21, pp. 83-85, 229-266; trad. esp., pp. 81-83, 218-258; y en *La costruzione della democrazia. Teoría del garantismo costituzionale*. (Ferrajoli 2021, ep. 3.2-3.3, pp. 228-240).

- Marx, C. (2009) *Sobre la cuestión judía*, en Bruno Bauer-Karl Marx, *La cuestión judía*. Barcelona. Editorial Anthropos. Original: *Zur Judenfrage* (1844).
- Mill, J.S. (1965) *Del Gobierno representativo*. En J. Stuart Mill, *Libertad, Gobierno representativo, Esclavitud femenina*. Madrid. Res Pública Clásicos. Editorial Tecnos S.A.

MANUEL ATIENZA Y EL CONSTRUCTIVISMO

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

Universidad de León

1. EL CONSTRUCTIVISMO MORAL: SU CONCEPTO Y SU PECULIARIDAD

Mi querido amigo Manuel Atienza es constructivista. El constructivismo moral es aquella doctrina que mantiene que, en cuestiones morales o de razón práctica en general, lo correcto es aquello en lo que estaría de acuerdo todo ser humano dotado de razón y puesto bajo condiciones ideales de imparcialidad, información suficiente e igual para todos e iguales derechos argumentativos o deliberativos. Situemos la cuestión.

(i) De lo que se trata es de la corrección objetiva del contenido de las acciones y de las normas mismas que las regulan. Y el patrón de corrección es objetivo si no es dependiente de la opinión, la voluntad, el saber o el específico interés de ningún sujeto en particular, sea el que crea la norma, sea el que la aplica o sea el que sobre ella opina.

Igual que los valores nutritivos de una manzana son los que son, independientemente de a quién le gusten más o menos las manzanas, de quién y por qué las compre o las venda o de las historias que acá o allá se difundan sobre la conveniencia o inconveniencia de comer manzanas, el valor de corrección de una norma que nos mande algo, en general o para un caso, es el que es.

(ii) Cuando hablamos de la corrección de normas entramos en el campo de la razón práctica. La razón práctica es la que se ejercita cuando decidimos lo que está bien o mal hacer, cuando elegimos entre alternativas de acción.

La idea de razón práctica alude al tipo de razonamiento que aplicamos cada vez que propiamente decidimos en libertad entre alternativas, como cuando decido si ayudo con dinero o no a esa persona pobre que en la calle pide limosna hoy o si rebaso o no el semáforo en rojo, pues no viene nadie por la otra calle, no hay guardia a la vista y llevo mucha prisa porque voy a visitar en su lecho de muerte a mi padre muy enfermo. Así que la razón práctica está omnipresente en la vida de cada ser humano consciente y mínimamente libre.

(iii) Unidad de la razón práctica. Cada una de esas acciones es susceptible de ser normativamente calificada y heterogéneamente calificada (como correcta o incorrecta) desde sistemas

normativos diversos. Así, mi decisión de pasar en rojo aquel semáforo puede calificarse como correcta desde mi moral personal, es ilícita, incorrecta, desde el punto de vista del Derecho vigente y puede que sea tenida por incorrecta, en cuanto pecaminosa, desde un sistema de normas religiosas, etc.

Ahí es donde entra en juego la tesis de la unidad de la razón práctica, tan cara a los iusmorralistas como Manuel Atienza. Esa tesis viene a indicar que, aunque quepan tales calificaciones distintas desde sistemas normativos sectoriales y entre sí relativamente independientes, a la postre la razón práctica es solo una y hay un supremo patrón de corrección, vistas todas las cosas y circunstancias de cada caso y sopesadas también, entre las circunstancias de cada caso, todas esas normas concurrentes y las razones de fondo que las avalan.

Ese supremo o unitario patrón de corrección es el de la moral racional o moral objetivamente correcta. Por tanto, se parte de una esencial diferenciación entre lo que es la moral personal de cada uno o la moral positiva o colectivamente dominante, por un lado, y, por otro, lo que es la moral objetivamente correcta, cuyos contenidos son racionales y objetivamente válidos precisamente porque no dependen de ninguna preferencia o circunstancia contingente o relativa.

(iv) El objetivismo moral sostiene que los enunciados resultantes del ejercicio de la razón práctica son objetivamente correctos o incorrectos. Aquí hay como mínimo una analogía con lo que sucede con los enunciados empíricos. Un enunciado como «el área del cuadrado cuyo lado es la hipotenusa es igual a la suma de las áreas de los cuadrados cuyos lados son los catetos» o como el enunciado, «ayer, 15 de abril de 2023, a la altura del número 45 de la calle Gran Vía de la ciudad de Madrid a las 19:31 horas había una temperatura de 17 grados Celsius» son objetivamente verdaderos o falsos.

Pasemos ahora a un enunciado normativo o de razón práctica, como el de que «toda esclavitud humana es siempre injusta» o el de «es moralmente correcto que el conductor rebasara el semáforo en rojo si no venía nadie en el otro sentido ni ponía en peligro la vida o integridad de nadie y aunque la norma jurídica vigente prohíba dicha conducta». Las metaéticas escépticas mantienen que esos enunciados pueden ser correctos o incorrectos para unas u otras personas, subjetivamente, pero que no hay ningún metro, pauta objetiva de medida o método que permita saber, más allá de lo que cada cual opine, si en verdad son objetivamente correctos o incorrectos esos enunciados. En cambio, las teorías objetivistas, como la de Manuel Atienza, afirman que la razón práctica sí nos brinda conocimientos ciertos y modos de acreditar con objetividad si tales enunciados son correctos o erróneos, al menos en los asuntos que más importan.

(v) En esas decisiones que acontecen en el terreno de la razón práctica, el método que se aplica es el de ponderación. Ponderar es asignar peso, importancia o relevancia a cada alternativa decisoria y eso se hace desgranando pesos para los distintos componentes de cada alternativa y en función de las circunstancias del caso.

Eso es ponderar, evaluar razones de todo tipo de las que puedan concurrir en pro o en contra de una u otra de las decisiones posibles y decidir a partir del balance con el que concluimos esa ponderación. Ponderar, pues, es lo mismo que valorar comparativamente las razones que se nos presentan en relación con una decisión que de nosotros depende. No hay decisión

propriadamente dicha que no se tome ponderando, valorando comparativamente las alternativas disponibles. La cuestión, de nuevo, está en si el resultado de mi personal ponderación se puede comparar con un patrón objetivo de corrección que sea exterior a mí e independiente de mí y de las personales preferencias de cualquier individuo, o si no hay tal patrón objetivo externo. El objetivismo moral, como ya sabemos, afirma que tal patrón sí existe y que habita en el campo de la razón práctica unitaria.

(vi) El objetivismo moral tiene dos variantes muy principales, el realismo moral y el constructivismo. Para el realismo, los valores morales forman parte de los entes que en el mundo existen y que tienen sus propiedades y contenidos con independencia de los sujetos, sus opiniones y el contenido que a tales valores los sujetos atribuyan. Como valores morales, la dignidad o la justicia son lo que son y las conductas o normas que sean contrarias a la dignidad o a la justicia lo son porque lo son, no porque así sean pensadas. Así puestas las cosas, los enunciados de razón práctica resultan aptos para ser calificados como verdaderos o falsos (no meramente como correctos o incorrectos), de modo muy próximo a como así cabe calificar los enunciados empíricos.

Por tanto, el realismo moral es una tesis ontológicamente muy fuerte, de corte metafísico y presuponiendo, por tanto, una ontología no puramente materialista. Sobre esa base se plantea el problema epistemológico, el de cómo podemos conocer ese contenido objetivo de los valores morales y convertirlo en contenido normativo que nos diga si objetivamente es correcta (verdadera) o errónea (falsa) tal norma concreta o determinada conducta.

Las vías para ese conocimiento de lo que el valor es y manda para tales cuestiones de razón práctica, según el realismo, son la intuición o el «escuchar» la voz de nuestra naturaleza que se hace presente en nuestra razón. El mejor ejemplo de tal realismo es el vialismo iusnaturalismo.

(vii) La otra gran variante del objetivismo moral es el constructivismo. Para los constructivistas, los valores morales o de razón práctica (bien, justicia, dignidad, solidaridad, equidad...) existen y son necesarios, constituyen la base de la razón práctica y de la posibilidad de sus dictámenes objetivos, pero tales contenidos no están ahí afuera, como elementos desde siempre presentes en dichos valores. Los valores son objetivamente lo que son y mandan objetivamente lo que mandan, pero con un componente de dependencia histórica. Lo que hace quinientos años podía verse, en el marco de aquel «mundo de la vida», como perfectamente compatible con la dignidad, hoy puede objetivamente tenerse como del todo incompatible con ella. Los cambios en los conocimientos disponibles, en las situaciones históricas de todo tipo y en los marcos culturales llevan a esa mutabilidad de valores que no por eso dejan de ser objetivos en su ser y en sus contenidos. Por eso no es apropiado llamar iusnaturalistas a constructivistas como Alexy o Atienza o habría que matizar que su iusnaturalismo lo es «de contenido variable», pues su ontología o axiología no son de corte realista.

¿Cómo se conoce ese contenido que el valor tiene en cada momento y eso que, para cada caso y en cada contexto, el valor objetivamente determina como justo o injusto, digno o indigno, equitativo o inicuo, etc.? En el constructivismo se engarzan o se unifican lo ontológico y lo epistemológico: lo objetivamente correcto es aquello en lo que acabaría estando de acuerdo una

comunidad abierta de seres racionales que razonen y cooperativamente debatan sin más interés que el de alcanzar mediante la razón común lo correcto. Con tal designio determinante, su razonar es imparcial porque no busca más que lo común a la razón de todos y no lo que mueva el interés egoísta o sesgado de cada uno.

Así pues, lo normativamente correcto no está preestablecido al deliberar colectivo y al imparcial razonar en común, sino que será aquello que del acuerdo final así resultara. No sabemos lo que es, y seguramente tampoco es antes de que lo sepamos, pero sería lo que racionalmente acordaríamos..., después de que hipotéticamente lo hubiéramos acordado. Porque si el contenido antecediera al acuerdo, ya no estaríamos ante una ética procedimental y argumentativa, sino ante una ética material o una teoría material de los valores, y ya no se trataría de un planteamiento constructivista, sino de realismo moral.

2. EL CONSTRUCTIVISMO DE MANUEL ATIENZA

La nómina de los grandes autores constructivistas, vinculados a la filosofía política y moral, es bien conocida: Rawls, Habermas, Alexy, Nino... y Atienza.

Manuel Atienza se reconoce constructivista y se proclama afecto a un «objetivismo mínimo» y no realista moral. Pero es un tanto esquivo a la hora de desarrollar esa parte que su teoría antipositivista proclama o presupone e incurre en conatos de realismo o de una «ética material» que no cuadra del todo con ese constructivismo presunto o invocado.

Tal vez el texto en que con más claridad se aprecia la alineación de Atienza con el constructivismo es el siguiente:

«¿Cuál es la moral justificada, la moral a la que debe acudir el juez?; ¿acaso existe alguna? Si no fuera así, como piensan muchos positivistas (no todos) y los defensores de las teorías críticas del Derecho, lo único que cabría es reconocer que en la argumentación judicial hay un componente (mayor o menor) de carácter irracional o arracional, el cual, por lo tanto, no parece apto para ser usado como criterio de evaluación. Pero ésa no tiene por qué ser una conclusión inevitable. En la filosofía moral existen diversas propuestas de teorías éticas —de ética normativa— que sostienen (con diversas intensidades) el objetivismo moral y que, en consecuencia, podrían ser aptas para desempeñar esa función: suministrar un método para descubrir la moral correcta. *En mi opinión, la postura más adecuada es la del llamado constructivismo o procedimentalismo moral, en alguna versión como la suscrita por John Rawls, por Jürgen Habermas o por Carlo S. Nino que, por lo demás, son sustancialmente coincidentes. La base de ellas, por cierto, es que los principios de una moral justificada serían aquellos a los que llegarían por consenso un conjunto de agentes que discutieran respetando ciertas reglas más o menos idealizadas. Los criterios para evaluar los razonamientos judiciales remiten, por lo tanto, a la argumentación racional*» (Atienza 2011, p. 130; la cursiva es mía).

También ha dicho que la manera más adecuada de sostener la tesis del objetivismo moral y la de la unidad de la razón práctica «no consiste en recurrir al Derecho natural, sino a alguna forma de procedimentalismo o constructivismo moral» (Atienza 2107, p. 50).

En repetidas ocasiones se remite al respecto a Alexy (Atienza, 2017, p. 203) y a Nino (Atienza, 2017, 204 y Atienza, 2013, pp. 617ss) y asume el constructivismo parejo de uno y otro, siempre preferible, según Atienza, al realismo moral estricto y que parta de la existencia de algo así como los *morons* de que habla Dworkin.

Con todo, y como algún joven autor ya ha visto sagazmente (Misseri, 2023, p. 312), el rol que recientemente Atienza asigna a la dignidad humana como supervalor con contenidos no ponderables introduce un incómodo matiz a su constructivismo y lo acerca un poco al realismo que venía rechazando. Más no es ese el tema que aquí quiero tratar, sino el de las virtualidades prácticas del constructivismo y los usos que Atienza le da.

Despliega Atienza una doble estrategia combinada, que repaso seguidamente.

2.1. *¿Es fáctico lo contrafáctico?*

Por una parte, insiste en que las soluciones objetivamente correctas a los serios dilemas de razón práctica tienen que existir y han de ser cognoscibles, ya que cuando reflexionamos y argumentamos sobre tales asuntos presuponemos que en verdad existe y puede ser descubierta u objetivamente constituida esa solución correcta única. Se trataría de algo así como un presupuesto cuasitrascendental, consistente en que si yo me pregunto cuál es la mejor solución de entre las alternativas que configuran un dilema moral mío, o en que, si soy juez y me planteo cuál será la mejor solución para este caso que me toca sentenciar, se sigue que objetivamente existe la mejor solución, y existe porque la busco, pues al buscarla hipotéticamente presupongo que la hay. Que mi razón pueda ser falible y que pueda yo errar no es señal de que no haya tal solución objetivamente correcta, sino de lo limitado de mis capacidades o lo corto de mis dotes de argumentador racional.

A mi modo de ver, eso es una quimera teórica y práctica. Los ejemplos que así lo muestran podrían ser infinitos. Veamos algunos.

La humanidad se ha pasado la vida buscando con esperanza la inmortalidad, aunque no sea más que la del alma, y acomodando las conductas y las normas sociales para conseguirla. No podemos entender la historia de las sociedades sin esa búsqueda, sin ese poner en el centro de la creencia individual y las prácticas sociales la presuposición de que tenemos un alma inmortal con un futuro incierto y de nosotros mismos dependiente. Pero esa especie de presupuesto cuasitrascendental de tantas prácticas no es argumento contra una ontología puramente materialista ni indicio siquiera de que en verdad tengamos alma y sea inmortal.

Cuando presto algo a alguien, presupongo que puede y quiere devolvérmelo más adelante. Si sé que no me lo reintegrará, asumo que no se lo estoy prestando, sino que le hago una donación. El presuponer en el otro la voluntad y posibilidad de la devolución de lo prestado es una especie de elemental presupuesto trascendental o conceptual del préstamo, pero no implica que el prestatario vaya a cumplir. ¿Será que se frustra mi pretensión de corrección? No, más bien que *lo que contrafácticamente se presupone fácticamente no implica nada*.

Cuando con genuino propósito comunicativo le hablo a alguien, presupongo, como condición de sentido de mi acción, que está vivo y que no está sordo del todo. Pero eso no implica

nada más que lo que siempre suponen las condiciones cuasitrascendentales o contrafácticas entendidas, por ejemplo, al modo habermasiano: que si todos nos pasáramos el día hablando solos o si todos estuviéramos sordos de remate, la comunicación verbal no sería posible. Por eso, dicho con algo de broma, es condición de posibilidad de la comunicación oral que hablemos unos con otros y que nos oigamos. Pero eso poco tiene que ver con el presuponer contenidos comunicativos correctos o incorrectos o que la razón práctica sea capaz de dictarnos en cada ocasión lo que es correcto que a cada uno digamos. Igual que la razón práctica no sirve para decirle al juez cuál de los posibles es el fallo correcto del caso que decide, por mucho que imaginemos que hay un juez, también contrafáctico y llamado Hércules, que sí lo sabría.

2.2. *Argumentar para los adentros*

Hemos visto hace un rato que Atienza dice que el constructivismo de tipo alexiano vale para brindar al juez «un método para descubrir la moral correcta». Creo que así es como lo ve también el propio Alexy. Pero se trataría de un constructivismo muy raro, unido a una argumentación racional muy poco comunicativa. Veamos por qué.

El constructivismo, como sabemos, presupone que la solución correcta para los serios problemas de razón práctica sería aquella en la que acabarían poniéndose de acuerdo todos los participantes en un diálogo desplegado bajo condiciones ideales que garanticen la imparcialidad y que cada uno opina y toma partido en cuanto ser dotado de razón y no en cuanto individuo condicionado por sus personales intereses, prejuicios, complejos, miedos... Es el escenario ideal o modelo contrafáctico de argumentación o discurso racional, por imparcial, que dibujan Rawls, con su posición originaria bajo el velo de ignorancia, Perelman, con su argumentación orientada a la convicción del auditorio universal, Habermas, con su situación ideal de habla... o Alexy, cuando, con base en esos autores y algunos más, sintetiza las reglas de la argumentación racional.

El constructivismo presenta un modelo ideal de diálogo que opera como comparación contrafáctica que sirve para medir la racionalidad de los concretos diálogos sociales y de sus resultados en forma de normas y decisiones. Lo que se nos viene a decir es que una decisión legislativa, por ejemplo, será tanto más racional u objetivamente correcta (además de tanto más legítima) cuanto más depurado sea el sistema electoral, cuanto más libre y fundada la deliberación social sobre alternativas, cuanto más las reglas del sistema jurídico-político aseguren que no impere la corrupción, la compra de votos, las dádivas a los parlamentarios sumisos, etc., etc. Un modelo contrafáctico similar suponemos cuando opinamos, por ejemplo, que la democracia sueca es mejor que la de Haití y que, por ello, son más legítimas y podemos suponer más justas y engendradoras de obligación política las leyes suecas que las haitianas.

Esto que acabo de exponer está plenamente presente en el Habermas de *Facticidad y validez*. Podríamos sintetizarlo así: las normas de Derecho se pueden entender tanto más racionales y legítimas cuanto más sus procesos de creación institucionalicen los presupuestos cuasitrascendentales de la acción, comunicativa. Y, además, tales presupuestos excluyen que quepa atribuir racionalidad o legitimidad a normas legisladas que, por ejemplo, instituyan la esclavitud de

algún grupo social, permitan la detención arbitraria de opositores políticos o consagren la tortura como medio probatorio válido. ¿Por qué? Pues porque ningún sujeto racional, bajo aquellas condiciones procedimentales ideales del debate racional, podría consentir normas así, de las que podría ser víctima él mismo y teniendo en cuenta que en ese contexto argumentativo ideal se presuponen como partícipes sujetos moralmente maduros que no asumen tampoco para los otros lo que en ningún caso desearían para sí.

Lo que del legislador importa, bajo la óptica constructivista de Rawls o Habermas, no es que busque la ley materialmente correcta y que por buscarla esté asumiendo que existe. Lo que interesa es que si en la búsqueda no se trata de imponer las preferencias de un tirano o el puro rodillo de un partido, sino que están institucionalizados aquellos presupuestos del discurso racional, bajo la forma de garantía plena de los derechos y la soberanía popular, entonces lo que se decida es objetivamente correcto, pero no por lo que la norma contenga, sino por cómo la norma se hizo.

¿Y los jueces? Ahí es donde ese enfoque de Habermas choca con las propuestas de Alexy y donde parece que Atienza se va con Alexy: en la idea de que también la decisión judicial correcta se puede alcanzar y justificar desde las propuestas del constructivismo.

Pensemos en un tirano gobernante que hubiera leído a los autores constructivistas, que desconfiara de las intenciones y modos de la ciudadanía y los partidos y que se propusiera usar su poder para emitir leyes perfectamente justas y racionales, en cuanto que potencialmente susceptibles, en su opinión, de ser aprobadas por aquella comunidad ideal de dialogantes respetuosos con las alexianas reglas del argumentar racional. Es más, ese tirano es tan ilustrado como para que ni se le ocurra mandar normas de aquellas que por definición no son aptas para la aprobación por sujetos libres e iguales pensando y dialogando en libertad, como una norma que permitiera la esclavitud de algún grupo. Por ejemplo, trataría de zanjar el debate social sobre si deben valer jurídicamente o no los contratos de maternidad subrogada o sobre el tipo impositivo máximo en el impuesto sobre la renta, pero procuraría decidir legislativamente sobre tales cosas prescindiendo honestamente de sus personales intereses y del peso de sus particulares convicciones y colocándose hipotéticamente como uno más de aquellos dialogantes racionales e imparciales que buscan con la mejor actitud un acuerdo. Y, tras mucho reflexionar así, concluiría y pondría en la ley si el contrato de maternidad subrogada se permite jurídicamente en el país o no y que el tipo máximo del impuesto es del X por ciento.

¿Qué diría un constructivista habermasiano? Pues creo que diría que la racionalidad o justicia pretendida no se da sin que sea posible y se haga real la institucionalización, en todo lo que quepa, de aquellas condiciones ideales. *Lo que legitima la decisión legislativa no es que quien legisla se imagine, aun de buena fe, qué decidiría sobre asuntos así una asamblea de legisladores perfectamente imparciales, informados, ecuanímenes y pendientes nada más que del interés general y las mejores razones; no, lo que legitima es que esa decisión la tomen los parlamentos con procedimientos deliberativos institucionalizados que se aproximen lo más posible a aquel modelo ideal de deliberación colectiva.*

Y, por definición, por muy sabio, honesto, reflexivo y leído que se quiera un dictador y por mucho que sea su interés genuino por construir para su pueblo una legalidad que todos los ciudadanos tendrían que aprobar si fueran perfectamente racionales también, dichas normas

individualmente emitidas carecerían de legitimidad y de racionalidad y no podrían apelar a los esquemas constructivistas para reclamar su justicia. Es la efectividad de los procedimientos dialógicos, deliberativos, lo que legitima las decisiones y los contenidos normativos, de acuerdo con el constructivismo bien entendido. ¿Y si se trata de un juez?

El juez se halla, a tales efectos, en la misma situación que aquel legislador unipersonal que por definición no puede legitimar sus decisiones porque las pensó mucho, las argumenta celosamente y supone que cualquier que sea mínimamente racional debe estar de acuerdo con él. El legislador unipersonal no emite leyes justas, en el sentido procedimental del constructivismo, porque por definición no es justa la ley unipersonal y porque hay cómo legislar institucionalizando la deliberación social. *El reemplazo de la deliberación de los ciudadanos reales por la íntima y «monológica» deliberación del legislador unipersonal hace ilegítima e irracional la ley que éste produce, aunque pueda él y puedan muchos creer que sería la misma ley que todo el pueblo aprobaría si no fuera tan bruto.*

La decisión judicial propiamente dicha no hay cómo convertirla en democráticamente legítima. Como explica Habermas, precisamente al distanciarse de Alexy y de su teoría de la ponderación, lo que legitima la decisión judicial es el sometimiento del juez a la norma legal constitucional y democráticamente legitimada, debiendo, pues, el juez abstenerse de la decisión *contra legem*, aun cuando considere que son más racionales y hondas sus personales razones que las de la ley en este caso. Por eso se opone Habermas a que, buscando la objetiva justicia del caso concreto y presuponiendo en conciencia diálogos que nada más que en silencio de su conciencia ocurren, pueda el juez re-ponderar, caso a caso, lo que ya con alcance general ponderó el legislador. Si el legislativo democráticamente legitimado dijo que sí tienen validez los contratos de maternidad subrogada, ya para nada tiene el juez que pesar las circunstancias del caso concreto, tales como cuánto dinero tiene la madre que arrienda su útero, cuánto le pagan, si gesta para uno solo o para una pareja, si estos ya tienen más hijos¹...

El juez de Atienza, como el juez de Alexy, concede peso grande a lo que llaman estos autores la dimensión institucional del Derecho y no desdena el valor de las razones para que las sentencias no se salten lo que la ley dice y sus interpretaciones posibles. Pero el juez de Atienza y el juez de Alexy admiten *a limine* la decisión judicial *contra legem*. Alexy lo admite en virtud de la tesis del caso especial y Atienza en función de la unidad de la razón práctica. Y para los dos la ponderación es el método o procedimiento por el que el juez determina si en el pesaje comparativo vencen las razones morales (entre las que están las razones para respetar lo institucional, lo que la ley dice) a favor de la legalidad o las razones morales para la decisión *contra legem*, natural en quienes señalan insistentemente que toda norma jurídica es por definición derrotable y en los iusmoralistas que entienden que no hay verdadera justificación del acatamiento de la ley que no sea una razón que en última instancia es moral.

¹ Eso no obsta a lo que de margen para la discrecionalidad deje la interpretación posible de la norma y a cuánto y cómo se pueda acomodar, dentro del respeto a su tenor, la norma a los hechos. En eso es en lo que Habermas toma de K. Günther la idea de «sentido de adecuación». El juez no tiene que ponderar o re-ponderar en el caso para ver si la norma gana o sale derrotada, sino que debe ver la mejor manera de acomodar al caso la aplicación de la norma.

Si Alexy y Atienza pensarán que ponderar es el nuevo nombre con que se denomina la valoración comparativa de las opciones interpretativas y aplicativas de la legalidad o de las alternativas creativas cuando hay una laguna normativa, no estarían explicando nada diferente de lo que ha mantenido todo el iuspositivismo del siglo xx, de Kelsen para acá: que los márgenes de indeterminación del lenguaje legal y las insuficiencias sistemáticas de la legalidad convierten en inexorable la discrecionalidad judicial, aun en el juez que con el derecho positivo se quiera más respetuoso. Pero no, la diferencia es que para todo el iusmoralismo, sea realista o constructivista, la obligatoriedad jurídica de la ley sólo lo es *prima facie* y su concreto alcance en cada caso se hace mediante un diagnóstico del valor moral de la solución legal.

Son doctrinas nacidas para justificar las derrotas puntuales de las normas jurídico-positivas, incluso en lo que estén bien claras y formalmente no tengan vuelta de hoja; incluso las que se legitimen por un procedimiento democrático de creación que fielmente reproduzca los presupuestos de la racional deliberación social; y hasta las mismísimas normas constitucionales. Y nada de eso cambia por las proclamas sobre la importancia de lo legal e institucional y la excepcionalidad de las derrotas. Son derrotas que convierten en papel mojado los imperativos legales legítimos en casos que previamente, también a efectos retóricos, son denominados casos difíciles y donde de pronto se explica que el juez recuperó su libertad, racionalmente guiada, para decidir sin ley (o contra la letra clara de la Constitución), ya que concurre ahí una laguna axiológica.

Pero si el expediente con que la arbitrariedad del juez libérrimo se encubre es el del constructivismo, lo que acaba destruido es todo sentido útil y coherente del constructivismo mismo, y de paso, el sistema constitucional de legitimidad en su conjunto.

El lugar de la deliberación imparcial no puede ser ni es en ningún caso la conciencia moral del juez, su razón práctica, que es la suya, la individual, la personal de cada juez. Que, en su cabeza, el juez se pregunte no sencillamente que alternativa de decisión le parece a él más justa, incluida la de excepcionar la ley, sino cómo decidirían sobre esos hechos los hercúleos jueces más sabios y mejor formados del mundo nada añade de fundamentación racional a la decisión de ese juez. En primer lugar, porque nunca va a concluir que la decisión que personalmente le parece preferible es la errónea o que los jueces imparciales y más sabios preferirían otra. En segundo lugar, porque la leal búsqueda de la decisión correcta no aumenta las probabilidades de que materialmente exista la única decisión correcta (o casi) y haya cómo encontrarla. En tercer lugar, y como los hechos están demostrando en el mundo latino, porque es destructivo del Estado de Derecho y de las constituciones vigentes el darle al juez la posibilidad de convertirse en soberano a base de creerse que no es su subjetividad la que impera sobre la legalidad, sino que es la Razón (con mayúscula) la que habla por su boca y la que sale de su particular ponderar. Cuando no quede títere con cabeza ni piedra sobre piedra en nuestros regímenes constitucionales, será tarde para acordarse de lo que significaba la letra de la Constitución o para leer en misa *Esencia y valor de la democracia*.

La cabeza del juez no es el espacio o escenario de la deliberación constructivista, es la cabeza de ese juez, por mucho que, aquejado de soberbia, se piense Napoleón o se crea Hércules. Y la razón del juez no es ni un caso especial de razón privilegiada ni el lugar en que se ejercita la unidad de la razón práctica, es solamente la razón de una persona a la que pedimos que razo-

ne imparcialmente y con solvencia técnica, pero a la que atamos a la ley legítima y al texto constitucional porque la sabemos falible; falible en los casos fáciles y falible en los casos difíciles y por mucho que él y los que lo alientan se dediquen a llamar difíciles a los casos fáciles cuya solución constitucional o legal les desagrada.

Ciertamente nos dice Atienza que esa racionalidad constructivista que puede y debe inspirar al juez y que es la fuente de la objetividad debida de las normas morales que en cada caso venzan, tiene que justificarse mediante la argumentación. Y aquí es donde también se distorsiona el papel de la argumentación en la práctica jurídica, en concreto la argumentación judicial. El juez «alicantino» argumenta consigo mismo o se imagina inserto en la comunidad ideal de habla mientras analiza y pondera los hechos y las normas del caso, y sobre esa base monológica, pero imaginariamente dialógica, decide. Y luego, en la motivación de la sentencia, ese juez traslada a las partes y el público esos argumentos que en su magín compartió y acordó con todos los jueces idealmente sabios y virtuosos.

2.3. *Llegó Manolo y mandó a parar*

Por mucho crédito que concedamos a los jueces alicantinos o de la comunidad ideal de dialogantes y por grande que sea la fe con que contemplemos sus modos de ponderar, una duda acabará por corroernos: ¿acaso no pueden equivocarse también esos jueces que creen que la moral manda sobre la norma positiva, que la suprema obligación del juez es servir a la justicia y que tienen ellos el método y las ganas para cumplir esa hercúlea tarea?

Ciertamente, podemos convenir que es racionalmente deficiente la sentencia cuya motivación aparece repleta de falacias y paralogismos o de argumentos traídos por los pelos, arbitrarios y mal desarrollados. Pero ¿acaso no cabe que el fallo sea el correcto y el único acorde con la razón práctica única, el que habría hallado cualquier ponderador avezado, aun cuando ese juez no haya sabido respaldarlo con los argumentos mejores? ¿Lo objetivamente correcto es lo que el juez argumenta muy bien o lo que habrían acordado unánimemente y argumentado de maravilla en una comunidad de jueces ideales bajo condiciones deliberativas perfectas?

Es el propio Manuel Atienza el que, cuando critica algunas sentencias, nos deja ver que la argumentación es lo de menos; que lo que importa es que los argumentos del tribunal respalden el fallo que en sí es correcto..., o que es correcto para Manuel Atienza. Que, por tanto, cuando se falla como manda la razón práctica, bien correcta objetivamente es la sentencia, aunque se argumente regular en la motivación; y que cuando no se falla como Dios manda, da igual lo que se diga, pues se traicionó a esa razón práctica suprema o falló el ponderómetro por no llevarlo engrasado. En otros términos, que si el fallo del juez es apropiado, porque en la reconstrucción que el juez, en su conciencia, hace del diálogo ideal acierta a encontrar la solución correcta, entonces el fallo seguirá siendo correcto aun cuando al motivar su sentencia expresamente ese juez incurra en deficiencias argumentativas, se le escape alguna falacia o, incluso, no dé pie con bola.

Si lo determinante es dar con la respuesta materialmente correcta y no engañar en el pesaje, entonces la argumentación importa menos que lo decidido; pero si lo dirimente es la argumen-

tación, entonces bien decidido está todo lo que se argumente bien; salvo que Manuel Atienza o alguien piense que esta separación es artificiosa, ya que el que decide lo correcto necesariamente es porque al menos para sus adentros lo argumentó bien en una noche de diálogos imaginarios con Hércules y su *troupe*, y que no hay argumentación correcta si no es la que justifica el fallo materialmente debido. Pero si así se llegaran a ver las cosas, los efectos deletéreos serían descomunales: se acaba con cualquier sentido coherente del constructivismo, se hiere de muerte la teoría de la argumentación jurídica que pretenda ser algo más que un tipo de íntima reflexión privada y toda esta doctrina se volvería una especie de intuicionismo al servicio de muy mundanos propósitos.

Revisemos esto con el análisis que Atienza hizo recientemente de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el decreto de estado de alarma en España (Atienza, 2021).

El artículo 55 de la Constitución española dice que, entre otros, los derechos reconocidos en el artículo 19 «podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución», y el artículo 19 reza así en su párrafo primero: «Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional». Así pues, la más razonable y obvia lectura del mentado artículo 55 nos hace entender que para suspender el derecho de libre circulación por el territorio nacional habrá que declarar el estado de excepción y no servirá el estado de alarma, que tiene controles parlamentarios más ligeros. El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, declaró el estado de alarma con ocasión de la pandemia causada por el Covid-19 y suspendió la libertad de circulación de los ciudadanos². La inconstitucionalidad de tal medida parece muy clara, siempre que no se sea capaz de mostrar que esa norma que nos impedía salir de casa no suspendía nuestro derecho de movernos libremente o que se haga ver que cuando la Constitución dice que ese derecho se podrá suspender mediante estado de excepción no excluye que también se suspenda a través del estado de alarma. Dificilísima la argumentación de ambas interpretaciones tan forzadas.

En su comentario de esa sentencia constitucional, Manuel Atienza no se esfuerza por salvar por esa vía interpretativa la constitucionalidad de aquel Real Decreto emitido por el Gobierno de Pedro Sánchez, pues entiende que es ponderando como se demuestra que la norma era constitucional y que es errónea u opuesta a la razón práctica única la decisión del Tribunal Constitucional que la anula con la letra clara de la Constitución en la mano. Realmente, creo que estamos en un caso en que no es la decisión contra la letra de la ley ordinaria lo que como decisión objetivamente correcta se presenta, sino la decisión judicial contra el texto claro de la Constitución, Constitución cuyo texto no puede ser derogado ni modificado por ninguna norma infraconstitucional, al menos mientras el concepto de Constitución no se eche por la borda. ¿Será que había una laguna axiológica en la Constitución misma? ¿Podemos inaplicar lo que con claridad la Constitución mande, con sólo decir que hay una laguna axiológica en ella para tal o cual caso o que las normas constitucionales sólo vinculan *prima facie* a los ciudadanos y a los poderes del Estado? ¿Qué Constitución de chichinabo nos queda en tal caso?

² Mi propio análisis en García Amado, 2022.

Pues bien, Manuel Atienza pondera y pone sobre la mesa el arsenal de su razón práctica única y le sale que ponderaron muy mal los magistrados del TC que avalaron la declaración de inconstitucionalidad. Si pondera Manuel y si los otros también ponderaron, ¿cómo sabemos que la ponderación objetivamente correcta es la de Atienza y la objetivamente errónea la del Tribunal? ¿Será porque Atienza se preguntó cómo tendría que decidir ese caso un Tribunal Constitucional que se ponga en el lugar de una comunidad ideal de jueces y ciudadanos imparcialmente razonadores, mientras que nuestros magistrados constitucionales se echaron al monte sin encomendarse ni a Dios ni a Dworkin? Pero ¿cómo podemos estar seguros de cuál habría sido el resultado si hubiera ponderado Dworkin mismo o su alter ego, el juez Hércules?

Como yo no sé qué resultado daría la ponderación de ese caso en la comunidad de diálogo o en la comunión de los santos, propugno que se respete la letra de la Constitución, que en su día fue aprobada por los representantes del pueblo y por el pueblo mismo en referéndum. Que se respete lo que la Constitución diga claro, aunque los postpositivistas aduzcan que eso es atroz formalismo. Lo que no quita para que a veces yo mismo pueda estar en desacuerdo con algunas soluciones constitucionales. Pero toca aguantarse, precisamente en aras de la legitimidad democrática y de lo racional del método constructivista. Y toca aguantarse igual si el gobierno al que le cae la inconstitucionalidad encima es del partido de nuestras fobias o del de nuestras filias. Porque en la situación ideal de diálogo y en la posición originaria no hay fobias y filias, precisamente, y nadie tiene partido o se mueve por simpatía a ningún grupo.

¿Qué pesaba más en aquella situación, lo que la Constitución claramente dice, al prohibir que el derecho de libre circulación de los ciudadanos se suspenda con el mero estado de alarma y exigir para eso el de excepción, con mayor control parlamentario, o la gravedad de la pandemia, de manera que si el problema de salud pública es muy grande (y lo era), pelillos a la mar y suspendamos derechos sin reparar en formalismos constitucionales? ¿De verdad queremos que los derechos fundamentales sean solamente cumplidos cuando no haya buenas razones morales o de principio para ignorarlos? ¿Realmente opina Atienza que las cortapisas que la Constitución pone a la acción de los poderes públicos limitadora de los derechos ciudadanos más básicos son límites derrotables y que cuanto mayor sea un problema social o más fuerte la exigencia del bien común, menos peso tendrán esos límites y esos derechos y más justificado estará que sean ignorados? ¿Acaso se opina que la regulación que se contiene en las normas de la Constitución que regulan los estados de alarma, excepción y sitio es derrotable, vinculante para los poderes públicos y los jueces nada más que *prima facie*, y que, cuando la situación lo exige porque colectivamente nos jugamos mucho, puede un gobierno declarar lo que quiera y recortar los derechos como le pete, con tal de que se consiga el fin social deseado? ¿a eso llamamos tomar «los derechos en serio»?

Además, no olvidemos que la situación no era una en la que la Constitución impidiera al Gobierno emitir el decreto que suspendiera el derecho del artículo 19, la libre circulación de los ciudadanos. Lo que la Constitución dice es que tal suspensión se puede, pero con declaración del estado de excepción, y el único inconveniente que para el Gobierno esa declaración suponía es el de que necesitaba un más intenso aval periódico del Parlamento. Si la protección frente al coronavirus era la misma suspendiendo aquel derecho con estado de excepción y con este se protege más el derecho frente al posible abuso, ¿qué es lo que pondera Atienza? Y, por cierto,

¿acaso, entre ponderadores, no tocaba ahí aplicar al pie de la letra el test de necesidad, que nos dice que si el mismo grado de afectación positiva de un derecho se puede asegurar con una medida que conlleve menor afectación negativa del otro, entonces la medida que se tomó, la más dañina para el derecho negativamente afectado, es inconstitucional?

3. IUSPOSITIVISMO POR RAZONES MORALES

Si todos los postpositivistas y constructivistas ponderaran en casos así y sus veredictos coincidieran, podríamos dudar y plantearnos si será que ellos en efecto juegan mejor con la razón práctica, sopesan con mayor sabiduría o acotan mejor las relaciones entre el razonamiento jurídico y el razonamiento práctico general. Pero no, discrepan los postpositivistas ponderadores, divergen radicalmente en sus juicios sobre los casos moral y políticamente más comprometidos.

La razón práctica es una, dicen todos, pero cada iusmoralista o postpositivista tiene la suya y su ejercicio le lleva a soluciones distintas. Piense el amable lector en dos autores que con igual pasión denosten el iuspositivismo y que con arrobo se remitan a Aristóteles, Tomás de Aquino, Dworkin, Nino y Alexy, y procure que, de esos dos autores, uno sea más bien de derechas y otro más bien de izquierdas, o uno creyente y el otro ateo. Y mire cómo resuelven, a golpe de razón práctica o ponderación, los casos moral y políticamente más discutibles.

El uno y el otro concordarán en que bien está lo que la ley diga o la Constitución sobre el asunto problemático en cuestión regule, pero que eso es derrotable. Y de acuerdo estarán también en que caso por caso habrá que ver si racionalmente se justifica mejor atenerse a la norma jurídico-positiva o decidir contra ella y en pro de la solución de razón práctica más correcta, la solución moralmente mejor. Pero nada más que coincidirán en eso. Lo que la razón práctica de cada uno tenga por solución correcta estará siempre en concordancia con ciertos detalles personales del respectivo autor: si va a misa o no va, a qué partido vota, con qué grupos anda, qué periódico lee, qué tal se lleva con tal o cual gobierno...

Se me dirá que ese mismo peso tienen las ideologías y creencias o los sesgos en el decidir de cualquier juez. Y ciertamente es así. Pero por eso el iuspositivismo, al menos el que se ejerce en Estados constitucionales y democráticos de Derecho, como España, no quiere que los jueces crean que todas las normas, hasta las de la Constitución, son derrotables, que los derechos se garantizan o no según lo que pesen en cada caso o que la razón práctica está por encima de la norma democráticamente legitimada y que es fruto del ejercicio por el ciudadano común de sus derechos políticos.

Si la Constitución española dice que el derecho de libre circulación se puede suspender con estado de excepción, pero no con estado de alarma, no hay más tutía ni razón práctica que valga: eso que dice la Constitución lo dice la razón práctica hecha norma suprema del Estado y legitimada en la voluntad del pueblo. Y punto.

Eso no es formalismo, eso es ética normativa de la buena. Eso es lo objetivamente correcto. Eso es el antídoto de la arbitrariedad de los poderes y de los ponderadores individuales, sean de Kiel o de Sierra Morena.

REFERENCIAS

- Atienza, Manuel, 2011. «Cómo evaluar las argumentaciones judiciales», *Dianoia*, LVI, número 67, pp. 114-134.
- 2013. *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta.
- 2017. *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid, Trotta.
- 2021. «La importancia de la ponderación. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional español sobre la pandemia», <https://www.si-lex.es/la-importancia-de-la-ponderacion-a-proposito-de-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-espanol-sobre-la-pandemia>.
- García Amado, Juan Antonio, 2022. «Ideas de Constitución y metodologías constitucionales en la sentencia sobre el estado de alarma».
- Misseri, Lucas, 2023. Lucas E. «Manuel Atienza y el laberinto de su objetivismo moral mínimo: constructivismo metaético y dignidad humana», *Doxa*, 46, pp. 297-319.

EL COGNITIVISMO AXIOLÓGICO Y SUS IMPLICACIONES¹

RICCARDO GUASTINI

Universidad de Génova

Quiero mucho a Manolo Atienza. De hecho, lo considero uno de mis amigos más queridos. Y encuentro excelentes todas sus obras.

Aprendí mucho, sobre todo, de sus estudios sobre el lenguaje jurídico (*Las piezas del Derecho*, escrito con Juan Ruiz Manero) y sobre el razonamiento jurídico. Considero al *Curso de argumentación jurídica* una obra maestra. Creo que *El sentido del Derecho* es uno de los mejores manuales de filosofía del derecho que existen. Al fin y al cabo, desde hace muchos años toda la Escuela de Alicante produce una filosofía del derecho de gran calidad (aunque muy discutible), quizás la mejor del mundo «hispanohablante». Testimonio de ello es la revista alicantina *Doxa*.

Sin embargo, el cariño personal y la admiración académica naturalmente no excluyen —sino, tal vez, los hacen aún más interesantes— los desacuerdos teóricos. El mismo Manolo hizo un inventario de ellos, hace unos años, con motivo de un congreso que se hizo en mi honor (Atienza 2018). Ahora bien, no estoy seguro de que Manolo haya captado el punto central de nuestros desacuerdos.

Creo que, en última instancia, nuestros desacuerdos se reducen a un gran desacuerdo fundamental —un meta-desacuerdo, digamos— que abarca a todos los demás. Es un desacuerdo no ético, no político, no jurídico, sino metaético.

Manolo es cognitivista. Su cognitivismo axiológico es omnipresente: toda su producción científica está condicionada por éste.

A decir verdad, la expresión corriente es «cognitivismo ético». Esta manera de expresarse no me satisface: me parece un síntoma de una suerte de «pan-moralismo», que tiende a considerar ética (en el sentido de moral) toda cuestión valorativa, sin distinguir, en particular, entre valores morales y valores políticos. Por este motivo, prefiero usar el adjetivo «axiológico», que abarca todo tipo de valores (morales, por supuesto, pero también políticos y estéticos).

¹ Traducción por Alejandro Calzetta y Julieta Rábanos.

1. *COGNITIVISMO AXIOLÓGICO*

Unas pocas palabras simples para aclarar los términos de la cuestión (que, en realidad, son bien conocidos: espero no aburrir demasiado al lector al recordarlos).

i) *No-cognitivismo axiológico*. La tesis fundamental del no-cognitivismo axiológico —o escepticismo— es (casi) una obviedad, y es la piedra angular de la filosofía analítica, o al menos de la filosofía analítica clásica. Hay dos funciones principales del lenguaje: (a) la función descriptiva o cognitiva, y (b) la función prescriptiva, normativa o directiva. El discurso descriptivo cumple la función de registrar, explicar, predecir, y transmitir información sobre hechos. El discurso prescriptivo —que, en sentido amplio, comprende no sólo las prescripciones en sentido estricto sino también los juicios de valor— responde a la función de dirigir o modificar el comportamiento humano: hacer que alguien haga algo.

Ésta es la «gran división», como amaba llamarla Uberto Scarpelli, maestro de escepticismo axiológico (Scarpelli 1982).

De esta tesis fundamental se deriva un simple corolario: la irreductibilidad del discurso prescriptivo (y/o evaluativo) al discurso descriptivo: discurso descriptivo y discurso prescriptivo difieren desde el punto de vista pragmático y semántico². Desde el punto de vista pragmático, ya que describir y prescribir son actos lingüísticos funcionalmente diferentes. Desde el punto de vista semántico, ya que mientras puede decirse que los enunciados del discurso descriptivo son verdaderos o falsos, los enunciados del discurso prescriptivo y/o valorativo³ están desprovistos de valores de verdad. En suma, no puede decirse que las normas jurídicas, los juicios morales, las directivas políticas sean verdaderos o falsos.

De este corolario se deriva otro corolario ulterior, comúnmente conocido como «ley (o guillotina) de Hume»: no se permite la derivación lógica de una conclusión prescriptiva a partir de premisas puramente descriptivas (y viceversa). Si y cuando tal derivación parece retóricamente persuasiva, es sólo porque una premisa prescriptiva (o valorativa) está oculta entre las premisas aparentemente descriptivas.

No hace falta decir que el derecho, la moral, y la ética política pertenecen al discurso en función prescriptiva; las ciencias pertenecen al discurso en función descriptiva.

ii) *Cognitivismo axiológico*. Pues bien, el cognitivismo axiológico rechaza o contradice, directa o indirectamente (a veces, inconscientemente), todas estas tesis. El cognitivismo es esa metaética —esa «teoría moral» contraria al emotivismo— que sostiene que las normas y/o los juicios de valor tienen valores de verdad. Esto supone, evidentemente, que existen valores objetivos susceptibles de ser conocidos. No necesariamente «hechos morales», pero ciertamente valores objetivos y cognoscibles.

El cognitivismo axiológico tiende a presuponer una ontología metafísica, radicalmente antiempirista, ya que imagina que existen, allí afuera, en el mundo, no sólo hechos, sino tam-

² Sólo ocasionalmente, pero no necesariamente, también difieren desde el punto de vista sintáctico.

³ Que también incluyen palabras y/o frases con una referencia semántica (el «frástico») sin las cuales no tendrían sentido.

bién normas y/o valores «objetivos», es decir, susceptibles de un conocimiento de la misma manera que los hechos⁴. Con qué método cognitivo, no se sabe. ¿Con la intuición, quizás? Ciertamente no con la «razón práctica», que sólo puede ofrecer los medios necesarios para perseguir fines irracionalmente preestablecidos.

De esta forma, el cognitivism axiológico contradice flagrantemente los postulados fundamentales de la filosofía analítica, que mencioné anteriormente. Contradice la distinción entre discurso descriptivo y prescriptivo y, en consecuencia, la misma «ley de Hume». Si los enunciados prescriptivos y valorativos también tienen valores de verdad (como los enunciados de la ciencia), no hay razones para distinguir semánticamente uno del otro, y es perfectamente posible que un discurso descriptivo tenga consecuencias prescriptivas; que, en definitiva, de una o más proposiciones se puede inferir una norma o un juicio de valor.

2. ÉTICA SUSTANTIVA Y COGNITIVISMO METAÉTICO

Manolo, como decía, es cognitivista⁵. En ningún lugar de su obra sostiene que haya hechos morales. En ningún lugar sostiene expresamente que los juicios de valor tengan valores de verdad. Piensa, más bien, que son «correctos» o «incorrectos»⁶. Sin embargo, niega que los juicios morales sean «expresiones emotivas de aprobación o desaprobación, o meros intentos de influir en la conducta ajena» (Atienza y Ruiz Manero 1996, xii).

En su opinión, «la justicia no es un ideal irracional» (Atienza 1993, ix). Supongo que esto significa que la justicia es un *quid* cognoscible⁷.

De ello, se sigue que los enunciados en términos de justicia —que son juicios de valor— tienen valores de verdad⁸. No veo cómo el conocimiento pueda ser algo independiente de la

⁴ Sería feliz si alguien pudiera mostrarme, ostensiblemente, un valor observable, o incluso válidamente deducible de proposiciones verdaderas.

⁵ Su cognitivism se extiende a la teoría de la interpretación, que sin embargo no pretendo discutir aquí. Me refiero a la tesis (característica, por lo demás, de toda la Escuela de Alicante) según la cual hay interpretaciones (y consecuentes aplicaciones jurisdiccionales) «objetivamente correctas». Si en este contexto «correcto» significa preferible según algún juicio de valor, o alguna orientación de política jurídica, o alguna idea de justicia, entonces no hay problema (es obvio que, para cada uno de nosotros, hay interpretaciones preferibles). Por el contrario, si la corrección pretende ser un valor objetivo, entonces la corrección es indistinguible de la verdad. Sólo observo, *en passant*, que esta tesis presupone un error trivial en el análisis pragmático del lenguaje: los actos interpretativos del lenguaje (me refiero, obviamente, a la interpretación decisoria; la interpretación cognitiva es otra cosa) no son actos «constatativos». Por lo tanto, las oraciones con las que se realizan tales actos de habla no pueden tener valores de verdad. Del mismo modo que no tiene valores de verdad —nos enseña J.L. Austin— el enunciado «lo prometo».

⁶ Con el argumento de que «los juicios morales incorporan una pretensión de corrección» (Atienza y Ruiz Manero 1996, xii). Éste es un argumento completamente irrelevante, ya que la *pretensión* de corrección obviamente no implica *corrección* (así como la pretensión de verdad no implica verdad).

⁷ ¿De qué forma? Por cierto, no empíricamente. ¿Y de qué otra manera, entonces? Parecería que mediante la razón: establecer si un juicio moral es correcto o incorrecto «es un asunto de disputa racional» (Atienza y Ruiz Manero 1996, xii). Supongo que, aquí, una «controversia racional» en realidad denota una práctica argumentativa dialéctica que no tiene que ver con la verdad, sino con la persuasión. La «razón», estrictamente entendida, es otra cosa.

⁸ Me parece que hay dos posibilidades, y sólo dos. (a) Un juicio de corrección relativo a un juicio moral es un juicio de valor (un meta-juicio de valor, se podría decir), y por lo tanto no expresa nada más que una preferen-

verdad; el conocimiento no es más que un conjunto de enunciados verdaderos (aunque sujetos a falsación).

De ello, también se sigue que existe una teoría de la justicia —o una moral crítica— que no es simplemente preferible (lo cual es obvio), sino verdadera, siendo falsas todas las demás⁹.

Históricamente, el cognitivism axiológico se basa en la creencia religiosa (consciente o inconsciente) —y, se entiende, exquisitamente metafísica— de que alguna divinidad ha inscrito normas y/o valores en la propia «naturaleza de las cosas» (en la naturaleza del hombre, en la naturaleza de la sociedad, o algo por el estilo)¹⁰. Naturalmente, esta forma de ver contradice no sólo el empirismo, sino también el pensamiento laico o secular y/o ateo.

Manolo, por su parte, argumenta a favor del cognitivism axiológico de forma original y sorprendente. Escribe: «sea cual sea el sentido de la noción de derechos humanos, parece claro que el uso significativo de este lenguaje supone aceptar una concepción de la moral mínimamente cognoscitivista y universalista. La ideología de los derechos humanos no es compatible con el escepticismo ni con el relativismo moral entendidos estos últimos en su sentido fuerte» (Atienza 2001, 218)¹¹.

Lo que hace que este argumento sea original y sorprendente es que Manolo aquí no pretende fundar una tesis moral sustantiva sobre la base de una teoría metaética, como es costumbre en la teoría del derecho natural. Por el contrario, pretende fundar una tesis moral cognitivista y anti-escéptica con base en una tesis ética, es decir, con base en una tesis moral (o, mejor dicho, política) sustantiva (la doctrina de los derechos humanos).

Esta forma de ver suena como un insulto a cualquiera —como yo y muchos otros— que defienda políticamente los derechos humanos siendo no cognitivista, escéptico, en materia moral (aunque sería mejor decir: en materia política). Es un reflejo de la idea —desconocida por los escépticos, pero extendida entre los cognitivistas— de que no se pueden defender valores morales o políticos sin asumir al mismo tiempo que son «correctos», objetivos, en definitiva verdaderos. Entonces, ¿los escépticos serían, por razones *conceptuales*, inmorales o amorales? ¿Están excluidos los escépticos de cualquier compromiso político? Un auténtico disparate, inconscientemente reaccionario. Pero éste no es el punto más interesante.

cia, que ciertamente puede argumentarse, pero no demostrarse. (b) Un juicio de corrección es un juicio fáctico (disfrazado) y, por lo tanto, la corrección no es un valor diferente que la verdad.

⁹ Paolo Comanducci (en una conversación privada) me sugiere distinguir entre un cognitivism ontológico (existen hechos morales) y un cognitivism epistemológico (incluso si no existen hechos morales, es posible conocer racionalmente los juicios morales correctos), y cree que el cognitivism de Manolo es de este segundo tipo. Paolo tiene razón. Sin embargo, si uno no admite la existencia de hechos morales, dudo que este punto de vista tenga sentido. Giovanni Battista Ratti me pregunta, y se pregunta (nuevamente, en una conversación privada): ¿cómo se puede determinar el contenido de los juicios morales correctos sin una base ontológica? Para ser objetivista en ética (acertadamente dice G.B.), es necesario sustentar conjuntamente tres tesis: (a) la tesis semántica según la cual los juicios morales tienen valores de verdad; (b) la tesis ontológica según la cual existen hechos morales independientes de la voluntad humana; y (c) la tesis epistemológica según la cual se puede acceder cognitivamente a la realidad moral. La tesis epistemológica no tiene sentido si no se presupone la tesis ontológica.

¹⁰ La excepción, por supuesto, es el utilitarismo, sobre todo el de Bentham: un intento heroico, lamentablemente fallido, de fundar una metaética cognitivista laica o secular (el principio de utilidad) sobre bases empíricas.

¹¹ No sé en qué se diferencia el relativismo moral «en sentido fuerte» del relativismo moral *sin más*.

Es evidente que ninguna metaética puede fundamentar lógicamente ninguna ética normativa. Esto por dos razones.

- a) En primer lugar, la metaética, propiamente entendida, es un discurso analítico —consiste en la distinción y construcción de conceptos— que, como tal, no incorpora prescripciones; y, como no las incorpora, ni siquiera permite derivarlas lógicamente.
- b) En segundo lugar, la metaética y la ética se ubican en dos niveles distintos del lenguaje (la primera se refiere metalingüísticamente a la segunda), y es difícil ver cómo se podría derivar una conclusión en cualquier lenguaje a partir de premisas que pertenecen a un lenguaje diferente (a un metalenguaje).

Ahora bien, por estas mismas razones ninguna ética normativa puede fundar —como quisiera Manolo— ninguna metaética. La ideología de los derechos humanos no ofrece fundamento a la metaética cognitivista ni a ninguna otra metaética. La ética y la metaética son discursos lógicamente independientes.

Sin embargo, si incluso las relaciones entre ética y metaética no son —no pueden ser— relaciones lógicas, es legítimo preguntarse si no existe algún otro tipo de conexión entre ellas: una conexión que, a falta de algo mejor, yo llamaré «pragmática» (en una «inferencia pragmática», la conclusión no está lógicamente implícita en las premisas, sino que sólo es *coherent* con ellas). *Prima facie*, uno diría que sí (Guastini 2020).

Pero la ética (o más bien la política, diría yo) de los derechos humanos —esto es, del derecho primordial a la autodeterminación y de cualquier otro derecho a la libertad y derecho social consecuente o funcional a esto— parece más bien justificada por una metaética no-cognitivista y no por el objetivismo.

Me parece que, sólo si no hay verdades morales y/o políticas, entonces es sensato (*coherent*) apoyar el meta-principio ético-político de la autodeterminación, en virtud del cual toda persona tiene derecho a elegir su propios principios morales y políticos¹².

Por su parte, una metaética cognitivista y objetivista podría constituir una buena razón (pragmática) para adherirse a una ética iliberal. Ello así pues, si realmente hay verdades morales, entonces tiene mucho sentido tratar de imponerlas con la fuerza incluso a los recalcitrantes (o ignorantes). Si la moral M es una moral objetiva, entonces las normas de M son universalmente vinculantes, independientemente de la aceptación de los destinatarios. Si son universalmente vinculantes, entonces todos tienen la obligación de observarlas: incluso los disidentes (la aceptación no es constitutiva de la obligación). No hace falta citar los numerosos ejemplos históricos.

3. ANTI-POSITIVISMO

El cognitivismo axiológico está lleno de consecuencias teóricas de diversa naturaleza. Su primera víctima, obviamente, es el positivismo jurídico.

¹² Éste es el principio de la «sociedad abierta» de Karl Popper.

Existe una conexión estrecha entre iusnaturalismo y cognitivismo, y existe una conexión quizás todavía más estrecha entre no-cognitivismo y positivismo jurídico.

El cognitivismo —como nos enseñó, muchos años atrás, Norberto Bobbio (Bobbio 1965)— es el fundamento «formal» del iusnaturalismo en sus múltiples variantes «sustantivas». En el sentido de que el iusnaturalismo pretende derivar lógica o argumentativamente normas y juicios de valor a partir de enunciados fácticos. Tal derivación es posible sólo con base en una metaética cognitivista, que niega o rechaza la ley de Hume. La metaética cognitivista¹³ pretende dar justificación a la ética sustantiva¹⁴.

El positivismo jurídico, por su parte, se encuentra estrechamente conectado con el no-cognitivismo.

Del mismo modo que no existen valores sin actos de evaluación (von Wright 2000), no existen normas sin actos de creación normativa (Kelsen 1965).

Se suele olvidar, casi siempre, que el positivismo —antes que una directiva metodológica— es sobre todo una tesis según la cual no existe ningún derecho natural, es decir, no existe ninguna moral objetiva: el derecho natural es, justamente, una moral que se pretende objetiva. En apariencia, se trata de una tesis ontológica (resulta natural formularla en términos de «existencia»), pero su fundamento es puramente semántico: no existe una moral objetiva por la simple razón de que no pueden existir normas verdaderas; y no pueden existir normas verdaderas por la banal razón de que «norma verdadera» es una expresión auto-contradictoria (como «*p* y no-*p*»), puesto que las normas no tienen valores de verdad. Se trata, en pocas palabras, de una imposibilidad lógica. Las normas son artefactos humanos, producto de actos de voluntad.

El positivismo jurídico, en este aspecto, no es diferente del no-cognitivismo axiológico. Al menos, el no-cognitivismo implica el iuspositivismo. Repito: no existen normas sin actos de creación normativa.

Pues bien, parece que el post-positivismo, defendido por Manolo (Atienza y Ruiz Manero 2009), termine por ser sencillamente un forma actualizada de iusnaturalismo o un iusnaturalismo disfrazado. No es una exageración.

i) Manolo rechaza la así llamada tesis de la «separación entre derecho y moral», que (equivocada o acertadamente) se considera definitoria del positivismo jurídico¹⁵: «el reconocimiento de una realidad como jurídica, como Derecho válido, no puede hacerse sin recurrir a la

¹³ Mientras que Manolo —como hemos visto— pretende fundar la metaética cognitivista con base en una tesis ética sustantiva.

¹⁴ A diferentes éticas sustantivas, de hecho, dado que el iusnaturalismo no es en realidad *una* doctrina, una ética normativa determinada, sino una *panoplia* de doctrinas frecuentemente muy divergentes entre sí, que no tienen en común nada más que una metaética, entendida como un discurso de segundo grado que pretende fundar racionalmente la ética (una u otra ética normativa).

¹⁵ Equivocadamente, en mi opinión. La fórmula «separación entre derecho y moral», que Hart volvió célebre, siempre me pareció una expresión infeliz. A mi entender, esta fórmula sería (quizás) apropiada para caracterizar no ya el positivismo jurídico, sino aquella doctrina normativa, políticamente liberal, característica del Iluminismo, que recomienda a los legisladores no sancionar legalmente una u otra moral positiva. ¿No sería mejor, en cambio, hablar (en conformidad con la tradición: Bentham y Austin) de la «distinción» —que es de por sí algo conceptual— entre derecho y justicia? Banalmente, el derecho no es necesariamente justo, por lo que la justicia no es un criterio de identificación del derecho.

moral [...] Y los juicios morales son también necesarios para llevar a cabo las operaciones de producir, aplicar e interpretar el Derecho» (Atienza 2001, 112).

Observo al pasar que Manolo, evidentemente, usa un concepto normativo de validez (validez como obligatoriedad, deber de obediencia). Observo también que, sin saberlo y paradójicamente, el iusnaturalismo tiende así a transformarse en «positivismo ideológico», puesto que, parece, a las normas válidas se les debe obedecer.

ii) Manolo aprueba, en cambio, la tesis del «derecho natural mínimo» sostenida por Hart (Hart 1961; Atienza 2001, 102 s.): un claro ejemplo de violación de la ley de Hume, pues Hart pretende derivar normas «naturales» a partir de una serie de hechos (de ciertos rasgos característicos del mundo y de los seres humanos).

A decir verdad, es difícil no estar de acuerdo con Hart: su derecho natural mínimo es, axiológicamente, bastante banal. Sin embargo, esto depende quizás del hecho de que, después de todo, Hart (y con él, Manolo) admite una interpretación caritativa. Su derecho natural mínimo no es ya un conjunto de normas (prescripciones), sino un conjunto de reglas técnicas, con fundamento en proposiciones anankásticas (von Wright 1963, 9 ss.), según las cuales ciertas normas son, o serían, condición necesaria para resolver ciertos problemas que de hecho afectan la existencia humana (como la vulnerabilidad o la escasez de recursos)¹⁶.

iii) Manolo afirma, pues, que las declaraciones de derechos que se encuentran en las constituciones sean no ya prescripciones genuinas, sino actos de «reconocimiento, por parte de las autoridades normativas, de contenidos normativos que les preexisten» (Atienza y Ruiz Manero 2009, 249): los derechos constitucionales existen por tanto «en la naturaleza» y el poder constituyente se limita a (literalmente) «reconocerlos». En conformidad con las creencias iusnaturalistas de los primeros redactores de los textos constitucionales¹⁷. Entonces las declaraciones constitucionales de derechos serían paradójicamente textos no prescriptivos, sino descriptivos.

En efecto, la filosofía jurídica de Manolo no es ya «postpositivista» (sea lo que sea lo que esto signifique), sino radicalmente anti-positivista. O quizás, como veremos, pre-positivista, pre-benthamiana¹⁸.

4. PAN-MORALISMO

Por otra parte, el cognitivismo se conjuga, en Manolo, con una forma de pan-moralismo, que produce algunas ideas bizarras. Entre ellas, se encuentran las tres siguientes.

a) La primera es que un sistema jurídico no es identificable como tal (es decir, como «jurídico») sin una aceptación moral previa de su regla de reconocimiento¹⁹. La cual, cabe se-

¹⁶ Debo esta sugerencia a Alejandro Calzetta y Julieta Rabanos.

¹⁷ El ejemplo más claro es, obviamente, la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789).

¹⁸ Debo a Alejandro Calzetta esta última observación.

¹⁹ Esto es lo mismo que decir que un sistema normativo injusto no es derecho. Pregunta: ¿qué otra cosa es?

ñalar, es concebida entonces como una regla de conducta²⁰: no tendría sentido hablar de aceptación moral con referencia a una «regla constitutiva» (i.e., a una definición). Reconocer una norma como jurídica implica considerarla justificada (Atienza 2001, 110, 112). Aquí, evidentemente Manolo se hace eco de las ideas de Gustav Radbruch y de Robert Alexy.

El concepto mismo de derecho, creo entender, es por tanto un concepto «interno» (en el sentido de Hart): solo pueden hablar sensatamente de derecho los que lo aceptan.

¿Es, por tanto, conceptualmente imposible describir —necesariamente, desde el punto de vista externo— un sistema jurídico «alienígena»? Cualquier conocimiento empírico del derecho (incluida la sociología jurídica) ¿es entonces una empresa imposible por razones conceptuales? Esta tesis, evidentemente, no tiene sentido. Ejemplo obvio: ¿por qué un historiador del derecho no podría describir el derecho de Justiniano sin asumir el «punto de vista interno», sin transformarse, por decirlo así, en un súbdito del Imperio romano?

b) Un juez pronuncia la siguiente sentencia: «Todos los asesinos deben ser castigados. Fulano es un asesino. Por tanto, Fulano debe ser castigado». ¿Es justificada la condena? Parece que sí: las premisas son necesarias y suficientes para fundar la conclusión. Sin embargo, según Manolo, no lo es.

En primer lugar, Manolo se preocupa por negar que la premisa normativa sea una proposición normativa (es decir, una proposición descriptiva de normas), la cual afirma que el sistema jurídico incluye la norma en cuestión (Atienza 2001, 111). Esto es correcto, pero es una obviedad: no es otra cosa que la guillotina de Hume ¿Cómo podría una proposición (un *Rechtssatz*, un *legal statement*) implicar lógicamente una norma? ¿Quién diría que la premisa normativa del razonamiento judicial sea no ya una norma, sino una descripción neutral del derecho vigente? Sólo una norma (general) puede implicar un precepto individual.

Sin embargo, Manolo también piensa que este silogismo²¹ no es suficiente para fundar la conclusión, dado que las premisas deben estar a su vez (no lógicamente fundadas, sino) «justificadas». Pues bien, ¿cómo se justifica la premisa normativa? Según Manolo —que se hace eco aquí de una idea de Carlos Nino— se hace no ya aduciendo proposiciones normativas (descriptivas del derecho vigente) y enunciados interpretativos de una fuente existente (por ejemplo, una disposición del Código Penal) —como comúnmente se piensa— sino con la aceptación moral de la norma aplicada. En otras palabras, la lógica no puede fundar una decisión jurídica si no se encuentra apoyada por la moral; la premisa de un razonamiento normativo no es suficiente para fundar la conclusión si no se encuentra moralmente aceptada por quien razona.

En resumen, un juez no puede aplicar el derecho si no lo acepta moralmente (yo diría, más bien, políticamente). Ahora bien, no se ve por qué no se pueda simplemente usar una premisa, para inferir una conclusión a partir de ésta, sin por ello compartirla moralmente. De «si *p*, entonces *Oq*» y «*p*», ¿no se puede inferir «*Oq*» sin adherir axiológicamente a la premisa? Me parece una absurdidad que confunde la lógica (la derivación lógica) con la ética (con la justificación moral) y, quizás, con la psicología.

²⁰ Para algunas críticas a esta forma de ver el punto, cfr. Guastini 2019.

²¹ Reconducible, por otra parte, a un razonamiento en *modus ponens*: «Si *p*, entonces *Oq*. *p*. Entonces *Oq*».

De paso: en un ordenamiento liberal (con división de poderes), los jueces tienen la obligación jurídica de aplicar incluso las leyes que no comparten. Y es una obligación, en la mayor parte de los casos, de hecho cumplida: no es inusual que un juez «fiel a la ley» aplique una ley que desaprobea.

c) Manolo niega que los derechos fundamentales sean derechos subjetivos (situaciones jurídicas subjetivas ventajosas) conferidos por la constitución. En su opinión, estos son más bien «valores constitucionalmente reconocidos» (Atienza 2018, 27 s.).²²

«Reconocidos», cabe señalar: es decir, literalmente, no creados *ex novo* por el poder constituyente, sino preexistentes a éste y simplemente «declarados». Ya hemos encontrado un poco más arriba esta tesis, exquisitamente iusnaturalista, en otro contexto de discusión. Sin embargo, aquí se abre una cuestión interesante ulterior.

Manolo sustituye un concepto típicamente técnico-jurídico («derecho subjetivo») por un concepto que pertenece al discurso eminentemente moral: el concepto de valor²³. Esta sustitución —un buen ejemplo de «pan-moralismo»— no parece tener ninguna ventaja conceptual plausible.

Sin embargo, el desliz del discurso del dominio jurídico al universo moral —del texto normativo a su (supuesta) *ratio*— tiene resultados de doctrina prescriptiva de la interpretación constitucional: el *moral reading* de Donald Dworkin (y Bruno Celano), o la misteriosa «interpretazione per valori» sostenida por algunos constitucionalistas italianos anti-positivistas (Guastini 2017, cap. X, XI, XII, XIV). La interpretación de un «valor» es más «flexible y abierta» (Atienza 2012, 37) respecto de la interpretación textual normal (atribución de sentido y referencia a un enunciado prescriptivo).

Por lo que puedo entender, la simple verdad es que, en la interpretación —no ya de disposiciones jurídicas escritas, sino— de «valores», *anything goes*.

5. PRÁCTICA SIN TEORÍA

Sin embargo, quizás las consecuencias principales del cognitivismo axiológico son de naturaleza meta-científica, y sus víctimas más ilustres son la «teoría formal» del derecho y la «ciencia jurídica», entendida como conocimiento empírico, y por tanto *wertfrei*, del derecho.

²² Me pregunto si «valores» aquí se refiere sólo a los valores positivos o también a valores negativos (o desvalores). Imagino, para dar un ejemplo, que Manolo considere un disvalor el «derecho de los ciudadanos a tener y portar armas», consagrado por la Segunda Enmienda (1791) de la Constitución federal de los Estados Unidos. Se trata de un derecho constitucional y, por esto, «fundamental» en el sentido común de esta palabra.

²³ El término «valor» —escribe von Wright— parece referirse a un «realm of entities of which it is difficult or maybe even impossible to get a clear grasp. Perhaps there is no such realm, properly speaking, at all!». Los valores no son otra cosa que el producto de «evaluaciones», es decir, actos humanos de aprobación o desaprobación (von Wright 2000, 347).

Que el derecho sea un conjunto de enunciados prescriptivos, o de normas, es la tesis fundamental — el programa de trabajo, si se quiere— de la teoría general (y de la filosofía analítica) del derecho²⁴.

Esta definición de «derecho» tiene el mérito no menor de capturar el modo de ver ampliamente difundido (equivocada o acertadamente) en la cultura jurídica moderna y contemporánea. En los ojos de los juristas modernos, el derecho —sino ya «todo» el derecho, al menos su núcleo central— aparece: (a) como un discurso, y por tanto como una entidad de lenguaje; (b) como un discurso prescriptivo, *id est* orientado a modificar el comportamiento humano; y (c) como el discurso no ya de cualquiera, sino del «legislador» (en sentido material: esto es, el conjunto de las autoridades normativas).

Según Manolo, por el contrario, el derecho no es ya un discurso, sino «una práctica social» (Atienza 2018)²⁵.

Esta formulación, francamente, me parece infeliz²⁶. La tesis de que el derecho sea una práctica social parece confundir el derecho propiamente dicho («la ley» en sentido material) con aquello que se suele llamar la «práctica jurídica», o sea las tesis, los discursos, y las argumentaciones de juristas académicos, jueces, y abogados.

La tesis de Manolo, sin embargo, admite una interpretación caritativa: parece que quiere sugerir estudiar lo que «hacen» los operadores jurídicos, el «derecho en acción», no el

²⁴ El acto fundacional de la filosofía analítica del derecho —al menos, en Italia— es la tesis de Norberto Bobbio según la cual, desde el punto de vista de los juristas, el derecho es el discurso prescriptivo del legislador (Bobbio 1950a). Esta tesis, desde su formulación, parece estar condicionada por la concepción del derecho propia, al mismo tiempo, del Iluminismo y del positivismo jurídico del siglo XIX, que identificaban al derecho con la «ley»: no en el sentido de «ley formal», obviamente, en cuanto algo diferente a una eventual constitución, sino en el sentido genérico de derecho escrito (así excluyendo, de las fuentes del derecho, a la costumbre y a la jurisprudencia). Se puede objetar, naturalmente, que también los discursos de los juristas, por un lado, y de los órganos de aplicación, por el otro, son, en algún sentido, parte constitutiva del derecho: como mínimo, contribuyen a modelarlo. Sin embargo, ésta es otra cuestión (una cuestión de meta-jurisprudencia descriptiva).

²⁵ A decir verdad, esta tesis no concuerda con al menos una de las obras fundamentales de Manolo (escrita con Juan Ruiz Manero): *Las piezas del Derecho*, un trabajo admirable, aunque ideológicamente condicionado, de análisis del discurso jurídico. Evidentemente, las «piezas» del derecho identificadas y analizadas en aquel libro son enunciados normativos, por lo que en aquel contexto «derecho» de ninguna manera denota una «práctica social» en algún sentido plausible. Denota, evidentemente, un discurso. Sin embargo, después de todo, éste es un aspecto secundario de la cuestión (Manolo no niega que el derecho sea *también* discurso). Manolo y Juan se preocupan por declarar expresamente que, también en este trabajo aparentemente analítico, asumen «una concepción de la ética que podría calificarse [...] de cognoscitivista y objetivista» (Atienza e Ruiz Manero 1996, xii). Sin embargo, no logro ver la relación conceptual entre el cognitivismo ético y el análisis (casi siempre, persuasivo) del lenguaje jurídico contenido en aquel libro.

²⁶ Manolo niega que la tesis según la cual el derecho es una práctica social sea una definición de «derecho». Más bien, dice, es una «idea» de derecho, un modo de concebirlo. No un concepto, por tanto, sino una «concepción». Correcto: la tesis de Manolo, reconstruida como una definición, sonaría como una violación injustificada del sentido y del lenguaje común de los juristas (y, también, de los profanos). Supongo que es inútil enumerar todas las ocurrencias en las cuales el vocablo «derecho» no puede, sensatamente, ser sustituido por el sintagma «práctica social». Piénsese, para dar sólo un ejemplo, en un enunciado como «Los jueces aplican la práctica social»: puro *nonsense*. Sin embargo, la tesis de Manolo no parece decir nada original o interesante acerca del derecho. ¿Quién ha pensado alguna vez que el derecho sea algo no-práctico y/o no-social? He tenido ya ocasión de analizar y discutir, muchos años atrás, la tesis del derecho como práctica social, dialogando con mi amigo Franco Viola, un filósofo del derecho de orientación hermenéutica y (a diferencia de Manolo) abiertamente iusnaturalista (Viola 1990 y 1994; Guastini 1994).

«derecho en los libros». Y esta forma de ver las cosas es muy sensata. El derecho vigente, contrariamente a cuanto piensan algunos de modo ingenuo, no es en realidad el conjunto de las «leyes» (en sentido material), el conjunto de los textos normativos, y nada más. Es más bien el resultado de la interacción entre los textos normativos y las complejas actividades de interpretación (en abstracto y en concreto) y construcción jurídica, llevadas a cabo por los juristas y los órganos de aplicación, por no hablar de los jueces constitucionales, que se encuentran a medio camino entre jurisdicción y legislación (no sólo «negativa», como quería Kelsen²⁷).

A primera vista, por tanto, la tesis de Manolo suena como una invitación a estudiar el derecho (también, o sobre todo) con los instrumentos de las ciencias sociales, y no sólo con el método analítico del análisis lógico del lenguaje. Es una invitación que comparto enteramente (aunque yo, en tanto jurista, hago otro trabajo)²⁸. Sin embargo, si se mira bien, esto no es en absoluto lo que Manolo tiene en mente.

El cognitivismo axiológico se manifiesta en el modo en el cual Manolo representa la práctica jurídica: no, banalmente, como un conjunto de conductas, más precisamente de conductas repetidas, regulares, uniformes (éste es el concepto común de «práctica»)²⁹, sino como un conglomerado de medios, fines, y valores. Más precisamente: una práctica dirigida a lograr ciertos fines o valores que, cabe señalar, según Manolo la definen (Atienza 2018, 19, 23).

Fines y valores son por tanto parte del *definiens* de «derecho». «Derecho» es un concepto valorativo y/o prescriptivo. El derecho es algo bueno, y al derecho se le debe obediencia. *Is* y *ought*, *Sein* y *Sollen*, se confunden. En este punto, decididamente la filosofía del derecho de Manolo parece claramente pre-benthamiana.

Además, se debe preguntar: ¿cuáles fines y/o valores, exactamente, definen la práctica jurídica? Manolo no lo dice, pero es bastante claro que alude a la justicia. «El sentido del Derecho» no es otra cosa que la justicia. Y la justicia, debe recordarse, «no es un ideal irracional» (Atienza 1993, ix) sino que, por el contrario, es un *quid* susceptible de conocimiento. En resumen, no hay derecho sin justicia, una justicia objetiva, cognoscible. Aquella que corresponde a la moral crítica de Manolo, podría decirse.

Esta forma de ver las cosas tiene dos consecuencias de meta-ciencia jurídica.

i) En primer lugar, la tesis de Manolo desacredita como irrelevante a la teoría «formal» o «estructural» del derecho, es decir, a la teoría general, entendida como disciplina científica (científica en cuanto estrictamente avalorativa, aunque no empírica), así como fue configurada por Bobbio (Bobbio 1950b), siguiendo los pasos de Kelsen.

²⁷ Me refiero a las decisiones «aditivas» y «sustitutivas» que son características, por ejemplo, de la jurisprudencia constitucional italiana.

²⁸ Además, el estudio del derecho propio de las ciencias sociales es estrictamente «externo» (en el sentido de Hart); no tiene nada que ver con el «punto de vista» de los «participantes» y de aquellos que aceptan el derecho como guía de comportamiento.

²⁹ El adjetivo «social» sugiere que se trata de comportamientos socialmente compartidos, si no por la sociedad entera, al menos por un grupo social con una identidad cultural o sociológica: los juristas (en sentido amplio: juristas académicos, jueces, abogados...).

Por otra parte, Manolo piensa que también el análisis conceptual deba encontrarse al servicio de algún propósito práctico: «modelar» el derecho, para así hacerlo «progresar», es tarea de la teoría del derecho (Atienza 2018, 17, 20). No, por tanto, una disciplina científica, sino un discurso políticamente *engagé*. De qué manera contribuyan al progreso (no del conocimiento jurídico, cuidado, sino) del derecho las diferentes reconstrucciones de las normas de competencia o las diferentes concepciones de la regla de reconocimiento, sólo por dar un par de ejemplos, me resulta oscuro.

ii) En segundo lugar, Manolo desacredita a la ciencia empírica del derecho, tal como está configurada por Bentham y (sobre todo) por Alf Ross, como carente de cualquier interés.

Así, según Manolo, los enunciados característicos de la ciencia jurídica no tienen la forma «La norma N es derecho vigente en el sistema jurídico SJ». En cambio, son característicos de la ciencia jurídica los enunciados prescriptivos típicos de la dogmática (o de los abogados), como por ejemplo «Aunque la disposición D viene siendo interpretada por los jueces en el sentido N1 (...) sin embargo su verdadero (o correcto) sentido es N2». «Y, si este tipo de enunciado no puede formar parte de la *verdadera* ciencia del Derecho, entonces esto quiere decir que esa ciencia se ve privada de cualquier función crítica» (Atienza 2018, 26, nota)³⁰.

Este pasaje parece distinguir entre *expository jurisprudence* y *ensorial jurisprudence*, pero sólo con el propósito de descalificar a la jurisprudencia descriptiva como algo completamente carente de interés.

La única «ciencia del derecho» que queda, por tanto, no es otra que la ciencia jurídica en sentido tradicional: la «doctrina» o la «dogmática»³¹, sobre todo en su versión (no reconstructiva o sistematoria³², sino) decididamente prescriptiva: un conjunto de discursos *de sententia ferenda*.

Manolo parece no concebir ni siquiera la posibilidad de un discurso sobre el derecho analítico y empírico, *wertfrei*. De hecho, al parecer, lo desprecia en cuanto carente de interés práctico. La teoría y el conocimiento son, así, devorados por la práctica.

REFERENCIAS

Atienza, M. 1993, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel, Barcelona

³⁰ La práctica de los juristas (académicos) no se agota en la dogmática y en la política *de sententia ferenda*: incluye también la enseñanza. Se supone que la enseñanza (del derecho vigente) consiste en la transmisión de conocimientos. Incluso si la teoría formal y la ciencia empírica del derecho no sirvieran para otra cosa (lo cual es posible), sin embargo, serían indispensables para esto: para ofrecer a los juristas los instrumentos conceptuales y las informaciones fácticas necesarias para conocer el derecho vigente, sin lo cual no podrían enseñarlo.

³¹ En el lenguaje de los juristas italianos, se acostumbra a llamar «doctrina» al conjunto de los discursos de juristas académicos. Quizás este modo de expresarse resulta oscuro para los juristas hispanohablantes. Estrictamente hablando, «dogmática» (a pesar de su uso corriente en la literatura iusfilosófica) no es exactamente sinónimo de «doctrina»: denota, más bien, según los contextos, una parte de la doctrina o un cierto estilo doctrinal.

³² La «alta dogmática» de Scarpelli (Scarpelli 1983).

- Atienza M. y Ruiz Manero J. 1996, *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona
- Atienza M. y Ruiz Manero J. 2009, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra, Lima-Bogotá
- Atienza M. 2001, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona
- Atienza M. 2012, «A vueltas con la ponderación», en M. Atienza, J.A. García Amado, *Un debate sobre la ponderación*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá
- Atienza M. 2013, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid
- Atienza, M. 2018, «Homenaje a Riccardo Guastini», en P. Chiassoni, P. Comanducci, G.B. Ratti (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, Marcial Pons, Madrid, 15-30
- Bobbio, N. 1950a, «Scienza del diritto e analisi del linguaggio», rist. en N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, reimpresso con el título «Scienza giuridica», Giappichelli, Torino, 1994
- Bobbio, N. 1950b, «Filosofía del diritto e teoria generale del diritto», en N. Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1955.
- Bobbio, N. 1965, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano.
- Guastini, R. 1994, «Tre domande a Francesco Viola», en M. Jori (ed.), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Giappichelli, Torino.
- Guastini, R. 2017, *Discutiendo*, Marcial Pons, Madrid.
- Guastini, R. 2019, «Riconoscimento», *Analisi e diritto*, 1, 9-20.
- Guastini, R. 2020, «On the Relations between Non-Cognitivism and Liberalism», *Analisi e diritto*, 1, 145-152.
- Kelsen, H. 1965, «Diritto e logica», en R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, il Mulino, Bologna, 1980.
- Scarpelli, U. 1982, *L'etica senza verità*, Mulino, Bologna.
- Scarpelli, U. 1983, «La teoria generale del diritto. Prospettive per un trattato», in U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Comunità, Milano.
- Viola, F. 1990, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano.
- Viola, F. 1994, «La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto», in M. Jori (ed.), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Giappichelli, Torino.
- Wright, G.H. von 1963, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge, London.
- Wright, G.H. von 2000, «Valuations — or How to Say the Unsayable», in *Ratio Juris*, XIII, n. 4, 348-357.

POSITIVISMO JURÍDICO Y OBJETIVISMO MORAL. RESPUESTA A UNA DUDA DE MANUEL ATIENZA

LIBORIO L. HIERRO

Universidad Autónoma de Madrid

1. ¿UN ERROR RETÓRICO?

Dice Manuel Atienza: «Yo diría que los objetivistas en materia moral cometen (o cometen) algún error (algún error retórico), pues no puede ser que resulte tan difícil hacer ver a los demás algo que, en el fondo, es bastante trivial» (Atienza 2013: 87).

Me propongo aquí —mientras escribo en su propio y sobradamente merecido homenaje— argumentar que tanto Atienza como los que sostienen las mismas tesis que él en este tema no cometen algún error retórico sino que arrastran algunos malentendidos teóricos. Creo que principalmente se reducen a dos: (1) afirmar que el emotivismo en el que se ubicaron algunos de los grandes teóricos del positivismo jurídico en la segunda mitad del siglo xx les condujo irremediabilmente al subjetivismo, relativismo e irracionalismo moral; 2) afirmar que el positivismo jurídico continúa irremediabilmente asociado al emotivismo y, consecuentemente, al irracionalismo moral que éste llevaría aparejado.

Trataré ahora de argumentar por qué estas dos afirmaciones me parecen erróneas. Trataré primero de demostrar que algunos de los más destacados positivistas del siglo xx, como Alf Ross o Norberto Bobbio —al primero de los cuales explícita y reiteradamente hace referencia Atienza—, se profesaron emotivistas sin caer en el irracionalismo moral, y que habría que matizar mucho en qué medida lo hizo Kelsen, el único que parece haber caído en ello —al que del mismo modo Atienza hace referencia— (Atienza 2013: 82; 2017: 65, 137, 198; 2022: 135).¹ Trataré a continuación de demostrar que, entre los positivistas actuales, el no-cognoscitivismo está lejos del emotivismo y asume en su lugar lo que generalmente llamamos constructivismo ético. Trataré, por fin, de demostrar que el constructivismo ético, siendo no-cognoscitivista, no tiene el menor atisbo de irracionalismo moral. Me atreveré, como conclusión, a sostener que la

¹ Atienza no suele incluir de forma expresa a Norberto Bobbio entre los representantes del supuesto irracionalismo emotivista, aunque su crítica tiende a ser general y, en mi opinión, se extendería a él. «Ese tipo de escepticismo metaético es usual encontrarlo en muchos iusfilósofos de inspiración analítica y positivista que, en materia de teoría ética, siguen adscritos al emotivismo ético que caracterizó a dos de los más importantes teóricos del Derecho del siglo xx: Han Kelsen y Alf Ross» (Atienza 2022: 135).

contraposición entre el objetivismo moral profesado por el post-positivismo y el presunto relativismo moral imputado por los post-positivistas al positivismo encubre no tanto un error retórico como una mera disputa verbal.

2. ALF ROSS, NORBERTO BOBBIO Y HANS KELSEN: POSITIVISMO JURÍDICO, EMOTIVISMO METAÉTICO Y RACIONALIDAD ÉTICA

2.1. *El racionalismo de dos emotivistas: Alf Ross y Norberto Bobbio*

Hace casi treinta años traté de resaltar cómo «tres de los más grandes filósofos del derecho de este siglo, que han debatido entre sí los problemas de la ciencia jurídica y han dado diferentes impulsos al positivismo jurídico en su forma contemporánea, han compartido también una misma o muy parecida posición metaética (el emotivismo) y una misma pasión ética, la democracia. Y, al mismo tiempo, habrá que plantearse si, al hacerlo así no han sido —como algunos piensan— inconsecuentes» (Hierro, L.L. 1994: 238).²

El punto de partida se encuentra en la fácil constatación de que Kelsen, Ross y Bobbio se declaran explícitamente empiristas (Kelsen 1992: 114; Ross 1963: XIII; Bobbio 1976: VIII) y, consecuentemente, comparten la orientación metaética que, en su época, iba aparejada al empirismo, esto es: el emotivismo. Aunque los antecedentes del emotivismo se remontan hasta David Hume, considerado frecuentemente su fundador aunque nunca utilizara este calificativo, su formulación en la filosofía neopositivista se debe a Julius A. Ayer y Charles L. Stevenson. Las primeras obras de referencia de Ayer y Stevenson se publican a finales de los años treinta y principios de los cuarenta y encuentran una acogida muy generalizada en el ámbito de la filosofía neopositivista. Estos datos, bien conocidos, suelen dejar en la sombra el hecho de que este emotivismo aparece inicialmente en Bertrand Russell y Ludwig Wittgenstein como una respuesta al intuicionismo de George E. Moore, Harold A. Prichard y William D. Ross «como doctrina ética vigente», doctrina que se había visto abocado a «un peligroso irracionalismo» (Hierro, J. S-P. 1970: 38). Es decir: el emotivismo, en su formulación inicial, trata de ser una respuesta al irracionalismo moral y no —como a veces se dice— su patrocinador. No es de extrañar, por ello, que el emotivismo fuera enseguida desplazado, sin grave ruptura, por el prescriptivismo de Richard M. Hare, Stephen Toulmin y Patrick H. Nowell-Smith, cuyas obras más significativas aparecen ya en los años cincuenta y sesenta del pasado siglo.

Se cita con harta frecuencia —y así lo hace Atienza (Atienza 2013: 82)— aquella frase de Alf Ross que parece ubicarle en un emotivismo indiscutiblemente irracional; la frase es esta: «invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto» (Ross 1963: 267). Me temo que esta afirmación, aparentemente tosca, se interpreta reiteradamente fuera de su contexto. Los capítulos X al XVII

² Vuelvo a utilizar ahora el subtítulo de aquel trabajo, «Ross y Bobbio sobre la democracia. El racionalismo de dos emotivistas». Haré sólo un breve resumen de lo que allí sostuve, remitiéndome a ese trabajo para una explicación más detallada.

de *Sobre el Derecho y la Justicia*, donde aparece esa frase, resumen sus opiniones sobre el conocimiento práctico, inicialmente deudoras de Axel Hägerström³ y enriquecidas entonces con reiteradas referencias a Stevenson. Ross, en esos capítulos, desarrolla su crítica al iusnaturalismo y al utilitarismo y es en ese preciso contexto en el que cobra sentido su afirmación de que la invocación de la justicia suele aparecer como un axioma dogmático carente de un contenido concreto pero con una «poderosa fuerza motivadora» (Ross 1963: 262). Lo que los comentaristas suelen olvidar es que Ross, tras discutir expresamente los criterios propuestos por Perelman, concluye que la idea de justicia, como valor del Derecho, tiene al menos dos sentidos relevantes: en el primero, «como una exigencia de racionalidad en el sentido de que el trato acordado a una persona debe ser predeterminable por criterios objetivos establecidos en reglas dadas»; en el segundo, «para caracterizar la decisión hecha por un juez, o por cualquier otra persona que debe aplicar un conjunto determinado de reglas. Decir que la decisión es justa significa que ha sido hecha de una manera regular, esto es, de conformidad con la regla o sistema de reglas» (ibídem: 265 y 266). Es en este contexto en el que Ross formula su tan repetida frase: «Invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto», pero es así precisamente porque quien lo hace emocionalmente «excluye todo argumento y discusión racionales con miras a un compromiso» (ibídem: 267). Pero no es esto lo más importante. Allí mismo Ross, siguiendo a Stevenson, plantea las relaciones entre el conocimiento y la acción; parte de que no es posible un conocimiento práctico en sentido ético pero que, asumiendo un cierto motivo (sea el interés o la actitud) el conocimiento puede dirigir la actividad (ibídem: 291) por lo cual la discusión política, si bien no es una discusión científica porque no trata de probar verdades sino de producir acuerdos prácticos, puede llevarse a cabo mediante métodos racionales o mediante métodos irracionales. Señala también Ross que mientras los métodos irracionales utilizan la persuasión tratando de influir en las actitudes y sólo indirectamente en las creencias, los métodos racionales utilizan la argumentación y tratan de influir en las creencias y sólo indirectamente en las actitudes (ibídem: 299). Ambos métodos —añade— pueden utilizarse para el bien o para el mal: la argumentación es información cuando respeta la verdad y propaganda cuando la desfigura; la persuasión es educación cuando respeta la autonomía moral y regimentación cuando no lo hace (ibídem: 307).

Ross defiende, en conclusión, una moralidad crítica racional; textualmente: «Ha de ser nuestra tarea, si es que ella puede ser llevada a cabo, examinar esta hipótesis [*que una cierta conducta sirve ciertos intereses sociales*] y racionalizar nuestra actitud emocional mediante un análisis del problema de la acción, a la luz de nuestros intereses y de una adecuada concepción

³ C. D. Broad señala, en la presentación del libro *Philosophy and Religion* (Hägerström, 1964), que el rechazo del idealismo que se produce a principios del siglo xx en Cambridge, encabezado por Moore y Russell y en Uppsala por Hägerström, «occurred in complete isolation from each other.» Hägerström es la primera influencia emotivista que recibe Alf Ross. Como conclusión de su investigación sobre la verdad de las proposiciones morales, Hägerström afirma: «The final result of this investigation is that a moral proposition as such... cannot be said to be either true or false. It is not a proposition to the effect that the action is actually or in truth the right one» (Hägerström 1964: 92) y, pocas páginas antes, en el resumen de su filosofía, dice: «the consciousness of value is characterized outright by the fact that the object —value— depends upon the feeling or desire which belongs to it» (ibídem: 69).

de la realidad» (ibídem: 356). Afirma, además, que su tesis no es nueva sino el mero reconocimiento del papel de la vieja retórica, a cuya nueva fundamentación han contribuido —reconoce explícitamente— Charles L. Stevenson y Chaïm Perelman (ibídem: 316).

Aunque se cite con menos frecuencia, cabe recordar ahora una frase de Norberto Bobbio que, fuera de contexto, resultaría parecida a aquella de Ross. Dice Bobbio: «Si a la justicia no le damos un contenido racional y no la hacemos corresponder con una exigencia de racionalidad, la justicia se convierte en un acto de voluntad arbitraria» (Bobbio 1940, 270).⁴ La única diferencia es que Bobbio hace aquí explícito el contexto en el que su afirmación cobra sentido. Ruiz Miguel ha distinguido tres etapas en la posición metaética de Bobbio (Ruiz Miguel 1983: 318 y ss.). En la tercera de ellas, la «época de madurez» —en palabras de Ruiz Miguel—, Bobbio abraza un «emotivismo básico» que incluye la no cognoscibilidad de los valores con dos limitaciones a la arracionalidad en que habría incurrido Kelsen: la primera estriba en admitir que, aun cuando los valores últimos no puedan demostrarse, sí cabe una argumentación deductiva a partir de aquellos que se asumen, una «derivabilidad lógica intravalorativa»; la segunda estriba en admitir la argumentación retórica en cuestiones valorativas, y —subraya Ruiz Miguel— que esta segunda «manifestación racionalista» tiene una clara procedencia ligada a la publicación, en 1958, del *Traité de l'argumentation* de Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca (ibídem: 343-344). Termina Ruiz Miguel señalando que, en la teoría de los valores de Bobbio, hay un emotivismo básico cuya motivación es claramente antidogmática y que, por ello, debe calificarse como «relativismo no escéptico» o «escepticismo relativo» (ibídem: 347).

Afirmé, en el trabajo que ahora he resumido, la gran semejanza en la posición metaética de Ross y de Bobbio: «Era al irracionalismo de la razón absoluta, de la verdad pretendida, al que opusieron una más modesta (o más ambiciosa) razón retórica, discursiva, argumentativa, intermedia y —en todo caso— plural». Señalé también que la proyección de su posición metaética en la filosofía política condujo a ambos a una clara y constante defensa de la democracia, con el matiz de que Ross parece tener como objetivo principal demostrar que el socialismo era posible en la democracia mientras que Bobbio parece tenerlo en demostrar que la democracia era posible en el socialismo (Hierro, L. L. 1994: 244-249). No es conveniente ahora extenderme más. Concluí entonces que tanto Ross como Bobbio sostuvieron que era posible argumentar racionalmente sobre los valores aunque los valores últimos expresen actitudes o tomas de posición y no verdades científicamente demostrables y que ambos estaban convencidos de que la democracia y la argumentación moral era dos caras de la misma moneda, el desarrollo del ser humano como ser moral (ibídem: 250-251).

2.2. *El emotivismo de Kelsen: ¿un irracionalismo inconsecuente?*

Kelsen terminó su conocido ensayo «¿Qué es Justicia?» con una llamativa confesión de relativismo moral: «Sólo puedo estar de acuerdo —dice— en que existe una Justicia relativa y puedo afirmar qué es la Justicia para mí. Dado que la Ciencia es mi profesión y, por tanto, lo

⁴ Tomo la cita de Ruiz Miguel 1983: 319.

más importante en mi vida, la Justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. *Mi Justicia*, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, la de la tolerancia» (Kelsen 1992: 63). Fácil es imaginar cómo formularían su propio ideal de Justicia, si compartieran literalmente este presupuesto metaético, el presidente de un fondo de inversiones, el jefe de un comando terrorista o el capo de un cártel de tráfico de drogas.

Albert Calsamiglia subraya, al presentar este ensayo, que Kelsen «negó racionalidad al tema de la Justicia, siendo en este punto coherente con sus presupuestos decimonónicos» (Calsamiglia 1992: 22). Mi pregunta, ahora, no es si Kelsen era o no era coherente con sus presupuestos empiristas, sino si Kelsen fue consecuente con su contundente afirmación de relativismo moral, esto es: si se abstuvo de ofrecer un criterio racional en favor de su noción de justicia. Y la respuesta es que no fue consecuente, sino que ofreció criterios racionales en favor de su noción de justicia.⁵

«¿Cuál será, pues, la moral de esta filosofía relativista de la Justicia, si es que tiene alguna? ¿Es cierto, como se ha sostenido, que el relativismo puede ser amoral, e incluso inmoral? ¿Es compatible el relativismo con la responsabilidad moral? ¡Cómo no!» (Kelsen 1992: 59). Kelsen apela entonces a la responsabilidad moral, la necesidad de elegir qué es bueno y qué es malo, y elige un principio moral específico. «El principio moral específico es el de la tolerancia, que supone comprender las creencias religiosas o políticas de otras personas sin aceptarlas pero sin evitar que se expresen libremente... Si la democracia es una forma justa de gobierno es porque supone la libertad y la libertad significa tolerancia» (ibídem: 61). Así que, pocos párrafos antes de formular aquella lamentable conclusión sobre «la justicia-para-mí», Kelsen había propuesto un principio moral específico con un apoyo racional porque, como también afirmó en 1948, «la Filosofía relativista es decididamente racionalista y, por tanto, siente una inclinación solapada hacia el escepticismo» (ibídem: 115). Esta confesión de racionalismo moral, no era, además, nada nueva en él; ya en 1920 había publicado «Esencia y valor de la democracia» y su primera frase dice así: «En el ideal de la democracia... convergen dos postulados de nuestra razón práctica y reclaman satisfacción dos instintos primarios de la vida social... Así, la idea absolutamente negativa y anti-heroica de la *igualdad* presta base a la aspiración, también negativa, hacia la *libertad*» (Kelsen 1934: 15-16).

Parece, pues, que debemos interpretar a Kelsen, a pesar de aquella desafortunada afirmación, también en aquel contexto emotivista cuyo objetivo no fue otro que encontrar un fundamento racional a los juicios morales, un lugar para la razón práctica que no dependa de una pretendida ley natural.

⁵ Alfonso Ruiz Miguel parece sostener, sin embargo, que en Kelsen se da cierta contradicción: «fue un decidido defensor de la democracia y, a la vez, del relativismo. Creo que acertó de lleno en lo primero, en su defensa de la democracia liberal, pero que, en buena parte, se equivocó en su aceptación del relativismo ético» (Ruiz Miguel 2011: 38). No obstante, Ruiz Miguel considera luego que «lo decisivo» estriba en que el criterio kelseniano en favor de la democracia sólo puede entenderse si incluye una pretensión de corrección que le convierte en un criterio «no sólo universal, sino objetivo» (ibídem: 75).

3. POSITIVISMO JURÍDICO, NO COGNOSCITIVISMO METAÉTICO Y CONSTRUCTIVISMO ÉTICO

Atienza acusa al positivismo jurídico, en términos muy generales, de profesar «el escepticismo axiológico (bien se emplee esa expresión, o bien la de no cognoscitismo o relativismo moral), o sea, la negación de que los juicios de naturaleza ética sean susceptibles de justificación racional» (Atienza 2017: 64). Sin embargo, si bien Kelsen, Ross y Bobbio fueron deudores del emotivismo dominante en el segundo tercio del siglo pasado, no cabe afirmar lo mismo de la mayor parte de los que ahora se declaran, nos declaramos, positivistas. La mayor parte de ellos se sitúan, nos situamos, en alguna forma de lo que hoy denominamos constructivismo ético.

Como es sabido, el emotivismo dio muy pronto paso al prescriptivismo, que ofrecía una explicación clara a lo que distingue los juicios meramente estéticos, de cualquier tipo que sean, de los juicios propiamente morales. Estriba esta diferencia en la pretensión de los juicios morales de guiar la conducta humana. La caracterización que Hare hace de los juicios morales es, como se ha reiterado tantas veces, puramente formal: un juicio es moral, con independencia de su contenido, cuando pretende guiar la conducta, es universalizable y es preponderante (*overriding*)⁶. La posición inicial de Hare ofrecía algunos puntos débiles, pues si bien el carácter prescriptivo puede limitarse a ser meramente formal y subjetivo, en cuanto depende sólo de la intención del que formula el enunciado moral, los caracteres de universalizabilidad y preponderancia parecen requerir algún fundamento sustantivo, es decir alguna razón o razones que avalen la pretensión de que el valor moral enunciado tiene validez para todas las personas en todos los contextos (es universal y «objetivo») y avalen su preponderancia sobre cualquier otra razón para comportarse.

La respuesta a estas cuestiones se manifestó pronto, en cuanto se abandonó el exclusivo análisis metaético y se recuperó, desde la filosofía analítica, el análisis ético sustantivo al que solemos denominar «ética normativa». Las referencias usuales se sitúan en 1971, con la publicación de la «Teoría de la Justicia» de John Rawls, para la ética pública, y, diez años después, en la «Teoría de la acción comunicativa» de Jurgen Habermas, para la ética privada. Ambos se situaron en la órbita kantiana y propusieron inicialmente una fundamentación de los juicios morales procedimental, formal, y universalista.

En ambos autores ese primer paso desde la metaética a la ética normativa se traduce en una propuesta de fundamentación procesal. Lo bueno o lo justo es aquello que agentes racionales situados en una ideal posición de neutralidad acordarían como bueno o justo. Tampoco tardó mucho en ponerse de relieve que una fundamentación exclusivamente procedimental resultaba arbitraria si no ofrecía alguna justificación para ese esquema procesal en el que la exigencia de igualdad y neutralidad de los agentes era la condición necesaria para que su acuerdo justificase lo bueno o lo justo. Es decir, las teorías procedimentales implicaban todavía algún valor sustantivo que ellas mismas daban por supuesto pero no probaban. Sus críticos podían seguir afirmando que su fundamento era arbitrario.⁷ Todos los constructivistas, en los últimos años del siglo

⁶ Treinta años después de publicar *The Language of Morals* Hare añadió esta tercera «propiedad lógica» a los juicios morales en *Moral Thinking: Its Levels, Method and Point* (Hare 1981: 24).

⁷ Así lo hace Massini Correas que denomina a estas teorías como «falacia procedimental» y argumenta que o bien abocan al realismo o bien caen en la arbitrariedad (Massini-Correas 2018: 6). Atienza considera una insufi-

pasado y en los primeros del siglo presente, han coincidido en asumir que nuestras construcciones morales encuentran su fundamento en algún principio que, si bien no resulta demostrable empíricamente, sí resulta sostenible razonablemente. Jefferson nos podría decir que eso es lo que él denominaba «verdades evidentes por sí mismas». Este principio ha encontrado diferentes formulaciones basadas siempre en aceptar como axioma —esto es: como verdad evidente por sí misma— lo que resulta un fundamento necesario del propio razonamiento moral: en Rawls se formula inicialmente como la igualdad⁸ y, frente a los críticos del fundamento meramente procesal, reconoce luego explícitamente que su teoría de la justicia se apoya en una concepción determinada de la persona que es «la concepción política y normativa de los ciudadanos como personas libres e iguales» (Rawls, 1989: 4 y 15-19). Afirmaciones similares se encuentran en Dworkin, en Nagel, en Barry o en Alexy y todos ellos coinciden en que cualquier teoría procedimental de la justicia que pretenda derivar los criterios de la justicia de un acuerdo razonable, limpio o imparcial da por supuesto un principio de carácter moral que hoy es, con distintas formulaciones, generalmente asumido: el del igual valor moral de todos los seres humanos.⁹

Justo es recordar que, en la filosofía del derecho de habla hispana, fue Carlos Santiago Nino el primero en ofrecer el constructivismo como una posición metaética razonable. Ya en 1984, el capítulo III de su obra «Ética y derechos humanos» está dedicada al constructivismo ético y en 1989 publica como monografía «El constructivismo ético». En aquel tercer capítulo define al constructivismo ético como «una concepción metaética que admite la posibilidad de justificar racionalmente principios morales normativos como los de índole liberal» y agrupa como defensores de esta concepción «a pesar de sus profundas diferencias» a Kurt Baier, William Frankena, Richard M. Hare, David Richards, Geoffrey Warnock, Thomas Nagel, Alan Gewirth, Peter Singer, Bruce Ackerman, Karl O. Apel, y Jürgen Habermas (Nino 1989: 91-92). Allí mismo Nino insiste en subrayar el carácter discursivo o argumentativo de la moral (ibídem: 102-103 y ss.) y en proponer, siguiendo a Rawls, una peculiar idea de la verdad de los juicios morales que consistiría en que el principio enunciado en el juicio «fuera efectivamente aceptado en tales condiciones» (ibídem: 117) reconociendo, no obstante, que «esa concepción metaé-

ciencia del constructivismo procedimental la falta de fundamento de las reglas del procedimiento aunque parece extender esa crítica a todo el constructivismo ético (Atienza 2017: 212-213).

⁸ Afirma en la «Teoría de la Justicia» que las condiciones de la posición original se basan en la igualdad: «el propósito de estas condiciones es representar la igualdad entre los seres humanos como personas morales» (Rawls, 1971: 19). En un sentido muy parecido, Gewirth sostiene que hay una inferencia lógica entre las condiciones necesarias de la acción humana y su exigencia como derechos por cualquier agente (Gewirth, 1990: 129-130 y 145). Atienza también coincide en afirmar como fundamento un principio que sería condición necesaria del razonamiento moral: «El principio de dignidad humana (que incluye también el de igualdad y el de autonomía) no es algo sobre lo que podamos decidir, sino condición de posibilidad para que pueda haber una comunidad moral, para que tengan sentido muchas de las instituciones en las que participamos y que nos constituyen» (Atienza 2022: 136).

⁹ Dworkin, 1984: 295: «cualquiera que declare que se toma los derechos en serio... debe aceptar, como mínimo, una o dos ideas importantes. La primera es la idea, vaga pero poderosa, de la dignidad humana»; Nagel 1991: 11: «la percepción básica que aparece desde el punto de vista impersonal... (de) que la vida de cada uno importa, y no es más importante que ninguna otra»; Barry 1997: 29: «la idea entera de que debemos buscar el acuerdo entre todos descansa en un compromiso fundamental con la igualdad de todos los seres humanos». Robert Alexy, por su parte, propone una fundamentación de los derechos humanos en la ética discursiva para concluir que tal construcción teórica se apoya en una concepción de la autonomía de la persona (Alexy 1995: 26).

tica presenta a la moral como un artefacto humano» (ibídem: 117).¹⁰ En su monografía posterior Nino califica su propia posición como «constructivismo epistemológico» y, aunque mantiene y desarrolla la idea de la «verdad moral» (Nino 1989 [2]: 104-110), se refiere en ocasiones no tanto a la verdad como a la validez de los principios morales (ibídem: 101, 104).

Creo que a la nutrida lista de autores de Nino podríamos añadir, «a pesar de sus profundas diferencias», a muchos otros: Ernst Tugendhat, Neil MacCormick, Otta Weinberger, Luigi Ferrajoli, Paolo Comanducci, Juan Calos Bayón, Francisco Laporta, José Juan Moreso, etc. Creo también que, en resumen, podemos caracterizar al constructivismo ético por dos dimensiones, una negativa y otra positiva. La dimensión negativa puede enunciarse —utilizando palabras de unos de sus más rotundos críticos— como «una repulsa decisiva y completa al denominado realismo cognitivo» (Massini-Correas 2018: 9), esto es: la negación de que los valores morales sean hechos o propiedades objetivas de las cosas o de las situaciones que podamos llegar a conocer mediante la percepción, la intuición o de cualquier otro modo, y consecuentemente de que los juicios morales puedan calificarse de verdaderos o falsos conforme a su coincidencia o discrepancia con aquellos hechos o propiedades. La dimensión positiva puede enunciarse —en palabras de Otta Weinberger— como que «existe algo como el pensamiento práctico y la argumentación práctica, aunque no exista nada como el conocimiento práctico» (Weinberger 1986: 145).¹¹

4. EL OBJETIVISMO MORAL SEGÚN MANUEL ATIENZA

Atienza ha calificado su posición metaética como «objetivismo mínimo» (Atienza 2022: 136). Con una claridad digna de agradecimiento lo resume, allí mismo, en cinco puntos: (1) El objetivismo moral no es absolutista ni dogmático, sólo defiende que el discurso moral conlleva una pretensión de corrección o de objetividad. (2) El objetivismo moral no significa realismo moral; no postula la existencia de hechos morales, sólo predica la objetividad de las razones esgrimidas para sostener una tesis moral.¹² (3) La objetividad moral supone la existencia de principios cuya validez no depende de las preferencias de uno o varios sujetos. El principio de

¹⁰ Nino caracteriza también como aspectos estructurales del discurso moral la autonomía y la universalidad (Nino 1989: 109-110).

¹¹ «There is such a thing as practical thought and practical argumentation, but not such a thing as practical cognition». En el mismo sentido Carla Bagnoli afirma «the constructivist view is that there are objective criteria of moral judgment insofar as there are objective criteria about how to reason about practical matters» (Bagnoli 2021: 6). Ferrajoli ha subrayado también que «el no-cognoscitivismo ético, esto es, la idea de que los principios y los juicios éticos políticos no son tesis asertivas y menos aún cognoscitivas acerca de un determinado orden moral objetivo, no implica en absoluto la renuncia a una aproximación racional al problema de los fundamentos» (Ferrajoli 2006: 122). José Juan Moreso señala que la posición de Ferrajoli permite ubicarle en el positivismo jurídico incluyente y resulta compatible con lo que Moreso defiende como tesis de la incorporación la cual —añade— «presupone el objetivismo ético, si por tal entendemos algo similar a lo que Rawls atribuye a la ética kantiana: «decir que una convicción moral es objetiva, entonces, es decir que hay razones suficientes para convencer a todas las personas razonables de que es válida o correcta (Rawls 2000: 245)»» (Moreso 2013: 63-64).

¹² En los mismos términos en Atienza 2013: 81 y 83; Atienza 2017: 66 y 194. En consecuencia Atienza rechaza la evaluación de los enunciados morales como verdaderos/falsos (Atienza 2017: 205). Norbert Bilbeny su-

la dignidad humana (que incluye igualdad y autonomía) es la condición de posibilidad para que haya una comunidad moral.¹³ (4) Negar la objetividad de los criterios morales (el escepticismo metaético) conduciría a la arbitrariedad y haría imposible fundamentar un valor (por ejemplo, los derechos humanos) mientras no se hubiese alcanzado una convención. (5) La objetividad de los principios morales no es metafísica sino que se vincula al mundo natural y social, por lo que es immanente y tiene un carácter transcultural, universal.

Los puntos (1) y (2) coinciden de forma clara y rotunda con lo que he presentado como la dimensión negativa del constructivismo. Formulan una «repulsa decisiva y completa» del realismo cognitivo como metaética. Calificarlos como componentes de una concepción objetivista (aunque sea mínima) no parece ajustarse al significado convencional de lo «objetivo» y sólo podría calificarse de ese modo en la segunda acepción de lo «objetivo» como desinteresado o desapasionado pues, si el carácter objetivo se predica no de hechos o propiedades sino de razones, entonces sí tiene algún sentido afirmar que las razones morales son —o deben ser— desinteresadas. Si es así lo que Atienza sostiene, entonces cualquier constructivista metaético coincide con su objetivismo mínimo.

Los puntos (3) y (5) coinciden de forma igualmente clara y rotunda con lo que he presentado como la dimensión positiva del constructivismo. Hay argumentos, hay razones para fundamentar unos principios morales y rechazar otros como amoraless o inmorales. Estas razones no se pueden fundamentar en la experiencia sensible, ni en una presunta intuición, sino en el propio carácter del discurso moral una de cuyas características es la universalizabilidad, esto es: que su corrección o validez como juicios morales, que expresan razones últimas preponderantes sobre deseos o intereses particulares, es universal, predicable para todo agente moral, para toda la humanidad. Tiene razón Atienza: los principios morales, así entendidos, no son metafísicos sino que son inmanentes al mundo humano. Y, si es así lo que Atienza sostiene, entonces cualquier constructivista metaético coincide con su objetivismo mínimo, o bien cabría decir que su objetivismo mínimo no es sino otra formulación del constructivismo metaético.¹⁴

5. ¿UNA DISPUTA VERBAL?

Si esto es así ¿en qué discrepamos? Tengo la impresión de que la aparente importancia de nuestra discrepancia sobre la alternativa objetivismo/no-cognocitivismo se apoya en una mera

braya en el mismo sentido que, a partir de Kant, se reconoce «que la objetividad del valor es justamente su racionalidad» (Bilbeny 1990: 82).

¹³ En el reciente homenaje que sus compañeros y discípulos más cercanos han dedicado a Manuel Atienza (DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 46, 2023), Daniel González Lagier ofrece un excelente análisis de este principio como argumento trascendental y de su función en el objetivismo mínimo de Atienza (González Lagier 2023: 187-207; en particular 189 y 198-202).

¹⁴ En el nº 46 de DOXA que acabo de citar, Lucas E. Misseri analiza con detalle la propuesta de objetivismo mínimo de Atienza y concluye que «el mejor modo de comprender el objetivismo moral mínimo atenciano es como una forma de constructivismo metaético» (Misseri 2023: 312). Obvio es decir que estoy completamente de acuerdo.

cuestión de palabras: lo «objetivo» como «universal», de un lado, frente a lo subjetivo como «particular» o «relativo», del otro. Son, si no me equivoco, estos adjetivos los que alimentan esta polémica. Debemos, pues, tratar de convenir su respectivo significado y no será inútil recurrir al diccionario, como irónicamente aconsejaba, en una de sus rimas, Gustavo Adolfo Bécquer ya en 1868.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define «objetivo», en su primera acepción, como «perteneciente o relativo al objeto en sí mismo, con independencia de la propia manera de pensar o de sentir», en la segunda acepción como «desinteresado, desapasionado» y en la tercera —que anota como filosófica— como «que existe realmente, fuera del sujeto que lo conoce». Sus antónimos son principalmente «subjetivo», para la primera, y «parcial» para la segunda. Las definiciones de «subjetivo», en el mismo diccionario, son «perteneciente o relativo al sujeto considerado en oposición al mundo externo» y «perteneciente o relativo al modo de pensar o de sentir del sujeto, y no al objeto en sí mismo». Podemos coincidir, pues, en que objetivo es aquello que existe realmente, fuera del sujeto que lo conoce y que pertenece al objeto en sí mismo mientras que subjetivo es lo que pertenece o es relativo al sujeto o a su modo de pensar o de sentir.

Si aceptamos esta sencilla convención lingüística, obvio es decir que el objetivismo moral sería aquella concepción de la moral que considera que los valores morales existen realmente fuera del sujeto que los conoce, y que el constructivismo es, por su primera característica, «una repulsa decisiva y completa» de semejante consideración y, en este sentido, deberíamos admitir que el constructivismo es una manifestación de «subjetivismo» moral.

¿Puede algo que es subjetivo ser universal? Lo curioso es que «universal» significa —sigo con el mismo diccionario— en su segunda acepción aquello «que comprende o es común a todos en su especie, sin excepción de ninguno» y, en la cuarta, aquello «que pertenece o se extiende a todo el mundo, a todos los países, a todos los tiempos». Su antónimo, «particular» es, por el contrario, lo «propio y privativo de algo, o que le pertenece con singularidad», lo «singular o individual, como contrapuesto a universal o general». No parece, por tanto, que haya ninguna contradicción semántica en afirmar que lo objetivo puede ser particular (de un objeto, de una especie, etc.) y lo subjetivo puede ser universal si el sujeto del que se predica es el de todos los miembros de una especie —por ejemplo, la humanidad— y que por ello se extiende a todo el mundo, a todos los países y a todos los tiempos. Quiero decir: no veo contradicción alguna en afirmar que los valores morales, siendo subjetivos, son universales.¹⁵

¹⁵ Como bien resume Francisco Laporta «La progresiva «racionalización» del discurso moral supone también abandonar el simplismo aquel de que los juicios morales eran puramente emocionales y subjetivos. Lo que esa filosofía ha hecho, y con ella hemos ido evolucionando todos, es un esfuerzo cada vez más exitoso por reintroducir la racionalidad en el discurso moral, pero sin afirmar sin embargo que las proposiciones morales tengan valor de verdad o falsedad. Las cotas de racionalidad y objetividad alcanzadas hoy merced a la reflexión moral son altas, pero sin embargo, la idea de que las proposiciones éticas sean verdaderas o falsas me parece todavía lejos del alcance de la mano» (Laporta 2015: 563).

6. CONCLUSIÓN

La dificultad de Manuel Atienza en hacernos ver algo tan trivial estriba, en conclusión, en su empeño de atribuirnos a quienes todavía profesamos un positivismo jurídico metodológico —que, como es notorio, sigue manteniendo la separación conceptual entre el derecho y la moral crítica— un relativismo moral que, con contadas excepciones, no profesamos. Parece que Atienza acierta cuando pone en palabras del objetivista (sin duda, él mismo) que «es posible que en las discusiones acerca del objetivismo moral haya desacuerdos que son, más que otra cosa, de palabras» (Atienza 2013: 87).¹⁶ Claro es, sin embargo, que de esto ya hemos hablado muchas veces sin ponernos de acuerdo, lo que me obliga a compartir —cambiando sólo el sujeto— aquella duda de Atienza que yo trataba en estas páginas de responder. Diría que los no-cognoscitivistas en materia moral cometen (o cometemos) algún error (algún error retórico), pues no puede ser que resulte tan difícil hacer ver a los demás algo que, en el fondo, es bastante trivial.

Abril de 2023

REFERENCIAS

- Alexy, Robert (1995) «Discourse Theory and Human Rights» en Varios, 1995 (II): 22-28.
- Atienza, Manuel (2013) *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Madrid, Pasos Perdidos.
- Atienza, Manuel (2017) *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid, Trotta.
- Atienza, Manuel (2022) *Sobre la dignidad humana*, Madrid, Trotta.
- Bagnoli, Carla (2021) «Constructivism in Metaethics», en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2021 Edition, Edward N. Zalta (ed.), URL: <https://plato.stanford.edu/archives/spr202/entries/constructivismmetaethics/>
- Barry, Brian (1997) *La justicia como imparcialidad*, Barcelona, Paidós (Orig: *Justice as Impartiality*, Oxford, Oxford University Press, 1995)
- Bilbeny, Robert (1990) *Humana dignidad*, Madrid, Tecnos.
- Bobbio, Norberto (1940) «Completezza dell'ordinamento giuridico e interpretazione» en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XX, nn. 4-5, pp. 266-270.
- Calsamiglia, Albert (1992) «Estudio Preliminar» en Kelsen (1992), pp. 7-34.
- Dworkin, Ronald (1984) *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel (Orig: *Taking Rights Seriously*, Londres, Gerald Duckworth & Co., 1977)
- Ferrajoli, Luigi (2006) *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia*, Madrid, Trotta.
- Gewirth, Alan (1990) «La base y el contenido de los derechos humanos» en Betegón, J. y Páramo, J. R. de (eds.), 1990: 125-145 (Orig: «The Basis and Content of Human Rights» en *Nomos* (XXIII), 1981)

¹⁶ En el mismo sentido Atienza 2017: 193 en referencia a sus diferencias con Paolo Comanducci.

- González Lagier, Daniel (2023) «El barón y el tábano. Sobre los límites del argumento trascendental y el objetivismo moral» en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Derecho*, número 46, pp. 187-207.
- Hägerström, Axel (1964) *Philosophy and Religion*, Londre, George Allen & Unwin Ltd.
- Hare, Richard M. (1981) *Moral Thinking: Its Levels, Method and Point*, Oxford, Oxford University Press.
- Hierro, José S-P. (1970) *Problemas del análisis del lenguaje moral*, Madrid, Tecnos.
- Hierro, Liborio L. (1994) «Ross y Bobbio sobre la democracia. El racionalismo de dos emotivistas», en Llamas, Ángel (edit.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Madrid, Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, 1994, pp. 237-255.
- Kelsen, Hans (1934) *Esencia y valor de la Democracia*, Barcelona, Labor.
- Kelsen, Hans (1992) ¿Qué es Justicia? Edición de Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona.
- Laporta, Francisco (2015) «Entrevista a Francisco Laporta por Manuel Atienza», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 38, pp. 557-577.
- Massini-Correas, Carlos Ignacio (2018) «Constructivismo ético» en *Diccionario Interdisciplinar Austral*, editado por Claudia E. Vanney, Ignacio Silva y Juan F. Frank, URL:http://dia.austral.edu.ar/Constructivismo_ético.
- Misseri, Lucas E. (2023) «Manuel Atienza y el laberinto de su objetivismo moral mínimo: constructivismo metaético y dignidad humana» en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 46, pp. 297-319.
- Moreso, José Juan (2013) *Ethica More Iuridico Incorporata*, México, Distribuciones Fontamara.
- Nagel, Thomas (1991) *Equality and Partiality*, Oxford, Oxford University Press.
- Nino, Carlos S. (1989) *Ética y derechos humanos* (segunda edición), Buenos Aires, Astrea.
- Nino, Carlos S. (1989 [2]) *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales,
- Rawls, John (1971) *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press.
- Rawls, John (1989) *Justice as Fairness. A Guided Tour*, Cambridge, Harvard University, (texto fotocopiado, no publicado)
- Rawls, John (2000) *Lectures on the History of Moral Philosophy*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Ruiz Miguel, Alfonso (1983) *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Ruiz Miguel, Alfonso (2011) *Democracia y relativismo*, México, Fontamara.
- VV.AA., 1995: *Challenges to Law at the End of the 20th Century*, Bolonia, Cooperativa Libreria Universitaria Editrice.
- Weinberger, Ota (y Macormick, Neil) (1986) *An Institutional Theory of Law. New approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, D. Reidel Pub. (Kluwer).

MANUEL ATIENZA SOBRE LA DIGNIDAD DEL(OS) HOMBRE(S)

PABLO DE LORA¹

Universidad Autónoma de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

En el que, a fecha de hoy, es su más reciente libro, *Sobre la dignidad humana* (2022, en adelante SDH), una contribución que sigue nutriendo su fecunda e influyente obra, Manuel Atienza afirma que la dignidad es el concepto normativo (moral y jurídico) más importante; el «valor último del ordenamiento»; el que da fundamento a los derechos humanos y encarna los valores de libertad e igualdad que serían, de acuerdo con Atienza, dimensiones distintas de «una misma realidad», conteniendo cada una de ellas a las otras; una suerte, si se me permite la licencia, de «santísima trinidad axiológica». A la conclusión de SDH el propio Atienza sintetiza del siguiente modo las consecuencias que comporta otorgar esa primacía a la noción de dignidad: «... el núcleo normativo de la dignidad humana... puede encontrarse en el derecho y la obligación que tiene cada individuo, cada agente moral, de desarrollarse a sí mismo como persona (un desarrollo que admite una pluralidad de formas, de maneras de vivir, aunque no cualquier forma de vida sea aceptable) y, al mismo tiempo, en la obligación, en relación con los demás, con cada uno de los individuos humanos, de contribuir a su libre (e igual) desarrollo» (p. 127).

Hay una interpretación secular de ese término tan vidrioso, alejado de su marchamo cristiano —el que llevó a decir a Nicolás de Cusa que la dignidad del hombre radica en haber sido la única criatura elegida por Dios para poder admirar su grandeza—, una lectura que permite resistir los embates de ciertos liberales o escépticos (Steven Pinker, Ruth Macklin o Jesús Mosterín) que recelan bien de su utilidad, bien de su potencial efecto disolvente sobre la autonomía moral de los individuos; para Atienza, sin embargo, una lectura fielmente kantiana de la dignidad (nadie puede ser tratado meramente como un medio) permite afianzar tanto las expresiones de la libertad personal como las de la igualdad. En la reconstrucción que propone Atienza, en esa forma de evitar el colapso entre los conceptos de dignidad y autonomía moral, la apelación a la dignidad no constituiría un argumento concluyente para considerar injustificadas prácticas tales como la gestación por sustitución, la procreación destinada a disponer de tejidos o células

¹ Universidad Autónoma de Madrid.

para salvar a un hermano o para que se pueda compensar económicamente a quienes deciden poner a disposición sus órganos no vitales para beneficio de quienes los necesiten (SDH, pp. 46, 53, 61-65). En todos esos supuestos la condena moral categórica, y la correspondiente prohibición jurídica, está en el diablo de los detalles regulatorios: ¿a qué se obliga contractualmente a la mujer que gesta un embrión ajeno? ¿Son esos órganos compensados monetariamente al cedente redistribuidos por un sistema sanitario público que los asigna en función de la estricta necesidad y no por el criterio de la capacidad de pago?

No me voy a ocupar de estos debates en los que tan activa y fértilmente ha participado Atienza, sino más bien de la dimensión igualitaria de la dignidad², tal y como la presenta en SDH, y, más concretamente, de la consecuencia consistente en prohibir la discriminación, es decir, en «... no tratar a un individuo de manera distinta que a otro por razones que son ajenas a su voluntad...», una concepción de la dignidad también defendida por Carlos Nino (SDH, pp. 34-35, 159). Entre las características que cabalmente menciona Atienza como impertinentes está el sexo (SDH, p. 127). Y lo haré a propósito del distinto tratamiento penal que reviste el delito de lesiones de menor gravedad y el maltrato de obra en el seno de la pareja heterosexual, procediendo del siguiente modo: en la siguiente sección expondré los hechos de un caso resuelto en casación por la sentencia del Tribunal Supremo 677/2018. En la sección 3 abordaré la doctrina que estableció el Tribunal Constitucional en la polémica sentencia 59/2008 en la que se ventiló la constitucionalidad de dicho precepto y hasta qué punto los argumentos justificadores de la asimetría penal que introduce el artículo 153.1 son convincentes. En los epígrafes 4 y 5, a modo de conclusiones, calibraré si, de acuerdo con el planteamiento de Atienza en SDH, la dignidad de los hombres queda menoscabada con la vigencia de dicho precepto y su interpretación prevalente por parte de los aplicadores del Derecho.

2. LOS HECHOS DE LA STS 677/2018

Corrían los inicios del mes de diciembre de 2017 cuando una pareja, Julio y Alba, comenzaron una discusión a las puertas de la discoteca «La viejoteca», en Zaragoza. La trifulca escaló hasta el punto de que Alba propinó a Julio un puñetazo en el rostro y éste le respondió con un tortazo. A continuación Alba le dio una patada. No hubo parte de lesiones. Las diligencias que ulteriormente abrió un juzgado de lo penal condujeron a la absolucón de ambos al considerar el juez que los hechos eran indiciariamente constitutivos de un delito de maltrato de obra del 147.3 CP que sólo cabe perseguir mediando denuncia de la parte agraviada, lo cual no era el caso³. La absolucón fue confirmada por la Audiencia Provincial de Zaragoza⁴. Recurrida la sentencia por el Fiscal ante el Tribunal Supremo, éste resuelve por mayoría que debió entender-

² La desigualdad, ha dicho Juan Antonio Lascurain, daña eso tan inconcreto que llamamos «dignidad» (2019, p. 97).

³ El precepto reza: «El que golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses».

⁴ Es la SAP de Zaragoza 60/2018 de 9 de marzo.

se que nos encontrábamos ante uno de los supuestos de la llamada «violencia de género», es decir, una conducta que, en el caso de Julio, debía incardinarse en el artículo 153.1. del Código Penal, y, en el caso de Alba, en el artículo 153.2. La dicción literal, en el primer caso es:

«El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año...».

Y en el segundo:

«Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2⁵, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año...».

La literalidad de estas normas arroja una luz indudable, y con ella las sombras de la sospecha sobre una afrenta a la dignidad humana en los términos de Atienza; la diferencia de trato en el castigo penal se basa en hechos o rasgos incontrolables para el sujeto: ser varón heterosexual. Y en este supuesto esa discriminación se hace aún más patente: ambos individuos actúan en una misma secuencia de agresiones mutuas. «La dignidad —afirma Atienza— prohíbe cierto tipo de trato...» (SDH, p. 77) y ese es, fundamentalmente, el de que ningún ser humano —quizá también algunos seres no humanos— sea *meramente* tratado como un instrumento. ¿Fue así tratado Julio al ser más severamente castigado? Además de la prohibición de discriminación que figura en el artículo 14 de la Constitución, ¿vulnera esa diferencia de trato la «dignidad de la persona» que, de acuerdo con el artículo 10.1 de la Constitución española, es «fundamento del orden político y de la paz social»?

3. IGUALDAD, CONSTITUCIÓN Y VIOLENCIA DE GÉNERO

La diferenciación que establece el artículo 153 del Código Penal fue considerada acorde con la Constitución por el Tribunal Constitucional que, en apretada mayoría, sostuvo, entre otros argumentos, que:

- 1) La distinta pena no se sustenta exclusivamente sobre el sexo del sujeto activo, sino en «... la voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y

⁵ Ese artículo se refiere a, entre otras víctimas: «... quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia».

más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen...» (STC 59/2008, FJ 7).

- 2) El objetivo, legítimo, del legislador es combatir: «... el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad... [la] manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres...[hacerlo] por su especial incidencia que tienen [las agresiones] sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión... el uso de la violencia con la finalidad de coartar al otro su más esencial autonomía en su ámbito más personal y de negar su igual e inalienable dignidad» (FJ 8).
- 3) La necesidad de esa mayor condena para el sujeto activo varón en ese ámbito relacional se sustenta sobre la frecuencia —mucho mayor— en la que la víctima es mujer y el agresor hombre (FJ 9)⁶.

A partir de estas razones del TC argumenta el Tribunal Supremo que, en el caso de las agresiones mutuas de Julio y Alba, cabe aplicar el distinto tratamiento penal sin que quepa prueba en contrario de que con su respuesta Julio pretendía «dominar» a su pareja mujer:

«En modo alguno —señala el Tribunal Supremo— quiso el legislador adicionar una exigencia de valoración intencional para exigir que se probara una especial intención de dominación del hombre sobre la mujer. Ello iba ya implícito con la comisión del tipo penal contemplado en los arts. 153, 171 y 172 CP al concurrir las especiales condiciones y/o circunstancias del tipo delictivo. La situación en concreto de mayor o menor desigualdad es irrelevante. Lo básico es el contexto sociológico de desequilibrio en las relaciones: eso es lo que el legislador quiere prevenir; y lo que se sanciona más gravemente aunque el autor tenga unas acreditadas convicciones sobre la esencial igualdad entre varón y mujer o en el caso concreto no puede hablarse de desequilibrio físico o emocional».

Y ello porque: «... los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad... ello no queda desvirtuado por la circunstancia de que la mujer responda a esa agresión con otra agresión y constituir una agresión recíproca»⁷.

Con una terminología y aparato conceptual que Atienza, como pocos, ha coadyuvado a difundir en la cultura jurídica de las últimas décadas, en el caso resuelto por la STS 677/2018, el Tribunal Supremo es invitado a reabrir un balance de razones, a no tratar el enunciado del artículo 153.1 como opaco a sus justificaciones subyacentes, invitación que declina. ¿Está justificada esa negativa?

⁶ A este respecto, y como cabalmente ha señalado Fernando Molina, es mucho más frecuente que los jóvenes agredan y no por ello deben recibir mayor pena que los viejos (Molina, 2009, p. 64 y ss.)

⁷ Sentencia del TS 677/2018 de 20 de diciembre.

4. ¿ES EL MACHISMO PONDERABLE?

No es difícil advertir que todos los ingredientes que permiten justificar la diferencia de trato penal en relación con el delito de menoscabo psíquico o lesión de menor gravedad escapan (y escaparon) al control de Julio, como vienen escapando a todos los Julios de este mundo: nada pueden hacer para recibir un tratamiento penal igual que Alba, o las Albas de este mundo⁸. Parafraseando al Tribunal Constitucional, ¿cómo podría Julio no «insertar su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas [dotando] así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa»?

Lo cierto es que, siguiendo las razones aportadas por Elena Larrauri, no lo puede hacer en modo alguno: el «género»⁹ impide hablar de comportamientos idénticos, de la misma manera que la capacidad económica del sujeto impide considerar la igual afectación de ser sancionado con una multa de 500 euros si uno es muy pobre a diferencia de si es muy rico: «... el hecho de que una mujer sea seguida por un grupo de hombres en la noche, o que un hombre sea seguido por un grupo de mujeres, es un comportamiento idéntico con significados y consecuencias diversas»¹⁰. Y por si nos quedaba alguna duda apunta Larrauri en relación con las «agresiones mutuas» como las de Julio y Alba: «La expresión “agresiones mutuas” oscurece el hecho de que, a pesar del acometimiento mutuo, el resultado en términos de temor y en términos de probabilidad de lesión no es en absoluto equivalente»¹¹. ¿Siempre? ¿En todos los supuestos? ¿También cuando las agresiones mutuas se producen entre la campeona del mundo de halterofilia y una pareja suya alféñique?

La propia Larrauri, con indudable honestidad intelectual concede que no: «... los motivos por los cuales opino que una agresión del hombre a su pareja es generalmente más grave, pueden no estar siempre presentes. Y creo —añade— que en los casos en que ello no se produzca el juez está autorizado a “desviarse” de la norma precisamente en la fase de individualización de la pena. El hecho de que el legislador no establezca una presunción no impide que el Tribunal deba valorar si el fundamento agravatorio que motiva la norma concurre en este caso»¹². Lo que no hizo el Tribunal Supremo en el caso de la mutua agresión de Julio y Alba.

Pero a juicio de Larrauri, el problema entonces se traslada de la dimensión de la igualdad al de la proporcionalidad de la pena¹³. En mi opinión, la cuestión, como vengo sosteniendo, es más profunda y tiene que ver con la dignidad del(os) hombre(s), es decir, de los varones y de las mujeres. Vayamos por fin a ello.

⁸ En realidad sí puede hacerlo: acogerse a la previsión del artículo 44 de la Ley 4/2023 de 28 de febrero para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI mediante la que puede modificar la mención del sexo en el Registro Civil bastando su mera voluntad.

⁹ En realidad no es al género a lo que se refiere Larrauri, sino al dato biológico del sexo.

¹⁰ 2009, pp. 10 y ss.

¹¹ *Ibid.*, p. 12.

¹² Larrauri, 2009, p. 14. Se trata de comprobar que la conducta se produce en un «contexto de dominación», cuya prueba corresponde a la acusación; en la misma línea Lascurain (2019, pp. 105-106) que considera que ese debió ser el tipo de sentencia interpretativa que tuvo que haber dictado el Tribunal Constitucional en la cuestión de constitucionalidad que resolvió con la STC 59/2008.

¹³ *Ibid.*, p. 14 nota 26.

Es indudable lo que apunta Larrauri en relación con las proyecciones y construcciones sociales o culturales de la conducta y los (pre)juicios (sociales) que arrastran, que son desgraciadamente tozudos: todos tenemos sesgos y falacias ecológicas que reprimir, pero la cuestión es si tales déficit deben trasladarse al Código Penal con la consecuencia de un disímil tratamiento por la concurrencia de un rasgo incontrolable. Pensemos por un momento en la raza y en un contexto como el del barrio de Washington Park, en las inmediaciones de la Universidad de Chicago. Es evidente que el significado social que tiene la acción consistente en que un grupo de hombres negros con trazas de raperos camine detrás de un hombre blanco es muy distinta al de un grupo de hombres blancos trajeados caminando detrás de un hombre negro. Social (y falazmente), se estima que puesto que un 90% de todos los atracadores de Washington Park son negros, el 90% de los negros que caminan por Washington Park son atracadores, entre ellos este concreto que camina tras ese grupo de blancos que da un paseo tras un sesudo seminario de Filosofía del Derecho con el profesor Brian Leiter. ¿El atraco cometido por ese concreto individuo africano-americano debe recibir mayor castigo porque es mayor la frecuencia de atracadores negros y distinto el significado social de las andanzas de los negros por los parques entrada ya la noche? Resulta odioso.

Con el razonamiento del Tribunal Supremo en la STS 677/2018 y de otros tantos aplicadores del Derecho en España, se cumple el *dictum* con el que Simone de Beauvoir cifraba la subordinación de las mujeres: la biología SÍ es destino. Cabría decir que puesto que la mayor punición no depende *solo* de su condición sexual sino del «contexto relacional» a Julio le queda la opción de no mantener relaciones de pareja o de análoga afectividad con mujeres, o bien, en el contexto específico de haber sido agredido por su pareja mujer, de comportarse como un santo varón cristiano y seguir poniendo la mejilla. De hecho eso es lo que el Tribunal Constitucional estima que ha de hacer si reparamos en la conclusión del fundamento jurídico 11 de la STC 59/2008: no se sanciona «... al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y sólo él, coadyuva con su violenta acción». De nuevo: ¿todo Julio de este mundo hace una «consciente inserción [de su acción] en una concreta estructura social»?

5. CONCLUSIONES

No es difícil cohonestar esas consecuencias con la vulneración que a la dignidad del(os) hombre(s) se produce cuando, como nos recuerda Atienza evocando a Berlin, sacrificamos a los individuos en el altar de la «... nación, Iglesia, partido, clase, progreso o las fuerzas de la historia» (SDH, p. 98). O de un feminismo mal entendido, añadiría yo. La dignidad, ha señalado en la misma línea Ernesto Garzón Valdés, tiene carácter «adscriptivo», es decir, no designa o describe una propiedad biológica propia de la especie humana (como por ejemplo su genoma), sino una valoración positiva sobre todos los miembros del grupo. En sus propias palabras: «Adscribirle dignidad al ser humano viviente es algo así como colocarle una etiqueta de valor no negociable, irrenunciable, ineliminable e inviolable, que veda todo intento de auto o hete-

rodeshumanización»¹⁴. En la proscripción de la instrumentalización del otro, ha dicho por su parte Carmen Tomás y Valiente recordando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se basa el principio de culpabilidad penal y de proporcionalidad de las penas¹⁵.

Así pues, parafraseando a Garzón Valdés, existen también, como vengo observando a propósito del artículo 153.1, «indignidades adscriptivas»: las que implican etiquetar con una estigmatización igualmente no negociable, irrenunciable, ineliminable e inviolable a todos los miembros de un grupo. Y no sólo de los hombres. También de las mujeres. Y es que fijémonos en las otras dos «indignidades», si se me permite el uso laxo de la expresión, que genera la obligación prescrita al juez penal de imputar siempre la comisión del delito tipificado en el art. 153.1 bastando la mera comprobación de la condición de varón biológico del sujeto activo en el contexto relacional una pareja o expareja heterosexual: en primer lugar la condena perpetua a una condición de subordinación irremisible a todas las mujeres que entablan relaciones heterosexuales con hombres, y, como consecuencia de lo anterior, la performativamente acreditada imposibilidad de erradicar la violencia de género. Me explico: con la eliminación del requisito de un *animus* machista o de contribuir conscientemente con su conducta a un contexto de dominación para así poder castigar más a los hombres que a las mujeres, el Código Penal estaría, de manera paradójica, tratando al tiempo de eliminar mediante ese expediente la estructural patriarcal y al tiempo consolidándola por impedir a todo hombre demostrar su condición de no-machista.

Una indignidad para los hombres (y las mujeres).

BIBLIOGRAFÍA

- Atienza, Manuel (2022): *Sobre la dignidad humana*, Trotta, Madrid.
- Garzón Valdés, E. (2006). *Tolerancia, dignidad y democracia*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Larrauri Pijoan, Elena (2009): «Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008», *InDret* 1/2009, pp. 1-17.
- Lascuráin, Juan Antonio (2019): «Igualdad y delitos de género», en *El Derecho frente a la violencia dentro de la familia. Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*, Susana Quicios Molina y Silvina Álvarez Medina (dirs.), Thomson-Reuters-Aranzadi, pp. 95-114.
- Molina, Fernando (2009): «Desigualdades penales y violencia de género», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº13, pp. 57-88.
- Tomás y Valiente, Carmen (2014): La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil?, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 102, 167-208.

¹⁴ 2006, p. 260.

¹⁵ 2014, pp. 187-188. Se refiere a la STC 150/1991.

EL SEMIPELAGIANISMO DE MANUEL ATIENZA¹

J.J. MORESO

Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

*Quid tantum de naturae possibilitate praesumitur?
Vulnerata, sauciata, vexata, perdita est.*

AGUSTÍN DE HIPONA, *De natura et gratia*, 62

1. INTRODUCCIÓN

Manuel Atienza es un referente para los filósofos del derecho y para los juristas en general de nuestra época. En mi opinión, es el jurista hispano más relevante de nuestros tiempos. Para los filósofos del derecho de mi generación es un hermano mayor. De los hermanos mayores aprendemos muchas cosas, son ellos los que abren nuevas sendas, nos enseñan cómo desempeñarnos en multitud de circunstancias, nos ayudan cuando lo precisamos, les admiramos y tratamos de imitarles. Y, con su inagotable capacidad de trabajo y con su agudo talento, ha dejado y seguirá dejando una huella indeleble en la trayectoria particular de cada uno de nosotros.

Desde muy joven aprendí mucho de él y junto a él, fue uno de los miembros de mi Tribunal de tesis doctoral (el más joven de ellos), he estado innumerables veces en Alicante y él también en Barcelona, hemos coincidido en otros muchos lugares del mundo. Y me he referido a su obra en muchos de mis trabajos, porque siempre la he tenido y la tengo presente. Desde un largo comentario de (Atienza, Ruiz Manero, 1996) hasta la participación en un volumen que pone a debate su concepción del razonamiento judicial (Atienza 2017a).² Por lo tanto, mi contribución no va a versar sobre estas cuestiones a la que tantas veces nos hemos referido, no va a ocuparse ni de su teoría general del derecho ni de su teoría de la argumentación. Mi con-

¹ Agradezco las valiosas observaciones a un borrador previo de este texto de María José Añón, Ricardo García Manrique, Ignacio Giuffré, Pablo Magaña, Angela Martín, José Luis Martí, Eze Paez y Hugo Seleme. Este trabajo ha sido escrito bajo el auspicio de tres proyectos de investigación, concedidos respectivamente por la Agencia Española de Investigación PIF2020-115941GB-I00, por la Generalitat de Catalunya, 2021 SGR 00923 y por la AET (Agencia Estatal de Investigación) del Ministerio de Ciencia e Innovación en el Programa María de Maeztu de Unidades de Excelencia CEX2021-001169-M.

² En Moreso (1997) y Moreso (2017) respectivamente.

tribución está dedicada a explorar algunas posiciones que Manolo mantiene acerca de cuestiones relevantes en filosofía moral y en filosofía política. En concreto, acerca de cuestiones vinculadas con la justificación del uso de la coacción estatal para desincentivar algunos comportamientos.

Voy a hacerlo del siguiente modo: en la sección segunda, voy a desvelar el enigmático sentido del título, contando muy sucintamente el debate entre Pelagio y sus seguidores y Agustín de Hipona a comienzos del V de nuestra era y, muy brevemente, a lo que se ha llamado semipelagianismo posteriormente; también mostraré cómo se pueden, algo analógicamente, trasladar estos debates teológicos a la discusión actual en filosofía práctica. En la sección tercera, trataré de reconstruir la posición de Atienza acerca de algunas cuestiones cruciales, de las huelgas de hambre de los presos a la gestación por sustitución, que ahora aparecen claramente en su ensayo sobre la dignidad humana (Atienza 2022a). En la sección cuarta, daré las razones de por qué, siguiendo con la analogía, se puede calificar la posición de Atienza como semipelagiana y cómo la dignidad que predicamos de los humanos ha de tomar en cuenta otra propiedad que nos define, la *vulnerabilidad*. En la quinta, concluiré.

2. PELAGIO, SAN AGUSTÍN, SEMIPELAGIANISMO Y RAWLS

Una de las polémicas más agudas que tuvo lugar durante los primeros siglos del cristianismo fue la que enfrentó a Pelagio (354-420), y a sus seguidores como Julián de Eclano, con Agustín de Hipona (354-430). Pelagio llegó a comienzos del siglo V a Italia y al norte de África procedente de las Islas británicas y defendió con énfasis que los seres humanos tenemos una inclinación al bien y que disponemos de libre arbitrio. Una concepción racionalista de la naturaleza humana, conforme a la cual somos capaces de articular nuestras intenciones de acuerdo con nuestra razón y, por ello, somos responsables de nuestras acciones y merecemos ser tratados de acuerdo con ello. Para defender esta posición, rechazaba la doctrina teológica del pecado original, que Adán no transmitía a sus descendientes y consideraba que la salvación depende fundamentalmente de nuestras obras. Agustín de Hipona, como es sabido, criticó estas ideas, insistiendo en que es solo la gracia divina la que puede salvarnos porque todos nacemos en pecado.³

No estoy interesado en la dimensión teológica, rica en matices, de este debate. Dicho sea incidentalmente, aunque la doctrina católica puede construirse como una doctrina comprensiva razonable, estos dogmas teológicos referidos al pecado original y a la salvación humana no se hallan entre los más transparentes para una concepción racional y plausible del lugar de los seres humanos en el mundo. Sin embargo, creo que pueden aplicarse, desprovistos de su origen teológico, a algunas cuestiones relevantes para la filosofía moral y política.

³ La idea se me ocurrió leyendo la canónica y magnífica biografía de Agustín de Hipona, Brown (2000). Una versión sintética de la polémica en Pohle (2011). Recientemente, Bonner (2018) ha arrojado dudas sobre las ideas que el obispo de Hipona y la tradición atribuyeron a Pelagio, considerándolas un mito. Estas cuestiones están más allá, sin embargo, de lo que pretendo mostrar aquí.

Antes de adentrarnos en ello, algunas palabras sobre el *semipelagianismo*. El uso del término apareció en el siglo xvi (se atribuye al calvinista Teodoro de Beza), sugiriendo la doctrina de algunos monjes de Marsella en el siglo v y usado después en las polémicas de la época; por ejemplo, por los jansenistas contra los jesuitas, contra Luis de Molina (1535-1600), el defensor de la ciencia media en la polémica *de auxiliis*, para hacer compatible la omnisciencia divina con la libertad humana. Lo que se atribuía, dicho algo apresuradamente, a esta visión es que al comienzo y para aceptar la fe, la gracia divina no es operativa, solo es necesaria posteriormente para que la fe se asiente y crezca.⁴

La traslación de estas ideas en la filosofía política contemporánea tiene bastante que ver con el impacto de Rawls en las teorías normativas actuales.⁵ En 2009, Thomas Nagel editó lo que había sido, en 1942, la tesis de grado del joven John Rawls en la Universidad de Princeton, a ella añadió un texto inédito de Rawls, de 1997, poco antes de morir, «On My Religion» (Rawls 2009). En este último texto Rawls explica como en Princeton tuvo una gran cercanía con la religión, incluso considerando ingresar en un seminario para convertirse en un pastor episcopaliano. Entonces fue llamado a filas y luchó con el ejército norteamericano en la segunda guerra mundial, en su enfrentamiento con Japón, en las Filipinas. Y, hacia 1945, abandonó sus creencias religiosas como consecuencia nos cuenta, de tres hechos que le afectaron profundamente (Rawls 2009: 262-263) el sermón de un pastor anglicano que les decía que Dios acompañaba las balas de los americanos y detenía las de los japoneses; la muerte de uno de sus mejores amigos, que se había presentado voluntario con él para una misión doble, uno debía participar en una acción de vigilancia de los japoneses, el otro debía dar sangre para un herido, el azar hizo que la sangre compatible fuese la de Rawls, y su amigo murió en la misión⁶ y, lo más importante dice, el conocimiento —que hasta entonces ignoraba totalmente— de las monstruosidades del holocausto de los judíos en manos de los nazis.

Pues bien, Rawls (2009: 170-174, 229-230) en su tesis criticaba fuertemente la posición de Pelagio acerca de que podemos alcanzar la salvación sólo por el mérito. Pelagio tenía una concepción más bien *optimista* de la racionalidad y la acción humanas, conforme con ello pensaba que los humanos somos responsables plenamente de nuestras acciones y, en su lenguaje religioso, podemos obtener la salvación por nosotros mismos. Agustín de Hipona era más *pesimista*: pensaba que hay una jactancia excesiva en dicha posición, que de hecho la naturaleza humana está «vulnerada, herida, desgarrada, arruinada...».⁷

Y Rawls en su trabajo juvenil estaba con Agustín (Rawls 2009, 241, por ejemplo): «No hay mérito ante Dios[...]. La comunidad auténtica no cuenta los méritos de sus miembros. El mérito es un concepto con raíces en el pecado...». Pero hay otros pasajes en los que Rawls

⁴ Para los orígenes y la evolución del término véase Backus, Goudriaan (2014) y para la importancia de Luis de Molina desde el punto de vista de la epistemología actual Hundt, Zagzebski (2022).

⁵ Me valgo aquí de lo que expuse en Moreso (2021a).

⁶ A esta cuestión biográfica hay que añadir el hecho de que de niño y adolescente dos de sus hermanos murieron por enfermedades que les había contagiado John. No es difícil imaginar cómo estos datos influyeron en la idea rawlsiana de la lotería natural, vd. Pogge (2007, 5-6).

⁷ Es el texto que figura como epígrafe de este trabajo, Agustín de Hipona, (*De natura et gratia*, 62).

prefigura lo que será un aspecto fundamental de su teoría de la justicia, por ejemplo (Rawls 2009, 240):

La persona humana, cuando cae en la cuenta que la revelación del Verbo es una condena del yo, abandona todos los pensamientos de su propio mérito [...] Cuanto más examina su vida, más se ve a sí mismo con completa honradez, más claramente percibe que lo que él tiene es un don. Supongamos que él sea un hombre íntegro a los ojos de la sociedad, entonces se dirá a sí mismo: 'Bien, eres un hombre educado, sí, pero ¿quién pagó por tu educación?; bien, eres un hombre bueno e íntegro, sí, pero ¿quién te enseñó los buenos modales y te concedió la buena fortuna de no tener necesidad de robar?; bien, tú eres un hombre de disposición amable y no como los que tienen un corazón endurecido, sí, pero ¿quién te educó en una buena familia, quién te cuidó y te dio afecto cuando eras joven de modo que crecieras apreciando la generosidad? —¿no debes admitir que lo que tienes, es porque lo has recibido? Entonces serás agradecido y cesará tu jactancia.

Como bien dicen Joshua Cohen y Thomas Nagel (2019: 18) en la introducción a este libro de Rawls:

Esto nos lleva a una continuidad especialmente sorprendente entre esta tesis y los últimos puntos de vista de Rawls: el rechazo del mérito. Una de las famosas y controvertidas asunciones de *A Theory of Justice* es que un orden social justo no debe buscar distribuir los beneficios con arreglo al mérito. Rawls no está interesado en rechazar la idea del valor moral del mérito completamente, pero rechaza su adecuación como fundamento para determinar cómo se distribuyen los bienes, o cualquier otro de los títulos de las personas en una sociedad bien ordenada.

Rawls considera que el mérito no ha de ser la medida de la justicia, de la distribución de los bienes, porque nuestros talentos y capacidades son fruto de la lotería natural, y por dicha razón han de ser comprendidos como «common assets».⁸ En la teoría madura de Rawls ya no es la gracia divina la que viene a remediar esta naturaleza humana más dolorida, sino precisamente el hecho de compartir un proyecto en común bajo los principios de la justicia, es en este contexto en donde podemos desarrollar nuestra racionalidad y nuestra autonomía. Y, por lo tanto, la justicia como equidad debe proporcionar a todos el acceso a los bienes primarios, en especial al bien primario del auto-respeto.

También Michael Sandel (2020) ha criticado recientemente con fuerza una concepción de la sociedad fundada en el mérito y ha subrayado los orígenes pelagianos de esta concepción de la naturaleza humana. Hay también, sin embargo (Nelson 2019 por ejemplo), quienes consideran que la doctrina del liberalismo político en sus orígenes se aviene más con la concepción de Pelagio y son, por lo tanto, más *liberistas*; piensan que Rawls, conscientemente, traiciona este legado. Mis simpatías están con Rawls y, me temo, con Agustín de Hipona. Pienso que las simpatías de Atienza están, sin embargo, más bien con Pelagio, al menos parcialmente.

⁸ Véase Rawls (1971/1999 sec. 48) y Rawls (2001, 72-73).

3. ATIENZA SOBRE LA DIGNIDAD HUMANA

Atienza (en Atienza 2022a) lleva a cabo una muy perspicua reconstrucción de la noción de dignidad, una noción reconocidamente *kantiana*. Vale la pena citarlo extensamente para comprender más cabalmente su concepción de la dignidad humana (Atienza 2022):⁹

Voy a atreverme [...] a dar una formulación del principio de dignidad humana, seguramente el concepto más básico de la moral y, también por ello, el más difícil. Pues bien, aun a riesgo de simplificar (o de no precisar lo suficiente), yo diría que el núcleo de ese principio (el núcleo de la ética) reside en el derecho y la obligación que tiene cada individuo de desarrollarse a sí mismo como persona (un desarrollo que admite obviamente una pluralidad de formas, de maneras de vivir; pero de ahí no se sigue que cualquier forma de vida sea aceptable) y, al mismo tiempo, la obligación en relación con los demás, con cada uno de los individuos humanos, de contribuir a su libre (e igual) desarrollo. Cabría decir entonces que el fundamento último de la moral reside en la dignidad humana, pero eso se debe a que en esa noción están también contenidos los otros dos grandes principios de la moral: la igualdad y la autonomía. Por ello también, no habría inconveniente en construir la moral a partir de cualquier de estos dos últimos principios, pero siempre y cuando se formulasen de manera que cada uno de ellos contuviese también a los otros dos.

Tal vez no es preciso que aclare que, como me sucede en casi todas las cuestiones relevantes, mi acuerdo con esta posición de Atienza es absoluto. Comparto la impronta kantiana de los fundamentos de la ética que dicha concepción asume. Comparto también su apreciación de que esta concepción se halla imbricada con una robusta concepción de la igualdad. Por referirme a algunas muestras recientes de este compromiso con la igualdad de Atienza, véase su defensa de los derechos sociales (Atienza 2020, 144-145): «De manera que los derechos humanos no son solo los clásicos derechos de libertad y de igualdad jurídica y política, sino también los que se suelen llamar derechos sociales, o sea, aquellos que garantizan a los individuos la satisfacción de las necesidades o capacidades básicas, sin lo cual no sería posible una existencia digna» o su aprobación de la construcción de la Corte Constitucional colombiana de la noción de *estado de cosas inconstitucional* que le lleva, por ejemplo, a ordenar el establecimiento de un plan de salud (Atienza 2017b, 359).

Es decir que, según parece, la concepción de la dignidad de Atienza es compatible con una intervención amplia de los poderes públicos excluyendo determinados planes de vida que comportan el ejercicio de medidas paternalistas de un modo que, con arreglo a esta concepción,

⁹ Una concepción que es cercana a, por ejemplo, la de Ernesto Garzón Valdés (2007) y Carlos S. Nino (1989). En el libro Atienza matiza la posición de Garzón Valdés (Atienza 2022, 27-32) fundamentalmente cuestionando la naturaleza absoluta de las razones que la dignidad proporciona y a Nino (Atienza 2022, 158-159 y nota 26) añadiendo a sus principios de inviolabilidad, autonomía y dignidad, los principios de las necesidades básicas, la cooperación y la solidaridad, para que el modelo —nos dice— dé cuenta de los derechos sociales, haciendo compatible el liberalismo y el socialismo (vd. también Atienza 1984, 2001). También es la concepción de Dworkin (2011), que Atienza (2022, 103-115) comparte, aunque dejando un lugar para el conflicto mayor que el que la unidad del valor dworkiniano parece conceder.

están justificadas. Discutiendo del paternalismo precisamente (Atienza 1988, 205), se refería a los muchos casos del derecho laboral tuitivo —pensemos en las medidas de salud e higiene en el trabajo, de regulación del salario mínimo, de los horarios, etc.— como casos que tal vez no sean de paternalismo ni siquiera, porque la ausencia de consentimiento de los destinatarios de dichas normas no se obtiene. Sin embargo, estas medidas se establecen aun cuando no medie el consentimiento de los destinatarios. Pensemos en la regulación de los horarios, que llevó a la famosa y ampliamente rechazada decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Lochner v. New York*,¹⁰ en la cual la Corte resolvió declarar inconstitucional la legislación del Estado de Nueva York que establecía un máximo de 60 horas a la semana y 10 al día como horario para los panaderos.

La razón crucial de la Corte era, precisamente, que dicha medida era una medida paternalista no justificada: «No hay ningún fundamento razonable para interferir en la libertad de la persona o en el derecho a contratar libremente determinando las horas de trabajo en la ocupación de un panadero. No es controvertido que los panaderos como una clase no sean iguales en inteligencia y capacidad que lo son los hombres en otros comercios y ocupaciones manuales, o que no sean capaces de afirmar sus derechos y tomar cuidado de sí mismos sin la protección del brazo del Estado, interfiriendo en su independencia de juicio y de acción. Ellos no son, en ningún sentido, los pupilos del Estado».¹¹ Es imaginable un panadero que desee trabajar más de diez horas al día, por ejemplo, porque es joven y ambicioso y desea ahorrar dinero para establecerse por su cuenta. Nuestra filosofía política debe mostrar por qué esta medida, que es sin duda paternalista, está justificada.

Presumo que a Atienza estas y otras medidas que configuran lo que entendemos como Estado social o Estado del bienestar le parecen justificadas. Sin embargo, otras muchas no se lo parecen. En Atienza (1993, cap. 4), frente a una huelga de hambre de los presos del GRAPO en 1989, que intentaban conseguir la reunificación de los condenados de este grupo terrorista en un solo centro penitenciario, se planteó la cuestión jurídicamente relevante acerca de cuáles eran los deberes de la administración penitenciaria en dicho supuesto. Las posibles respuestas consideradas fueron tres: tienen el deber de alimentarlos forzada y artificialmente desde el comienzo, deben respetar su voluntad y no alimentarlos ni siquiera si eso produce su muerte o bien respetar su voluntad hasta que pierdan la consciencia y alimentarlos entonces, dado que ya no es posible conocer si mantendrían su propósito. La posición de Atienza es la menos paternalista, respetar su propósito hasta el final. O veamos otro caso más reciente, del que se ha ocupado en diversas ocasiones (por ejemplo, Atienza 2022b), es el supuesto de la gestación por sustitución. Aquí también caben, en principio tres posiciones: considerar que esta práctica debe estar excluida de los planes de vida de las personas, considerar que debe ser aceptada ampliamente, y considerar que debe ser aceptada pero sólo a título gratuito, en analogía a cómo trata

¹⁰ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)

¹¹ Como es sabido, esta decisión cuenta con uno de los más famosos ‘dissenting votes’ de Oliver Wendell Holmes, aquel en el que afirma que la enmienda decimocuarta de la Constitución americana no adopta la *estadística social* de Herbert Spencer. Es también donde aparece la famosa frase ‘General propositions do not decide concrete cases’.

la legislación española la donación de órganos *inter vivos*. Atienza defiende, por un lado, que el derecho español no prohíbe dicha práctica, aunque considera los contratos que la pactan nulos, insistiendo en la diferencia crucial entre nulidad y prohibición en nuestro sistema, lo que es relevante para las consecuencias que de ello se obtienen en España acerca de contratos de este tipo celebrados en países cuya legislación los admite. Estoy de acuerdo con Atienza en este punto, pero no (Moreso 2021b) en aceptarlos tan ampliamente, aceptarlos como bienes con los que se puede comerciar, a mí me parece que pueden ser aceptados únicamente a título gratuito. En el capítulo segundo de Atienza (2022b) pueden hallarse diversos ejemplos más que muestran la posición radicalmente anti-paternalista del autor en muchas otras cuestiones.

O veamos un ejemplo distinto, del cual —hasta donde sé— Atienza no se ha ocupado, pero que creo que tiene interés traer a colación: Manuel Wackenheim, de nacionalidad francesa, actuaba a comienzos de los años 90 del pasado siglo en un espectáculo denominado ‘lanzamiento de enanos’ que tenía lugar normalmente en discotecas, y que consistía en lanzar a personas de extrema baja estatura, enanos, convenientemente vestidos para protegerlos, contra muros acolchados. Obviamente, con el consentimiento de las personas que protagonizaban tales atracciones. Los municipios franceses de Morsang-sur-Orge y de Aix-en-Provence prohibieron dichos espectáculos. El afectado señor Wackenheim recurrió a los Tribunales que le dieron la razón, pero los municipios apelaron ante el Consejo de Estado francés, que resolvió a su favor, básicamente con este argumento: «Le Conseil d’État a jugé que le respect de la dignité de la personne humaine est une composante de l’ordre public. Par conséquent, l’autorité investie du pouvoir de police municipale peut interdire une attraction qui y porte atteinte, même en l’absence de circonstances locales particulières, en faisant usage de son pouvoir de police générale».¹²

Estoy de acuerdo con la decisión del Consejo de Estado francés (Moreso 2021c), pero creo que Atienza, en atención a su posición acerca de otras cuestiones cercanas, estaría en contra. Consideremos, por ejemplo, la posición de Atienza acerca del caso de los *wannabee*, personas que desean ser mutilados para sentirse completos («I wanna be»),¹³ aceptando que en algunos supuestos dichas intervenciones quirúrgicas han de considerarse lícitas (Atienza 2022a, 60). No obstante, a mí me parece que la ilicitud de dichas conductas puede argumentarse como una medida de paternalismo justificado.

Y es por estas razones que, analógicamente, considero la posición de Atienza *semipelagiana*. Parece que articula una concepción racionalista de la autonomía de los seres humanos, capaces de adoptar un plan de vida y de estructurarlo en un conjunto de deseos coherente y razonable. Lo que conlleva que la exclusión de planes de vida, con la única excepción de que no

¹² *Conseil d’État, 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orange et Ville d’Aix-en-Provence*. <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-27-octobre-1995-commune-de-morsang-sur-orge-et-ville-d-aix-en-provence>. Véase también, con especial hincapié en la relevancia de la dignidad para este caso, Gómez Montoro (2017). Además, la decisión del Consejo de Estado fue ratificada por el Comité de derechos humanos de Naciones Unidas en 1999, *Manuel Wackenheim v. France*, Comunicación No. 854/1999, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/854/1999 (2002). <https://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/spanish/854-1999.html>

¹³ Véase sobre ello Alemany (2014).

dañen a terceros ni vulneren sus derechos básicos, no está nunca justificada. Y este es, de acuerdo a lo expuesto en la sección segunda, una posición pelagiana. Atienza, sin embargo, considera que es necesario adoptar otras limitaciones, cuando la igualdad de todos, en las circunstancias reales de las sociedades humanas, no podría alcanzarse si no fuese excluyendo algunos escenarios. Y, en analogía a los semipelagianos, permite la adopción de medidas adicionales para que la autonomía personal sea desarrollada.

Es mi opinión, no obstante, que las mismas razones que llevan a admitir la regulación de los horarios de trabajo, son aplicables a muchos de los casos que Atienza considera, a las huelgas de hambre, a la gestación por sustitución, al trasplante de órganos, tal vez a la prostitución y a otros muchos. En la próxima sección, trataré de mostrar cómo nuestra concepción de la dignidad y de la autonomía puede proporcionarnos razones para extender el rango de los comportamientos paternalistas justificados. Creo que ello es posible atendiendo a una propiedad ausente en el paisaje conceptual atienzano, la propiedad de la *vulnerabilidad*.

4. DIGNIDAD, AUTONOMÍA Y VULNERABILIDAD

Comparto con Atienza la idea de que la dignidad expresa el valor intrínseco de los humanos como agentes morales, fundado crucialmente en el hecho de que somos seres *sensibles a las razones*.¹⁴ Comparto también que ello funda el hecho de que las medidas de las autoridades deben siempre respetar nuestra autonomía, nuestra capacidad de diseñar y revisar nuestros planes de vida, sin otras interferencias que aquellas surgidas del respeto y la honra de los derechos básicos de todos. Ahora bien, creo que a esta imagen debemos añadir el hecho de que somos seres sensibles a las razones, pero somos seres *encarnados*. Que todos somos *vulnerables*, es decir, estamos expuestos a que las circunstancias externas, naturales o sociales, nos dañen y socaven nuestros planes de vida de modo muy relevante; también circunstancias internas, como la falibilidad de nuestras creencias y la debilidad de nuestra voluntad, nos hacen frágiles. Pensemos en la reciente pandemia de la COVID-19, que ha mostrado la *fragilidad* tanto del saber humano, que está muy lejos de ser omnisciente y se ha revelado con muchas dificultades para luchar contra unos virus —que son poca cosa más que material genético errático y desechable— cuanto del orden social en el que vivimos, que ha sido trastornado de manera muy amplia por dicha situación. En realidad, las relaciones que establecemos con los demás aumentan nuestra vulnerabilidad y es razonable que tratemos de limitar el modo en el cual las relaciones sociales pueden hacernos más vulnerables.¹⁵

¹⁴ Eze Paez me llama la atención al hecho de que, en sentido estricto, todos los seres sintientes son sensibles a las razones, en el sentido que los hechos del mundo afectan a su modo de comportarse. Lo propio de los agentes humanos en condiciones de normalidad es que pueden tener estados intencionales de segundo orden cuyo contenido son razones. Esto segundo es lo que yo llamo aquí ‘sensibilidad a las razones’.

¹⁵ Angela Martin (y también, con argumentos algo distintos, Pablo Magaña y Hugo Seleme) me recuerda, con toda la razón, que es preciso distinguir con claridad entre la vulnerabilidad como una propiedad de *todos* los seres humanos, inherente (*vid.*, por ejemplo, Mackenzie, Rogers, Dodds 2014), de una vulnerabilidad situacional, en la cual dicha propiedad es gradual y relacional: algunas personas o grupos son más vulnerables que otras en

Cuando H.L.A. Hart en el capítulo 9 de Hart (1961) elabora su noción del denominado *contenido mínimo del Derecho Natural*, la primera propiedad que toma en consideración es, precisamente, la *vulnerabilidad*, junto —como es sabido—, a la igualdad aproximada, la escasez de recursos, el altruismo limitado y la comprensión y fuerza de voluntad limitadas. Y, claro, estas propiedades conjuntamente justifican la adopción de algunas medidas paternalistas, como sucede en nuestros sistemas jurídicos.

En los últimos años, la vulnerabilidad ha aparecido en la escena de la reflexión filosófica. Para decirlo con Ricoeur (2001, 85), «la autonomía fragilizada por una vulnerabilidad constitutiva de su carácter humano». O también (Ricoeur 2001, 86-87): «La autonomía lo es de un ser frágil, vulnerable. Y la fragilidad no sería más que una patología, si no fuese por la fragilidad de un ser llamado a devenir autónomo, porque lo es desde siempre de una cierta manera».

Ha aparecido, justo es reconocerlo, de la mano de concepciones que ponen algunas de las tesis del liberalismo político en duda, como son las comunitaristas (MacIntyre 1999, Sandel 2004) y, también, de la mano de algunas teorías feministas (Butler 2004, Nussbaum 2006, Gilson 2014, Mackenzie, Rogers, Dodds 2014).

Sandel, por ejemplo, sostiene su posición a veces con un acento especialmente agustiniano (Sandel 2014):

Reconocer los dones [«the giftedness»] de la vida es reconocer que nuestros talentos y nuestras capacidades no son completamente debidos a nuestro hacer, a pesar del esfuerzo que empujamos para desarrollarlos y ejercitarlos. Es también reconocer que no todo en el mundo está abierto a cualquier uso que podemos desear o elucubrar. Apreciar la cualidad como un don de la vida limita el proyecto prometeico y nos conduce a cierta humildad.

O, también, este modo habitual de decirlo en la literatura feminista, así en Finneman (2008, 2):

Arguyo que el «sujeto vulnerable» debe sustituir al sujeto independiente y autónomo afirmado en la tradición liberal. Siendo mucho más representativo de la experiencia vivida realmente y de la condición humana, el sujeto vulnerable debe ser el centro de nuestros proyectos políticos y teóricos. La visión del Estado que emergería de tal compromiso sería más sensible y responsable al sujeto vulnerable, un replanteamiento que es esencial si queremos obtener una sociedad más igual que la actualmente existente en los Estados Unidos.

Sustituir la autonomía por la vulnerabilidad aleja la tarea de la concepción kantiana, me temo; aunque también hay quien se esfuerza por mostrar que el propio Kant no era insensible a la vulnerabilidad humana en su articulación de la autonomía (Formosa 2014) o que la autonomía y la vulnerabilidad están intrínsecamente imbricadas (Anderson 2014).

Tal vez una idea procedente de la tradición republicana, la idea de la libertad como *no-dominación* pueda mostrarnos una vía de reconciliación entre la autonomía y la vulnerabilidad.

determinadas circunstancias. Un desarrollo de la idea debe tomar en cuenta esta crucial distinción. Vd. también Martin, Hurst (2017).

Como es sabido (Pettit 1997, 2011), la libertad como no-dominación se contrapone a la visión más genuinamente liberal de la libertad negativa, la libertad como *no-interferencia* (Berlin 1958/2002). Hay interferencias que no conllevan la dominación, como serían las de las medidas laborales que protegen a los trabajadores, los límites horarios, por ejemplo. Así, el panadero que desea trabajar más horas al día se encuentra dominado en el sentido de que si su situación cambia, por ejemplo, porque necesita dedicar más horas a cuidar de su pareja; entonces, en un sistema en el que no hay regulación horaria, dicha posibilidad le está vedada. Y hay dominación que puede darse sin que haya interferencia actual, aunque un empresario no imponga jornadas extenuantes a sus trabajadores, y en este sentido su libertad no está interferida, si no hay regulaciones horarias, podrá hacerlo y los trabajadores no podrán oponerse. La noción de no-dominación es una noción *doblemente modal* de la libertad, quiero decir que no sólo requiere que, para ser libre de hacer A sin interferencia, haya un mundo accesible en el que no haga A también sin interferencia; sino que en los mundos cercanos a este no haya nadie que, ejerciendo su dominación, me impida hacer A.¹⁶

Dicha noción puede mostrar como la vulnerabilidad puede integrar nuestra concepción de la libertad republicana. Cannavò (2021) recorre este camino de un modo muy sugerente, para concluir (Cannavò 2021, 705) «el reconocimiento de la vulnerabilidad como una condición humana universal e igualitaria puede también encajar con el ideal igualitario de no-dominación. Y vice-versa: un énfasis en la no-dominación podría actuar como correctivo contra las tendencias paternalistas que surgen con la vulnerabilidad».

Ciertamente el problema que afrontamos es el de cuándo está justificado adoptar medidas paternalistas. En un debate, de hace ya algunos años, Atienza daba la siguiente definición (Atienza 1988, 209) de paternalismo éticamente justificado:¹⁷

Una conducta o una norma paternalista está justificada éticamente si y sólo si:

- a) está realmente encaminada hacia la consecución del bien objetivo de una persona o una colectividad,
- b) los individuos o la colectividad a quien se aplica o destine la medida no pueden prestar su consentimiento por poseer algún tipo de incapacidad básica —transitoria o no—, y
- c) se puede presumir racionalmente, que estos prestarían su consentimiento si no estuvieran en la situación indicada en b) y (por tanto) conocieran cuál es realmente su bien.

La cuestión es, entonces, cuándo es razonable sostener que las personas se hallan en las condiciones b) y c), cuando estas personas son *incompetentes básicos* (por todos Garzón Valdés,

¹⁶ También debo a Eze Paez la necesidad de aclarar el papel que representa la modalidad en estas nociones de la libertad.

¹⁷ Garzón Valdés (1988) acepta esta definición de Atienza con la matización de que, en su enfoque, no se debe hablar de 'la consecución de un bien' sino de la 'evitación de un daño', se trata de una relevante diferencia, en la que no puedo detenerme aquí.

1988a, 1988b). Mi sugerencia es que si tomamos la vulnerabilidad humana en cuestión las ocasiones en que se cumplen estas condiciones se amplían sustantivamente.

Es cierto, sin embargo, que es procedente aquí distinguir, en términos rawlsianos, entre la teoría ideal y la teoría no ideal (Rawls 1971/1999, 537). Y no siempre lo que aconsejaría una teoría ideal que tomara en consideración la vulnerabilidad, es lo mejor en las circunstancias menos favorables de nuestras sociedades. Así, por ejemplo, aunque en la teoría ideal consideráramos preferible excluir la prostitución de nuestras prácticas, porque, por ejemplo, es una práctica que produce dominación; tal vez hacerlo de este modo conllevaría un daño mayor a las personas que la practican y debemos conformarnos con reducir la dominación excluyendo el proxenetismo (véase en este sentido Radin 1987). Incidentalmente, considerando las observaciones de Radin, deseo añadir una matización que Atienza (2022b) realiza a mis consideraciones (Moreso 2021b, y a las de Farnós 2021), referidas a la gestación por sustitución. Atienza dice «una cosa es que haya muchas actividades que deberían quedar fuera del mercado, y otra que deban realizarse de manera puramente gratuita», pero aquí habría que aclarar qué significa «fuera del mercado». Su ejemplo referido a la dedicación de profesionales a la sanidad o a la enseñanza pública muestra que dichas actividades están fuera del mercado en el sentido que son gratuitas (o muy subvencionadas) para sus usuarios; pero sigue habiendo un mercado de trabajo para los profesionales que acceden a dichas profesiones públicas. Un mercado regulado, pero un mercado al fin y al cabo. Por ello, un profesor universitario cobra un salario por realizar una actividad. Tal vez, la diferencia entre Atienza y nuestra posición sea que nosotros rechazamos que haya un mercado de vientres de alquiler y él tal vez no.

Termino esta sección con dos sugerencias para la teoría no ideal. El derecho tiene diversos modos de desincentivar las acciones, acciones que pueden situar a personas vulnerables en una condición de dominación, sin prohibirlas.

La primera sugerencia viene de la mano de que los derechos institucionales pueden concebirse con alcances diversos (Moreso 2021d). El más reconocido de los enfoques sobre los diversos sentidos que la expresión «derecho» tiene en el ámbito jurídico y, en general, en el ámbito práctico, es el de W.N. Hohfeld (1919). Hohfeld distingue cuatro sentidos diferentes de la expresión ‘derecho’: derecho como *libertad* («liberty-right» o también «privilege-right»), como *pretensión* (claim-right), como *potestad* («power-right») y como *inmunidad* («immunity-right»). Aquí nos interesan los dos primeros, en el primer sentido, en el sentido de derecho como libertad, «tener derecho a X» significa algo como «hacer X no está prohibido». En este sentido, por ejemplo, yo tengo el derecho como libertad a ir a cenar al *Celler de Can Roca* de Girona. Tengo dicho derecho porque no hay norma alguna que me lo prohíba, ahora bien, este derecho puede ser frustrado porque cuando trato de ir (como sucede a muchos a menudo) me dicen que no hay lugar ese día. En cambio, el segundo sentido de derecho, el derecho como una pretensión, comporta no sólo que me está permitido hacerlo, sino que los demás tienen el deber de no impedírmelo y, si se trata de una obligación a obtener algún servicio, que alguien tiene el deber de proporcionármelo. En este sentido, los derechos son correlativos a deberes. Así mi derecho a expresar mis ideas comporta que nadie puede impedírmelo y mi derecho a percibir mi salario que mi empleador tiene el deber de pagármelo.

Pues bien creo que esta idea puede guiarnos adecuadamente para distinguir, por ejemplo, los casos del suicidio y del auxilio ejecutivo a cometerlo. Es sensato conceder un derecho como libertad a suicidarse, en el sentido de no penar los comportamientos de tentativa de suicidio, aun si pensamos, con Kant,¹⁸ que moralmente el suicidio es un comportamiento incorrecto. Tiene sentido dado que otras razones también tienen peso: las circunstancias que llevan a las personas a cometer suicidio hacen que la amenaza de la pena no actúe con ellos del modo adecuado y, por lo tanto, es inútil sumar más sufrimiento al sufrimiento del suicida. Sin embargo, concebido como libertad, este derecho no comporta ningún deber para terceros y es, en este sentido, compatible tanto con penar el auxilio ejecutivo al suicidio cuanto con no prohibir a los que tratan de impedir que alguien se suicide. Esta es la regulación adecuada, en mi opinión, para los casos de auxilio ejecutivo al suicidio no eutanásico. Aunque, es cierto, podrían considerarse en los casos de auxilio al suicidio no eutanásicos, atenuantes cualificadas, que disminuyan la sanción penal al mínimo. Sin embargo, considero razonable que el derecho penal califique como antijurídica, en algún modo, dicha conducta.

En las circunstancias de la eutanasia, por el contrario, hay razones para conceder a las personas un derecho como pretensión, un *claim*, un derecho que comporta el deber de proporcionarles un auxilio médico para que lleven a cabo sus propósitos. Un derecho, ha de ser obvio, compatible con la objeción de conciencia individual de aquellos profesionales que verían contrariadas sus convicciones más profundas si se les obligara a ello.¹⁹

Mi posición personal es, por lo tanto, que una concepción adecuada de la dignidad humana funda un derecho como *claim* a una muerte médicamente asistida, con el consentimiento de los afectados, a las personas que padecen una enfermedad incurable o bien terminal o bien gravemente invalidante. En cambio, para los casos no eutanásicos, la dignidad humana sólo funda un derecho como *liberty*, es decir, la tentativa al suicidio debe estar despenalizada. Lo que es compatible, y en mi opinión requiere una concepción adecuada de la dignidad, con la punición del auxilio ejecutivo al suicidio en tales casos, a menudo con las atenuantes adecuadas.

La segunda sugerencia guarda relación con instrumentos que las autoridades pueden usar, pero que no son coactivos, y para decirlo con Joseph Raz (1986, 412) no contribuyen a «proveer, preservar o proteger malas opciones que no nos capacitan a gozar de una autonomía valiosa». Así los incentivos que hacen más sobresalientes determinados cursos de acción que otros, sean —cuando son posibles— más aptos para alcanzar los fines que a veces persiguen las medidas paternalistas, son los famosos *nudges* (Thaler, Sunstein 2008). Pensemos en un ejemplo paradigmático: para conseguir que los estudiantes de una universidad se alimenten más saludablemente, se colocan en la cafetería los platos más saludables en la estantería a la altura de los ojos de los estudiantes, los otros platos se sitúan en estanterías menos accesibles. Aún en estos casos, habrá que estar atentos a que dichos *nudges* se establezcan de manera pública y transparente, y que no consigan sus fines mediante la manipulación (Dworkin 2020).

¹⁸ Estos son los tres lugares canónicos en donde Immanuel Kant arguye de este modo: Kant (1786/1996: sec. 422, pp. 174-5; 1797/1989, segunda parte, I. 6, pp. 281-284 y 1924/1988, pp. 158-166).

¹⁹ Un uso parecido de las categorías hohfeldianas aplicadas al caso del suicidio asistido y su regulación en Suiza en Hurst, Mauron (2017).

5. PARA CONCLUIR

Tal vez prestar mayor atención al hecho de que nuestra sensibilidad a las razones se halla *encarnada* y, por dicha razón, somos *vulnerables*, permita obtener una imagen más adecuada de la naturaleza humana, una imagen que nos permita cambiar algunos elementos de nuestra filosofía moral y política para hacerla más adecuada con el fin de acercarnos al ideal de una comunidad humana de personas libres e iguales, fundada en la dignidad de todos. Es algo a lo que, sin duda, la obra y el ejemplo de Manuel Atienza han contribuido de manera excepcional. Tal vez, también, este texto pueda servir como homenaje, como un modo de comunicarle lo crucial que ha sido, y seguirá siendo por muchos años, su rastro en todos nosotros.

REFERENCIAS

- Agustín de Hipona (413-417). *De natura et gratia*. *S. Aurelii Augustini Opera Omnia: Patrologiae Latinae*.
http://www.augustinus.it/latino/natura_grazia/index.htm
- Alemany, Macario (2014), «Las fronteras de la autonomía en el ámbito clínico: El caso de los ‘wannabee’», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, AFDUAM*, 18, pp. 231-248.
- Anderson, Joel (2014), «Autonomy and Vulnerability Entwined», en C. Mackenzie, W. Rogers, & S. Dodds (eds.), *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, New York: Oxford University Press, pp. 134-161.
- Atienza, Manuel (1984), *Introducción al Derecho*, Barcelona: Barcanova.
- (1988), «Discutamos sobre paternalismo», *Doxa* 5, pp. 203-214.
- (1994), *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona: Ariel.
- (2001), *El sentido del Derecho*, Barcelona: Ariel.
- (2017a), «Algunas tesis sobre el razonamiento judicial», en Josep Aguiló Regla, Pedro P. Grández Castro (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima: Palestra, pp. 43-58.
- (2017b), *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid: Trotta, 2017.
- (2020), «Diez ideas sobre los derechos humanos», en M. Atienza, *Una apología del derecho y otros ensayos*. Madrid: Trotta, 2020, cap. 8.
- (2022a), *Sobre la dignidad humana*, Madrid: Trotta.
- (2022b), «Sobre la gestación por sustitución. Otra vuelta de tuerca», *Revista de Bioética y Derecho*, 56, pp. 107-124. DOI 10.1344/rbd2022.56.40721
- Atienza, Manuel, Ruiz Manero Juan (1996), *Las piezas del Derecho*, Barcelona: Ariel.
- Backus, Irena; Goudriaan, Aza (2014), «‘Semipelagianism’: The Origins of the Term and its Passage into the History of Heresy», *The Journal of Ecclesiastical History* 65 (1), pp. 25-46. doi:10.1017/S0022046912000838

- Berlin, Isaiah (1958/2002), «Two Concepts of Liberty», en I. Berlin, *Liberty*, Henry Hardy (ed.), Oxford: Oxford University Press.
- Bonner, Ali (2018), *The Myth of Pelagianism*, Oxford: Oxford University Press.
- Brown, Peter (2000), *Augustine of Hippo. A Biography*, A New Edition with an Epilogue, Berkeley and Los Angeles: University of California Press.
- Butler, Judith (2004), *Precarious Life: The Powers of Mourning and Violence*, London: Verso.
- Cannavò, Peter F. (2021), «Vulnerability and Non-domination: a Republican Perspective on Natural Limits», *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 24:5, pp. 693-709, DOI: 10.1080/13698230.2019.1698155
- Cohen, Joshua; Nagel, Thomas (2009): «Introduction», en Rawls (2009), pp. 1-23.
- Dworkin, Gerald (2020), «Paternalism», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2020 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2020/entries/paternalism/>>.
- Dworkin, Ronald (2011), *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- Farnós, Esther (2021), «Más allá del reconocimiento: propuestas para regular la gestación por sustitución», en Alberto Carrio (ed), *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*, Madrid: Marcial Pons, pp. 131-183.
- Fineman, Martha Albertson, (2008), «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition», *Yale Journal of Law and Feminism*, 20, pp. 1-22.
- Formosa, Paul (2014), «The Role of Vulnerability in Kantian Ethics», en C. Mackenzie, W. Rogers, & S. Dodds (eds.), *Vulnerability: New essays in ethics and feminist philosophy*, New York: Oxford University Press, pp. 88-109.
- Garzón Valdés, Ernesto (1988a), «Es éticamente justificable el paternalismo jurídico», *Doxa*, pp. 155-173.
- (1988b), «Sigamos discutiendo sobre el paternalismo», *Doxa* 5, pp. 215-219.
- (2007), *Tolerancia, dignidad y democracia*, Lima: Universidad Inca Garcilaso.
- Gilson Erinn (2104), *The Ethics of Vulnerability. A Feminist Analysis of Social Life and Practice*, London: Routledge.
- Gómez Montoro, Ángel (2017): «Dignidad, autonomía y derechos humanos», *Nuestro tiempo. Revista cultural y de cuestiones actuales*. 696 (octubre-diciembre).
- Hohfeld, Wesley Newcomb (1919), *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven: Yale University Press.
- Hurst, Samia A., Mauron, Alex (2017), «Assisted Suicide in Switzerland: Clarifying Liberties and Claims», *Bioethics*, 31 (3):199-208.
- Hunt, David, Zagzebski, Linda (2022), «Foreknowledge and Free Will», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2022 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2022/entries/free-will-foreknowledge/>>.
- Kant, Immanuel (1786/1996), *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, edición alemana y versión española, J. Mardomingo, Barcelona: Ariel.
- (1797/1989). *Metafísica de las costumbres*, trad. de A. Cortina y J. Conill, Madrid: Tecnos.
- (1924/1988). *Lecciones de ética*, trad. de R. Rodríguez y C. Roldán, Barcelona. Crítica.

- MacIntyre, Alasdair (1999), *Dependent rational animals: Why human beings need the virtues*, Chicago: Open Court Press.
- Mackenzie, Catriona, Rogers, Wendy, & Dodds, Susan (2014), «Introduction: What is Vulnerability and why does it matter for Moral Theory?», en C. Mackenzie, W. Rogers, & S. Dodds (eds.), *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, New York: Oxford University Press, pp. 1—29.
- Martin, Angela, Hurst, Samia (2017), «On Vulnerability— Analysis and Applications of a Many-faceted Concept. Introduction», *Les ateliers de l'éthique. The Ethics Forum*, 12 (2-3): 146-150.
- Moreso, J.J. (1997), «Come far combaciare i pezzi del Diritto», *Analisi e Diritto*, 7, pp. 79 — 118.
- (2017), «Atienza: dos lecturas de la ponderación», en Josep Aguiló Regla, Pedro P. Grández Castro (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima: Palestra, pp. 205-220.
- (2021a), «John Rawls i el socialisme democràtic» (versión en catalán, castellano e inglés), *Idees. Revista de temes contemporanis. John Rawls, 100 anys després: el llegat d'Una teoria de la justícia*, 5.
- (2021b), «La gestación por sustitución: un modelo especificacionista», en Alberto Carrio (ed), *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*, Madrid: Marcial Pons, pp. 57-71.
- (2021c), «Acerca del pelagianismo de Maniaci. Comentario a *Contra el paternalismo jurídico*», *Diritto e questioni pubbliche* XXI, 2021 / 2, pp. 123-135.
- (2021d), «Dignidad humana: eutanasia y auxilio ejecutivo al suicidio», en Carmen Tomás-Valiente Lanuza (ed.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la Eutanasia*, Madrid: Marcial Pons, 2021, pp. 76-92.
- Nelson, Eric (2019), *The Theology of Liberalism: Political Philosophy and the Justice of God*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- Nino, Carlos Santiago (1989), *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires: Astrea.
- Nussbaum, M. (2006), *Frontiers of justice: Disability, nationality, species membership*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Pettit, Philip (1997), *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford: Oxford University Press.
- (2012), *On the People's Terms: A Republican Theory and Model of Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Pogge, Thomas (2007), *John Rawls. His Life and Theory of Justice*, translated by Michelle Kosch, Oxford: Oxford University Press.
- Pohle, Joseph (1911), «Pelagius and Pelagianism», en *The Catholic Encyclopedia*, vol 11, New York: Robert Appleton Company. Retrieved February 4, 2023 from New Advent: <http://www.newadvent.org/cathen/11604a.htm>
- Radin, Margaret Janet (1987), «Market-Inalienability», *Harvard Law Review*, 100, No. 8, pp. 1849-1937.

- Rawls, John (1971/1999), *A Theory of Justice*, 2^a ed. de 1999, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- (2001), *Justice as Fairness. A Restatement*, E. Kelly ed. Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- (2009), *A Brief Inquiry into the Meaning of Sin and Faith, with 'On my Religion'*, Ed by T. Nagel, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Raz, Joseph (1986), *The Morality of Freedom*, Oxford: Oxford University Press.
- Ricoeur, Paul (2001), «Autonomie et vulnérabilité», en P. Ricoeur, *Le Juste 2*, Paris: Éditions Esprit, pp. 85-105.
- Sandel, Michael (2004), «The case against perfection: What's wrong with designer children, bionic athletes, and genetic engineering», *The Atlantic monthly* [online]. Retrieved from <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2004/04/the-caseagainst-perfection/302927/>
- (2020), *The Tyranny of Merit: What's Become of the Common Good?*, New York: Farrar, Straus and Giroux.
- Tahler, Richard H., Sunstein, Cass R. (2008), *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, New Haven, Connecticut: Yale University Press.

A PROPÓSITO DE MANUEL ATIENZA: UN CASO DE *CONCORDIA DISCORS*

FRANCESCO VIOLA

Universidad de Estudios de Palermo

1. UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO PARA EL BIEN HUMANO

El pensamiento filosófico-jurídico de Manuel Atienza no puede ser encerrado en algunas fórmulas o en un elenco de tesis fundamentales sin perder con ello el sentido de su originalidad y los propósitos que lo animan. Para comprenderlo es necesario remontarse a una intuición originaria que lo sustenta y es sin duda la finalidad principal de esta concepción teórica y filosófica: una filosofía del derecho debe contribuir a desarrollar y mejorar la práctica jurídica, pues de otro modo es un juego vacío de conceptos abstractos (Atienza 2017, 54)¹.

Esto no debe ser entendido como una forma de anti-intelectualismo prácticón, cuyo objeto sería maximizar la eficiencia del sistema social considerado. Al contrario, es la conciencia de que la filosofía del derecho, y no solo el derecho mismo, es un ejercicio de la razón práctica, que tiene a su vez por fin último, no ya una mera conclusión conceptual, sino la acción de elegir y cumplir sobre la base de aquello que se opina que sea el bien para los hombres (por ejemplo, Atienza 2012, 127). Manuel Atienza es uno de los poquísimos filósofos del derecho que yo conozca que considere el bien humano como la finalidad fundamental de su misma obra teórica, y no sólo como un objetivo confinado en la deontología del derecho. Atienza, por tanto, entiende la reflexión filosófico-jurídica misma como una tarea moral verdadera y propia que ha de desenvolverse con rectitud, imparcialidad y compromiso militante en favor de la justicia.

Esta intuición originaria y pregnante explica también el método y los procedimientos seguidos por Atienza para edificar su concepción del derecho. No dudo en calificar este método como «dialéctico», por cuanto Atienza construye sus tesis en un continuo y cerrado enfrentamiento dialógico con otras concepciones del derecho de las más diversas orientaciones sin exclusiones preconcebidas.

Se trata, por tanto, de una filosofía del derecho no dogmática o asertiva, sino de tipo argumentativo y, en consecuencia, también abierta a continuas reconsideraciones y revisiones. No por azar se recurre a veces al género literario de la entrevista, que pone de manifiesto también

¹ Atienza, oportunamente, no diferencia mucho la teoría y la filosofía del derecho.

la persona misma del interlocutor, como es propio del modelo socrático en el que Atienza se inspira deliberadamente. Precisamente en virtud de este método dialéctico, esta filosofía del derecho se presenta en el tiempo dotada de una esencial continuidad, aún en la evolución, a veces profunda, de sus tesis principales.

2. UNA FILOSOFÍA JURÍDICA DEL CONSTITUCIONALISMO.

El resultado es el de una concepción del derecho propia de la edad de la constitución, es decir, una teoría y filosofía del derecho del constitucionalismo. No es necesario creer que esta sea una restricción particularista del ámbito especulativo, tendencialmente orientado a la universalidad de los conceptos. En realidad, si la filosofía es —como ha enseñado Hegel— el tiempo mismo apresado por el pensamiento, entonces es fácil constatar que todas las concepciones del derecho reflejan inevitablemente la cultura jurídica dentro de la que han sido elaboradas.

La historia del pensamiento jurídico del siglo xx está marcada abundantemente por teorías del derecho formuladas a la sombra del derecho codificado. La edad de la codificación ha producido y alimentado un específico enfoque teórico y filosófico del derecho que hoy está casi superado del todo. Lo importante es ser conscientes del carácter histórico y cultural del derecho. Atienza no sólo es plenamente consciente de ello, sino que también piensa que la tarea de la reflexión teórica es la de mejorar el orden del Estado constitucional de derecho, comenzando por una correcta interpretación de sus aspectos formales, como la distinción entre principios y normas, o bien los procedimientos de ponderación, que son —como es bien sabido— temas sobre los que vuelve una y otra vez (por ejemplo, Atienza 2019, 168-9)

Lo que significa que esta teoría tiene deliberadamente un carácter normativo y no ya meramente descriptivo. No se trata de una elección propia de un intelectual comprometido con el mejoramiento de la sociedad sino, aún antes de ello, de una prerrogativa propia de la ciencia jurídica y de una actitud crítica continua. El derecho es aquel tipo de práctica en el que el modo en el que comprendemos lo que estamos haciendo modela lo que estamos haciendo (Postema 2015, 887).

Sobre la misma línea de pensamiento yo prefiero apelar al carácter reflexivo del derecho, que se desarrolla volviendo continuamente sobre sí mismo a fin de adecuarse a su deber ser. Se trata de una reflexividad que, aún antes de considerar el contenido de las normas, examina la naturaleza del derecho o la conformidad de la práctica social con la idea del derecho². No sé si Atienza estaría de acuerdo en dar un impulso tan profundo al modo de entender el conocimiento jurídico, pero me parece inevitable si se sostiene que la teoría jurídica tiene al mismo tiempo un carácter normativo y plenamente cognoscitivo. ¡Esta es la razón práctica tomada en serio!

² Para el carácter reflexivo del derecho reenvío a Simmonds (Simmonds 2010, 1-23) y también a Pavlakos (Pavlakos 2017). Es preciso no confundir la reflexividad de la ciencia jurídica con la «metajurisprudencia», que considera el derecho como un objeto externo a describir. La reflexividad, por el contrario, es constitutiva y expansiva de su objeto.

No es superfluo añadir que es precisamente por el carácter reflexivo de la cultura jurídica por lo que una teoría normativa del derecho está en condiciones de proyectarse fuera de sí misma, es decir, del sistema jurídico de referencia, ampliando nuestra capacidad de comprensión de la naturaleza del derecho y eludiendo así el mero relativismo cultural.

Un ejemplo emblemático lo ofrece la argumentación jurídica, que es considerada justamente por Atienza como el eje guía del constitucionalismo, que, aunque esté también presente, parece menos significativo en otras culturas jurídicas y señaladamente en el derecho codificado, que ha enfatizado en su lugar el tema de la interpretación de los textos legislativos. Aquello que una cultura jurídica evidencia se encuentra también, aunque en un estado incoativo o potencial, en otras culturas jurídicas, así que en cierto modo se puede decir que hay una comunicación entre ellas y que se puede hablar, en sentido aproximado, de una naturaleza del derecho o de un ideal del derecho (Atienza 2017, 23-30).

3. UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO ACTIVIDAD

Esta filosofía del constitucionalismo se caracteriza por algunas tesis basilares, que, aun proviniendo de orientaciones opuestas de la historia del pensamiento jurídico, vienen ahora metabolizadas por Atienza de modo tal que dan vida a una concepción unitaria. Las listaré de modo incompleto y aproximado solo para manifestar mi plena adhesión a este modo de entender una filosofía del derecho.

- 1) A la pregunta relativa al ser del derecho, Atienza responde que el derecho no es una entidad (aunque fuese ideal como lo es la norma), sino una actividad que asume la forma de una práctica social por su carácter colectivo (Atienza 2019, 12). En consecuencia, se deberán precisar la naturaleza de esta práctica social, las modalidades de su ejercicio y su finalidad. En este aspecto, Atienza se inspira en el pensamiento de MacIntyre³. ¡De acuerdo!
- 2) El derecho no es un hecho, sino un artefacto social muy complejo. Dado que es producto de la obra humana, en el derecho se puede reconocer la presencia de una intencionalidad dirigida a la realización de determinada finalidad de carácter social. En consecuencia, el deber ser del derecho pertenece a su ser, es decir, que hay una medida intrínseca del éxito o del no éxito del artefacto jurídico. No se necesita recurrir a criterios de medida externos al derecho positivo mismo⁴. ¡De acuerdo!
- 3) En el artefacto jurídico se puede distinguir el aspecto organizativo o institucional y el aspecto valorativo o finalista (Atienza 2017, 38). Pero sería un error creer posible la separación de estos dos aspectos, por cuanto, en verdad, la dimensión social externa

³ También yo he seguido la misma línea de pensamiento en Viola (Viola 1990).

⁴ Es convicción de Atienza que el carácter artificial del derecho excluye de raíz el iusnaturalismo. Pero — como anota John Rawls (Rawls 1996, 104), «no todo, pues, es construido; tenemos que tener algún material, por así decirlo, desde el que empezar». He tratado de desarrollar esta observación de buen sentido en Viola 2021.

ligada a la efectividad es esencial, pues de otro modo no se podría justificar ya el carácter coercitivo del derecho positivo. En cualquier caso —añadiría yo— también la organización externa responde a un valor social fundamental, como es el del orden, que se presenta como una de las finalidades específicas del derecho. Atienza es contrario a todo dualismo en el concepto de derecho, cosa que por otra parte no sería compatible con la condición unitaria del concepto de práctica social. ¡De acuerdo!

- 4) El derecho lleva consigo ligámenes necesarios con los valores morales y, en particular, con el valor de la justicia. Estos valores son susceptibles de un conocimiento objetivo. Como es sabido, Atienza es un sostenedor de un objetivismo ético calificado de «mínimo» en cuanto que rechaza sea el no-cognitivismo respecto de los valores sea el absolutismo moral (Atienza 2017, 137-138). Ello significa que los valores morales se distinguen netamente de las meras preferencias subjetivas y están fundados sobre razones que deberán valer para todos y que son objeto de argumentación y de discurso público, además de una continua revisión. Añado, en fin, que este cognitivismo ético está acompañado por la tesis de la unidad de la razón práctica, que confiere a la moral el primado y al derecho mismo una fuerte connotación moral y un papel significativo en el desarrollo moral de la sociedad. ¡Muy de acuerdo!

Sobre estos puntos mi acuerdo con las tesis de Atienza es total. Para mí es un honor y un importante test de verificación de mis convicciones filosófico-jurídicas. Espero que esta adhesión mía no sea para él demasiada molestia, siendo yo — como se dice comúnmente — un filósofo iusnaturalista. Pero no es necesario prestar demasiada atención a las etiquetas, porque favorecen el dogmatismo de las escuelas de pensamiento, aun cuando, oportunamente, Atienza las usa más para tomar distancia que para subrayar las pertenencias. Por tanto, no me detendré sobre el post-positivismo, que es el modo con el que Atienza prefiere catalogar la orientación de su pensamiento. Me interesa más bien tratar de identificar los puntos de desacuerdo que debe haber en algún sitio. Ciertamente, nuestras visiones de la ética no coinciden y no es este un desacuerdo que pueda infravalorarse, especialmente teniendo en cuenta la importancia que tiene la ética en el pensamiento filosófico-jurídico de Atienza. Pero aquí me pregunto si este desacuerdo atañe de alguna manera al concepto de derecho.

4. UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO ENTRE TEORÍA NORMATIVA Y PRÁCTICA SOCIAL

Al exponer su tesis del objetivismo moral, Atienza toma en consideración el pensamiento de Paolo Comanducci y nota agudamente que, entre ellos, un desacuerdo profundo respecto el modo de concebir la teoría jurídica y la justificación de los valores morales se acompaña de una convergencia sustancial por lo que atañe los contenidos éticos propugnados, que se identifican con los de una moral rigurosamente laica (Atienza 2017, 193-199). Acuerdo en la práctica y desacuerdo en la teoría. Comanducci, en efecto, profesa un escepticismo radical por lo que respecta al conocimiento de los valores morales, que a su parecer son fruto de meras preferencias subjetivas. Pues bien, creo que en mi caso se da una paradoja casi especularmente contraria:

parecemos de acuerdo en el modo de concebir la teoría jurídica y sobre el objetivismo ético, pero disentimos sobre los contenidos éticos sustanciales, sobre el modo de entender lo que es bueno y lo que es malo. ¿Cómo explicar esta situación paradójica?

En primer lugar, se podría apuntar que quizás el desacuerdo ético entre Atienza y yo está demasiado enfatizado. En la fragmentación ética de la sociedad contemporánea los disensos son sectoriales más que globales. Ciertamente, en este caso hay desacuerdo sobre la ética privada, porque yo me esfuerzo en conjugar la autonomía personal con la interdependencia existencial y la relacionalidad humana, con resultados que seguramente parecerán a Atienza, «iusnaturalísticos», esto es, iliberales. Sin embargo, el desacuerdo se hace mucho más tenue en el plano de la ética pública. Por ejemplo, yo estoy convencido de que el Estado debe ser rigurosa y estrictamente laico, y en esto concuerdo plenamente con Atienza y Comanducci. Desde el punto de vista del régimen político no estoy lejos del socialismo democrático de Atienza.

Probablemente se trata de un caso de *overlapping consensus*, que en la época del pluralismo ético es el último refugio para alguna cierta convivencia (*comunanza*), por muy débil que sea. Sin embargo, es necesario no hacerse ilusiones sobre el alcance de esta convergencia. Cuando se trata de enfrentar una cuestión particular, es frecuente entonces que no sea posible poner entre paréntesis las razones que sostienen nuestras convicciones morales, en la medida en que son las que dan sentido a su contenido. Esto es particularmente evidente en el caso de balances o ponderaciones de derechos y valores contrapuestos. En estos casos es necesario con frecuencia recurrir a su justificación para captar su identidad específica. A propósito de los derechos es verdad que ha sido mantenido autorizadamente que respetarlos es mucho más importante que fundamentarlos. Pero se ha visto que para respetarlos es necesario pasar de lo abstracto a lo concreto, y es justamente entonces cuando la justificación de los derechos viene invocada, porque ella lleva en sí su razón de ser, que es también el fin a alcanzar. Por tanto, a fin de cuentas, es necesario reconocer que desde el punto de vista ético el desacuerdo permanece.

Entonces se podría sostener que la teoría del derecho sería del todo independiente de una ética particular y que, en consecuencia, no sea de hecho paradójico el acuerdo respecto a la teoría y el desacuerdo respecto a los contenidos éticos sustanciales. De hecho, profesar el objetivismo ético no significa ciertamente afirmar la uniformidad de los juicios morales o que haya alguien que tenga el monopolio de ellos. Significa que los criterios para establecer la corrección de los juicios morales están fundados en principio sobre razones válidas para todos y son objeto del discurso público. A fin de cuentas, es justamente el escepticismo ético el que hace inútil el diálogo sobre los valores morales entendidos como meras preferencias subjetivas. Al contrario, el objetivismo ético mínimo presupone que se está dispuesto a cambiar de ideas sobre la base de las razones prevalentes.

Ciertamente, Atienza comparte este modo de considerar en abstracto el objetivismo ético. Sin embargo, su teoría jurídica, por el hecho mismo de su ligamen con la praxis, está ya comprometida con un modo concreto de entender la transformación social, esto es, con valores ético-políticos específicos «objetivos». Para Atienza la teoría jurídica no es un contenedor que pueda ser llenado de cualquier contenido ético. Por otra parte — como ya se ha dicho — se trata de una teoría normativa que está animada desde su origen por un modo determinado de entender el papel del derecho en la persecución de la justicia social. La objetividad moral es para

Atienza cosa bien distinta de la objetividad rawlsiana de la justicia procedimental. Se trata de la objetividad de valores éticos sustanciales de los que forma parte el valor de la justicia.

Y entonces, yo creo que el disenso entre la concepción filosófico-jurídica de Atienza y la mía encuentra su mejor explicación, no tanto en el nivel de los valores éticos sustanciales, y todavía menos en el modo de concebir el objetivismo ético, sino justamente en el plano del concepto general del derecho como práctica social, justamente allí donde parecía mayor nuestro acuerdo.

También Atienza —como ya se ha dicho— desarrolla su concepto de práctica social en estrecha referencia al pensamiento de MacIntyre, que es el teórico más relevante de ella. Sin embargo, la interpretación de Atienza se orienta a conferir mayor importancia al papel de los valores, esto es, de los bienes internos a una práctica, respecto del de las virtudes, en la convicción de que la diferencia se pueda reducir a la que hay entre la dimensión objetiva y la dimensión subjetiva. Pero, a mi parecer, para MacIntyre el fin propio de una práctica social no es sólo, ni principalmente, la realización de los bienes internos, sino que los participantes en la práctica desarrollen una forma de actividad cooperativa que mire a la excelencia (*standards of excellence*), sea respecto a su capacidad moral sea respecto al conocimiento de los fines y valores. La virtud misma, y su expansión, debe ser considerada como un bien interno a la práctica social. Aquí el acento me parece puesto sobre la extensión en común de las capacidades morales de captar el alcance real de los valores en juego.⁵ Se trata de una idea común de la vida buena que puede comportar el cambio de comportamientos exteriores, pero siempre con el fin de comprender y realizar del mejor modo los valores y los fines a perseguir en común.⁶ Estamos bien lejos de una ética individualista de la autonomía en la que está ausente la cooperación en la determinación y en la práctica de la vida buena.

Si a partir de ahí consideramos el objetivo ético-político que, según Atienza, es propio del derecho, a saber, la «transformación social», que es emancipación social a la luz de los valores de la igualdad social y de la autonomía individual (Atienza 2017, 346), entonces debemos reconocer que asumen un realce preminente los resultados externos de la práctica y su carácter sociológico.⁷ Esto es, por otra parte, el sentido de la referencia al pensamiento de Jhering⁸ y al pragmatismo americano. Este último en particular desarrolla un concepto de praxis que no

⁵ «By a 'practice' I am going to mean any coherent and complex form of socially established cooperative human activity through which good internal to that form of activity are realized in the course of trying to achieve those standards of excellence which are appropriate, and partially definitive of, that form of activity, with the result that human powers to achieve excellence, and human conceptions of the ends and goods involved, are systematically extended» (MacIntyre 2007, 187). Atienza no da el debido relieve a la última parte de esta cita de MacIntyre. Cfr. Atienza 2017, 4041.

⁶ Cfr., el ejemplo paradigmático de la práctica de la cortesía desarrollado por R. Dworkin (Dworkin 1986, 47-49).

⁷ Y aquí es necesario hacer notar también una impronta marxiana ligada al funcionalismo y al materialismo social (Atienza 2017, 67).

⁸ En la idea regulativa del derecho, inspirada en Jhering, éste es definido como el conjunto de las condiciones sociales que satisfacen los derechos fundamentales basados en la dignidad humana y que son asegurados por la coacción externa por parte de un poder público ejercido de acuerdo con los requisitos del Estado de Derecho. Creo que esta definición del derecho está todavía ligada a la visión esencialista tradicional más que a la práctica social en el sentido de MacIntyre. Cfr. Atienza 2017, 45-46.

me parece conciliable con la práctica social de MacIntyre, porque entiende los fines siempre como relativos a los medios y mantiene que no tiene sentido hablar de los fines en sí mismos (Atienza 2017, 36)

Si este desacuerdo sobre la interpretación del concepto de práctica social tiene fundamento, entonces se comprenden bien también las diferencias sobre el modo de entender la ética sustantiva. Sin embargo, echadas las cuentas, la concordia resulta siempre muy superior a la discordia.

Manuel Atienza ha desarrollado una filosofía jurídica que aspira a la inclusión en una concepción unitaria de elementos provenientes de las orientaciones de pensamiento más diferentes y opuestas. Atienza no acepta el dualismo y persigue una visión unitaria del derecho, aún a riesgo de un cierto eclecticismo. Su sentido del derecho es elevado porque ve en él la síntesis entre hecho y valor, entre materia y forma, entre validez y eficacia. El derecho juega un papel crucial para la vida social, haciendo posible el nexo entre ética y política (Atienza 2017, 337). El derecho es también una condición necesaria para la existencia misma de la moralidad (Atienza 2017, 355). Atienza muestra claramente que no hay necesidad de apelar a un derecho natural para ennoblecer el derecho positivo, porque basta tener una concepción más adecuada de la positividad. Y sobre esto, estoy, una vez más, plenamente de acuerdo.

REFERENCIAS

- Atienza, M. (2012) «Una teoría pragmática del diritto», en *Rivista di filosofia del diritto*, 1, pp. 123-134.
- Atienza, M. (2017) *Filosofía del derecho y transformación social*. Madrid. Trotta.
- Atienza, M. (2019) «Pragmatismo jurídico. La propuesta de Susan Haak», en *Comentarios e incitaciones. Una defensa del postpositivismo jurídico*. pp. 157-178. Madrid. Trotta.
- Dworkin, R. (1986) *Law's Empire*. London. Fontana Press.
- MacIntyre, A. (2007), *After Virtue. A Study of Moral Theory*, 3ª ed. Notre Dame, Indiana. University of Notre Dame Press.
- Pavlakos, G. (2007), *Our Knowledge of the Law: Objectivity and Practice in Legal Theory*. Oxford. Hart Publishing.
- Postema, G. ((2015), «Jurisprudence, the Sociable Science», en *Virginia Law Review*, 101, 4. pp. 869-901.
- Rawls, J. (1996) *Political Liberalism*. New York. Columbia University Press.
- Simmonds, N.E. (2010) «Reflexivity and the idea of Law», en *Jurisprudence*, 1, pp. 1-23.
- Viola, F. (1990) *Il diritto come pratica sociale*. Milano. Jaca Book.
- Viola, F. (2021) *1900-2020. Una storia del diritto naturale*. Torino. Giappichelli.

FILOSOFÍA DEL DERECHO Y POSPOSITIVISMO

LA TRAMPA DEL ANTIPOSITIVISMO

PIERLUIGI CHIASSONI

Universidad de Génova

«Quien desee estudiar el problema de la paz mundial de una manera realista debe tratar ese problema con toda seriedad, como el del perfeccionamiento lento y constante del orden jurídico internacional. Así es como este libro trata de contribuir a la solución del problema más candente de nuestra época»

HANS Kelsen¹

«il giurista giuspositivista, nella sua fedeltà al diritto positivo, nella sua fedeltà alla legge costituzionale che garantisce la libertà, nella sua fedeltà alla legge formata con i procedimenti democratici, è il custode della struttura in cui la varietà e la convivenza delle scelte sono possibili»

UBERTO SCARPELLI²

«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»

M. ATIENZA³

1. UN ATAQUE SIN CUARTEL

Desde hace tiempo, algunos destacados filósofos del derecho en el mundo latino han lanzado un ataque sin cuartel en contra del «positivismo jurídico»⁴.

En ocasión de un reciente seminario internacional⁵, Manuel Atienza, uno de los más distinguidos representantes de la cohorte «antipositivista», al contestar una pregunta acerca de cuál

¹ Kelsen 1944: 36.

² Scarpelli 1965: 218-219.

³ Atienza 2017b: 135.

⁴ Atienza, Ruiz Manero 2009: 127-152; Atienza 2017b: cap. V y VIII.

⁵ Primer Congreso Internacional Sílex, «Constitucionalismo y argumentación», Ciudad de México, 28-30 de marzo 2023.

fuese en su opinión el «tema más interesante» al cual dedicarse en la filosofía del derecho actual, replicó así: «acabar de enterrar el positivismo jurídico»⁶.

Es menester descontar la respuesta de Manolo del margen hiperbólico, y de la fatal inclinación al *épater les bourgeois*, que son los rasgos propios del género entrevista (piénsese en la entrevista al renombrado intelectual, apenas aterrizado en París, filmada por Jean-Luc Godard en *À bout de souffle*). No obstante, en el curso de la subsecuente ponencia, Manolo volvió varias veces a resaltar los perjuicios que «el positivismo jurídico» habría causado, y todavía causaría, a la cultura jurídica. Antes que nada, por efecto de su anacrónica concepción «descriptivista» de las tareas de la filosofía del derecho, que la reduciría a una forma de teoría analítica, estructural y sistémica de los ordenamientos jurídicos positivos, del todo ininteresante en sí, y social y culturalmente irrelevante⁷.

Confieso experimentar una sensación de pérdida frente a ataques parecidos. Advierto que las críticas de los antipositivistas son, en su conjunto, confusas e infundadas. Sin embargo, me resulta difícil buscar el camino que conduzca a una visión equilibrada. A continuación, voy a esbozar un intento de lidiar con el ataque antipositivista. El resultado al cual mi exploración aparentemente nos lleva puede resumirse así: mirándolo bien, el antipositivismo, o bien sostiene posiciones que son reiteraciones de posiciones positivistas, o en todo caso coincidentes con las de los positivistas, o bien sostiene tesis insostenibles (irrazonables, equivocadas).

2. POSITIVISMO

¿Qué es positivismo? Supongamos no saber nada. De acuerdo con el principio de conversión, una de las directivas básicas del enfoque analítico-realista a la filosofía del derecho⁸, tenemos que empezar reflexionando acerca de la palabra «positivismo». Una consideración aún superficial pone en relieve dos datos.

Primero. La palabra «positivismo» —y sus homólogos en otros idiomas: *positivismo*, *positivisme*, *positivism*, *Positivismus*— resulta ser, aún hoy en día, un término de uso muy frecuente en los discursos de filósofos del derecho y juristas.

Segundo. Los usos corrientes del término «positivismo» suponen que, en el mundo de nuestra cultura jurídica, existiría *algo* que es «el» positivismo. Y que este *algo* actuaría de agente todavía influyente y, según algunos, dañino, en relación con la manera en que los juristas perciben los fenómenos jurídicos (en particular: el derecho, la interpretación y el razonamiento jurídico en el estado constitucional), así como sus propias tareas al respecto.

⁶ M. Atienza en la entrevista concedida en ocasión del Primer Congreso Internacional Sílex, «Constitucionalismo y argumentación», Ciudad de México, 28 de marzo 2023.

⁷ Una crítica muy parecida se encuentra por ejemplo en Dworkin 2006: 140-187. Análogamente, Gustav Radbruch, en su *Rechtsphilosophie* de 1932, acusa al positivismo de haber transformado la filosofía del derecho en teoría (general) del derecho, esto es, en el «piso ático» de «la doctrina jurídica» (Radbruch 1932: 109-110).

⁸ El principio de conversión requiere transformar problemas metafísicos en problemas conceptuales (Chiassoni 2021: 12).

Un poco de reflexión, sin embargo, sugiere que una tal impresión es engañosa.

Ya en 1961, en un análisis valioso que todos conocemos, Norberto Bobbio nos enseñó que es menester destacar tres «aspectos» del positivismo: el aspecto (que llamaré) *epistemológico* («positivismo como enfoque al estudio del derecho», «positivismo metodológico»), el aspecto *teórico* («positivismo como teoría del derecho positivo») y el aspecto *ideológico* («positivismo como ideología de la justicia»)⁹.

A estos aspectos, en aras de proporcionar una reconstrucción un poco más cuidadosa y útil para una mejor comprensión del antipositivismo, es menester añadir dos: el aspecto *metajurisprudencial* (el «positivismo» como meta-filosofía del derecho y meta-ciencia jurídica) y el aspecto *metaético* (el «positivismo» como teoría acerca del estatuto ontológico de los principios y valores morales).

2.1. *Positivismo epistemológico*

En su aspecto *epistemológico* o de *enfoque al estudio del derecho*, el positivismo consiste en una *epistemología jurídica prescriptiva*. Es, en otros términos, una teoría normativa acerca del conocimiento científico del derecho positivo¹⁰. Si, yendo un poco más allá del análisis de Bobbio, nos preguntamos por los principios que caracterizarían a la epistemología positivista, podríamos destacar cuatro: el principio de cognoscibilidad empírica, el principio de cognoscibilidad analítica, el principio de las tres ramas del conocimiento jurídico, y el principio de separación.

El *principio de cognoscibilidad empírica* sostiene que el derecho positivo, siendo un fenómeno social (un artefacto elaborado, producido, creado, por seres humanos en contextos sociales), es apto para, y debe, ser objeto de un conocimiento fundado sobre datos perceptibles por los sentidos y controlable en relación con ellos.

El principio de cognoscibilidad analítica sostiene que toda experiencia jurídica, siendo en gran medida un fenómeno lingüístico, es apta para, y debe, ser objeto de una forma de conocimiento que se propone identificar, describir, y reconstruir, en vista de fines explicativos, los aparatos terminológicos y conceptuales que en cada tiempo son utilizados en los discursos jurídicos. Esto es, en los discursos de las llamadas fuentes del derecho (discursos del derecho en sentido estricto), así como en los discursos de juristas, jueces, funcionarios, abogados, teóricos, filósofos, sociólogos, psicólogos y antropólogos jurídicos (discursos «con», «acerca del», y «para» el derecho¹¹).

⁹ Bobbio 1961: 101-126; Nino 1983: 30-50. Véase también, pero proporcionando análisis con un nivel de abstracción menos elevado, Hart 1958, Hart 1967, y Bulygin 2007.

¹⁰ Cabe notar que el positivismo epistemológico, a menudo denominado «positivismo metodológico», está lejos de ser entendido de una manera clara y unívoca. Eugenio Bulygin, por ejemplo, usa la expresión para referirse a un conjunto de tesis heterogéneas, entre las cuales una es propiamente epistemológica (según mi reconstrucción), mientras que otras dos son teóricas (la tesis de las fuentes sociales y la tesis de la discrecionalidad): Bulygin 2007: 23-24.

¹¹ Comanducci 2010: 180-184.

El *principio de las tres ramas del conocimiento jurídico* recomienda destacar tres ramas en el conocimiento del derecho positivo desde su respectivo propósito: el conocimiento estructural, el conocimiento funcional y el conocimiento sustancial. El *conocimiento estructural* se propone proporcionar teorías descriptivas acerca de los tipos de componentes básicos de los derechos positivos (las «piezas» de todo orden jurídico: disposiciones, normas expresas, normas implícitas, normas de conducta, normas de competencia, reglas, principios, etc.) y de las relaciones que se dan típicamente entre ellos (genealógicas o dinámicas, interpretativas, lógicas, jerárquicas formales, jerárquicas sustanciales, justificativas, etc.). El *conocimiento funcional* se propone proporcionar teorías descriptivas acerca de los papeles típicamente desempeñados por las normas de los derechos positivos¹². El *conocimiento sustancial*, en fin, se propone lidiar con el contenido normativo de determinados derechos positivos, con relación a sectores singulares al interior de ellos. Este conocimiento debe consistir, a su vez, en un conocimiento normativo estático, un conocimiento normativo dinámico y un conocimiento causal-predictivo. El *conocimiento normativo estático* se propone describir la combinación existente, en un momento dado, y relativamente a cierto (micro)sector, entre el discurso de las fuentes y los discursos de los órganos de la aplicación, así identificando el derecho vigente (el conjunto de formulaciones normativas, o disposiciones, que deben o pueden ser utilizadas y aplicadas) en sus relaciones con el derecho viviente (las normas en acción: las normas, directa o indirectamente derivadas de disposiciones, y en efecto utilizadas y aplicadas en la resolución de controversias judiciales y en la emanación de decisiones administrativas). El *conocimiento normativo dinámico* se propone reconstruir el marco de las interpretaciones metodológica e ideológicamente posibles de las disposiciones vigentes en un momento dado. El *conocimiento causal-predictivo*, en fin, se propone identificar las causas y los efectos sociales del derecho vigente y del derecho viviente, formulando, en lo posible, predicciones acerca de sus probables desarrollos.

El *principio de separación*, por último, sostiene que, cuando se llevan a cabo investigaciones científicas sobre el derecho positivo, ya sea sobre su estructura y función, ya sea acerca de su contenido, se debe evitar toda toma de posición ideológica, toda adopción de una postura de crítica axiológica (de censura moral o censura práctica), y toda operación de política del derecho. El principio requiere que se mantenga separado, que no se confunda, el conocimiento del derecho como en efecto es, por un lado, y su valoración práctica a la luz de una cualquier visión moral o ideología acerca de cómo el derecho debe ser, por el otro. El principio requiere mantener separada la jurisprudencia expositiva de la jurisprudencia censoria (Bentham), la ciencia del derecho de la política del derecho (Kelsen)¹³. El principio de separación —cabe notar— tiene un corolario muy importante, a veces denominado «tesis de la separación» o «tesis de la negación de toda conexión conceptual necesaria entre derecho y moral». El corolario (la «tesis de la separación») es una tesis prescriptiva meta-teórica, y más precisamente meta-conceptual, la cual requiere que, en la elaboración de los conceptos jurídicos, a partir del propio concepto de de-

¹² Bobbio 1977; Tarello 1988.

¹³ El principio presupone que las dos cosas *puedan* mantenerse separadas, resaltando empero como la separación no requiera la ausencia de todo compromiso axiológico (lo que sería imposible), sino solo de todo compromiso axiológico práctico.

recho, si el fin de la elaboración o reconstrucción es explicativo (y no práctico), se evite toda definición o reconstrucción comprometida con una cualquier visión moral del derecho — por ejemplo, comprometida con una visión finalista que vincule el derecho a la realización de cierta idea determinada de bien común o de justicia¹⁴.

Es preciso no confundir el principio de separación (con sus corolarios) con otro principio epistemológico, muy diferente, con el cual sin embargo éste es a menudo identificado, pero equivocadamente. Me refiero al *principio de pureza absoluta* o, como suele denominarlo Manuel Atienza, principio del cinturón de castidad. El principio de pureza absoluta requiere que filósofos del derecho y juristas —esto es, los investigadores con formación jurídica— *limiten* su actividad al *solo* conocimiento científico del derecho positivo: sea en el nivel general de las investigaciones estructurales y funcionales (teoría general del derecho), sea en el nivel local de las investigaciones sustanciales (estudio doctrinal y sociológico), rechazando toda actividad de crítica axiológica y de política del derecho.

La precisión es necesaria por dos razones. Primero, adoptar el principio de separación no implica adoptar el principio de pureza absoluta. Los dos principios presuponen ambos que sea posible conocer el derecho sin valorarlo, pero son lógicamente independientes. Segundo, los positivistas epistemológicos —pensamos, por ejemplo, en Bentham, Austin, Kelsen, Ross, Hart, Bobbio, Scarpelli y Ferrajoli— han sí abogado por el principio de separación, pero al mismo tiempo han rechazado —y de una manera contundente— el principio de pureza absoluta¹⁵. Este punto, como veremos, resultará evidente tratando del aspecto metajurisprudencial del positivismo.

2.2. Positivismos teórico

En su *aspecto teórico*, el positivismo consiste en la elaboración de teorías estructurales y funcionales acerca del derecho positivo en general, o del derecho de ciertos tipos de sistemas jurídicos, dotadas de carácter cognoscitivo (o «descriptivo» en un sentido amplio), conforme al principio de separación y a los principios de cognoscibilidad empírica y analítica. Estas teorías, merece la pena recordarlo, incluyen las teorías realistas del derecho, de la interpretación y de la argumentación jurídica¹⁶.

¹⁴ A veces, se habla de «tesis de la separación» también en aras de denominar una tesis meta-teórica relativa a la definición científicamente adecuada del concepto de validez, según la cual «la validez jurídica de una norma no implica necesariamente [lógica o conceptualmente, ndr] su validez moral, y la validez moral de una norma no implica necesariamente su validez jurídica» (Bulygin 2007: 23).

¹⁵ Una mirada superficial a algunas obras bien conocidas de positivistas confirma esta afirmación: Bentham 1776; Bentham 1789; Austin 1832; Austin 1885; Kelsen 1944; Kelsen 1957; Ross 1958; Scarpelli 1965; Bobbio 1967; Hart 1967; Ferrajoli 2021. De positivista empedernido, Scarpelli 1965 aboga por una «interpretación política» del positivismo, oponiéndola a una «interpretación científica», y asumiendo por ende una postura metajurisprudencial compleja (véase *infra*, § 2.4)

¹⁶ Véase por ejemplo Bentham 1782; Austin 1885; Kelsen 1934: cap. VI; Bobbio 1955; Bobbio 1957; Ross 1958; Llewellyn 1960: 521-535; Bobbio 1963; Bobbio 1966; Tarello 1974: parte IV; Tarello 1980; Tarello 1998; Guastini 2021.

2.3. *Positivismo ideológico*

En su *aspecto ideológico*, el positivismo se presenta como rótulo para un conjunto de ideologías de la justicia. Las ideologías comparten la idea de la existencia, para todo súbdito de un orden jurídico positivo, de un deber moral de obedecer las normas de aquel orden. A la luz del análisis de Bobbio, pueden destacarse tres ideologías positivistas: el positivismo ideológico radical, el positivismo ideológico moderado y el positivismo ideológico moderadísimo¹⁷.

El *positivismo ideológico radical* sostiene que cada súbdito de un orden jurídico positivo tiene un deber moral incondicionado de obedecer las normas dictadas por aquel orden, *qua* normas jurídicas, cualquiera sea su contenido. Esta postura, cuya formulación más acabada se suele leer en la filosofía del derecho de Hegel¹⁸, caracteriza a toda ética estadolátrica. Caracteriza también al llamado positivismo de la ley o positivismo legislativo (*Gesetzespositivismus*), que fue muy influyente en la cultura jurídica alemana desde la segunda mitad del siglo XIX hacia la primera mitad del XX¹⁹.

El *positivismo ideológico moderado* sostiene que cada súbdito de un orden jurídico positivo tiene un deber moral condicionado de obedecer las normas dictadas por aquel orden: si, y hasta que, él sea capaz de garantizar la realización de valores prácticos formales como la paz, el orden público, la seguridad jurídica, la justicia legal. Esta postura caracteriza a toda ética normativa absolutista de corte hobbesiano²⁰, así como a la ética de la legalidad asociada a la idea de estado de derecho²¹.

El *positivismo ideológico moderadísimo*, en fin, sostiene que cada súbdito de un orden jurídico positivo tiene un deber moral de obedecer las normas dictadas por aquel orden, que es empero doblemente condicionado. Si, y hasta que, el orden jurídico sea capaz de garantizar la realización de los valores prácticos formales y, además, sus normas no choquen con la exigencia, que la conciencia jurídica reputa superior, de respetar la vida, la libertad y la dignidad humana. Esta última postura caracteriza a toda ética pública de corte iusnaturalista liberal, de Locke al «segundo» Radbruch²².

2.4. *Positivismo metajurisprudencial*

En su *aspecto metajurisprudencial*, el positivismo se presenta como un conjunto de concepciones normativas acerca de la filosofía del derecho, por un lado, y de la ciencia jurídica en tanto que estudio doctrinal del derecho, por el otro. Una meta-filosofía normativa es un discurso en que se formulan recomendaciones acerca de lo que los filósofos del derecho deberían hacer. Una concepción normativa de la ciencia jurídica es un discurso que en que se formulan

¹⁷ Bobbio 1961: 104, 110-112, 114-117.

¹⁸ Hegel 1821: Prefacio y §§ 257 ss.; Bobbio 1981: 18-20.

¹⁹ Radbruch 1945; Radbruch 1947.

²⁰ Hobbes 1651: capp. XVII, XVIII, XXI.

²¹ Un ejemplo clarísimo se encuentra en Calamandrei 1940.

²² Locke 1690; Radbruch 1945; Radbruch 1946; Radbruch 1947.

recomendaciones acerca de lo que los juristas deberían hacer. En ambos casos, en vista de cierta visión ideal de sus tareas.

Si miramos a las metajurisprudencias prescriptivas elaboradas por autores positivistas, encontramos dos variedades.

Por un lado, hay metajurisprudencias cuya preocupación principal consiste en invitar a filósofos del derecho y juristas a tomar en serio la posibilidad de que sus investigaciones sean genuinamente científicas (sean genuinamente «ciencia del derecho»). Y que, por ende, formulen recomendaciones acerca de la manera apropiada de desempeñar tareas de carácter cognoscitivo (descriptivo, informativo). Sea en el nivel general (teoría general del derecho, filosofía del derecho positivo, filosofía analítica de la justicia), sea en el nivel local (doctrina jurídica). Es precisamente ésta la posición que Hans Kelsen defendió a lo largo de su reflexión sobre la jurisprudencia (*Jurisprudenz, Rechtswissenschaft*)²³, dentro del marco del principio de separación, pero no, y por *facta concludentia*, del principio de pureza absoluta (supra, § 2.1).

Por el otro lado, en cambio, hay metajurisprudencias que consideran menester formular recomendaciones en aras de que filósofos y juristas desempeñen, de una manera apropiada, sea tareas de carácter cognoscitivo (descriptivo, informativo), y por ende científicas, sea tareas de carácter valorativo, crítico y propositivo, y por ende prácticas, siempre bajo la aplicación rigurosa del principio de separación (supra, § 2.1).

En la tradición positivista, encontramos muchos ejemplos de esta segunda postura. Me limitaré a recordar dos, aunque sean bien conocidos. Aludo a Bentham y a Ferrajoli.

Bentham aboga por un conjunto de disciplinas jurídicas que incluye, al lado de investigaciones de carácter expositivo (universal o local), investigaciones de carácter censorio. Estas deben desempeñar tareas de crítica axiológica y crítica técnica de los derechos existentes, y elaborar proyectos de reforma (en forma de proyectos de códigos para toda rama del derecho, del constitucional al procedimental), en vista de la realización del principio de utilidad²⁴.

Siguiendo en las huellas de Bentham, Scarpelli y Bobbio, y actuando de filósofo del derecho neo-iluminista, Ferrajoli formula propuestas parecidas. Por empezar, Ferrajoli aboga por una filosofía del derecho como «institución de garantía», en el doble papel de *filosofía* (normativa) *de la justicia* y *de teoría* (normativa) *del derecho*. En tanto que filosofía de la justicia, la filosofía del derecho debe proporcionar análisis críticos y propuestas de reforma de las normas constitucionales validas pero injustas. En tanto que *teoría del derecho*, la filosofía del derecho debe construir el pa-

²³ Kelsen 1933; Kelsen 1934; Kelsen 1960. En el «Prólogo para la edición española» de su primera presentación sintética de su teoría y metateoría del derecho, este punto emerge de una manera sugerente: «la imagen esquemática de la teoría pura del derecho que bosquejo en las líneas que siguen, es por sí sola la mejor prueba de que la lucha apasionada y en ocasiones violenta que se realiza contra esa doctrina, no puede obedecer a motivos puramente teóricos. En verdad, se trata de la lucha de la política contra la ciencia; es una lucha en la que todas las posibles direcciones políticas, conservadoras o revolucionarias, socialistas o liberales, participan por igual en su oposición contra el logro de un conocimiento del estado y del derecho verdaderamente objetivo, es decir, emancipado de toda ideología» (Kelsen 1933: 7).

²⁴ Véase por ejemplo Bentham 1776; Bentham 1789; Bentham 1830; Bentham 1931. El art. 1 del capítulo II del *Constitutional Code* reza así: «Of this constitution, the all-comprehensive object, or end in view, is, from first to last, the greatest happiness of the greatest number; namely, of the individuals, of whom, the political community, or state, of which it is the constitution, is composed» (Bentham 1830: 18).

radigma del derecho del estado constitucional, identificar los principios (implícitos) *iuris tantum*, esclarecer los principios *iuris et de iure*, proporcionar definiciones pragmáticamente adecuadas de los términos clave del discurso constitucional, y llevar a cabo una defensa de tal paradigma contra sus enemigos mortales: el populismo mayoritario, el patrimonialismo, el neoliberalismo económico. Sin embargo, Ferrajoli aboga también por una doctrina jurídica que debe igualmente funcionar, aunque en un nivel inferior y local, de «institución de garantía» de la constitución y de los derechos fundamentales. Proponiendo definiciones adecuadas para los términos que el discurso de las fuentes deja indefinidos, proponiendo interpretaciones constitucionalmente orientadas de las leyes infra constitucionales, identificando y denunciando las lagunas constitucionalmente relevantes y proponiendo maneras de integrarlas, identificando y denunciando las antinomias constitucionalmente relevantes y proponiendo maneras de resolverlas²⁵.

2.5. *Positivismo metaético*

En su *aspecto metaético*, en fin, el positivismo suele ser entendido como una postura que aboga por el no-objetivismo metaético («escepticismo», «relativismo», «subjetivismo» metaético), oponiéndose a toda forma de objetivismo y cognoscitivismo metaético²⁶.

El núcleo del no-objetivismo metaético, en su aplicación al derecho positivo, consiste en dos tesis: una tesis ontológica y una tesis de la corrección moral.

La *tesis ontológica* sostiene que no hay principios de justicia objetivos. La existencia y obligatoriedad de todo principio de justicia²⁷, para cada agente moral, siempre depende, en última instancia, de las preferencias y creencias del agente mismo.

La *tesis de la corrección moral* sostiene que la corrección y obligatoriedad moral de las normas jurídicas no es una propiedad, ni intrínseca, ni absoluta, de ellas. Por el contrario, para cada agente, siempre es extrínseca y relativa, en última instancia, a los principios de justicia que el agente mismo considera, en última instancia, correctos, valiosos, merecedores de aprobación, vinculantes, sobre la base de sus preferencias y creencias.

3. ANTIPOSITIVISMO

¿Qué es antipositivismo? Asumimos, aquí también, no saber nada. Una primera respuesta, según creo no del todo descabellada, consiste en afirmar que el antipositivismo es un conjunto de tesis, concepciones, posturas que se oponen al positivismo, que rechazan el positivismo.

²⁵ Véase por ejemplo Ferrajoli 1993; Ferrajoli 2007; Ferrajoli 2010; Scarpelli 1965: 218-219; Bobbio 1967: 140-148.

²⁶ Hart 1961; Ross 1961; Hart 1967; Nino 1983: 30-32; Bulygin 2007: 4, 83-87. Hay empero positivistas —por ejemplo, John Austin— que abarcan el objetivismo metaético (Austin 1832).

²⁷ Piénsese en principios, como, por ejemplo: «Se debe obedecer a los órdenes del Soberano», «Se debe perseguir la maximización de la felicidad de todo súbdito», «Se debe perseguir la paz, la libertad, la tolerancia y la democracia», «Se debe proteger la dignidad de todo ser humano», etc.

Hemos visto, sin embargo, que es menester destacar (por lo menos) cinco diferentes aspectos del positivismo. Hemos visto, además, que algunos de estos aspectos consisten a su vez en abanicos de concepciones diferentes. Esto sugiere una primera conclusión: quien pretende sostener una postura de antipositivismo, no puede sino sostener una postura bien de antipositivismo epistemológico, y/o teórico, y/o ideológico, y/o metajurisprudencial, y/o metaético.

3.1. *Antipositivismo epistemológico*

El *antipositivismo epistemológico* consiste en el rechazo del positivismo epistemológico. El núcleo del positivismo epistemológico, como hemos visto, resulta formado por cuatro principios: el principio de cognoscibilidad empírica, el principio de cognoscibilidad analítica, el principio de las tres ramas del conocimiento del derecho, y, por último, el principio de separación (*supra*, § 2.1).

Ahora bien: ¿puede razonablemente ponerse en tela de juicio que el derecho positivo pueda ser objeto de conocimiento empírico y analítico, de tipo estructural, funcional o sustancial? Parece, de una forma evidente, que no.

¿Qué decir sin embargo del principio de separación? ¿Acaso el blanco del antipositivismo epistemológico no podría ser precisamente *este* principio (y sus pretendidamente nefastos corolarios)?

Si se asume que el blanco de los antipositivistas sea el principio de separación, cabe notar lo siguiente. El rechazo del principio de separación, para ser acertado, tiene que suponer la (acertada) imposibilidad de destacar las operaciones de conocimiento del derecho como en efecto es, por un lado, de las operaciones prácticas, que consisten en cambiar y valorar y criticar el derecho vigente, y formular propuestas de reforma (según los casos, *de iure condito* o *de iure condendo*), desde el punto de vista de una determinada filosofía normativa de la justicia, por el otro. El rechazo (acertado) del principio de separación involucra, pues, la aceptación de un principio opuesto: el principio de confusión. Sin embargo, el principio de confusión tiene que ser descartado. Los discursos de juristas, jueces y abogados están formados por conjuntos de enunciados de cada uno de los cuales podemos (casi) siempre determinar con acierto la pertenencia, bien al discurso descriptivo (expresando, por ejemplo, proposiciones normativas), bien al discurso valorativo, crítico, argumentativo o decisorio (expresando, por ejemplo, normas, en tanto que premisas o conclusiones de razonamientos jurídicos, sea en aras de utilizarlas contextualmente, sea como propuesta dirigida a órganos de la aplicación). Y lo mismo vale, *mutatis mutandis*, con respecto de los discursos de los teóricos y filósofos del derecho.

El antipositivismo epistemológico podría entonces consistir, por último, en el rechazo del principio de pureza absoluta. Cabe notar, sin embargo, que dicho principio resulta ser rechazado también, y rotundamente, por eminentes positivistas, entre los cuales, no obstante una difusa pero equivocada opinión, hace falta incluir el mismo Kelsen.

Las consideraciones que preceden sugieren una conclusión. El antipositivismo epistemológico se encuentra aparentemente en una situación incómoda: o bien sostiene lo mismo que los positivistas epistemológicos (el rechazo del principio de pureza absoluta); o bien, si sostiene

algo diferente, descartando en particular los cuatro principios de la epistemología positivista (cognocibilidad empírica, cognocibilidad analítica, tres ramas del conocimiento jurídico, separación), sostiene posturas claramente insostenibles (equivocadas, irrazonables).

3.2. *Antipositivismo teórico*

El *antipositivismo teórico* consiste en el rechazo del positivismo teórico. Rechazar el positivismo teórico quiere decir rechazar las teorías del derecho positivo elaboradas conforme a los principios de la epistemología positivista (supra, § 2.1). El rechazo podría fundarse, disyuntivamente, sobre tres consideraciones distintas.

Primero, porque las teorías positivistas son falsas.

Segundo, porque las teorías positivistas no son falsas, pero son inadecuadas a dar cuenta en manera satisfactoria del fragmento de experiencia jurídica sobre el cual versan, su inadecuación siendo el resultado de una mala o equivocada aplicación de los principios de la epistemología positivista.

Tercero, porque las teorías positivistas no son falsas, pero son inadecuadas a dar cuenta en manera satisfactoria del fragmento de experiencia jurídica sobre el cual versan, su inadecuación siendo el resultado de una fiel y correcta aplicación de los principios de la epistemología positivista.

Aparentemente, los antipositivistas rechazan las teorías positivistas por ser falsas o gravemente inadecuadas, y esto por efecto de una aplicación fiel y correcta de los principios de la epistemología positivista (así como ellos los entienden)²⁸.

En particular, según los antipositivistas, las teorías positivistas del derecho de los estados constitucionales, empezando por la de Ferrajoli, tendrían que rechazarse por cuatro órdenes de razones.

En primer lugar, porque las teorías positivistas apoyarían una concepción estrictamente normativista. Esto es, una concepción que:

- a) no deja ningún espacio para los «elementos sustantivos» y «los valores», rechazando la «idea» de la «naturaleza dualista» del derecho, y definiendo, por ejemplo, los derechos fundamentales en términos «puramente formales, avalorativos»²⁹;
- b) se inclina por reducir el derecho «básicamente» a un conjunto de «reglas», descuidando los «principios»³⁰;
- c) se inclina por negar o reducir el papel de la ponderación³¹;
- d) pasan por alto la presencia de una práctica argumentativa que arraiga en las normas

²⁸ «El iuspositivismo, en cualquiera de sus modalidades, no es una concepción del derecho que permita dar cuenta del fenómeno del constitucionalismo» (Atienza 2017b: 143; véase también 133-136; Atienza, Ruiz Manero 2009: 127-155).

²⁹ Atienza 2017b: 130, 133-135.

³⁰ Atienza 2017b: 138.

³¹ Atienza 2017b: 140-141.

constitucionales o legislativas producidas por las autoridades jurídicas («un límite notable del positivismo jurídico es su carencia de una teoría de la argumentación»)³²;

En segundo lugar, porque las teorías positivistas no verían que la cuestión de la relación entre «el derecho y la moral» se plantea de manera diferente según la perspectiva que se asume. Si se asume la perspectiva del conocimiento del derecho (propia de sociólogos, historiadores u observadores externos en general), sí se puede adoptar la *tesis de la separación* (la validez de las normas jurídicas no depende necesariamente de su validez moral). Pero si se asume, en cambio, la perspectiva del juez o de otro operador del derecho, es necesario adoptar la *tesis de la conexión* (la validez de las normas jurídicas depende, en última instancia, de su validez moral)³³.

En tercer lugar, porque las teorías positivistas negarían que tenga sentido preguntarse por el fundamento moral de los derechos, asumiendo una postura anacrónica de no-cognoscitivismo metaético que las condenaría a tener un carácter áridamente prescriptivo y a la irrelevancia para la práctica³⁴.

En cuarto, y último, lugar, porque las teorías positivistas criticarían las teorías no-positivistas, como por ejemplo la teoría del constitucionalismo post-positivista defendida por Atienza, por ser «prebenthamitas», mientras que lo que se necesitaría hacer, aquí y ahora, consiste en asumir finalmente una postura «postbenthamita»³⁵.

Las críticas de los antipositivistas, mirándolo bien, o bien *no* se dirigen a teorías positivistas en el sentido del positivismo teórico antes considerado (supra, § 2.2), o bien, si se dirigen en efecto a ellas, no son acertadas. Muy esquemáticamente.

1) Las tres primeras críticas de la concepción normativista del derecho del estado constitucional se dirigen principalmente al constitucionalismo positivista de Ferrajoli. Son, sin embargo, desacertadas. La postura de Ferrajoli en relación con la naturaleza dualista del derecho, la definición de los derechos fundamentales, la concepción del derecho constitucional como un conjunto normativo básicamente compuesto por reglas, y la concepción del papel de la ponderación no son, como sostiene Manolo, posturas de teoría jurídica descriptiva dictadas bajo la influencia de «prejuicios positivistas»³⁶. Son, en cambio, posturas que pertenecen (conscientemente) a un modelo normativo del derecho del estado constitucional (el «paradigma» del estado constitucional). En términos kelsenianos, no pertenecen, ni pretenden pertenecer, al conocimiento científico del derecho, sino a la (alta) política del derecho.

2) La cuarta crítica de la concepción normativista del derecho (la ausencia de una teoría positivista de la argumentación jurídica y el descuido por la dimension argumentativa de la experiencia jurídica de un estado constitucional) es igualmente desacertada. Por un lado, si se

³² Atienza 2017b: 142.

³³ Atienza 2017b: 135-136.

³⁴ Atienza 2017b: 130-131, 137-138.

³⁵ Atienza 2017b: 135.

³⁶ Atienza 2017b: 130.

dirige a la teoría de Ferrajoli, nuevamente confunde una posición de (alta) política del derecho con una posición teórica descriptiva. Por el otro, si se dirige a las teorías realistas del derecho, afirma algo cuestionable. Pues estas teorías, al poner al centro de la experiencia jurídica el fenómeno de la interpretación (en sentido amplio), proporcionan sea una teoría de la argumentación jurídica en general, sea una teoría de la argumentación en los estados constitucionales³⁷.

3) La crítica basada en la distinción entre la tesis de la separación y la tesis de la conexión tiene asimismo que ser rechazada. En efecto, contrariamente a lo que sostienen los antipositivistas, las teorías positivistas *adoptan ambas*.

Por un lado, la «tesis de la separación» juega el papel de tesis meta-teórica. No es otra cosa sino un corolario del principio de separación (*supra*, § 2.1), que impone a los que se proponen conocer un derecho positivo, actuando de sociólogos, historiadores o, en general, observadores externos, mantener distinta la descripción de las normas validas, identificándolas como tales según los criterios de validez jurídica vigentes en aquel derecho, de su valoración moral.

Por el otro lado, la «tesis de la conexión», desde una perspectiva positivista, puede ser entendida en maneras diferentes, que se corresponden a diferentes niveles de abstracción. En su variante más abstracta, la «tesis de la conexión» no es otra cosa sino la tesis teórica de la conexión contingente: resulta de una generalización empírica, y sostiene que se dan y pueden darse, en la realidad de las experiencias jurídicas, múltiples conexiones entre los sistemas jurídicos positivos y (no ya «la moral», sino) las normas (de diferentes) morales (sociales o críticas)³⁸. En sus variantes más concretas, la «tesis de la conexión» es una tesis descriptiva que se refiere a las conexiones entre normas jurídicas y normas morales que se dan, o bien típicamente en sistemas jurídicos de cierta clase (pongamos, en los derechos de los estados constitucionales), o bien efectivamente en un cierto sistema jurídico (pongamos, en el derecho del estado constitucional de Alemania, Brasil, Colombia, España, Italia, etc.). Una tesis (más) concreta de la conexión, por ejemplo, sería verdadera en relación con un sistema jurídico en el cual se da que «el juez no puede identificar el derecho aplicable a un caso [...] sin acudir a razones morales, ni puede, en consecuencia, justificar su decisión sin recurrir a la moral»³⁹.

Un punto merece la pena ser resaltado. Si la tomamos en serio, la tesis teórica de la conexión contingente puede leerse como el homólogo positivista, conforme al principio epistemológico de separación, de la tesis no-positivista (postpositivista, antipositivista) de la naturaleza dual del derecho. Esta última tesis, sin embargo, si quiere decir más que su homóloga positivista, ya no puede considerarse una tesis (puramente) cognoscitiva, sino de carácter práctico, pues aboga fatalmente por cierto concepto dual de derecho en vista de fines prácticos (por ejemplo, en aras de sostener una concepción de la validez jurídica centrada en la «formula de Radbruch»⁴⁰ o la «necesidad» de una interpretación moralmente adecuada de las cláusulas constitucionales). No hay por supuesto nada malo en ello. Pero la diferencia merece ser puesta en relieve.

³⁷ Véase por ejemplo Comanducci 2010; Guastini 2011.

³⁸ Hart 1961: cap. IX.

³⁹ Atienza 2017b: 136.

⁴⁰ Radbruch 1946; Alexy 2019: ...; Paulson 2019: cap. II.

4) La crítica del no-cognoscitismo se dirige al positivismo metaético y a sus pretendidas influencias dañinas sobre las teorías positivistas. Sobre ella volveré a continuación (infra, § 3.5).

5) La última crítica de los antipositivistas concierne, como hemos visto, a la postura supuestamente «benthamita» que suponen las teorías positivistas, y consiste en una invitación a abandonarla, adoptando en cambio la única postura adecuada para la época del constitucionalismo, que ellos denominan de «postbenthamita». Esta última crítica concierne, pues, no ya directamente a las teorías positivistas, sino a sus presupuestos epistemológicos y metajurisprudenciales. Dicho esto, cabe notar que la crítica se funda sobre una visión distorsionada del «benthamismo». Una visión que le atribuye la adopción no ya del principio de separación, sino del principio de pureza absoluta (supra, § 2.1), y pasa totalmente por alto la metajurisprudencia benthamiana (supra, § 2.4). Una vez que «volvemos a (la complejidad de la postura de) Bentham», lo que los antipositivistas están proponiendo es, paradójicamente, no ya adoptar una posición «postbenthamita», sino una posición que es, y radicalmente, «benthamita»⁴¹.

3.3. *Antipositivismo ideológico*

El *antipositivismo ideológico* consiste en rechazar el positivismo ideológico. El positivismo ideológico, sin embargo, abarca como hemos visto tres concepciones normativas alternativas del deber moral de obediencia de los súbditos, que son muy diferentes entre sí (supra, § 2.3). Quien rechace el positivismo ideológico puede rechazar, por ende, o bien la concepción ideológica radical, o bien la moderada, o bien la moderadísima, o bien, por último, las tres en su conjunto — abarcando, por ejemplo, una postura anárquica, según la cual nunca subsistiría para los súbditos de un orden jurídico un deber moral de obediencia a sus leyes.

Cabe notar que cierto aire de paradojas acompaña al positivismo ideológico así caracterizado. Si alguien rechaza el positivismo ideológico radical, adoptando en cambio, pongamos, el positivismo ideológico moderadísimo, su postura sería, al mismo tiempo, y sin contradicción, antipositivista y positivista. Lo que parece pasar, precisamente, con muchos positivistas⁴² y pospositivistas⁴³.

3.4. *Antipositivismo metajurisprudencial*

El *antipositivismo metajurisprudencial* consiste en rechazar el positivismo metajurisprudencial. El positivismo metajurisprudencial abarca, como hemos visto, tanto metajurisprudencias

⁴¹ Por supuesto, los antipositivistas son tachables de «prebenthamitas» si, y en la medida en que, rechazan el principio de separación y abogan por una cualquier versión del principio de confusión.

⁴² Véase por ejemplo Bobbio 1965: 12-13.

⁴³ Véase por ejemplo Atienza 2017b: 131.

cuya preocupación primaria es la de invitar a filosofas y juristas a tomar en serio la posibilidad de hacer verdadera ciencia del derecho, así como metajurisprudencias que se preocupan por prescribir a filosofas y juristas no solo desempeñar tareas de carácter cognoscitivo, sino también tareas de carácter valorativo, crítico y propositivo. Y ambas líneas están caracterizadas por la adopción del principio de separación y el rechazo del principio de pureza absoluta (supra, §§ 2.1 y 2.4).

Por ende, los antipositivistas que rechazan el principio de pureza absoluta —que rechazan el «descriptivismo», como lo llaman Atienza y Ruíz Manero— se adhieren a una postura propia, conspicua y constante de la metajurisprudencia positivista, desde sus albores benthamianos hasta nuestros días.

3.5. *Antipositivismo metaético*

El *antipositivismo metaético*, en fin, consiste en rechazar el positivismo metaético. El positivismo metaético se caracteriza, como hemos visto, por una postura de no-objetivismo metaético, cuyo núcleo se compone de una tesis ontológica (no existen principios de justicia objetivos e intrínsecamente vinculantes) y de una tesis de la corrección (la corrección y fuerza vinculante moral de toda norma jurídica positiva son propiedades extrínsecas y relativas) (supra, § 2.5).

Pues bien, el antipositivismo metaético podría asumir dos posturas: una postura de objetivismo moral fuerte (realismo moral), o bien una postura de objetivismo moral débil o constructivista (lo que algunos antipositivistas llaman «objetivismo moral mínimo»⁴⁴).

El objetivismo moral fuerte (realismo moral) sostiene: (1) que hay un conjunto de principios de justicia objetivos, es decir, cuya existencia y obligatoriedad no dependen de las preferencias, decisiones, creencias de los agentes morales; (2) que dicho conjunto puede ser conocido, bien por intuición, bien mediante la razón; (3) que, por lo tanto, cabe hablar de normas jurídicas cuya corrección y obligatoriedad moral es objetiva, siendo conformes al conjunto de principios de justicia objetivos.

En cambio, el objetivismo moral débil (constructivista, mínimo) sostiene: (1) que no hay tal cosa como principios de justicia objetivos a la manera del objetivismo moral fuerte (rechazo del realismo moral); (2) que no obstante sí hay principios de justicia objetivos, aunque en un sentido débil o mínimo; (3) que tales principios son los que serían aceptados por todo agente racional que se encuentre en condiciones deliberativas ideales: en un contexto deliberativo donde «cada persona tiene valor para sí misma y en sí misma» y la discusión es regulada por las reglas de la argumentación práctica racional identificadas por Robert Alexy⁴⁵.

Ni el objetivismo moral fuerte, ni el objetivismo moral débil son aceptables.

El objetivismo moral fuerte fracasa en su pretensión epistemológica. Ni la intuición, ni la razón pueden llevarnos a un conocimiento objetivo y acertado de los pretendidos principios de justicia objetivos. No la intuición: como sugiere la historia del iusnaturalismo, la intuición de

⁴⁴ Atienza 2017a: 34-38; Atienza 2017b: 117-146, 193-219.

⁴⁵ Atienza 2017b: 137-138, 193-219.

Fulano (la intuición de Hippias) puede ser diferente de la intuición de Mengano (la intuición de Calicles), y no hay manera acertada de establecer quien tenga la razón. No la razón: como sugiere nuevamente la historia del iusnaturalismo, la razón solo puede sacar conclusiones a partir de premisas algunas de las cuales, fatalmente, no son aptas a su vez para una fundamentación racional, sino que son aceptadas en tanto que (auto)evidentes. Pero lo que parece evidente a Fulano (pongamos, la benevolencia de Dios) puede no ser evidente para Mengano (al cual, en cambio, le parece evidente la malevolencia o indiferencia de Dios).

El objetivismo moral débil también fracasa. El criterio de la aceptabilidad por todo agente racional en condiciones ideales ya está comprometido con la aceptación de algunos valores y principio morales últimos. En particular, como hemos visto, con la idea de que «cada persona tiene valor para sí misma y en sí misma». Esta involucra la adhesión a la idea de que todo ser humano es agente moral, al principio de la igualdad moral de todo ser humano, al principio de que cada ser humano, en tanto dotado de razón y capacidad de palabra, tiene derecho a participar a la discusión moral, etc. De forma que el objetivismo moral débil acaba siendo, al fondo, una forma de no-objetivismo moral, caracterizada por la adhesión a una ética normativa racionalista. El hecho de que muchas mujeres y muchos hombres consideren favorablemente una tal ética y estén dispuestos a aceptarla, no elimina la necesidad de una elección moral última, y, en este sentido, el carácter en última instancia subjetivo de una tal toma de posición moral.

4. REPETICIÓN O INSENSATEZ: UN DILEMA PARA LOS ANTIPOSITIVISTAS

Es tiempo para formular algunos resultados.

1. Se continúa utilizando la oposición entre «positivismo» y «antipositivismo» como oposición útil (clara, informativa, dotada de sentido) para referirse a concepciones antagónicas en relación sea con el derecho en general, sea, en particular, con el derecho de los estados constitucionales⁴⁶.
2. La oposición entre «positivismo» y «antipositivismo» es, sin embargo, problemática.
3. Por un lado, una vez que intentamos proporcionar una reconstrucción en lo posible cuidadosa y no estereotipada, el «positivismo» resulta abarcar un abanico muy amplio de concepciones heterogéneas: epistemológicas, teóricas, ideológicas, metajurisprudenciales prescriptivas, y metaéticas.
4. Por el otro, el «antipositivismo», mirándolo desde el positivismo, se presenta como un conjunto de tesis, posturas y concepciones a su vez heterogéneas, que son, o bien positivistas o coincidentes con positivistas, o bien insostenibles.
5. Resultan positivistas, o coincidentes con posiciones defendidas por positivistas, las formas de «antipositivismo» que consisten:

⁴⁶ Por ejemplo, la primera sesión del ya mencionado Primer Congreso Internacional Sílex, «Constitucionalismo y argumentación» tenía el siguiente título: «Interpretación constitucional: positivismo y antipositivismo».

- a) en el rechazo del principio de pureza absoluta, esto es, del «descriptivismo» de la filosofía (teoría) del derecho y de la doctrina jurídica (supra, §§ 2.1, 2.4, 3.1, y 3.4);
 - b) en la atribución a la filosofía (teoría) del derecho y a la doctrina jurídica de tareas censorias, de política del derecho, valorativas, críticas, y proyectuales (supra, §§ 2.1 y 3.1);
 - c) en el rechazo del positivismo ideológico radical y la adhesión a formas de positivismo ideológico moderadísimo (supra, §§ 2.3 y 3.3);
6. Resultan, en cambio, insostenibles las posturas «antipositivistas» que consisten:
- a) en el rechazo del positivismo epistemológico, y en particular, del principio de separación, el cual como se ha visto no debe confundirse con el principio de pureza absoluta (o principio del cinturón de castidad) (supra, §§ 2.1 y 3.1);
 - b) en el rechazo de las teorías positivistas, pues las críticas antipositivistas, como hemos visto, o bien se dirigen a teorías positivistas normativas, equivocadamente entendidas de cognoscitivas, o bien pasan por alto contenidos teóricos cognoscitivos que, aún en términos diferentes de los adoptados por algunos antipositivistas, ponen al lado de una consideración normativista hermenéuticamente opaca del derecho una consideración hermenéuticamente transparente, que pone al centro de toda experiencia jurídica la interpretación (en sentido amplio) y la caracteriza como actividad que fatalmente involucra valoraciones ético-normativas y tomas de posición prácticas (supra, §§ 2.2 y 3.2);
 - c) en el rechazo del no-objetivismo metaético, sobre la base de la adhesión a una forma de objetivismo moral débil (constructivista, antirrealista), la cual, empero termina siendo una forma disfrazada de subjetivismo moral (supra, §§ 2.5 y 3.5).

REFERENCIAS

- Atienza, M. (2017a). «Diez tesis sobre razonamiento jurídico», en Aguiló Regla, J., Grández Castro (coord.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima, Palestra, pp. 11-42.
- Atienza, M. (2017b). *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid, Trotta.
- Atienza, M., Ruiz Manero, J. (2009). *Para una teoría postpositivista del derecho*, Lima, Palestra, Bogotá, Temis.
- Austin, J. (1832). *The Province of Jurisprudence Determined*, New York, Ocean, 1954.
- Austin, J. (1885). *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*, London, Murray.
- Bentham, J. (1776). *A Fragment on Government*, Cambridge, Cambridge University Press,
- Bentham, J. (1789). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Ed. by H.L.A. Hart, London, The Athlone Press, 1982.
- Bentham, J. (1782). *Of Laws in General*, Ed. by J. Burns, H.L.A. Hart, London, The Athlone Press, 1982.
- Bentham, J. (1830). *Constitutional Code*, Vol. I, Oxford, Clarendon Press, 1983.

- Bentham, J. (1931). *The Theory of Legislation*, Ed. by C.K. Odgen, London: Kegan Paul, Trench, Trübner.
- Bobbio, N. (1961). «Sul positivismo giuridico», en Bobbio (1965), 101-126.
- Bobbio, N. (1965). *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Comunità.
- Bobbio, N. (1967). «Essere e dover essere nella scienza giuridica», en Bobbio (1971), pp. 121-161.
- Bobbio, N. (1971). *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli.
- Bobbio, N. (1977). *Dalla struttura alla funzione. Nuovi saggi di teoria del diritto*, Milano, Comunità.
- Bobbio, N. (1981). *Studi hegeliani. Diritto, società civile, stato*, Torino, Einaudi.
- Bulygin, E. (2006). *Il positivismo giuridico e altri saggi*, Milano, Giuffrè, 2007.
- Calamandrei, P. (1940). *Fede nel diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- Chiassoni, P. (2021). «The Methodology of Analytic Jurisprudence», *Analisi e Diritto*, 1, pp. 8-57.
- Comanducci, P. (2010). *Hacia una teoría realista del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Dworkin, R.M. (2006). *Justice in Robes*, Cambridge, Mass., London, England, The Belknap Press of Harvard University Press.
- Ferrajoli, L. (1993). «Il diritto come sistema di garanzie», en *Ragion Pratica*, 1, pp. 83-93.
- Ferrajoli, L. (2007). *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza.
- Ferrajoli, L. (2010). «Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista», en *Giurisprudenza costituzionale*, 3, pp. 2771-2816.
- Guastini, R. (2011). *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè.
- Guastini, R. (2021). «El realismo jurídico como teoría positivista del derecho», en *Revista cubana de derecho*, 1, pp. 216-227.
- Hart, H.L.A. (1958). «Positivism and the Separation of Law and Morals», en Hart (1983), pp. 49-86.
- Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*, Second Edition with a «Postscript» Edited by P. Bulloch and J. Raz, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- Hart, H.L.A. (1967). «Legal Positivism», en Edwards, P. (ed.). *The Encyclopedia of Philosophy*, New York, MacMillan.
- Hart, H.L.A. (1983). *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press.
- Hegel, G.W.F. (1821). *Principes de philosophie du droit*, Paris, PUF, 1998.
- Hobbes, T. (1651). *Leviathan, or The Matter, Forme and Power of A Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, Cambridge University Press, 1996.
- Kelsen, H. (1933). *La teoría pura del derecho*, tr. esp. De Luis Legaz, México, Colofón, 1990.
- Kelsen, H. (1934). *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1967.
- Kelsen, H. (1944). *Peace through Law*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press.
- Kelsen, H. (1957). *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, San Francisco, University of California Press.
- Kelsen, H. (1960). *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966.
- Locke, J. (1690). *Two Treatises on Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

- Nino, C.S. (1980). *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Astrea.
- Paulson, S. L. (2019). *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch. Y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch*, tr. cast. de A. Nava Tovar, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Saõ Paulo.
- Radbruch, G. (1932). *Rechtsphilosophie*, Achte Auflage, Herausgegeben von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider, Stuttgart: K. F. Koehler Verlag, 1973.
- Radbruch, G. (1945). «Cinco minutos de filosofía del derecho», en Paulson (2019), pp. 209-212.
- Radbruch, G. (1946). «Derecho ilegal y derecho supralegal», en Paulson (2019), pp. 213-226.
- Radbruch, G. (1947). «Ley y derecho», en Paulson (2019), pp. 227-233.
- Ross, A. (1958). *On Law and Justice*, London, Stevens.
- Scarpelli, U. (1965). *Il positivismo giuridico*, Milano, Comunità.
- Tarello, G. (1974). *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, Il Mulino.
- Tarello, G. (1980). *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè.
- Tarello, G. (1988). *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, Il Mulino.

UNA RECEPCIÓN FALLIDA DEL POSITIVISMO JURÍDICO: EL CASO DE NIELS FALCK

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA

Universidad de Zaragoza

«Positivismo normativista» es la concepción del Derecho que Manuel Atienza considera dominante (¿también en España?) en el siglo xx, una vez abandonado el iusnaturalismo. Positivismismo normativista que hoy estaría superado por el (neo)constitucionalismo (él prefiere omitir el neo) o pospositivismo¹. Posiblemente, la afirmación sobre el predominio del positivismo normativista a finales del pasado siglo será compartida por los juristas españoles, incluidos los filósofos del Derecho, y no me propongo discutirla aquí. Quizás sugeriría que este positivismo dominante en España entre los prácticos del Derecho (más, acaso, entre los abogados que entre los jueces) y los profesores «de derecho positivo» (pero poco defendido entre los filósofos del Derecho), no implica un rechazo teórico al iusnaturalismo, sino que caracteriza una práctica que no necesita, de ordinario, argumentar con otras premisas que las de las leyes interpretadas por la jurisprudencia.

En cualquier caso, desde hace mucho me he preguntado por cuándo y cómo se introdujo el positivismo normativista como concepción del Derecho entre los teóricos y los prácticos españoles, y no he sabido encontrar una respuesta.

En la trayectoria intelectual y en la actividad docente del filósofo del Derecho Manuel Atienza, un profesor «de Derecho positivo» como el que firma estas líneas en su homenaje advierte de inmediato el decidido empeño de conectar su enseñanza con la de las demás asignaturas; sus reflexiones, con los métodos y formas de argumentar y construir todas las ramas del Derecho. Para, en definitiva, construir una teoría de la práctica jurídica e influir sobre ella. Por eso este civilista ha podido aprender tanto de la obra y del trato con Atienza e impulsar con él un acercamiento entre civilistas y filósofos del Derecho, encauzado a través de unos *Coloquios* que tuvieron su tercer encuentro, con su presencia, en Santiago de Compostela en noviembre de 2018 y que espero retornen tras la pandemia².

¹ Manuel ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 21-31, y en muchos lugares de su obra, como *El sentido del Derecho* (2001) o *El Derecho como argumentación* (2010).

² En un prólogo o delantal a la consiguiente publicación de aquel Coloquio, titulado «Confesiones para un coloquio», tuve ocasión de exponer lo que para mí han significado obras como *Las piezas del Derecho* (con Ruiz Manero) y, luego, las destinadas a la argumentación jurídica (de cuya elaboración tuve conocimiento privilegiado):

Por eso, también, me ha parecido que no era inoportuno aportar en su homenaje algunos datos sobre asignaturas y libros de texto en los años centrales del siglo XIX, que muestran relaciones y acaso tensiones entre profesores de «Derecho positivo» y profesores de Derecho natural y filosofía del Derecho.

En las relaciones, a todos los niveles, entre filósofos del Derecho y civilistas, ha tenido una incidencia duradera la distribución de las materias en los planes de estudio de la carrera de Derecho. Hoy son los filósofos del Derecho los que se hacen cargo de una asignatura (introdutoria) llamada *Teoría general del Derecho*. Las fuentes del Derecho, la teoría de la norma, la teoría de la interpretación jurídica, la del derecho subjetivo, son ahora de su incumbencia según las disposiciones administrativas. Los civilistas parece que hemos dejado de ocuparnos en profundidad de estos temas de nuestra «Parte General». No pretendo lamentar nada. Puede pensarse que estos cambios en la docencia tienen como antecedentes cambios sustantivos en la práctica y el estudio o investigación del Derecho, en España y en otros países; sin duda, tendrán consecuencias duraderas en la formación de los futuros juristas durante decenios y, consecuentemente, en la práctica del Derecho y en el estudio de la ciencia jurídica (de la *giurisprudenza* y la *metagiurisprudenza*, por decirlo con Tarello, también en homenaje a las relaciones entre las escuelas de Alicante y de Génova).

Las disposiciones administrativas del siglo XIX sobre planes de estudios y libros de texto ahormaron las cabezas de jueces, abogados y altos funcionarios (también políticos), posiblemente con más fuerza aún que en nuestro tiempo, pues eran muy escasos los universitarios que salían a estudiar al extranjero (salvo algunos ilustres exiliados de sucesivas guerras o golpes de Estado) y pocos los que leían otros idiomas (el francés, entonces, casi exclusivamente) en un país que llevaba siglos aislado del pensamiento europeo y acababa de abolir, por fin, la Inquisición. El sistema centralizado, unificado y reglamentista pretendía precisamente eso.

Además de la distribución de materias por cursos, atribución a cada cátedra, señalamiento de los horarios, confección o supervisión de los programas y regulación de los exámenes, el ministerio controlaba los libros de texto. Hasta 1867, publicaba cada año la lista de libros, dos o tres por materia, de la que los catedráticos podían elegir el que seguirían en su cátedra y por el que habían de examinar.

En 1842, con firma del Duque de la Victoria como Regente del Reino, un Decreto de 1 de octubre, ya incorporada la facultad de leyes a la de cánones (Decreto de 15 de junio) y refundidas en una sola con el nombre de Facultad de Jurisprudencia, se determina su organización y programa. Para su primer curso, las asignaturas serán «*Prolegómenos del derecho, elementos de historia y de derecho romano*» (art. 5º). El contenido de los *Prolegómenos*, que suponían una verdadera novedad, se especifica en la orden de la misma fecha:

Los prolegómenos del derecho deben tener como objeto dar una idea general a los jóvenes legistas de la ciencia a que se dedican, hacerles conocer las diferentes partes en que

Conceptos multidimensionales, cláusulas generales, estándares de conducta: orden, (Dir) García Rubio, María Paz / Moreso, Josep Joan, ed. Reus, Madrid, 2020.

se divide, e inspirarles por último el sentido de la dignidad del abogado. En este estudio preparatorio se podrán invertir dos meses»³.

La orientación de los *Prolegómenos* en sustitución de las enseñanzas de Derecho natural y de gentes (que quedarán solo en noveno curso, primero de doctorado y, por tanto, solo con cátedra en Madrid) supone un notable intento de modernización y secularización de la carrera de jurisprudencia, pues ahora lo importante sería preparar al alevín de jurista para comprender bien el Derecho positivo que habrá de aplicar. Sobre la introducción de la asignatura de *Prolegómenos* ha escrito recientemente un artículo bien documentado la historiadora del Derecho Alessandra Giuliani⁴, a quien sigo en general. Para presentar la traducción de la Enciclopedia de Niels Falck y el fracaso de su recepción en España, bastará aquí con señalar algunos datos de contexto.

Los alumnos de primer curso se matriculaban a la edad de quince años, con los conocimientos que habían podido adquirir en sus estudios de segunda enseñanza (que volverán a ser regulados en 1845; en 1836 la Dirección General de Estudios pudo decir que «en realidad, no existían»). La asignatura de «*Derecho natural y de gentes y principios de legislación universal*», introducida de nuevo en 1836 (por cierto, a cargo de los catedráticos de Digesto a los que se dejaba sin materia propia), se mostró inapropiada como introducción a los estudios de jurisprudencia. Como advirtió en aquellas fechas Carmelo Miquel al presentar el programa para la asignatura *Prolegómenos*, los enseñantes de Derecho natural y de gentes

tuvieron que desviarse del objeto primordial de su asignatura y ocupar el tiempo de ella no en suministrar a los alumnos verdaderas teorías de derecho natural, sino ideas generales de legislación; de lo contrario ¿cómo era posible que unos principiantes faltos enteramente de noticias sobre la ciencia legislativa, pudiesen hacerse cargo y resolver con tino las más difíciles y complicadas cuestiones de ella?»⁵

Ahora se pretende que la asignatura, primera con la que se enfrentan en la carrera, sirva adecuadamente como introducción a los conceptos más elementales y a las divisiones de la ciencia que están aprendiendo. El modelo parece claramente que es el francés, en un ambiente europeo en que proliferan los cursos (y los libros) de «Enciclopedia del Derecho» (Alemania), «Introducción general al estudio del derecho» (Francia) o la «Introducción enciclopédica a las ciencias jurídicas» (Italia)⁶.

Muy pronto se publican *Prolegómenos* escritos por juristas españoles, que servirán de texto en las aulas. Simultáneamente, aparece una traducción de una de las más influyentes Enciclo-

³ *Gaceta de Madrid*, domingo dos de octubre de 1842, pp. 1 y 2. Manuel MARTÍNEZ NEIRA, *El estudio del Derecho. Libros de texto y planes de estudios en la Universidad contemporánea*, Universidad Carlos III, ed. Dykinson, Madrid, 2001, pp. 175-181.

⁴ Alessandra GIULIANI, «El origen de los *prolegómenos del derecho* en la universidad española (1842)», Victor Saucedo (ed.), *Memoria del Derecho y disciplinas jurídicas. Estudios*, Dykinson, Madrid, 2022.

⁵ Alessandra GIULIANI, p. 206

⁶ Alessandra GIULIANI, p. 198.

pedias del Derecho escritas en alemán, la del danés Niels Nikolaus Falck⁷. El nombre de Falck, probablemente, era desconocido para los posibles lectores, que encontrarían cierta garantía de calidad en la firma de los traductores. En particular, Navarro Zamorano⁸ había traducido, para la misma editorial Boix, en 1841, el *Curso de Derecho natural o de Filosofía del Derecho* de Ahrens⁹, del que se ha dicho que «para una amplia generación de juristas españoles este fue realmente su «libro de horas»»¹⁰. El Ahrens nunca estuvo en las listas de libros del ministerio, pero fue texto de los universitarios madrileños durante más de cincuenta años¹¹ y, acaso más importante, lo estudiaron en el doctorado todos los futuros catedráticos de Derecho de España.

La traducción de la Enciclopedia de Falck pasó desapercibida¹² hasta que, en 1850, el Ministerio competente (de Comercio, Instrucción y Obras públicas) la incluyó en las «listas de los libros que han de servir de texto en las enseñanzas que se proporcionan en las Universidades e Institutos del Reino, de conformidad con lo dispuesto en el art. 39 del plan de estudios vigente» (que era el de 1845).

La obra de Falck¹³, en su versión española, fue recomendada oficialmente para la asignatura de *Prolegómenos* durante cinco años (de 1850 a 1854), junto con los *Prolegómenos* de Pedro

⁷ *Prolegómenos del derecho o enciclopedia jurídica* / obra escrita en alemán por N. Falck ; traducida al castellano y acomodada al estudio del derecho en España por Ruperto Navarro Zamorano y José Alvaro de Zafra, Madrid : Boix, Editor, 1845.

⁸ Manuel ANDRINO HERNÁNDEZ, «Navarro Zamorano y los orígenes del krausismo en España», *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) Núm. 53. Septiembre-Octubre 1986, pp. 71— 100.

⁹ En aquella edición se advertía de que «la propiedad de esta obra queda del traductor»; en la traducción de Falck, es el editor Boix quien se declara propietario. Entremedio, está la Ley de propiedad literaria de 1847 (*Ley por la que se declara el derecho de propiedad a los autores y a los traductores de obras literarias*), aunque es posible que estas atribuciones de propiedad sean en ambos casos fruto del pacto entre traductor y editor; no es seguro, por otra parte, que los respectivos autores autorizaran las traducciones, dados los usos y leyes de la época. María Pilar CÁMARA ÁGUILA, «La ley por la que se declara el derecho de propiedad a los autores y a los traductores de obras literarias, y establece las reglas oportunas para su protección, de 10 de junio de 1847», *Revista Pe.i.*, 2 (1999), pp. 167-186, advierte que «lo que no queda claro en la Ley es si el autor tenía o no el derecho exclusivo a autorizar o prohibir traducciones de su obra. La Ley reconocía expresamente al autor de una traducción el derecho a reproducirla, si bien éste no podía impedir distintas traducciones de la misma obra. Ello, en buena lógica, porque el derecho del traductor recaía sobre su traducción». Cita un autor, Vicente y Caravantes, que consideraba una defraudación la traducción de obras originales hecha sin consentimiento de su autor, pero tales traducciones corrían normalmente cuando el autor era extranjero.

¹⁰ GIL CREMADES, *El reformismo español*, Ariel, Barcelona, 1969, p. 51, aplicando palabras de Giner de los Ríos sobre el *Ideal de la humanidad*, de Krause.

¹¹ Por él se examinó Miguel Sancho Izquierdo en 1914: «De Filosofía del Derecho, la asignatura que luego había de profesar, era catedrático don Francisco Giner de los Ríos, quien no examinaba a los alumnos libres, haciéndolo el auxiliar señor Palacios. Bastaba aprenderse el Ahrens, como yo lo me lo aprendí». Miguel SANCHO IZQUIERDO, *Zaragoza en mis «Memorias» (1899-1929)*, Zaragoza, 1979, p. 91.

¹² Ceferino DARNASCA, en su *Manual del estudiante de jurisprudencia ó sea estudios preparatorios para recibir el grado de bachiller en esta facultad* (Madrid, Tip. de D. Ramón Rodríguez de Rivera, 1847), que comprende una «biblioteca selecta del juriconsulto», no menciona la traducción de Navarro Zamorano y Zafra, pero sí la parisina de Pellat de 1841, sin duda mucho más fiel y completa: si Darnasca conocía la española, no le pareció digna de cita. Vid. A. GIULIANI, p. 201.

¹³ El apellido está en esas listas mal escrito en todos los casos: «Falch, enciclopedia jurídica»; pero, como advierte Martínez Neira al reproducir las listas, «los nombres de los autores no siempre se transcriben de la misma manera», hasta el punto que «algunas obras o autores son irreconocibles a primera vista» (*El estudio*, p. 47).

Gómez de la Serna y los de Carmelo Miquel, que son los realmente usados y aprendidos por los alumnos (más el de Gómez de la Serna, jurista y político de gran influencia en la enseñanza y la práctica del Derecho, con afinidades con la escuela histórica), pero la recomendación no parece haber tenido efectos prácticos y los profesores de la asignatura (que, no se olvide, lo eran también de romano) no eligieron la traducción de Falck para su enseñanza¹⁴.

De este modo, a pesar del respaldo ministerial (atribuible a los méritos del traductor más que a los del autor), Niels Nikolaus Falck, «uno de los juristas más agudos e influyentes de la primera mitad del siglo», según la autorizada opinión de González Vicén¹⁵, teórico del positivismo y cultivador de una teoría del Derecho sin Derecho natural, no parece haber dejado ninguna huella en la enseñanza del Derecho, la doctrina o la filosofía jurídicas en España¹⁶.

En realidad, la traducción era más bien una adaptación resumida que no parece tener otra finalidad que la de ofrecerse a los alumnos de primero de Derecho para preparar la nueva asignatura. Así da comienzo el «Prólogo de los traductores».

Cuando por el real decreto de 1.º de octubre de 1842 se reformó la carrera de jurisprudencia, mandándose entre otras cosas, que en el primer curso se enseñara al legista los prolegómenos del derecho, como introducción a la carrera que emprendía, juzgamos que ninguna obra podía corresponder mejor al fin que se propuso la reforma que la Enciclopedia Jurídica de Falck, tan eficazmente recomendada ya por la buena acogida que había tenido y conserva en las universidades de Alemania, Francia y otros pueblos ilustrados. [...]

Un todo tan bien ordenado y tan completo, reducido a tan pequeñas dimensiones que hace posible su estudio en los primeros meses del primer curso de leyes, no existe entre nosotros, y creemos hacer un servicio a los jóvenes legistas, y aun a los profesores, poniendo en sus manos esta obra, modelo en su género, y la más a propósito sin duda para dar una idea general de la ciencia del derecho, e inspirar el sentimiento de la dignidad del jurisconsulto.

¹⁴ Otro texto oficial para la misma asignatura de *Prolegómenos* recién creada, aprobado para el curso de 1842, el *Tratado de Derecho natural* de Braulio Foz, no fue utilizado en ninguna Universidad. «Ni aun este respaldo oficial contribuyó a difundir su obra, ni siquiera en la Universidad de Zaragoza, donde no se adoptó su manual por ninguno de los que enseñaron tal materia a los futuros juristas». GIL CREMADES, Juan José, ««Derecho natural» en la Universidad de Zaragoza», ahora en *Discordia concurs* (vol II), *Estudios de historia del pensamiento jurídico español*, ed. Comares, Granada, 2015, p. 217.

¹⁵ González Vicén, en 1961, advierte que «la noticia de la traducción de su Enciclopedia al castellano por Ruperto Navarro Zamorano y Rafael Joaquín de Lara la leo en L. A. Warnkönig: *Juristische Encyclopädie*, Erlagen, 1853, pág. 364. Yo mismo no he tenido ocasión de ver esta versión». GONZÁLEZ VICÉN, «Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo». *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1961, págs. 48-75; *ad casum*, p. 58 y n.29.

¹⁶ GONZÁLEZ VICÉN, en 1961, no cita sobre Falck ningún autor español. Tampoco aparece Falck en el «índice de nombres» de la obra ya clásica de GIL CREMADES (*El reformismo español*, Ariel, Barcelona, 1969), lo que es buen indicio de que su obra no tuvo seguidores entre nosotros. Sobre Falck, con posterioridad, en castellano, Francisco CARPINTERO BENÍTEZ, «Naturrecht y Rechtsphilosophie. Los inicios del positivismo jurídico en Alemania», *Anuario de filosofía del derecho*, 1986, págs. 343-39; Manuel RODRÍGUEZ PUERTO, «¿Un capítulo del triunfo del Estado? El primer positivismo jurídico alemán y la centralización del Derecho», *Persona y derecho* / vol. 70 / 2014/1 / 115-146; Rafael RAMIS BARCELÓ, *El nacimiento de la Filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 202. Ninguno de estos autores (que transcriben párrafos enteros del original alemán) cita la traducción de Navarro Zamorano y Álvaro Zafra.

Los traductores, como puede verse, ponderan la utilidad y comodidad de la obra para los que se inician en la carrera de jurisprudencia, sirviéndose para ello de los mismos términos con que se presenta la asignatura en el plan de estudios; incluida la apelación al «sentimiento de la dignidad del abogado (del jurisconsulto)», que podría llamar la atención si no se conociera su origen en la prosa de la Gaceta. Advierten que no se han «limitado a hacer una mera traducción»; pues, dicen, «hemos introducido en ella algunas reformas, entre las que aparecen en primer término las historias de las fuentes de nuestro derecho civil y canónico que hemos colocado en el lugar que ocupaban las historias de las fuentes del derecho civil y canónico alemanes». Pero también han hecho bastante menos que una traducción, pues el volumen de lo omitido es muy grande y el resultado es una obra que carece de utilidad para juristas eruditos, que utilizarían con ventaja la traducción francesa de Pellat (esta sí con las notas originales, ampliadas con nuevas de la tradición académica francesa). La opción de los traductores españoles es muy clara.

Finalmente debemos advertir que hemos suprimido en la traducción las numerosas notas de obras alemanas con que el autor ilustra con profusión hasta los puntos más insignificantes de su obra. Esta supresión nos ha dolido mucho, pero nos ha decidido a hacerla, el considerar que no conociéndose en nuestro país las obras citadas, y siendo muy raros los que entiendan la lengua alemana, solo serviría su anotación para aumentar el volumen.

Cuando los traductores de Falck llegan al § 153 ya han mostrado cumplidamente que su tarea, más que traducir (posiblemente, del francés), es la de adaptar, para que su obra (la de Navarro Zamorano y Zafra, propiedad del editor Boix) sirva para la asignatura de *Prolegómenos* introducida por el plan de estudios de 1842. Lo muestra de modo casi insultante un párrafo clave en el capítulo sobre «Bibliografía, historia literaria y dogmática»: «Nuestra literatura carece de obras consagradas especialmente á la bibliografía jurídica, y no es común encontrar en los tratados especiales la enumeración de las obras sobre la materia». El original alemán afirma todo lo contrario¹⁷ (claro que «nuestra literatura» y «*unsere Literatur*» señalan mundos distintos, y así autor y traductores dicen cada uno su verdad) y, sobre todo, ofrece en largas notas bibliográficas, con precisa indicación de ediciones, lugares y fechas, desde el *Index* de Ziletti y la *Bibliotheca* de Lipenio con sus continuadores, a las bibliografías particulares para el Derecho natural, el canónico, el penal, el estatal alemán, o el de gentes. Obras todas ellas en latín o en alemán, por lo que los «traductores» se consideran legitimados para suprimir en la traducción las notas que las refieren. Buena muestra de la distancia que nos separa de las facultades de derecho de más allá de los Pirineos.

La escasa aceptación de la traducción de Navarro Zamorano y Zafra, después de todo, quizás no sea debida a la concepción del positivismo normativista del autor danés, sino a la

¹⁷ *Unsere Literatur besitzt mehrere der juristischen Bücherkunde eigens gewidmete Werke. Außerdem halten fast alle unsere Lehr— und Handbücher über die einzelnen Theile des Rechts bei jeder Lehre eine Anzeige der merkwürdigen ältern Bearbeitungen und Ausführungen, sie mögen in besondern Schriften, oder in einzelnen Abhandlungen angetroffen werden.* (5ª ed., p. 310).

falta de adecuación precisa a la docencia española, frente a obras castizas de notable calidad escritas para la ocasión (Gómez de la Serna, Carmelo Miquel, Cirilo Álvarez).

Veamos, con todo, algunos de los párrafos significativos de esta concepción positivista en esta obra de Falck. La insistencia en la «coacción exterior» como propia de las normas jurídicas es un rasgo característico. El contraste con la admonición que firman Giner de los Ríos y Calderón en el prólogo de sus *Prolegómenos del Derecho. Principios de derecho natural sumariamente expuestos* (1873) respecto de la «sanción social del Estado» es notable: «importa afirmar que hay harto más derecho del que protege y asegura aquella, por cierto bien corta garantía», y esta afirmación es la que ha de propagar la Filosofía del Derecho para que sus nuevas tendencias «lleguen a dominar en el espíritu de una sociedad decaída, cuya salvación por otro camino es imposible»¹⁸.

Falck, por el contrario, insiste una y otra vez en la relación entre Derecho y Estado y en la idea de coacción.

[...] la palabra ley puede emplearse sin temor de errar en una acepción más general que abraza toda prescripción, cuyo cumplimiento puede en el estado social obtenerse en caso necesario por medio de una coacción exterior, y entonces puede tomarse la ciencia de las leyes (*scientia legum*) como sinónima de ciencia del derecho, de la jurisprudencia (p. 12)

De las diversas significaciones de la palabra derecho. [...] En la significación principal que le hemos dado arriba (derecho en el sentido objetivo ó universal) según la cual comprende las reglas que se hallan establecidas bajo la garantía del Estado, los principios del derecho se distinguen, por una parte de todos los otros principios que dependen simplemente de leyes morales o cuya observancia puede recomendarse por consideraciones de prudencia, y por otra de todo uso no obligatorio.

Afirmaciones de este tipo no eran comunes en las obras de introducción manejadas por juristas españoles (deudoras muy especialmente de las Instituciones de Justiniano), pero tenían al menos un notable precedente autóctono. Cirilo Álvarez Martínez, en obra juvenil publicada en 1840, bajo la Constitución de 1837, en la que confiesa que su pensamiento «ha sido escribir una obra elemental que no se parezca a ninguna de las que hasta hoy se publicaron», define la ley a la manera del más radical positivismo:

¹⁸ Tiene razón sin duda Giuliani cuando, al encontrar en una nota de Giner, en su traducción (con Azcárate y Linares) de la *Enciclopedia Jurídica de Ahrens* (1878, p. 12), una cita de la traducción que de la obra de Falck hicieron Navarro Zamorano y Zafra en 1845, entiende que es debida a «pura deferencia del catedrático madrileño por uno de los dos autores de la expresada edición. En realidad, para D. Francisco Giner de los Ríos citar dicho texto debía de ser un pretexto para elogiar a D. Ruperto Navarro Zamorano en relación —no con la edición del texto de Falck— sino con otra, realizada por él en solitario, a saber, el «Curso de Derecho natural o de Filosofía del Derecho formado con arreglo al estado de esta ciencia en Alemania» por H. Ahrens» (GIULIANI, *El Origen*, 210). De todos modos, alguna huella quedó de la traducción española de Falck, además de esta cita de Giner: en 1852 fue publicada de nuevo en México (Imprenta de José María Lara, calle de la Palma núm. 4. México 1852); fue citada por CREHUET, *Prolegómenos*, 1875, p. 10, junto a las obras de Gómez de la Serna, Carmelo Miquel y Cirilo Álvarez y tuvo entrada en la Bibliografía de Torres Campos (1883), núm. 100. Hoy, gracias a Internet, podemos acceder a ejemplares hasta hace poco desconocidos.

Ley es toda resolución soberana, promulgada solemnemente. Naturalmente esta definición nos lleva a las tres deducciones siguientes:

- 1º La ley ha de emanar necesariamente del que tenga el poder legislativo en el Gobierno, cualquiera que sea su forma.
- 2º Ha de promulgarse con solemnidad y en la manera acostumbrada.
- 3º Para serlo no necesita ser justa, útil, ni reunir las otras cualidades que suponen de esencia algunos tratadistas de nuestro derecho. Si emana del que tiene el poder, y si se promulga solemnemente, serán siempre una ley, aunque no reúnan otras virtudes (p. XIV).

Estas *Instituciones del Derecho civil* de Cirilo Álvarez (1840) fueron de texto en 1849, para la asignatura de *Elementos de Derecho civil y criminal*. Estaban dedicadas en la misma portada a «al Excmo. e Illmo. Don Joaquín Tarancón, obispo electo de Zamora y Vice-Presidente del Senado». El luego cardenal Tarancón (y arzobispo de Sevilla), que, además de lo indicado en la dedicatoria, había sido uno de los preceptores de la niña Isabel II, era también muy probablemente el catedrático de Valladolid (que lo fue) que había enseñado derecho civil a Cirilo Álvarez. Quizás el joven autor quiso, mediante la dedicatoria, ponerse, al modo clásico, bajo la protección de esta autoridad civil y religiosa. El jurista y político (diputado, senador, ministro) Cirilo Álvarez fue, al final de sus días, Presidente del Tribunal Supremo: en 1872, confirmado en la restauración hasta su muerte en 1878. Había sucedido en la presidencia a Gómez de la Serna, que lo fue desde 1869 a su muerte en 1871. En esta fecha se publicaron nuevas ediciones de los *Prolegómenos* de este y de las *Nociones fundamentales del Derecho* (1ª ed., Burgos 1855) de Álvarez, ambas para la misma asignatura introductoria. Hasta la restauración, la asignatura introductoria de *Prolegómenos* (1842-1883, en el tiempo, entre *Elementos de Derecho natural*, 1836, y *Principios de Derecho natural*, 1883) fue cosa de juristas prácticos y así fue como pudo introducirse parcialmente el positivismo normativista y aun el formalismo en la enseñanza y en la práctica del Derecho.

Este positivismo, sin duda, hace mucho tiempo que fue superado en España. Que «está superado» es expresión que puede encontrarse prácticamente en la obra de todos los filósofos del derecho en España, del s. XIX al XXI (otra cosa es que puede mostrar rostros muy diversos qué se suponga que es lo superado, y cómo se opera la superación). El positivismo nunca resultó ser la doctrina defendida por los filósofos del derecho en el siglo XIX, que lo rechazaron tanto desde el krausismo (el krauso-positivismo es otra cosa) como desde el neotomismo.

El único conato de introducción de iusfilósofo extranjero positivista que conozco es el fracasado de Niels Falck.

¿ES ACEPTABLE UNA FILOSOFÍA «REGIONAL» DEL DERECHO?
UN COMENTARIO SOBRE *LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO*
UNA FILOSOFÍA «REGIONAL», DE MANUEL ATIENZA

ANDRZEJ GRABOWSKI

Universidad Jaguelónica de Cracovia

NOTA INTRODUCTORIA

En mayo de 2015, el Profesor Manuel Atienza participó en los talleres de filosofía jurídica *Philolep: Philosophy of Legal Philosophy* en Cracovia. La conferencia que dio, titulada «The Philosophy of Law as a “Regional” Philosophy» fue posteriormente publicada con algunas enmiendas en el libro *Metaphilosophy of Law* (Oxford/Portland, Oregon. Hart Publishing 2016, pp. 161-176), que fue editado por Paweł Banaś, Adam Dyrda y Tomasz Gizbert-Studnicki.

Aunque yo fui comentarista de la intervención de Atienza en esta conferencia, mis comentarios no han sido publicados previamente, pues estaba esperando una ocasión significativa para hacerlo. La jubilación del profesor Atienza, mi mentor y amigo, me brinda esa oportunidad.

Vale la pena anotar que Atienza ya ha respondido a mis comentarios en una versión expandida en lengua española de su conferencia, titulada «La filosofía del Derecho como filosofía ‘regional’», que puede encontrarse en Atienza 2017 (pp. 71-93). Sus respuestas que aluden directamente a mis ideas se encuentran en las pp. 88-90. Sin embargo, las referencias a la conferencia que se encuentran en ese ensayo son a la versión original inglesa, publicada en Hart.

* * *

Una de las distinciones meta-teóricas más comunes que solemos aplicar para caracterizar a las diferentes teorías del Derecho es la distinción entre teorías (o filosofías) del Derecho universales y parroquiales (*parochial*). Hablando en términos generales, las intuiciones básicas¹ son que la teoría universal del Derecho ha de ser definida como una teoría del *Derecho* (entendido como un concepto u objeto de cognición abstracto), mientras que la teoría parroquial del Derecho ha de ser entendida como una teoría de *un Derecho* (por ejemplo, del Derecho típico de

¹ Estas intuiciones comunes están relacionadas en primer lugar con las objeciones suscitadas por Hart y los que se adhieren a su teoría del positivismo jurídico contra la teoría de Dworkin, y *viceversa* — ver p.e. Dworkin (1986, 31ss; 2004, 36), Hart (1987, 39-40; 1994, 246ss), Goldsworthy (1990, 451ss); Coleman (2001, 180ss); Raz (2005, 332ss).

los «modernos/desarrollados sistemas jurídicos domésticos» (Hart 1990, 100,240,246) o el Derecho del Reino Unido o de EEUU). En otras palabras, una teoría universal del Derecho trata de encontrar una respuesta aceptable a la pregunta «global»: *Quid est ius?*, mientras que una teoría parroquial del Derecho está también, o principalmente, enfocada a responder a la pregunta «local»: *Quid sit iuris?* (Rüthers 1999, 36-37). En su conferencia, Manuel Atienza introduce un nuevo concepto² relacionado con ello, el concepto de filosofía regional del Derecho y propone desarrollar una filosofía del Derecho regional para el mundo latino.

El término «filosofía regional del Derecho» tiene dos significados: llamémosles «meta-teórico» (o «metodológico») y «cultural» (o «geográfico»). En el primer sentido, una filosofía del Derecho es regional porque trata con un objeto cultural particular —el Derecho— que es diferente del objeto que es materia de la filosofía general. De acuerdo con Atienza, en el nivel meta-teórico podemos identificar muchas filosofías «regionales», como opuestas a la filosofía general: la filosofía de la matemática, la filosofía de la física, la filosofía de la biología, etc.; y la filosofía del Derecho es una de ellas. En el segundo sentido, una filosofía del Derecho puede ser caracterizada de «regional» por referencia a su trasfondo cultural y alcance geográfico. En un contexto así, podemos hablar sobre la filosofía del Derecho anglo-sajona, la filosofía del Derecho latina, la filosofía del Derecho escandinava, etc.

Mi primer comentario es de naturaleza conceptual. Encuentro que no hay suficientes razones para introducir el ambiguo concepto de una filosofía regional del Derecho. Puede decirse que una de las más importantes tareas de todo filósofo analítico del Derecho es desambiguar y aclarar los conceptos ambiguos usados por los juristas en el discurso jurídico, y no incrementar la cantidad de ellos. Además, debe hacerse notar que los dos significados del término «filosofía regional del Derecho» no son extensionalmente independientes. De acuerdo con Atienza, la filosofía del Derecho (como tal) es regional (en el sentido meta-teórico), y el segundo sentido de «regionalidad» nos permite dividir la filosofía regional del Derecho en varias filosofías regionales del Derecho (en el segundo sentido cultural/geográfico). Como quiera que el segundo entendimiento del término «filosofía regional del Derecho» parece ser muy intuitivo y plenamente aceptable, propongo una enmienda conceptual, que consiste en reemplazar el término «filosofía regional del Derecho», en su sentido meta-teórico primero, por uno diferente.

La afirmación de Atienza de que la filosofía del Derecho es regional (en el sentido meta-teórico) es justificada por un argumento aparentemente tautológico: «la filosofía del Derecho es regional porque es una filosofía del Derecho»³. Supongo que en este punto tenemos una elección entre dos distinciones metodológicas comunes que pueden ser útiles para expresar la relación entre la filosofía general y la filosofía del Derecho. La primera distinción es la distinción entre los conceptos de generalidad y particularidad: la filosofía general y las filosofías particulares. La segunda distinción es la distinción entre la filosofía pura y la aplicada. Teniendo en cuenta la propia caracterización de Atienza de la filosofía del Derecho, y en particular, su

² Creo que esto es así a pesar del hecho de que el término «regional» ha sido ya usado en contextos jurisprudenciales. Cfr., por ejemplo, Jackson (1993)

³ Esto no es una cita del ensayo de Atienza; sin embargo, esta afirmación es una generalización particular de su argumento (Atienza 2016, 171-172).

énfasis en la función práctica que ha de realizar en relación con la práctica jurídica y su papel en la promoción del progreso y la transformación social⁴, creo que la segunda distinción se acomoda mejor a nuestra necesidad. Además, una afirmación de que la filosofía del Derecho es particular sería también ambigua, puesto que puede ser fácilmente entendida, no en un sentido meta-teórico, sino en un sentido cultural/geográfico⁵. Así pues, en lugar de llamar a la filosofía del Derecho «regional» en el sentido meta-teórico (metodológico), afirmaremos mejor que la filosofía del Derecho es una rama de la filosofía aplicada; la caracterización meta-teórica de la filosofía del Derecho como una suerte de filosofía aplicada es, en mi opinión, más apropiada, comparada con su contraintuitiva caracterización como «regional».

Mi segundo comentario está relacionado con el concepto de filosofía regional del Derecho entendido en el sentido cultural/geográfico. En la sección final de su conferencia, Atienza considera la necesidad y razonabilidad de desarrollar filosofías regionales del Derecho y discute las condiciones que han de ser cumplidas para desarrollar una filosofía regional del Derecho para el mundo latino. La segunda condición formulada por él está conectada con «el riesgo de parroquialismo»; como él dice, no se debe «confundir una filosofía regional del Derecho con una filosofía del Derecho parroquial, cerrada» (Atienza 2016, 174). Y subraya que «sería suicida pretender construir una filosofía del Derecho del mundo latino a espaldas de otras iusfilosofías regionales y de la filosofía del Derecho general» (Atienza 2016, 174). El núcleo de estas exigencias es, sin duda alguna, plenamente aceptable; sin embargo, me gustaría explorar más este punto. Primero de todo, argüiré que esta condición está basada en dos presuposiciones engañosas: a saber, que el parroquialismo es inconsistente con la pretensión de universalidad, que es esencial para la filosofía del Derecho, y que una «teoría parroquial del Derecho» es un término inequívocamente peyorativo. Y, en segundo lugar, dado que hay diversos significados posibles de parroquialismo, argüiré que el concepto de una filosofía regional del Derecho para el mundo latino, tal y como la propone Atienza, puede ser contemplado como una teoría parroquial del Derecho de tipo cualificado, particular. Finalmente, trataré de demostrar que la regionalidad de la filosofía del Derecho (entendida en el sentido cultural/geográfico) es un concepto graduable.

En cuanto al primer punto, creo que al menos desde la famosa *Kobe IVR Lecture* de Joseph Raz sobre la naturaleza del derecho (Raz 1996), el parroquialismo no puede ser tratado ya como un fenómeno incuestionablemente negativo. Como Raz arguye convincentemente: «Aun cuando la teoría general del Derecho es universal, es también parroquial. Y no quiero decir que es parroquial cuando no alcanza a ser universal» (Raz 1996, 2). En su opinión, toda teoría del Derecho es parroquial en una amplia medida, porque las teorías del Derecho son elaboradas por autores que tienen un trasfondo jurisprudencial culturalmente específico. Pero ello no significa que las teorías parroquiales del Derecho no tengan ninguna esperanza de ser nunca teorías universales. De un modo algo similar, en *Law's Empire*, Ronald Dworkin ha afirmado

⁴ Como Atienza afirma (2016, 172): «el principal propósito de la filosofía del Derecho es, como antes he dicho, guiar las prácticas jurídicas y contribuir a la transformación social».

⁵ Ha de notarse que el rasgo de particularidad se relaciona con frecuencia con el ámbito cultural/geográfico — por ejemplo, como afirma Twining (2000, 127): «La jurisprudencia particular trata con un sistema o cultura jurídicos. La jurisprudencia general con más de un sistema o cultura jurídicos».

que «las teorías interpretativas [como lo opuesto a las teorías semánticas del Derecho —A.G.] están por naturaleza dirigidas a una cultura jurídica particular, generalmente la cultura a la que sus autores pertenecen [...] Las muy detalladas y concretas teorías del Derecho que los juristas construyen para una jurisdicción particular, que descienden al detalle de su práctica adjudicativa, están desde luego muy ligadas a esa jurisdicción» (Dworkin 1986, 102). Así pues, parece que hoy en día no hay nada estrictamente «erróneo» en las teorías parroquiales del Derecho. Y ello no solo resulta de las raíces jurisprudenciales culturales de los juristas académicos. Por encima de todo ello, como Leslie Green afirma: «El Derecho es un asunto parroquial cuyo carácter y contenido depende de instituciones, eventos y entendimientos locales [...] Llamar parroquial al Derecho puede sonar como una queja. No lo es— el Derecho sería menos valioso si no estuviera firmemente enraizado en las sociedades a las que sirve» (Green 2005, 565). Así pues, no es solo la procedencia del autor, o los orígenes culturales de la escuela o movimiento jurisprudencial, sino la naturaleza misma del objeto de conocimiento lo que determina el carácter parroquial de las teorías del Derecho.

En consecuencia, pienso que las preocupaciones de Atienza sobre el «riesgo de parroquialismo» están justificadas; sin embargo, ha de ser rebautizado. Puede decirse que en el discurso jurisprudencial necesitamos un término inequívocamente peyorativo para mejor designar los peligros señalados por Atienza. Propongo llamarlo «riesgo de provincianismo», pues, de acuerdo con el *Longman Dictionary of Contemporary English*, «provincial» significa «pasado de moda y no interesado en nada nuevo o diferente» y «es usado para mostrar desaprobación».

En segundo lugar, vale la pena anotar que el parroquialismo tiene muchas caras. William Twining distingue seis contextos cuando se habla de «parroquialismo»: procedencia, audiencia, foco, fuentes, perspectivas y significación (2000, 128-129; 2005, 610). De acuerdo con Twining, la procedencia se refiere a la «tradición intelectual o contexto cultural del que un jurista o un texto o escuela particular emergieron»; la audiencia puede ser «deseada» o «real», y —en este último caso— «más amplia o más reducida que la anticipada por el autor»; el foco está relacionado con la extensión de una teoría del Derecho dada (desde un sistema jurídico doméstico al «Derecho en general»); las fuentes son un sinónimo para las referencias — y de acuerdo con el ejemplo que pone Twining: «muchos escritos americanos citan solamente o principalmente o casi exclusivamente fuentes americanas, incluso cuando tratan de temas que no son meramente locales»; las perspectivas son «a veces maneras francesas de ver las cosas, o peculiarmente inglesas, o alemanas»; y la importancia de una teoría parroquial del Derecho «puede ser ... mucho más general o hasta universal», pues «en jurisprudencia, como en cualquier otro campo, se puede ver un mundo en un grano de arena» (todas las citas se toman de Twining 2000, 128-129).

En el contexto de la distinción de Twining es fácil ver como el proyecto de Atienza de establecer una filosofía regional del Derecho para el mundo latino equivaldrá a una teoría del Derecho nueva, internacional y sin embargo parroquial. Sin entrar en detalles, me parece que todos los aspectos del parroquialismo, excepto las fuentes (referencias), están presentes en su propuesta. Pero, como ya he enfatizado, no creo que haya nada erróneo en ello. Por consiguiente, y sin ninguna connotación peyorativa, supongo que una filosofía regional del Derecho para el mundo latino, tal y como está diseñada por Atienza, será una teoría del Derecho cualificada; una teoría parroquial de tipo especial.

Finalmente, déjenme expresar una intuición. En su conferencia, Atienza adopta una diferenciación común de tres ámbitos específicos (sub-disciplinas) de la filosofía del Derecho: ontología jurídica, epistemología jurídica y axiología del Derecho. Sin embargo, cuando formula el programa de investigación para la filosofía del Derecho del mundo latino, señala tres preguntas fundamentales: ¿En qué consiste el método analítico y cuáles son sus fuerzas y debilidades? ¿Qué significado ha de darse al objetivismo moral? ¿En qué medida la filosofía del Derecho puede contribuir a la transformación social?, y declara que «esas tres preguntas (puede añadirse una cuarta: si es posible o no es posible concebir un sistema iusfilosófico que integre las tres) y sus respectivas respuestas podrían configurar algo como un marco teórico común de una comunidad» (Atienza 2016, 175). Así pues, como podemos ver, la primera pregunta es de naturaleza epistemológica, y las dos restantes son preguntas típicas concernientes a la axiología jurídica «aplicada» (o, concernientes a la teoría de la justicia/de los valores jurídicos/del Derecho justo, en los términos de Atienza (2016, 167-168).

En este contexto, me gustaría formular una intuición metodológica específica. Es importante anotar que en el proyecto de Atienza acerca de una filosofía del Derecho regional latina, las preguntas relativas a la ontología del Derecho están ausentes del «marco común teórico» que propone. Y así, mi intuición es que la regionalidad (como el parroquialismo) es graduable, no solo en el contexto de la distinción de Twining antes mencionada, sino también en el sentido de que la pretensión de universalidad es muy intensa dentro de la ontología jurídica, menos intensa en la epistemología jurídica y más bien débil por lo que respecta a la teoría de la justicia «práctica» (la axiología del Derecho entendida como una disciplina filosófica aplicada). Soy consciente de que esta intuición es controvertible; ello no obstante, pienso que los grados de aceptabilidad de la regionalidad (parroquialismo) difieren de una sub-disciplina de la filosofía del Derecho a otra, como justamente he señalado.

POSTFACIO

Como he indicado en la nota introductoria, Atienza respondió a los anteriores comentarios críticos en su ensayo «La filosofía del Derecho como filosofía “regional”» (Atienza 2017, 88-90). Con una excepción, aceptó generalmente todos ellos. Consideró que eran certeros mis comentarios sobre el riesgo de parroquialismo/provincianismo y las distinciones entre los diferentes aspectos del parroquialismo (basadas en la teoría de Twining). También estuvo de acuerdo directamente con mi intuición sobre la gradualidad de la regionalidad, que dibujé en mi sección final, encontrando que estaba en consonancia con sus propios propósitos. Sin embargo, rechazó mi crítica sobre la ambigüedad conceptual de «filosofía regional del Derecho». Aunque yo indiqué explícitamente en mi comentario que estaba formulando ésta como una objeción conceptual, Atienza la interpretó como una objeción terminológica. Enfatizó que la filosofía del Derecho, a su entender, no debería ser caracterizada como un tipo de filosofía aplicada — que no era «la filosofía del Derecho de los filósofos» en el sentido definido por Norberto Bobbio. Bien, es imposible discutir con la interpretación de Atienza de su propio entendimiento de la filosofía del Derecho, pues seguramente él conoce mejor lo que quiere decir. Sin embargo,

desde la perspectiva de un observado externo — que es la única disponible para mí — si la distinción entre filosofía pura y aplicada es adecuada, creo que la filosofía del Derecho de Atienza está claramente más cerca de la segunda.

Dejemos, sin embargo, estas disputas teóricas a un lado, pues es mucho más importante que las ideas teóricas de Atienza acerca de una iusfilosofía regional para el mundo latino se hayan hecho realidad. Establecida en mayo de 2016 en el *Primer Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino*, en Alicante, la asociación *Iusfilosofía del Mundo Latino*, de la que Atienza estuvo entre sus más activos fundadores, está sin duda implementando directamente sus ideas. Vale la pena citar aquí el objetivo presentado en la website del tercer *Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino*, que se celebrará en Querétaro, México en el verano de 2023: El Congreso es «un espacio de reflexión que busca ayudar a vertebrar una ‘filosofía regional’, visibilizar la importancia de los aportes, los cuales desde nuestros países se hacen a la filosofía y teoría jurídicas, analizar los problemas que nos son comunes, las peculiaridades que se adoptan en nuestros contextos y las formas en que, desde nuestro quehacer, podríamos incidir en nuestra cultura jurídica y nuestras instituciones».

Debe recalcarse que tal realización sustantiva e institucional de las propias ideas teóricas no sucede con frecuencia en nuestra disciplina. Por ello, parece apropiado no sólo dar la enhorabuena, sino también agradecer al Profesor Manuel Atienza sus esfuerzos por desarrollar una filosofía regional del Derecho para el mundo latino.

REFERENCIAS

- Atienza, Manuel (2016), «The Philosophy of Law as a ‘Regional’ Philosophy», en P. Banaś, A. Dyrda, T. Gizbert-Studnicki (eds.), *Metaphilosophy of Law*, Oxford/Portland, Oregon: Hart, pp. 161-176.
- Atienza, Manuel (2017), «La filosofía del Derecho como filosofía «regional»» en idem, *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid: Trotta, pp. 71-93.
- Coleman, Jules (2001), *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford/New York: Oxford UP.
- Dworkin, Ronald (1986), *Law's Empire*, London: Fontana.
- Dworkin, Ronald (2004), «Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy», *Oxford Journal of Legal Studies* 24 (1), pp. 1-37.
- Goldsworthy, J. D. (1990), «The Self-Destruction of Legal Positivism», *Oxford Journal of Legal Studies* 10 (4), pp. 449-486.
- Green, Leslie (2005), «General Jurisprudence: A 25th Anniversary Essay», *Oxford Journal of Legal Studies* 25 (4), pp. 565-580.
- Hart, H. L. A. (1987), «Comment», en R. Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford: Clarendon Press, pp. 35-42.
- Hart, H.L.A. (1994), *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford: Clarendon Press.
- Jackson, K. T. (1993), «Global Rights and Regional Jurisprudence», *Law and Philosophy* 12 (2), pp. 157-192.

- Raz, Joseph (1996), «On the Nature of Law», *Archiv für Rechts— und Sozialphilosophie* 82, pp. 1-25.
- Raz, Joseph (2005), «Can There Be a Theory of Law?», en M. P. Golding, W. A. Edmundson (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden/Oxford/Carlton: Blackwell, pp. 324-342.
- Rüthers, Bernd (1999), *Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, München: Beck.
- Twining, William (2000), *Globalisation and Legal Theory*, Cambridge/New York/Melbourne/Madrid/Cape Town/Singapore/São Paulo: Cambridge UP.
- Twining, William (2005), «General Jurisprudence», en M. Escamilla, M. Saavedra (eds.), *Derecho y justicia en una sociedad global/Law and Justice in a Global Society*, Granada: Universidad de Granada (Anales de la Cátedra Francisco Suárez 39), pp. 609-650.

¿UN POSTPOSITIVISMO DESDIBUJADO? ALGUNAS DUDAS SOBRE LA ESPECIFICIDAD DEL DISCURSO JURÍDICO EN LA FILOSOFÍA DE MANUEL ATIENZA

MARISA IGLESIAS VILA

Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

Manuel Atienza es sin duda el filósofo del Derecho español más conocido entre los juristas de habla hispana. En nuestra disciplina, que por momentos se aleja de las preocupaciones y necesidades teóricas de los dogmáticos y operadores jurídicos, la obra de Atienza, muchas veces con la inestimable compañía de Juan Ruíz Manero, ha sabido tender puentes con la práctica del Derecho. Este autor ha sido capaz de hablar el lenguaje de los juristas a través del análisis jurisprudencial y la discusión dogmática, demostrando, al mismo tiempo, cómo la comprensión y solución de los problemas jurídicos requiere embarcarse en reflexiones filosóficas generales acerca del Derecho, las piezas que lo componen y la argumentación con la que se justifican las decisiones de autoridad.

La característica general de su filosofía del Derecho es la defensa de un postpositivismo de corte constitucionalista, que combina un mínimo objetivismo moral con ciertas dosis de pragmatismo filosófico, rasgos que le acercan, como el propio Atienza ha expresado en varias ocasiones, a las teorías del Derecho de Robert Alexy, Ronald Dworkin o Carlos Santiago Nino. Igual que el filósofo alicantino, estos autores perciben el fenómeno jurídico como una práctica social o actividad orientada a fines y valores cuya comprensión requiere armonizar de algún modo el binomio «autoridad/corrección».

Atienza ha planteado esta armonización a través de varias tesis que recorren su trabajo. En primer lugar, entiende que las ideas de Derecho y moral son dos conceptos conjugados, es decir, conceptos distintos entre sí, aunque no pueden entenderse el uno separado del otro (Atienza y Amado, 2021). En segundo lugar, defiende que ni la identificación del Derecho ni la argumentación jurídica de carácter justificativo pueden evitar las consideraciones morales (al menos por lo general) porque contienen un fragmento moral (Atienza, 2011; Atienza y Amado, 2021). En tercer lugar, Atienza y Ruíz Manero (en adelante, A&RM) han mantenido que el Derecho es una empresa justificativa estructurada en dos niveles. El primero es el de las reglas, que usualmente pueden aplicarse sin acudir a los principios subyacentes y a la deliberación moral. El otro nivel, que entra en acción cuando las reglas no son suficientes para justificar una decisión acerca del Derecho (casos difíciles), es el de la ponderación de los principios y valores relevantes para el sistema, ejercicio que permite construir nuevas reglas para solucionar estos casos (A&RM, 2001; 2009).

En el nivel de la ponderación entre principios y valores, A&RM han desarrollado dos ideas muy influyentes que marcan su forma de concebir el Derecho y su relación con la moral. La primera es que, dentro de los principios sustantivos, hay una prioridad estricta de los principios en sentido estricto (razones morales últimas para la acción) sobre las directrices (razones finalistas de tipo utilitario) (A&RM, 1996). La segunda, que el Derecho, a diferencia de la moral, posee una dimensión institucional que justifica limitar el alcance del razonamiento jurídico en sede judicial (A&RM, 2001). El Derecho es un dominio singular de razón práctica que cuenta con límites temporales para la adopción de decisiones y que reduce la complejidad del razonamiento práctico a partir de fundar estas decisiones en la autoridad de los órganos que las dictan (A&RM, 2009). Así, el razonamiento jurídico justificativo combina la dimensión institucional y la valorativa, moviéndose en un marco de discurso práctico en condiciones no ideales (o en el mundo real), lo que demanda a los aplicadores del Derecho perseguir lo que es justo a través de las fuentes de autoridad normativa previstas por el propio ordenamiento (Atienza, 2011a; 2011b; A&RM, 2009).

Esta aproximación parece cercana a las comprensiones del Derecho de Alexy y Dworkin, el primero con la pretensión de corrección y la tesis del caso especial (Alexy 1989); el segundo con la visión del Derecho como integridad y la distinción entre *fit* y *justification* (Dworkin, 1986; 2006). Con todo, A&RM utilizan consideraciones instrumentales para fundamentar la fuerza práctica de la dimensión institucional en el razonamiento jurídico, algo que a mi modo de ver les distancia de Alexy y Dworkin (aunque quizá no de Nino). En sus propios términos:

Es innegable que el carácter institucional del Derecho implica exigencias que limitan (...) el logro de los valores y fines sustantivos que el propio Derecho trata de realizar. Resulta claro que esto no ocurre en el discurso moral ordinario, en el que no parece haber lugar para razones distintas de las sustantivas. Pero, si consideramos que la preservación de la vigencia del sistema jurídico y de cierta eficiencia de su «maquinaria» es condición de posibilidad de la implementación de tales valores y fines sustantivos, parece razonable el cuidado de la preservación del mismo como sistema normativo eficaz y el cuidado de la eficiencia de su «maquinaria». Y esto vale aun si tales cuidados implican exigencias que traen consigo tensión con las exigencias sustantivas que el propio Derecho contiene, y esta tensión exige formas no siempre enteramente anticipables de ajuste y acomodamiento. (...) Si las exigencias derivadas del carácter institucional del Derecho suponen en ocasiones un obstáculo para alcanzar soluciones sustantivamente correctas, tales exigencias también maximizan la probabilidad de alcanzar tales soluciones (A&RM, 2001: 129-130)¹.

Encuentro claramente acertado destacar la importancia instrumental de preservar el sistema de fuentes de autoridad y la eficiencia de la «maquinaria» jurídica para que el Derecho pueda funcionar como tal. Ahora bien, hay dos preguntas que podemos plantear sobre la di-

¹ A&RM ofrecen como ejemplos de principios institucionales el que persigue la preservación y estabilidad del sistema (estado de excepción y sitio), el relativo a la efectividad en el funcionamiento de una institución (prisión provisional, reglas de plazos), el que busca preservar el marco competencial o el que presume la regularidad de los actos de un órgano institucional.

mención institucional. Una es qué papel debe desempeñar en el razonamiento judicial, otra es si basta este argumento instrumental para comprender las peculiaridades del Derecho como un tipo de fenómeno o actividad práctica.

Sobre la primera cuestión, desde una visión postpositivista que pretende equilibrar autoridad y corrección podríamos dar dos respuestas distintas, y no estoy segura de cuál es la que Atienza acogería porque hay cierta ambigüedad en su perspectiva. La primera respuesta queda reflejada en la idea de Nino del razonamiento escalonado. Según Nino, en el nivel de la justificación general del Derecho balanceamos razones procedimentales y sustantivas para determinar el grado de legitimidad de un ordenamiento jurídico. Si la práctica jurídica en su conjunto supera esta ponderación justificatoria y es mejor que otras formas alternativas de organización social (el razonamiento de lo segundo mejor), entonces será necesario «preservar el orden jurídico vigente, salvo que sea tan injusto que no pueda ser mejorado y que la única decisión moralmente justificada es la que conduce a desconocerlo, aun a riesgo de no poder establecer otro con éxito» (Nino, 1994: 140; 1992). En el segundo nivel, en cambio, que es interno a la práctica, utilizamos el ordenamiento jurídico para justificar acciones y decisiones. Aquí debe respetarse el resultado del primer nivel, con lo que quedan excluidas las razones justificatorias incompatibles con el derecho positivo.

En alguno de sus trabajos, Atienza hace referencia al razonamiento escalonado de Nino para explicar la prioridad de las razones institucionales y justificar la conclusión de que el deber básico del juez es fundamentar sus decisiones a través de reglas jurídicas. (Atienza, 2011; A&RM, 2007). Asimismo, el razonamiento escalonado podría fundamentar la distinción de A&RM entre el nivel de las reglas y el de los principios, sus ideas de que las reglas jurídicas actúan como razones perentorias y que el nivel de los principios únicamente se activa en los casos difíciles y no en la cotidianidad de la aplicación de las reglas. Por último, también cuadraría con otra tesis de A&RM, la de que los principios jurídicos son razones independientes del contenido que sólo pueden formar parte del Derecho si se ajustan directa o indirectamente a las fuentes de autoridad normativa (A&RM, 1996; Atienza, 2011b; 2021). La justificación general del ordenamiento jurídico podría apoyar su conclusión de que, incluso en los casos difíciles, no cabe incorporar al razonamiento jurídico justificatorio razones morales que no posean apoyo institucional.

Otra posibilidad de responder a la cuestión del papel que desempeñan las razones institucionales en el razonamiento judicial es sustituir la idea de razonamiento escalonado por la de «razonamiento complejo». En este sentido, el razonamiento en la aplicación del Derecho debe ser el producto de balancear diferentes tipos de razones, entre las que se hallan las razones institucionales (como razones instrumentales de preservación). Aquí, la tensión entre las razones institucionales y sustantivas no la encontramos solo en el nivel de la fundamentación general de Derecho sino que se traslada a la identificación cotidiana de su contenido y a la actividad judicial. A diferencia de lo que pensaba Nino (1992), entonces, no podríamos asimilar la práctica jurídica a una práctica lúdica como el ajedrez, por ejemplo, donde nuestras razones para jugar (que nos divierte o que pone a prueba nuestras habilidades), no se trasladan al interior del juego. En el ajedrez podemos separar ambos contextos de justificación, con lo que las razones para jugar no son las que determinan los movimientos correctos dentro del juego.

Pero esta no parece una buena forma de caracterizar el funcionamiento de una práctica normativa vinculada al ejercicio de la coerción (Dworkin, 1986). Si percibimos el Derecho como una práctica interpretativa donde se justifica el uso de poder desde una visión racionalizada del ejercicio de autoridad, las razones generales se transmiten a las acciones que se realizan en nombre de la práctica jurídica. Ello no implica que el razonamiento jurídico justificatorio deba apoyarse siempre de manera explícita en las razones de justificación general, pero esta justificación, que se expresará con mayor fuerza en los casos controvertidos, está implícita en el ejercicio de la propia actividad.

No resulta claro qué perspectiva defiende Atienza sobre el papel de la dimensión institucional en el razonamiento judicial. En las disquisiciones de A&RM sobre la derrotabilidad de las reglas y los ilícitos/lícitos atípicos, estos autores parecen mantener alguna forma de particularismo sensible a las reglas para resolver los problemas de sobreinclusión y subinclusión². Así, en los ejemplos que mencionan de desajuste entre las reglas y los principios subyacentes y otros principios sustantivos, abogan por realizar un balance entre las razones para mantener la regla y las razones de principio sustantivo (A&RM, 2009; Atienza, 2012). La duda es si este balance debe producirse cuando hay cualquier desajuste entre la regla y los principios (algo que se seguiría de la vinculación que trazan entre casos difíciles y lagunas axiológicas) o solo cuando hay un desajuste intolerable (una injusticia extrema, cabría decir, algo que va más allá de la presencia de una laguna axiológica). En *La derrotabilidad y los límites del positivismo jurídico*, A&RM podrían estar asumiendo las dos cosas, la primera, cuando, haciendo referencia a los ilícitos atípicos, observan que «la subsunción del caso en dicha regla permisiva resulta incoherente con el balance entre los principios del sistema aplicables al caso» (A&RM, 2009: 108); la segunda, cuando, respondiendo a la objeción de Bruno Celano sobre la superfluidad de las reglas en su teoría, indican que la derrotabilidad de las reglas se produce «cuando la solución al caso atendiendo a las mismas resulta valorativamente anómala de un modo intolerable» (A&RM, 2009: 112). La primera idea no nos permite presentar las reglas como razones perentorias o protegidas, ya que entonces no incorporan una razón de segundo orden que excluye cualquier otra consideración que no sea la prevista por la regla. La regla no puede ser aquí opaca a las exigencias de los principios. En *Las piezas del Derecho* van en esta dirección cuando rechazan que los principios solo entren en juego en el razonamiento judicial en los casos difíciles, afirmando que «un caso es fácil precisamente cuando la subsunción de unos determinados hechos bajo una determinada regla no resulta controvertible a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo de que se trate», y de ahí concluyen que «la dimensión de obediencia a razones perentorias ya no puede aparecer como primaria: la obediencia a tales razones exige la previa deliberación y sólo tiene lugar en el territorio acotado de ésta. Naturalmente, el Derecho no reconoce a cualquier razón válida como un integrante legítimo de

² En la idea de Schauer (1991: 94) el particularismo sensible a las reglas enfrenta los casos de desajuste entre reglas y principios subyacentes a través de la ponderación entre las razones subyacentes a la regla y las razones para especificar esos principios subyacentes a partir de una regla (Schauer, 1991: 94). Pero podríamos afirmar de forma más general que, en los casos de desajuste entre reglas y principios sustantivos, un particularismo sensible a las reglas incluiría en la ponderación con estos principios todas las razones que apoyen el mantenimiento de la regla.

tal deliberación, (...) ha de tratarse de razones contenidas en el propio Derecho, esto es, principios explícitos o implícitos» (A&RM (1996: 22-23).

Su intento de compatibilizar este balance con que las reglas sigan actuando como razones perentorias ha sido ampliamente criticado³ y, aunque A&RM han insistido en la compatibilidad, no han ofrecido razones convincentes. Una cosa es que pueda ser posible compatibilizar el balance con que las reglas, en cuanto a su estructura, sigan siendo normas con las condiciones de aplicación cerradas, y otra que actúen como razones perentorias respecto a los principios sustantivos. Su tesis es que en los casos fáciles las reglas legislativas se han obtenido a partir de un balance de principios y que, una vez realizado este balance, las reglas creadas actúan como razones perentorias. En los casos difíciles, es el juez el que pondera principios jurídicos, obteniendo una regla que actúa como razón perentoria. Esta tesis, sin embargo, solo funciona si el balance realizado ya sea por el legislador o por el juez es un balance correcto. En caso contrario, regresamos a la misma cuestión, a no ser que haya otra consideración adicional, como puede ser la del razonamiento escalonado, para tratar la regla obtenida de un balance defectuoso como una razón perentoria⁴.

La segunda idea, en cambio, que une la derrotabilidad al desajuste extremo, sí es compatible con las reglas como razones perentorias, ya que la posibilidad de ponderar otras consideraciones además de la presencia de la regla puede quedar excluida, dada la justificación general de la práctica jurídica, a no ser que se produzca una injusticia grave. Pero el propio Atienza ha considerado que evitar recurrir a la ponderación ante una laguna axiológica, manteniéndose en el nivel de las reglas, puede conllevar un formalismo indebido (Atienza 2021), con lo que debería ver como un formalismo indebido todavía más claro el que se sigue de la lógica del razonamiento escalonado.

Dada esta ambigüedad, y regresando a la pregunta por la relevancia de la dimensión institucional, Atienza podría asumir la tesis de Nino, pero también aceptar que el razonamiento jurídico justificativo es el producto de un balance entre razones institucionales y razones sustantivas que (de forma más o menos consciente) prioriza las razones de autoridad cuando no se produce desajuste con principios sustantivos, y que esta prioridad va disminuyendo a medida que el desajuste es más intenso. Si Atienza aceptara esta última opción, quizá debería abogar por una flexibilización de la distinción entre el nivel de las reglas y el nivel de los principios, la cual,

³ Véase, por todos, la crítica de Juan Carlos Bayón (1996: 157-160) a esta posibilidad, objeción que comparto plenamente pero no podré desarrollar aquí.

⁴ Algo parecido defienden cuando, en los lícitos atípicos que mencionan (A&RM, 2000), afirman que las reglas siguen actuando como razones perentorias que han sido derrotadas por tratarse de supuestos fuera de su alcance, de excepción o de tolerancia. Pero su argumento solo será convincente en la medida en que los ejemplos sean casos de desajuste muy grave entre reglas y principios. Pensemos en su ejemplo del parque y la prohibición de entrada de vehículos. La entrada de una ambulancia para salvar la vida de alguien quizá supone un desajuste flagrante que merece la excepción desde el razonamiento escalonado, pero podemos ir pensando en ejemplos menos flagrantes, un vehículo que pretende recoger a una persona inválida, los padres que han perdido a un niño en un parque grande y quieren encontrarlo de forma rápida, etc. Podríamos seguir con más casos, y la cuestión es que en todos ellos necesitamos hacer un balance con las razones subyacentes y otras razones de principio para determinar si el vehículo puede entrar, con lo que la regla ya no actúa como razón perentoria, a no ser que siempre prevalezca excepto en el caso de la ambulancia.

más que ubicar a las reglas en los casos fáciles y a los principios en los casos difíciles, diera cuenta de prioridades generales en los balances de razones sin dejar de mostrar la continuidad entre la aplicación de reglas y principios. Esto, claro está, requeriría repensar en qué sentido las reglas actúan como razones perentorias desde una concepción postpositivista del Derecho. Asimismo, podría exigir revisar la tesis de que los principios jurídicos son razones independientes del contenido. Si no defendemos la lógica del razonamiento escalonado, no parece haber impedimento conceptual para entender que los principios jurídicos, como ha defendido Dworkin (1977; 1986), forman parte del Derecho por su mérito o importancia para justificar el uso de la coerción. Que los principios jurídicos estén casi siempre apoyados directa o indirectamente en fuentes de autoridad solo muestra que las instituciones jurídicas no suelen ser arbitrarias, especialmente en los estados constitucionales. A la vez, el hecho de que, tal como también afirma Dworkin, cuando alguien alega que un principio forma parte del Derecho trate de mostrar que posee apoyo institucional, implica que este apoyo importa como cuestión de moralidad política, pero ello no niega que los principios formen parte del Derecho por ser expresión de su dimensión valorativa. Por último, aceptar esta ponderación judicial entre razones institucionales y sustantivas, comportaría otorgar a la proporcionalidad o a la razonabilidad (sobre la que Atienza ha hecho tanto énfasis a lo largo de su carrera) un rol más central en el razonamiento judicial cotidiano, pues entonces no intervendría meramente cuando la racionalidad en sentido estricto no arroja una respuesta, arroja varias o la que arroja es inaceptable, sino que estaría entremezclada con esta racionalidad tanto cuando la respuesta no encaja con principios sustantivos como cuando sí encaja⁵.

A mi juicio, el papel de los principios en el discurso jurídico no se reduce a la ausencia de reglas o a los problemas de sobreinclusión y subinclusión. No es necesario enfrentar una experiencia recalcitrante para que los principios actúen e interactúen con las reglas. Los principios son como el material que dota de flexibilidad al junco para que con el viento no se rompa. De un lado, un juez no comprende plenamente una institución jurídica hasta que no capta sus principios básicos, hasta que no ha entendido su valor y racionalidad interna y puede justificar por qué esta institución está regulada de la forma en que lo está. Si asumimos esta estrecha relación entre reglas y principios, como creo que Atienza también acepta (A&RM, 1996), los principios, aunque sea de forma implícita, siempre ejercerán presión normativa en la aplicación de reglas en tanto actividad racional. De otro lado, esta presión es constante en un mundo normativo que se expresa a través de conceptos generales de carácter cualitativo. Ello requiere del aplicador del Derecho constantes decisiones interpretativas que incluyen también decisiones sobre las técnicas de interpretación apropiadas para extraer reglas de las disposiciones legales. Estas disposiciones no llevan incorporadas los criterios para su interpretación, por lo que extraer una regla exige dar prioridad a una técnica sobre otras, o usar varias de ellas en una misma dirección, algo que involucra principios formales y sustantivos. Esta interrelación es todavía más evidente en el estado constitucional en el que Atienza piensa, donde, dejando

⁵ No me estoy refiriendo a una noción general de razonabilidad que, como afirma Atienza (1987; 2011a), también afecta a la racionalidad en sentido estricto sino a la idea de razonabilidad en sentido estricto que, para este autor, solo es necesaria en los casos difíciles.

ahora al margen la actividad interpretativa del propio Tribunal Constitucional, tanto la interpretación teleológica como la interpretación sistemática son instrumentos centrales del razonamiento jurídico cotidiano, que dan sentido a la aplicación de reglas y no solo la limitan.

Si los principios ocupan este lugar más central en el Derecho, la cuestión es cómo podemos, desde el postpositivismo, otorgar prioridad a la dimensión autoritativa (en la forma de reglas) sin razonar de espaldas a las consideraciones sustantivas. Mi argumento es que la necesidad de combinar autoridad y corrección en nuestra comprensión del Derecho y del razonamiento jurídico proviene de la axiología compleja que constituye este fenómeno social como ámbito específico de moralidad política. Dentro de esta axiología, la eficiencia de la «maquinaria» jurídica no es la única razón conservadora que entra en la ponderación con otras razones de valor. Una concepción normativa de la legalidad también identifica lo jurídico desde el equilibrio entre valores de justicia formal y material. No acoger esta concepción compleja del Derecho, como creo que sí hacen Alexy y Dworkin, puede dirigir a Atienza a presentar una forma de postpositivismo desdibujado o inacabado que no sea suficiente para dar cuenta de la especificidad del discurso jurídico y de la importancia de la autoridad para el Derecho. Detengámonos brevemente en las posiciones de Alexy y Dworkin, dos postpositivistas con los que Atienza se identifica y que, en mi opinión, poseen esta concepción más compleja de la singularidad de lo jurídico.

Alexy afirma que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general (su conocida tesis del caso especial) porque, aun cuando comparte con el general la pretensión de corrección, a diferencia del discurso práctico general, la pretensión de corrección que acompaña al discurso jurídico no se refiere a lo que es absolutamente correcto, sino a lo que es correcto «en el esquema y con las bases de un orden jurídico válidamente imperante» (Alexy, 1999: 25).

Las implicaciones que Alexy extrae de la tesis del caso especial no han resultado pacíficas (Atienza, 2015), pero destacaré una de las críticas sobre su forma de presentar la especificidad del Derecho. Habermas ha objetado que el discurso jurídico, al ponderar razones morales (universales), ético-políticas (autocomprensión colectiva auténtica dentro de la forma de vida de una comunidad política que gestiona su pluralismo interno desde la equidad) y pragmáticas (racionalidad medio a fin), no es subsumible en el discurso práctico general. Habermas, a diferencia de Alexy, parte de distinguir el discurso de fundamentación de la validez de las normas jurídicas del que fundamenta su aplicación, y observa que el primero no se rige por lo que es moralmente «correcto», incluso con las restricciones que Alexy expresa, sino por lo que es «legítimo»⁶. Esta idea se traslada al discurso de aplicación, que está gobernado por parámetros de legitimidad y positividad (Habermas, 1998).

Alexy ha contestado a esta crítica indicando que Habermas tendría razón si el discurso práctico general se refiriera al discurso moral tal como Habermas lo entiende, es decir, como universalización: juicios de deber ser que solo pueden justificarse si se tienen en cuenta por igual los intereses de todas las personas. Alexy considera, por contra, que el discurso práctico general

⁶ Habermas (1981) define la idea de legitimidad como el reconocimiento que un orden institucional merece y la hace depender de que la pretensión del orden institucional de ser juzgado como justo o correcto obedezca a buenas razones, algo que solo cabe valorar desde la participación discursiva en la comunidad política.

también requiere incorporar razones morales, ético-políticas y pragmáticas (Alexy, 1999). Su diferencia con el discurso jurídico reside en que este último, junto a las razones anteriores, incorpora razones autoritativas. Alexy sostiene, en definitiva, que la tesis del caso especial se mantiene porque, aun cuando el discurso jurídico posee la dimensión autoritativa, los argumentos prácticos generales están integrados en todo el espectro del contexto jurídico sin perder su significado de razones libres y no institucionales.

Dejando al margen otras posibles críticas, lo que me parece relevante es la complejidad axiológica que este autor asigna al razonamiento jurídico. Desde esta complejidad ha defendido que el Derecho posee una naturaleza dual, con una dimensión ideal y una dimensión real que debe reflejarse en la argumentación judicial (Alexy, 2021). De ahí que la identificación de lo jurídicamente correcto requiera balancear un principio sustantivo de justicia con un principio formal de seguridad jurídica. Este principio formal se alcanza a través de la positividad, que al ser moralmente necesaria es también correcta, y que demanda estar a lo dictado por la autoridad y a lo que es socialmente eficaz (Alexy, 2021). A su vez, la positividad se plasma a través de a) procedimientos que, frente a los desacuerdos, garanticen decisiones acerca de qué es Derecho, b) la imposición forzosa ante la falta de cumplimiento espontáneo y c) la organización necesaria para obtener objetivos y necesidades cuando para conseguirlos no basta la acción espontánea (Alexy, 2016). Para Alexy, sin embargo, dada la especificidad del discurso jurídico, este ejercicio de ponderación entre principios formales y materiales también requiere otorgar una prioridad *prima facie* a esta positividad o a las razones autoritativas, que deben prevalecer si no se aportan argumentos racionales que justifiquen la prevalencia de otras razones (Alexy, 2016).

Mientras que para Alexy las razones autoritativas identifican el discurso jurídico frente a otros discursos prácticos también sujetos a razones morales, ético-políticas y pragmáticas, en A&RM estas razones jurídicas son reducibles a razones pragmáticas, dado que para ellos la dimensión institucional del Derecho es relevante por ser un medio necesario para conseguir los fines sustantivos que el propio Derecho persigue⁷. Pese a que Alexy comparte esta idea, también une la positividad al hecho del desacuerdo razonable dentro de una comunidad política y a consideraciones ético-políticas. Esta mayor complejidad de razones nos conduce a una visión más rica de la distintividad del Derecho como discurso práctico. A pesar de ello, no diría, como sí hace Alexy, que la asociación entre el discurso práctico y el discurso jurídico reside en que los argumentos prácticos se integran en el razonamiento jurídico. Diría, más bien, que cuando las razones de autoridad se integran en el discurso práctico estamos ante un discurso jurídico. Quizá Atienza estaría de acuerdo con esta afirmación, pero entonces mi réplica sería que no podemos entender por qué las razones de autoridad se integran en un discurso práctico acudiendo solo a razones pragmáticas. Ésta sería la forma en que la concepción interpretativa de Dworkin, al menos según mi lectura del Derecho como integridad, enfrenta la relación entre autoridad y corrección como rasgos constitutivos de la práctica jurídica.

Una de las tesis características del Derecho como integridad de Dworkin es su asunción de que el Derecho es una parte o ámbito de la moralidad política (Dworkin, 1986; 2006). A su

⁷ Dejo ahora al margen su distinta visión de cómo se integran las razones morales en el Derecho.

juicio, se trata de una práctica social dirigida a justificar el uso del poder coercitivo dentro de una comunidad, cuya especificidad consiste en vincular la justificación de la coerción a su conexión con decisiones institucionales previas. De ahí que una concepción del Derecho de cuenta del valor de la legalidad como fundamento específico que define lo jurídico, y que el Derecho como integridad sea una teoría de la legalidad (Dworkin, 2006). El valor de la integridad da contenido a esta conexión entre coerción justificada y decisiones previas buscando presentar las decisiones de autoridad como decisiones que «hablan con una sola voz», esto es, que sirven a un conjunto armónico de principios justificativos comunes que se aplican a todos de la misma forma (Dworkin, 1986).

Dworkin considera que la justificación general de la práctica jurídica está unida a tres valores que, de forma conjunta, protegen a la organización social de la tiranía: la justicia, la equidad política y el proceso debido formal. La justicia (material) es relativa a la corrección sustantiva de las decisiones políticas y exige resultados moralmente defendibles. Los restantes valores, en cambio, son principios formales de carácter conservador que apoyan mantener el statu quo autoritativo. La equidad política (o legitimidad política, como prefiero decir), propugna la igualdad en la distribución del poder o influencia política frente al pluralismo valorativo, y demanda respetar las decisiones adoptadas en procesos democráticos equitativos. El debido proceso formal (o, en general, la seguridad jurídica) demanda el respeto a los procedimientos establecidos y la garantía de estabilidad y predictibilidad normativa. En la justificación general del Derecho, la integridad se añade a estos tres valores por la pluralidad existente dentro de una comunidad política, y a diferencia del resto de valores, la integridad expresa el compromiso con la unidad de principio que encontraríamos en una comunidad fraternal, donde sus miembros tienen lazos asociativos que comportan una preocupación mutua y circunscrita por el bienestar de todos (Dworkin, 1986).

El modo dworkiniano de combinar autoridad y corrección en el razonamiento jurídico es trasladar la justificación general de la práctica jurídica a la actividad judicial desde un principio adjudicativo de la integridad. Este principio constriñe la función judicial a la elaboración de argumentos de principio, que justifican una respuesta jurídica mostrando, no que esta respuesta es conveniente como cuestión de política pública, sino que respeta o garantiza algún derecho previo (Dworkin, 1997; 1986). La integridad es también el criterio para identificar estos derechos, ya que vincula en cada caso la solución jurídica correcta a la respuesta que muestre una mayor unidad y coherencia con el conjunto de valores que he mencionado.

Esta complejidad axiológica no implica que la autoridad deje de jugar un papel fundamental en la teoría de Dworkin, que es una teoría normativa de la legalidad. En su propuesta de la interpretación constructiva, las decisiones del pasado conforman el material preinterpretativo del que parte la identificación del Derecho. Al tiempo, la interpretación de este material pide reconstruir estas decisiones como el mejor ejemplo del género al que pertenecen, de modo que sean coherentes con los valores sin perder su identidad. En este equilibrio, la distinción entre las dimensiones de *fit* y *substance* es importante para entender porque el discurso jurídico debe mirar tanto al pasado como al futuro, pero obedece a que el razonamiento judicial está guiado por valores formales y sustantivos, por «procedural fairness which is the nerve of the dimension of fit, and substantive justice, which is the nerve of political justificación» (2006:

171). La distinción, entonces, es política, no mecánica (1986: 257). Lo mismo cabría afirmar sobre la distinción entre interpretación e invención o sobre ideas como la prioridad de lo local o la propia novela en cadena.

Se han realizado numerosas críticas a la concepción de Dworkin que son bien conocidas y no voy a reproducir. Pero la cuestión que me interesa destacar, de nuevo, es que un postpositivismo de corte constitucionalista debería entender el Derecho desde esta complejidad axiológica. A diferencia del discurso práctico general, el discurso jurídico no solo requiere combinar autoridad y corrección porque necesitamos la autoridad para resolver defectos de implementación del discurso práctico y para poder perseguir las metas sustantivas del Derecho. No podemos entender ni el Derecho ni el razonamiento jurídico (especialmente en las democracias constitucionales) si no lo percibimos como una práctica o actividad dinámica orientada a valores de moralidad política, pues el Derecho forma parte de esta moralidad política (entendida como los compromisos públicos de principio que rigen una comunidad de iguales en un marco de pluralismo valorativo). Pero tampoco podemos entender bien el Derecho y el razonamiento jurídico sin asumir que entre estos valores de moralidad política encontramos principios formales de carácter conservador, la legitimidad democrática y la seguridad jurídica (además de las razones institucionales de Atienza), que presionan el razonamiento judicial hacia el statu quo autoritativo. Cuánta presión ejerzan estos principios conservadores sobre el valor de la justicia material es una pregunta que solo cabe responder participando en esta práctica y enfrentando desde su interior las tensiones cotidianas de valor.

Ahora bien, diferentes concepciones normativas del Derecho priorizan estos valores de diversa forma. El positivismo ético, por ejemplo, o una teoría como la de Lon Fuller, abogan por concentrar el Derecho en valores formales de carácter conservador (Campbell, 1996; Fuller: 1969). Por esta razón, un postpositivismo jurídico, que creo que discute en continuidad con estas posiciones, solo puede ser una concepción acabada o definida si responde a las cuestiones de qué valores son constitutivos del Derecho, cuál es su fundamento y qué prioridad, si es que alguna, cabe establecer entre ellos. Mi duda sobre la filosofía del Derecho de Atienza, que admiro por su riqueza y sabiduría práctica, es si ha respondido a estas preguntas. Si no es así, nadie mejor en nuestra academia para poder responderlas.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (1989), *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid: CEC (trad. de M. Atienza e I. Espejo).
- Alexy, R. (1999), «La tesis del caso especial», *Isegoría*, n. 21, 23-35.
- Alexy, R. (2016), «La dimensión real e ideal del Derecho», Acto de investidura del Doctorado Honoris Causa, Universidad de Zaragoza.
- Alexy, R. (2021), *Law's ideal Dimension*, Oxford: Oxford University Press.
- Atienza, M (2011a), «Cómo evaluar las argumentaciones judiciales» *Diánoia*, v. LVI, n. 67, 113-134.
- Atienza, M. (2011b), «Dos versiones del constitucionalismo», *Doxa*, n. 34, 73-88.

- Atienza, M. (2012), *El Derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel.
- Atienza, M. y García Amado, J.A. (2021), *Debates iusfilosóficos. Sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral*, Lima: Palestra.
- Atienza, M. y Ruíz Manero, J. (1996), *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona: Ariel.
- Atienza, M. y Ruíz Manero, J. (2000), *Ilícitos atípicos*, Madrid: Trotta.
- Atienza, M. y Ruíz Manero, J. (2001), «La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica», *Doxa*, n. 24, 115-130.
- Atienza, M. y Ruíz Manero, J. (2008), «La derrotabilidad y los límites del positivismo jurídico», *Teorder*, n. 4, 110-124.
- Campbell, T., (1996), *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Londres: Ashgate.
- Dworkin, R. (1977), *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1986), *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: The Belknap Press of HUP.
- Dworkin, R. (2006), *Justice in Robes*, Cambridge, Mass.: The Belknap Press of HUP.
- Fuller, L. (1969), *The Morality of Law: Revised Edition*, New Haven: Yale University Press.
- Habermas, J. (1981), «Problemas de legitimación en el Estado moderno». En *La reconstrucción del materialismo histórico*, Madrid: Taurus.
- Habermas, J. (1998), *Facticidad y validez*, Madrid: Trotta.
- Nino, C. S. (1992), *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. S. (1994), *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Barcelona: Ariel.

RUDOLF VON JHERING, EL DERECHO ROMANO Y LOS FERROCARRILES. CUANDO LA HISTORIA MATERIAL PLASMA LA HISTORIA JURÍDICA

MARIO G. LOSANO

Accademia delle Scienze. Torino

1. DERECHO Y REALIDAD

El concepto de «historia material» es frecuente en las ciencias físico-naturales y estudia sobre todo la evolución de los aparatos técnicos que han acompañado y promovido la investigación científica. Este acercamiento «no es sino el efecto de un cambio radical en la praxis científica que, a partir del Renacimiento, ha sustituido progresivamente la observación de los fenómenos naturales por la reacción de espacios debidamente equipados para su reproducción experimental» (Beretta, M. 2017, 10)¹ En las páginas que siguen, «historia material» es entendida en un sentido todavía más lato, como historia de la transformación del mundo material que el derecho está llamado a regular y que, en consecuencia, influye en la formulación de las reglas jurídicas y de las ciencias que se ocupan de ellas. Para el jurista de hoy, esta transición desde el cielo de los conceptos al mundo de la realidad evoca inmediatamente la obra del jurista alemán Rudolf von Jhering (1818-1892).

El nombre de Rudolf von Jhering se repite con frecuencia en la obra fundamental de Manuel Atienza, porque la idea del «derecho como práctica social, como actividad social» —que es aquella a la que se remiten Atienza mismo y los varios pensadores que él cita— viene rescatada por él directamente de Jhering: «Jhering (el segundo Jhering) es, sin duda, el precursor de la idea del Derecho que caracteriza el 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» (Atienza 2017, 45). En efecto, «me parece que el origen de la misma [idea del derecho como práctica social] en el pensamiento jurídico contemporáneo debe situarse en el segundo Jhering y, sobre todo, en su gran obra *El fin del derecho* (1877). Con ella (o un poco antes) se inicia, en efecto, una tradición en la manera de pensar el derecho [...] antagónica con lo que luego sería el normativismo kelseniano» (Ibid. 31). Esta frase de Atienza remite a los dos autores que he heredado de Norberto Bobbio: pero en las páginas que siguen la atención se concentrará en Jhering.

Un Bobbio de poco más de veinte años se remite muchas veces a Jhering en su tesis de licenciatura (*tesi di laurea*) de 1931: «En Jhering, el primero entre todos y más explícitamente

¹ La *Bibliografia ragionata* al final del volumen se refiere a las ciencias físico-naturales.

te, vienen planteados y discutidos con claridad y perspicacia los problemas introductorios de la jurisprudencia; él habla de «construcción jurídica» y trata de dar a esta fórmula tan abusada un significado determinado y preciso; distingue para ello una alta jurisprudencia de una jurisprudencia inferior, atribuyendo a la primera la tarea de la construcción, a la segunda, la de la interpretación jurídica; a la construcción ya está orientada la jurisprudencia actual, pero la interpretación no es por ello descuidada, debiendo constituir siempre la operación inicial que la jurisprudencia ejercita sobre la materia prima legislativa. El confín entre ambas está definido por una concepción particular del derecho: la de la historia natural, por la que la construcción jurídica puede ser definida: la aplicación a la materia jurídica del método de la historia natural; la jurisprudencia revela, pero no produce, el derecho, y a su lado hay una producción jurídica en el sentido más restringido de la palabra»². Jhering es citado más veces en esta tesis, y decenas de años después estará todavía bien presente en Bobbio, hasta tal punto que de su impulso arranca la traducción italiana de *El fin en el derecho*, como se verá en el parágrafo 3.

2. EL PRIMER Y EL SEGUNDO JHERING Y LA HISTORIA MATERIAL DE EUROPA

Jhering era un hombre de su tiempo, y tenía conciencia de ello, tanta que presenta su teoría como un fruto del mundo en que vive, en una frase que he colocado abriendo el segundo volumen de su *Lo scopo nel diritto* («El fin en el derecho»):

«He respirado el aire de mi tiempo, sin haber estado en condiciones de tener un diario de cuanto respiraba: solo sé que todo aquello que estoy en condiciones de dar se lo debo al tiempo en el que vivo, y me siento solamente como el punto en el que las ideas del tiempo han asumido provisionalmente el aspecto de una persona. La teoría histórico-social que tengo en mente fundar, pendía madura del árbol del tiempo, y yo debía solo coger el fruto maduro, lo que no quiere decir que bastase con tender la mano: sin encaramarme a una escalera no habría llegado a ello» (Jhering 2021, vol. II, XIII).

La formación de Jhering se realiza en el contexto de la Pandectística alemana, y su primera obra importante —*El espíritu del derecho romano* del 1862— parte de los textos clásicos del derecho romano e intenta una reconstrucción de ellos que haga a aquel derecho aplicable a la sociedad en que vivía; de hecho, en la Alemania del XIX, el derecho romano era todavía derecho vigente y, por consiguiente, el romanista era, no solo un historiador del derecho, sino también un jurista práctico. Tendremos una prueba de ello cuando, poco después, encontremos a Jhe-

² Archivio Storico dell'Università di Torino (ASUT): Norberto Bobbio, Regia Università di Torino —Tesi di Laurea in Filosofia del Diritto— *Filosofia e dogmatica del diritto*. Chiar.mo Prof. Giole Solari, Torino. Giugno 1931— IX, pp. 155-157. Las dos tesis de licenciatura de Bobbio están en prensa: Norberto Bobbio, *Filosofia e dogmatica del diritto* (1931) y *La fenomenologia di Husserl* (1933). Prefacio a cargo de Mario G. Losano (Studien zur Rechtstheorie, Veröffentlichungen des Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Band 1) Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main. 2023, XI-295 pp.

ring como asesor jurídico en las vicisitudes que acompañarán la construcción de los ferrocarriles no solo alemanes. Sin embargo, la evolución socio-económica de la Alemania del XIX acabó por revelarse incompatible con esta tentativa de reconstrucción y remodelación del derecho romano, provocando una cesura en el pensamiento y en las obras de Jhering. Su producción científica conoce así dos fases: «La primera es sistemática y la segunda teleológica. En otros términos, la primera fase se propone estudiar la estructura del derecho sin salir de él, mientras la segunda fase busca su elemento unificador fuera del derecho mismo, en el fin que el derecho persigue, es decir, en el interés, no sólo del individuo, sino también de la sociedad» (Losano 2002, I, 280)³. A principios del siglo XIX apelarán al segundo Jhering la «Jurisprudencia de intereses», la «Escuela del derecho libre», y, en general, los movimientos antiformalistas tanto en Europa como en Estados Unidos y en Japón⁴, hasta las corrientes actuales del «uso alternativo del derecho» y del «derecho alternativo»⁵.

Jhering nace en 1818 y vive hasta 1892; su vida cubre el siglo XIX casi por entero, es decir, los años en que la revolución industrial transforma el mundo y en particular Alemania. La riqueza nace cada vez más de la industria, y cada vez menos de la agricultura. El crecimiento de la industria provoca una profunda modificación social: nace el proletariado, con sus organizaciones y sus reivindicaciones. La máquina de vapor revoluciona los transportes (Figuier 1858, 1885), de suerte que la navegación no depende ya del viento y de las corrientes, mientras que el transporte terrestre arroja un saldo de calidad con el advenimiento y la difusión de los ferrocarriles, que sustituyen las precedentes grandes arterias de comunicación, es decir, los grandes ríos y canales. En Alemania, la red ferroviaria pasa de los cerca de 5000 km de 1850 a los 20.000 km de 1874 y supera los 60.000 km en 1914. La expansión de los ferrocarriles incrementa la extracción de carbón y la producción de hierro, y acelera los transportes de todas las mercancías. Para acelerar ulteriormente los transportes son excavados los túneles de ferrocarril, que permiten a los trenes salvar cómodamente los Alpes. En 1871 la perforación ferroviaria de Frejus conecta Italia a Francia; en 1898 se inician los trabajos para el túnel del ferrocarril de Sempione entre Italia y Suiza, terminado en 1905.

Estas grandes obras revestían, sin embargo, una importancia no sólo económica sino también militar y política. En 1846, Camilo Cavour, «en el artículo *Des chemins de fer en Italie*,

³ A Jhering se dedica el capítulo XIV, *La costruzione negata del diritto romano: Jhering* (pp. 280-303)

⁴ Para los Estados Unidos baste mencionar a Roscoe Pound (1870-1964); para Japón Kato Hiroyuki (1836-1916), importante político y estudioso de lenguas y temas occidentales de la época Meiji, favorecedor de la introducción en Japón de la monarquía constitucional de modelo occidental y estudioso del darwinismo social, publicó en Alemania *Der Kampf ums Recht des Stärkeren und seine Entwicklung*, Friedländer, Berlin 1894, (con una clara resonancia jheringiana en el título alemán), traducción de *Competition between Rights of the Strong*, 1893. Este último volumen, el *Progress on Law and Morality* (1894) y la *Theory of Legal and Moral Evolution* (1900) son obras que no he encontrado, aunque los títulos en inglés son citados por André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique. I. Où va la Sociologie du droit?*, LGDJ, Paris 1982, pg. 82, en la bibliografía, pg. 87 (pero en esta el volumen mencionado bajo el nombre Hiroyuki, mientras que el apellido es Kato).

⁵ Para un panorama de los movimientos antiformalistas de origen Jheringiano: Morton White (1949), Aristide Tanzi (1999), Pietro Barcellona (1973); en fin, la literatura citada en el capítulo IV, *Il dubbio sulla ragione*, en Losano (2002, II, 114-154). En particular §5, *Oltre Jhering: fra costruzione sistematica e valutazione degli interessi*. Pp. 125-131.

aparecido en París en la *Revue Nouvelle* del 1º de mayo de 1846, preconizaba que el desarrollo del ferrocarril habría destruido, por la fuerza natural de las cosas, el municipalismo y acercado gobiernos y pueblos, preparando, sin necesidad de conspiraciones y con la concordia de todos, la independencia. Porque «por grandes que sean las ventajas materiales que los ferrocarriles están destinados a difundir por Italia, no vacilamos en decir que estarán por debajo de los efectos morales que deben provocar» (Sacco 2012, 10). La superación de los localismos y la intensificación de las relaciones de todo tipo estuvieron entre las concausas de la unificación de Italia en 1861 y de Alemania en 1871. Pero la historia de los túneles ferroviarios es bastante más compleja, y continúa en la actualidad. Desde 1995 la idea de unir Italia con Francia, es decir, Turín y Lyon, con un tren de alta velocidad (TAV) es objeto de violentas protestas en el Valle de Susa: sobre ello existe ya una literatura, una filmografía y también una serie de actos judiciales (Wu Ming 1 2016; Revelli-Pepino 2012).

De esa progresión de eventos, un economista ruso, Dimitri Kondratiev, ha propuesto una periodización que puede ser aplicada también al derecho⁶, y, en particular, contribuye a explicar el paso del primer al segundo Jhering. A partir de la revolución industrial iniciada en 1771, las «olas de Kondratiev» identifican cinco épocas de crisis de la economía capitalista: cada una dura alrededor de 50-60 años, y el paso de una a la otra está signado por una crisis financiera o una guerra, cuando no por ambas⁷.

En el momento final de la fase que Kondratiev llama «del vapor y de los ferrocarriles» (iniciada en 1829), Jhering escribió en 1859 un dictamen sobre la controvertida cesión de la copropiedad de dos buques (Kroppenberg 2015)⁸, y, en 1867, los dictámenes jurídicos sobre el ferrocarril Lucca-Pistoia (Jhering 1867)⁹, sobre la Estación Central de Berna (Jhering 1877, 1878), sobre la Gäubahn (Jhering 1880) y sobre el ferrocarril del Gottardo (Jhering 1884). Estaba, por tanto, inmerso en la transición hacia la fase «del acero, la electricidad y la ingeniería pesada» (iniciada en 1875), en el curso de la cual se convence de que el derecho romano —idóneo para una sociedad agraria y todavía vigente en Alemania— debía ser superado: el *usus modernus pandectarum* no era ya suficiente para adaptar el derecho romano a la nueva realidad alemana. Las dudas de Jhering —que lo llevarán a distanciarse de los pandectistas clásicos— surgieron ya en la redacción del *Spirito del diritto romano* (*Espíritu del derecho romano*) cuando enumera algunos institutos necesarios para el desarrollo económico, como la representación directa, las cartas hipotecarias y los títulos al portador, que no son construibles según los conceptos del derecho romano, y que por ello un pandectista tradicional como Puchta definió como «monstruosos»:

⁶ Por ejemplo, a la fase industrial corresponde una codificación que sustituyó la tradición romanística: la iniciaron Baviera, con los códigos de 1751-56, y Prusia en 1793-94, seguidas de las codificaciones austríaca y francesa, culminada por el *Code Napoléon* de 1804.

⁷ El economista soviético Nikolaj Dmitrievic Kondrat'ev (1898-1938) favorable a la NEP, fue fusilado en el curso de las purgas estalinistas; Kondrat'ev (1998); Day 1989.

⁸ El dictamen de Jhering, conservado en su *Nachlass* en la biblioteca universitaria de Göttingen — se transcribe en pp. 60-87: *Gutachten Rudolf Jherings, erstatten in der Rechtssache Paw & Fawcus gegen Brockelmann am 1. Januar 1859*.

⁹ Para ulteriores informaciones sobre los escritos confrontar los n. 43 y 44 de Losano (1984)

«En lugar de ver con alegría una extensión de nuestra inventiva, puesto que nuestra tullida lógica no alcanza a superar los conceptos del derecho romano, ¿debemos estampar en ellos el estigma de la no juridicidad?; es decir ¿debemos admitir que no estamos en condiciones de entender aquello que no es romano o que no es incluíble en una forma romanística, como si el derecho romano contuviese el canon de aquello que se puede pensar en el campo del derecho? Pero esta es una declaración de la incapacidad de la ciencia actual, ¡una declaración de bancarrota científica! Rompamos las cadenas en que nos tiene cautivos esta locura. Todo aquel culto de la lógica, que querría transformar la jurisprudencia en una matemática, es un extravío y se funda en el desconocimiento de la esencia del derecho. La vida no existe para los conceptos, sino los conceptos para la vida. Ha de suceder lo que está exigido no por la lógica, sino por la vida, por los tráficos, por el sentimiento jurídico, sea o no sea deducible lógicamente» (Jhering 1924, 318)

En esta fase se sitúa el paso de Jhering del *Espíritu del derecho romano* a *El fin en el derecho*, paso en el que aparta su vista del lejano pasado clásico para dirigirla a la sociedad en transformación que le circunda. Mientras trabajaba en *El fin en el derecho* estaba por iniciarse (desde 1908) la cuarta ola de Kondratiev, la «del petróleo, el automóvil y la producción en masa»: en el derecho alemán, este paso tiene su símbolo en el fin del *usus modernus Pandectarum* y la entrada en vigor del Código Civil, el BGB, el 1º de enero de 1900.

Los años en que toma forma *El fin en el derecho* son años complejos para el área germánica, con las dificultades de la tercera «ola de Kondratiev» antes recordada, que se inicia en torno a 1875 y está signada por una guerra y una crisis financiera. En 1870-1871 la Guerra franco-prusiana trastoca los equilibrios europeos y marca el ascenso de Alemania como potencia continental. Poco después se manifestó la crisis financiera: «En Viena, el 9 de mayo de 1873, una semana después de la inauguración de la Exposición Mundial, la insolvencia de la Banca Franco-Húngara provocó la caída de la bolsa. Los efectos de aquel Viernes Negro se propagaron al exterior: en septiembre, por primera vez en su historia, la bolsa de Nueva York es cerrada por diez días y en octubre entró en crisis la bolsa alemana. Con la misma velocidad a la que habían nacido, muchas sociedades por acciones y muchas bancas cerraron sus puertas. Los consumos disminuyeron. El paro creciente provocó un aumento de la emigración. Alemania concluía la «época de los fundadores» (*Gründerzeit*) con el «fracaso de los fundadores» (*Gründerkrach*)» (Losano 2014, vol. I, XII).

Jhering enseñaba en Viena desde 1868 y por tanto no se había visto envuelto directamente en la Guerra franco-prusiana de 1870-1871. Participó en ella en cambio su primogénito Hermann (Losano 1991) que se enroló voluntario en el ejército prusiano. Después vino «una grave crisis económica que duró desde 1873 a 1890, esto es, justamente los años en que Jhering trabajaba en *El fin en el derecho*: de hecho, en este último se encuentran varias alusiones a la crisis económica y a la peligrosidad social de los bancos» (Losano 2014, vol. 1, p. XI). En el segundo volumen de *El fin en el derecho*, publicado en 1883, Jhering recuerda que «la escrupulosidad, la honestidad y el sentido del deber» tienen un valor no solo ético sino también económico, y comenta: «En los tráficos de un pueblo, su ausencia cuesta millones tanto para los tráficos internos cuanto sobre todo para el comercio exterior, para su cuota de tráficos mundiales: nuestra industria alemana y nuestro comercio pueden contar tristes historias al respecto» (Jhering 2021, II, 40).

En el segundo volumen de *El fin en el derecho* Jhering concentra su atención en los comportamientos sociales (las costumbres, la moralidad, las mañas, los malos hábitos, la liberalidad, la hospitalidad, la modo, el decoro, el escándalo, la cortesía, el respeto), en el lenguaje con el que se expresan, hasta la «sintaxis de la cortesía», es decir, el uso del pronombre «yo», «nosotros», «vosotros». Con razón, Jhering puede por ello ser considerado el fundador de una jurisprudencia sociológica y, en cierta medida, de la sociología jurídica (Treves 2002)¹⁰; pero con los límites que le venían de su formación de jurista romanista y de la configuración de las ciencias sociales de su tiempo. Además, los juristas contemporáneos suyos se esperaban de él una obra de tipo pandectístico, y acogieron mal *El fin en el derecho*, que era en cambio una obra en la que Jhering se proponía un análisis global de la sociedad y de las reglas —no solo jurídicas— en las que se fundaba. Pero no disponía de los instrumentos que le habría podido suministrar la sociología actual, y por ello debía:

«remitirse a las disciplinas que le parecían ofrecer la elaboración general de la que tenía necesidad: la lingüística, a través de la que orientarse hacia las actitudes comunes de amplios estratos de población; la etimología, para perseguir, a través de la evolución de los términos también la evolución de las costumbres; la etnografía, de la cual recabar elementos para confrontar los comportamientos sociales presentes también en sociedades y en continentes distintos (hoy hablaríamos de antropología cultural o jurídica); en fin, aunque en menor medida, la estadística aplicada a los fenómenos sociales. Estas, sin embargo, eran disciplinas en las que Jhering no tenía una preparación específica: debía, por tanto, confiar en la documentación existente en la mitad del xix y en las indicaciones sobre problemas específicos de amigos y colegas a los que se las solicitaba.

Jhering vino así a encontrarse expuesto a un fuego cruzado de críticas. Los juristas, desorientados, le reprochaban que se moviera en un terreno que no era ya el jurídico, el único en el que Jhering era un especialista; los lingüistas y los otros estudiosos le reprochaban en cambio que se moviera en ámbitos para él desconocidos, y ser por ello un diletante. Los filósofos no lo trataron mejor: uno parangonó su horizonte filosófico con el de un pastor de ovejas frisón (la tierra de origen de Jhering); para otro fue siempre en filosofía un invitado y no fue nunca de casa; Dilthey, en 1877, saludó el primer volumen de *El fin en el derecho* lamentando que otro bello ingenio hubiera sido matado por el darwinismo» (Losano 2021, II, XXXV)¹¹.

3. LA TRADUCCIÓN ITALIANA DE *EL FIN EN EL DERECHO*

La producción de libros de Jhering ha sido discontinua porque tendía a trabajar demasiado tiempo sobre la misma obra, de modo que le sobrevenían ideas ulteriores a desarrollar que

¹⁰ Sobre Jhering, aludido muchas veces, cfr. en particular el párrafo 19 *Jhering e lo scopo del diritto*, pp. 104 a 108. También Atienza coloca a Jhering «en los orígenes de la constitución de la moderna sociología del derecho, en cuanto disciplina interesada en estudiar el Derecho como fenómeno social» (Atienza 2017, 276).

¹¹ Le *bon mot* de Dilthey es recogido por Christian Helfer, *Vorwort*, en la edición anastática de los dos volúmenes de *Der Zweck im Recht* (Jhering 1970, I, V)

lo llevaban a interrumpir la obra en curso para iniciar una nueva. Esta fue la suerte del *Espíritu del derecho romano*, cuando hubo llegado, pero no concluido, el cuarto volumen, porque el último capítulo se transformó en *El fin en el derecho*. Empero esta obra, al llegar al segundo volumen, permaneció incompleta. He recorrido de nuevo la historia de estos volúmenes en las *Prefazioni* a los dos volúmenes de *Lo Scopo nel diritto* y a ellas reenvío (Losano 2014).

Las otras obras de Jhering han conocido traducciones en varias lenguas, que se pueden encontrar en las bibliografías jheringianas que he estado preparando desde 1968 tratando de poner orden en una vasta producción científica¹². Sin embargo, la traducción de las dos obras mayores ha sido obstaculizada por la lentitud de la gestación y por la incompletitud del resultado final. Así, del *Espíritu del derecho romano* ha sido traducido en italiano solamente el primer volumen en 1855¹³, mientras la traducción de *El fin en el derecho* tuvo su origen en una afortunada coincidencia editorial.

La casa editora Einaudi se reunía cada miércoles para tomar el pulso a las publicaciones en curso y para examinar las propuestas editoriales. En una de estas reuniones, en las que participábamos también Norberto Bobbio y yo, llegó la propuesta de traducir a un pandectista alemán, no recuerdo si Puchta o Windscheid. Bobbio, que, como hemos visto, ya en su tesis se había hecho eco de Jhering, observó que hasta ese momento no había sido traducido al italiano un autor importante, Jhering, y que por tanto habría sido más apropiado editorialmente traducir antes que nada a Jhering, más que a los pandectistas por relevantes que fueran. Yo acababa de traducir la *Dottrina pura del diritto* de Kelsen, que había sido publicada en 1966. La perorata de Bobbio suscitó la decisión de Giulio Einaudi a tambor batiente: «Lo traduce Losano». Aquí tiene su inicio mi larga frecuentación jheringiana, cuyo primer fruto fue *La bibliografía di Rudolf von Jhering* que encierra también un testimonio escondido del espíritu que hermanaba a los einaudianos: el pequeño libro fue realizado «fuori commercio» por el gabinete técnico y me fue entregado el día señalado en última página: «Acabado de imprimir el 5 de octubre de 1968», el día de mi vigesimonoveno cumpleaños.

El primer volumen de *Lo scopo del diritto* fue publicado en 1972 en la colección de clásicos (Jhering 1972); y rápidamente emprendí la traducción del segundo volumen: pero las vicisitudes editoriales imprimieron un curso distinto a mis publicaciones jheringianas. La casa editora Einaudi fue absorbida en 1994 por el Grupo Mondadori (controlado a su vez por el Grupo Fininvest, es decir, por la familia Berlusconi); las relaciones con los colaboradores tradicionales se enfriaron; en 1999 murió Giulio Einaudi. En breve: no solo no se habló más del segundo

¹² Losano, *Bibliografia di Rudolf von Jhering*, Einaudi, Torino. 1968, 66 pp (edición fuera de comercio), presentada también en el Congreso a los 150 años de la muerte de Jhering: Id. *Bibliographie Rudolf von Jhering*, en *Jherings Erbe. Göttinger Symposium zum 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolf von Jhering*. Herausgegeben von Franza Wieacker und Christian Wollschläger, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1970, pp. 253-302. Además: Id., *Bibliografia di Rudolf von Jhering*, en: Carteggio Jhering-Gerber (1849-1872). A cargo de Mario G. Losano, Giuffrè, Milano, 1977 pp. 536-625. Id. *Bibliografia di Rudolf von Jhering*, en Mario G. Losano — Ermanno Bonazzi, *Bibliografie di Jhering e Gerber*, Milano, Giuffrè 1978, pp. 1-63.

¹³ Rodolfo Jhering, *Lo spirito del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo*. Traducción del alemán de Luigi Bellavite; con añadidos y cambios del autor, o aprobados por él, y un prefacio del traductor. Milano. Pirotra 1855.

volumen de *Lo scopo del diritto*, sino que el primer volumen mismo, agotado desde hacía años, no fue reeditado. Tras haber esperado cuarenta años, pedí a la casa editorial Einaudi que me devolvieran los derechos y en 2014 publiqué el volumen con el editor Nino Aragno, con una nueva *Prefazione*, que complementaba a la de la precedente edición einaudiana, y con dos instrumentos de trabajo: la *Cronologia della vita e opere di Rudolf von Jhering* y la lista de las *Traduzioni in italiano delle opere di Rudolf von Jhering* (Jhering 2014). Tras siete años publiqué el segundo tomo de la obra, con un amplio prefacio que explica la novedad de este volumen respecto de la producción jheringiana (Jhering 2021).

4. EL MUNDO DE JHERING REFLEJADO EN SUS CARTAS

En paralelo a estas traducciones, en 1967, las vicisitudes universitarias me llevaron a las —entonces— dos Alemanias. En Berlín Este, en la Staatsbibliothek, encontré el catálogo de las cartas de Jhering, pero no las cartas mismas: evacuadas de Berlín a Marburgo durante la guerra, fueron al fin de ella devueltas a Berlín, que en el interin estaba dividida en cuatro sectores, y colocadas en el Berlín Oeste en la Stiftung Preussischer Kulturbesitz¹⁴.

Atravesando repetidas veces en automóvil el Check Point Charlie en Berlín y con la ayuda de instituciones de ambas Alemanias, conseguí fotocopiar, transcribir y publicar los tres volúmenes de las cartas: en 1984, los dos tomos de las cartas de Rudolf von Jhering a Karl Friedrich von Gerber, y en 1996 el volumen de las cartas de Jhering a Josef Unger, así como a Julius y Minna Glaser. Tras la prematura muerte de Julius Glaser a los 54 años en 1885, Jhering continuó todos los años enviando su felicitación de Navidad a Minna Glaser. Ya septuagenario, el 24 de diciembre de 1891, Jhering escribía a Minna Glaser: «Desde mi última carta ha pasado ya un año, y usted sabe que cada día de San Esteban debe llegarle una carta de mi parte: lo haré mientras viva. Ello debe mostrarle que recuerdo con el afecto y la adhesión de siempre a mi difunto e inolvidable amigo, así como a usted y a sus seres queridos. Está enraizado en mí de tal manera que el pasar del tiempo no puede cambiar nada» (Losano 1996, 243).

El epistolario con Gerber se inicia en 1849, termina el 1872 y consta de casi 300 cartas incluidas en el primer tomo (Losano 1984a), mientras que en el segundo tomo he reunido una serie de estudios y datos bibliográficos sobre ambos correspondientes (Losano 1984b). El epistolario con Unger y Glaser se inicia en 1880, termina en 1892 y consta de 100 cartas (Losano 1996). Estos tres epistolarios ofrecen una representación directa de la vida tanto personal como científica de Jhering y de sus correspondientes. Por ello, el epistolario entre Jhering y Gerber ha sido traducido al italiano con una amplia introducción (complementaria de las hasta aquí mencionadas), que pone de relieve la relevancia de este epistolario:

«En el inicio de la Escuela Histórica del Derecho esta la amistad, que dura una vida, entre el romanista Savigny y el germanista Eichhorn. A su conclusión está la amistad, que dura

¹⁴ La descripción de la compleja situación de los originales de las cartas y de su preparación para la imprenta está en *Carteggio Jhering-Gerber (1849-1872)*. Al cuidado de Mario G. Losano. Milano. Giuffrè 1977.

igual una vida, entre el romanista Jhering y el germanista Gerber. El epistolario entre estos dos últimos juristas encierra por tanto el culmen de la época áurea de la doctrina jurídica alemana, y, al mismo tiempo, el inicio de nuevas corrientes de pensamiento presentes todavía hoy en la ciencia jurídica. De hecho, mientras que con Savigny y Eichhorn tomaron forma los principios metodológicos de la ciencia jurídica alemana del XIX, con Jhering y Gerber aquellos principios vinieron sometidos a una verificación rigurosa. Ella se concluye, para Jhering, con el paso a la metodología opuesta del funcionalismo, mientras que Gerber perseveró en su adhesión a la noción de derecho como sistema. Con la publicación de las 297 cartas de este epistolario, escritas entre 1849 y 1872, ve por tanto la luz un testimonio insustituible de esta revolución personal y esta bifurcación entre sistema y función en el estudio del derecho¹⁵

Sin embargo, el interés suscitado por este epistolario no es exclusivamente científico, porque a través de él se transparenta también la vida cotidiana de los dos corresponsales. Es, en cierta medida, aquel «diario de cuanto respiraba» que Jhering lamenta no «haber estado en condiciones de tener» (*supra*, nota 5). Releer hoy sus cartas provoca también la emoción de acercarse a un género literario que ya está extinguido: la informática ha anulado ya el arte de escribir cartas y ha privado a los estudiosos futuros de esta fuente directa y genuina de datos biográficos (Losano 2020). En cambio, las largas y heterogéneas cartas del epistolario entre Jhering y Gerber hacen al lector actual partícipe de su cotidianeidad como personas, y no solo como estudiosos:

«Largas y heterogéneas: no podían ser de otra manera las cartas de los dos amigos y colegas, unidos de comunes intereses científicos y académicos, pero situados en un mundo en el que los ferrocarriles no habían suplantado todavía a la diligencia, salvo en algunos recorridos, ni el teléfono había hecho superflua la comunicación escrita de eventos y problemas. En estas condiciones, era inevitable que en las misivas se hablase de cátedras vacantes y de niños con sarampión; que la petición de noticias sobre la redacción de un libro se cruzara con informaciones relativas a una piña enviada por separado; que los problemas de una mudanza (hoy verdaderamente marginales respecto de la historia de la cultura jurídica del XIX), se dilataran carta tras carta, relegando a oscuros postscriptos las noticias sobre los libros y sobre la revista (dirigida por el destinatario). Justamente de esta heterogeneidad de los temas surgen los hombres Jhering y Gerber: su vida, en efecto, no estaba exclusivamente dedicada a la redacción de los libros que les hicieron célebres»¹⁶

REFERENCIAS

- Atienza, M. (2017) *Filosofía del derecho y transformación social*. Madrid. Trotta.
 Barcellona, P. (ed.) (1973) *L'uso alternativo del diritto*. Dos volúmenes. Bari. Laterza.

¹⁵ *Carteggio Jhering-Gerber (1849-1872)*, A cargo de Mario G. Losano, Milano. Giuffrè. 1977. La cita (p. XVII) proviene de la introducción —titulada *La teoría jurídica en la bifurcación entre sistema y función*— que analiza el paso del primer al segundo Jhering.

¹⁶ *Carteggio Jhering-Gerber (1849-1872)*, cit., pg. LV

- Beretta, M. (2017) *Storia materiale della scienza*. Roma, Carocci. (1ª ed. 2002)
- Day, R.B. (1989) *La teoria dei cicli lunghi: Kondratiev, Trotsky, Mandel*. Foligno. Centro Studi Pietro Tresso.
- Figuier, L. (1858) *Machine à vapeur; Bateaux à vapeur; Chemins de fer*. Paris. Masson—Langelois et Leclercq.
- Figuier, L. (1885?) *Les nouvelles conquêtes de la science: grands tunnels et railways metropolitains*. Paris. Marpon & Flammarion.
- Jhering, R. (1867) «Der Lucca-Pistoia Eisenbahnstreit», en *Archiv für praktische Rechtswissenschaft (Neue Folge)*.
- Jhering, R. (1877) *Rechtsgutachten in Sachen des Stadt Bern contra Centralbahn zu Basel*. Basel. Bonfantini.
- Jhering, R. (1878) *Bemerkunen zum Rechtsgutachten des Geheimraths Prof. Dr. Bluntschli in Sachen Stadt Bern contra Centralbahn*. Basel. Bonfantini.
- Jhering, R. (1880) «Ein Rechtsgutachten [betreffend di Gäubahn]. Theoretische Ausführungen», en «*Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*».
- Jhering, R. (1884) *Zwei Gutachten in Sachen der Gottardbahn Gesellschaft gegen die Unternehmung des grossen Tunnels (Favre)*. Luzern. Meyer.
- Jhering, R. (1972) *Lo scopo del diritto. Vol I*. A cargo de Mario G. Losano. Torino. Einaudi.
- Jhering, R. (2014) *Lo scopo del diritto. Vol I*. Introducción a cargo de Mario G. Losano. Nino Aragno ed.
- Jhering, R. (2021) *Lo scopo nel diritto*. Dos volúmenes. Traducción de Mario G. Losano. Torino. Nino Aragno Editore.
- Jhering, R. (1924) *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Dritter Teil, erster Abteilung*. Leipzig. Breitkopf und Härtel.
- Jhering, R. (1970) *Der Zweck im Recht*. Nueva York. Georg Olms, Hildesheim (edición anastática).
- Kondrat'ev N. (1998) *The Works of Nikolai D. Kondratiev*. 4 vol. London. Pickering & Chatto.
- Kroppenber, I. (2015) *Die Plastik des Rechts. Sammlung und System bei Rudolf von Jhering*. Berlin. Duncker & Humblot.
- Losano, M. (1984a) *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*. Münchener Universitätschriften. Juristische Fakultät. Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, Band 55/1, Teil 1. Ebelsbach. Verlag Rolf Gremer.
- Losano, M. (1984b) *Studien zu Jhering und Gerber*. Münchener Universitätschriften. Juristische Fakultät. Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, Band 55/2, Teil 2. Ebelsbach. Verlag Rolf Gremer.
- Losano, M. (1991) «Un precursore dell'ecologia in Brasile: Hermann von Jhering», en *Sociologia del diritto*, XVIII, n. 1
- Losano, M. (1996) *Der Briefwechsel Jherings mit Unger und Glaser*. Münchener Universitätschriften. Juristische Fakultät. Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, Band 78. Ebelsbach. Aktive Verlag.
- Losano, M. (2002) *Sistema e struttura nel diritto*. Tres volúmenes. Giuffrè. Milano.
- Losano, M. (2014) *Prefazione a Jhering (2021)*.

- Losano, M. (2021) «Scripta volant: la volatilizzazione dei documenti nell'era digitale», en *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, XXV, n° 1.
- Revelli, M. & Pepino, L. (2012) *Non solo un treno — La democrazia alla prova della Val Susa*. Torino. Edizioni Gruppo Abele.
- Sacco, S. (2012) *Frejus. Sbocco europeo della rete ferroviaria cavouriana*. Borgone di Susa. Edizioni del Graffio.
- Tanzi, A. (ed.) (1999) *L'antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*. Milano. Cortina.
- White, M. (1949) *Social Thought in America: the Revolt against Formalism*. New York. Viking Press.
- Wu Min 1 [pseudónimo de Roberto Bui] (2016) *Un viaggio che non promettiamo breve. Venti-cinque anni di lotta No Tav*. Torino. Einaudi.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL POSTPOSITIVISMO DE MANUEL ATIENZA

ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE

Universidad de Granada

1. INTRODUCCIÓN

Es manifiesta la relevancia de la teoría de los principios en la reflexión iusfilosófica de las últimas décadas. Los principios jurídicos y sus diferencias con las reglas conformaron uno de los puntales de las críticas de Dworkin (1977, pp. 72 y ss.) al iuspositivismo hartiano que animaron gran parte del debate iusfilosófico en la *angloesfera*. En el ámbito continental, el descubrimiento de los principios, básicamente los constitucionales, ha inspirado elaboraciones importantes sobre los derechos fundamentales, como la de Alexy (1986, pp. 81 y ss.), o sobre la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos (Guastini, 2003) y también ha posibilitado la formulación de alternativas teóricas al positivismo jurídico, como el neoconstitucionalismo¹ o el postpositivismo².

Como es bien sabido, la que podríamos considerar teoría estándar de los principios los considera patrones normativos lógicos o conceptualmente diferentes a las reglas. Los principios de Dworkin (1977, pp. 76-77) o de Alexy (1986, pp. 86-87 o 98 y ss.) son normas que exigen que algo se realice en cada caso en la mayor medida de lo posible, es decir, mandatos de optimización que podrían ser cumplidos en distinto grado. Las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no, de modo que, si una regla es válida y ordena hacer algo, ha de hacerse lo que exige: no vale hacer algo menos o hacerlo en alguna medida conveniente.

Frente a estos planteamientos que predicaban una distinción fuerte entre reglas y principios, se han dirigido diversas críticas que insisten en una distinción débil o gradual, según la que los principios serían simplemente patrones normativos más generales que las reglas³ (Aarnio, 1997, p. 17 o 2000, p. 593). Cualquier demarcación lógica sería, por tanto, errónea y reglas y principios formarían parte de una escala que iría desde las reglas más prototípicas a los principios que expresan valores, pasando por reglas parecidas a principios que permiten una aplicación flexible y por principios más concretos que los valores (Aarnio, 1997, p. 23).

¹ Una caracterización esclarecedora en Comanducci (2003, pp. 82 y ss.), Vigo (2016, pp. 419-420) o Briones (2021). Una defensa en García Figueroa (2011, p. 122 o 2019, pp. 5, 10-11).

² A propósito de esta apuesta teórica, Atienza (2017, pp. 117 y ss.) o Aguiló (2007, pp. 669 y ss.)

³ En un sentido similar, Hugues (1968, p. 419) o Raz (1972, pp. 834-838).

2. REGLAS Y PRINCIPIOS: EL MODELO DE ATIENZA Y RUIZ MANERO

La teoría de Atienza y Ruiz Manero sobre la distinción entre reglas y principios es meritoria en muchos aspectos. Esta propuesta parece querer superar la confrontación entre distinciones fuertes y débiles o, al menos, su carácter disyuntivo, proponiendo dos criterios de distinción entre disposiciones⁴: de un lado, el carácter abierto o cerrado de las condiciones de aplicación de la disposición y, del otro, su contenido, que podría ser la consecución de un estado de cosas o la realización de una acción. Es así posible diferenciar entre reglas de fin, reglas de acción, directrices y principios en sentido estricto, aunque el interés de Atienza y Ruiz Manero (1996, pp. 7-11) se centra fundamentalmente en los tres últimos supuestos. Las reglas (de acción) y los principios en sentido estricto se parecerían por ser ambos mandatos referidos a acciones, si bien las reglas determinan las condiciones en las que debe aplicarse su consecuente y los principios no. No sería correcto, por tanto, que los principios puedan cumplirse en mayor o menor medida, pues cuando un principio es aplicable, solo puede o cumplirse plenamente o incumplirse. De otro lado, las reglas de fin ordenan la consecución plena de un fin sin especificar las acciones a través de las que lograrlo, mientras que las directrices, en tanto que *principios de fin*, no acotarían ni su antecedente ni su consecuente, que además debería ser logrado en la mayor medida posible y no necesariamente de modo pleno⁵.

Otro mérito de la teoría de los enunciados jurídicos de Atienza y Ruiz Manero reside en el hecho de que aborda el problema de la distinción entre disposiciones desde una triple perspectiva: junto a la aproximación estructural —ya contemplada— relativa a la forma o estructura de cada tipo de norma, la perspectiva justificatoria se interesa por el tipo de razones para la acción que se podrían construir a partir de principios o reglas y la perspectiva sociopolítica indaga sobre los intereses o relaciones de poder que los distintos tipos de normas protegen o promueven. Desde el punto de vista justificatorio, los principios y las reglas son razones para la acción diferentes, es decir, razones que inciden de modo singular sobre la «deliberación en la conducta jurídicamente guiada» (Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 12). Desde el punto de vista sociopolítico del poder y los intereses en juego, las reglas parecen singularmente aptas para permitir a los individuos desarrollar su propio plan de vida sin necesidad de ponderar en cada ocasión en qué modo su acción podría afectar a los intereses de otros (p. 17), mientras que los principios presuponen la existencia de valores llamados a condicionar el modo en que alguien podría perseguir sus propios intereses y tratan de evitar que estos valores se vean dañados (p. 18).

Un tercer mérito de la teoría de Atienza y Ruiz Manero es que incita a ir más allá de una aproximación puramente normativa al problema de los principios. Para Atienza y Ruiz Manero (1996, p. 7), cualquier molde o estructura que se proponga para los distintos tipos de disposiciones no implica, por ejemplo, que las normas sean entidades lingüísticas o no y tan solo

⁴ Sobre las razones para preferir la clasificación de las normas en reglas, principios y directrices frente a la binaria de Alexy, Atienza (2010, pp. 52-53).

⁵ Una distinción en términos parecidos es la Penski (1989, citado por Portocarrero, 2016, pp. 55-57), quien define a las reglas como normas que determinan una acción concreta y a los principios como normas-objetivo o normas-programa que determinan que se avance hacia una cierta meta o hacia un estado digno de ser alcanzado, sin determinar las acciones necesarias para su consecución.

presupone que, sean lo que sean, pueden expresarse mediante el lenguaje. Esto les permite sortear las dificultades a las que se enfrenta quien se acerca al problema de la distinción entre principios y reglas como si estuviera referida a tipos objetivos de normas, es decir, como si existieran normas que fueran principios o reglas y como si además las normas solo pudieran existir de ese modo⁶.

Este planteamiento invita a interesarse por lo que podríamos denominar el grado de principialización o de *reglalización*⁷ del derecho, visto que las normas son reglas o principios solo después de un proceso de reconstrucción o interpretación⁸ que es sensible, entre otras muchas cuestiones, a la concepción del derecho que se suscriba⁹. También pone de manifiesto el carácter normativo de las teorías que —como el positivismo jurídico, el neoconstitucionalismo o el postpositivismo— debaten sobre la estructura o el carácter de los principios. En última instancia, quienes promueven un modelo de derecho principializado y quienes insisten en que los jueces se consideren vinculados a las especificaciones realizadas por el legislador en las reglas, tendrían, por decirlo en términos dworkinianos, un desacuerdo teórico sobre los fundamentos de derecho, es decir, un desacuerdo sobre el tipo de razones en las que los jueces deberían fundamentar sus decisiones y sobre las razones para que esas razones estén preponderantemente basadas en reglas o más bien basadas en principios¹⁰.

3. POSTPOSITIVISMO Y PRINCIPIALISMO

Sobre estas cuestiones, es sabido que Atienza se ha mostrado partidario de una teoría postpositivista del derecho. Intentaré, en lo que queda, clarificar cuáles podrían ser las credenciales teóricas del postpositivismo de Atienza, visto que no queda satisfactoriamente descrito diciendo

⁶ Refiriéndose a los derechos fundamentales, dice Atienza (2017, p. 151) que no tiene mucho sentido plantearse, en términos esencialistas, si son reglas o principios. La perspectiva apropiada sería más bien de tipo funcional y dinámico, lo que supone, entre otras cosas, que cualquier solución a una cuestión jurídica exige tomar en consideración tanto reglas como principios.

⁷ El término se inspira en la «ruleness» de Schauer (2020).

⁸ Como advierte Comanducci (1998, pp. 90-92), los principios son enunciados ya interpretados, es decir, hay enunciados que son principios porque han sido configurados interpretativamente en un sentido dado asociado con la noción de principio y no con la de regla. La existencia de un principio no es, por tanto, un dato independiente, sino el resultado de un proceso interpretativo.

⁹ El propio Dworkin, en cierto modo, habría transitado ya esta vía, al superar su interés por los principios y las reglas entendidos como tipos de disposiciones en *Law's Empire*, donde se interesa por los principios como fundamento de las proposiciones jurídicas (Dworkin, 1986, pp. 94-100) y, más concretamente, como un conjunto de principios morales hábiles para justificar el recurso a la fuerza por parte de las autoridades que gozan de algún respaldo institucional y que son empleados por los jueces para interpretar esas reglas en su mejor luz moral, con lo que las decisiones que aplican las reglas son ellas mismas un producto de los principios jurídicos que las justifican. En este sentido Alexander y Sherwin (2001, pp. 162 y ss.).

¹⁰ Desde este punto de vista, la naturaleza del desacuerdo entre los iuspositivistas y sus críticos o, como aquí los denominaré, los legalistas y los principialistas pondría de manifiesto que ambas teorías son concepciones interpretativas rivales del derecho, es decir, manifestaciones del llamado interpretivismo jurídico (*legal interpretivism*) (Stavropoulos, 2016).

simplemente que es una teoría superadora del iuspositivismo¹¹. Para hacerlo, supondré que el debate entre los partidarios del positivismo jurídico y sus críticos a propósito de los principios se plantea en un continuo definido en función de cuál se considere el grado apropiado de *reglalización* o *principialización* del derecho.

En uno de sus lados encontraríamos a los defensores de un cierto *legalismo*¹² o iuspositivismo ético o normativo, partidarios de que el derecho sea desarrollado de forma que se realicen los valores morales y los beneficios sociales y políticos¹³ que se lograrían cuando el derecho se *reglaliza*, es decir, cuando se configura como «un sistema de reglas de mandato rápidamente identificable, de tal claridad, precisión y alcance que puedan habitualmente entenderse y aplicarse sin recurrir a juicios morales y políticos controvertidos» (Campbell, 2002, p. 306).

Ubicado en lado opuesto al del legalismo estaría el *principialismo*, definido como la teoría del derecho que sostiene que al derecho pertenecen principios, es decir, normas con un grado de generalidad elevado, con una cierta dimensión valorativa y que tienen la capacidad de derrotar a las soluciones regladas, con lo que se garantizaría la adopción de decisiones con un mérito moral superior al que se habría logrado de haberse decidido estrictamente conforme a las reglas dispuestas y se demostraría que el derecho está conceptualmente alineado con valores de justicia fundamentales¹⁴.

En algún punto de la zona intermedia podría ubicarse al *postpositivismo*, el modelo del que es partidario el propio Atienza (2017, pp. 129 y ss.), definido como una teoría del derecho constitucionalista, no positivista, basada en la unidad de la razón práctica, que niega que pueda separarse tajantemente el derecho de la moral, que defiende un objetivismo moral mínimo, reconoce la importancia de los principios, de la ponderación y del papel activo de la jurisdicción y subraya el carácter argumentativo del derecho. Y más hacia el extremo opuesto al del

¹¹ Es así, al menos, en el sentido de que el postpositivismo no es *lo contrario* al iuspositivismo, sino más bien una teoría crítica de algunas tesis y aspectos de la teoría del derecho de corte positivista, pero en absoluto enfrentada a todos y cada uno de sus postulados. Sin embargo, también es cierto que Atienza, junto a Ruiz Manero, ha criticado duramente al iuspositivismo, por «ser un obstáculo que impide el desarrollo de una teoría y una dogmática del Derecho adecuadas a las condiciones del Estado constitucional» y por ser el culpable de que la «teoría del Derecho haya permanecido en una situación de básica incomunicación respecto del discurso práctico general y del de la dogmática jurídica», consecuencia de «esta autocomprensión de la teoría del Derecho como orientada a la descripción libre de valoraciones de su objeto», pues la teoría del derecho positivista, por su vocación descriptiva, se vetaba a sí misma plantearse problemas relativos tanto a la justificación del derecho como al buen uso del mismo, lo que la habría llevado al final de su ciclo histórico (Atienza y Ruiz Manero, 2007, pp. 21— 22 y 25).

¹² Una caracterización de este modelo especialmente apta para confrontarlo con planteamientos rivales, la de Aguiló (2007, pp. 669 y ss.), quien lo caracteriza, entre otros rasgos, por presuponer que el derecho es un sistema de reglas que correlacionan de modo cerrado una solución con un caso, cuya aplicación excluye conceptualmente cualquier deliberación práctica o valorativa que vaya más allá de lo estrictamente contemplado por la regla aplicable sobre la corrección de la solución, y también por suponer que el razonamiento jurídico es subsuntivo, pues con él se trata de demostrar que un acto o caso encaja con la regla.

¹³ Junto a las habituales referencias a la previsibilidad o seguridad jurídicas o a la certeza de efectos y resultados (Allan, 1997, pp. 241-242), habría que incluir a la autonomía de la persona, entendida como agente moral que decide sobre sus propias acciones, gobierna el curso de su conducta y diseña su propio proyecto de vida a partir de datos y exigencias que él mismo critica o acepta, es decir, como un ser con capacidad para gobernarse a sí mismo (Laporta, 2007, pp. 17-37).

¹⁴ Algunas caracterizaciones alternativas en García Figueroa (1998, pp. 59, 69) o Ferrajoli (2011, pp. 20-21).

legalismo, incluso cerca de él, se hallaría, a juicio de Atienza (2017, pp. 117 y ss. o 151), el *neoconstitucionalismo*, concebido como una teoría que ignora a las reglas o las reduce a principios (Atienza, 2017, p. 151), es decir, como una teoría que aboga por un ordenamiento plenamente principializado, donde la dimensión autoritativa del derecho sería irrelevante.

No estoy seguro de que la descripción que Atienza hace del neoconstitucionalismo sea totalmente acertada: las diferencias entre muchas de las tesis neoconstitucionalistas y las suyas propias podrían ser menores de que lo que él supone, lo que explicaría el hecho de que con frecuencia haya sido asociado al neoconstitucionalismo¹⁵. En cualquier caso, creo que se puede obtener una imagen satisfactoria de la teoría postpositivista, prescindiendo de la espinosa cuestión de sus diferencias con el neoconstitucionalismo, si se indaga su dimensión principialista, lo que pasa por caracterizar adecuadamente al principialismo, distinguiendo, en primer lugar, entre una forma débil o moderada de principialismo y una fuerte o moralista.

Para el *principialismo débil* solo pertenecen al derecho los principios que hayan sido expresamente formulados, normalmente en los textos de las constituciones, o los que se encuentran implícitos en las reglas dispuestas. Por tanto, solo pueden servir como parámetro de la decisión judicial los principios que tengan alguna proyección institucional o autoritativa, porque recurrir de modo irrestricto a cualquier justificación que ofrezca una solución a los casos más apropiada que la explícita o implícitamente dispuesta es incompatible con el imperio del derecho, mientras que hacerlo de modo sobrio, justificado o razonable no tiene por qué serlo (Endicott, 2007, p. 319).

Por su parte, el *principialismo fuerte* consideraría revelada la pertenencia al derecho de cualquier principio que garantice una solución moralmente apropiada a un caso, es decir, que admitiría la posibilidad de que cualquier estándar que, en un caso, ofrezca una solución moralmente preferible a la que se sigue de las reglas pueda derrotarlas, con independencia de que se encuentre expresamente formulado o implícito entre las justificaciones de las reglas dispuestas. Este principialismo, como es evidente, no toma demasiado en serio la institucionalidad o dimensión autoritativa del derecho e incluso la compromete seriamente¹⁶.

Resulta útil también poner a estas dos formas de principialismo y, de paso, a los planteamientos legalistas con los diversos modelos de regla y de toma de decisiones elaborados por

¹⁵ García Figueroa (2019) no aprecia diferencias sustanciales entre los planteamientos neoconstitucionalistas que él defiende y los defendidos por Atienza. De otro lado, García Amado (2022, p. 21) considera que el de Atienza es uno de los iusmoralismos más fuertes de nuestro tiempo.

¹⁶ Es fácil encontrar expresiones del principialismo fuerte en las que García Amado (2015) ha calificado como teorías iusmoralistas, es decir, las teorías que consideran (a) que la moral es un elemento esencial del derecho y constitutivo de todo sistema jurídico, de modo que no será jurídico aquel conjunto de normas que en sus contenidos contravenga gravemente ciertos mandatos morales básicos; (2) que hay una parte del derecho que proviene de verdades morales válidas y subsistentes al margen y con independencia de cualquier acuerdo o creencias sociales; (3) que hay métodos y procedimientos intelectuales para averiguar esos contenidos morales que son también jurídicos; y (4) que los jueces deben utilizar como fundamento de sus decisiones esa parte no positiva del derecho, de modo que será plenamente jurídica la decisión que sea contraria al derecho, pero se funde en esas normas morales soberanas y por sí racionales. La diferencia del iusmoralismo con el iusnaturalismo estribaría en que los valores morales a los que el derecho se dice conectado en el primero no se deducen de la naturaleza humana, sino que se construyen conforme a postulados de éticas de corte objetivista, cognoscitivista y constructivista. Sobre esta cuestión, también García Amado (2022, pp. 7-31).

Schauer. El principialismo fuerte suscribiría un modelo conversacional de regla, vinculado a su vez a un modelo de toma de decisiones de corte particularista (Schauer, 1991, pp. 97, 137). Para este principialismo las reglas serían guías indicativas o ilustrativas para la aplicación de principios que podrían encontrarse entre las justificaciones de las reglas o bien formulados de modo independiente. Las reglas como tales carecerían de peso intrínseco, pues no ofrecerían en sí mismas ninguna presión normativa cuando los resultados que se siguen de la aplicación directa de su justificación o de algún principio independiente difieren de los que se siguen de la decisión conforme a la regla. Opuesto a este principialismo sería un legalismo igualmente fuerte, vinculado a un modelo atrincherado de regla para el que las reglas son razones excluyentes, pues no son susceptibles de ser superadas y deben prevalecer siempre, fomentándose su aplicación incluso cuando existen poderosos argumentos en favor de la adopción de una solución distinta a la contemplada por la regla¹⁷ (pp. 101 y ss.). Entre los dos extremos de esa oposición encontraríamos al *particularismo sensible a las reglas* y al *positivismo presuntivo*. El primero, que podría asociarse al principialismo débil, considera que las reglas son transparentes a sus justificaciones, si bien les reconoce una cierta relevancia en tanto que reglas, es decir, un peso propio a tomar en consideración al momento de precisar si debe decidirse conforme a lo establecido por ellas mismas cuando los resultados de su aplicación difieren de los resultados de alguna justificación subyacente (p. 157). Es decir, el particularismo sensible a las reglas es la estrategia de quien es consciente del valor de tener reglas y del daño que su inaplicación podría provocar a ese valor e incluye esas consideraciones entre las razones para actuar de un modo u otro en los asuntos que están gobernados por reglas (Alexander y Sherwin, 2001, p. 61). Por último, el *positivismo presuntivo*¹⁸, que quedaría asociado a un positivismo no extremo, es la teoría que suscribiría quien considerase que la fuerza de las reglas es compatible con su derrota ocasional, es decir, quien sostuviera que una regla es una razón que excluye la consideración de ciertos factores a la hora de decidir, si bien es susceptible ella misma de ser derrotada por expresiones particularmente fuertes de esos mismos factores (Schauer, 1991, p. 151).

4. ¿CÓMO DE PRINCIPIALISTA ES EL POSTPOSITIVISMO?

La ubicación del postpositivismo de Atienza en ese espectro es relevante para *leer su teoría*, pero no es fácil. Se puede descartar por razones evidentes su asociación con el iuspositivismo y con cualquier forma de legalismo. Atienza (2017, p. 9) reconoce que el postpositivismo comparte con el positivismo jurídico su concepción del derecho como fenómeno artificial, social e histórico, pero añade que niega la tesis de la separación, postulando más bien una «conjugación» del derecho y la moral. Deja además claras sus distancias con el legalismo por considerar-

¹⁷ La referencia evidente es, en este caso, Raz (1975). Al respecto también Schauer (1991, pp. 149-156 o 166-167), para el que una regla tiene fuerza cuando su mera existencia brinda una razón para decidir en el sentido que establece, al margen de las razones que se siguen de su justificación subyacente, es decir, cuando el hecho de que se la infrinja es en sí suficiente para garantizar las críticas, sanciones o alguna otra consecuencia negativa.

¹⁸ Sobre este planteamiento, también Alexander y Sherwin (2001, pp. 68 y ss.)

lo un tipo de formalismo que implica negarse a ver el derecho como un conjunto de reglas y principios, es decir, una teoría que no presta atención a las razones subyacentes a las reglas y que trata de resolver todos los casos sin referirse a los principios ni ponderar (Atienza, 2010, p. 56).

También parece plausible negar que el postpositivismo sea una forma de principialismo fuerte. Las críticas de Atienza al neoconstitucionalismo y los argumentos a través de los que toma distancia con esa teoría, un asunto este al que ya me he referido, son un primer argumento que apunta en esa dirección, visto el carácter más principialista y antilegalista que él achaca al neoconstitucionalismo.

Un segundo argumento relevante que excluye la asociación del postpositivismo con una forma de principialismo fuerte lo encontramos en la concepción postpositivista de constitución. El postpositivismo se reclama constitucionalista, en el sentido de que considera que la constitución formal, por proclamar valores y principios y reconocer derechos fundamentales, tiene una dimensión valorativa que se proyecta sobre las normas inferiores del ordenamiento jurídico condicionando su validez en un sentido sustancial. Ahora bien, esa *vocación principialista* no es absoluta. La proyección de la constitución en los ordenamientos constitucionalizados no llega a borrar el carácter autoritativo de las normas legales y no sería correcto ignorar las leyes para resolver exclusivamente en función de la constitución¹⁹. La dimensión valorativa de la constitución tampoco implica la identificación del derecho constitucionalizado con la justicia: el postpositivismo no ignora la separación entre constitución y justicia y las constituciones «no se identifican sin más con la moral justificada», aunque «casi siempre, o, al menos con mucha frecuencia» permiten al jurista encontrar una solución justa sin salir del derecho²⁰ (Atienza, 2017, p. 132). Estos planteamientos son incompatibles con el que sería uno de los rasgos fundamentales de un constitucionalismo que abrazase los postulados del principialismo fuerte: el constitucionalismo del principialismo fuerte no se limitaría a encontrar en la constitución estándares morales vinculantes ni a señalar que la incorporación de esos estándares al derecho obliga a los jueces a razonar en un modo densamente moral. Un constitucionalismo fuertemente principialista se caracterizaría más bien por identificar a la constitución con esos valores morales. Sostendría que lo que Celano (2013, p. 170) denomina la *dimensión ética sustantiva* del Estado constitucional de derecho es la auténtica constitución o, dicho de otro modo, que junto al texto o ley constitucional existe una *constitución invisible* (Loughlin, 2022, pp. 161-163, por ejemplo) formada por un conjunto de referentes normativos vinculados no tanto a la constitución positiva como al proyecto constitucional mismo, a los que se termina identificado como la constitución genuina. Como he señalado, el constitucionalismo del postpositivismo no se desliza por esa pendiente. La constitución es fuente de principios y valores, pero, para Atienza (2017, p. 131), «considerar que la constitución contiene un ingrediente valorativo no supone pensar que exista en la misma un orden de valores bien preciso». Dicho de otro modo

¹⁹ Justo lo contrario harían, según Atienza (2017, p. 131), quienes promueven planteamientos neoconstitucionalistas.

²⁰ Cabría, por tanto, la posibilidad marginal, reconocida indirectamente, de que existieran normas constitucionales injustas, como, según Atienza (2017, p. 132) ocurre con la disposición de la Constitución de Ecuador que se refiere al matrimonio.

y en términos de Schauer (1991, pp. 133 o 145), el postpositivismo defendería cierto atrincheamiento de los principios en su configuración constitucional, visto que la constitución formal no es transparente a la justificación que habría correspondido a una constitución ideal que hubiera capturado y expresado correctamente el sentido de los valores, principios y derechos que están en el fundamento del proyecto constitucional.

El tercer argumento que permite descartar la asociación del postpositivismo con el principialismo fuerte lo encontramos en sus tesis sobre la legalidad. Parece obvio que cualquier teoría que *celebre* la derrota de las reglas legislativas a manos de los jueces constitucionales tendría que ser puesta en relación con alguna forma de principialismo tendencialmente fuerte. Al respecto, Atienza ha insistido en que el postpositivismo no es una teoría enemiga de la legalidad y ha señalado que, aunque las reglas no son razones excluyentes, su vocación es serlo (Atienza, 2017, pp. 140-150): es verdad que pueden ser derrotadas, pero esto solo debe ocurrir en circunstancias excepcionales²¹, lo que significa que «en la medida de lo posible, en la mayoría de los casos jurídicos, estos deben ser resueltos mediante la aplicación de reglas» (Atienza, 2019, p. 108).

Estos últimos planteamientos pudieran sugerir incluso un cierto alineamiento del postpositivismo con el modelo de decisión característico del positivismo presuntivo. Sin embargo, no creo que esta sea una conclusión correcta, lo que dejaría al principialismo moderado asociado a un modelo de decisión de naturaleza particularista sensible a las reglas como única adscripción disponible para el postpositivismo.

Que el modelo de derecho del postpositivismo no puede asociarse al de un positivismo presuntivo queda acreditado cuando se comprueba que el derecho, para un postpositivista, no es un orden de reglas, ni tan siquiera un orden preponderantemente de reglas, sino que tiene una dimensión dual, al estar compuesto tanto por reglas como por principios, sin los que la práctica del derecho no puede ser comprendida²² (Atienza, 2017, p. 133).

Hay, en mi opinión, un argumento más también relevante que abunda en la misma línea de la conclusión anterior relativa a la filiación teórica del postpositivismo. Según Schauer (1991, p. 160), lo que distingue al particularista sensible a las reglas del positivista presuntivo es la naturaleza de la razón para seguir las reglas: el positivista presuntivo encuentra el fundamento de la fuerza normativa de las reglas en unos principios que ordenan una cierta distribución del poder, de los que se sigue que quien aplica las reglas no debe valorar si pesan más o menos que sus justificaciones. Añade además que tampoco puede quedar la evaluación de la fuerza de las justificaciones a criterio del juez que decide, porque el modelo de regla asociado al positivismo presuntivo, de algún modo, ha de tomar en consideración que la fuerza de las reglas es *independiente*²³.

El juez del postpositivismo no encaja en ese modelo. Para Atienza (2017, p. 141), el juez postpositivista no es un juez formalista, pues no puede dejar de tomar en consideración las ra-

²¹ Añade que estarían, por tanto, en un error quienes defienden que no hay reglas, como García Figueroa, o que no hay principios, como García Amado.

²² Una caracterización en términos similares, la de Aguiló (2007, pp. 669 y ss.).

²³ Schauer (1991, p. 198) habla de una razón para decidir en función de reglas que produzca un «argumento autosuficiente» en favor de esta toma de decisiones, es decir, un argumento capaz de justificar que haya que decidir conforme a las reglas cuando hay otras soluciones distintas mejores.

zones subyacentes a las normas para atenerse exclusivamente al texto de la ley, ya que entonces olvidaría los fines y valores de la práctica jurídica. Pero tampoco es un juez activista²⁴, pues no puede ignorar los límites del derecho ni su naturaleza autoritativa, es decir, no debe dejar de *jugar al juego del derecho*, ya que, si lo hiciera, pondría en riesgo ciertos valores asociados al Estado de derecho o imperio de la ley. Es un juez activo en su defensa de los valores, principios y derechos de la constitución.

La relevancia de este modelo de juez para aclarar el carácter principalista del postpositivismo se entiende si se relaciona con la concepción del derecho como una práctica jurídica orientada a unos fines de transformación social, una idea que Atienza (2019, p. 108) ha descrito como «su obsesión teórica»²⁵. Según esta concepción, el derecho es un sistema de fines cuyo logro requiere el empleo de ciertos medios, como, por ejemplo, la coacción, es decir, una empresa o actividad en la que todos participamos dirigida a la realización de ciertos objetivos, que, en nuestra época consisten en la realización de los derechos fundamentales (Atienza, 2017, pp. 134 o 345) y de valores como la igualdad, la libertad y la dignidad. Estos derechos y valores no tendrían ninguna oportunidad de verse realizados sin la existencia del derecho, razón por la que el derecho es un bien, aunque en ocasiones tenga que recurrir a métodos o soluciones dolorosas (Atienza, 2020, pp. 21-22). Dicho de otro modo, el derecho es un bien, visto que necesariamente cumple algunas funciones que deben calificarse como positivas, como, por ejemplo, poner un límite al uso de la fuerza, proporcionar paz, asegurar cierta previsión de las conductas y garantizar algunos derechos fundamentales, sin que tampoco dispongamos de otro mecanismo social con el que puedan lograrse las anteriores funciones (Atienza, 2017, pp. 335-336). Y por esta razón, también es un valor el Estado de derecho, que equivale, para Atienza (2020, p. 27), a la juridización o sometimiento a las normas jurídicas del poder político y al imperio de la ley, es decir, a la división de poderes, legalidad de la administración y garantías de los derechos fundamentales.

Sin embargo, la fuente de ese valor es incierta: no es un valor puramente formal, pero tampoco es el tipo de valores que están en el fundamento de la constitución y del Estado constitucional, es decir, los valores asociados a los derechos fundamentales. Y son estos valores, principios y fines constitucionales los que marcan el sentido de la transformación con la que la práctica del derecho está comprometida. Como entre esos componentes no está el valor de la legalidad²⁶ o, al menos, no lo está como elemento independiente, la relevancia de este valor no deja de ser instrumental, sin que alcance, a mi juicio, a constituir una razón *independiente* para aplicar las reglas, ya que su peso está en cualquier caso subordinado a la realización de valores y principios constitucionales materiales. Además, si la legalidad obtu-

²⁴ Sobre el activismo judicial, también Atienza (2020, pp. 80 y ss.).

²⁵ Lifante (2023, p. 245) también considera que «la idea más fundamental del pensamiento iusfilosófico de Manuel Atienza y que vertebraba el resto de sus tesis a propósito del Derecho» es la que lo concibe como una actividad orientada a la consecución de fines valiosos, es decir, de modo que lo que interesa del derecho es sobre todo lo que puede conseguirse con él.

²⁶ Aunque Atienza (2011, p. 200) señala que la seguridad jurídica o el debido proceso son instrumentales a valores más fundamentales y, en ese sentido, parece abonarse a la idea de la instrumentalidad de los principios de legalidad.

viese su fundamento en algún principio moral sustantivo que vaya más allá de la instrumentalidad a la satisfacción de valores constitucionales²⁷, la fuerza de las reglas alcanzaría un grado tal que autorizaría a hablar de positivismo presuntivo, algo que, lógicamente, no parece estar entre los propósitos de Atienza, vistos sus notables esfuerzos por elaborar una alternativa teórica al iuspositivismo. El principalismo débil asociado a un particularismo sensible a las reglas parece ser, por tanto, el planteamiento que muestra a las tesis postpositivistas bajo su mejor luz teórica.

REFERENCIAS

- Aarnio, Aulis. (1997). «Las reglas en serio» en Aarnio, A., Garzón Valdés, E. y Uusitalo (eds.). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- (2000). «Reglas y principios en el razonamiento jurídico» en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, nº 4, 2000, pp. 593-602.
- Aguiló, Josep (2007). «Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras». *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30 (2007), pp. 665-675.
- Allan, James (1997). «Positively Fabulous: Why It Is Good to Be a Legal Positivist» en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 10, pp. 231.
- Alexander, Larry y Sherwin, Emily (2001). *The Rule of Rules. Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*. Durham y Londres: Duke University Press.
- Alexy, Robert. (1986). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Atienza, Manuel (2010). «A vueltas con la ponderación». *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 44, pp. 43-59.
- (2011). «Cómo desenmascarar a un formalista». *Isonomía*, nº 34, abril 2011, pp. 199-201.
- (2017). *Filosofía del derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.
- (2019). *Comentarios e incitaciones*. Madrid: Trotta.
- (2020). *Una apología del derecho y otros ensayos*. Madrid: Trotta.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (1996). *Las piezas del derecho*. Barcelona: Ariel.
- (2007). «Dejemos atrás el positivismo jurídico». *Isonomía*, nº 27, octubre 2007, pp. 7-28.
- Briones Velasteguí, Marena (2021). «El no tan discreto encanto del neoconstitucionalismo. La tensión entre el derecho y la moral» en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 56, pp. 97-122.
- Campbell, Tom (2002). «El sentido del positivismo jurídico» en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 25, 2002, pp. 303-331.
- Carbonell, Miguel [ed.] (2003). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- Celano, Bruno (2013). *Los derechos en el Estado constitucional*. Lima: Palestra, 2019.
- Comanducci, Paolo (1998). «Principios jurídicos e indeterminación del derecho» en *Doxa*, 21-2, pp. 89-104.

²⁷ Quizás el intento más loable de fundar esa dimensión sea el de Laporta (2007). También he abogado por esta solución en Peña (2020).

- (2003). «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico» en Carbonell (ed.) 2003.
- Dworkin, Ronald (1977). *Los derechos en serio*. Barcelona: Gedisa, 1989.
- (1986). *El imperio del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2022.
- Endicott, Timothy (2007). «Adjudication and the Law» en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 27, nº 2, pp. 311-326.
- Ferrajoli, Luigi (2011). «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista» en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, pp. 15-53.
- García Amado, Juan Antonio (2015). *Iusmoralismo(s)*. Quito: Cevallos.
- (2022). «Iuspositivismo, objetivismo moral y Estado constitucional» en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 56, pp. 7-31.
- García Figueroa, Alfonso (1998). *Principios y positivismo jurídico*. Madrid: CEPC.
- (2011). «Neoconstitucionalismo: Dos (o tres) perros para un solo collar» en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34 (2011), pp. 121-137.
- (2019). «En defensa de «neoconstitucionalismo» y del neoconstitucionalismo» en *i-Latina* 1 (2019), pp. 1-16.
- Guastini, Riccardo (2003). «La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano» en Carbonell (ed.) 2003.
- Hughes, Graham (1968). «Rules, Policy, and Decision Making» en *The Yale Law Journal*, vol. 77, nº 3, enero 1968, pp. 411-439.
- Laporta San Miguel, Francisco (2007). *Imperio de la ley. Una visión actual*. Madrid: Trotta.
- Lifante, Isabel (2023): «Diez ideas sobre el pensamiento iusfilosófico de Manuel Atienza» en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 46, pp. 243-257.
- Loughlin, Martin (2022). *Against Constitutionalism*. Cambridge MA: Harvard University Press.
- Penski, Ulrich (1989). «Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln» en *Juristen Zeitung*, 44 (3), 1989.
- Peña Freire, Antonio Manuel (2020). «La constitución del Estado de derecho». *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXVI, pp. 87-110.
- Portocarrero Quispe, Jorge A. (2016). *La ponderación y la autoridad del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Raz, Joseph (1972). «Legal Principles and the Limits of the Law». *The Yale Law Journal*, vol. 81, nº 5, pp. 823-854.
- (1975). *Razón práctica y normas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.
- Schauer, Frederick (1991). *Las reglas en juego*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- (2020) «Ruleness» en *Legal Rules in Practice* (Baudouin Dupret, Julie Colemans y Max Travers Eds.). Londres: Routledge, 2021). También *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, nº 2020-72, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3714852>, por donde se cita.
- Stavropoulos, Nicos (2016). «Legal Interpretivism». *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, nº 10, 2016, pp. 23-61.
- Vigo, Rodolfo (2016). «Dos o tres iusnaturalismos?» en *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*. México: Porrúa.

LA DELIMITACIÓN DEL DERECHO EN EL POSTPOSITIVISMO DE MANUEL ATIENZA

MARÍA CRISTINA REDONDO

Universidad de Génova

La obra de Manuel Atienza es verdaderamente impactante. A lo largo de los años su preocupación intelectual se ha dirigido en múltiples direcciones: ha realizado estudios de carácter histórico, ha examinado con espíritu crítico las principales teorías iusfilosóficas y de dogmática jurídica presentes en el debate contemporáneo y, lo más interesante, ha articulado una personal concepción del derecho. En sus propias palabras, esta concepción puede calificarse como ‘postpositivista’. Se trata de un conjunto de ideas, muy articulado, que se resiste a ser encasillado en alguna de las clásicas teorías del Derecho del siglo xx que, por otra parte, Atienza sostiene definitivamente superadas (Atienza, 2017: 106-07). No intentaré siquiera mencionar los múltiples temas sobre los que el aporte de Atienza nos permite aprender y reflexionar. Los breves comentarios e interrogantes que siguen pretenden ser un homenaje a su notable legado y una pequeña muestra de mi reconocimiento y admiración.

Las consideraciones que presento tienen su origen en una duda central que es de carácter teórico general, pero que determina una importante incertidumbre en un plano práctico concreto. La pregunta teórica puede formularse del siguiente modo: ¿Cuál es precisamente la tesis que la concepción de Atienza propone para delimitar aquello que es Derecho respecto de aquello que no lo es? En otras palabras, cuáles son los principios, criterios, o ideas-guía a partir de los cuales habremos de identificar el conjunto de normas, prácticas, valores que en una comunidad política son de carácter jurídico para deslindarlos de aquellos que no lo son. Como dije, esta duda general gravita sobre otra más concreta, que es la que especialmente me interesa responder, acerca de cómo deberíamos operacionalizar la tesis de Atienza según la cual la moral y el Derecho, si bien están necesariamente conectados, no son dos fenómenos indistinguibles o completamente idénticos. O, si se quiere, en qué modo los destinatarios institucionales de las normas jurídicas (i.e. fundamentalmente los jueces) pueden identificar aquellos principios morales que son parte del ordenamiento jurídico distinguiéndolos de aquellos que no pertenecen a él, y que su utilización supondría sobrepasar los límites de la institución en la que operan. En adelante, por brevedad, me referiré a esta pregunta como a «la cuestión del límite».

Es claro que exigir a la teoría de Atienza esta demarcación no significa exigirle que establezca una frontera siempre clara entre el Derecho y la moral, ya que ningún criterio o idea-guía puede aspirar a establecer un límite que no genere dudas en ciertos casos de aplicación.

Esta indicación es importante. La teoría de Atienza pretende dar cuenta de un cambio de paradigma que se ha producido en los sistemas jurídicos contemporáneos en los que, de hecho, se ha diluido la distinción entre el Derecho y la moral. Pero, justamente, porque este dato es cierto, la cuestión del límite planteada a la teoría requiere aún más urgentemente una respuesta clara. La inquietud, en este caso, es también de carácter ético-político. Ante el dato empírico fácilmente constatable de que la frontera entre la moral y el Derecho prácticamente ha desaparecido, sería deseable poder conocer con precisión cuál es la tesis con la que una posición se compromete.

Al igual que muchos otros autores contemporáneos, tanto de la tradición iusnaturalista como positivista, Atienza acepta que entre el Derecho y la moral no solo existen contingentes conexiones de contenido, sino también conexiones necesarias que se entablan a través de la interpretación de las disposiciones jurídicas, la justificación de decisiones y los conceptos mismos de Derecho y moral (Atienza, 2006: 55). Atienza adhiere a la idea de que el Derecho es una institución dual (Atienza, 2017: 134). Y, en este aspecto, concuerda con teorías como las de Dworkin, Alexy, o también el último MacCormick. No damos cuenta adecuadamente del modo en que actualmente se entiende el Derecho si no advertimos que tiene bases empíricas, sociales: un conjunto de prácticas de comportamiento. Sin embargo, y contemporáneamente, tiene una dimensión moral, ideal o valorativa. Parcialmente por este motivo, si entiendo bien, según Atienza, cabe a la vez dar razón y considerar superados tanto al positivismo jurídico como al iusnaturalismo, ya que ambos serían en parte acertados, pero sesgados, incapaces de ver que ambos aspectos conviven en el Derecho (Atienza 2017: 112). Ahora bien, aun reconociendo la conexión necesaria entre el Derecho y la moral, Atienza admite que el Derecho es una institución con límites. No todo lo que está moralmente justificado está jurídicamente justificado.

Es relevante notar que la existencia de una demarcación entre estos dos órdenes normativos no es un *desideratum* metodológico positivista extraño a la teoría de Atienza. Se trata de un requerimiento interno, explícitamente reivindicado por su teoría. Como vimos, por una parte, es imprescindible reconocer que el Derecho, en modos diversos, está necesariamente conectado con la moral. Sin embargo: «El peligro de esto último consiste sin duda en aproximar demasiado el Derecho a la moral, en pasar de la tesis de la unidad de la razón práctica (el reconocimiento de que las razones últimas de quien tiene que decidir una cuestión práctica son siempre razones morales) a la identificación entre el Derecho y la moral o la de considerar a la moral una parte del Derecho o al Derecho como una prolongación de la moral» (Atienza, 2001: 113).

Asimismo, cuando él discurre sobre la conexión (y la separación) necesaria entre el Derecho y la moral, apunta expresamente que el Derecho «Está afincado de manera firme en el mundo del ser, y eso hace que la noción de validez jurídica sea, en definitiva, distinta a la de validez moral» (Atienza, 2001: 113). En el mismo sentido, Atienza sostiene contundentemente que su posición «no supone en absoluto la reducción de las reglas a principios, y de estos últimos a principios morales» (Atienza, 2017: 112).

Consecuentemente, como toda teoría general que no avale la identificación entre Derecho y moral, el postpositivismo de Atienza debe responder a la pregunta acerca de cómo se deslindan. Si no diese cuenta de este límite, su teoría sería un ejemplo paradigmático del tipo de neo-constitucionalismo que él mismo critica con firmeza. Es decir, una de aquellas concepcio-

nes moralizantes del derecho que lo abren completamente a la argumentación moral. Por tal razón, además de las obvias exigencias metodológicas que justifican la necesidad de contar con una propuesta de demarcación, la ausencia de la misma generaría una tensión interna en la teoría de Atienza ya que, paradójicamente, en tal caso quedaría comprendida entre aquellas posiciones a las que la misma teoría dirige sus críticas.

En un plano práctico, la necesidad de un criterio de delimitación es aún más apremiante. Mantener silencio al respecto significaría no ofrecer a los operadores jurídicos indicaciones acerca de cómo aplicar la idea de que el Derecho no ha de confundirse con la moral. Es decir, careceríamos de un criterio para evaluar si las decisiones institucionales exceden o no el ámbito del Derecho. Esto representa un problema, ante todo, porque Atienza pone especial acento en que una teoría jurídica no debe limitarse a sostener ideas abstractas como, en este caso, la tesis de la distinción entre el Derecho y la moral, sino que ha de ofrecer instrumentos que la hagan operativa y que sirvan a los intérpretes y aplicadores del derecho.

LAS BASES DE LA DUDA

La duda acerca de cómo trazamos la frontera entre las normas jurídicas y las normas morales no incorporadas al Derecho tiene diversas fuentes. En primer lugar, cuando Atienza se refiere a esta cuestión se expresa en términos generales y, sobre todo, negativos. Es decir, nos dice lo que no tenemos que hacer. No cabe «aproximar excesivamente el Derecho a la moral» (Atienza, 2001: 113). «La existencia de esta estrecha vinculación no significa que el Derecho (de los Estados constitucionales) pueda verse sin más como una emanación de la racionalidad práctica» (Atienza, 2001: 266). En el mismo sentido, nos dice que «no todo es posible, no todo está abierto en cuanto al significado de los derechos» (Atienza, 2017: 131-132). Como así también que: «La división entre lo lícito y lo ilícito desde el punto de vista jurídico no coincide ni mucho menos con la licitud y la ilicitud moral» (Atienza, 2001: 311). En suma, estas consideraciones no dejan margen de duda con respecto a que Atienza sostiene la existencia de un límite entre el Derecho y la moral, sin embargo, no expresan en términos propositivos cuáles son las bases que permiten trazar el umbral.

En segundo lugar, como respecto de tantos otros temas, respecto de la cuestión del límite Atienza analiza las tesis de distintas teorías. Como he mencionado antes, él suscribe la idea general defendida por autores como Dworkin, Alexy o el último MacCormick de que el Derecho es una institución dual. También declara su proximidad a la teoría de autores como Nino o Zagrebelsky, pero no presenta su concepción como una que adhiere sin más a una de estas teorías, o que pueda ser considerada un desarrollo o profundización de los criterios que una de ellas propone (Atienza, 2017: 129). Por otra parte, a veces Atienza parece sugerir que el límite, lo que determina la obligación judicial de aplicar ciertos principios morales (y otros no) «puede hacerse derivar de la regla de reconocimiento del sistema» subrayando que tal regla ha de ser aceptada por razones morales. (Atienza, 2001: 266). Sin embargo, no es posible pensar que Atienza sostenga la teoría Hartiana según la cual el límite lo establece aquello que se acepta en una regla de reconocimiento. En tal caso, el Derecho no sería una institución dual ya que es el

hecho de la efectiva aceptación (aun cuando fuese por razones morales) lo que establece el confin. Es decir, el Derecho dependería solo de un dato empírico.

Desde un punto de vista teórico general, Atienza repasa distintos criterios para distinguir entre normas jurídicas y no jurídicas y, por ejemplo, muestra cómo el contraste puede establecerse utilizando cada uno de los elementos de las prescripciones indicados por von Wright (Atienza, 1985: 26-28; Atienza, 2001: 67— 69). Sin embargo, tampoco a partir de estas consideraciones es posible extraer una conclusión acerca cuál de estos modos de trazar la distinción es el que su teoría propone. Así mismo, dejando de lado un criterio teórico general, cuando desarrolla lo que podríamos llamar su teoría de la adjudicación y se refiere a la argumentación y a la ponderación que los jueces realizan en los casos concretos, Atienza destaca cuáles son en su opinión las etapas, la estructura y los aspectos que dicha argumentación debería respetar. Al hacerlo, por ejemplo, utiliza, pero también critica la fórmula de Alexy en la medida en que genera falazmente la impresión de que existe un algoritmo capaz de resolver los problemas ponderativos (Atienza, 2017: 155). Especialmente sobre la argumentación y la ponderación, Atienza sostiene que ella ha de satisfacer criterios de naturaleza formal, material y pragmática (Atienza 2017: 157), como así también, en general, 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 (Atienza, 2017: 162). En suma, Atienza ofrece indicaciones que nos permiten evaluar la argumentación de los jueces y es explícito con relación a las bases sobre las que ella puede considerarse adecuada o deficitaria, pero nada dice sobre la inquietud que estoy presentando. No nos dice cuándo, cómo, o sobre qué bases podemos sostener que dicha argumentación *se excede*, va más allá del Derecho, y no respeta el límite entre el Derecho y la moral que la teoría presupone.

En tercer lugar, y fundamentalmente, la duda emerge porque Atienza se expresa abiertamente sobre las características y las tesis con las que se compromete una teoría del derecho adecuada, que capta los cambios que se han producido, es decir, ‘el nuevo paradigma’ vigente en el derecho contemporáneo (Atienza 2006: 55-56; Atienza 2017: 106-09). En la visión de Atienza, una teoría adecuada es un tipo de teoría argumentativa, postpositivista, que evita los puntos críticos que presentan las viejas, y nuevas, teorías positivistas, iusnaturalistas, neoconstitucionalistas y argumentativas que él critica. No es posible recorrer aquí todas las tesis en las que Atienza se detiene. Solo pretendo subrayar que su presentación, nuevamente, guarda silencio. A la par de destacar que el Derecho no es solo un instrumento para alcanzar objetivos sociales, sino que incorpora valores de una moral justificada, no se aclara cuál sería el modo en que una concepción adecuada del derecho contemporáneo establece el límite entre el Derecho y la moral, ni la forma en que una teoría de la adjudicación y de la argumentación jurídicas podrían identificarlo.

LAS POSIBLES RESPUESTAS QUE CORRESPONDE DESCARTAR

En *El sentido del Derecho*, Atienza sostiene que la noción de validez jurídica es distinta de la validez moral ya que la primera supone asumir un pragmatismo que no estaría presente en

ámbito de la ética. En tal sentido, en términos generales, indica a la eficacia como una condición de la validez jurídica (Atienza, 2001: 113-14). Ciertamente, esta idea puede ser aceptada, sin embargo, ella no responde a la cuestión del límite que estoy planteando. En la teoría de Atienza, la eficacia no es una condición ni necesaria ni suficiente para distinguir los principios morales que están incorporados a un determinado Derecho de aquellos que no lo están. Si la eficacia fuese necesaria, a fin de que un principio moralmente válido adquiriera carácter jurídico, sería imprescindible que fuese efectivamente actuado en el grupo social. Esta idea peca por defecto, y en tal sentido Atienza se aleja de aquellos autores, como Zagrebelsky, para quienes el Derecho incorpora solo aquellos principios morales válidos que forman parte de la moral positiva (Atienza, 2017: 133). Su tesis es que los sistemas jurídicos (vía la Constitución) han positivizado los principios de una moral universal que no es simplemente la moral social de un determinado grupo (Atienza, 2001: 113 y 310; Atienza 2006: 56). Por otra parte, la eficacia tampoco puede ser una condición suficiente. Esta idea peca por exceso, ya que Atienza critica a los neoconstitucionalistas que abren totalmente el derecho a la moral y no logran ver que un principio, aunque moralmente justificado y eficaz, si contradice lo que las fuentes autoritativas del Derecho dicen, no puede considerarse incorporado al derecho (Atienza, 2017: 131). A esto me referiré más adelante al conjeturar otra posible respuesta.

El rechazo de la idea general de eficacia como criterio-guía para trazar la distinción teórica entre principios morales que pueden considerarse jurídicos y principios morales que no lo son, como vimos debe extenderse a la idea de reconocimiento y aceptación por parte de los jueces. En primer lugar, si esta fuese la propuesta, significaría que Atienza sigue una especie de positivismo inclusivo como el de Herbert Hart. Pero esta no es la idea de Atienza. En su visión, el derecho va más allá de las prácticas y las normas efectivamente aceptadas. Incluye una dimensión ideal o crítica que no está condicionada —como el positivismo Hartiano sugeriría—, al efectivo reconocimiento por parte de los órganos de aplicación. Al contrario, es una dimensión valorativa que integra el Derecho a la par de las prácticas y normas efectivamente reconocidas y aceptadas. Coherentemente, Atienza considera que su teoría postpositivista permite evaluar y criticar lo que los órganos de aplicación (ya sean formalistas o activistas) aceptan y reconocen como premisas normativas en sus decisiones. Por lo tanto, lo que ellos aceptan y reconocen (por razones morales o no) no puede ser el criterio para responder a la cuestión del límite.

Una conjetura alternativa es la siguiente. En materia ética, Atienza sostiene un objetivismo mínimo en el que el valor de la dignidad asume un rol central (Atienza, 2022; Misseri, 2023). Es posible pensar que él propone a la dignidad como guía última para identificar los principios que han de considerarse jurídicamente incorporados. Ahora bien, esta lectura lo colocaría, sin matices, en una visión unidimensional del Derecho que sacrifica la dimensión factual y autoritativa a favor de una específica concepción valorativa: el derecho sería un instrumento para realizar el valor de la dignidad. Creo que esta tesis tampoco puede ser aceptada. Ella entra en tensión con la abstracta naturaleza empírica-ideal, que Atienza reivindica para el Derecho. En otras palabras, aun aceptando que el valor moral de la dignidad es crucial en la ética de Atienza, esto no nos habilita a concluir que este valor o, en general, la dimensión valorativa-moral tenga prioridad a la hora de identificar el Derecho.

¿ES ÉSTA LA RESPUESTA DE ATIENZA?

Por último, hay otras dos hipótesis que encuentran sustento en los textos de Atienza y que merecen ser consideradas. La primera de ellas es que, conforme a su teoría, para discernir entre principios morales incorporados y no incorporados cabe estar a lo que establece el propio Derecho. En tal sentido, Atienza sostiene, por ejemplo, que «Los criterios de corrección de las decisiones judiciales son esencialmente internos al Derecho» (Atienza, 2019: 111). En otras palabras, simplemente, tenemos que estar a lo que las fuentes jurídicas dicen. Atienza parece defender esta idea cuando, a título ilustrativo, expresa su posición crítica frente a la decisión de la Corte Constitucional ecuatoriana respecto de la posibilidad de considerar válida la institución del matrimonio entre personas del mismo sexo, teniendo en cuenta que la Constitución de ese país contiene una regla que define inequívocamente el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer (Atienza, 2014). La posición que expresa Atienza sobre este caso es interesante por diversos motivos. El primer punto a destacar es que en ella se pone de manifiesto que Atienza defiende fuertemente la existencia de un límite. En su opinión, a veces existe «la posibilidad de llegar a una solución justa *sin salirse* del Derecho», pero a veces no. Y este sería el caso del Derecho ecuatoriano. El segundo punto es que, a primera vista, el límite para no «salirse del derecho» pareciera estar dado por la interpretación textual, el tenor literal de los artículos de la Constitución. Sin embargo, si prestamos mayor atención a sus dichos, advertimos que su propuesta no es seguir el tenor literal de los artículos de la Constitución, en general, sino específicamente el tenor literal de las fuentes que expresan reglas. Según Atienza no corresponde «prescindir del tenor literal de un artículo (una regla) de la Constitución» (Atienza, 2017: 131). Esta conclusión es clara, ya que la Constitución de Ecuador, si bien define literalmente el matrimonio excluyendo la posibilidad de que sea homosexual, al mismo tiempo, también literalmente protege «la dignidad de las personas», necesaria «para su pleno desenvolvimiento» (art. 11); siempre con relación a las personas, proclama literalmente el «Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación» (art. 66 inc. 4); «El derecho al libre desarrollo de la personalidad» (art. 66 inc. 5.); «El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual» (art. 66, inc. 9); «reconoce la familia en sus diversos tipos» (art. 67). En otros términos, debiendo evitar la interpretación absurda de que, para Atienza, estos artículos de la Constitución ecuatoriana no cuentan, o no tienen carácter autoritativo, parecería inevitable reconocer que estamos ante un típico caso de conflicto que, además, cae en una de las situaciones en las que Atienza sostiene que cabe ponderar «entre las razones subyacentes a la regla y las razones (valores y principios) del ordenamiento jurídico en su conjunto» (Atienza, 2017:157). Sorprendentemente, Atienza no detecta ningún conflicto, ni, consecuentemente, la necesidad de ponderar. En su visión, todos los valores y principios mencionados, aunque explícitos, no oponen resistencia alguna frente a aquellos valores que sustentan la regla definitoria del matrimonio como una institución heterosexual. En suma, lo que interesa destacar es que no sería del todo preciso decir solamente que, para Atienza, los criterios de corrección de las decisiones judiciales son internos al Derecho. Ciertamente lo son. Sin embargo, debemos precisar: por una parte, esos criterios internos que la Constitución misma ofrece, no pueden ser interpretados ampliamente, deben ser seguidos en

su tenor literal. Y, lo más importante, si nos atenemos a lo que emerge de este ejemplo: los criterios literalmente establecidos mediante reglas prevalecen sobre aquellos literalmente establecidos por principios. No estoy segura de que Atienza esté dispuesto a universalizar la posición que sostiene frente al caso ecuatoriano y sostener que la interpretación literal de las disposiciones constitucionales que expresan reglas constituye un criterio general al momento de establecer la línea divisoria entre lo que la Constitución admite y lo que, aunque justo, ha de considerarse externo a ella.

La última conjetura que quisiera mencionar es que, para responder a la cuestión del límite, en la teoría de Atienza quizás deberíamos distinguir entre sus tesis teóricas respecto de la delimitación del Derecho en general y aquellas relativas a la adjudicación del Derecho. Es decir, sus propuestas acerca de cómo los jueces deberían decidir, *dentro de los límites del Derecho*. Si presionamos sobre la teoría de Atienza exigiéndole una tesis teórico-general acerca del umbral entre la moral incorporada y la moral externa a un Derecho, el criterio parece estar dado por (el tenor literal de) las propias fuentes del Derecho, que han incorporado principios morales. Más allá de las dificultades que esta propuesta presenta, pareciera que de este modo Atienza muestra su fidelidad al aspecto autoritativo del derecho. Sin embargo, y justamente en virtud de que este criterio tiene en cuenta solo una de las dimensiones del fenómeno jurídico, para establecer si una determinada norma puede considerarse comprendida dentro de los límites que el propio Derecho impone, solo podemos apelar a la calidad de la argumentación que pueda ofrecerse en tal sentido. En otros términos, para saber si una conclusión normativa va, o no, más allá del Derecho, tendremos que ver si la argumentación que la sustenta respeta las exigencias que la teoría de Atienza impone. Conforme a esta idea, cabría conjeturar que una decisión como la de la Corte Constitucional ecuatoriana al habilitar la posibilidad del matrimonio homosexual va más allá de lo que el Derecho habilita, no porque ignora lo que las fuentes autoritativas establecen, sino porque teniéndolas en consideración no argumenta en modo jurídicamente correcto su decisión. Sin ánimo de sostener que este sea efectivamente el caso de la Corte ecuatoriana, lo que la teoría de Atienza estaría diciendo es que la decisión no puede considerarse respetuosa del límite existente entre Derecho y moral en la medida en que su argumentación no respeta los cánones de la argumentación jurídica, se apoya preponderantemente en consideraciones morales y no muestra, como debería, que la conclusión obtenida está exigida por las propias fuentes autoritativas del Derecho ecuatoriano. En suma, porque, como sabemos: «La argumentación jurídica no es sin más argumentación moral...» (Atienza, 2017: 112).

Ahora bien, y para finalizar, cabe destacar que esta conjetura debe convivir con la admisión de que, en modo usual, puede argumentarse satisfactoriamente a favor de establecer el límite en modos muy diversos. Es decir, tal como lo advierte el mismo Atienza, la concepción argumentativa del Derecho no garantiza la identificación de una respuesta correcta (Atienza, 2007: 108). Siendo así, habrá que resignarse a que la pregunta por cuál sería el modo correcto de establecer el límite entre el Derecho y la moral tiene una respuesta abierta: todas las tesis (i) bien argumentadas y que (ii) se apoyen en fuentes autoritativas, tienen el mismo valor, son todas igualmente correctas. Aunque Atienza no lo diga explícitamente, quizás, renunciar a la propuesta de un límite firme entre el Derecho y la moral es parte de lo que significa ofrecer una concepción adecuada del ‘nuevo paradigma’ que incorpora la moral al Derecho. Es decir, una teoría adecua-

da es aquella que no solo advierte que, de hecho, el límite entre el Derecho y la moral se ha difuminado, sino que justifica o reivindica normativamente la ausencia de un límite fijo. En todo caso, la visión argumentativa postpositivista debería aceptar que la idea abstracta del límite — la no identificación del Derecho con la moral — no puede ser solo invocada en modo retórico. Es preciso o bien expresar con mayor nitidez la forma en que el límite se identifica o bien aclarar que no es posible ni deseable intentar formularlo.

REFERENCIAS

- Atienza, M. (1985). *Introducción al Derecho*. Barcelona: Barcanova.
- Atienza, M. (2001). *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Atienza, M. (2006). *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Barcelona: Ariel.
- Atienza, M. (2014). *La Mirada de Peitho, blog*: https://lamiradadepeitho.blogspot.com/2014/01/mas-alla-del-neoconstitucionalismo-y_28.html.
- Atienza, M. (2017). *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.
- Atienza, M. (2019). Argumentación y constitución, en *Interpretación constitucional*. Sucre: Edición y publicación Institucional, Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 79-150.
- Atienza, M. (2022). *Sobre la dignidad humana*. Madrid: Trotta.
- Misseri, L. E. (2023). Manuel Atienza y el laberinto de su objetivismo moral mínimo: constructivismo metaético y dignidad humana. *Doxa*, 46, 297-319.

MANUEL ATIENZA. EL DERECHO COMO «PRÁCTICA SOCIAL»

MIGUEL ÁNGEL RODILLA

Universidad de Salamanca

1. Manuel Atienza es, a mi juicio, el filósofo del derecho español más importante de su generación. Además de ser autor de una obra imponente no solo por su volumen sino sobre todo por su altísima calidad, su presencia asidua y entusiasta en muy diversos foros académicos ha tenido un enorme impacto en la escena yusfilosófica —y no solo en la española. Enfrentándose a nuestra propensión al individualismo, armó en la Universidad de Alicante una célula de discusión y cooperación yusfilosófica muy influyente; y, no contento con ello, ha contribuido como pocos a crear una comunidad de diálogo entre filósofos del derecho hispanohablantes más allá de las fronteras nacionales.

A lo largo de una carrera extraordinariamente fecunda, Atienza ha explorado prácticamente todos los rincones del territorio de la filosofía del derecho. Justamente conocidas son, en particular, sus aportaciones a la teoría de las normas jurídicas y del sistema jurídico, y a la teoría de la interpretación del derecho y de la argumentación jurídica. Pero no faltan abundantes incursiones en filosofía moral y teoría de la justicia, y en campos limítrofes, como la teoría política y la teoría de la constitución, la teoría de la legislación, y de la jurisdicción, la teoría de la ciencia jurídica y la sociología jurídica. En todos los terrenos se ha movido siempre con competencia, desplegando una notable capacidad analítica y formidables dotes como polemista. Su producción escrita es abrumadora: es difícil seguirla sin perder el aliento.

Una obra así es índice de una mente inquieta y versátil, atenta al curso del pensamiento filosófico y a la evolución de la realidad social. Pero en este caso sería erróneo ver en ello el producto de una mente dispersa. Precisamente en los últimos tiempos él mismo se ha preocupado de identificar el núcleo unificador de su pensamiento, en el que en cierto modo convergen esos desarrollos, bajo dos epígrafes, «postpositivismo» y «el derecho como práctica social», con los cuales caracteriza su propia posición teórica, deslindándola polémicamente frente a otras que durante décadas han venido dominando la escena académica. Mediante el epígrafe «postpositivismo» Atienza deslinda su pensamiento frente al positivismo, que con diversas variantes, señoreó la filosofía del derecho desde finales del siglo XVIII, pero cuyo ciclo vital él da por ya concluido. Mediante el epígrafe «derecho como práctica social» esboza un programa de filosofía del derecho que aspira a romper el predominio del paradigma normativista, puramente estructural, del derecho, que, en su opinión, ha facilitado la persistencia del positivismo jurídico.

Sería inútil pretender dar cuenta en esta ocasión de los detalles de una posición teórica muy compleja, que Atienza ha venido desarrollando en muy diversos frentes. Partiendo de una concordancia de fondo con su visión de la filosofía del derecho, y suponiendo ampliamente conocida su caracterización del postpositivismo, me conformaré con emborronar unos pocos comentarios marginales sobre su concepción del «derecho como práctica social».

2. Enfrentándose al normativismo dominante en la teoría del derecho, y que él considerara fuertemente arraigado en el positivismo, Atienza introduce la idea del «derecho como práctica social» como ingrediente fundamental de una concepción postpositivista del derecho: «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» (Atienza 2017: 30, curs. mías). No se trata en absoluto de ignorar la consideración del derecho como un sistema normativo con una estructura definida, sino más bien de percatarse de que «las normas no constituyen, por así decirlo, el elemento fundamental del Derecho [...] las normas —y la coacción— constituyen la forma externa del Derecho o la organización externa de la sociedad, esto es, el elemento organizativo, burocrático, necesario para satisfacer los fines del Derecho. Pero el Derecho es, fundamentalmente, una idea de fin (Ihering), un sistema cultural (Dilthey) ligado a una organización externa» (Atienza 2019: 104). Mientras las teorías normativistas del derecho se ocupan primordialmente de problemas de carácter estructural, «la idea de que el Derecho es una práctica social supone una aproximación más fisiológica y funcional» (Atienza 2017: 24 s.)

La idea el derecho como una práctica social es interesante e incitante, invita a revisar hábitos mentales fuertemente instalados entre nosotros, pero a primera vista no es transparente la forma como se inserta en una concepción postpositivista y de qué modo contribuye a abandonar el positivismo.

Para los miembros de mi generación es casi inevitable que en esta revuelta antinormativista resuenen ecos de la propuesta que hace más de cuarenta lanzó Bobbio de pasar «de la estructura a la función», abandonando un normativismo que Bobbio (como ahora Atienza) veía implantado en la filosofía del derecho europea por la fuerte influencia de Kelsen. Para Bobbio, en efecto, «el predominio de la teoría pura del derecho en el campo de los estudios jurídicos tuvo por efecto que los estudios de teoría general del derecho hayan estado orientados durante mucho tiempo más hacia el análisis de la estructura de los ordenamientos jurídicos que hacia el análisis de su función», de modo que «los que se han dedicado a la teoría general del derecho se han preocupado más por saber «cómo está hecho el derecho» que «para qué sirve»» (Bobbio 1977: 8, 63).

En el caso de Bobbio, el paso de una teoría estructural del derecho a una teoría funcional, implicaba romper la autoclausura normativista de la teoría del derecho y abrir el acceso a la sociología: una vez que se toma en cuenta que el derecho es un subsistema del sistema social y que «lo que lo distingue como subsistema de otros subsistemas, en conjunción con los cuales constituye el sistema social en su totalidad, es la función» (Bobbio 1977: 8), resulta imperativo abandonar la pureza metódica kelseniana y dar «el paso de una teoría formal (¡o pura!) a una teoría sociológica (¿impura?)» (Bobbio 1977: 8 s.).

En su revisión del normativismo Atienza sigue un tratamiento algo diferente. Él no propugna un enfoque funcionalista con la intención de facilitar el análisis de los intercambios entre el subsistema jurídico y otros subsistemas sociales. Moviéndose en un nivel de abstracción superior, tampoco apunta a una mera ampliación de la perspectiva: lo que está en juego para él es «una diferencia ontológica [...] un cambio en cuanto al tipo de realidad en que consiste el derecho» (Atienza 2017: 17) —el derecho no *consiste* en normas sino en una práctica social; las normas forman parte de ella pero no la explican:

«El Derecho no sería ya (o no es simplemente) un objeto, una realidad que está ahí fuera y que la teoría ha de describir y explicar; sino más bien una empresa, una actividad, en la que lo esencial es fijarse en los fines y valores que ha de perseguir, y naturalmente, los medios, los instrumentos que han de usarse para ello; el Derecho, en definitiva, consiste en un conjunto enormemente complejo (un artefacto construido para ciertos propósitos, no en un objeto natural) de medios y fines» (Atienza 2019: 104 s.)

En lo que sigue esbozaré un breve comentario de algunas de las ideas que desarrolla Atienza en su enfoque del «derecho como práctica social». Ante todo analizaré la idea misma de *práctica social*, examinando los rasgos distintivos que adopta en el derecho y en particular la relación que en este caso existe entre sistema normativo y práctica social [3]; a continuación exploraré la aplicación de la idea de *artefacto* al derecho [4]; y terminaré con una nota sobre la relación de la filosofía del derecho con la práctica social en que consiste el derecho [5].

3. Para entender la relación entre el derecho como sistema normativo y el derecho como «práctica social», es conveniente empezar aclarando qué ha de entenderse aquí por «práctica». Aunque en ocasiones Atienza habla de «actividades», parece claro que para él una práctica no es un conjunto discreto de acciones, sino más bien un complejo de acciones ensambladas estructurado por normas.

En un escrito publicado en 2006 con Juan Ruiz Manero con el título «Dejemos atrás el positivismo», que en cierto modo es un manifiesto postpositivista, leemos:

«El Derecho puede (ha de) verse como una práctica social compleja consistente en decidir casos, en justificar decisiones, en producir normas etc. Dicho quizás de otra manera, el derecho no es simplemente una realidad que está ya dada de antemano (y esperando, por así decirlo, al jurista teórico que la describa y sistematice), sino una actividad en la que se participa y que el jurista teórico ha de contribuir a desarrollar.» (Atienza/Ruiz Manero 2009: 152).

Aunque los ejemplos que se mencionan en este pasaje se refieren a la actividad legislativa y judicial, en realidad el «etc.» incluido en él es la abreviatura de un abultado número de actividades tan diversas como realizar contratos y testamentos, contraer matrimonio y divorciarse, constituir una hipoteca o un fideicomiso, ejecutar la pena capital, y, por supuesto, promulgar leyes y dictar sentencias. Todas estas actividades, en las que interviene una enorme multitud de

actores, pueden reducirse a dos grandes clases: actividades de producción de normas (generales o particulares) y actividades de aplicación de normas. Ahora bien, lo distintivo de estas actividades, a diferencia de otros muchos actos que también pueden tener relevancia jurídica —como matar a una persona, arrebatarle un bien, difamarla, cruzar la calle y conducir un vehículo—, es que no sólo están *reguladas* por el derecho sino que además, y más importante, están *constituidas* por el derecho: son hechos institucionales que no pueden describirse sin involucrar normas jurídicas y que en rigor no tienen existencia fuera del universo jurídico. Por eso la concepción del derecho como práctica social no anula la consideración del derecho como sistema de normas, sino que más bien la requiere: «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 en la que se trata de alcanzar (de maximizar) ciertos fines y valores, pero permaneciendo dentro del sistema: jugando el juego. Por eso, el Derecho es, en parte, algo que está ahí fuera, algo dado [...], 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» (Atienza 2017: 134).

Un primer rasgo distintivo del derecho como práctica social es su carácter *dinámico* en un sentido especialmente fuerte. A diferencia de otras prácticas, como los juegos y los rituales, el derecho es una práctica productiva y autogeneradora: dispone de reglas para modificar el patrimonio normativo del sistema manteniéndose dentro de él. En este sentido, no es tanto un sistema de normas dado como una realidad en constante transformación. Pero si es más que un conjunto desorganizado de decisiones de una multitud variada de actores, si es una práctica, es porque todos esos actores actúan siguiendo reglas del sistema, incluso para modificarlas.

En realidad la conceptualización del derecho como un sistema normativo dinámico no es nueva, ni es obra del postpositivismo. En este punto la aportación de Hart es particularmente significativa. Al subrayar la importancia de las que él denominó «reglas que confieren potestades» (*power conferring rules*), como reglas sustancialmente diferentes de las reglas prescriptivas (*duty imposing rules*), esto es, como reglas que permiten producir, eliminar o alterar estructuras normativas permaneciendo dentro del sistema, y a las que el derecho debe no sólo su institucionalidad sino además su capacidad de cambio, ofreció herramientas conceptuales para explicar debidamente el carácter dinámico del derecho. Precisamente la ignorancia de la especificidad de estas reglas y la insistencia en que todas las normas jurídicas obedecen al patrón único de las normas penales, había impedido a Kelsen dar expresión conceptual adecuada a su insistencia en el carácter dinámico del derecho como un sistema que regula su propia (re)producción, como un *Erzeugungszusammenhang*.

Pero además de dinámica, en el sentido explicado, el derecho es también una práctica *institucionalizada*, en el sentido de que dispone de reglas que crean órganos con la función de controlar las actividades que se producen en su interior —especialmente las prácticas de producción y aplicación de normas— de modo que se desarrollen en cumplimiento de las normas del sistema. Como es notorio, particularmente relevantes para el carácter institucional del derecho son los órganos jurisdiccionales, que resuelven de forma autoritativa los conflictos y discrepancias que puedan suscitarse en el universo jurídico, declarando, conforme a derecho, qué vale como derecho.

Hasta aquí la concepción del derecho como práctica social no rebasa los límites del positivismo jurídico. Se inserta en una visión postpositivista del derecho cuando se añade que las actividades propias de esa práctica, esto es, las actividades de producción y aplicación de normas, y en particular las prácticas de control jurisdiccional, no consisten en meras decisiones; por el contrario, todas ellas están a su vez mediadas por *prácticas de interpretación y justificación* que están sujetas a condiciones de racionalidad cuya satisfacción presupone en el sistema la presencia de principios que no son puramente convencionales y cuya aplicación tiende a asegurar la coherencia y la identidad substantiva del sistema a través del cambio normativo.

Para Atienza el proceso de interpretación de las reglas de la práctica es interno a la práctica misma y exige asumir sus propósitos y valores: la interpretación «tiene lugar en el contexto de una práctica a la que da sentido el logro de ciertos fines y valores, de manera que quien interpreta en el contexto de la misma ha de proponerse alcanzar el significado que mejor sirva a esos propósitos; pero permaneciendo dentro de la práctica, esto es, sin desconocer los materiales autoritativos (las normas válidas) que marcan en el derecho un límite infranqueable» (Atienza 2017: 21). Como toda práctica, también la de interpretar reglas y justificar decisiones en el marco del derecho se inscribe en un marco de reglas, tradiciones y convenciones. Pero a diferencia de otras prácticas, las prácticas de interpretar y justificar están sujetas a exigencias de racionalidad que ya no son convencionales. A las teorías escépticas de la interpretación, que niegan la existencia de criterios objetivos de corrección y conciben la interpretación en términos decisionistas, Atienza opone una teoría constructivista y racionalista. Para él «interpretar, en el contexto de una práctica social como el Derecho, consiste en mostrar el objeto interpretado bajo su mejor perspectiva» (Atienza 2001: 270). El intérprete no sólo ha de poner en juego reglas interpretativas y técnicas de racionalidad instrumental, sino también criterios «racionalidad práctica», operando bajo la presuposición de que para cada problema de interpretación existe «una única respuesta correcta» (Atienza 2019: 70), de modo que pueda pensar que lo que produce es lo que debe ser. Una práctica de interpretación así entendida es esencial para que la práctica social en que consiste el derecho tenga un desarrollo congruente: «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» (Atienza 2017: 52).

4. De forma reiterada Atienza asocia a su concepción del derecho como práctica social la idea de *artefacto*. El derecho consiste en una práctica social porque tiene la naturaleza de un artefacto: «El Derecho [...] es un *artefacto*, esto es, un objeto que ha sido fabricado de manera intencional para lograr ciertos propósitos [...] y que, en tal sentido, se contrapone a los objetos naturales» (Atienza 2017: 36).

Al invocar la naturaleza artificial del derecho, Atienza pone en juego la vieja contraposición entre lo dado y lo construido, la naturaleza y la cultura, lo encontrado y lo producido, con el fin de distanciarse no sólo del yusnaturalismo, sino también, más significativamente, del positivismo normativista, que según él se enfrentaría al derecho desde una actitud no muy diferente de la que adoptamos frente a los objetos naturales. Comentando a Ihering, afirma: «El

Derecho no es [...] un hecho social, es decir, una realidad ya dada y, en ese sentido, semejante a un hecho natural, desprovisto de cualquier propósito, de cualquier intención, y que se puede, por lo tanto, observar, describir, etc. desde fuera, de manera puramente neutral» (Atienza 2017: 36). Al adoptar la concepción del derecho como artefacto Atienza parece, pues, querer situarse más allá de la vieja alternativa «o positivismo o yusnaturalismo». Pero a primera vista no está claro de qué modo se inserta esa idea en una concepción postpositivista.

Para empezar, aplicar al derecho la imagen del artefacto tiene un punto perturbador. Cuando hablamos de un artefacto solemos pensar en un objeto mecánico ya construido, y que por tanto está ahí, precisamente «dado». En cambio, como sabemos, el derecho se construye y reconstruye a lo largo del tiempo en un proceso sin término, con materiales nuevos pero manteniendo su identidad a lo largo del tiempo. En este sentido se diría que más pertinente que la analogía hobbesiana del reloj o la de la máquina de vapor de Summers, que comenta Atienza, es la de la novela en cadena de Dworkin o, mejor aún, la de la nave de Teseo, a la que en algún momento recurrió Hobbes, que seguía siendo la misma a pesar de que todos sus componentes habían sido cambiados en el curso del viaje. Ahora bien, si Atienza habla del derecho como artefacto no es pensando en un objeto ya confeccionado sino más bien para señalar la imposibilidad de describirlo sin tomar en consideración propósitos y valores. En este sentido, comentando a Robert Summers, señala con razón que «su naturaleza de artefacto social» hace imposible «separar, en este tipo de realidad en que consiste el Derecho, el ser y el deber ser» (Atienza 2017, p. 37). En efecto, no es posible describir un artefacto —sea una máquina de vapor o el derecho— sin involucrar criterios que para determinar cuándo cumple adecuadamente los propósitos para los que se construyó y por consiguiente es un *buen* artefacto —es como debe ser.

Pero la conexión entre ser y deber ser que de este modo se establece no nos sitúa más allá del positivismo jurídico mientras los propósitos a los que obedece el artefacto derecho sigan siendo enteramente arbitrarios. En este punto es ilustrativo el caso de Hobbes, que probablemente fue el primero en concebir el Estado —y, por consiguiente, el derecho— como un *artificial body*, como un *artifact*. Un artefacto es una entidad armada racionalmente —«hecha con arte», siguiendo reglas técnicas— al servicio de algún propósito. En esto el Estado no es, para Hobbes, substancialmente diferente de un reloj, excepto en que el artefacto en que consiste el Estado se construye «mediante convenciones y pactos». Pero, como es sabido, una concepción radicalmente convencionalista del Estado y el derecho condujo a Hobbes a rechazar que la cuestión de la justicia sea aplicable a las leyes: «... ninguna ley puede ser injusta [...] *Con las leyes de una república ocurre como con las leyes del juego: nada de lo que acuerden todos los jugadores es injusto para ninguno de ellos*» (Hobbes: 335, cursivas mías). Como era de esperar, el convencionalismo puro acoraza a la ley frente a la crítica moral y conduce a una posición netamente positivista.

Ahora bien, la equiparación que hizo Hobbes del derecho con las reglas de los juegos es interesante pero desorientadora: a diferencia de los juegos, el derecho no es una construcción puramente convencional, ni los propósitos a los que obedece son necesariamente arbitrarios. Esto es algo que se pone de manifiesto cuando nos percatamos de la forma como está vinculado a las exigencias de la reproducción de la vida social. Y en este punto el pensamiento de Hart

vuelve a ser instructivo. Por un lado, con su provocativa tesis sobre el «contenido mínimo del derecho natural» Hart mostró que ciertos hechos generales relativos a la especie humana y su situación en el mundo imponen al derecho un cierto contenido, si es que ha de estar en condiciones de hacer frente a las funciones que, como sistema normativo «más importante» (J. Raz), está llamado a desempeñar en la reproducción social de la vida humana. Por otro lado, el experimento mental que diseñó para justificar su tesis de que el derecho es la «unión de reglas primarias y secundarias», muestra de forma persuasiva cómo el derecho, gracias precisamente a su peculiar estructura sistemática, en particular gracias a la forma como en él se articulan reglas primarias de obligación con reglas secundarias de ciertos tipos, permite hacer frente satisfactoriamente a ciertos problemas a los que crónicamente están sujetos los sistemas sociales. En este sentido la estructura del sistema jurídico —su carácter coactivo, dinámico, institucional— se explica (y se justifica) por su rendimiento funcional.

Su relación funcional con las exigencias básicas de la reproducción de la vida social sugiere que el derecho es un artefacto necesario: a diferencia de los juegos, el derecho es una convención necesaria, carente de equivalente funcional —si es que ha de haber vida social. Independientemente de los cambiantes fines y propósitos que pueda perseguir el legislador, y que son más o menos arbitrarios, su contribución a la reproducción social de la vida humana impone al derecho propósitos, fines y valores que no son arbitrarios. Por eso, no sólo está sujeto a exigencias de racionalidad técnica sino también a exigencias de racionalidad práctica. Sus normas son las que son, pero podrían ser diferentes — en este sentido son convencionales. Pero en la medida en que regulan necesidades humanas están sujetas a exigencias de justicia, de un modo que no afecta a las reglas puramente convencionales de los juegos.

5. En un paso del primer capítulo de *Filosofía del Derecho y Transformación Social* (2017), que ofrece una caracterización del postpositivismo y explora sus orígenes en Ihering, Atienza inesperadamente anuda con la distinción que hace ahora un siglo estableció Rudolf Stammler entre concepto e idea del derecho. La distinción de Stammler es conocida. El concepto de derecho «delimita el querer jurídico de otras posibilidades típicas: del acontecer natural tanto como de la moral, los usos sociales y el poder arbitrario» (Stammler 1922: 2). En cambio la idea de derecho se ocupa, no ya de «caracterizar un determinado tipo de actos de la voluntad humana» determinando si son jurídicos, sino más bien de determinar «si un querer así observado y clasificado está también *fundamentalmente justificado*» (Stammler 1980: 3). Mientras el concepto de derecho busca distinguir el fenómeno jurídico frente a otros fenómenos, y en este sentido tiene una función clasificatoria, la idea de derecho tiene una función cualificatoria: pretende determinar «*el fin último ideal* al que ha de apuntar y que ha de guiar toda aspiración *jurídica* en su particular situación si es que ha de aparecer como *fundamentalmente justa*» (Stammler 1922: 5).

Sin entrar en las singularidades de una fraseología neokantiana, con su distinción entre concepto e idea de derecho, Stammler delimitaba dos de las grandes disciplinas que convencionalmente integran la filosofía del derecho: la teoría del derecho, que se ocuparía de esclarecer *qué es* el derecho, cuáles son sus rasgos distintivos y su estructura interna, y la teoría de la justicia, que se ocuparía de discutir *cómo debe ser*, a qué principios debe aspirar a ajustarse. Ahora

bien, el hecho de que ser y deber ser estén entrelazados en la descripción de la práctica social en que consiste el derecho parece inducir a Atienza a fundir concepto e idea de derecho. En este punto es reveladora la sorprendente definición de derecho con que, después de exponer su posición postpositivista, cierra ese primer capítulo: «el Derecho (o mejor, la idea regulativa del Derecho) podría definirse, remedando a Ihering, como el conjunto de las condiciones de vida de la sociedad que satisfacen los derechos fundamentales basados en la dignidad humana, aseguradas esas condiciones mediante la coacción externa por un poder público ejercido de acuerdo con los requerimientos del Estado de Derecho» (Atienza 2017: 46).

Si aplicamos la distinción de Stammler, no parece que esta definición sea ni la del concepto ni la de la idea de derecho. No parece que sea la del *concepto* de derecho porque muchos fenómenos a los que no dudaríamos en aplicar el término (v. gr. el derecho romano) no encajan fácilmente en ella. Si se compara esta definición con la «definición definitiva» de Ihering a la que remite —«El derecho es el conjunto de las condiciones de vida de la sociedad en el sentido más amplio aseguradas por la coerción externa, es decir, por el poder del Estado» (Ihering 1877: 499)—, se advertirá que Atienza ha cargado la suya de contenido normativo substantivo y con ello ha restringido su alcance. Pero en realidad él no pretendía definir el concepto de derecho, no pretendía establecer un criterio para deslindar la esfera de los fenómenos jurídicos sino la «idea regulativa» de derecho. Sólo que su definición tampoco parece ser la de la *idea* de derecho: no parece indicar la «estrella polar que nos guía a través de los hechos de la experiencia, sin que ella misma se pueda presentar en toda su integridad en la realidad sensible» (Stammler 1980: 4), porque lo que aquí se nos ofrece como idea regulativa se encuentra ya encarnado —aun defectuosamente— en el moderno Estado constitucional democrático.

Creo que esta situación se debe a que en Stammler tanto el concepto como la idea de derecho son creación de una filosofía del derecho que trabaja con una pretensión de «unbedingter Allgemeingültigkeit» (Stammler 1922: 1) mientras que Atienza parece formular su «definición» desde el interior de la práctica misma del derecho ... en un Estado democrático constitucional. Pero en ello creo yo ver una relación confusa entre el derecho y la filosofía que ha de conceptualizarlo.

El derecho es una práctica social, sí; y, como toda práctica, para ser operativo necesita movilizar saberes, conocimientos. Ahora bien la filosofía del derecho no forma parte de esa práctica. En este punto la diferencia entre la llamada «ciencia jurídica» y la filosofía del derecho es decisiva. La ciencia jurídica es una prolongación de la práctica jurídica y del saber (práctico) de los juristas. Al elaborar sus construcciones teóricas, a menudo extraordinariamente sofisticadas, los dogmáticos se mueven en el interior del sistema jurídico y tratan de organizarlo de forma racional con vistas a su aplicación. Más aún, la ciencia jurídica colabora a la integración del sistema normativo investigando críticamente deficiencias, tales como lagunas y contradicciones, y ofreciendo vías para resolverlas. En el desarrollo de esa variedad de tareas, la ciencia jurídica resulta ser un auxiliar de primer orden para los operadores jurídicos, en particular para los jueces, y de este modo se convierte en una pieza cuasi-institucional del sistema jurídico. Naturalmente las elaboraciones teóricas de los científicos del derecho carecen de fuerza normativa, y a menudo no conducen a un único resultado; pero si están bien elaboradas, proporcionan, por así decirlo, un fondo de posibilidades al que los juristas pueden recurrir para aprovi-

sionarse de argumentos y ayudarse en la toma de decisiones; de este modo la ciencia jurídica se convierte en fuente indirecta del derecho. En cierto sentido no es una exageración decir que una ciencia jurídica bien desarrollada contribuye a mejorar el sistema jurídico, que sin ella sería más pobre.¹

La ciencia jurídica es, pues, un saber orientado a la práctica. La formación de conceptos de la dogmática jurídica y la organización del material jurídico están en último término dictadas por consideraciones funcionales, con el fin de contribuir a una utilización más racional del material normativo de un sistema jurídico particular.² La filosofía del derecho no puede exhibir una conexión de ese tipo con la práctica jurídica. Para ella sí que parece ajustado el reproche de que no es más que teoría y pura teoría. Y, para empeorar las cosas, una teoría que se mueve en un plano muy elevado de generalidad y abstracción. La dogmática jurídica es una ciencia nacional y además una ciencia del presente: se ocupa del derecho vigente en un determinado país. La filosofía del derecho, en cambio se ocupa del derecho en general y en abstracto. Una vez más, el derecho es una práctica social, pero la filosofía del derecho no forma parte de ella.

Con esto no quiero decir que la filosofía del derecho se mueva en el cielo de las ideas platónicas. Como cualquier actividad humana, la filosofía del derecho se inscribe en un horizonte histórico definido, y sus autores trabajan en el interior de una cultura jurídica y política particular, sujetos a condicionamientos sociales y políticos de todo tipo: aunque se muevan en un nivel superior de generalidad y abstracción, tampoco los filósofos del derecho pueden saltarse su propia sombra. Pero lo cierto es que la filosofía del derecho no está comprometida con la práctica de ningún sistema jurídico particular. Más aún, de ello depende su contribución principal a la práctica jurídica.

En su trato diario con el derecho los ciudadanos y los operadores jurídicos adoptan el punto de vista interno de quien acepta sus reglas como guías de conducta y razones para la acción —incluso cuando las violan. El dogmático, por su parte, adopta la variante de ese punto de vista interno que MacCormick denominó el «punto de vista hermenéutico» de quien intenta comprender y sistematizar las normas *como si* las aceptara, extrayendo las consecuencias prácticas que éstas tienen para las personas que las aceptan como genuinas pautas de conducta y razones para la acción. El filósofo del derecho, en cambio, analiza qué implica adoptar las normas jurídicas como pautas de conducta y en qué sentido son razones para la acción, pero al hacerlo no adopta el punto de vista del aceptante. Independientemente de la actitud que pueda tener como ciudadano, cuando actúa en su condición de filósofo del derecho no está comprometido con los valores y principios de un sistema jurídico particular; sólo lo está con los valores universalistas de la razón.

Y sin embargo su trabajo no carece de interés para la práctica jurídica. Gracias a su posición excéntrica en relación con ella, al hecho de reflexionar sobre el derecho sin mantener ningún compromiso con la práctica institucional, gracias, en fin, al hecho de contemplar el derecho, por así decirlo, desde fuera, la filosofía del derecho trastoca nuestras rutinas de pensa-

¹ «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» (Atienza 1985: 282)

² Cfr. el interesante capítulo «La dogmática jurídica como tecno-praxis» en Atienza (2017).

miento sobre el derecho, y ayuda a comprender críticamente qué es el derecho y qué es lo que realmente hacemos en nuestras diversas formas de relacionarnos con él, con una distancia reflexiva que la ciencia del derecho, por su conexión dogmática con el derecho vigente, no puede proporcionar. Así, la filosofía del derecho tiene, entre otras, la inestimable función de incrementar la libertad y la flexibilidad del jurista en su trato con un derecho crecientemente complejo, y de potenciar la autonomía del ciudadano en su juicio sobre el derecho vigente. Es cierto que no suministra conocimientos substantivos para la práctica de los juristas, pero en la medida en que los entrena para que comprendan mejor lo que hacen, no carece de eficacia práctica. Al poner a contribución la fuerza de la (auto)reflexión, la filosofía del derecho desempeña una importante función emancipadora. A eso ha venido dedicando Atienza sus mejores esfuerzos. Ojalá siga haciéndolo durante muchos años.

REFERENCIAS

- ATIENZA, Manuel (1985), *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona.
- ATIENZA, Manuel (2001), *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona.
- ATIENZA, Manuel (2017), *Filosofía del derecho y transformación social*, Trotta, Madrid.
- ATIENZA, Manuel (2019), *Comentarios e incitaciones. Una defensa del postpositivismo jurídico*, Trotta, Madrid.
- ATIENZA, Manuel/RUIZ MANERO, Juan (2009), *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Temis, Lima-Bogotá.
- BOBBIO, Norberto (1977), *Dalla struttura alla funzione. Nouvi studi di teoria del diritto*, Ed. di Comunità, Milano.
- HOBBS, Thomas, *Leviathan*, vol. 3 de las *English Works*, edic. de William Molesworth.
- IHERING, Rudolf (1877), *Zweck im Recht*, Vol I, Breitkopf und Härtel, Leipzig.
- STAMMLER, Rudolf (1922), *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin/Leipzig.

UNA IDEA *DIFERENTE* DEL DERECHO

ROCÍO VILLANUEVA FLORES

Pontificia Universidad Católica de Perú

INTRODUCCIÓN

Empiezo este artículo agradeciendo la invitación que me hicieron Francisco Laporta y Elías Díaz para escribir en este libro de homenaje a Manuel Atienza. Me siento muy honrada de formar parte de esta iniciativa que reconoce el inmenso aporte de este profesor de Derecho, de este maestro.

Perú es un país que conoce muy bien Manuel Atienza porque lo ha visitado varias veces, en épocas de mayor estabilidad política. Es un país muy desigual, que explica que haya, permanentemente, conflictos sociales en distintas partes del territorio. El 7 de diciembre de 2022, en medio de una enorme polarización, denuncias de corrupción y descontento popular, el ex Presidente Castillo, dio un golpe de estado. Ese mismo día, el Congreso declaró la vacancia presidencial por incapacidad moral permanente, de acuerdo a lo que establece el artículo 113° inciso 2) de la Constitución. A partir de entonces, hubo protestas sociales en varios lugares del país, toma de carreteras y vías, desplazamientos de manifestantes a Lima, enfrentamientos entre manifestantes y fuerzas policiales y armadas, con un saldo de 49 personas muertas por armas de fuego. Esas protestas cesaron debido a la emergencia climática del mes de marzo, que afectó a varias regiones, y que, a abril de 2023, había dejado 85 fallecidos, 51,000 personas damnificadas, más de 6,000 viviendas destruidas y más de 13,000 inhabitables por efecto de las lluvias.

Hace casi cuarenta años, decía Garzón Valdés que, aún admitiendo que en los países europeos existen diferencias entre el orden jurídico sancionado y el efectivamente aplicado, éstas no eran nunca tan notables como las que se habían dado siempre en América Latina (1982, p. 22). A pesar del tiempo transcurrido, en nuestra región, hay amplios sectores de la población, los más desfavorecidos, para quienes los derechos constitucionales a la salud o a la educación siguen siendo meras declaraciones sin vigencia práctica.

Afirma Atienza que en las sociedades complejas en las que hay innumerables fuentes de conflicto, no hay alternativa al Derecho, pues la solución no está en algo distinto al Derecho, sino en un Derecho de otro tipo (2001, p. 31). Por eso, este artículo está dedicado a algunas de sus reflexiones sobre la idea del Derecho. Frente a las concepciones formalistas y iusnatu-

ralistas, Atienza ha contribuido notablemente a construir y divulgar una idea diferente del Derecho, que no sólo da cuenta del fenómeno jurídico en los estados constitucionales, sino en la que se resalta que el Derecho es una «realidad que no está ahí simplemente para ser conocida, criticada o utilizada estratégicamente, sino para ser mejorada por los sujetos que forman parte de la misma» (Atienza, 2001, p. 109). La noción de mejora como parte de la práctica del Derecho (Atienza, 2001, p. 10; 2014a, p. 30) es especialmente relevante en países de frágiles democracias, en los que, por otro lado, es tan necesario que el Derecho sea un instrumento de transformación social (Atienza, 2017a).

Empezaré el artículo con una breve presentación sobre la idea del Derecho de Atienza, y recorreré algunos otros temas de su inmensa obra, elegidos pensando en algunas de las necesidades de mi país, como son los de las funciones sociales del Derecho, los fines que persigue y los principios, éstos dos últimos, elementos centrales en el Derecho de los estados constitucionales (y en una idea diferente del Derecho).

1. LA IDEA DEL DERECHO

Para Atienza el Derecho es una práctica social y no sólo un sistema de normas. No puede verse exclusivamente como el producto de una autoridad (Atienza, 2014a, p. 29); se trata, más bien, de una práctica social muy compleja «que consiste en decidir casos y en justificar esas decisiones, en producir nuevas normas, en asesorar a alguien en cómo producir tal cambio, etc.» (2006, p. 214). Sin embargo, es una práctica social, una empresa, con la que se trata de lograr ciertos fines y valores utilizando los materiales jurídicos (2011, p. 85; 2014b, p. 12; 2017a, p. 17; 2017c, p. 24); y que, por tanto, incorpora una pretensión de corrección o de justificación (2014a, p. 29). Que el Derecho sea una práctica social que persigue fines y valores expresa el carácter artificial o convencional del mismo, pero también «su dimensión valorativa sin la cual la idea de práctica se desvanecería» (2014c, p. 303). Las normas (reglas y principios) tienen dos aspectos uno directivo (de guía de conducta) y otro valorativo (de justificación o de crítica) (Atienza y Ruiz Manero, 1996, pp. 131 y 137), y presuponen juicios de valor (Atienza, 2023, p. 71).

A manera de síntesis, el Derecho es presentado: a) como un artefacto inventado para cumplir ciertos propósitos, b) en el que se distinguen, dentro de su compleja realidad, dos dimensiones, una autoritativa y otra valorativa (finalista o axiológica), dimensiones que se articulan «de tal forma que la segunda no puede reducirse a la primera, sino que, más bien, goza de cierta preeminencia»; y c) como una práctica vinculada necesariamente con valores morales objetivos; es decir, con la justicia (Atienza, 2011, p. 82; 2017a, p. 35); o la no arbitrariedad (2017a, p. 42).

Como el Derecho está necesariamente vinculado con la moral, con la justicia (2011a, p. 88), no puede ser aislado de la razón práctica (2011, p. 88; 2006, pp. 197-203; 2014c, p. 313). Sin embargo, ello no abre las puertas a la subjetividad o arbitrariedad en la resolución de los problemas legales. Por el contrario, Atienza sostiene que el objetivismo moral (mínimo) es un requisito para dar sentido al Derecho y al trabajo que realizan los juristas (2013a, p. 15; 2014a, pp. 561-2; 2014c, p. 302; 2016, p. 4). El discurso moral puede pretender ser

objetivo en la medida en que respecto de los enunciados morales cabe una argumentación racional (2014c, p. 315), guiada por criterios de racionalidad práctica (2014b, p. 10). Es una objetividad de razones o argumentos (Dworkin, 1985 p. 172; Atienza, 2023, p. 136). De esta forma, «los juicios morales incorporan una pretensión de corrección, no de verdad absoluta» (2014c, p. 315). Aunque los juicios que se defienden tienen un valor objetivo, quien lo hace está dispuesto a modificarlos si resultan derrotados por argumentos más sólidos que los suyos (2009, p. 25; 2013a, pp. 13-14). Atienza rechaza que no se pueda argumentar racionalmente sobre los valores y que se piense que en este campo no hay lugar para distinguir entre buenas y malas razones (2014b, p. 10). Pone particular énfasis en el Derecho como práctica argumentativa, pues en el estado constitucional hay un incremento de la tarea justificativa de los órganos públicos (2007, p. 128, 2017a, p. 98), y se demanda que los jueces se esfuercen por encontrar una decisión objetivamente justa, sin desconocer los materiales jurídicos (2017c, pp. 34-40).

2. LAS FUNCIONES SOCIALES DEL DERECHO

En los ochentas, Atienza afirmaba que el Derecho no podía ser entendido exclusivamente desde una perspectiva estructural (centrada en los componentes del Derecho, en las relaciones que guardan entre sí o en el tipo de normas que lo integran), pues debía complementarse con un análisis funcional, presente en la teoría del Derecho, en autores como Kelsen, Hart o Fuller, aunque insuficientemente desarrollado (1985, p. 57; 2001, p. 146)¹.

Atienza distinguió dos formas de entender la expresión «funciones sociales del Derecho», a partir de la selección de uno u otro de los dos significados de los términos función, sociedad y Derecho². El primer significado de función alude a la prestación de un determinado órgano al organismo (a la totalidad) del que forma parte (sentido organicista); mientras que el segundo significado se refiere a la relación de dependencia o interdependencia entre dos o más factores variables (sentido matemático). Por su parte, por sociedad podía entenderse a la sociedad en su conjunto (el todo social) o a alguna institución o grupo social. Finalmente, por Derecho se podía aludir al conjunto del ordenamiento jurídico, o a alguna norma jurídica o institución jurídica en particular (Atienza, 1985, p. 58; 2001, p. 149).

Según Atienza, en el primero de los sentidos de función; por ejemplo, el Derecho cumple la función de control social, el estudio de tal función tiene carácter teórico y se conecta con algún tipo de filosofía social de concepción general de la sociedad. En cambio, en el segundo de los sentidos (por ejemplo, el divorcio cumple la función social de mantener la pervivencia de la institución familiar), la función social del Derecho es un tema de investigación empírica, referido a la eficacia social del Derecho, a los efectos sociales del Derecho (2001, p. 150). En el segundo de los sentidos la investigación es de carácter empírico, sobre la eficacia social del Derecho; es decir, sobre sus efectos sociales (Atienza, 2001, p. 150).

¹ Positivistas como Bobbio (1990, p. 258 y ss) o Raz (2011, p. 209) también resaltaron la importancia del aspecto funcional del Derecho.

² Esta distinción también se encuentra en Bobbio (1990, p. 271).

También en los ochentas, Atienza distinguía entre fines internos y externos. Los fines internos consistían en lograr la conformidad de la conducta de los destinatarios a lo establecido por las normas —la eficacia del Derecho—, mientras que los externos consistían en la consecución de determinados efectos sociales (1985, p. 154).

En aquel entonces, para Atienza, los fines eran las funciones del Derecho en sentido estricto, las que se distinguían de los medios que éste emplea para conseguirlos (Atienza, 1985, p. 67; 2001, p. 154). Un ejemplo de medio para conseguir la resolución de un conflicto era la aplicación de una norma sancionatoria (Atienza, 2001, p. 154), o la norma premial de reducción del pago de los arbitrios para los vecinos que pagan los impuestos municipales (función de guía de conducta)³.

En las democracias más frágiles, tan desiguales y con un nivel de conflictividad social importante, no hay que perder de vista las funciones sociales del Derecho, las que, como afirmaba Bobbio, pueden cumplirse respecto de la sociedad o respecto de los individuos (1990, p. 271). Entre las que Atienza denomina de tipo teórico, pueden citarse las siguientes:

- Guiar el comportamiento de las personas (función tradicionalmente denominada de «control social»), que consiste no solo en supervisar el funcionamiento de la sociedad sino en la regulación de conductas (Atienza, 1985, p. 62; 2001, p. 151),
- Distribuir un conjunto de bienes y servicios, a través de impuestos, la asignación de recursos económicos, la regulación del sistema educativo, etc. (Atienza, 1985, p. 71)⁴.
- Legitimar y organizar el poder social, pues «el Derecho al determinar las instancias que deben decidir los casos, así como el procedimiento para hacerlo, convierte el poder en Derecho, lo legitima» (Atienza, 2001, p. 158).
- Resolver conflictos y reducir las tensiones sociales (Garzón Valdés, 1982, p. 43), manteniendo el orden interno (Raz, 2011, p. 218).
- Organizar los medios adecuados para llevar a cabo las funciones sociales, para alcanzar tales fines (Atienza, 2001, p. 159)⁵.

En 1985, Atienza sostenía que lo que le interesaba era la cuestión de las funciones sociales que el Derecho cumplía (no las que debería cumplir), de cara a la sociedad (no, por ejemplo, respecto de los individuos) (Atienza, 1985, p. 58), mientras que Bobbio afirmaba que la función del Derecho era hacer posible la satisfacción de algunas necesidades básicas (y otras de carácter cultural en las sociedades más evolucionadas), y ésta era una función del Derecho en relación con los individuos (1990, p. 271). Bobbio también prestó atención a lo que denominó «la función promocional del Derecho», frente a la insuficiencia de las concepciones tradicionales del Derecho de protección o represión (1990, pp. 371-385).

³ Afirmaba Bobbio que la lógica del análisis funcional es la lógica de la relación medio-fin; por lo tanto, la consecución de un fin puede ser un medio para lograr otro (Bobbio, 1990, p. 272).

⁴ A la función distributiva del Derecho también se han referido Bobbio (1990, pp. 265-266 y 273) y Raz (2011, p. 218).

⁵ Dentro de las funciones sociales del Derecho, Raz incluye la de proveer medios para «la celebración de acuerdos privados entre los individuos» y la de regular la creación y funcionamiento del Congreso, tribunales, policía, fuerzas armadas, sistema penitenciario, cuerpos administrativos, etc. (Raz, 2011, p. 216 y 223).

Las funciones sociales han sido tradicionalmente abordadas como finalidades de cualquier sistema jurídico, como funciones externas al Derecho, compatibles con cualquier sistema jurídico, incluso con uno injusto, y no han estado necesariamente vinculadas con la persecución de determinados fines u objetivos. Creo que, por esa razón, Atienza afirmaba que se ocupaba de las funciones sociales que el Derecho cumplía (y no de las que debía cumplir) (1985, p. 58).

Varios años después, en el 2006, Atienza distinguió entre funciones externas e internas del Derecho. Las primeras son las que cumple de cara a la sociedad, se refieren al mundo exterior (por ejemplo, resolver conflictos o distribuir las cargas y responsabilidades). En cambio, las internas, las cumple el Derecho «hacia adentro», se refieren al adecuado funcionamiento del sistema jurídico mismo, y son las que permiten el cumplimiento de las otras funciones, de las funciones sociales (2006, p. 240), y están vinculados a los principios institucionales, sobre los que volveré más adelante.

Por otro lado, Atienza sostuvo que una concreta institución jurídica puede tener efectos disfuncionales (Atienza, 2001, pp. 160).

3. LOS FINES DEL DERECHO

Como se ha señalado al inicio de este artículo, Atienza ha defendido, como una de sus ideas principales sobre el Derecho, que éste es una práctica social que persigue ciertos fines y que, además, si bien tiene una doble dimensión, la dimensión finalista o valorativa tiene cierta prioridad frente a la dimensión autoritativa y organizativa, pues de lo contrario los medios tendrían una prioridad frente a los fines (2017a, p. 45; 2023 p. 72). En efecto, Atienza afirma que el Derecho es un sistema de fines (2017a, pp. 20-21), un artefacto para cumplir propósitos prácticos o fines, que esos fines y valores son los propósitos centrales de la práctica (2017a; p. 20), así como que tales finalidades tienen un carácter definitorio del Derecho como práctica social (2017a, p. 19).

Sin duda, cuando Atienza se refiere a los fines como propósitos centrales del Derecho, no alude a las funciones sociales pues ellas pueden ser cumplidas en cualquier sistema jurídico en la medida en que no son propias de los estados constitucionales. Los ordenamientos legales de las dictaduras o de los regímenes autoritarios cumplen varias de las funciones sociales mencionadas (para empezar, la de control social).

Por ello, me parece útil hacer una breve referencia a qué se entiende por fines, en este segundo sentido. Para Pérez Lledó los fines son valores, estados de cosas (bienes jurídicos) o incluso virtudes (cívicas), que se consideran deseables por el Derecho, ya sea por razones de principio (son valiosos en sí mismos) o por razones de utilidad (por ser socialmente beneficiosos) (2000, p. 667). Ha señalado Atienza que los valores son entidades objetivas que no pueden verse simplemente como la expresión de deseos (preferencias o intereses) individuales o colectivos de los agentes (Atienza, 2006, p. 200); y que la idea de fin (por qué y para qué el Derecho) dota de sentido al Derecho (Atienza, 2017a, p. 38). De esta forma, el Derecho tiene que entenderse en íntima conexión con los valores, los bienes, que caracterizan a la práctica,

que son bienes internos de dicha práctica, que los sujetos que participan en la misma han de esforzarse por lograr (Atienza, 2017 a, p. 42) ⁶.

De acuerdo con Atienza y Ruiz Manero, los valores que incorporan los enunciados jurídicos, por ejemplo, los principios constitucionales, pueden considerarse como la plasmación de los juicios de valor efectuados por quienes establecen los enunciados (las autoridades jurídicas) sobre ciertas acciones y estados de cosas (1996, p. 138). Una acción o un estado de cosas (objetos a los que se atribuye valor), pueden ser intrínsecamente o extrínsecamente valiosos⁷. Algo es intrínsecamente valioso cuando se le atribuye valor positivo por sí mismo. Dentro de lo intrínsecamente valioso Atienza y Ruiz Manero distinguen entre los valores últimos y los valores utilitarios⁸. Sin embargo, si las acciones o estados de cosas son consideradas como valores últimos significa que se prescinde de sus consecuencias (otros estados de cosas), pues no son éstas las que las hace valiosas, el término último de valoración (1996, p. 138). En los valores últimos la relación entre acciones y estados de cosas es intrínseca o conceptual, y pierde sentido la distinción entre ambos, pues, de acuerdo con Atienza y Ruiz Manero, por ejemplo, si se considera a la libertad de expresión como un valor último, da lo mismo decir que son valiosas las acciones que la respetan o garantizan, que decir que es valioso el estado de cosas en que la libertad de expresión es respetada o garantizada (1996, p. 138). Además, este tipo de valores son criterios de corrección que plantean exigencias no graduables, y dan una justificación última, aunque no concluyente -hasta no decidir el eventual conflicto con otros valores últimos- (1996, p. 140). Los valores últimos tienen limitado su campo de aplicación, pero no su fuerza o intensidad, porque entonces ya no sería un valor último (Atienza y Ruiz Manero, 139).

En cambio, los valores utilitarios (acciones y estados de cosas) son criterios de eficiencia que admiten grados diversos de cumplimiento (Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 141). Este tipo de valores son también valores intrínsecos, pero no son finales, pues admiten un criterio superior de valoración (como por ejemplo, el de igualdad). Los valores utilitarios están limitados horizontalmente por otros valores utilitarios, y verticalmente -por su fuerza e intensidad- por los valores últimos (Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 139). Estos valores no brindan una justificación última (están limitados por valores finales) ni tampoco concluyente (Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 140). En las directrices las relaciones con las acciones o estados de cosas es extrínseca o causal (Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 140), porque están justificados si son eficientes, cuando suponen el menor sacrificio de los otros fines (Atienza y Ruiz Manero, pp. 140-141).

⁶ Atienza cita a MacIntyre para sostener que una práctica es «cualquier forma coherente y compleja de actividad humana cooperativa, establecida socialmente, mediante la cual se realizan los bienes inherentes a la misma» (MacIntyre, 1987, p. 233). Los valores son los bienes internos a la práctica jurídica (Atienza, 2017 a, pp. 41-42).

⁷ La acción o el estado de cosas es extrínsecamente valioso cuando, en sí mismo, es considerado indiferente (o incluso disvalioso), pero lo que lo hace valioso es exclusivamente la conexión que se le atribuye con alguna acción o con algún estado de cosas que sea intrínsecamente valioso» (Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 138). Esas acciones o estados de cosas tienen un valor instrumental.

⁸ Aquí hay una diferencia con Pérez Lledó pues para Atienza y Ruiz Manero los valores utilitarios también son intrínsecamente valiosos.

Lo que me interesa resaltar en esta parte es que si los derechos humanos son bienes (situaciones o estados de cosas) relevantes a los que el sistema confiere una determinada importancia (Laporta, 1987, p. 30), o como afirma Atienza, valores o fines en sí mismos (2001, p. 217), bienes o estados de cosas particularmente valiosos (2017a, p. 22; 2017b, p.57) y no meras convenciones (2014a, p. 29); por lo tanto, los fines u objetivo primordial del Derecho, de la práctica jurídica en los estados constitucionales, debe ser la satisfacción de los derechos humanos (Atienza, 2017a, p. 22). Sin embargo, ¿hay una jerarquía entre los distintos derechos?

4. PRINCIPIOS EN SENTIDO ESTRICTO Y DIRECTRICES: ¿HAY UNA JERARQUÍA ENTRE LOS DERECHOS CIVILES Y LOS DERECHOS SOCIALES?

En *Las piezas del Derecho*, Atienza y Ruiz Manero distinguieron tres enfoques que suelen adoptarse en relación con las normas: el enfoque estructural, que consiste en ver a las normas como entidades organizadas de una cierta manera; el enfoque funcional, interesado en mostrar qué tipo de razones son las normas y cómo operan en el razonamiento práctico, y; un tercer enfoque que consiste en ver a las normas en conexión con los intereses y relaciones de poder existentes en la sociedad. El tercer tipo de enfoque, señalaron los autores, está ligado a la sociología del Derecho, ha estado ausente de las principales direcciones de la teoría del Derecho, lo que supone una limitación importante de la misma (Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 7). Desde cualquiera de los enfoques insistieron en la distinción entre principios, estableciendo una cierta jerarquía entre ellos y una fuerza diferenciada.

Desde un enfoque estructural, clasificaron los principios en: principios en sentido estricto y directrices⁹ (Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 5). Los principios en sentido estricto expresan los valores superiores de un ordenamiento jurídico, mientras que las directrices son normas programáticas que estipulan la obligación de perseguir determinados fines (1996, p. 4), intereses colectivos de carácter económico, social, cultural (1996, p. 123) u objetivos a ser alcanzados legislativamente (Atienza, 2006, p. 225). También desde un enfoque estructural, afirmaron que los principios en sentido estricto son de cumplimiento pleno (1996, p. 10). Los principios en sentido estricto sólo ceden frente a otros principios en sentido estricto que, en relación al caso, tengan un mayor peso (Atienza y Ruiz Manero, 2009, p. 20).

A diferencia de lo que ocurre con los principios en sentido estricto, «en la conducta gobernada por directrices, no se trata de determinar la prevalencia de una u otra en relación con un determinado caso, sino de articular políticas capaces de lograr en el mayor grado posible, la consecución conjunta de todos esos objetivos» (1996, p. 11). También, a diferencia de los principios en sentido estricto, las directrices son mandatos de optimización (1996, p. 12). Los principios en sentido estricto «constituyen límites en la selección de los medios idóneos admisibles para dar cumplimiento a las diversas directrices» (Atienza y Ruiz Manero, 2009, p.

⁹ Las otras dos clasificaciones son las que distinguen, por un lado, entre principios en el contexto del sistema primario (o sistema del súbdito) y principios en el contexto del sistema secundario (o sistema de los órganos jurídicos) y, por el otro, entre principios implícitos y explícitos (1996, pp. 5-6).

21). Por esa razón, las libertades se sitúan en un plano justificativo superior y justifican a las directrices (Atienza y Ruiz Manero, 2009, p. 123).

De acuerdo a la definición de valores últimos, los ejemplos que cita Atienza de principios en sentido estricto, se refieren a los clásicos derechos civiles (vida, autonomía personal, libertad de expresión, honor, intimidad, no discriminación, seguridad) (Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 124; Atienza, 2006, p. 219 y 237); es decir, a las libertades constitucionales (1996, p. 221). Como ejemplos de directrices, que Atienza extrae de la Constitución española, cita el pleno empleo y el derecho a la vivienda, regulados por fuera de la *Sección 1ª De los derechos fundamentales y de las libertades públicas, del Capítulo Segundo, del Título 1* de la mencionada constitución. Otros ejemplos de directrices son la salud, la protección de la familia, o el medio ambiente (Atienza y Ruiz Manero, 2000, p. 52)

Desde un enfoque funcional, Atienza y Ruiz Manero, aseveraron que, como los principios en sentido estricto recogen valores, son razones categóricas frente a cualesquiera intereses, «prevalecen siempre frente a las directrices y juegan un papel predominantemente negativo: evitar que la persecución de los intereses pueda dañar a esos valores» (1996, p. 124). Por su parte, las directrices generan razones para la acción de tipo utilitario, que pueden ser superadas por razones de corrección (basadas en principios en sentido estricto, que son razones últimas —razones finales no finalistas—), pero las razones utilitarias no pueden superar a las de corrección (1996, p. 14)¹⁰.

Atienza y Ruiz Manero también sostuvieron que un mismo enunciado podía verse en ciertos contextos argumentativos como principio en sentido estricto y en otros como directriz, pero un mismo principio no podía ser las dos cosas a la vez en el mismo contexto argumentativo, pues la distinción entre ambos tipos de principios era excluyente (1996, p. 5). Se trata de una clasificación dicotómica. Sin embargo, por otro lado, afirmaron que no había que considerar el campo de los valores últimos como coincidentes con el de los valores de la libertad, o identificar el de los valores utilitarios con el de los objetivos sociales y económicos (1996). Al respecto, y sobre la salud, señalaron que «el que un enfermo no sea tratado peor que otro que esté en condiciones sustancialmente semejantes es un valor final, mientras que la puesta a disposición de la población de la mejor asistencia sanitaria posible es un objetivo a lograr al que no se le atribuye valor final» (1996, p. 139). En los grandes valores hay aspectos a los que se le atribuye un carácter último y otros que constituyen objetivos a alcanzar, por lo que «quizás no sea posible una clasificación de los mismos en términos de valores últimos y de valores utilitarios» (1996, p. 139).

Desde el enfoque del Derecho como articulador de intereses, Atienza y Ruiz sostuvieron que los ordenamientos jurídicos imponen restricciones a la persecución de intereses mediante la asunción de valores (los principios en sentido estricto), que son plurales, pero constituyen razones categóricas frente a cualesquiera intereses. Los principios en sentido estricto «no tratan de ordenar la concurrencia de intereses ni de promover unos u otros

¹⁰ Añadieron que, a diferencia de los principios en sentido estricto respecto de los que el destinatario debe, sin más realizar la conducta prescrita, en el caso de las directrices, el destinatario, debe deliberar sobre los medios para alcanzar el objetivo colectivo (1996, p. 15). En ambos casos se trata de razones sustantivas (1996, p. 24).

intereses sociales, sino de evitar que la persecución de cualesquiera intereses pueda dañar a dichos valores» (1996, p. 18).

En el año 2000, Atienza y Ruiz Manero afirmaron que las justificaciones últimas son justificaciones en términos de principios y se refieren a derechos que se adscriben universalmente, mientras que las justificaciones utilitarias —o en términos de directrices—, se remiten a derechos que no se adscriben de forma universal, «esto es, a personas determinadas o clases determinadas de personas» (2000, p. 50). Un tercer tipo de justificación son las justificaciones mixtas —que integran razones últimas y utilitarias— y se refieren «a derechos que, en cierto sentido, se adscriben universalmente, aunque, en otro sentido, se adscriben de forma desigualitaria» (2000, p. 50). De acuerdo con Atienza y Ruiz Manero, ejemplo de un derecho subjetivo cuya justificación es del primer tipo, es el derecho a no ser sometido a tortura —y el bien protegido por el derecho es el de la dignidad, que se adscribe de forma igual a todos y a cada una de las personas—; mientras el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional, del que gozan los periodistas, es un ejemplo de un derecho cuya justificación es utilitaria pues sirve para maximizar el bien público de la información públicamente disponible. Por su parte, la propiedad es un derecho de justificación mixta (2000, pp. 50-51).

Años más tarde, Atienza flexibilizó la prevalencia absoluta de los principios en sentido estricto sobre las directrices. Señaló que ambos incorporan razones sustantivas: los primeros, razones de corrección y los segundos, razones finalistas (2006, pp. 220 y 236). Sostuvo que los principios en sentido estricto tienen una prioridad *prima facie* frente a las directrices (2006, p. 238)¹¹, y señaló que las razones de corrección sólo pueden ser derrotadas por razones finalistas en casos excepcionales (2006, p. 242). Sin embargo, añadió que el peso de tales razones depende de cada cultura jurídica. De esta forma, en las culturas formalistas prevalecen las razones formalistas o autoritativas frente a las de tipo sustantivo (Atienza, 2006, p. 232), las culturas sustantivistas (las culturas deontologistas) priorizarían las razones de corrección frente a las finalistas y las culturas consecuencialistas o instrumentalistas, darían mayor peso a las razones finalistas que a las de corrección (Atienza, 2006, 232 y 235).

En el 2011, Atienza insistió en que no todos los derechos tenían la misma estructura y tampoco juegan el mismo rol en el razonamiento práctico: «una cosa son los derechos plasmados en principios en sentido estricto (y en reglas que los desarrollan), y otra los que adoptan la forma normativa de directrices, de normas programáticas. El que se trate de una cosa u otra no se debe a cuestiones ontológicas (o no necesariamente), sino a una decisión del constituyente y, por tanto, es contingente» (2011, p. 78).

Si bien Atienza y Ruiz Manero señalaron que el libro *Las Piezas de Derecho* no contenía una teoría de la justicia sino sobre los enunciados jurídicos, es imposible negar las implicancias de la clasificación y jerarquía atribuida a las normas y, en consecuencia, a los bienes y valores que ellas recogen. También llama la atención que, en la clasificación de los enunciados jurídicos

¹¹ También afirmó que en nuestros sistemas jurídicos no cabe una jerarquización estricta de las razones, pues no es cierto que las razones de corrección prevalezcan siempre sobre las finalistas, y unas y otras sobre las autoritativas (2006, p. 241).

cos, el término *derechos* casi no aparezca (por no hablar de los derechos sociales) o que no lo haga con la insistencia con la que aparece el término «libertades fundamentales»¹².

Las clasificaciones tienen una utilidad innegable. Sin embargo, la forma un tanto rígida de clasificar a los principios, y las consecuencias que de ahí se derivan, plantean problemas a los derechos sociales, pues los condenan a ser considerados normas programáticas, objetivos colectivos o criterios de eficiencia, a los que incluso se llaman directrices, en lugar de derechos. En sociedades con graves problemas de desigualdad e injusticia, eso puede ser muy grave¹³.

Los derechos humanos están conformados por bienes complejos. En línea con lo señalado por Atienza y Ruiz Manero, tales derechos tienen aspectos a los que cabe atribuir carácter último, incluso en el caso de los derechos sociales. Sin embargo, no basta con decir que la salud es un valor último cuando los pacientes, en circunstancias semejantes, son tratados de forma igual. El servicio público de salud de un país, trata a todos los pacientes por igual cuando no garantiza que haya medicinas contra el cáncer para sus ciudadanos enfermos de ese mal. Considero que en el estado constitucional, hay una suerte de núcleo básico de los derechos (civiles y sociales) que debería ser satisfecho por el Estado, de manera universal, a cada una de las personas. Tampoco me parece que la distinción entre principios en sentido estricto (derechos civiles) y directrices (derechos sociales) sea contingente y que se deba a una razón del constituyente, planteada de una forma tan determinante, o que dependa de la cultura jurídica. Frente a este problema, quiero recordar que, de Manuel Atienza, también hemos aprendido que la teoría puede contribuir a mejorar (cambiar) la práctica.

En mi opinión, dada la complejidad de los bienes o valores a los que llamamos derechos humanos, y la importancia que tienen en los estados constitucionales, los principios podrían dividirse en derechos, directrices y principios institucionales. Sin embargo, los derechos incluyen libertades y derechos sociales (Aguiló, 2019, p. 88). Los derechos sociales (como la salud o la educación)¹⁴ si bien son instrumentales, son también centrales para la satisfacción de las clásicas libertades, para desarrollar un proyecto de vida. Medio y fin son inseparables en la satisfacción de necesidades básicas. Por ello, en materia de derechos (civiles y políticos), hay que relativizar la importancia de la distinción sobre la relación analítica o conceptual entre acciones y estados de cosas y la relación de tipo causal.

Para utilizar un ejemplo de Atienza, una persona analfabeta tiene serias dificultades para ejercer su libertad de expresión (2001, p. 179). Una persona que se enferma, y cuya salud se

¹² Atienza también se ha referido a los derechos de libertad y a los derechos de igualdad (o prestacionales) (2006, p. 238).

¹³ Ruiz Manero ha señalado que hay derechos que fundamentan su configuración en directrices, que se orientan a la protección de bienes distintos a los del propio titular, como la cláusula de conciencia y el secreto profesional. Y que también hay derechos que tienen una justificación mixta -en un principio en sentido estricto y en una directriz-, como el derecho de propiedad (2014, pp. 58-59). Bienes que, en opinión de Ruiz Manero, no son susceptibles de una distribución individualizada, como el medio ambiente, o bienes que sí lo son, como el empleo o una vivienda digna (pero respecto de los cuales el ordenamiento jurídico sólo prescribe la maximización y no un determinado modelo distributivo), son colocados como ejemplos de directrices. Sobre las justificaciones últimas, utilitarias y mixtas en la adscripción de derechos también puede verse Atienza y Ruiz Manero (2000, pp. 49-53).

¹⁴ En la Constitución española el derecho a la educación básica está incluido en la *Sección 1ª De los derechos fundamentales y de las libertades públicas, del Capítulo Segundo, Título 1* de la citada constitución.

deteriora severamente porque no hay un centro de salud donde pueda atenderse, frustra su proyecto de vida. Todos tenemos derecho a unas ciertas condiciones mínimas de vida, que no pueden quedar reducidas a una cuestión de directrices o de políticas programáticas, y que, en aspectos básicos, deben ser de cumplimiento pleno. La era del constitucionalismo de los derechos exige un mayor cumplimiento de los derechos sociales. Por otro lado, también, dada la complejidad y el rol que cumplen los derechos, es difícil que no tengan una suerte de dimensión de directriz, de objetivos que deben alcanzarse en la mayor medida posible. Aunque en relación con una libertad, Atienza y Ruiz Manero señalan, como ejemplo, que la libertad de expresión, en tanto libertad de negativa es un valor último, pero como libertad material es un objetivo colectivo (1996, p. 139)¹⁵.

Como he señalado, la clasificación de los enunciados jurídicos tiene una innegable utilidad. Por ello, no se trata de eliminar a las directrices pues hay ejemplos muy claros de ellas en los textos constitucionales. El artículo 6° de la Constitución peruana, que señala que el Estado debe promover la maternidad y la paternidad responsables, y el artículo 11, que establece que las entidades prestadoras de servicios de salud y de pensiones deben funcionar de manera eficaz, son buenos ejemplos de directrices. Sin embargo, hay distinguirlas de los derechos (civiles y sociales). Muy recientemente, Atienza ha señalado que a la hora de identificar los derechos más vinculados con la dignidad hay que agregar también a los derechos sociales, «los dirigidos a garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de los individuos, y a los que debe reconocerse prioridad frente a todos los otros» (2023, p. 77).

5. PRINCIPIOS INSTITUCIONALES

Algunos años después de la publicación de las piezas del Derecho, Atienza y Ruiz Manero señalaron que, además de los principios en sentido estricto y de las directrices, había un tercer tipo de principio: los principios institucionales (2009). Estos principios, permiten dar cuenta de ciertas instituciones como los estados de emergencia o de sitio. Señalaron, por ejemplo, que la suspensión de derechos y libertades no guarda una relación analítica o conceptual con la vigencia de tales derechos en el futuro, sino una relación causal: la suspensión hoy es un medio para la realización futura de esos derechos (2009, pp. 20-21)¹⁶.

Ejemplos de principios institucionales son el carácter definitivo de las decisiones de última instancia, la cosa juzgada o la presunción de constitucionalidad de las leyes. En caso de conflicto con exigencias sustantivas, pueden prevalecer; es decir, derrotar a las razones sustantivas (Atienza, 2006, p. 242; Atienza y Ruiz Manero, 2009, p. 27). Son muy claros al afirmar

¹⁵ Atienza ha señalado que el principio de dignidad rompe la distinción entre principios en sentido estricto y directrices (2023, p. 73).

¹⁶ Atienza y Ruiz Manero señalaron que hay principios institucionales que se asemejan estructuralmente a los principios en sentido estricto (por ejemplo, jerarquía normativa o deferencia al legislador) pues en caso de que prevalezcan frente a otras pautas que orientan la decisión en otro sentido, exigen cumplimiento pleno; mientras que aquellas exigencias vinculadas con la idea de eficacia del Derecho y el funcionamiento eficiente de su maquinaria, constituyen mandatos de optimización, al modo de las directrices (2009, p. 27).

que las exigencias institucionales pueden limitar el logro de valores y fines sustantivos que el Derecho trata de realizar, pero —precisamente— porque la preservación del sistema jurídico y de cierta eficiencia de su maquinaria, son condición de posibilidad de la implementación de los derechos (Atienza y Ruiz Manero, 2009, p. 32). Los principios institucionales «se caracterizan por configurar y preservar una determinada forma de autoridad legítima y tratan de salvaguardar el valor jurídico institucional (adjetivo) por excelencia; la seguridad jurídica» (Aguiló, 2023, p. 26). La dimensión institucional «es un ingrediente necesario para poder dar cuenta cabal del razonamiento jurídico» y «para dar cuenta de la especificidad del razonamiento jurídico frente al moral» (Atienza y Ruiz Manero, 2009, pp. 30 y 31).

De acuerdo con Atienza, la dimensión institucional del Derecho está íntimamente conectada con las funciones internas que éste cumple (2006, p. 240). A diferencia de los principios sustantivos que se dirigen al exterior del Derecho, al modelo de convivencia humana que el Derecho pretende moldear, los principios institucionales se dirigen al interior del Derecho, al modelo de sistema jurídico (Atienza y Ruiz Manero, 2009, p. 27), y están vinculados a la seguridad jurídica (Atienza, 2006, p. 240) ¹⁷.

Por lo tanto, en el Derecho hay también razones de tipo institucional que difieren de las razones sustantivas y autoritativas (o formalistas) en que su fuerza depende de la función que cumplen en el sistema jurídico ¹⁸. Esa función es la de preservarlo y evitar su erosión, la de mantener la autoridad del Derecho (Atienza, 2006, pp. 239-240). Y, como se ha dicho, la preservación del sistema jurídico y de cierta eficiencia de su maquinaria, salvaguarda los derechos de las personas. Como se aprecia, en los principios institucionales, la relación causal entre acciones y estados de cosas cobra una relevancia determinante, un peso grande, a tal punto que estos principios pueden desplazar a los principios en sentido estricto.

5.1. Golpe de estado y principios institucionales

Creo que no hay ejemplo más claro de la importancia de las razones institucionales que cuando se produce un golpe de estado, como el ocurrido en el Perú, el 7 de diciembre de 2022. Ese día, el Congreso tenía previsto votar un tercer pedido de vacancia presidencial, por la causal de permanente incapacidad moral, regulada en el artículo 113 inciso 2 de la Constitución ¹⁹. El Congreso había citado al Presidente de la República y a su abogado, a las 3:00pm.

¹⁷ Las exigencias institucionales pueden tomar la forma de reglas y principios. No deja de llamar la atención que, en el año 2006, Atienza afirmara que los principios institucionales hacen referencia a los valores internos del Derecho (por ejemplo, la seguridad jurídica) y que los principios sustantivos hacen referencia a los valores de los individuos o de la sociedad, «externos al Derecho» (2006, p. 240).

¹⁸ Aunque al mismo tiempo señala que las razones institucionales pueden ser razones de cualquiera de los otros tipos (de corrección, finalistas o autoritativas).

¹⁹ Artículo 113 de la Constitución.- La Presidencia de la República vaca por:

1. Muerte del Presidente de la República.
2. Su permanente incapacidad moral o física, declarada por el Congreso.
- (...).

Los dos pedidos anteriores no habían alcanzado la mayoría calificada que exige el Reglamento del Congreso para vacar a un presidente.

Adelantándose a la sesión del Congreso, el ex Presidente Pedro Castillo, a las 11:40am, del 7 de diciembre de 2022, apareció en los canales de televisión, y en un mensaje a la Nación señaló lo siguiente:

(...) en atención al reclamo ciudadano, a lo largo y ancho del país, tomamos la decisión de establecer un gobierno de excepción orientado a reestablecer el estado de derecho y la democracia, a cuyo efecto se dictan las siguientes medidas:

Disolver temporalmente el Congreso de la República e instaurar un Gobierno de emergencia excepcional.

Convocar, en el más breve plazo, a elecciones para un nuevo Congreso, con facultades constituyentes para elaborar una nueva Constitución, en un plazo no mayor de nueve meses.

A partir de la fecha, y hasta que se instaure un nuevo Congreso de la República, se gobernará mediante Decretos Ley.

Se decreta el toque de queda a nivel nacional a partir del día de hoy, miércoles 7 de diciembre del 2022, desde las 22:00 horas hasta las 4:00 horas del día siguiente.

Se declara en reorganización el sistema de justicia, El Poder Judicial, El Ministerio Público, La Junta Nacional de Justicia y el Tribunal Constitucional.

Todos los que poseen armamento ilegal deberán entregarlo a la Policía Nacional en el plazo de 72 horas; quien no lo haga, comete delito sancionado con pena privativa de la libertad, que se establecerá en el respectivo Decreto Ley.

La Policía Nacional, con el auxilio de las Fuerzas Armadas, dedicará todos sus esfuerzos al combate real y efectivo de la delincuencia, la corrupción y el narcotráfico, a cuyo efecto se les dotará de los recursos necesarios.

Llamamos a todas las instituciones de la sociedad civil, asociaciones, rondas campesinas, frentes de defensa y a todos los sectores sociales, a respaldar estas decisiones, que nos permitan enrumbar nuestro país hacia su desarrollo, sin discriminación alguna (...)

El artículo 46° de la Constitución peruana establece que nadie debe obediencia a un gobierno usurpador ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes, y que son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas. Evidentemente, el acto de establecer un gobierno de excepción y las demás medidas decretadas era nulos, porque fueron tomadas al margen del Derecho y del sistema democrático. Ese mismo 7 de diciembre, pasadas las 12:32 horas, el Congreso se reunió ante la flagrante violación de la Constitución (el golpe de estado). La Mesa Directiva propuso declarar la vacancia del Presidente de la República por la causal de permanente incapacidad moral. Producida la votación, se alcanzó la mayoría calificada que exige el Reglamento del Congreso, y éste declaró la permanente incapacidad moral de Pedro Castillo (Congreso de la República, Diario de los Debates de 7 de diciembre de 2022).

Sin duda, el artículo 113 inciso 2 de la Constitución plantea problemas de interpretación, de los que también se ha ocupado Atienza (2009, p.18; 2011, p. 81; 2012; 2014a, p.

561, 2017a, p. 21). Pero lo que me interesa destacar es que el Congreso incumplió, al menos, con dos disposiciones del Reglamento del Congreso. En efecto, la votación se produjo en la misma sesión en que se dio cuenta del pedido de vacancia por flagrante vulneración de la Constitución (el golpe de estado) y el ex mandatario tampoco ejerció su derecho a la defensa²⁰. Uno de los abogados de Pedro Castillo declaró que los congresistas eran «analfabetos jurídicos» porque no habían respetado el debido proceso en sede parlamentaria, el Reglamento del Congreso ni la Constitución²¹ (Radio Exitosa, entrevista al abogado Walter Ayala).

Un golpe de estado es un acto absolutamente contrario al orden democrático, que deslegitima el uso del poder. En el caso de la vacancia del ex Presidente Castillo no se cumplieron las normas del procedimiento de vacancia -razones autoritativas o formalistas- (por ejemplo, la votación se produjo el mismo día en que se dio cuenta de la moción de vacancia), y el ex Presidente Castillo no fue citado para ejercer su derecho a la defensa (razones de corrección). Se incumplieron normas de carácter formal (plazos) y de carácter material o sustantivo (el derecho a la defensa). No obstante, como se ha afirmado, las razones institucionales pueden desplazar a las razones justificativas o de corrección se desplazan en aras de la preservación del sistema jurídico. Las razones de las reglas no son absolutas (Atienza, 2023, p. 70) y, como afirmaba Nino, quedan excluidas las razones justificativas que son incompatibles con la preservación de la Constitución (Nino, 2000, p. 71). Atienza recuerda que el carácter institucional del Derecho supone aceptar «límites en el logro de los valores y fines sustantivos que el propio Derecho trata de realizar» (Atienza, 2006, p. 242). Con mayor razón, cuando lo que está en juego es la preservación del propio régimen democrático, las reglas de plazo y el derecho a la defensa pueden desplazarse. Prevalen las razones institucionales frente a las formalistas y de corrección. Hay, claramente, una excepción implícita en esas reglas (Atienza, 2017a, p. 24), que no fueron pensadas para quien da un golpe de estado.

A MANERA DE REFLEXIÓN FINAL

Sería imposible enumerar todo lo que he aprendido, y sigo aprendiendo, de Manuel Atienza; de esa idea diferente del Derecho que tanto se ha esforzado por construir, enseñar y

²⁰ Artículo 89 A del Reglamento del Congreso.- El procedimiento para el pedido de vacancia de la Presidencia de la República, por la causal prevista en el inciso 2) del artículo 113 de la Constitución, se desarrolla de acuerdo con las siguientes reglas:

- b) (...) La votación se efectúa indefectiblemente en la siguiente sesión a aquella en que se dio cuenta de la moción.
- c) El Pleno del Congreso acuerda día y hora para el debate y votación del pedido de vacancia, sesión que no puede realizarse antes del tercer día siguiente a la votación de la admisión del pedido ni después del décimo, salvo que cuatro quintas partes del número legal de Congresistas acuerden un plazo menor o su debate y votación inmediata. Si fuera necesario se cita, para este efecto, a una sesión especial. El Presidente de la República cuya vacancia es materia del pedido puede ejercer personalmente su derecho de defensa o ser asistido por letrado, hasta por sesenta minutos.

²¹ Este abogado presentó una demanda de amparo para declarar nula la resolución legislativa que declaró la vacancia del presidente Pedro Castillo y restituirlo en el cargo.

difundir. Inicié este texto señalando que recorrería ciertos temas de la inmensa obra de Manuel Atienza y que la selección de ellos respondía a algunos de los múltiples problemas del Perú. En mi país 7 de cada 10 personas son pobres o están en condiciones vulnerables de caer en pobreza (Banco Mundial, 2023)²²; pobreza que se mide no sólo de forma monetaria sino por el acceso a los servicios de salud, educación, agua o desagüe. Esta realidad explica mi interés no sólo por los derechos civiles, sino por los derechos sociales, por su fuerza o peso, y por las funciones sociales del Derecho. Satisfacer los derechos de las personas implica que éste cumpla con la función distributiva, que permita dotarlas de los servicios mínimos para realizar tales derechos, en sus aspectos más básicos.

El cumplimiento de los fines del Derecho exige una organización compleja (Atienza, 2017a, p. 38). En efecto, en países como el Perú, la protección de los derechos no sólo puede requerir de reformas tributarias y de una administración robusta, eficiente e imparcial (Moreso, 2020, p. 126), sino combatir de manera decisiva la informalidad y la corrupción. Son objetivos difíciles pero necesarios para que todas las personas puedan tener la capacidad de desenvolverse como agentes morales y asumir la responsabilidad por el resultado de sus elecciones autónomas (Hierro, 2016, p. 54). Satisfacer las necesidades básicas, los principios básicos de la justicia (Garzón Valdés, 1982, p. 44), contribuye, además, a reducir las tensiones sociales. Y todo esto debe hacerse, a través del Derecho, entendido como una empresa que persigue fines y valores.

De Manuel Atienza también hemos aprendido que la pura arbitrariedad no tiene carácter jurídico (Atienza, 2017a, pp. 20-21) y que, aunque cueste trabajo, la política tiene que ser entendida, no sólo como una actividad para tomar el poder, sino «como una praxis consistente en alcanzar ciertos objetivos valiosos, respetando los derechos de los individuos» (Atienza, 2001, p. 130). Fuera de la democracia no existen posibilidades para una protección eficaz de los mismos (Atienza, 2001, p. 222); y, por ello, el Derecho incorpora principios institucionales, pensados para su preservación.

Si el Derecho es una práctica social que persigue fines y valores y en la que participamos todos, la pregunta es qué hacer para mejorarla. No es éste el lugar para responder esa interrogante, si acaso para recordar que Podemos hacer más (Atienza, 2014b).

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló, Josep (2019). En defensa del estado constitucional de Derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 42, pp.85-100.
- Aguiló, Josep (2023). Son mandatos de ponderación. *Breviario de teoría del Derecho en honor a Manuel Atienza. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 46, pp. 15-39.
- Atienza, Manuel (1989). *Introducción al Derecho*. Barcelona: Barcanova. Tercera edición.

²² 25.9 % de los peruanos es pobre porque ganan menos de 378 soles (US \$ 100 dólares) mensuales, en un país en el que la informalidad en el mercado laboral alcanza al 80% de la población económicamente activa.

- Atienza, Manuel (2001). *El sentido del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel. Primera edición.
- Atienza, Manuel (2006). *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Editorial Ariel, primera edición.
- Atienza, Manuel (2007a). Argumentación y Constitución. En: Aguiló, J., Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Fundamentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel, pp. 113-190.
- Atienza, Manuel (2009). Sobre la única respuesta correcta», pp. 13-26. En: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3192066.pdf>.
- Atienza, Manuel (2011). Dos versiones del constitucionalismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, pp. 74-88.
- Atienza Manuel (2012). *Interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Libre.
- Atienza, Manuel (2013a). Justicia constitucional y escepticismo moral, pp. 13-27. En: Biblioteca Jurídica Virtual. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/sufragio/cont/11/art/art3.pdf>
- Atienza, Manuel (2013b). *Podemos hacer más*. Madrid: Editorial Pasos Perdidos.
- Atienza, Manuel (2014a). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, segunda reimpresión.
- Atienza, Manuel (2014b). Ponderación y sentido común, pp. 1-12. En: dfddip.ua.es/es/documentos/ponderacion-y-sentido-comun.pdf?noCache...
- Atienza, Manuel (2014c). Una filosofía del Derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37, pp. 299-318.
- Atienza, Manuel (2016). Objetivismo moral y Derecho, pp. 1-41. En: <http://dfddip.ua.es/es/documentos/objetivismo-moral-y-derecho.pdf?noCache=1458554296851>
- Atienza, Manuel (2017 a). *Derecho y transformación social*. Madrid: Editorial Trotta.
- Atienza, Manuel (2017b). Hierro y Laporta sobre los derechos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, edición especial, pp. 53-57.
- Atienza, Manuel (2017c). Algunas tesis sobre el razonamiento judicial. En: Aguiló Regla, J. y Grández Castro P. (editores), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*. Lima: Palestra-Facultad de Derecho PUCP, pp. 11-42.
- Atienza, Manuel (2023). *Sobre la dignidad humana*. Madrid: Editorial Trotta.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (1996). *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel Derecho, primera edición.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (2000). *Ilícitos atípicos*. Madrid: Editorial Trotta.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (2009). La dimensión institucional del Derecho y su justificación jurídica. En: Atienza, M. y Ruiz Manero, J. *Para una teoría postpositivista del Derecho*. Lima: Palestra, primera edición, pp. 9-33.
- Banco Mundial (2023). *Resurgir fortalecidos. Pobreza y equidad en el Perú*. Reporte general, abril.
- Bobbio, Norberto (1990). *Contribución a la teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Debate. Estudio preliminar, recopilación y traducción de Alfonso Ruiz Miguel.
- Congreso de la República del Perú. Diario de los Debates, Primera Legislatura Ordinaria de 2002. 25a sesión (vespertina), miércoles 7 de diciembre de 2022. Presidencia del señor José Daniel Williams Zapata.

- Dworkin, Ronald (1985). *A Matter of Principle*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Garzón Valdés (1982). Acerca de las funciones del Derecho en América Latina. Cuadernos de la Facultad de Derecho, 3, Universidad de Palma de Mallorca, pp. 21-48.
- Hierro, (2016). *Los derechos humanos: Una concepción de la justicia*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo: Marcial Pons.
- Laporta, Francisco (1987). Sobre el concepto de derechos humanos. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 4, pp. 23-46.
- Moreso, José Juan (2020). *Lo normativo: variedades y variaciones*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC).
- MacIntyre, Alasdair (1987). *Tras la virtud*. Barcelona: Crítica. Traducción de Amelia Valcárcel.
- Pérez Lledó, Juan Antonio (2000). Sobre la función promocional del derecho. Un análisis conceptual. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 23. pp. 665-687.
- Nino, Carlos Santiago (1992). *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Radio Exitosa, entrevista de Karina Novoa a Walter Ayala, del 1 de febrero de 2023.
- Raz, Joseph (2011). *La autoridad del Derecho*. Ensayos sobre derecho y moral. México, D.F.: Ediciones Coyoacán. Primera edición.
- Ruiz Manero, Juan (2014). Una tipología de principios constitucionales. En: Ferrajoli L. y Ruiz Manero J. *Un debate de principios constitucionales*, pp. 25-80. Lima: Palestra.

DIMENSIONES Y PIEZAS DEL DERECHO

SOBRE LA DIMENSION INSTITUCIONAL DEL DERECHO

DANIEL MENDONCA

Universidad Católica de Asunción (Paraguay)

1

En un lúcido ensayo sobre la dimensión institucional del Derecho, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, distinguen con sutileza una serie de rasgos de los sistemas jurídicos que, según dicen, si bien no son enteramente independientes, conviene considerar por separado. Así, identifican seis sentidos de la expresión «carácter (o dimensión) institucional del Derecho» que me permito presentar en su propia versión: (1) Un primer sentido alude a la realidad ontológica del Derecho, de manera tal que, al calificar la realidad jurídica como una realidad «institucional», aludimos a que el Derecho no pertenece a la esfera de los hechos brutos, sino a la de aquellos hechos sociales (hechos institucionales) cuya existencia y persistencia depende de la aceptación colectiva de ciertas normas constitutivas; (2) Un segundo sentido alude a que el Derecho es un conjunto de normas socialmente existentes, esto es, practicadas en una cierta sociedad. Esta práctica tiene dos aspectos: por un lado, ciertos órganos que disponen del monopolio de la resolución autoritativa de las disputas usan esas normas para sus resoluciones y las aceptan como estándar público de la corrección de las mismas y, por otro lado, la población en general actúa en correspondencia con esas normas; (3) Un tercer sentido alude al carácter reglado de los procedimientos jurídicos de resolución de disputas. En el Derecho, la posibilidad de planteamiento de una disputa está sujeta a límites temporales, la disputa termina mediante la adopción de una decisión obligatoria y no abierta a ulterior revisión dentro, asimismo, de ciertos márgenes temporales, y dicha decisión obligatoria no se fundamenta en el consenso unánime de todos los afectados, sino en la autoridad de ciertos órganos; (4) Un cuarto sentido alude a que el Derecho regula su propia creación y aplicación, esto es, contiene normas que confieren poderes de cambio y de adjudicación, así como normas regulativas referidas al ejercicio de esos poderes; (5) Un quinto sentido alude al hecho de que el reconocimiento de normas jurídicas como tales y su aceptación como estándares públicos de corrección se efectúa por medio de la aceptación de un sistema de fuentes que consiste centralmente en un sistema de autoridades; y (6) Un sexto sentido alude a que el sistema jurídico es un subsistema dentro del sistema social global, esto es, es una institución en sentido sociológico¹.

¹ Atienza, M. y Ruiz Manero, J. *Para una teoría postpositivista del derecho*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2009, pgs. 22-23.

Según Atienza y Ruiz Manero, el sentido más básico de la expresión «carácter (o dimensión) institucional del Derecho» es el identificado en (1), sentido según el cual las instituciones pertenecen a la esfera de aquellos hechos sociales cuya existencia y persistencia dependen de la aceptación colectiva de ciertas normas constitutivas. De acuerdo con los autores, tal aceptación colectiva de normas constitutivas hace posible que a ciertos objetos se les pueda imponer funciones (o puedan realizar finalidades) que de otra forma no podrían cumplir. Así, por ejemplo, la regla constitutiva según la cual determinados trozos de metal o papel cuentan como dinero, posibilita que aquellos trozos puedan ser utilizados para realizar operaciones (como transacciones económicas) que en cuanto meros objetos físicos no podrían realizar. De allí que, según los autores, las instituciones pueden ser concebidas como conjuntos de medios orientados a la persecución de fines o, si se prefiere, a la realización de funciones².

El propósito de este ensayo es advertir que, según la definición nuclear del término «institución», la expresión «carácter (o dimensión) institucional del Derecho» se halla estrechamente vinculada con el sentido identificado en (2) por Atienza y Ruiz Manero, sentido conforme al cual el Derecho es, en lo esencial, un conjunto (o sistema) de normas: el Derecho es una institución en tanto es un conjunto (o sistema) de normas. Bien puede afirmarse que el sentido asignado en (2) incluye los sentidos asignados en (1) y en (4), así como que el sentido asignado en (4) implica los sentidos asignados en (3) y en (5), y que el sentido asignado en (6) presupone el sentido asignado en (2). De ser esto así, a diferencia de Atienza y Ruiz Manero, yo diría que el sentido más básico de la expresión «carácter (o dimensión) institucional del derecho» es el identificado en (2) y no en (1).

2

La concepción de las instituciones propuesta por Atienza y Ruiz Manero está basada, en lo sustancial, en la teoría de John Searle³. En el análisis de Searle existe una relación estrecha entre normas constitutivas e instituciones. En su versión primigenia, Searle traza una distinción entre normas regulativas y normas constitutivas. Las normas regulativas regulan formas de conducta cuya existencia es lógicamente independiente de las normas y asumen la forma básica de imperativos del tipo «Haga X». Las normas constitutivas, en cambio, crean o definen nuevas formas de conducta, constituyen una actividad cuya existencia es lógicamente dependiente de las normas y su forma básica es «X cuenta como Y» o «X cuenta como Y en el contexto C». A partir de la distinción trazada, Searle señala que las instituciones «son sistemas de reglas constitutivas»⁴ y que «todo hecho institucional tiene como base un(a) (sistema de) regla(s) de la forma “X cuenta como Y en el contexto C”»⁵. En su versión más reciente, Searle insiste en advertir que

² Ibidem, pg. 24.

³ Ver al respecto Searle, J. *Actos de habla*, Cátedra, Madrid, 1990; *La construcción de la realidad social*, Paidós, Barcelona, 1997; *Mente, lenguaje y sociedad*, Alianza, Madrid, 2001; «What is an Institution?», en *Journal of Institutional Economics*, 2005; *Creando el mundo social*, Paidós, México, 2014.

⁴ Searle, J. *Actos de habla*, Op. cit., pg. 60.

⁵ Ibidem, pg. 60.

«una institución es cualquier sistema colectivamente aceptado de reglas (procedimientos, prácticas) que nos permite crear hechos institucionales»⁶. Y agrega: «estas reglas, típicamente, tienen la forma 'X cuenta como Y en C', donde a un objeto, persona o estado de cosas X le es asignado un estatus especial, el estatus Y, tanto que el nuevo estatus posibilita a la persona u objeto que realice funciones que no puede realizar solamente en virtud de su estructura física, pero requiere como una condición necesaria la asignación del estatus. La creación de un hecho institucional es, sin embargo, la asignación colectiva de una función de estatus»⁷.

Esta reconstrucción plantea un problema considerable, pues define la expresión «institución» exclusivamente en términos de normas constitutivas (o sistemas de normas constitutivas), dejando de lado las normas regulativas. Consideremos el punto más detenidamente.

3

El término «institución» es un término técnico con tres acepciones básicas: (1) organización, (2) práctica social, y (3) sistema de normas⁸. En este contexto, la acepción en cuestión es (3). Aunque no existe una definición unánimemente aceptada de «institución», una de las más reconocidas es la de Douglas North. En la extendida versión de North, las instituciones son las reglas de juego de una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, las instituciones estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico. En la concepción de North, las instituciones son totalmente análogas a las reglas de juego de un deporte competitivo de equipos. Esto supone que las instituciones consisten en normas escritas formales, así como en códigos de conducta generalmente no escritos que subyacen y complementan a las normas formales. Y como la analogía implica, cuando las normas y códigos informales son violados, se aplica el castigo corrector. Según North, la función principal de las instituciones en la sociedad es reducir la incertidumbre estableciendo una estructura estable de la interacción humana: las instituciones reducen la incertidumbre por el hecho de que proporcionan una estructura a la vida diaria. En definitiva, las instituciones constituyen una guía para la interacción humana, pues definen y limitan el conjunto de elecciones de los individuos. North advierte que las limitaciones institucionales incluyen aquello que se prohíbe hacer a los individuos y, a veces, las condiciones en que a algunos individuos se les permite hacerse cargo de ciertas actividades. En consecuencia, tal como se hallan definidas, las instituciones configuran el marco en cuyo interior ocurre la interacción humana⁹.

⁶ Searle, J. «What is an Institution?», Op. cit., pg. 21.

⁷ Ibidem, pg. 22.

⁸ Ver la voz «Institución» en Audi, R. (Editor). *Diccionario de Filosofía*, Akal, Madrid, 2004, pg. 542.

⁹ North, D. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, pgs. 13, 16.

La definición de North contiene ciertas expresiones que llevan a asociar las instituciones con las normas regulativas: «interacción humana», «norma de conducta», «guía», «prohibición», «castigos», «limitaciones», «restricciones». Esta asociación es todavía más fuerte en la reconstrucción de Jon Elster¹⁰. Según Elster, una institución puede definirse como un mecanismo que pone en vigencia normas que rigen la conducta de un grupo definido de personas mediante sanciones externas y formales. Las normas sociales más simples son del tipo «Hacer X» o «No hacer X». Las normas más complejas tienen forma condicional: «Si se hace Y, entonces hacer X» o «Si otros hacen Y, entonces hacer X». Para que tales normas sean sociales, advierte Elster, deben ser compartidas por otras personas y en parte sostenidas por su aprobación y desaprobación. Típicamente son sostenidas por las emociones que se desencadenan cuando se las viola: turbación, culpa o vergüenza en el violador; ira e indignación en los observadores. Con frecuencia la norma de hacer X va acompañada de una norma de nivel superior que establece la obligación de castigar a aquellos que violan la regla de primer orden, donde el castigo puede variar desde el reproche al ostracismo social. Sobre esta base, señala Elster, las instituciones obligan o permiten realizar determinadas acciones o dificultan la toma de ciertas decisiones¹¹.

En general, se acepta que una característica esencial de las instituciones es que ellas trascienden a los individuos e involucran a grupos de individuos a través de cierto conjunto de interacciones regladas. Consecuentemente, las instituciones deben afectar al comportamiento individual, deben restringir el comportamiento de sus miembros. Para que se trate de una institución, deben existir restricciones. Sobre esa base, se afirma que las instituciones se definen por sus normas y que, si la conducta individual se ve acotada dentro de las instituciones, ello se debe a las especificaciones de lo que un miembro del grupo debe o no debe hacer. Como la conducta individual se ve limitada por las normas de interacción que rigen dentro de las instituciones, ellas pueden ser definidas, en lo esencial, por su capacidad para constreñir la conducta¹². Me inclino a creer, pues, que el carácter regulativo (prescriptivo, directivo) de las instituciones no puede ponerse en entredicho y que una reconstrucción del concepto de institución que no dé cuenta de tal carácter parece destinada al fracaso. Pero me inclino a creer, asimismo, que en esa reconstrucción no hay margen para versiones reduccionistas.

Precisamente, Georg Henrik Von Wright ha explicado la manera como ambos tipos de normas (regulativas y constitutivas) interactúan en el marco institucional. Según von Wright, importa distinguir entre normas que regulan (ordenan, permiten, prohíben) conductas y nor-

¹⁰ La misma asociación puede verse en Ostrom, E. *Comprender la diversidad institucional*, Fondo de Cultura Económica, México, 2015.

¹¹ Elster, J. *Tuercas y tornillos*, Gedisa, Barcelona, 1990, pgs. 146-156, en particular, pgs. 115-124 y 146-147.

¹² Peters, B. G. *El nuevo institucionalismo*, Gedisa, Barcelona, 2003, pgs. 36-37, 213-214.

mas que definen (determinan) diversas prácticas e instituciones sociales. Las normas del primer tipo establecen que determinados actos deben o pueden ejecutarse. Las normas del segundo tipo informan sobre cómo ejecutar determinados actos. Según von Wright, con frecuencia (o siempre), se hace necesaria una regla del segundo tipo para que el cumplimiento de una regla del primer tipo sea posible. Por consiguiente, advierte von Wright, las normas del segundo tipo son, en un sentido característico, secundarias con respecto a las del primero. Por ejemplo, para que el matrimonio adquiera legitimidad, los contrayentes han de satisfacer determinadas condiciones y participar de una ceremonia que comporta diversos actos formales. Estas condiciones y ceremonias definen la acción social (institucional) de contraer matrimonio. Su ejecución, sin embargo, tiene una serie de consecuencias legales, pues se permite a los cónyuges formar un hogar, cada uno de ellos cuenta con determinados derechos sobre el otro y ambos tienen determinadas responsabilidades y deberes entre sí y con respecto a su descendencia. Estas consecuencias, advierte von Wright, constituyen, por lo común, un conjunto de normas de conducta cuya violación provoca normalmente sanciones por parte del aparato jurídico de la sociedad. Las normas de este tipo no sólo cuentan con una importancia capital en el ámbito jurídico, sino que afectan a la vida social en su conjunto. Por ejemplo, la regla de saludar estrechando la mano derecha o inclinando la cabeza define una práctica. La regla de buena educación que prescribe saludar, en cambio, regula una conducta. La distinción entre ambos tipos de normas, por cierto, tiene importancia fundamental para trazar una distinción entre la comprensión y la explicación de una conducta en cuanto objeto de estudio¹³.

6

Regresemos al punto de partida. Reconsideremos el análisis de la expresión «carácter (o dimensión) institucional del Derecho» propuesto por Atienza y Ruiz Manero, a la luz del marco teórico esbozado. Atienza y Ruiz Manero no ofrecen una definición de «institución» que sirva de base para el análisis. La definición que parece asumida considera que las instituciones son sistemas de normas constitutivas. Esta definición, sin embargo, deja de lado el carácter regulativo (prescriptivo, directivo) de las instituciones. Precisamente, una definición alternativa considera que las instituciones son sistemas de normas regulativas. Esta versión, por su parte, deja de lado el carácter constitutivo de las instituciones. Ambas definiciones representan dos formas distintas de reduccionismo teórico. En mi opinión, parece preferible concebir las instituciones como sistemas de normas de diferentes tipos (normas regulativas y constitutivas, entre otras) que dan forma a la interacción humana. Una definición amplia de «institución» como la sugerida permite comprender cabalmente el carácter (o dimensión) institucional del Derecho. Esta reconstrucción guarda relación, claro está, con el sentido asignado en (2) por Atienza y Ruiz Manero a la expresión «carácter (o dimensión) institucional del Derecho»: el Derecho es un sistema de normas. Este es, en mi opinión, el sentido más básico de la expresión, por las meras definiciones en uso de los términos «institución» y «derecho».

¹³ Von Wright, G.H. *Explicación y comprensión*, Alianza, Madrid, 1987, pgs. 177-179.

LOS PERMISOS EN LA TEORÍA DEL DERECHO DE MANUEL ATIENZA

FRANCESCA POGGI¹

Universidad de Milán

1. INTRODUCCIÓN

Manuel Atienza se ha ocupado de muchos temas en su larga y fructífera carrera, formulando siempre tesis originales y en ocasiones arrolladoras. En este trabajo me ocuparé de las aportaciones de Atienza a un conjunto de cuestiones que se enmarcan dentro de la teoría general de las normas jurídicas: las relativas a los permisos. Hay dos razones por las que he elegido este tema. En primer lugar, porque creo que Atienza ha hecho una contribución verdaderamente importante para una mejor comprensión del papel de los permisos en el Derecho y que sus tesis merecen ser puestas de relieve. La segunda razón es, sin embargo, de carácter personal. Muchos doctorandos llegan a un momento en el que se sienten perdidos en la maraña de debates teóricos y les resulta difícil encontrar el enfoque metodológico adecuado. A veces esa fase se supera gracias a un libro o trabajo que, en cierto sentido, ilumina el camino aportando la interpretación adecuada. Para mí ese libro fue *Las piezas del Derecho* (Atienza y Ruiz Manero 1996). Esta aportación, por tanto, quiere ser también un agradecimiento y un reconocimiento a la importancia que tuvo el trabajo de Atienza en la redacción de mi tesis doctoral, dedicada, precisamente, al tema de las normas permisivas.

Procederé de la siguiente manera. Primero, enumeraré brevemente los problemas relacionados con los permisos jurídicos (§2); a continuación, examinaré las soluciones aportadas por Atienza (y Ruiz Manero) (§3); finalmente, haré algunas observaciones críticas (§4).

2. LOS PERMISOS EN LA TEORÍA DEL DERECHO

La cantidad de cuestiones teóricas asociadas a los permisos jurídicos es considerable. La primera cuestión fundamental es la de si permitir constituye una función normativa del lenguaje; dicho en otros términos, si cuando alguien concede permiso a otra persona está expresando

¹ Traducción de Isabel Lifante Vidal.

una norma. Cuando en el texto de una ley aparece una disposición redactada en términos permisivos, ¿está esa disposición expresando una norma jurídica o, por el contrario, está expresando algo diferente? Llamaré a esta cuestión el «problema de la normatividad».

La segunda cuestión se refiere a la relevancia práctica de las normas permisivas: ¿cuál es el sentido, el *point*, de emitir una norma jurídica permisiva? O, en otras palabras, ¿qué funciones cumplen las supuestas normas permisivas? Esta cuestión está fuertemente interrelacionada con la anterior; de hecho, se ha argumentado que las normas permisivas no son concebibles porque estas normas no cumplirían ninguna función y, por lo tanto, no sirven para la descripción y/o reconstrucción de los ordenamientos jurídicos. En definitiva, «La expresión ‘normas permisivas’ no sólo es equívoca sino que es superflua» (Ziemiński 1976, 176.).

La tercera cuestión se refiere a la autonomía de las normas permisivas, es decir, a la equivalencia pragmática entre las supuestas normas permisivas y normas de otro tipo, en particular las imperativas, como obligaciones y prohibiciones. ¿Son las normas permisivas reducibles a otras normas? O, dicho de otro modo, ¿pueden interpretarse las disposiciones jurídicas formuladas en términos permisivos como la expresión de normas de otro tipo sin pérdida de sentido? Este problema está estrechamente relacionado con el de relevancia práctica: a veces se ha argumentado que, cuando la emisión de un permiso jurídico parece producir algún efecto, esto sucede porque en realidad el permiso es traducible a, o equivalente a, un estándar de otro tipo. En definitiva, las supuestas normas permisivas o bien no desempeñan ninguna función relevante o bien pueden reducirse a normas de otro tipo. Así, por ejemplo, se ha sostenido que la atribución de un permiso equivale a una prohibición de interferencia con la acción permitida², o que equivale a una derogación, eventualmente parcial o preventiva³, o incluso que equivale a la imposición a otros de una obligación de hacer⁴.

La cuarta cuestión tiene que ver con la relación entre los permisos y los poderes. Suponiendo que existan normas permisiva, ¿son asimilables a las normas de competencia?⁵ Me referiré a esta cuestión como el «problema de la permisividad de los poderes».

Por último, la quinta cuestión se ocupa de la relación entre los permisos y los derechos. Esta cuestión es, en realidad, asimilable a la anterior si, adoptando una aproximación hohf-

² Esta tesis es sostenida, por ejemplo, por Kelsen 1945, p. 77; Ziemiński 1976, p. 174; Hernández Marín 1984, p. 58; Hernández Marín 1998, p. 366; también Nino 1994, p. 120, recurre a la noción de no interferencia para caracterizar al permiso.

³ Cfr. Ziemiński 1970; Carcaterra 1974 (p. 44); Ziemiński 1976; Carcaterra 1979 (pp. 46 ss.); Alchourrón y Bulygin 1991 (pp. 121ss.; pp. 155ss.); Weinberger 1985; Searle 1990 (p. 416). Levi (1950) sostiene, en cambio, que permitir un comportamiento antes prohibido equivale a obligar a derogar.

⁴ Así, por ejemplo, Hernández Marín 1984, p. 56 y Hernández Marín 1998, pp. 363 e 371, respecto a los permisos que presentan la forma «*a* puede solicitar que *b* haga *x*»; y también Ziemiński 1970 respecto a los permisos que, según el autor, son «en realidad» normas de competencia. Robles 1988 considera, en cambio, que una norma que permite una conducta no prohibida anteriormente «impone un deber a todos aquellos que no están contemplados como sujetos destinatarios del permiso que explícitamente formula» (p. 213).

⁵ La concepción permisiva de las normas de competencia ha sido sostenida por von Wright 1963, pp. 192ss. En realidad, las tesis de von Wright en este punto no están privadas de ambigüedad. Cfr. Ferrer Beltrán 2000, pp. 45ss.; Poggi 2004, pp. 212ss.

diana (Hohfeld 1913; Hohfeld 1917), se sostiene que los poderes son un tipo de derechos. Sin embargo, el debate, especialmente el contemporáneo, se ha centrado más en la relación entre permisos y libertades (o privilegios) hohfeldianos y, en particular, en cuál es (si es que existe) la posición correlativa a los permisos-libertad⁶.

En el próximo apartado examinaré cómo Atienza ha abordado y resuelto las cinco cuestiones precedentes.

3. LA TEORÍA DE LOS PERMISOS DE ATIENZA Y RUIZ MANERO

Uno de los méritos fundamentales de Atienza y Ruiz Manero ha sido el de aclarar y separar nítidamente las tres primeras cuestiones recién analizadas, las cuales se presentaban en el debate anterior de modo tan estrechamente interrelacionado que resultaban casi indistinguibles (cfr. Atienza y Ruiz Manero 1994). De hecho, a ellos se debe la introducción de la expresión «relevancia práctica» y «equivalencia pragmática», así como su primer uso claro para identificar cuestiones distintas, aunque conexas (Atienza y Ruiz Manero 1994; Atienza y Ruiz Manero 1996, 91ss.).

Según Atienza y Ruiz Manero, para admitir la utilidad teórica del concepto de norma permisiva —y, por tanto, para aceptar una noción de norma lo suficientemente amplia como para incluir los permisos— son necesarias dos condiciones: (i) que el emisor de normas permisivas provoque un cambio jurídicamente relevante (es decir, que estas normas tengan relevancia práctica); (ii) que este cambio consista en «algo distinto de la formulación indirecta o de la derogación de normas de mandato» (Atienza y Ruiz Manero 1996, 92), es decir, que estas normas no presenten una equivalencia pragmática respecto de normas de otro tipo.

Respecto a la primera condición, Atienza y Ruiz Manero consideran que el dictado de un permiso puede introducir cambios jurídicamente relevantes en dos circunstancias. En primer lugar, cuando una conducta (*p*) es relevante (no indiferente)⁷ para el sistema normativo, pero, antes del dictado del permiso, dicha conducta no se encontraba regulada. En esta circunstancia, el cambio relevante consiste «en *aclarar* —o, si se quiere *fixar*— el estatus normativo de *p*, es decir, al no existir una norma que explícitamente estableciera que *p* era una conducta facultativa, la nueva norma, al aclarar la situación —y al prohibir [a] las autoridades subordinadas la introducción de normas prohibitivas referidas a *p*— da seguridad a los destinatarios y, en este sentido, bien puede decirse que contribuye a guiar su conducta» (Atienza y Ruiz Manero 1996, 107). En segundo lugar, el dictado de un permiso produce un cambio relevante cuando antes la conducta estaba prohibida; en este caso, de hecho, «modifica el estatus deóntico de *p*» (Atienza y Ruiz Manero 1996, 107).

En opinión de Atienza y Ruiz Manero, sin embargo, las tres funciones antes identificadas —que, en otro lugar, he llamado función indicativa, función de limitación de la competencia

⁶ Entre las contribuciones más recientes sobre el tema, cfr. Halpin 2019; Moore y Hurd 2020; Halpin 2020; Halpin 2022.

⁷ El concepto de «relevancia» es tomado en la acepción de Alchourrón y Bulygin 1971.

normativa y función derogatoria (Poggi 2004, pp. 149ss.)⁸— también pueden ser realizadas por normas no permisivas y, en particular, por definiciones, prohibiciones dirigidas a las autoridades subordinadas y disposiciones derogatorias.

Respecto al problema de la permisividad de los poderes, Atienza y Ruiz Manero critican la concepción permisiva (que ellos denominan deóntica o regulativa) de las normas de competencia, mostrando cómo esta concepción no distingue entre reglas que atribuyen un poder normativo y normas deónticas que regulan el ejercicio de ese poder, calificándolo eventualmente de permitido. Este vicio derivaría, a su vez, de la ambigüedad de la expresión «poder», que puede significar tanto permiso, o libertad de hacer, como capacidad de alcanzar determinados resultados (normativos). Atienza y Ruiz Manero, en cambio, distinguen claramente las normas de conducta de las normas que confieren poderes, que, a su juicio, tienen la forma «si se da el estado de cosas X y Z realiza la acción Y, entonces se produce el resultado institucional (el cambio normativo) R»⁹. La producción de *R* puede ser obligatoria o facultativa; o, mejor dicho, «el resultado normativo puede ser obligatorio en algunos de sus elementos y facultativo en otros o bien puede ser obligatorio en ciertas circunstancias y facultativo en otras» (Atienza y Ruiz Manero 1996, p. 110). Por tanto, los permisos también parecen tener relevancia práctica respecto a las normas que confieren poderes, en tanto pueden o bien derogar normas anteriores, que imponían como obligatoria la obtención de *R* (en ciertas circunstancias o respecto a ciertos elementos), o bien prevenir cualquier duda al respecto «formulando desde el momento mismo en que se confiere el poder normativo una negación de la aplicabilidad al ejercicio del mismo [...] de una regla de mandato» (Atienza y Ruiz Manero 1996, pp. 111). Aún así, también en estos casos, Atienza y Ruiz Manero niegan que las normas permisivas sean pragmáticamente autónomas, sosteniendo en cambio que «pueden traducirse en términos de derogación o simplemente negación de normas de mandato» (Atienza y Ruiz Manero 1996, 116).

Hasta aquí parecería que en la teoría de Atienza y Ruiz Manero no hay lugar para las normas permisivas: estas normas, por supuesto, resultan relevantes en la práctica, pero no son autónomas, siendo pragmáticamente equivalentes a normas de otro tipo. Una reconstrucción teórica del contenido del Derecho podría, por tanto, prescindir de esta categoría de normas, por superfluas. Sin embargo, la cosa cambia cuando los autores pasan a analizar las libertades constitucionales: se trata de normas permisivas de las que se derivan prohibiciones dirigidas a legisladores subordinados, pero que no equivalen a estas prohibiciones, colocándose en cambio «en un plano justificatorio superior» (Atienza y Ruiz Manero 1996, 114). De hecho, Atienza y Ruiz Manero consideran que los permisos constitucionales expresan juicios de valor, los cuales, a su vez, sirven de justificación y fundamento a prohibiciones (dirigidas a autoridades subordinadas) y directrices o normas programáticas, que señalan la obligatoriedad de perseguir determinados fines, dejando a la discrecionalidad de los poderes públicos la elección de los medios para alcanzarlos¹⁰.

⁸ A ellas hay que añadir la función exceptuante, que consiste en introducir excepciones a las normas generales y que, en algunos ordenamientos jurídicos, no puede equipararse a la función derogatoria (Poggi 2004, pp. 150ss.).

⁹ Para una exposición detallada de esta fórmula, véase Atienza y Ruiz Manero 1996, pp. 45ss.

¹⁰ En particular, los permisos constitucionales serían una subclase de derechos humanos o fundamentales basados en el valor de la autonomía. Como es bien sabido, para Atienza, la dignidad humana, la autonomía y la igualdad constituyen el fundamento de todos los derechos humanos. Cfr. Atienza 2021.

También encontramos una caracterización de los derechos humanos en términos permisivos en Atienza (1986), donde, siguiendo la estela de Hohfeld (1913; 1917), propone una clasificación de tales derechos basándose en la estructura de sus relaciones con las posiciones pasivas de otros sujetos¹¹. Atienza distingue aquí entre libertad negativa, libertad positiva y una libertad que, siguiendo a Ruiz Manero (2018), llamaré no protegida

Hay libertad negativa cuando el titular tiene derecho a realizar la conducta X y, además, tiene derecho a que la contraparte no obstaculice el ejercicio de esta libertad; la contraparte, por tanto, no tiene derecho a que el titular se abstenga de tal conducta y tiene además la obligación de no impedirla. Hay libertad positiva cuando el titular tiene derecho a realizar la conducta X y tiene además derecho a que la otra parte realice determinadas acciones que posibiliten o faciliten el ejercicio de esta libertad; la otra parte, por tanto, no tiene derecho a que el titular se abstenga de tal conducta y tiene además el deber de posibilitarla o facilitarla. Por último, hay una libertad no protegida cuando la libertad no se acompaña de ningún derecho: «un agente A es libre con respecto a otro agente B de efectuar o no efectuar X (y B no tiene derecho a exigir que A efectúe o no efectúe X), pero A no tiene derecho a exigir a B que se abstenga de realizar aquellas acciones que pueden impedirle a A el ejercicio de su libertad» (Atienza 1986, 39). Si bien los permisos asumen especial relevancia respecto a los derechos de libertad, según Atienza, «afirmar que alguien tiene un derecho, una libertad, una potestad, una inmunidad parece implicar siempre la idea de que a alguien le está permitido hacer algo» (Atienza 1986, 35)¹². Así, para Atienza, por un lado, en todo tipo de derechos está presente una permisividad y, por otro, no siempre es cierto que a una libertad corresponda una posición pasiva de los demás además de la ausencia del derecho a exigir que no se realice una determinada conducta. Sin embargo, cuando la libertad en cuestión es de naturaleza constitucional, entonces siempre manifiesta un valor, del cual se derivan normas programáticas y deberes de los legisladores subordinados¹³.

En el próximo apartado desarrollaré algunas consideraciones críticas sobre la respuesta dada por Atienza y Ruiz Manero al problema de la equivalencia pragmática de las normas permisivas. Quiero señalar que, respecto a las otras cuatro cuestiones sobre las normas permisivas, su análisis me parece esclarecedor y sustancialmente aceptable, salvo en algunos detalles que, sin embargo, no desarrollaré aquí¹⁴.

4. ALGUNAS CRÍTICAS SOBRE LA EQUIVALENCIA PRAGMÁTICA DE LAS NORMAS PERMISIVAS

Resumiendo, Atienza y Ruiz Manero creen que las normas permisivas son relevantes en la práctica y cumplen tres funciones diferentes. En primer lugar, la función indicativa, que con-

¹¹ Para una defensa de la caracterización de los derechos humanos en términos deónticos, cfr. también Atienza y Ruiz Manero 1987. Sobre el carácter relacional de los derechos humanos, cfr. también Atienza 2020.

¹² En el mismo sentido, Atienza y Ruiz Manero 1987, 67-68.

¹³ Atienza y Ruiz Manero se adhieren claramente a la que ha sido denominada concepción dinámica de los derechos subjetivos; una concepción que hoy parece prevalecer en la jurisprudencia de la mayor parte de los ordenamientos jurídicos. Cfr. Celano 2001; Poggi 2013, 29ss.

¹⁴ Reenvío sobre este punto a Poggi 2004 y Poggi 2013.

siste en establecer el carácter normativo de una conducta relevante, dando seguridad a los destinatarios de que está permitida por la ley. En segundo lugar, la función de limitación de la competencia normativa de las autoridades subordinadas que, a su juicio, consiste en «prohibir [a] las autoridades subordinadas la introducción de normas prohibitivas», asegurando así el permiso contra prohibiciones posteriores. Por último, la función derogatoria que consiste precisamente en derogar una prohibición preexistente del mismo rango.

Para Atienza y Ruiz Manero, sin embargo, estas funciones pueden ser desarrolladas también por normas diversas; en particular, la función indicativa puede ser desarrollada por normas definitorias, la función de límite a la competencia normativa puede ser desarrollada por prohibiciones de segundo nivel dirigidas a las autoridades subordinadas, y por último la función derogatoria puede ser desarrollada por normas derogatorias expresas (del tipo «Se deroga la prohibición de *p*»). Por tanto, según Atienza y Ruiz Manero, las normas permisivas no son pragmáticamente autónomas y los enunciados permisivos pueden ser útilmente interpretados como expresando normas de otro tipo, en particular, según el caso, definiciones, prohibiciones y derogaciones expresas. Atienza y Ruiz Manero sostienen que estas interpretaciones son preferibles «en virtud del principio de economía, pues no necesitamos introducir el permiso como un carácter independiente de las normas» (Atienza y Ruiz Manero 1996, 116). Mi crítica es que la navaja de Ockham, en realidad, se vuelve contra ellos: es cierto que no multiplican los caracteres normativos, pero sin embargo multiplican los significados atribuibles a una misma disposición normativa. La cuestión fundamental es que una misma norma permisiva puede desempeñar simultáneamente todas las funciones mencionadas, de modo que su tesis implica que un mismo enunciado, en algunas circunstancias, debe interpretarse como expresión de normas de distinto tipo, sin que, no obstante, queden claros los casos y los límites que avalan tales interpretaciones. En rigor, además, las normas permisivas no cumplen las funciones de limitar la competencia de las autoridades subordinadas o de derogar prohibiciones preexistentes: las normas permisivas son simplemente incompatibles con las prohibiciones, y las metanormas vigentes en la mayoría de los ordenamientos jurídicos resuelven esas incompatibilidades, dando preferencia a los permisos en unos casos y a las prohibiciones en otros. Es precisamente este mecanismo el que permite que una misma norma permisiva produzca varios efectos al mismo tiempo, y oscurecerlo implica ofrecer una imagen distorsionada del funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos. Un ejemplo, tomado de Atienza y Ruiz Manero (1994; 1996), aunque libremente adaptado, puede aclarar este punto.

Supongamos que hay dos normas legislativas en vigor en el ordenamiento jurídico: (*N*), que prohíbe los transportes peligrosos, y (*N*¹), que expresamente prohíbe el transporte de caballos. Posteriormente, el legislador, en el tiempo *t*, emana una disposición (*D*) que permite el transporte de caballos. Según Atienza y Ruiz Manero, (*D*) puede ser interpretada como una norma que deroga expresamente (*N*¹). Sin embargo, ¿qué ocurre si, en el tiempo *t*+1, una autoridad inferior dicta otra norma (*N*²), que vuelve a prohibir el transporte de caballos? ¿O qué ocurre si, también en *t*+1, un juez considera que el transporte de caballos es peligroso y, por tanto, entra dentro de la prohibición general establecida por (*N*)? Me parece que, si interpretamos (*D*) como una norma derogatoria, tanto (*N*²) como la decisión judicial deberían considerarse válidas: (*D*), de hecho, simplemente derogó (*N*¹) y generó así un permiso débil,

una laguna. Sin embargo, ésta es una conclusión implausible, que no sería aceptada en nuestros ordenamientos jurídicos. Para dar cuenta de su funcionamiento real, basta con interpretar que (D) expresa una norma permisiva y dar cuenta de la existencia de ciertos criterios para resolver las antinomias. La norma permisiva expresada por (D) simultáneamente: (i) fija el estatus normativo de la conducta en cuestión, esto es, la permite al dejar claro que no puede subsumirse en (N); (ii) deroga la prohibición preexistente, en virtud del criterio de la *lex posterior* (esto es, el criterio según el cual, en caso de antinomia entre dos normas no coherentes de igual rango, la norma posterior prevalece sobre la precedente) (iii) limita la competencia de las autoridades subordinadas en virtud del criterio de la *lex superior* (es decir, el criterio según el cual, en caso de antinomia, la norma de la fuente superior prevalece sobre la de la fuente inferior).

Me parece que el único modo que Atienza y Ruiz Manero tienen para evitar las consecuencias implausibles de su teoría es postular que los enunciados permisivos expresan *siempre*, por separado, las tres normas anteriores (una definición, una prohibición y una derogación), pero esto significa precisamente multiplicar las interpretaciones *praeter necessitatem*. Además, aunque se aceptara esta estrategia, seguirían existiendo otras dificultades.

En primer lugar, la función indicativa no parece poder explicarse plenamente a través de normas definitorias. Por tomar un ejemplo de Atienza y Ruiz Manero (1994; 1996), consideremos el caso en que un órgano jurisdiccional de un determinado ordenamiento incluya el *topless* femenino en la playa en el concepto de «acto contrario a la moral pública» sancionado por el código penal. Si la autoridad normativa tuviera algún interés político en no prohibir dicha vestimenta, podría resolver cualquier duda y cualquier posible conflicto interpretativo dictando una disposición del tipo (*D*¹) «El topless femenino en la playa está permitido». Según Atienza y Ruiz Manero, tal disposición podría ser entendida como expresión de una norma definitoria, tal como (*N*³), «No se entiende por “acto contrario a la moral pública” el topless femenino en la playa». En mi opinión, se trataría, sin embargo, de una interpretación muy extraña, aunque sólo fuera porque el texto de (*D*1) no contiene ninguna referencia a actos contrarios a la moral pública. Además, (*N*3) ciertamente impide que el topless en la playa se incluya en el concepto de «actos contrarios a la moral pública», pero de hecho no permite este tipo de vestimenta. El topless podría, por ejemplo, incluirse entre los actos contrarios a las buenas costumbres, o podría subsumirse (posiblemente mediante una interpretación analógica o extensiva) en las disposiciones de alguna otra infracción administrativa. En suma, las normas permisivas no son pragmáticamente equivalentes a meras definiciones¹⁵.

En segundo lugar, la limitación de la competencia de la autoridad subordinada no puede realizarse simplemente interpretando las disposiciones permisivas como prohibiciones dirigidas a las autoridades inferiores¹⁶. Consideremos la siguiente situación: en un ordenamiento en el

¹⁵ En cuanto a la función indicativa de las normas permisivas cfr. también Moreso 1997.

¹⁶ Otros autores, sin embargo, explican esta función interpretando las declaraciones permisivas como derogaciones anticipadas (cfr., por ejemplo, Alchourrón y Bulygin 1991, 121ss.) o como metanormas cualificadoras (del tipo: «La prohibición de *p* no pertenece al ordenamiento jurídico», cfr. Hernández Marín 1984, 65ss.; Hernández Marín 1998, 368ss.). En contra de estas interpretaciones, cfr. Poggi 2004, 177ss.

que rige el principio de *lex superior*, la Constitución, que, por hipótesis, es rígida y garantizada¹⁷, expresa la prohibición de asociaciones secretas. Posteriormente, se promulga sin embargo una disposición legislativa que permite las asociaciones secretas. En este caso, todos estaríamos de acuerdo en que la disposición legislativa posterior es inválida. La prohibición constitucional limita la competencia de las autoridades inferiores, pero ¿por qué? Creo que para explicarlo basta con dar cuenta de que permisos y prohibiciones son antinómicos y que, al ser la Constitución rígida y garantizada, en virtud del criterio de la *lex superior* la prohibición constitucional prevalece sobre la posterior y antinómica disposición legislativa. Sin embargo, éste es exactamente el mismo mecanismo que explica por qué, en otros casos, son los permisos constitucionales los que prevalecen sobre las prohibiciones de rango inferior. En otras palabras, del mismo modo que tampoco interpretamos la prohibición constitucional como una prohibición de permitir dirigida a las autoridades inferiores, no veo por qué sí deberíamos interpretar los permisos constitucionales como prohibiciones de prohibir. El precio no es sólo la distorsión, sino también la discrepancia: el mismo fenómeno se explica de manera distinta según que lo que prevalezca sean los permisos o las prohibiciones.

Por último, creo que admitir normas permisivas es más congruente con el argumento de los derechos de Atienza. En el ejemplo antes propuesto, parece que las normas expresadas por (*D*) y (*D*¹) confieren derechos-libertades para transportar caballos y para hacer topless en la playa, respectivamente. Sin embargo, no es fácil explicar cómo estas libertades pueden derivarse de definiciones (de «transporte peligroso» y «actos contrarios a la moral pública», respectivamente), prohibiciones de segundo grado y normas derogatorias. Obviamente, no se trata de principios y, quizás, tampoco diríamos que expresan valores, pero al menos comparten una característica común con las libertades constitucionales. Las libertades postuladas por (*D*) y (*D*¹) pueden justificar reclamaciones de instrumentos de garantía que las transformen en permisos protegidos (Ruiz Manero 2018), es decir, en libertades positivas o negativas (Atienza 1986). Así, puede argumentarse que, puesto que las personas tienen derecho a transportar caballos, entonces los poderes públicos deben crear las condiciones fácticas para hacer posible el ejercicio de esta libertad con medidas adecuadas de construcción de carreteras, o deben hacer más seguro su ejercicio, modificando, por ejemplo, determinadas normas de la legislación correspondiente. Por supuesto, no se trata de inferencias fuertes como en el caso de las libertades constitucionales, pero me parece que la función justificativa es la misma.

Para terminar, me gustaría destacar que, a pesar de algunas diferencias teóricas, considero una gran fortuna y un honor haber tenido la oportunidad de conocer y debatir con Manuel Atienza. Le considero un maestro, uno de los más importantes teóricos del Derecho vivos, y espero que nuestro diálogo pueda continuar todavía durante muchos años.

¹⁷ Una Constitución se considera «rígida» si no es modificable mediante el procedimiento legislativo ordinario; y se considera «garantizada» si prevé alguna forma de control sobre la conformidad de las leyes con ella. Cfr. Guastini 2011, 183ss.

REFERENCIAS

- Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*. Wien-New York: Springer Verlag.
- Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1991). *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, M. (1986). Una clasificación de los derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, 4, 29-43.
- Atienza, M. 2020. «Diez ideas sobre los derechos humanos» desde la perspectiva de los derechos sociales. *Análisis Laboral*, 1-3.
- Atienza, M. (2021). El fundamento de los derechos humanos: ¿dignidad o autonomía? *Revista cubana de derecho*, 1(1), 9-35.
- Atienza, M., Ruiz Manero, J. (1987). A propósito del concepto de derechos humanos de Francisco Laporta. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 4, 67-69.
- Atienza, M., Ruiz Manero, J. (1994). Sobre permisos en el Derecho. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 15-16, 815-844.
- Atienza, M., Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Carcattera, G. (1974). *Le norme costitutive*. Milano: Giuffré.
- Carcattera, G. (1979). *La forza costitutiva delle norme*. Roma: Bulzoni.
- Celano, B. (2001). I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. *Analisi e diritto* 2001, 1-58.
- Ferrer Beltrán, J. (2000). *Las normas de competencia*. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Guastini, R. (2011). *La sintassi del diritto*. Torino: Giappichelli.
- Halpin, A. (2019). Correlativity and Its Logic: Asymmetry not Equality in the Law. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 32, 83-108.
- Halpin, A., (2020). No-Right and its Correlative. *American Journal of Jurisprudence*, 65, 147—166.
- Halpin, A., (2022). On kno-rights and no-rights. *Revus*, 46, 1-30
- Hernández Marín, R. (1984). *El derecho como dogma*. Madrid: Tecnos.
- Hernández Marín, R. (1998). *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- Hohfeld, W.N. (1913). Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning. I. *Yale Law Journal*, 23, 16-59.
- Hohfeld, W.N. (1917). Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning. II. *Yale Law Journal*, 26, 710-770.
- Kelsen, H. (1945). *General Theory of Law and State*. Harvard: Harvard University Press.
- Levi, A. (1950). *Teoria generale del diritto*. Padova: Cedam.
- Moore, M.S., Hurd, H.M., (2020). Moral Combat: Disagreement in Action, Not Belief. *Problema*, 14, 7-55.
- Moreso, J.J. (1997). Come far combaciare i pezzi del diritto. *Analisi e diritto* 1997, 79-117.
- Nino, C.S. (1994). *Derecho, Moral y Política*. Barcelona: Ariel Derecho.

- Poggi, F. (2004). *Norme permissive*. Torino: Giappichelli.
- Poggi, F. (2013). *Concetti teorici fondamentali*. Pisa: ETS.
- Robles, G. (1988). *Las Reglas del derecho y las reglas de los juegos*. Palma: Facultad de Derecho de Palma de Mallorca.
- Ruiz Manero, J. (2018). Diez observaciones y un cuadro final sobre permisos y normas permisivas. *Revus*, 36, 41-51.
- Searle, J.R. (1990). Epilogue to the Taxonomy of Illocutionary Acts. In D. Carbaugh (ed.), *Cultural Communication and Intercultural Contact*, 409-417. Hillsdale (New Jersey): Lawrence Erlbaum.
- Von Wright, G.H. (1963). *Norm and Action. A Logical Enquiry*. London: Routledge & Kegan Paul.
- Weinberger, O. (1985). The Expressive Conception of Norms. An Impasse for Logic of Norms. *Law and Philosophy*, 4(2), 166-198.
- Ziemiński, Z. (1970). Norms of Competence as Norms of Conduct. *Archivium Juridicum Cracoviense*, 3, 21-31.
- Ziemiński, Z. (1976). On So-Called Permissive Norms. *Archivium Juridicum Cracoviense* 9: 169-178.

DERECHO Y ARGUMENTACIÓN:
DOCTRINAL, JUDICIAL,
CONSTITUCIONAL Y LEGISLATIVA

SOBRE EL ANÁLISIS DE ATIENZA DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, LOS PRINCIPIOS Y LA PONDERACIÓN

ROBERT ALEXY

Universidad Christian-Albrechts de Kiel (Alemania)

Mi teoría de la argumentación jurídica, de los principios y de la ponderación ha recibido una buena cantidad de duras críticas. Este, sin embargo, no es el caso del artículo de Manuel Atienza «Alexy and the “Argumentative Turn” in Contemporary Legal Theory», publicado en 2017 en un volumen editado por Martin Borowski, Stanley L. Paulson y Jan-Reinard Sieckmann, y dedicado a mí. El análisis crítico de Atienza comienza con el siguiente comentario: «Creo que su acercamiento es sustancialmente correcto» (Atienza 2017, 210). Él presenta sus argumentos como «desacuerdos menores» (Ibid.) Sin embargo, hasta los desacuerdos menores son desacuerdos. Es un placer para mí responder a ellos en un volumen dedicado a Atienza. Hemos mantenido un contacto cercano durante más de 30 años, y los desacuerdos, aunque estén engastados en acuerdos, son un medio estupendo para mejorar las teorías.

Los desacuerdos de Atienza conciernen a tres temas: la tesis del caso especial, la reconstrucción de los principios como mandatos de optimización, y mi concepción de la ponderación.

1. LA TESIS DEL CASO ESPECIAL

La tesis del caso especial es lo esencial de mi primer libro *Teoría de la argumentación jurídica* (Alexy 1989b), publicado en inglés en 1989 y en alemán en 1978 (Alexy 1989, Alexy 1978). Dice así: «El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general» (Alexy 1989b, pp. 35, 38 y ss., 206 y ss.) (Alexy 1989, 15, 19, 212-20). En trabajos posteriores desarrollé otros elementos fundamentales de mi teoría del derecho, pero la tesis del caso especial permaneció como parte esencial de ellos (Alexy 2021a, 103-4). Atienza comienza su crítica con objeciones de tres tipos que plantea contra la tesis del caso especial. La primera concierne a la dimensión conceptual, la segunda, al alcance de la teoría, y la tercera, a una dimensión ideológica (Atienza 2017, 211). Al final dice: «en mi opinión, se debería concluir que Alexy ha superado (estas objeciones) de una manera bastante exitosa» (ibid. 211-2). Como razón para ello, se refiere al desarrollo ulterior de mi teoría, a saber, desde 1978, manifiesto en la teoría de los principios, la teoría de los derechos fundamentales y la teoría de la ponderación (ibid. 212-3).

Este desarrollo ulterior es desde luego importante. En mis escritos recientes he tratado de incorporar la tesis de caso especial a un modelo más complejo (Alexy 2021a, 97-106). En el centro de ese sistema se halla la pretensión de corrección. El centro está rodeado por cinco tesis. La primera es la idea de un límite exterior al derecho, tal y como está expresado por la Fórmula de Radbruch, que dice, en su forma más breve, que la injusticia extrema no es derecho. Con ello, el no-positivismo en la forma de no-positivismo incluyente (ibid. 96) es parte del sistema. El segundo elemento es la tesis del caso especial. El tercero concierne a los derechos humanos, el cuarto a la democracia y el quinto a la teoría de los principios. He llamado a esto el «pentágono de la dimensión ideal». Pero este pentágono es sólo un medio de «visualización» (ibid. 97).

Sin embargo, para Atienza todavía persisten dos objeciones. La primera es que «la tesis del caso especial hace excesivamente uniforme la argumentación jurídica». Él califica esto como una «desventaja fundamental» (Atienza 2017, 213). Se podría llamar a esta la objeción de la uniformidad. Atienza subraya que en los discursos jurídicos «los elementos retóricos de la argumentación tienen una importancia dramática (podrían probablemente ser los elementos predominantes) en la argumentación de los abogados (o en ciertos contextos de la argumentación forense) (ibid.). A la dimensión retórica él añade una dimensión estratégica que hace referencia a «los discursos de los negociadores, los legisladores y los abogados» (ibid. 214). Estoy de acuerdo con Atienza. Es un hecho que la dimensión retórica y estratégica existen en la práctica jurídica. Ambas son un tema importante del análisis empírico de la argumentación jurídica. Pero no han de encontrarse en el mismo nivel que la tesis del caso especial determinada por la pretensión de corrección. Los argumentos retóricos están necesariamente conectados con la pretensión de corrección. Ningún abogado puede decir ante el tribunal: «Acepten mis argumentos. Son los más elegantes que se pueda imaginar, aunque no sean correctos». El abogado debe esgrimir la pretensión de corrección aunque sepa que lo que dice es incorrecto. Pero aseverar algo que uno sabe que es incorrecto es violar la regla de sinceridad (Alexy 1989, 188-9). La violación de las reglas del discurso, sin embargo, no implica su inaplicabilidad. Y con su aplicabilidad, estamos en el ámbito de la tesis del caso especial. Algo similar vale para el legislador. Ningún legislador dice que su decisión no es correcta. Puede, desde luego, conceder que su decisión no es la mejor decisión, y continuar diciendo que en la situación política actual es la decisión óptima porque los objetivos estratégicos en competencia de las diferentes posiciones políticas han de ser reconducidos a un compromiso: ir más allá no ha sido posible en la situación presente. Si esto es cierto, lo mejor es un compromiso, y, en consecuencia, en el presente momento, es la solución correcta. En breve: la corrección es una idea regulativa, aunque el autor o los autores no estén interesados en ella. Como mínimo es aparentada. En situaciones políticas complejas el ideal de corrección puede ser realizado al menos en un grado óptimo. Esto da a la pretensión de corrección, y con ella a la tesis del caso especial, su carácter uniforme en la creación y aplicación del derecho. Sólo en negociaciones que atañen a intereses privados de las partes existe una diferencia.

El segundo argumento de Atienza es que la tesis del caso especial es «en cierto modo ideológica» «debido a su tendencia a la idealización» (Atienza 2017, 213). Esta puede llamarse objeción ideológica. Mi respuesta es que ideales (como los de verdad o corrección) e ideologías son dos cosas completamente diferentes. Las ideologías son contingentes, esto es, no universales. Diferentes sistemas jurídicos pueden estar orientados por diferentes ideologías, por ejemplo, el

tradicionalismo, el nacionalismo, el socialismo o cierta religión. Este es el nivel concreto. Pero todos están orientados por la idea abstracta de corrección, o al menos pretenden estarlo. Debido a su abstracción, la pretensión de corrección del derecho está incluso presente en sistemas jurídicos que tienen ideologías completamente diferentes. Todos ellos esgrimen la pretensión de corrección, todos pretenden que sus argumentos están basados en proposiciones verdaderas. Se puede decir, por tanto, que ideologización e idealización son completamente diferentes. Todas las ideologías tienen una base concreta. En contraste con ello, el ideal de corrección es una idea universal abstracta, una clave de bóveda. Como tal, está en una posición crítica respecto a todas las ideologías.

2. LOS PRINCIPIOS COMO MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN

El segundo tema de Atienza es la construcción de los principios como mandatos de optimización. La tesis de que los principios son mandatos o exigencias de optimización es la base normativo-teórica de mi libro *A Theory of Constitutional Rights* (Alexy 2002, 47-48), publicado en inglés en 2002. Su primera edición en alemán fue en 1985 (Alexy 1985, 75-7), y en español en 1993 (Alexy 1993, 86-7). Atienza presenta en su artículo el complejo proceso de su análisis crítico de la teoría de los principios. Gira en torno a tres conceptos: principios, derechos individuales y directrices políticas (*policies*). Con directrices políticas (*policies*) yo entiendo bienes colectivos (Alexy 1992, 166-9). Ejemplos de bienes colectivos son «la seguridad interna y externa, una economía próspera, la preservación del medio ambiente y una cultura vibrante» (ibid. 166-7). En mi teoría, tanto los derechos individuales como las directrices políticas tienen la estructura de principios. Atienza ha introducido en escritos anteriores, junto a Juan Ruiz Manero, el concepto de «principios en sentido estricto», que no pueden ser satisfechos en diferentes grados, y los ha situado en oposición a las directrices políticas, que «pueden ser satisfechas en diferentes grados» (Atienza 2017, 216). Esta tajante distinción ha sido después atenuada, pero, como tal, permanece todavía (ibid. 219). Lo que queda de ella consiste en la diferencia entre «la dimensión moral» de un lado, y «la dimensión instrumental del razonamiento jurídico» de otro (ibid.) Estoy de acuerdo con Atienza en que esta diferencia sustantiva es de gran importancia. Pero no está directamente relacionada con la estructura formal de mandatos de optimización que alude a los derechos individuales y los bienes colectivos. La estructura formal de la ponderación entre diferentes derechos individuales, derechos individuales y bienes colectivos, e incluso entre diferentes bienes colectivos, es la misma. El lugar en el que las diferencias entre derechos individuales y bienes colectivos entra en juego es la justificación externa de los valores relevantes al ponderar. Esto nos conduce a la Fórmula del Peso, el tema del tercer capítulo del artículo de Atienza.

3. LA FÓRMULA DE LA PONDERACIÓN

En *The Theory of Constitutional Rights* he propuesto dos leyes relativas a la ponderación, la *ley de principios en competencia* (Alexy 2002, 54) y la *ley de la ponderación* (ibid. 102). La ley de

principios en competencia permanece igual hasta la fecha. La ley de la ponderación ha experimentado un sustancial desarrollo ulterior y se ha transformado en una fórmula matemática, la Fórmula del Peso (Alexy 2021b, 165-74). Atienza suscita sólo una objeción a ella, que califica como «muy probablemente sólo de naturaleza retórica» (Atienza 2017, 222). Conciérne a la naturaleza formal, esto es, matemática, de la Fórmula del Peso. La Fórmula del Peso es entendida con frecuencia como un intento de sustituir la argumentación por el cálculo. Y efectivamente, funciona como tal sólo con números y relaciones matemáticas. Pero esto, sin embargo, sería un malentendido. En un artículo publicado primero en inglés en 2017 aduje dos argumentos dirigidos a este malentendido (Alexy 2021, 228-9). El primero es que los números que han de sustituir a las variables de la Fórmula del Peso representan proposiciones clasificatorias. Tomemos el caso de interferencia con la libertad de expresión que sirve a la protección del derecho de la personalidad. Para casos normales, propongo la escala geométrica y discreta 2^0 , 2^1 , y 2^4 , es decir, 1, 2 y 4. El punto decisivo es que estos números representan proposiciones. Los tres números representan clasificaciones como «leve», «moderado» y «serio». Si la interferencia con la libertad de expresión se clasifica como seria, entonces, el número 4 no está por otra cosa sino por la proposición: «esta interferencia con la libertad de expresión es seria». Lo mismo sucede si la intensidad de la interferencia con el derecho de personalidad a través de su menor protección es clasificada como «leve». El número 1, entonces, representa la proposición: «esta interferencia con el derecho de personalidad por no protección sería leve». El punto crucial es que las proposiciones clasificatorias están, como las proposiciones o las aserciones en general, necesitadas de justificación. Se podría llamar a esta la «tesis de la proposición». La tesis de la proposición es mi primer punto. Mi segundo punto es la tesis de la argumentación. La tesis de la argumentación dice que las proposiciones clasificatorias son susceptibles de justificación racional (ibid. 229). Es posible presentar argumentos en favor de la clasificación de una interferencia como leve, moderada o seria. Algunas veces estos argumentos encuentran un amplio consenso, otras veces la cuestión sigue siendo controvertida. Pero esto no es una característica especial de la ponderación. La encontramos por doquier en la argumentación jurídica y en muchos otros campos de la argumentación. Y, sin embargo, ello no es razón para descalificar como irracional la argumentación o el discurso.

En su segundo capítulo, Atienza se refiere a una diferencia, que considera problemática, entre mi *A Theory of Legal Argumentation* y en mi *A Theory of Constitutional Rights*. Con respecto a mi primer libro, dice que «la dimensión moral está de algún modo sobreacentuada». Por lo que respecta al segundo libro, se dice que «corro exactamente el riesgo opuesto: la fórmula «mandatos de optimización» parece sugerir que la argumentación que implica principios tiene sólo —o, preferiblemente, tiene que ver con— una racionalidad económica o instrumental» (Atienza 2017, 217). La conexión de la tesis de la proposición con la tesis de la argumentación muestra que ponderar está relacionado tanto con la dimensión moral como con la dimensión instrumental.

Manuel Atienza ha dado a su artículo el título «Alexy y el «giro argumentativo» en la teoría jurídica contemporánea». El giro argumentativo nos une. Él fue mi primer invitado cuando dejé Göttingen por Kiel. Los amigos en la ciencia han de tener controversias. Los argumentos de Atienza han inspirado mi trabajo.

REFERENCIAS

- Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt, Suhrkamp, 1978
- Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985
- Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, trans. by Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford, Clarendon Press, 1989.
- Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1989b
- Robert Alexy, 'Individual Rights and Collective Goods', trans. by Ruth Adler, in: *The International Library of Essays in Law and Legal Theory, Schools*, vol. 8, *Rights*, ed. by Carlos Nino, Dartmouth, Aldershot 1992
- Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1993.
- Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trans. by Julian Rivers, Oxford, Oxford University Press, 2002
- Robert Alexy, 'The Ideal Dimension of Law', in: Alexy, *Law's Ideal Dimension*, Oxford, Oxford University Press 2021a, 83-106
- Robert Alexy, 'The Weight Formula', in: Alexy, *Law's Ideal Dimension*, Oxford, Oxford University Press 2021b, 154-74
- Robert Alexy, 'Formal Principles: Some Replies to Critics', in: Alexy, *Law's Ideal Dimension*, Oxford, Oxford University Press 2021c, 175-89
- Robert Alexy, 'Proportionality and Rationality', in: Alexy, *Law's Ideal Dimension*, Oxford, Oxford University Press 2021d, 220-234
- Manuel Atienza, 'Alexy and the «Argumentative Turn» in Contemporary Legal Theory', in: *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System*, ed. by Martin Borowski, Stanley L. Paulson, and Jan-Reinhard Sieckmann, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, 207-223

DE NUEVO SOBRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ

Magistrado emérito del Tribunal Supremo (España)

Conocí a Manuel Atienza en Salamanca, a mediados de los 70 del pasado siglo, con ocasión de un congreso de Filosofía del Derecho. Era un jovencísimo profesor en la facultad de Oviedo (como *Manolín* me lo presentó cariñosamente Elías Díaz), y yo debía llevar escasamente dos años como juez en Toro (Zamora). Desde entonces —hace casi medio siglo— he mantenido con él una estrecha relación, de amistad, pero también en el orden intelectual. Por fortuna, ya que, entre las muchas virtudes de Manuel Atienza, se cuenta la, inapreciable, de ser un impenitente y estimulante *agente provocador* a la reflexión, mediante la crítica siempre punzante y bien informada, nunca gratuita. A esto, en mi caso, ha contribuido, además, su permanente interés por las cosas y la cultura de la jurisdicción. Precisamente, en este terreno —y dentro de lo que ha sido y sigue siendo un «intercambio desigual», a mi favor— le tuve como rigurosísimo lector de un trabajo mío acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal (Andrés, 1992), sobre el que escribió unas páginas (Atienza, 1994) referidas especialmente al principio de presunción de inocencia del que también allí me ocupaba. Un tema central en mi experiencia profesional y apasionante objeto de consideración en sus ricas implicaciones teórico-prácticas. Por eso el asunto y el título de este texto.

Atienza cuestionaba mi afirmación de que la presunción de inocencia, en su proyección sobre la tarea del juez en la indagación de los hechos, cumplía un papel de carácter epistémico. Lo hacía, por entender que «su función no es la de servir para mejor conocer unos hechos [...] sino la de evitar que pueda tener lugar un resultado indeseable (la condena de inocentes)», que es por lo que «la institución no responde a un interés de tipo cognoscitivo o teórico, sino de carácter práctico».

Tenía una parte, pero solo una parte de razón. En efecto, pues la asunción de aquella como criterio rector del proceso criminal, orientado en lo inmediato a mejorar el trato dado por este al imputado¹, miraba también objetivamente a mejorar sus resultados en cuanto instrumento

¹ Beccaria (2011, 109) denunciará con firmeza en distintos momentos de su obra cumbre «los bárbaros tormentos multiplicados con pródiga e inútil severidad por delitos no probados o imaginarios». Y lo mismo Filangieri, con su referencia crítica al «uso bárbaro y feroz de recurrir a los tormentos para arrancar a los reos la confesión de los delitos», cuando el criterio legal debería ser «tratar al acusado como ciudadano hasta que resulte enteramente probado su delito» (2018, 666 y 641).

para saber de hechos². Y al ser ya, no la inocencia, como en el proceso inquisitivo³, sino la culpa del imputado lo que tendría que acreditarse, la prueba de esta pasaría a conformar, desde entonces, el objeto del juicio. Así, la aludida finalidad de carácter práctico debe (y solo puede) alcanzarse, justamente, a través de la fijación probatoria de una verdad de calidad acerca del modo en que los hechos objeto de la causa hubieran tenido lugar en la realidad empírica. Es la consecuencia de transformar la culpabilidad del imputado en una hipótesis, cuya verificación habrá de ajustarse a las exigencias del método hipotético-deductivo. Única forma de asegurar que la eventual condena recaiga solo sobre el autor de una acción penalmente relevante. Evitando, en consecuencia, tanto poner a cargo del imputado la que fuera ajena a su responsabilidad, como la errónea atribución de rasgos típicos a la efectivamente cometida por él que careciera de ellos.

Por eso, porque —en elocuente expresión de Ferrajoli (1995, 549)— el respeto de la presunción de inocencia, hoy constitucionalmente consagrada como derecho fundamental, es, sí «garantía de *libertad*», pero también «de *verdad*», el proceso penal acusatorio y contradictorio, que la tiene como eje, cuenta con una consistente dimensión epistémica⁴. Y es que, colocar la presunción de inocencia ya en el umbral mismo de las actuaciones de indagación, equivale a exigir de quien las practica, como prescripción de método, un *no saber nada*, la ausencia de pre-juicio en el abordaje del que será *thema probandum*. Obligarlo a situarse reflexivamente en una posición de neutralidad ante el caso, a poner su «conciencia» en el modo «página en blanco», que reclamaba Calamandrei (1960, 89). Una actitud imprescindible para operar con la necesaria imparcialidad, presupuesto de la tendencial objetividad, que deberá prevalecer, sobre todo, en la fase de enjuiciamiento, para la obtención de un conocimiento fiable.

La aludida dimensión epistémica convive con la propiamente jurídica, justamente por efecto de esa opción, hoy constitucional, consistente en la acogida de la presunción de inocencia como principio central y estructural, informador de todo el curso procesal⁵. Es lo que hace que este, en virtud del reconocimiento de los derechos integradores del estatuto del imputado, no sea, pura y simplemente, el mero ritual de castigo que fue (por más que, en esta perspectiva, nunca podrán decirse despejadas todas las sombras).

Así, esas dos dimensiones, en su unidad/distinción, contribuyen al cumplimiento del fin institucional del proceso criminal. Y lo hacen de la manera más visible en el desarrollo del juicio

² Beccaria (2011, 175) reclamará un juez «investigador indiferente de la verdad». Muratori (1794, 17), muy expresivamente, un «juez [...] perplejo [...] para conocer». Carrara (1980, 14) atribuyendo a la presunción de inocencia la virtud de servir «de freno [...] *al error*», escribió asimismo (1980, 15): «la metafísica del derecho procesal tiene por misión proteger a todos los ciudadanos inocentes y honrados contra los abusos y *los errores* de la autoridad». (Cursiva añadida).

³ Cantù (1862, 35) describe muy plásticamente la lógica subyacente a este tipo de proceso: «Si se denuncia un delito es porque se ha cometido; si se ha cometido habrá un reo; si uno es imputado, deberá haber imputaciones a su cargo; si este niega, defrauda a la sociedad en su derecho a conocer al delincuente; y esta podrá, por tanto, constreñirle a confesar, al igual que se hace con un reo».

⁴ Como ha hecho notar Illuminati (1979, 79) «la presunción de inocencia», además de operar como esencial «instrumento de tutela del imputado», es también «criterio basilar de gnoseología judicial, apto para guiar la averiguación procesal». Paulesu (1995, 677, 684 y 685) ve en ella un «antídoto contra el error judicial», un «principio gnoseológico» y una «auténtica garantía epistemológica».

⁵ A juicio de Illuminati (1978, 80), constituye «una opción de fondo [...] hasta el punto de que, en el estado de derecho, ha llegado a ser casi un principio de razón, más que una opción normativa contingente».

oral, donde la efectiva equidistancia del juzgador respecto de las posiciones parciales confrontadas, solo puede ser fruto del pleno reconocimiento de sus derechos a los titulares de estas (vertiente *jurídica*), que es lo que les permitirá interactuar —alegando, probando y argumentando— en condiciones de paridad (vertiente *epistémica*). Y es que, dado que el espacio escénico del juicio no es elástico, lo que cualquiera de sus actores ocupase de más, sería necesariamente de menos para el otro u otros, con el inevitable desequilibrio como consecuencia. De esta forma, aportando cada una de las partes la información que, por lo general, será del propio exclusivo interés, y razonando en consonancia con este, el tribunal dispondrá, al fin, de toda la información relevante sobre el caso. Algo solo posible —no importa insistir— cuando aquellas tengan jurídicamente reconocida, de manera efectiva, idéntica capacidad de interlocución.

A la «verdad» como categoría, puede decirse, se le ha atribuido siempre un papel nuclear en el proceso penal. Al menos como referencia ideal⁶ y con independencia de la mayor o menor funcionalidad real de los medios puestos en juego para tratar de obtener un saber de hechos digno de ser tenido por cierto. Ello se debe a que el proceso penal está orientado, en principio, a conocer «qué ha pasado», en presencia de datos sugestivos de la existencia de un evento perturbador de la normalidad que, *prima facie*, se presenta como resultado de una acción humana, posiblemente delictiva. Y tal es lo que le dota de esa dimensión cognoscitiva, y de sentido como vehículo de una actividad pública de carácter reaccional.

Así, el proceso penal, obvia expresión de poder, constituye al mismo tiempo la manifestación de una voluntad de saber. Foucault (1976, 34) puso agudamente de relieve tal relación de saber/poder: «poder y saber se implican directamente el uno al otro», de manera que, en el marco al que se refieren estas consideraciones, «no existe relación de poder sin constitución correlativa de un campo de saber, ni de saber que no suponga y no constituya al mismo tiempo unas relaciones de poder».

Esta reflexión de Foucault tiene como referente la administración de justicia del *ancien régime*, en la que el proceso penal como forma de intervención fue la expresión de poder por antonomasia⁷, solo sujeta a algunas formalidades en su ejecución práctica, pero realmente arbitraria en lo que hace al desencadenamiento y al desarrollo de las actuaciones. En efecto, pues al juez inquisitorial y al inquisitivo, como se ha dicho, les bastaría el mero indicio, la simple conjetura —auténtica presunción de culpabilidad— para comenzar a proceder directamente *contra* el sospechoso, por lo general mediante la tortura, al ser «la sospecha justa» ya en sí misma «punible» (De Castro, 2009, 128). Así, este, tenido como «depositario de una verdad a exprimir» (Cordero, 1982, 19), se vería constreñido a *probar* su falta de implicación en la conducta que se le reprochaba como delictiva.

⁶ O ideológica. Esto en términos absolutos en la experiencia procesal-penal del antiguo régimen. Algo distinto puede y debe predicarse del proceso penal acusatorio y contradictorio de inspiración constitucional. Aunque, muy lamentablemente, siempre con (a veces, grandes) reservas, por la inveterada tendencia de los poderes políticos a cargar el proceso penal de finalidades sustantivas, haciendo de él una instancia regularmente penalizadora en sí misma. Cuando lo cierto, escribe Nobile (1989, 39) es que «debe ser solo averiguación y no sanción; no instrumento «anticipado» de control social».

⁷ Ullman (1971, 125) se refiere significativamente al rey como titular del «poder gubernamental, es decir, jurisdiccional».

En el marco de tal relación saber/poder, en los términos en los que este régimen procesal la hacía posible, la proyección del segundo de los integrantes del par conceptual estaría sujeta a ciertas reglas y supuestamente orientada a la obtención de conocimiento empírico, pero reglas de un carácter puramente ritual y prácticamente ajenas a cualquier función de garantía. Esto, desde luego, en el orden jurídico, pero también en el epistémico. En el primero, porque el que hoy diríamos imputado no tenía reconocida esta condición, al carecer del estatuto que actualmente le corresponde y ser tratado directamente como *reo*. En el segundo, porque la vigencia de la presunción de culpabilidad infundía un sesgo profundamente anticognitivo al sistema probatorio y, según bien ha escrito De Lalla (1973, 93), un «carácter emotivo» a «las pruebas [como] irracionales», eximiendo al sujeto de la indagación del «deber de demostrar», haciendo recaer sobre el procesado la pesadísima carga de una prueba negativa.

La jurídica entrada en la escena del principio de presunción de inocencia, sobre todo, una vez adquirida la relevancia constitucional de la que actualmente goza, pero incluso ya en origen, fue a introducir una transformación relevante de la naturaleza de la relación saber/poder. En efecto, pues, comportó un cambio sustancial en el modo de actuación de este último, desde el momento mismo del inicio de su intervención. Esencialmente, el derivado de la obligación de partir de cero en el conocimiento, dado que ahora la denuncia no será más que mera *notitia* a *comprobar*, necesariamente y solo dentro del proceso. Además, con la obligación de hacerlo mediante fuentes de prueba ajenas al propio imputado, amparado por el derecho al *nemo teneatur se detegere*, de modo que su confesión, perdido el rango de *regina probatorum*, pasará a convertirse en opcional declaración, y esta en un medio de defensa. Por todo, en el plano teórico, cabrá hablar de un verdadero cambio de paradigma. En el orden jurídico, por la drástica limitación del modo de operar en la iniciativa probatoria, que no podrá recaer sobre el cuerpo de aquel, que habrá dejado de ser mero *objeto* de indagación. En el epistémico, por la apertura del proceso al juego del principio de contradicción y, con ello, a una nueva dialéctica en la adquisición y el tratamiento del material probatorio. Es verdad que esto —en el proceso de diseño napoleónico, que acabará imponiéndose— solo (y relativamente) en una fase, la del juicio oral. Pero, aun con todas las limitaciones, en particular la representada por la incondicionada prevalencia en él de una instrucción de corte inquisitivo, lo cierto es que puede hablarse de tránsito a otro modelo, el conocido como acusatorio formal o mixto.

En él, la relación saber/poder —bien que limitadamente, según se dice— adoptará otra modalidad, debido a la abolición del tormento como instrumento procesal, con las consiguientes restricciones legales en el modo de operar del segundo, ahora ideal e implícitamente obligado a legitimar sus actuaciones por la calidad del conocimiento obtenido.

La crisis del proceso inquisitivo, con la formal acogida del principio de presunción de inocencia y el abandono del régimen de prueba legal y su automatismo en la atribución de valor a los elementos de prueba —como ha escrito también Ferrajoli (1995, 139)— tendría que haber supuesto el efectivo traslado del tratamiento de la *quaestio facti* al campo de la epistemología con la consiguiente asunción de las reglas de la inducción probatoria⁸. Pero la

⁸ Una vez generalizada la utilización de la prueba indiciaria fundada en el *id quod plerumque accidit* (Rossoni, 309 y *passim*).

inteligencia del principio de «libre convicción» en la clave psicologista e intimista que prevaleció en los usos de las magistraturas profesionales del continente europeo, produjo como resultado la consagración de una amplísima discrecionalidad en la materia. En efecto, pues estas lo interpretaron, no solo como exención de pautas legales de valoración, sino como desvinculación de cualquier clase de reglas, incluidas las del proceder racional en el orden cognoscitivo. En particular, tratándose de fuentes personales de prueba, cuyo examen, en régimen de inmediación, tendría la supuesta virtud de dotar al juzgador de una insólita capacidad de leer en la gestualidad de los declarantes *la verdad* de lo verbalmente manifestado por ellos⁹. Tanto es así que las resoluciones fundadas en la apreciación de pruebas personales conforme a este criterio, se consideraron (como suelen serlo todavía), en este aspecto, irrecuables. Ello debido a que tales elementos extralingüísticos, por su evanescencia e inefabilidad, escaparían a las posibilidades de documentación por cualquier medio, escrito o de imagen, al ser solo perceptibles por el juzgador *a quo, en virtud* de su contacto directo con la fuente¹⁰.

Este modo de concebir la «libre convicción» y su alcance, profundamente irracional y bien calificado por Carrara (1976, 233) de «autocrático», ha hecho que la transferencia de la valoración probatoria al campo de la epistemología —que, en rigor, tendría que haberse producido con la pérdida de vigor del régimen de prueba legal y la entrada en juego del principio de presunción de inocencia con sus implicaciones de método— todavía hoy, no haya tenido lugar, desde luego, entre nosotros, de un modo satisfactorio, en vista de los tópicos que siguen prevaleciendo en la jurisprudencia al uso. Entre ellos, por ejemplo, el de la existencia de pruebas susceptibles de apreciación exclusivamente «sensorial» (*¿a ojo y por olfato?*),

⁹ Dicho por el Tribunal Constitucional, «la inmediación permite [...] acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales y a los aspectos comunicativos no verbales» de las declaraciones de imputados y testigos. Se supone que siempre con certeza acerca de la positiva calidad del resultado de esa *lectura* por parte del juzgador, sobre la que no se expresa ninguna reserva. De otra parte, en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sigue siendo habitual la afirmación de que en la materia rigen incondicionadamente el «imperio» o la «soberanía» del juzgador, debido a que su relación inmediata con las fuentes personales de prueba le situaría en una «atalaya valorativa» ciertamente privilegiada, capaz de hacer que una prueba como la testifical sea para él «clara y diáfana», según se lee en una sentencia de 2019.

¹⁰ La atribución de ese valor a los elementos extralingüísticos presentes en las manifestaciones de imputados y testigos, tiene una sorprendente expresión de autoridad en la jurisprudencia consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional (esta iniciada en 2002) en el sentido de que, para la reversión en condenatoria de la sentencia absolutoria basada en pruebas de carácter personal, se exige que, en el juicio de segunda instancia, estas se practiquen de nuevo ante el órgano competente, en la vista del recurso, en régimen de inmediación actual. Semejante imperativo de repetición de la prueba solo puede fundarse en la idea de que, en las declaraciones de imputados y testigos, concurren elementos no lingüísticos, relevantes para el juicio y la decisión, pero tan evanescentes e inefables que su constatación escaparía a las posibilidades de documentación por cualquier medio, escrito o de imagen. Lo curioso es que se otorga una más que cuestionable fiabilidad a esas *nuevas* declaraciones, prestadas ahora por personas ultraprevenidas, en cuanto conocedoras, no solo de lo dicho por los demás implicados en el primer juicio, sino incluso de lo ya resuelto por el tribunal de instancia. Lo sorprendente es que esta jurisprudencia, fundada en la atribución al *lenguaje corporal* de una expresividad relevante y susceptible de eficaz lectura por el juzgador, choca con afirmaciones como la autorizada de De Cataldo (2000, 13) en el sentido de que «la investigación psicológica ha demostrado» la falsedad de la convicción de que «el descubrimiento de la mentira es más fácil si el observador tiene acceso solo a la clave verbal de la comunicación y no también a la visual».

frente a otras que exigirían razonamiento y argumentación (según puede leerse en sentencias muy recientes¹¹).

Si el régimen de prueba legal, bajo la formal cobertura de la rígida atribución de valor a los elementos de prueba, albergaba, con todo, amplios espacios de discrecionalidad, el de libre convicción entendida como *intime conviction* fue a dar aval, abierta y directamente, el más pleno arbitrio del juez, por la vía oblicua de la atribución de unas facultades cognoscitivas de las que carece¹². En efecto, pues los elementos de que se trata, pertenecientes a la pragmática del discurso, siempre polisémicos y ambiguos, serán de muy difícil sino imposible apreciación en el contexto de una interlocución generalmente breve y formalizada como la permitida por la clase de interrogatorios de que se trata. Y, más aún, cuando aquella correrá a cargo de quien, como el juez, carece, no solo de formación específica en la materia, sino de la imprescindible información complementaria procedente de la anamnesis o de la historia clínica del interrogado, de la que suelen disponer los especialistas en tal clase de exámenes. Por eso, la valoración del juzgador se producirá inevitablemente en el más absoluto vacío de referencias y sin otra guía que algunas posibles (peligrosas) pautas de «sentido común» cargadas de subjetividad y de cualquier clase de sesgos. Además, el modo de evaluación de *material* tan inaprensible, imposibilitará todo intento de motivación, haciendo la decisión con tal fundamento todavía más incontrolada, puesto que el juzgador, en el momento de ponerla por escrito, no podría ni siquiera interrogarse sobre una *ratio decidendi*, realmente inexistente como tal *razón*.

La recusable vigencia en este asunto del criterio jurisprudencial al que se ha hecho mención, obliga también a poner de manifiesto la existencia, en quienes lo comparten y lo practican, de un grave déficit cultural. Ciertamente indisculpable¹³ cuando, como es el caso, existe toda una disciplina científica, la psicología del testimonio y de la memoria, sumamente desarrollada, que ha producido múltiples experimentos y trabajos de campo cuyos resultados hacen insostenible el tópico de que se trata (por todos, Mazzoni, 2010, *passim*).

Atienza (1994, 84) veía un argumento de refuerzo de su negativa a atribuir a la presunción de inocencia un papel epistemológico, en la prescripción de legislaciones como la nuestra (artículo 11,1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial) que priva de efectos a las pruebas ilegítimamente obtenidas por la vulneración de un derecho fundamental en el curso de las diligencias

¹¹ Por ejemplo, las de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de números: 390/2021 y 622/2022.

¹² Ciertamente es que *solo* en relación con las aportaciones de las pruebas que se ha dicho, pero ocurre que estas tienen una enorme, con frecuencia la máxima relevancia en el proceso penal. Y, en cualquier caso, el efecto de la consagración de semejante coeficiente de subjetivismo incontrolado, difícilmente podría dejar de producir efectos contaminantes en la evaluación del contenido de la totalidad del cuadro probatorio. Sin contar con que, además, una vez impulsado el juzgador a deslizar por la pendiente de la irracionalidad, es lícito preguntarse por qué tendría que detenerse en algún momento.

¹³ En especial si se considera que ya Massimiliano Murena, a mediados del siglo XVIII, escribió que «la inquisición de la verdad por medio de testigos es lo más difícil para un juez y lo que exige más prudencia de su parte» (2022, p. 29). Y que, más cerca de nosotros, el magistrado francés François Gorphe (1933, 59) cuestionó eficazmente la creencia ingenua de que bastaría «coloc[ar] cara a cara al juez y los testigos para [hacer] brotar la verdad», denunciando que en ese modo convencional de entender la aproximación jurisdiccional a las pruebas personales hay más de adivinación que de conocimiento.

preprocesales o procesales¹⁴. Pero ocurre que, en tal clase de supuestos, el ordenamiento decide, *no contra*, sino *al margen* de la presunción de inocencia, renunciando a plantearse siquiera como problema el de la posible verdad de la imputación; hasta el punto de que, por más indicios de culpabilidad que pudieran connotar a las acciones posiblemente criminales de referencia, se opta normativamente por renunciar a perseguirlas. Es una opción legislativa que responde a muy atendibles y poderosas razones de política del derecho y de política criminal en particular, tendencialmente dirigidas a evitar la producción de resultados gravemente lesivos de derechos debidos a actuaciones tan incisivas como las policiales y judiciales. A fin dotar de la máxima coherencia interna al orden normativo y sus prácticas¹⁵ y para evitar que —como escribiera Carrara (1976, 277)— reglas procesales ordenadas a impedir el ejercicio de una violencia ilegítima de los actores institucionales del poder punitivo sobre los justiciables, se conviertan en simples «consejos»¹⁶. Con el aberrante resultado de avalar prácticas ciertamente odiosas dentro de las instituciones y de que, gravísimamente, lo mal hecho por malos profesionales tenga el mismo valor que lo bien hecho.

En todo caso, no es descartable que, en la declaración de ilegitimidad de algunas intervenciones policiales y diligencias judiciales dirigidas a la obtención de datos probatorios con efectos de cargo, producidas al margen de la ley, pueda verse también una positiva relación con la presunción de inocencia en su dimensión epistémica. Pienso en el caso de la vulneración de derechos fundamentales procesales ordenados a asegurar la autenticidad en la obtención de fuentes y elementos de prueba, la efectiva contradicción en la obtención de relevantes elementos de esta, o la rigurosa observancia del paradigma indiciario en la invasión de ámbitos de acceso tan restringido como los de la intimidad y el secreto.

El modo de entender la presunción de inocencia que aquí se postula tiene, en fin, una relevante repercusión en la manera de entender también la motivación de la sentencia, que, de haber discurrido tradicionalmente al margen de la *quaestio facti*, ha pasado a tener en ella el principal objeto. Esto, tanto por razón de su relevancia para la decisión, como por la imperiosa necesidad de circunscribir la libertad de apreciación del juzgador, en este terreno casi ilimitada, dentro de límites racionales.

Siendo así, es de la máxima importancia que la conciencia del deber de motivar presida el curso de la actividad del juez en la materia, con objeto de que el razonamiento decisorio permanezca en todo momento dentro del marco de lo susceptible de justificación, por-

¹⁴ Una relevante particularidad del estado constitucional de derecho radica en haber concebido las básicas garantías del proceso penal como derechos fundamentales, a fin de someter a riguroso control jurídico el ejercicio del *ius puniendi*, tan demostradamente propenso a deslizarse a vías puro hecho. Preceptos como el citado son una manifestación directa de este planteamiento. Desgraciadamente, entre nosotros se encuentra en franco desuso de la *reescritura*, prácticamente derogatoria, llevada a cabo por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, por sentencia n.º 81/1998, consagró la llamada «teoría de la conexión de antijuridicidad», hoy imperante. Me he ocupado con cierto detalle de este asunto en Andrés (2015, pp. 332 ss.).

¹⁵ Para lo que, al acertado criterio de Lucchini (1905, 243-244), no bastaría la mera declaración de la nulidad del juicio, sino que esta debía tener la consecuencia práctica de llegar hasta donde lo hiciera el nexo causal, privando de efectividad a los actos correspondientes.

¹⁶ Que es lo que sucedería, dice, en presencia de «un procedimiento que pu[diera] ser violado al arbitrio de los jueces» (*ibid.*)

que, como bien dice Iacoviello (2022, 92), «no todo lo que es decidible es motivable». No hará falta subrayar el papel que en este punto juegan la honestidad intelectual y la lucidez del juzgador, a la hora de orientar y representarse las conclusiones de los distintos pasos inferenciales, para evitar que perturbadores factores psicológicos pueden filtrarse subrepticiamente en la formación racional del proceso discursivo sobre la prueba, que ha de ceñirse a las reglas de la lógica. Un esfuerzo en el que resulta fundamental, como último recurso, el de la escritura, esto es, la plasmación de aquel por escrito en sus pasos determinantes¹⁷. Pues, tiene razón Pascal Mercier (2008, 141): «uno no está del todo despierto cuando no escribe».

REFERENCIAS

- Andrés Ibáñez, Perfecto (1992), «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», *Doxa*, 12, pp. 257 ss. Ahora en Id. *En torno a la jurisdicción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pp. 177 ss.
- Andrés Ibáñez, Perfecto (2015), *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Trotta, Madrid.
- Atienza, Manuel (1994), «Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 22, pp. 82 ss. Ahora en Id. *Cuestiones judiciales*, Fontamara, México, 2001, pp. 25 ss.
- Beccaria, Cesare (2011), *De los delitos y de las penas*, edición bilingüe al cuidado de P. Andrés Ibáñez, texto italiano fijado por G. Francioni, trad. esp. de F. La plaza, prólogo de P. Calamandrei, Trotta, Madrid.
- Calamandrei, Piero (1960), *Proceso y democracia*, trad. esp. de H. Fix Zamudio, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.
- Cantù, Cesare (1862), *Beccaria e il diritto penale*, G. Barbera Editore, Florencia.
- Carrara, Francesco (1976), *Programa de derecho criminal*, trad. cast. de J. J. Ortega y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1976, vol. II.
- Carrara, Francesco (1980), «Derecho penal y procedimiento penal», en Id. *Opúsculos de derecho criminal*, trad. esp. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 2ª edición, vol. V, pp. 1 ss.
- Cordero, Franco (1982), *Procedura penale*, Giuffrè, Milán, 6ª edición.
- De Castro, Pedro de (2009), *Defensa de la tortura*, Por Miguel Escribano, Madrid, 1778, edición facsímil, Máxtor, Valladolid.
- De Cataldo Neuburger, Luisella (2000), *Esame e controesame nel processo penale. Diritto e psicologia*, Cedam, Padua.
- De Lalla, Paolo (1973), *Logica delle prove penali*, Jovene, Nápoles.

¹⁷ Como escribió Frank (1968, 97), «hará mucho bien exigir la publicación de los fundamentos, aunque no constituye una panacea, porque el mismo acto de escribir su versión de los hechos tiende a inducir al juez a escuchar y criticar cuidadosamente sus motivaciones».

- Ferrajoli, Luigi (1995), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. esp. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid.
- Filangieri, Gaetano (2018), *Ciencia de la legislación*, trad. esp. de J. Ribera, revisión de Luis Prieto Sanchís, prólogo de D. Ippolito, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, vol. I.
- Foucault, Michel (1976), *Vigilar y castigar*, trad. esp. de A. Garzón del Camino, Siglo XXI, México.
- Frank, Jerome (1968), *Derecho e incertidumbre*, trad. esp. de C. M. Bidegain, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires.
- Gorphe, François (1933), *La crítica del testimonio*, trad. esp. de M. Ruiz Funes, Editorial Reus, Madrid.
- Iacoviello, Francesco M. (2022), *La motivación de la sentencia penal y su control en Casación*, trad. esp. de P. Andrés Ibáñez, Palestra, Lima.
- Illuminati, Giulio (1979), *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bolonia.
- Lucchini, Luigi (1905), *Elementi di procedura penale*, G. Barbera, Florencia.
- Mazzoni, Giuliana (2010), ¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria, tras. esp. de J. M. Revuelta, Trotta, Madrid.
- Mercier, Pascal, *Tren nocturno a Lisboa*, trad. esp. de J. A. Campos, El Aleph, Barcelona.
- Muratori, Ludovico (1794), *Defectos de la jurisprudencia*, trad. esp. de V. M. de Tercilla, Imprenta de la Viuda de D. Joaquín Ibarra, Madrid.
- Murena, Massimiliano (2022), *Tratado sobre las obligaciones del juez*, trad. esp. de C. Cladera, prólogo de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid.
- Nobili, Massimo (1989), *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Editrice Clueb, Bolonia.
- Paulesu, Pier Paolo (1995), «Presunzione di non colpevolezza», en *Digesto delle discipline penali*, UTET, Turín, vol. IX, pp. 670 ss.
- Rossoni, Isabella (1995), *Quae singula non prosunt collecta iuvant*, Giuffrè, Milán.
- Ullman, Walter (1971), *Principios de gobierno y política en la Edad Media*, trad. esp. de G. Soriano, Revista de Occidente, Madrid.

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y AUTORREGULACIÓN

RAFAEL ESCUDERO ALDAY

Universidad Carlos III (Madrid)

No he tenido la fortuna de ser alumno de Manuel Atienza en los cursos de argumentación jurídica que imparte en la Universidad de Alicante. Afortunadamente, sí he tenido numerosas ocasiones para aprender de su magisterio y también de su compromiso universitario en conferencias, congresos o seminarios donde hemos compartido charlas, reflexiones y, siempre, buenas conversaciones. También hemos contado con su presencia en la Universidad Carlos III de Madrid para hablar no solo de argumentación jurídica, sino de otros temas tan diversos como el eterno debate sobre el positivismo jurídico o el proceso de transición a la democracia en España. Es mucho lo que las y los filósofos del Derecho debemos a Manuel Atienza y no es fácil acertar con las palabras que expresen la debida gratitud hacia él.

Pero, como decía al principio, nunca he sido alumno suyo. Y esto me ha hecho mirar con sana envidia a quienes, además de haberlo sido, se convirtieron en sus discípulas y discípulos. Es habitual oírlos hablar de Atienza como una persona que conjuga rigor científico y capacidad de trabajo con cercanía y generosidad. No en vano su trabajo y liderazgo ha dado como resultado una extraordinaria «escuela», entendido este término no solo como un lugar desde el que hacer Filosofía del Derecho (la Universidad de Alicante es una referencia a nivel internacional en nuestra materia), sino como una forma de compartir la vida y la universidad.

En su *Curso de argumentación jurídica*, Atienza aborda la cuestión de la aplicabilidad de los postulados básicos de la argumentación jurídica a ámbitos ajenos al propiamente judicial (2013: 703 y ss.). Utiliza la expresión «contextos de la argumentación jurídica» para referirse a aquellos espacios institucionales no judiciales en los que concurren los elementos que caracterizan la práctica de argumentar; espacios a los que hasta hace poco tiempo se le había prestado escasa atención desde la literatura propia de la teoría de la argumentación jurídica. Atienza señala varios de estos contextos, buscando —y encontrando— un nexo que le permita afirmar —como finalmente hace— que en ellos se dan los elementos de la argumentación jurídica. Es decir, que en su opinión tan «jurídica» es la argumentación que se realiza en sede judicial como la que se desarrolla en estos otros contextos (altamente institucionalizados, como se verá más adelante).

Destacan ejemplos como la argumentación desarrollada por los abogados en los juicios, por los legisladores en la producción legislativa, por los órganos administrativos en el procedi-

miento de aprobación de normas reglamentarias, por los notarios y registradores en su quehacer cotidiano, por los integrantes de órganos donde se pretende cohonestar el conocimiento técnico con consideraciones de carácter jurídico o moral (por ejemplo, las comisiones de bioética), por los integrantes de la dogmática jurídica a la hora de justificar sus tesis o, también, la que se realiza en situaciones de resolución extrajudicial de conflictos como la negociación, la mediación y el arbitraje. En todos estos contextos es posible apreciar, aunque sea con distinta intensidad, las notas que caracterizan y definen la argumentación jurídica.

De entre ellos me interesa ahora destacar el de la resolución extrajudicial de conflictos, vinculándolo con un caso concreto: la regulación de la publicidad y las comunicaciones comerciales en España. Aun asumiendo la inevitable dosis de discrecionalidad que acarrea toda selección, en este caso podría justificarse por las siguientes razones. En primer lugar, por el alto grado de institucionalización que ha adquirido la resolución extrajudicial de las controversias que surgen en el mundo publicitario. En segundo término, por la similitud que adquieren las resoluciones de estos mecanismos extrajudiciales de conflictos con la estructura típica de las sentencias. Y, en tercer lugar, porque la publicidad es uno de los ámbitos en los que con mayor fuerza se deja sentir el impacto de la autorregulación, hasta el punto de que muchas de las controversias se han de resolver sobre la base no de normas jurídicas, sino de códigos éticos, deontológicos o de buenas prácticas. Si —como continuamente advierte Atienza— a menudo las fronteras entre el Derecho y el no Derecho no pueden trazarse de forma nítida (Lifante Vidal, 2023: 247-248), este es uno de los casos donde la frontera es más borrosa.

Manuel Atienza aborda la relación entre publicidad y argumentación en su manual de referencia (2013: 756-763). Lo hace casi al final de este, cuando analiza los contextos de la argumentación jurídica ajenos al ámbito estrictamente judicial. Y lo hace —de acuerdo con su forma de entender el Derecho y la filosofía del Derecho como el resultado de una práctica social colaborativa— recopilando una serie de materiales y preguntas al objeto de focalizar en este punto «la mirada de Peitho». Así, reproduce tres resoluciones del Jurado de la Publicidad emitidas en el año 2011 (relativas a la adecuación entre anuncios televisivos y publicidad engañosa o denigrante) y, al hilo de ellas, plantea una serie de cuestiones abiertas para el debate.

Adoptaré ahora el rol del alumno que no fui de Atienza y responderé a sus cuestiones. Para ello, permítaseme una doble licencia: por un lado, la de descartar aquellas preguntas más concretas de Atienza que están directamente relacionadas con el análisis de la argumentación desarrollada en las tres resoluciones que recopila; y, por otro, la de centrarme en las preguntas más generales, dado que son estas las que nos permitirán abordar mejor la relación entre argumentación y autorregulación.

De acuerdo con ello, las cuestiones serán las siguientes:

1. ¿Es la «informalidad» una de las ventajas de los medios alternativos de solución de disputas?
2. ¿Hay realmente alguna diferencia significativa entre la manera de argumentar de un tribunal y la de un órgano extrajudicial como es el Jurado de la Publicidad? ¿Debería haberla?

3. ¿Es razonable crear un sistema de «autorregulación» empresarial cuando lo que se ventila en el mismo son intereses no exclusivamente empresariales (sino también de las personas consumidoras y usuarias)?

1. ¿ES LA «INFORMALIDAD» UNA DE LAS VENTAJAS DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE DISPUTAS?

Suele citarse como una virtud de los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos una cierta «informalidad», entendida en el sentido positivo de tratarse de procedimientos ágiles, rápidos, no costosos, basados en el acuerdo y de fácil ejecución, frente a la rigidez de requisitos, plazos y requerimientos que caracteriza a la decisión judicial. Sin embargo, esta dialéctica —en ocasiones más ideal que real— no debe hacernos perder de vista que los procedimientos de resolución alternativa de conflictos están profusamente regulados. Son, en este sentido, tan «formales» como los judiciales.

En el caso español, la normativa sectorial regula las diferentes fórmulas o mecanismos de resolución alternativa de conflictos, siendo pacífica en la doctrina la distinción entre mecanismos autocompositivos, como la mediación o la conciliación, y heterocompositivos, destacando aquí el arbitraje (Del Águila Martínez, 2022: 30-35). Asimismo, también son objeto de regulación las entidades habilitadas para llevar a cabo la resolución extrajudicial de conflictos. En este caso, en la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo¹. Su articulado establece los requisitos que deben reunir estas entidades para su acreditación por parte de la autoridad competente; acreditación que lleva acompañada su correspondiente notificación a la Unión Europea a los efectos de ser considerados como ADR (*Alternative Dispute Resolution*) en el ámbito europeo².

La resolución alternativa de conflictos en el ámbito publicitario comparte rasgos de auto y heterocomposición. Por un lado, son los propios sujetos involucrados (empresas anunciantes, agencias publicitarias y medios de comunicación) quienes determinan la regulación aplicable, mediante códigos éticos, de buenas prácticas o cláusulas de autorregulación. Por otro lado, la denuncia de su incumplimiento da lugar a la intervención de una entidad de resolución alternativa de conflictos. En el caso español, esta entidad se llama Autocontrol (Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial): un organismo privado independiente de autorregulación de la industria publicitaria en España creado en 1995³.

En líneas generales —y salvo escasas previsiones legales que actúan a modo de «líneas rojas»⁴—, la publicidad en medios audiovisuales y servicios de sociedad de la información es el

¹ BOE 4-XI-2017. Esta ley incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013 (DOUE 18-VI-2013).

² Hasta la fecha en España solo hay cuatro organizaciones privadas acreditadas como entidades de resolución alternativa de conflictos: Autocontrol (2018), Mediation Quality (2018), Confianza Online (2019) y la Asociación para el Autocuidado de la Salud (2021).

³ Véase el detalle de su composición y funciones en su propia página web: <https://www.autocontrol.es/>

⁴ Algunos ejemplos se encuentran en la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual (BOE 8-VII-2022): la prohibición de comunicaciones comerciales audiovisuales de productos de tabaco (art.

espacio propio de la autorregulación. Además de un código general de conducta publicitaria, existen distintos códigos sectoriales, relativos bien a productos específicos (como son, entre otros, el código de publicidad del vino, de medicamentos, de juguetes o de alimentos y bebidas dirigido al público infantil), bien a actores concretos (como es el código de publicidad de *influencers*). Más allá de sus especificidades y particularidades, estos códigos comparten una misma filosofía y contenido: a) un conjunto de principios generales (respeto a la legalidad; buena fe; no incitación a la violencia, a cualquier tipo de discriminación o a comportamientos ilegales; no explotación del miedo o del éxito social vinculado al consumo; respeto al medio ambiente); b) un reforzamiento explícito de la exigencia de autenticidad y veracidad, al objeto de evitar la publicidad engañosa; y c) una comisión de seguimiento, compuesta por los actores afectados, más una representación de asociaciones de consumidores y de la Administración.

Las denuncias ante posibles incumplimientos del código en cuestión deben ser dirigidas a Autocontrol. En concreto, a su Jurado de la Publicidad. Esta es la primera entidad privada acreditada en España —de acuerdo con la citada Ley 7/2017— como entidad de resolución alternativa de conflictos. El Jurado está compuesto fundamentalmente por juristas, tanto docentes como exmagistrados, además de profesionales del mundo de la comunicación (también docentes y directivos del ramo)⁵. Entre otras funciones, resuelve las reclamaciones o controversias que se presenten, tanto por las propias empresas adheridas al código como por las asociaciones de consumidores y las Administraciones públicas, en relación con las comunicaciones comerciales emitidas.

Las resoluciones del Jurado de la Publicidad son vinculantes para las empresas que se hayan asociado a Autocontrol, así como para las empresas y los sujetos que se hayan adherido al código cuya correcta aplicación está bajo cuestionamiento. En caso de que el Jurado estime el incumplimiento de un código de conducta de un concreto anuncio, su resolución deberá ser cumplida de forma voluntaria por el reclamado (mediante la retirada inmediata del anuncio o de la campaña). De no hacerlo, se pondrán en marcha los mecanismos previstos en el propio código: medidas disciplinarias que van desde la baja como empresa adherida al código hasta una sanción económica (ejecutada por las propias empresas del sector).

En definitiva, y como respuesta a la pregunta planteada por Atienza, mi opinión es que la supuesta «informalidad» de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos no es tal. No lo es por la exigencia legal de acreditación para ejercer como tales por parte de la autoridad pública competente; ni por la determinación legal de su composición, funciones y competencias; ni tampoco por el carácter reglado de su funcionamiento. Baste con revisar la propia estructura y contenido de las resoluciones de este Jurado de la Publicidad para comprobar como replican en buena medida la estructura y contenido de una sentencia judicial.

En este contexto apelar a la «informalidad» parece más bien un uso retórico de los términos, al objeto de fomentar no solo este tipo de mecanismos de resolución de conflictos, sino la

123.1) o la limitación de la publicidad de bebidas alcohólicas con un nivel superior a 20 grados y de los juegos de azar y apuestas a la franja horaria entre la 1:00 y las 5:00 horas (art. 123.5 y 7).

⁵ Véase su composición en <https://www.autocontrol.es/autocontrol/organizacion/miembros-jurado-de-la-publicidad/>

propia autorregulación en materias como la publicidad, en un contexto de pugna con la pretensión de regulación por parte de la legislación y normativa reglamentaria. Una pretensión que, como se verá más adelante, hoy se bate en retirada.

2. ¿HAY REALMENTE ALGUNA DIFERENCIA SIGNIFICATIVA ENTRE LA MANERA DE ARGUMENTAR DE UN TRIBUNAL Y LA DE UN ÓRGANO EXTRAJUDICIAL COMO ES EL JURADO DE LA PUBLICIDAD? ¿DEBERÍA HABERLA?

Para dar respuesta a esta cuestión conviene advertir, de entrada, tanto la denominación como la composición del Jurado de la Publicidad. En primer término, no es baladí que se haya utilizado el término de «jurado», al objeto de buscar un paralelismo con los mecanismos de raíz judicial. Sin embargo, en nuestra tradición constitucional el jurado es un mecanismo democrático de participación de la ciudadanía en la Administración de Justicia. Y aquí no se trata de impartir justicia (ni mucho menos de forma participativa y democrática), sino de comprobar si se ha respetado o no un código de conducta en cuyo mantenimiento está interesada la propia organización de la que depende este Jurado de la Publicidad, es decir, Autocontrol. De nuevo, resuenan los ecos de ese uso emotivo de los términos del que advertía Carlos S. Nino.

Además, la estructura de las resoluciones del Jurado reproduce la propia de las sentencias, con lo que se fomenta la reproducción en aquellas de la forma de argumentar en estas. El típico patrón judicial de antecedentes de hecho, fundamentos jurídicos y fallo se plasma en las resoluciones del jurado bajo la estructura de antecedentes de hecho, fundamentos deontológicos y acuerdo. La similitud es evidente. Y la diferencia entre fundamentos jurídicos y deontológicos se debe a que, mientras que en las sentencias se aplican normas jurídicas, en las resoluciones del jurado se aplican códigos éticos, de conducta o deontológicos. Pero en ambos casos se trata de justificar una decisión particular sobre la base de criterios generales, algo para lo que la argumentación ofrece herramientas más que oportunas.

Asimismo, hay que tener en cuenta que este Jurado de la Publicidad está compuesto en gran medida por juristas (y habitualmente presididas sus secciones también por juristas). No es de extrañar que estos vuelquen su forma de entender el Derecho y de argumentar jurídicamente en su quehacer diario dentro del Jurado. Es ciertamente difícil pensar que sus integrantes argumenten de forma diferente si están resolviendo un caso en un juzgado, explicando a sus estudiantes los pormenores de ese mismo caso o bien resolviendo una reclamación presentada por una asociación de consumidores ante el Jurado de la Publicidad. Parece difícil pensar —por lo menos para mí— que sea posible un desdoblamiento de personalidad en función del foro en el que una persona se encuentra. Quien asuma una posición literalista (o formalista) la pondrá en práctica en todo momento, ya sea redactando una sentencia o resolviendo una reclamación ante el Jurado. Quien defienda una aproximación de carácter más finalista (o principialista) desplegará igual su arsenal argumentativo en una sentencia y en un acuerdo del Jurado.

De hecho, un vistazo tanto al contenido de los códigos deontológicos de autorregulación como a las propias resoluciones del Jurado de la Publicidad muestra con claridad ambos perfiles. En muchas de sus resoluciones predomina ese formalismo que caracteriza la producción

judicial de no pocos de nuestros tribunales. Sus integrantes suelen atenerse a los elementos probatorios aportados por los reclamantes, en lugar de realizar una actividad indagatoria adicional por su cuenta, y con frecuencia resuelven sobre la base de la interpretación literal de los preceptos del código aplicables al caso. Actúan como garantes del código del mismo modo que los jueces lo hacen de la legalidad vigente, sin cuestionarlo ni ir más allá de su dicción literal. Y lo hacen como si estuvieran ante «casos fáciles», sin necesidad de acudir a otros criterios diferentes a la mera literalidad de lo expuesto por los reclamantes y lo contenido en el código.

Pero no tiene por qué ser siempre así. Los códigos ofrecen margen para desarrollar actitudes y prácticas menos formalistas. En su articulado también encontramos cláusulas abiertas, vagas o genéricas —muy similares a las que encontramos en la legislación—, que requieren de la interpretación y de la argumentación para aplicar su contenido al caso concreto. Del mismo modo que el Código Civil español utiliza (todavía...) la fórmula de la «diligencia de un buen padre de familia» para referirse al modelo de conducta que se espera de una persona razonable, el Código de Conducta Publicitaria utiliza la fórmula del «consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz», a la hora de determinar el estándar medio de destinatario del que ha de partir el análisis de un mensaje publicitario por parte del Jurado de la Publicidad (Principio Básico 3.5). En ambos casos, el margen de indeterminación es más que amplio, del mismo modo que amplio es el espacio para argumentar a la hora de decidir en un sentido o en otro.

En suma, la respuesta a esta segunda pregunta de Atienza es negativa: no hay diferencia significativa entre la forma de argumentar en ambos casos. Pero Atienza también preguntaba sobre si «debería haber» alguna diferencia. Dejemos ahora pendiente esta respuesta a la espera de la siguiente cuestión, pues solo entonces podrá tenerse una visión más completa de lo que suponen realmente estos mecanismos alternativos y el papel que la argumentación jurídica pueda cumplir en ellos.

3. ¿ES RAZONABLE CREAR UN SISTEMA DE «AUTORREGULACIÓN» EMPRESARIAL CUANDO LO QUE SE VENTILA EN EL MISMO SON INTERESES NO EXCLUSIVAMENTE EMPRESARIALES (SINO TAMBIÉN DE LAS PERSONAS CONSUMIDORAS Y USUARIAS)?

Antes de enfrentar esta cuestión, conviene advertir sobre la relevancia que están adquiriendo los sistemas de autorregulación empresarial en ámbitos como el publicitario donde, además del interés de las personas consumidoras y usuarias a recibir publicidad veraz, entran en juego otros valores como la igualdad de género (frente a la publicidad sexista) o el desarrollo integral de la infancia (frente a la publicidad de alimentos y bebidas de nula calidad nutricional). Desde las propias instituciones de la Unión Europea se promueve que los Estados adopten e impulsen estas fórmulas de autorregulación. En el caso de España, el art. 37 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal⁶, fomenta la aprobación de códigos de conducta y demás siste-

⁶ BOE 11-I-1991. En su redacción actual, el art. 37 se introdujo en una reforma de la Ley operada en 2009 (BOE 31-XII-2009).

mas de autorregulación relativos a las prácticas comerciales con los consumidores, contando con «órganos independientes de control» de tales códigos (Ramos Herranz, 2019: 87-89). Más recientemente, la ya citada Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, ordena expresamente la promoción, tanto a nivel estatal como autonómico, de códigos de conducta en ámbitos como la publicidad dirigida a menores sobre alimentos y bebidas de baja o nula calidad nutricional (arts. 15.4 y 124.3).

El paradigma dominante es, así, el de la autorregulación. Formar parte de él supone importantes ventajas ante hipotéticas reclamaciones en el mundo del Derecho⁷. Citaré ahora solo dos. Por un lado, el incumplimiento de una resolución del Jurado de la Publicidad por parte de una empresa adherida al código permite la interposición de una acción ante la jurisdicción ordinaria, al objeto de que esta última declare la obligación de la empresa de cumplir con la resolución sobre la base del principio *pacta sunt servanda*. Es decir, aunque la resolución del jurado no sea *per se* vinculante, su cumplimiento puede ser demandado y obtenido en sede judicial (Ramos Herranz, 2022: 74).

Por otro lado, Autocontrol cuenta con otro servicio a disposición de sus asociados, así como de los firmantes y usuarios de sus códigos de buenas prácticas. Se trata del denominado *Copy Advice*, que es un informe sobre un anuncio publicitario que se elabora, por parte del gabinete técnico de Autocontrol, con carácter previo a su emisión. En este informe, que carece de efecto vinculante para el solicitante (pudiendo ser este la empresa anunciante, una agencia de publicidad o el medio que va a difundirlo), se valora el cumplimiento o no del anuncio con los códigos y normas deontológicas aplicables al mismo. Reduce por tanto la posibilidad de una futura «litigiosidad» sobre el contenido del anuncio. Y lo reduce no solo por la calidad que pueda tener este informe técnico *ex ante*, sino también porque desde el propio ordenamiento jurídico se han sentado las bases para dotar de efectos jurídicos a este sistema de *Copy Advice*. En caso de que un anuncio sea objeto de un procedimiento administrativo sancionador porque se entienda que vulnera la legalidad (por ejemplo, por tener contenido discriminatorio), la obtención de un *Copy Advice* positivo podrá ser invocada como prueba de buena fe y actuación diligente por parte del responsable, reduciendo —e incluso evitando— así la imposición de una sanción administrativa⁸.

Por tanto, nos encontramos con un sistema autorreferencial: los sujetos se regulan según sus propios criterios y se dotan de un órgano de control —al que se hace parecer un tribunal— del que, en cierta medida, también forman parte y con el que comparten intereses. Además, desde la legislación se fomenta y valora esa forma de actuar al reconocerle efectos jurídicos en potenciales procedimientos administrativos sancionadores. En este marco, como acertadamente advierte Atienza en su pregunta, ¿qué papel juegan las asociaciones de personas consumido-

⁷ Sobre la relación entre códigos éticos y normas jurídicas, véase Marcilla, 2019: 278-286.

⁸ Un ejemplo de la consagración legal del efecto jurídico del *Copy Advice* se encuentra en la Ley General de Comunicación Audiovisual, que considera satisfecho el principio de buena fe —circunstancia que permite determinar la sanción aplicable en un procedimiento administrativo— cuando «la comunicación comercial audiovisual presuntamente constitutiva de infracción contara con un informe de consulta previa positivo emitido por un sistema de autorregulación con el que la autoridad audiovisual competente tenga un convenio de colaboración» (art. 166).

ras? Pues un papel muy reducido. La legislación requiere la «participación» de las asociaciones de consumidores en la elaboración de los códigos de conducta. Pero nada más. Y como se ha advertido por los defensores de los sistemas de autorregulación, esta fórmula legal no exige que los códigos sean aprobados por las asociaciones. Es más, sostienen que, para cumplir con el requisito legal, bastaría con que fueran consultadas y pudieran formular observaciones sobre su contenido (Tato, 2020: 78). No parece que se les tenga reservado un mejor destino en términos de participación.

Además del interés que puedan tener las asociaciones de consumidores, en la regulación de la publicidad entran otros valores constitucionales en juego. Me refiero ahora a la garantía del principio de igualdad de género o al deber de promover el desarrollo integral de la infancia. Valores que pueden verse afectados por comunicaciones comerciales que difundan prácticas sexistas (por ejemplo, relacionar determinados juguetes con un solo sexo) o que favorezcan el «entorno obesogénico» al someter a niñas y niños a una sobreexposición publicitaria de productos de baja o nula calidad nutricional. En este último caso se ha dado un paso más por parte del legislador: además de la habitual referencia general a la promoción de códigos de conducta, la Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad Alimentaria y Nutrición, limita la posibilidad de regulación reglamentaria por parte del poder ejecutivo de la publicidad de alimentos dirigida a menores de 15 años a que no exista un código de conducta firmado por los operadores económicos y los prestadores del servicio de comunicación audiovisual (art. 46)⁹. Es decir, que el propio legislador establece el orden y prioriza: primero, los códigos deontológicos; después, y solo en el caso de que estos no se hayan adoptado, las normas jurídicas de rango reglamentario¹⁰.

En conclusión, la respuesta a esta pregunta planteada por Atienza ha de ser también negativa. Y no solo porque estos sistemas de autorregulación excluyan en buena medida la participación de las asociaciones de consumidores, sino también —y sobre todo— porque la garantía de los valores constitucionales y los derechos fundamentales afectados requiere una acción positiva —y no una retirada— por parte de los poderes públicos. Por ello, es preferible avanzar hacia sistemas de coregulación, también previstos por la normativa europea, aunque poco desarrollados a nivel estatal por falta de voluntad política. Consiste la coregulación en entender los códigos deontológicos y de buenas prácticas como un complemento, y no como un sustituto, de la regulación estatal. Parece más garantista y acorde con el interés general que sea el poder público competente el que establezca las líneas básicas que deben ser respetadas en la actividad

⁹ BOE 6-VII-2011.

¹⁰ En España el instrumento de autorregulación de la publicidad de alimentos y bebidas dirigida a personas menores de edad es el denominado Código PAOS. Un código de buenas prácticas preexistente a la ley de seguridad alimentaria y nutrición del año 2011, sucesivamente reformado, y firmado por la industria alimentaria; el sector de la hostelería y de distribución; la asociación de anunciantes; Autocontrol; y el entonces Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Tras casi veinte años de funcionamiento, ha recibido críticas en un doble sentido (Ojuelos, 2018: 159-161; Royo Bordonada y otros, 2019: 586-587): en primer lugar, sobre su ineficacia, debido al bajo grado de cumplimiento de sus cláusulas; y, en segundo término, sobre su ineficiencia, al mostrarse incapaz de contribuir a la reducción de los elevados índices de obesidad y sobrepeso infantil existentes en España (y que en 2019 alcanzaba ya al 40% de la población infantil entre 6 y 9 años).

publicitaria —una suerte de «mínimo común»— y que, después, los sujetos que componen el ecosistema, en el ejercicio legítimo de su libertad de empresa, puedan suscribir códigos y mecanismos que sirvan para reforzar la garantía de tales principios (y también para poner en valor sus productos en el mercado mediante la responsabilidad social corporativa). Así quedaría más equilibrada la regulación en defensa de intereses generales como los citados de protección a la infancia.

Quedaría por retomar, finalmente, aquella cuestión planteada por Atienza en el epígrafe anterior y que dejó en suspenso a la espera de completar el mapa sobre el ecosistema propio de la autorregulación. La cuestión se refería a si «debería haber» diferencias entre la forma de argumentar de un tribunal y la del Jurado de la Publicidad. Al igual que las anteriores, la respuesta ha de ser negativa, dado que en ambas sedes la argumentación cumple una misma función: ofrecer herramientas para adoptar una decisión sobre un caso concreto que supere un filtro mínimo de racionalidad. Pero en el caso de instancias como el Jurado de la Publicidad siempre queda la sospecha de si el recurso a la argumentación —o, mejor dicho, la apelación constante a la misma— no serviría para ofrecer un argumento más en el camino de legitimar la existencia de estos sistemas de autorregulación en ámbitos donde existen fuertes intereses económicos. Creo que Atienza respondería a la pregunta señalando que ese no es un problema de la argumentación jurídica sino del diseño institucional, el cual es fruto de decisiones políticas. Y en este punto, como en tantos otros, Manuel Atienza tendría razón.

REFERENCIAS

- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta.
- Del Águila Martínez, J. (2023). *Solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo y vías alternativas a la jurisdicción*, Cizur Menor, Aranzadi.
- Lifante Vidal, I. (2023). «Diez ideas sobre el pensamiento iusfilosófico de Manuel Atienza», *DOXA*, nº 46, pp. 243-257.
- Marcilla, G. (2019). «Códigos deontológicos y códigos éticos para el ejercicio de cargos públicos», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 53, pp. 263-290.
- Ojuelos, F.J. (2018). *El derecho de la nutrición*, Salamanca, Amarante.
- Ramos Herranz, I. (2019). *La protección de los menores de edad en la publicidad infantil de juguetes*, Cizur Menor, Aranzadi.
- (2022). *La publicidad de bebidas alcohólicas*, Cizur Menor, Aranzadi.
- Royo Bordonada, M.A. y otros (2019). «Políticas alimentarias para prevenir la obesidad y las principales enfermedades no transmisibles en España: querer es poder», *Gaceta Sanitaria*, vol. 33, nº 6, pp. 584-592.
- Tato, A. (2020). *La autorregulación publicitaria*, Cizur Menor, Aranzadi.

UNA CONVERSACIÓN QUE NO PUDE TENER CON MANUEL ATIENZA SOBRE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL DE 14 DE JULIO DE 2021

TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ

Universidad Complutense de Madrid

1. Con Manuel Atienza estoy en deuda porque él me inició en el ámbito de la Teoría del Derecho por el que yo nunca había transitado hasta que le conocí y porque terció en la polémica que en la última década del pasado siglo mantuve con algunos compañeros de mi disciplina a propósito del control del ejercicio abusivo, esto es arbitrario, por las autoridades administrativas del poder discrecional que las Leyes les otorgan, lo que vino a confirmarme que no andaba muy descaminado. Agradezco, pues, a mis buenos amigos Elías Díaz y Francisco Laporta que me hayan invitado a participar en su merecido homenaje jubilar.

Lo haré exponiendo aquí mi opinión sobre la Sentencia constitucional de 14 de julio de 2021, que esta vez no coincide con la suya. No pude hacerlo en mi última visita a la Universidad de Alicante, que tuvo lugar, si no recuerdo mal, en octubre de ese mismo año, invitado por Ángeles Ródenas para iniciar con una conferencia introductoria el *iter* del proyecto de investigación que acababan de aprobarla.

El título de mi intervención fue *El Derecho de excepción: carencias y contradicciones* (pendiente en este momento de publicación en el libro homenaje al Profesor colombiano Libardo Rodríguez, actual Presidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo) y en su exposición hice referencia, como no podía ser de otro modo, a la Sentencia constitucional más atrás citada de 14 de julio de 2021, que declaró inconstitucionales y nulos los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 y los términos «modificar, ampliar o» del apartado 6 del artículo 10 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Recuerdo que antes de entrar en el salón de actos de la Facultad de Derecho Atienza se acercó a mí con un libro suyo que traía en la mano para dármelo (*Una apología del Derecho y otros ensayos*, Trotta, 2020) y que, tras los saludos de rigor, manifestó su discrepancia con la Sentencia en cuestión, así como la sorpresa que le había producido comprobar que se hubieran manifestado a favor de la misma personas de las que él no podía esperar tal cosa.

No hubo tiempo entonces para que él expusiera, o esbozara al menos, sus razones, ni para que yo le diera a conocer mi posición al respecto, que expuse luego en la conferencia a la que él asistió. No nos vimos al final de la misma, sin embargo, porque él tuvo que ausentarse al empezar el coloquio, así que no pudimos intercambiar entonces nuestros respectivos puntos de

vista. El suyo pude conocerlo más adelante al leer su comentario de la Sentencia en el número de diciembre de 2021 de la revista *Jueces para la Democracia*, pero ya no volvimos a encontrarnos y el intercambio debió quedar para mejor ocasión. Aprovecho ahora, por lo tanto, la que me brinda su merecido homenaje jubilar para exponer mi punto de vista sobre la Sentencia y para comentar el suyo muy brevemente.

2. Dice Atienza en su trabajo que el fallo, que fue muy apretado (seis contra cinco) dejaba traslucir la tensión que, sin duda, se produjo en el seno del Tribunal, aunque no se tradujera en una división estricta entre jueces «conservadores» y «progresistas», ya que hubo al menos dos jueces de los habitualmente calificados como «conservadores» que se apartaron de la opinión de la mayoría y uno de los supuestamente «progresistas» que se habría pasado al otro bando.

Añade Atienza que por lo que hace a la comunidad jurídica y a la opinión pública también se produjo una división parecida porque los situados políticamente en los espacios que suelen llamarse de izquierdas o progresistas fueron sumamente críticos con el fallo mayoritario, mientras que los juristas y medios de comunicación conservadores acogieron con aprobación la Sentencia, aunque —dice—, también aquí, hay excepciones.

Él deja a un lado, como es lógico, cualquier propósito de tipo político y manifiesta que su única pretensión es mostrar cómo la argumentación de la mayoría y la de los votos particulares obedece a dos maneras distintas de entender los derechos fundamentales y de resolver los conflictos entre derechos que se plantean en los recursos de constitucionalidad, lo que —dice— «seguramente se traduzca en otras tantas concepciones del Derecho y de la propia Constitución y, en definitiva, en diferencias —parece inevitable que sea así— de carácter político».

Yo no estoy muy seguro de que esto sea realmente así y no lo estoy porque yo mismo me considero a favor de la Sentencia, es decir, de la mayoría, y, sin embargo, no tengo nada en contra, sino todo lo contrario, de la ponderación como operación idónea para resolver los conflictos entre derechos fundamentales cuando no hay una regla previa que de prioridad a uno de ellos. Difícilmente podría ser de otro modo cuando proviene en gran parte de Manuel Atienza lo que he aprendido de Teoría del Derecho a partir de la lectura inicial del espléndido libro sobre *Las piezas del Derecho*, que escribió con Juan Ruiz Manero.

¿De dónde viene entonces mi discrepancia? De una diferente consideración del objeto del recurso, como explicaré a continuación.

3. Atienza identifica correctamente la cuestión central que el recurso planteaba, que consistía, ciertamente, en «resolver si ciertos límites a la libertad de circulación de las personas recogidas en varios apartados del artículo 7 del Real Decreto que declaraba el estado de alarma eran o no conformes a la Constitución», lo que se refería en concreto y principalmente a la prohibición de circular por las vías o espacios de uso público, salvo que hubiese una causa justificada como, por ejemplo, la adquisición de alimentos, la asistencia a centros sanitarios, el desplazamiento al lugar de trabajo, el retorno al lugar de residencia habitual, la asistencia y el cuidado de personas mayores, con discapacidad, etc. (apartado 1) y cualquier otra actividad de análoga naturaleza (letra g) del citado apartado.

En su opinión, la estructura argumentativa utilizada por la mayoría era la propia de una subsunción (si las medidas impugnadas suponen una suspensión y no se impusieron tras una declaración de estado de excepción o de sitio son inconstitucionales), en tanto que los votos disidentes y, en general, los críticos de la sentencia siguieron un esquema ponderativo (el derecho a la salud, a la integridad física y a la vida, en caso de riesgo grave, pesa más que, o tiene prioridad sobre, la libertad de circulación).

Yo no puedo estar de acuerdo con este planteamiento por la potísima razón de que en el recurso no se planteó nunca la oposición frontal entre ambos derechos, a la salud y a circular libremente. Como la propia Sentencia se cuida de precisar a la hora de delimitar el objeto y el alcance del proceso (vid. FJ 2, apartado e), «los recurrentes no discuten la concurrencia del presupuesto que permite declarar el estado de alarma, ni, por tanto, controvierten la procedencia de la declaración efectuada por el Real Decreto 463/2020. Así, pues, aunque consideró inconstitucionales algunas de las medidas acordadas, no está en cuestión esta decisión política, a la que no se atribuye ninguna tacha de inconstitucionalidad». Y de forma concluyente cuando al final del FJ 11 precisa el alcance de la declaración de inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020 diciendo que ésta «*no deriva del contenido material de las medidas adoptadas*, cuya necesidad, idoneidad y proporcionalidad hemos aceptado, *sino del instrumento jurídico* a través del cual llevó a cabo la suspensión de ciertos derechos fundamentales» (cursivas mías, T.R.F.).

Lo que realmente se discutía en este caso no era, pues, la constitucionalidad de la limitación, con excepciones, de la libertad de circulación, sino si esta medida podía adoptarse válidamente por un Real Decreto declarativo del estado de alarma. Los recurrentes estimaban que no y que el Real Decreto por ellos impugnado vulneraba los artículos 116 y 55.1 de la Constitución.

Esto es exactamente sobre lo que tenía que pronunciarse el Tribunal por exigencias del principio de congruencia, que obliga a los Jueces y Tribunales a moverse dentro de los límites definidos por las pretensiones y alegaciones de las partes, límites que no pueden alterar, salvo en los casos excepcionales expresamente previstos en las Leyes (en el caso de los recursos de inconstitucionalidad el artículo 39.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional permite a éste «fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso»).

Razonar como lo hizo la mayoría del Tribunal no es, por lo tanto, un formalismo, sino una exigencia procesal. Destacarlo así, me parece de suma importancia para evitar confusiones.

Me permito recordar al respecto lo que dije en mi respuesta a la *Carta sobre el sentido del Derecho* que me dirigió en enero de 2001 (ambas publicadas en *Doxa* 23/2000) sobre la necesidad de tener presente siempre lo que yo llamo el «escenario procesal», porque —decía entonces— tiene que ver mucho con el problema de la única solución correcta y también con el de la técnica jurídica y con el de la argumentación y creo que los teóricos del Derecho no le prestáis la atención que requiere... sois, me parece, demasiado maximalistas o, si quieréis, demasiado ambiciosos. Buscáis, ni más ni menos, *la* solución, en lugar de limitaros a indagar «la solución del caso tal y como se ha planteado».

En este caso lo que había que resolver —insisto—, porque así lo había planteado el recurrente, era si la limitación del derecho a la libre circulación acordada por un Real Decreto de

declaración del estado de alarma vulneraba o no el artículo 116 de la Constitución, cuyo apartado 1 remite la regulación de los estados de alarma, de excepción y de sitio y de las competencias y limitaciones correspondientes a una Ley orgánica, que vino a ser la Ley 4/1981, de 1 de junio.

El artículo 11 de dicha Ley precisa que, entre otras medidas, el decreto de declaración del estado de alarma podrá acordar la de «limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos».

Llegados aquí la pregunta es si este precepto puede dar o no cobertura al apartado 1 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020, según el cual «durante la vigencia del estado de alarma, las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de usos público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores o por otra causa justificada».

Pues bien, para responder a esta pregunta puede discutirse cuanto se quiera sobre si la limitación del derecho a la libre circulación implica o no una suspensión en sentido propio de ese derecho para la que no basta la declaración del estado de alarma porque el artículo 55.1 de la Constitución exige la previa declaración del estado de excepción.

En mi modesta opinión la prohibición, que lo es, de circular libremente por las vías públicas, salvo en situaciones realmente excepcionales, que acordó el artículo 7.1 del Real Decreto 463/2020 va bastante más lejos de lo que autoriza el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, que sólo permite «limitar la circulación o permanencia de personas... en horas y lugares determinados». El artículo 7.1 del Real Decreto nos prohibió, en efecto, mucho más que circular o permanecer en algunas calles a determinadas horas, como es notorio. Nos retuvo en nuestras casas, nos prohibió salir de ellas salvo en casos muy justificativos y excluidos los que, agobiados por el encierro, hicieron pequeñas trampas como sacar al perro a la calle o fingir que iban al «super», la verdad es que la inmensa mayoría de los ciudadanos no salió de sus domicilios en los más de cincuenta días que duró el confinamiento.

Admito, por supuesto, cualquier discusión al respecto y también cualquier crítica a la concreta motivación de la Sentencia, pero no creo que esté justificado acusar de formalismo a quienes desarrollan su argumentación en ese marco porque es a él al que remite el recurso promovido, un recurso en el que se impugnaron unos preceptos concretos por entender que vulneraban la Constitución no por su contenido material, sino por el cauce formal a través del cual se habían adoptado las medidas concretamente impuestas, cuya justificación no nunca fue objeto de discusión.

4. El resto de las cuestiones que el recurso y la Sentencia que lo resuelve plantean ya me interesan menos o, para ser exactos, no me interesan aquí y ahora porque ya me referí a ellas en el análisis de nuestro Derecho de excepción al que hice alusión al comienzo.

Si se tienen a la vista las múltiples normas, de ayer y de hoy, que integran ese Derecho de excepción se comprenderá fácilmente que el estado de alarma, que es una novedad española y comparada introducida por la Constitución de 1978, es una especie de compendio de todas ellas. Sánchez Montero, que formuló la enmienda nº 692 al proyecto de texto constitucional en nombre del Partido Comunista de España, acertó a verlo muy bien cuando propuso la sus-

pensión del estado de alarma contemplado en dicho proyecto porque, a su juicio, el Gobierno tenía ya poderes suficientes, por lo que podía ocurrir que sirviera para limitar derechos sin decirlo. Y si se trataba de circunstancias excepcionales que exigieran limitación de derechos, ya existía para ello el estado de excepción y el estado de sitio. Sánchez Montero no sabía Derecho, pero la experiencia que le proporcionó su intensa y azarosa vida política le permitió adivinar lo que cuarenta y tres años después vino a ocurrir con el Real Decreto 463/2020 y el debate al que éste dio lugar tanto dentro como fuera del Tribunal Constitucional.

La enmienda de Sánchez Montero no prosperó en el Congreso de los Diputados, ni tampoco luego en el Senado donde mi compañero y amigo Lorenzo Martín-Retortillo la presentó en nombre del Grupo de Socialistas y Progresistas Independientes y hoy tenemos duplicadas y aun triplicadas las medidas que pueden adoptarse en caso de catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud, así como en las crisis sanitarias producidas por epidemias o situaciones de contaminación graves. El artículo 12.1 de la Ley orgánica 4/1981 reproduce prácticamente lo que las Leyes administrativas ya disponen para las situaciones de necesidad (vid. artículo 21.1.m) de la Ley de Bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985, artículo 21 de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana de 20 de marzo de 2015, artículo 120 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, artículo 47.1 de la Ley de Montes de 21 de noviembre de 2003, artículo 26 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril de medidas especiales en materia de salud pública, Ley General de Salud Pública de 4 de octubre de 2011, etc.), lo que hace muy borrosos los perfiles del estado de alarma por este lado.

Tampoco es muy clara la frontera que separa el estado de alarma del estado de excepción, que es otro de los temas que han provocado la división de los Magistrados constitucionales a propósito de la interpretación del concepto de orden público. Los Magistrados de la minoría tienen, en mi opinión, una visión muy estricta de ese concepto a consecuencia, quizás, de la experiencia de los estados de excepción vividos en el franquismo, muy vinculados a la política o, para ser más exactos, a la policía política.

Hay que recordar, sin embargo, que el concepto de orden público, forjado en el siglo XIX, no se ciñó nunca a la seguridad ciudadana, que era sólo uno de los elementos del tríptico clásico «tranquilidad, seguridad y salubridad». Las cuestiones concernientes a las crisis sanitarias, a la salud pública, siempre se han considerado por ello parte sustancial del orden público, del orden ciudadano. No hay, por lo tanto, razón alguna para excluirlas ahora del ámbito propio del estado de excepción, tal y como lo define el artículo 13.1 de la Ley Orgánica 4/1981 que concluye con una referencia final a «cualquier otro aspecto del orden público».

Por lo demás, la propia Ley 4/1981 prevé expresamente que la alteración del orden público coincida con o dé lugar a alguna de las circunstancias especificadas en su artículo 4, en cuyo caso —dice— «el Gobierno podrá adoptar, además de las medidas propias del estado de excepción, las previstas para el estado de alarma», como la propia Sentencia recuerda en su FJ 11.

Pero, en fin, todo esto no son sino precisiones adicionales que en nada alteran la cuestión principal, de la que no forma parte la discusión sobre la colisión entre el derecho a la salud, la

integridad física y la vida con el derecho a la libre circulación porque nadie puso nunca en duda realmente la prioridad que en aquellas circunstancias correspondía al primero.

Más que un enfrentamiento entre dos concepciones del Derecho y de la Constitución o de diferencias de carácter político, lo que la Sentencia constitucional de 14 de julio de 2021 ha contribuido a poner de manifiesto es la existencia de dos miradas distintas de un mismo problema jurídico: la del jurista teórico y la del jurista dogmático.

Como es lógico, yo no me puedo desprender de esta última condición, pero, como tampoco puedo renunciar a que ambas miradas converjan porque el progreso del Derecho depende de ello en muy buena parte, me he atrevido a sugerir que se preste por los teóricos una mayor atención al «escenario procesal» en el que se plantean los problemas.

Dicho esto, sólo me resta ya felicitar a Manuel Atienza y desearle de corazón que sea, como decía D. Ramón Carande, un jubilado jubilante y que, como tal, nos siga dando mucho tiempo más sus brillantes lecciones.

LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE UN NIVEL MÍNIMO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: ALGUNOS PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN

VÍCTOR FERRERES COMELLA

Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

UNA DEUDA IMPAGABLE CON MANUEL ATIENZA

Quienes nos dedicamos como profesores al estudio de una concreta rama o sector del ordenamiento jurídico hemos contraído a lo largo de los años una enorme deuda con Manuel Atienza. A través de la lectura de sus múltiples libros y artículos, hemos podido acceder a ideas, conceptos y herramientas de gran utilidad para elaborar con mayor rigor las respectivas dogmáticas. Atienza ha participado en debates de gran altura y sofisticación en el campo filosófico, ciertamente, pero también se ha acercado a los profesionales del Derecho, estableciendo puentes entre la filosofía del Derecho y las doctrinas jurídicas. Atienza ha dado siempre muestras de una excelente formación como jurista, lo que le ha permitido entablar una fructífera conversación de carácter interdisciplinar.

En el mundo latinoamericano, es imposible meditar sobre la argumentación jurídica, por ejemplo, o acerca de la diversidad de piezas que componen un sistema jurídico moderno, sin estudiar con detenimiento la obra de Atienza (en coautoría, a veces, con Juan Ruiz Manero). Además, resulta difícil recomendar mejores libros de introducción al Derecho que los suyos, especialmente «El sentido del Derecho» (Atienza, 2012) y «Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico» (Atienza, 1993). Quien esto escribe ha podido con el tiempo progresar en la comprensión del Derecho dándose de manera regular «baños atenzianos».

Es por todo ello motivo de satisfacción tener la oportunidad de participar en este libro colectivo y expresar públicamente mi más sincera gratitud a quien ha sido uno de los maestros más influyentes.

En este breve ensayo, pondré el foco en un determinado aspecto de la Constitución que tiende a pasar desapercibido cuando se analizan las posibles singularidades de la interpretación constitucional. Dado que Atienza ha dedicado páginas brillantes a la argumentación jurídica en general, y a la argumentación constitucional en particular, espero que estas notas y observaciones resulten de interés.

LAS SINGULARIDADES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Es habitual sostener que la interpretación de las Constituciones es distinta de la interpretación de otros textos legales. Se suele señalar que las Constituciones incorporan conceptos abstractos que cuentan con una fuerte carga moral, especialmente en materia de derechos y libertades, y que los diversos principios enunciados en ellas entran a menudo en colisión. El contraste entre las Constituciones y los demás textos legales puede ser mayor o menor, en función de la técnica empleada para redactar el concreto documento constitucional del que estamos hablando, en comparación con la forma en que están redactadas las leyes y reglamentos. Las Constituciones puede ser más o menos «abiertas», más o menos «detalladas».

Se plantea a veces la pregunta de si la rigidez constitucional (derivada del hecho de que la modificación de la Constitución solo es posible a través de un procedimiento más gravoso que el procedimiento legislativo ordinario) justifica que los jueces se decanten por técnicas de interpretación más flexibles (menos literalistas o formalistas) cuando aplican la Constitución. ¿Es necesario compensar la rigidez del texto constitucional con un estilo interpretativo más flexible? En principio, no hay razones sólidas para ello. La rigidez constitucional no es una «anomalía» que haya que neutralizar de algún modo por vía interpretativa. La rigidez está al servicio de la función estabilizadora de la Constitución: trata de resguardar determinadas decisiones políticas básicas frente a posibles cambios que no disfruten de un amplio respaldo institucional y ciudadano. Si el grado de rigidez es adecuado, no hay nada que contrarrestar por medio de una mayor laxitud interpretativa.

Naturalmente, el grado de flexibilidad interpretativa con que actúan los profesionales del Derecho varía de una cultura jurídica a otra, y de un país a otro. Las prácticas interpretativas pueden ser más o menos formalistas. Es posible que, en un determinado sistema jurídico, los jueces sean bastante literalistas cuando se enfrentan a la Constitución, porque también lo son cuando aplican el resto de disposiciones jurídicas. En otros lugares, en cambio, el grado de formalismo puede ser más bajo. En cualquier caso, la rigidez constitucional no es un rasgo que justifique que los intérpretes se desvíen de la pauta general vigente en su respectiva cultura jurídica, alterando el nivel de formalismo en el específico terreno de la interpretación constitucional.

Ciertamente, hay Constituciones que son demasiado rígidas, ya sea por un defecto en el diseño originario, ya sea por cambios sobrevenidos en el sistema político que han hecho que el procedimiento de reforma se haya vuelto en la práctica más oneroso de lo inicialmente planeado. Para hacer frente a tal disfuncionalidad, puede ser aceptable que los jueces constitucionales actúen con menor rigor interpretativo. Pero se trata de casos excepcionales, en los que la flexibilidad interpretativa resulta necesaria para hacer frente a una disfuncionalidad institucional. La rigidez constitucional, cuando se mueve dentro de un margen razonable, no requiere de los jueces una mayor flexibilidad interpretativa como mecanismo de compensación.

La pregunta acerca de las diferencias entre la interpretación constitucional y la interpretación del Derecho ordinario está conectada con, pero es distinta de, la pregunta acerca de si los jueces constitucionales argumentan de forma diferente que los jueces ordinarios, en aquellas naciones que han instaurado un tribunal constitucional. Atienza sostiene, con razón, que no es

posible afirmar la existencia de una radical separación entre la argumentación de los tribunales constitucionales y la de los jueces ordinarios, pues éstos tienen en cuenta la Constitución a la hora de interpretar y aplicar las leyes ordinarias: «La diferencia entre la argumentación llevada a cabo por los tribunales constitucionales y por los tribunales ordinarios no puede ser una diferencia cualitativa, dado que una de las características del constitucionalismo es que la Constitución permea todo el ordenamiento jurídico» (Atienza, 2007, 168). Puede haber diferencias entre la interpretación constitucional y la interpretación del Derecho ordinario, pero esas diferencias no se traducen en un contraste significativo en los modos de razonar del tribunal constitucional y de los tribunales ordinarios.

Partiendo de estas consideraciones preliminares, me propongo ahora mostrar que el carácter de la Constitución como norma suprema genera a veces un tipo de ambigüedad sobre la que no se ha llamado suficientemente la atención. La ambigüedad a la que me estoy refiriendo consiste en el hecho de que, en ocasiones, no está claro si un determinado precepto constitucional que consagra derechos fundamentales pretende expresar una norma de mínimos, de manera que deja espacio para que el legislador vaya más allá de lo establecido en ella, o por el contrario incorpora una norma que no deja margen de mejora al legislador, una norma «cerrada», por decirlo de algún modo. Como vamos a ver a continuación, hay casos claros de lo uno y de lo otro, pero también se plantean casos dudosos.

LA NORMA CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DE MÍNIMOS

Tradicionalmente se ha entendido que la garantía constitucional de los derechos fundamentales brinda a las personas un nivel mínimo de protección. Ese nivel mínimo no impide al legislador ordinario ser más generoso, reconociendo derechos que carecen de rango constitucional. De hecho, la mayor parte de los derechos que las leyes atribuyen a las personas en los diversos ámbitos de la vida social (civil, laboral, administrativa, etcétera...) no tienen fundamento en la Constitución. Estos derechos son reconocidos, ampliados, reducidos y suprimidos libremente por el legislador ordinario, en función de las preferencias de las mayorías parlamentarias de cada momento. Del mismo modo, el legislador ordinario puede ampliar el radio de acción de un derecho fundamental más allá de lo previsto en la Constitución (siempre, claro está, que la ampliación no entrañe la vulneración de otro derecho fundamental con el que ese derecho pueda entrar en conflicto). La idea general de la que se ha partido siempre en la tradición del constitucionalismo liberal y democrático es que las normas constitucionales en materia de derechos fundamentales no se comportan como normas cerradas, sino como normas que confieren a las personas un umbral mínimo de protección.

Algunos ejemplos pueden servir para ilustrar lo que aquí se dice. El artículo 15 de la Constitución española, después de reconocer el derecho a la vida, dispone lo siguiente: «Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra». Es decir, la Constitución prohíbe la pena de muerte, pero la permite en un supuesto excepcional: para castigar delitos cometidos en tiempos de guerra. ¿Es constitucionalmente lícito que el legislador opte por no establecer la pena de muerte para casos que se subsumen en

el supuesto excepcional? La respuesta, obviamente, es afirmativa. El artículo 15 es explícito al respecto, cuando se refiere a lo que las leyes «puedan disponer» para tiempos de guerra. Es claro que la pena de muerte para delitos perpetrados en tiempos de guerra se contempla únicamente como una posibilidad. Es constitucionalmente legítimo que el legislador estipule la pena de muerte en casos que entran en el supuesto excepcional, pero no está obligado a ello. Es titular de una facultad constitucional, no de una obligación. No hay aquí ambigüedad alguna acerca del carácter de la norma.

Otro ejemplo: El artículo 25.3 de la Constitución española estatuye que «la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad». Existe acuerdo en el sentido de entender que, en virtud de la aplicación del argumento *sensu contrario*, la Constitución no prohíbe que la Administración militar tenga la potestad de decretar sanciones que impliquen privación de libertad. ¿Pueden las leyes que regulan las sanciones a imponer por la Administración militar optar por no estipular sanciones privativas de libertad? La respuesta, obviamente, es afirmativa, como en el caso anterior. El legislador ordinario tiene la facultad constitucional, no la obligación, de establecer sanciones privativas de libertad en el ámbito militar. El artículo 25.3 funciona como norma de mínimos, en garantía de la libertad de los ciudadanos.

LA NORMA CONSTITUCIONAL COMO NORMA CERRADA

En materia de derechos, pues, rige un principio general que trata a la Constitución como garantía de mínimos. Ahora bien, la Constitución contiene, excepcionalmente, algunas normas cerradas, que se desvían de ese principio general.

Así, cuando la Constitución española regula la titularidad de los derechos y libertades constitucionales de los extranjeros, dispone lo siguiente en el artículo 13.2: «Solamente los extranjeros serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23 [es decir, los derechos de participación política y de acceso a funciones y cargos públicos], salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales». El precepto constitucional es rotundo al disponer que «solamente los españoles serán titulares» de los derechos del artículo 23, con la única excepción referida a las elecciones municipales. El legislador ordinario, pues, no podría válidamente extender a los extranjeros el derecho de sufragio en las elecciones generales. La Constitución no juega aquí como norma de mínimos, sino como norma cerrada.

De igual modo, la Constitución española no funciona como una norma de mínimos (en favor de los ciudadanos) cuando regula la iniciativa legislativa popular. El artículo 87 de la Constitución establece que una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley. Y añade: «En todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas». Es sabido que el constituyente, en el contexto de la transición de la dictadura a la democracia, fue reacio a reconocer mecanismos de participación política directa o semidirecta, por su capacidad de erosionar el sistema representativo y la centralidad de los partidos políticos. Prueba de ello es el mencionado artículo 87, que difi-

culta el ejercicio de la iniciativa legislativa popular, al exigir que los promotores recaben, como mínimo, 500.000 firmas acreditadas.

Es evidente que el legislador ordinario no podría ser más generoso que el constituyente en este punto. El legislador no podría relajar el requisito relativo al número de firmas, exigiendo menos de 500.000. Por este lado, la norma constitucional es cerrada.

No resulta tan claro, sin embargo, si el legislador puede endurecer el régimen aplicable, exigiendo 750.000 firmas, por ejemplo. La respuesta que normalmente se da a esta pregunta es afirmativa, pues se entiende que, cuando el artículo 87 exige «no menos de 500.000 firmas acreditadas», está forzando al legislador a exigir, como mínimo, 500.000 firmas, y le está permitiendo requerir un número mayor, si lo estima oportuno.

Ahora bien, se podría problematizar esta última conclusión, trayendo a colación otros preceptos constitucionales, con una finalidad comparativa. El artículo 113 de la Constitución, por ejemplo, que está dedicado a la moción de censura a través de la cual el Congreso puede exigir la responsabilidad política al Gobierno, establece en el apartado 2 que «la moción de censura deberá ser propuesta al menos por la décima parte de los Diputados». ¿Sería constitucional una ley que exigiera que la moción de censura fuera propuesta por un tercio de los Diputados? Todo apunta a que la respuesta es negativa. La Constitución es norma totalmente cerrada en este punto, por arriba y por abajo: una décima parte de diputados es necesaria y suficiente, según la Constitución, para presentar una moción de censura. Una ley ordinaria que agravara este requisito sería inconstitucional. Entonces, volviendo al requisito de las 500.000 firmas acreditadas para ejercer la iniciativa legislativa popular, ¿por qué no interpretar que el enunciado «se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas» significa que basta con reunir 500.000 firmas acreditadas, del mismo modo que el requisito de que la moción de censura sea presentada «al menos por la décima parte de los Diputados» significa que es suficiente con obtener el apoyo de la décima parte de los diputados? La cuestión es dudosa.

ALGUNOS CASOS CONTROVERTIDOS SOBRE LA NATURALEZA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL

Hasta aquí he expuesto algunos ejemplos de preceptos constitucionales que no suscitan dudas acerca de su caracterización como norma de mínimos o como norma cerrada (salvo lo que acabamos de ver a propósito de la suficiencia de las 500.000 firmas). Veamos, ahora, algunos ejemplos interesantes de indeterminación.

El artículo 17 de la Constitución española, cuando consagra los derechos fundamentales del detenido, dispone en el apartado 2, entre otras cosas, que «en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial». ¿Se trata de una norma de mínimos o, por el contrario, de una norma cerrada? ¿Podría el legislador ordinario ser más generoso (en favor de los derechos del detenido) y fijar un plazo máximo de detención de 24 horas, en lugar del plazo de 72 horas? De hecho, el interrogante se ha planteado en la práctica, pues la Ley de Enjuiciamiento Criminal (de 1882) prevé (o se puede interpretar que prevé) un plazo máximo de 24 horas (por el juego, un tanto complejo, de los artículos 496 y 520.1).

La respuesta dista de ser clara. Cabría invocar el principio general mencionado con anterioridad, en virtud del cual las normas constitucionales que garantizan derechos fundamentales proporcionan normalmente un nivel mínimo de protección, y sostener, en consecuencia, que rige una presunción general del carácter abierto de esas normas. De manera que, salvo que se aporten argumentos en sentido contrario, habrá que presumir que nada impide al legislador mostrarse más garantista en la protección de los derechos del detenido, estatuyendo un plazo máximo de 24 horas.

Ahora bien, no sería descabellado sostener que existen argumentos con fuerza suficiente para rebatir la presunción general en este caso. Se podría mantener, en efecto, que el constituyente ha sopesado la libertad del detenido y el interés público en la eficaz investigación de los delitos, y ha fijado como solución de equilibrio un plazo máximo de detención de 72 horas. Siendo ello así, el legislador ordinario no es libre para reducir dicho plazo, pues con ello estaría quebrando la regla por la que se ha inclinado el constituyente. En apoyo de esta conclusión, se podría argumentar que algo parecido sucede con el artículo 18.2 de la Constitución, que protege la inviolabilidad del domicilio, cuando dispone que «ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito». También aquí hay buenas razones para entender que la norma constitucional que permite la entrada en el domicilio en caso de flagrante delito no puede ser «mejorada» a través de una ley que impida dicha entrada. El constituyente ha ponderado los bienes en conflicto y ha entendido que la inviolabilidad del domicilio debe ceder en caso de delito flagrante. Las leyes ordinarias no pueden desequilibrar la solución especificada por el constituyente, imponiendo una regla más favorable a la protección del domicilio, en detrimento del interés público en la detención de los autores de un delito flagrante.

Veamos otro ejemplo de indeterminación. El artículo 12 de la Constitución española dispone que «los españoles son mayores de edad a los dieciocho años». ¿Estamos ante una norma de mínimos, o ante una norma cerrada? Supongamos que el parlamento aprueba una ley que otorga el derecho de sufragio a los mayores de 16 años. Partamos de la base, a efectos de nuestra pregunta, de que existe una fuerte conexión entre la mayoría de edad y la titularidad del derecho de sufragio, de manera que, de acuerdo con la Constitución, solo pueden ejercer este derecho quienes sean mayores de edad. ¿Sería constitucional esa ley?

Si entendemos que el artículo 12 expresa una norma de naturaleza cerrada, la respuesta es negativa. De acuerdo con esta interpretación, únicamente los mayores de 18 años pueden ser considerados mayores de edad y, por lo tanto, solo ellos pueden ejercer el derecho de sufragio.

Si estimamos, en cambio, que el artículo 12 fija un umbral mínimo de protección, la ley sería constitucional. Según este planteamiento, lo que hace la Constitución es garantizar, como mínimo, que todas las personas mayores de 18 años serán consideradas mayores de edad y, por lo tanto, titulares del derecho de sufragio, sin cerrar la puerta a la posibilidad de que el legislador ordinario sea más generoso y expanda el círculo de los titulares del derecho, rebajando a los 16 años la mayoría de edad.

El supuesto seguramente más polémico en el que se plantean dudas sobre la calificación de una norma de la Constitución española lo proporciona el artículo 32, cuando en su primer apartado dispone que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena

igualdad jurídica». ¿Resulta constitucionalmente lícito que el legislador ordinario reconozca (como así lo hizo en 2005 por medio de una reforma del Código Civil) el matrimonio entre personas del mismo sexo? El Tribunal Constitucional se pronunció al respecto en la sentencia 198/2012, confirmando la validez de la ley.

En favor de la constitucionalidad de la ley, se han barajado principalmente dos argumentos. Un primer argumento sostiene que el artículo 32, cuando dispone que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio, no dice explícitamente «entre sí», por lo que es viable entender que la Constitución reconoce a los hombres y a las mujeres el derecho a contraer matrimonio, pero no necesariamente con una persona del sexo opuesto.

Esta línea de defensa de la constitucionalidad de la ley es poco convincente. Es preciso leer el artículo 32 en su contexto sistemático. Los preceptos de la Constitución española que consagran derechos fundamentales utilizan formulaciones genéricas en lo tocante al círculo de titulares, sin hacer referencia al sexo: «se reconoce el derecho a X», «todos tienen derecho a X», «los españoles tienen derecho a X», etcétera. El único precepto constitucional que contiene una referencia a hombres y mujeres es el artículo 32. Sería inexplicable que, justamente al hablar del matrimonio, el constituyente quisiera simplemente proclamar que «los hombres y las mujeres» tienen derecho al matrimonio, en el mismo sentido que si dijera que «los hombres y las mujeres» tienen derecho a la libertad religiosa, o a la vida, o a la propiedad, etcétera. Lo razonable es pensar que la referencia al hombre y a la mujer que figura en el artículo 32 se explica porque el constituyente estaba concibiendo el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer. Hay que tener en cuenta, a mayor abundamiento, que el artículo 32 señala que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio «con plena igualdad jurídica», precisamente porque la mujer había ocupado tradicionalmente una posición de subordinación al marido en la estructura matrimonial, y contra esa desigualdad inaceptable alzaba su voz el constituyente, justamente.

El segundo argumento en apoyo de la validez constitucional de la ley es más plausible, y es el que nos interesa para el tema que nos concierne. De acuerdo con este argumento, el artículo 32 consagra un nivel mínimo de protección que no impide al legislador ordinario ir más allá. El artículo 32, según este planteamiento, solo protege el derecho de un hombre y una mujer a contraer matrimonio entre sí. Por lo tanto, la ley tradicional, que impedía el matrimonio entre personas del mismo sexo, no era contrario a la Constitución. Ahora bien, el artículo 32 no se erige como obstáculo para que el legislador, si lo estima oportuno, ensanche la institución matrimonial para abarcar las uniones entre personas del mismo sexo. El artículo 32 no es una norma cerrada, sino una norma abierta que permite opciones legislativas más generosas.

Éste fue, en síntesis, el argumento que el Tribunal Constitucional hizo suyo para concluir que la ley no contravenía la Constitución. El argumento es convincente, y suficiente para despegar la tacha de inconstitucionalidad. Ahora bien, hay que admitir que no resulta tan claro como puede parecer a primera vista que el artículo 32 se comporte como garantía de mínimos, en lugar de operar como norma cerrada. Al igual que en los dos ejemplos anteriores (plazo de detención y mayoría de edad), se plantean dudas razonables. El principio general, en virtud del cual la tabla constitucional de derechos entraña una garantía de mínimos, puede ser objeto de

excepciones. ¿Qué argumento cabe ofrecer en defensa de la tesis que considera que el artículo 32 expresa una norma de mínimos?

A mi juicio, la respuesta exige poner de relieve la tensión que existe en el interior de la propia Constitución, entre el artículo 32, por un lado, y los artículos 1 y 14, por el otro, que reconocen, respectivamente, la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico y el derecho fundamental a no ser discriminado. Hay fundadas razones para afirmar que excluir de la institución matrimonial a las parejas del mismo sexo constituye un atentado al derecho a no ser discriminado por razón de orientación sexual. Si ello es así, debemos constatar entonces que existe una fricción entre el artículo 32 y los artículos que consagran la igualdad (los artículos 1 y 14). El artículo 32, recordemos, únicamente reconoce el matrimonio heterosexual, y no extiende su manto protector al matrimonio homosexual. Al hacer esto, el artículo 32 entra en colisión con el principio constitucional de igualdad. Esta fricción no se puede eliminar del todo por vía interpretativa, pero se puede aliviar.

En efecto, el desajuste valorativo que aflora entre el artículo 32 y las cláusulas constitucionales que garantizan la igualdad no se puede eliminar completamente, porque en nuestro sistema constitucional no se ha aceptado la teoría vigente en otros países (entre ellos, de manera significativa, Alemania) que permite declarar inválido un precepto contenido en la propia Constitución. En España, no podemos esperar que el Tribunal Constitucional declare inválido el artículo 32 de la Constitución por lesionar el valor fundamental de la igualdad. El artículo 32 no puede ser desactivado.

Ahora bien, por la vía interpretativa se puede aliviar, hasta cierto punto, la tensión que se produce en el interior del texto constitucional. Se trata de emplear las cláusulas de la igualdad (los artículos 1 y 14) para ejercer presión sobre el artículo 32, haciendo que la duda acerca de la naturaleza del artículo 32 se resuelva a favor de la tesis que ve en él una norma de mínimos. La tensión subsiste, pues el artículo 32 no extiende su escudo protector al matrimonio entre personas del mismo sexo, lo cual choca con la igualdad constitucionalmente garantizada, pero al menos se rebaja la tensión: si el artículo 32 se concibe como norma de mínimos, se deja la puerta abierta para que el legislador ordinario vaya más allá y expanda la institución matrimonial para incluir a las uniones entre personas del mismo sexo.

De hecho, una vez conseguida esta «apertura» del artículo 32, se podría dar un paso más (un paso que el Tribunal Constitucional no llegó a dar en la sentencia anteriormente mencionada), y afirmar que, en virtud de la fuerza de las cláusulas constitucionales de la igualdad, es constitucionalmente necesario que el legislador ordinario reconozca el matrimonio entre personas del mismo sexo. El artículo 32 seguiría siendo un precepto deficitario desde el punto de vista de la igualdad, pero ese déficit sería colmado por las cláusulas constitucionales que garantizan la igualdad.

En definitiva, en ausencia de las cláusulas constitucionales que protegen la igualdad, seguramente habría que concluir que el artículo 32 es una norma cerrada, de manera que el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo exigiría una reforma constitucional. Es la fuerza operativa de los preceptos que consagran la igualdad la que empuja en otra dirección, obligando a que el artículo 32 opere como norma de mínimos.

A MODO DE CONCLUSIÓN: UNA APARENTE PARADOJA

He expuesto varios ejemplos, extraídos de la Constitución española, para ilustrar la potencial ambigüedad de los preceptos constitucionales en cuanto a su naturaleza abierta (norma de mínimos) o cerrada. Con independencia de la solución que nos parezca más razonable en cada uno de esos casos, es interesante poner de relieve que se puede producir una consecuencia sorprendente, si concluimos que determinado precepto constitucional contiene una norma de mínimos.

Utilizaré el ejemplo del plazo máximo de detención para dar cuenta del fenómeno al que me quiero referir. Supongamos que entendemos que el artículo 17 de la Constitución española, cuando dispone que «en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial», funciona como garantía de mínimos. Convengamos, pues, que nada impide al legislador ordinario fijar un plazo máximo de detención de 24 horas. Admitamos, además, que el plazo que establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 es de 24 horas (por el juego de los artículos 496 y 520.1).

Ello significa que la Constitución no ha derogado en este punto la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. Al comportarse como norma de mínimos, el artículo 17 de la Constitución no ha producido el efecto de derogar la ley anterior, pues no hay incompatibilidad entre las dos normas. Obviamente, el plazo máximo de 24 horas que establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal cumple sobradamente con el mandato constitucional de que el plazo no puede superar las 72 horas.

Ahora bien, si exactamente el mismo texto del artículo 17 de la Constitución («en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial») se expresara en una ley ordinaria posterior a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, el resultado sería distinto: esa ley sí derogaría la regla de las 24 horas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Esta disparidad de resultados puede resultar extraña. ¿Cómo es posible que un mismo texto normativo no despliegue fuerza derogatoria si forma parte de la Constitución, y sí lo haga, en cambio, si aparece en una ley ordinaria? Parece un escándalo conceptual que la Constitución, a los efectos de derogar una norma anterior, no pueda hacer lo que el legislador ordinario sí puede hacer. Se supone que la potencia derogatoria de la Constitución siempre será mayor que la de las leyes ordinarias, por el carácter supremo de la Constitución.

La paradoja se desvanece, naturalmente, si reparamos en el dato de que una misma disposición (un mismo texto) puede alojar una norma distinta *según que la disposición figure en la Constitución o en una ley ordinaria*. En nuestro ejemplo, hemos presupuesto que la disposición constitucional sobre el plazo máximo de 72 horas de detención incorpora una norma de mínimos, no una norma cerrada. Dicha disposición carece entonces de fuerza para derogar una ley anterior (o para provocar que se declare inconstitucional una ley posterior) que es más garantista que la Constitución. En cambio, si una ley ordinaria emplea exactamente las mismas palabras que las del artículo 17 de la Constitución, se entenderá que expresa una norma cerrada. Contará entonces con la fuerza necesaria para imponerse a una ley anterior que, también como norma cerrada, establecía un plazo distinto.

En otras palabras, el efecto derogatorio se despliega cuando una norma cerrada posterior contradice una norma cerrada anterior. Si la norma que aparece en el texto constitucional funciona, en cambio, como norma de mínimos, es lógico que esa norma de mínimos no logre derogar la norma cerrada anterior (siempre, claro está, que la norma anterior cumpla con esos mínimos).

En definitiva, además de los problemas de vaguedad de los conceptos, de la ambigüedad de las palabras, y de las colisiones entre principios constitucionales, debemos estar atentos a otra fuente potencial de indeterminación constitucional: la falta de claridad acerca de la naturaleza de los preceptos constitucionales como garantía de mínimos o como normas cerradas.

BIBLIOGRAFÍA

- Atienza, Manuel, 1993, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel, Barcelona.
- Atienza, Manuel, 2012, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona.
- Atienza, Manuel, 2007. «Argumentación y Constitución», en Josep Aguiló Regla, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, *Fragmentos para una Teoría de la Constitución*, Iustel, Madrid.

UN PEQUEÑO SÍ Y UN GRAN NO. SOBRE LA INCONSUMACIÓN DEL «GIRO ARGUMENTATIVO» DE MANUEL ATIENZA

ALFONSO GARCÍA FIGUEROA

Universidad de Castilla-La Mancha

1. INTRODUCCIÓN: EL PEQUEÑO «SÍ» Y EL GRAN «NO» DE MANUEL ATIENZA

Quizá en más de un sentido sea Manuel Atienza un jusfilósofo de genio, un genio puesto al servicio de su obra; pero también de un poder dialéctico imponente, con el que hace frente con contundencia a los desacuerdos y, sobre todo, a los acuerdos. Suyas son estas palabras, entresacadas de un diálogo imaginario: «No deberíamos tener ningún temor a las coincidencias» (Atienza 2013, 823). A uno le parece que solo puede sentir temor a las coincidencias —y sentirse en la obligación de superarlo—, quien goce de una notable combatividad teórica. Se trata del carácter «*adversarial*» (como lo calificarían los anglófonos), de quien mantiene invariablemente prestos en la boca «un pequeño sí» y, sobre todo, «un gran no»; tal y como sugerían las memorias del gran dibujante George Grosz (2011), desde su propio título: *Ein kleines Ja und ein großes Nein*. Es posible discutir hasta qué punto sea estilo óptimo para promover el conocimiento; pero no cabe duda de que el de Atienza representa un antídoto contra los venenos de la autocomplacencia y el conformismo. Más allá, en fin, de la —por así decir— personalísima fuerza ilocucionaria que Atienza suele imprimir a sus ideas, la realidad es que son estas las que siempre iluminarán a quienes nos dedicamos a la filosofía del Derecho en lengua castellana, una filosofía del Derecho que jamás habría de ser la misma tras el enorme impulso que, desde muy joven, él supo darle a nuestra disciplina. Y como expresión de gratitud al genio de Manuel Atienza debe entenderse, en fin, este tributo a su obra.

En lo que sigue, desearía ocuparme muy brevemente de cierta inconsumación del «giro argumentativo» en la teoría de Manuel Atienza, debida a su relativización de la distinción de los contextos de justificación y descubrimiento y a su rechazo de la llamada «tesis del caso especial». Anticipo que en especial esta última posición de Atienza merece, a mi juicio, un gran «no».

2. EL «GIRO ARGUMENTATIVO» Y EL CAMBIO DE AIRES DE LA TEORÍA DEL DERECHO

A juicio de Manuel Atienza (2017a, cap. IV), la cultura jurídica contemporánea se ha visto transformada por dos fenómenos fundamentales: la «cultura de los derechos» y «el giro

argumentativo». Y ciertamente, ambos son expresivos de la superación de la tradicional concepción del Derecho de los juristas, de corte positivista y formalista.

La cultura de los derechos ha supuesto concebir el Derecho en términos de derechos. Se trata de una aproximación al Derecho muy distinta de la puramente imperativista, seguramente más propia de «sociedades disciplinarias», como las ha descrito Byung-Chul Han (2018: 26). A juicio de este pensador, a las sociedades disciplinarias del pasado (cuyo discurso está dominado por términos de deber, de obligaciones, de mandatos) cabe contraponer las actuales «sociedades del rendimiento», donde lo que se persigue a toda costa es *optimización*. Y recorro a este término con toda la intención, pues insinúa toda una explicación sociológica del éxito de la alexyana doctrina de los principios jusfundamentales como «mandatos de optimización». Es verdad que la idea de optimización sugiere de inmediato el uso de un lenguaje economicista para el Derecho, del que el propio Atienza viene recelando desde hace muchos años (e.g. Atienza 1994; 2010, 52); pero también es cierto que ese aroma economicista se desvanece en una cultura de los derechos coherentemente antiutilitarista (y en ese sentido antieconomicista, tal y como se desprende del proverbial antibenthamianismo de Ronald Dworkin). Es decir, en una cultura de los derechos, la optimización de los principios jusfundamentales puede ser formulada como un cálculo (Alexy 2014); pero eso no significa que se trate de cálculo económico y ni siquiera «felicífico», como diría Bentham. Más bien, tal cálculo orientado a la optimización depende, en última instancia, de una justificación (externa) que más bien obedece a planteamientos propios de la tradición kantiana. Y solamente tal justificación permite articular la aplicación de estándares jusfundamentales de otro modo ingobernables. He aquí, me parece, un vínculo relevante entre la cultura de los derechos y el giro argumentativo que describe y prescribe Atienza: los principios constituyen el concepto sobre el que gravitan ambos aspectos esenciales de la cultura jurídica contemporánea —derechos y argumentación—, sostenidos todos ellos, en última instancia, por la confianza en alguna forma de objetividad práctica (e.g. Atienza 2017b; 2006, 246).

Por otra parte, el giro argumentativo ha supuesto entender el «Derecho como argumentación» (Atienza 2006), lo cual ha tenido como consecuencia un cuestionamiento del por mucho tiempo dominante positivismo jurídico. Decía con razón Luis Prieto —también se la da Atienza (2017a, 106; 2013, 69 ss.)— que la teoría del Derecho positivista había sido «una teoría del Derecho sin teoría de la argumentación» —significativamente, son las palabras con que concluye Luis Prieto (2005, 325) sus (positivistas) *Apuntes de teoría del Derecho*—. Sin embargo, el giro argumentativo no se limita a colmar esta carencia positivista. A mi modo de ver, Robert Alexy ha expresado con especial elegancia la esencia de este cambio de enfoque cuando afirma que la teoría del Derecho se desplaza desde su lado pasivo —el sistema normativo tal como lo aprendimos típicamente de Alchourrón y Bulygin— hacia su lado activo —el que concibe el Derecho como un sistema de procedimientos rectores de la argumentación en diversos niveles: legislativo, judicial y práctico (vid. e.g. Alexy 1985)—. Desde este punto de vista, lo que resulta más revelador del giro argumentativo desde el lado pasivo al lado activo del Derecho es que la teoría positivista pareciera *quedar tocada*, una vez ubicada en ese plano. Se trata, por así decir, de un cambio de aires que no deja indiferente al positivista que los respira.

Quizá nada mejor para ilustrarlo que la evolución del pensamiento de un teórico del Derecho como Neil MacCormick. Cuando MacCormick (1994, xiv) advierte en su nuevo prólogo a *Legal Reasoning and Legal Theory* que en 1978 su obra quiso ser originalmente algo así como un vademécum *jusargumentativo*¹ para *El concepto de Derecho* de Hart², MacCormick no estaba haciendo otra cosa que colmar esa carencia de la teoría del Derecho positivista que denunciaba Luis Prieto. Y, sin embargo, en el caso de MacCormick, tal cambio de aires desembocó en una relativización de sus propios postulados positivistas. O al menos así se desprende de ese mismo nuevo prólogo, donde ahora reconoce en el razonamiento jurídico un caso especial de razonamiento práctico general, asumiendo la antipositivista tesis del caso especial de Robert Alexy (MacCormick 1994, xii). Así pues, da la impresión de que no es que los positivistas carezcan de teoría de la argumentación. Más bien se diría que suelen dejar de ser positivistas en cuanto la cultivan coherentemente.

Por otra parte, pienso que para explicar el antipositivismo implícito en el giro argumentativo es necesario comprender que en realidad presupone otros giros previos. Hace ya unos años, sugerí que no estamos ante un solo giro, sino más bien ante dos sucesivos: un giro neorrealista y un giro neojusnaturalista (García Figueroa 2000, 201 ss.).

2.1. *El giro neorrealista*

El giro neorrealista supone trasladar el foco de nuestra comprensión del Derecho hacia el momento de la aplicación por los operadores jurídicos. Es el «cambio de aires» de la teoría del Derecho al que me acabo de referir. En «neorrealismo», el prefijo «neo» —tan controvertido en otro debate (e.g.: Atienza 2017a, 118)— sirve para expresar la idea de que el giro argumentativo no supone puro realismo jurídico, por supuesto; aunque lo revive de algún modo. De hecho, la teoría del Derecho producto del giro argumentativo comparte con el realismo jurídico, su predilección por el estudio del «lado activo del Derecho»; es decir, comparte la idea de que la verdadera naturaleza del Derecho se manifiesta en el momento de la aplicación —ahora también en la legislación, al menos cuando implique, kelsenianamente, aplicación de otras normas—. En cambio, lo que le separa del realismo clásico es que la teoría de la argumentación no puede renunciar a la centralidad de una genuina *justificación* de las decisiones jurisdiccionales, que no puede ser usurpada por una *explicación*. Es decir, la teoría del Derecho resultante del giro argumentativo —me ahorraré, por ahora, calificativos como «neoconstitucionalista» o «pospositivista», que poco o nada aportan al debate— reconoce que el Derecho debe estudiarse en la medida en que su aplicación sea expresión de justificación, de razonamiento, de argumentación, y no de meras «corazonadas» (*hunches*), filias y fobias, o malas digestiones. Eso no significa que la aplicación del Derecho se halle libre de estos condicionamientos; más bien, como subraya Giorgio Pino (2017, 311), la distinción entre los contextos de descubrimiento y justificación es, *ante todo*, un «instrumento de análisis». Desde esta perspectiva, tengo la sensación de que, con su insistente relativiza-

¹ Literalmente su «volumen de compañía» (*companion volume*).

² Ambas obras son buques insignia de la colección Clarendon, después de todo.

ción de este instrumento de análisis, Atienza se muestra complaciente con el realismo jurídico y ello, por así decirlo, entorpece en Atienza el siguiente giro, como voy a indicar a continuación.

2.2. *El giro neojusnaturalista*

Y en efecto, una vez centrada la teoría del Derecho en el momento de la aplicación del Derecho en su vertiente justificatoria —que presupone la *vinculación al sistema jurídico*, sean cuales fueren sus límites—, entonces se opera un segundo giro sobre esos límites precisamente: un giro neojusnaturalista. De nuevo, este «neo» sugiere que algo queda en este planteamiento de una tradición jusnaturalista que es transformada. En concreto, este giro neojusnaturalista a partir del neorrealista viene a sostener que el sistema jurídico de referencia a la hora de justificar las decisiones judiciales no coincide con el delineado por el positivismo jurídico. El «argumento del contraste con la práctica» viene a cuestionar el positivismo precisamente tras contrastarlo con la práctica judicial y constatar que el modelo positivista de Derecho llamado a resolver *casos difíciles* no se ajusta a tal argumentación jurídica. Como sabemos, es lo que sucede en el famoso caso Elmer, pero también en ese Elmer español, que me parece es el caso Noara (vid. e.g. García Figueroa 2009, 153 ss. y los apuntes críticos de Moreso 2019, 7 ss.).

Tal «contraste» nos descubre la insuficiencia del positivismo jurídico; pero, a todo ello, la justificación ya no puede ser teológica, como a menudo —y no deja de ser de algún modo intrigante— se insinúa incluso de ateos como quien escribe estas líneas. En realidad, tal neojusnaturalismo se vislumbra singularmente tras el objetivismo moral al que apelan en última instancia los planteamientos argumentativistas. En otras palabras, el neojusnaturalismo expresa ahora una exigencia de racionalidad práctica, con todas las limitaciones que se quiera. Sin embargo, como decía, en Atienza tal objetivismo queda algo desdibujado, por su defensa en el plano de la justificación de las emociones y «de las buenas pasiones» (e.g. Atienza 1993, 141), así como por la reiterada relativización de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación (e.g. Atienza 2006, 99 ss.; 2013, 114 ss.). Como decía, a veces pareciera (y no es posible desarrollar esta cuestión aquí) que Atienza se queda en el giro neorrealista, sin llegar a culminar el neojusnaturalista, que parece implícito en su defensa de un objetivismo moral mínimo (Atienza 2017b). Y cabe conjeturar que — pese a no escatimar críticas a, e.g., los *Critical Legal Studies* (e.g. Atienza 1996)— ello responde en última instancia a una cierta sintonía con planteamientos sociologistas de corte marxista o postmarxista (pensemos en el posible influjo de su maestro, Elías Díaz, o, quizá, en la filosofía de Boaventura de Sousa Santos). Toda relativización de la dicotomía entre contexto de justificación y de descubrimiento tiende a dejar incompleto el giro argumentativo.

3. EL GRAN «SÍ» DE UN NEOCONSTITUCIONALISTA AGRADECIDO

En una introducción de hace ya algunos años al socialismo, sus autores sostenían que «lo único que saben del socialismo la mayor parte de los norteamericanos es que no les gusta»

(Huberman/Sweezy, 1976, p. 15), y a veces tengo la impresión de que algo análogo podría predicarse de la relación de Atienza con el neoconstitucionalismo. Pese a inteligentes reconstrucciones del neoconstitucionalismo como la que debemos a Luis Prieto (2013, cap. 1), Atienza insiste en criticar algo que «no se sabe qué es» (Atienza 2017a, 117). De ahí que, por confesión propia, lo único que sepa Atienza del neoconstitucionalismo es que no le gusta. A mí me parece, en cambio, que él sabe bastantes cosas sobre tal (neo)constitucionalismo (Atienza 2001, 309) y, de hecho, pareciera volverse nítidamente identificable para Atienza cuando de lo que se trata es de atribuirle tesis que desaprueba, como por ejemplo el activismo judicial, el «iusmoralismo»³ o la alexyana tesis del caso especial de la que me ocuparé más adelante. A veces me pregunto si Atienza no habrá sucumbido a la falacia, ciertamente tentadora, de evitar ser hombre de paja de ataques *garciamadianos*⁴, creando otro hombre de paja sobre el que desviar las críticas en esa topografía siempre interesada de la *virtus in medio* que él mismo suele cuestionar.

Atienza denuncia la falta de claridad del neoconstitucionalismo y por ello se refiere a él como un «espantapájaros conceptual» o como «un inmenso enredo» (Atienza 2017a, 126, 146). Aquí cabe formular dos puntualizaciones. La primera es que ninguna teoría del Derecho valiosa —comenzando por la positivista, cuya clarificación debió esperar décadas y décadas a ciertos retoques en Bellagio— ha estado perfectamente clara y definida desde un principio. Más bien, tal indefinición es a menudo indicio de la vitalidad de la teoría (García Figueroa 2011, 122-127). La segunda es que tampoco Atienza ha sido muy claro ni con su etiqueta alternativa —«postpositivismo» o «constitucionalismo postpositivista» (Atienza 2017a, cap V)— ni con las tesis asociadas a ella. Recordemos que en tiempos Atienza (2001, 306) reservaba el uso del marbete «postpositivista» a la teoría de Dworkin—quizá siguiendo el criterio de la «agenda postpositivista» de Albert Calsamiglia (1998)—. Y ello por más que allí mismo se refiriera al «paradigma constitucionalista» como una teoría «*in statu nascendi*» que integraría tesis de autores tan heterogéneos como Neil MacCormick, Josef Raz, Robert Alexy, Carlos Nino o Luigi Ferrajoli (Atienza, 2001, 309). Con todo, unos pocos años más tarde Atienza afirma que los principales representantes de la «teoría constitucionalista del Derecho» son Alexy y Dworkin (Atienza 2006, 42). Prescindiendo, en fin, de estas vacilaciones (que bien podrían sumirnos en un «inmenso enredo»), así como del uso (performativamente contradictorio por su parte) de «constitucionalismo» o «paradigma constitucionalista»; cabe presumir que a Atienza lo que le desagrade finalmente del término «neoconstitucionalismo» es el prefijo (aquí italianizante) «neo», que (si puedo decirlo de esta manera) tampoco es para ponerse así. Sigo, en fin, sin comprender bien su aversión al término «neoconstitucionalismo» que, siendo tan solo una palabra, tan solo cabe rechazar si pensamos que las palabras son portadoras de esencias (García Figueroa 2019, 2-5). Y confieso que tiene su gracia que debiera yo plantearle esta objeción nada menos que a mi admirado Manuel Atienza, de cuyo

³ Atienza (2017a, 136) toma prestado el término del arsenal conceptual de Juan Antonio García Amado en sus épicas controversias.

⁴ Vid. un ejemplo de esta, digamos, coincidencia algo arbitraria, quizá *contra natura*, en Atienza 2016 y García Amado 2016.

manual de 1985 aprendí, siendo apenas un joven estudiante de Derecho, que debemos ser precavidos con los esencialismos: ni la Argentina es necesariamente la tierra de plata, ni España la de los conejos (Atienza 1985, p. 44).

Y, por cierto, creo que es éste lugar más que oportuno para agradecerle a Atienza algunas de sus críticas a mis trabajos. Creo que su atención ha conseguido que, salvo «facha» o «populista» —algo quizá menos ofensivo que «neoconstitucionalista»—, hayan recaído sobre mí calificativos que suelen emplear quienes pretenden patrimonializar la *virtus* del punto medio, colgando a otros (quizá menos *con-sagrados*) los sambenitos del extremismo. Y llamativamente, el ejemplo ha cundido entre autores tan distinguidos como plurales. Puedo entender que, precisamente por su radicalidad formalista, Ferrajoli (2011, 315) quisiera considerarme «el exponente más radical del constitucionalismo principialista» en su estrategia de situarse entre el «paleo-positivismo» y el «neo-iusnaturalismo». Y entiendo algo menos que José Juan Moreso (2019, 7) haya calificado mi principialismo como «extremo»; pero lo que me resulta verdaderamente incomprensible es que García Amado (2016, 124) la califique algo dogmáticamente como «muy extrema y radical», sin que se lo parezca la de «su buen amigo» (*id.*, 121), Manuel Atienza. No me molesta que se me den a probar las dulces mieles del malditismo; pero tampoco cree uno merecer tan alto honor ya a cierta edad.

En el caso de Atienza y pese a que algunas de sus críticas me parecieron excesivas (especialmente Atienza 2016, 99-101), todas me hicieron reflexionar y algunas de ellas hoy me parecen formuladas con toda razón. Por ejemplo, ahora creo que él tenía toda la razón, cuando me advertía de ciertos excesos a la hora de caracterizar las reglas frente a los principios (Atienza 2017a, 139 s.), algo que he tratado de matizar en escritos posteriores (vid. e.g. García Figueroa 2017, esp. 543 ss.). En otros casos, creo que nuestras diferencias (vid. e.g. Atienza 2016) eran menores de lo que él suponía, como él mismo ha reconocido últimamente (Atienza 2019). En cuanto al neoconstitucionalismo, creo que su tendencia a equipararlo con formas de populismo (Atienza 2017a, pp. 144 ss.) puede explicar la vehemencia de su rechazo del término. Y muy probablemente el llamado «neoconstitucionalismo andino» tenga mucha responsabilidad en ello (Atienza 2017a, 126 ss.), por más que tal asociación del neoconstitucionalismo con su instrumentalización populista no esté plenamente justificada. Bien pensado, ninguna teoría resiste ser evaluada por el mal uso que algunos hagan de ella —pues, ¿qué sería entonces del feminismo?—. Yo mismo me he dedicado últimamente a estudiar críticamente el populismo imperante en el discurso político y específicamente en el andino (García Figueroa 2023a) para concluir que éste me parece más empeñado en refutar que en representar al neoconstitucionalismo en una región del mundo, por la que, creo, compartimos vieja simpatía.

Más allá de las etiquetas, los «argumentativistas» no deberíamos dispersarnos en pleitos de familia. En la actual coyuntura populista mucho me temo que la mera defensa de una teoría racional de la argumentación jurídica acabe por convertirse (muy a su pesar) en una suerte de militancia política necesaria para salvaguardar el Estado de Derecho (García Figueroa 2023b). Y ello porque es imposible que prospere cualquier planteamiento «argumentativista» (llámese «neoconstitucionalista» o como sea), donde se desacredita sistemáticamente a los jueces como si se tratara de golpistas de una presunta «*juridictadura*» (Rosanvallon 2020, 43) y donde se

porfía en «desjudicializar la política» a fin de lograr la plena «desintermediación» del líder con sus súbditos (Urbinati 2020); que es lo que toda la vida se ha llamado dejar al gobernante de turno «*legibus solutus*».

En este contexto y dado que nuestros acuerdos y diferencias al respecto ya han quedado definidos en otros lugares, desearía concentrarme ahora críticamente en los reparos de Atienza frente a la alexyana tesis del caso especial. Creo que en su afán por desmarcarse de la etiqueta «neoconstitucionalista», paga el precio excesivo de distorsionar la tesis del caso especial de Alexy, compartida entre otros por Nino; pero también por MacCormick, como hemos visto. Aquí mi «no» a Atienza debe ser mayúsculo. Veamos por qué.

4. EL GRAN «NO» DE UN (CONTRARIADO) NEOCONSTITUCIONALISTA AL (SORPRENDENTE) GRAN «NO» DE ATIENZA A LA TESIS DEL CASO ESPECIAL

En varios lugares, Atienza (e.g. 2017a, 135 ss.) se muestra partidario del postulado de la unidad de la razón práctica. Como sabemos, se trata de una idea que sostuvo brillantemente Carlos S. Nino y que Atienza considera correcta *frente a* la «tesis del caso especial» (*Sondersfallthese*), que enuncia Robert Alexy en su *Teoría de la argumentación jurídica*. Según la célebre tesis del caso especial, el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento práctico general. A juicio de Atienza (2016, 100), la tesis del caso especial no solo es una «tesis lisa y llanamente equivocada»; sino que además presenta unos efectos políticamente perniciosos, por idealizar la argumentación de los órganos jurisdiccionales. Por lo que a mí respecta, Atienza (*ibid.*) me acusa (y debo decir que *cherry picking* mediante) de malinterpretar la tesis del caso especial, que a lo largo de décadas me ha dado tiempo de rechazar (e.g. García Figueroa 1998, 365 ss.) y luego apoyar (e.g. García Figueroa 2009, 168 ss.) mediando, por cierto, un constructivo debate al respecto con una discípula de Atienza tan distinguida como Isabel Lifante (Lifante 2000, García Figueroa 1999).

Pero volvamos a la crítica de Atienza a la tesis del caso especial. La tesis central de Atienza es que «el razonamiento jurídico (...) goza de cierta autonomía con respecto al razonamiento moral debido, sobre todo, al carácter fuertemente institucionalizado del primero» (Atienza 2017a, 135). Para demostrarlo, Atienza se apoya en la distinción por parte de Nino de dos niveles de relevancia de los juicios morales en el Derecho:

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 aquellas razones justificativas 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 (Atienza 2017a, 135).

Esta estrategia pareciera pretender encapsular el razonamiento jurídico frente al moral a fin de evitar el supuesto efecto disolvente del razonamiento jurídico en el moral al que condu-

ciría la tesis del caso especial. Sin embargo, en mi opinión, Atienza no solo malinterpreta a Alexy, sino que además malinterpreta a Nino (y, de paso, también me malinterpreta a mí).

En primer lugar, malinterpreta a Alexy, porque no es cierto que Alexy no le reconozca particularidades institucionales al razonamiento jurídico respecto al práctico general: «el contenido de la tesis del caso especial es precisamente que existen límites de la argumentación jurídica» (Alexy 1989, 316). Trivialmente, la tesis del caso especial afirma que el razonamiento jurídico es un caso *especial* (no *un caso cualquiera*) de razonamiento práctico general y de ahí que el propio Alexy indique que aquello que lo hace especial son, precisamente, sus límites *institucionales*: Ley, precedentes y principios de la dogmática jurídica. Y ello por no hablar de la relevancia de los «principios formales» que «establecen qué reglas que son impuestas por una autoridad legitimada para ello tienen que ser seguidas y que no debe apartarse sin fundamento de una práctica transmitida» (Alexy 1997, 100). No parece justo afirmar, pues, que Alexy conciba el razonamiento jurídico como *un caso más* de razonamiento práctico sin más cualificación. En ningún momento la discusión de Alexy se plantea en torno a que el razonamiento jurídico sea un *idem* con respecto al moral; sino si sea un *aliud* o un *minus*. Contrariamente a la crítica de Atienza, si de algo ha sido acusado Alexy es de una «insuficiencia de antipositivismo» (Richards 1989, 303).

En segundo lugar, Atienza malinterpreta a Nino y, como vamos a ver, lo de menos es que en su obra póstuma, *Derecho, moral y política*, el propio Nino comience su defensa de la «no insularidad» del discurso jurídico (otra forma de Nino para hablar de la «unidad» o «no fragmentación» o «imperialismo» de la razón práctica) «confirmando» la tesis del caso especial de Alexy (Nino 1994, 79 ss.). Es cierto que Nino (1994, 140 s.) distingue en el razonamiento jurídico los dos niveles que refiere Atienza —uno básico fundado en la moral y otro «*constreñido*, en el sentido de que debe respetar el resultado del razonamiento de primer nivel» (Nino 1994, 141, mis cursivas)—. Pero nótese el parecido: el razonamiento jurídico es un razonamiento práctico «constreñido», nos dice Nino, como «limitado» lo califica Alexy. Lo que en todo caso omite Atienza es lo que Nino indica justo en el siguiente párrafo y que merece la pena reproducir ahora:

Esta distinción de niveles, *de ningún modo implica que los principios y procedimientos moralmente válidos no tengan relevancia en el discurso jurídico y que éste tenga autonomía respecto del discurso moral*. En primer lugar, porque esos principios y procedimientos son el último tribunal de apelación en el primer nivel del razonamiento jurídico justificatorio, y dada la apelación de este nivel sobre el segundo, tal jerarquía determina los resultados del razonamiento en su conjunto. Pero, en segundo lugar, porque esos principios y procedimientos aún tienen relevancia decisiva en el segundo nivel del razonamiento justificatorio en la medida en que no sean incompatibles con las conclusiones alcanzadas en el primer nivel (de lo contrario, serían autofrustrantes, puesto que neutralizarían las conclusiones alcanzadas mediante su propio empleo) (Nino 1994, 141, cursivas mías).

A mi juicio, nada hay en este planteamiento que Alexy o yo mismo no pudiéramos compartir. A mayor abundancia, para ilustrar tal unidad del discurso práctico, Nino (1994,

122) nos proponía sendos modelos de razonamientos jurídicos, que desembocan en el común «juicio normativo de adhesión»: «Debo pagar el 30% de mis ganancias». De nuevo, la primera reconstrucción responde, es cierto, al modelo que indica Atienza en el fragmento recién citado (Atienza 2017a, 135)⁵:

1. Es justo o debido moralmente obedecer a la autoridad L (por ejemplo, porque es democrática).
2. L ha prescrito «debe pagarse como impuesto el 30% de las ganancias».
3. Debo pagar el 30% de la ganancias.

Y, de nuevo, hasta aquí totalmente de acuerdo en este modelo que supuestamente permitiría encapsular el razonamiento jurídico y *aislarlo* del razonamiento moral (del «juicio normativo puro»). Sin embargo, el razonamiento de Atienza parece pasar por alto que Nino (1994, 123, cursivas mías) afirma a renglón seguido que «los juicios normativos de adhesión no sólo derivan de juicios normativos puros que legitiman al autor de la prescripción relevante [premisa 1], sino también (...) de juicios normativos puros a los que se acude para interpretar tales prescripciones», los cuales operan sobre la interpretación de la premisa 2. De ahí que concluya más adelante que «el derecho no puede ser interpretado si no se recurre, en momentos cruciales de esa tarea interpretativa, a consideraciones de índole moral» (Nino 1994, 128). Es más —prosigue Nino— «se puede ser escéptico (...) en materia moral y, sin embargo, aceptar que el discurso jurídico *es una rama especializada de tal discurso, y construir un esquema conceptual y un aparato lógico adecuado para ese discurso moral específico que es el discurso jurídico*» (Nino 199, pp. 128 s., mis cursivas). En otras palabras, Nino tiene toda la razón y la tiene en lo que está de acuerdo con Alexy. La tesis del caso especial funciona en todos los niveles del Derecho a través de operaciones interpretativas.

Este planteamiento de Nino —¿radical? ¿extremo?— es perfectamente compatible con el de Alexy y aparentemente incompatible con el que sugiere Atienza con su encapsulamiento («insularidad», diría Nino) del razonamiento jurídico. En realidad, la tesis de la plena autonomía del razonamiento jurídico que sostiene Atienza resulta demasiado contraintuitiva. Los viejos abogados siempre nos dicen que la práctica del Derecho es, en el fondo, cosa de sentido común. Una reconstrucción teórica de este aserto podría rezar así: si aceptamos que el razonamiento jurídico es entimemático (que no suele hacer explícitas todas sus premisas relevantes, porque algunas se dan por descontadas), entonces también cabe aceptar que muchos de sus premisas entimemáticas se arraigan a la «forma de vida más general de los hombres» —como la ha llamado Alexy (e.g. 1989, 306)— y que viene a ser captada por la teoría del discurso. De ahí que la racionalidad práctica no pueda encapsularse como parece sugerir Atienza.

⁵ La reconstrucción alternativa, que no es relevante aquí, se limita a sustituir la primera premisa («juicio normativo puro», i.e. moral) por un juicio prudencial: 1': Me conviene o es debido, prudencialmente, obedecer a la autoridad L (porque de lo contrario seré sancionado).

5. CONCLUSIÓN

Si lo que busca Atienza frente a otros autores «argumentativistas» es reforzar la importancia del elemento institucional en el razonamiento jurídico, la estrategia correcta no es desacreditar un elemento consustancial al «Derecho como argumentación» como es la idea de la unidad de la razón práctica de Nino y la tesis del caso especial de Alexy; sino más bien tratar de no relativizar en exceso la distinción entre los contextos de descubrimiento y de justificación implícita en el giro argumentativo. A mi modo de ver, los riesgos para el principio de legalidad y el Estado de derecho no provienen del reconocimiento de que el razonamiento jurídico sea considerado un caso especial del razonamiento práctico general, sino de ignorar que los jueces están vinculados a razones jurídicas (positivistas o no) y no a ideologías políticas personales, sentimientos, buenas o malas «pasiones», «empatías», filias y fobias o malas digestiones. En otras palabras, no deberíamos avergonzarnos de que alguien nos imputara «iusmoralismo», porque el verdadero riesgo para el Estado de Derecho es el *juspoliticismo* y el entreguismo al lema «*Law is Politics*».

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2014). La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad, trad. A. García Figueroa. *Parlamento y Constitución*, 16, pp. 9-27.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés. Madrid: CEPC.
- Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo. Madrid: CEC.
- Alexy, R. (1985). La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica, trad. C. de Santiago. En Garzón Valdés, E. (comp.), *Derecho y filosofía*. Barcelona: Alfa.
- Atienza, M. (2019). Mejor abandonemos el neoconstitucionalismo (con comillas o sin ellas). *Revista i-Latina*, 1.
- Atienza, M. (2017a). *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.
- Atienza, M. (2017b). Objetivismo moral y Derecho. En Ortega García, R. (coord.), *Problemas constitucionales contemporáneos*. México: Fontamara, pp. 11-39.
- Atienza, M. (2016). Comentarios para un debate. *Teoría & Derecho*, 20, pp. 99-107.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- Atienza, M. (2010). A vueltas con la ponderación. *ACFS*, vol. 44, pp. 43-59.
- Atienza, M. (2006). *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.
- Atienza, M. (2001). *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Atienza, M. (1996). Prólogo a J.A. Pérez Lledó. *El movimiento Critical Legal Studies*. Madrid: Tecnos, pp. 13-16.
- Atienza, M. (1994). Recensión a R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 17, pp. 241-246.
- Atienza, M. (1993). *Tras la justicia*. Barcelona: Ariel.
- Atienza, M. (1985). *Introducción al Derecho*. Barcelona: Barcanova.

- Ferrajoli, L. (2011). El constitucionalismo garantista entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo. *Doxa* 34, pp. 311-360.
- García Amado, J.A. (2016). Comentarios sobre los textos de Atienza, García Figueroa y Ferrajoli. *Teoría & Derecho*, 20, pp. 121-129.
- García Figueroa, A. (2023a). Derechos de la naturaleza, neoconstitucionalismo andino y ecopopulismo. A propósito de la constitucionalización de los derechos de la Pacha Mama en la República del Ecuador. Ponencia presentada al *Simposio Internacional «Los nuevos derechos humanos: teoría jurídica y praxis política»*. La Coruña, 12-14/10/2022. En prensa.
- García Figueroa, A. (2023b). Populismo, tópica y argumentación jurídica. En A.J. Sánchez Hidalgo y J.J. Albert Márquez (eds.), *Derecho y argumentación. Conflicto epistemológico y ontológico*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 81-101.
- García Figueroa, A. (2022). *Moral de victoria. Una filosofía del deporte*. Tarrasa: Hexis.
- García Figueroa, A. (2019). En defensa de «neoconstitucionalismo» y del neoconstitucionalismo. *Revista i-Latina*, 1.
- García Figueroa, A. (2017). The Ubiquity of Principles. Some Critical Remarks on Robert Alexy's *Exklusionstheorem*. En M. Borowski, S.L. Paulson y J.-R. Sieckmann (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System*. Tubinga: Mohr Siebeck, Tubinga, pp. 523-546.
- García Figueroa, A. (2011). Neoconstitucionalismo: Dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli. *Doxa*, 34, pp. 121-137.
- García Figueroa, A. (2009). *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta.
- García Figueroa, A. (2000). Haciendo justicia desde el lado activo del derecho. Teoría del derecho y teoría de la argumentación. *Revista de Ciencias Sociales*, 45, pp. 193-218.
- García Figueroa, A. (1999). La tesis del caso especial y el positivismo jurídico. *Doxa* 22, pp. 195-220.
- García Figueroa, A. (1998). *Principios y positivismo jurídico*. Madrid: CEPC.
- Grosz, G. (2011). *Un sí menor y un no mayor. Memorias de un pintor de entreguerras*, trad. H. Pawlowsky. Salamanca: Capitán Swing.
- Han, B.-Ch. (2019). *La sociedad del cansancio*, trad. A. Saratxaga Arregi y A. Ciria. Barcelona: Herder.
- Huberman L./Sweezy, P.M. (1976). *Introducción al socialismo*, trad. A. Gallifa. Barcelona: Ediciones Martínez Roca.
- Lifante, I. (2000). Una crítica a un crítico del «no positivismo». *Doxa* 23, 709-728.
- MacCormick, D.N. (1994). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Edición corregida de la de 1978. Oxford: OUP.
- Moreso, J.J. (2019). Diez tesis sobre el neoconstitucionalismo (y dos razones a favor del positivismo jurídico). *Revista iLatina*, 1, pp. 1-42.
- Pino, G. (2017). La teoría del razonamiento jurídico de Manuel Atienza. Notas al margen. En Aguiló, J. y Grández, P. (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*. Lima: Palestra, pp. 305-327.

- Prieto, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta.
- Prieto, L. (2005). *Apuntes de teoría del Derecho*. Madrid: Trotta.
- Richards, D.A. (1989). Robert Alexy, A Theory of Legal Argumentation. *Ratio Juris*, vol. 2, nº 3.
- Rosanvallón, P. (2020): *El siglo del populismo*, trad. I. Agoff. Galaxia Gutenberg: Madrid.
- Urbinati, N. (2020). *Io, il popolo*, trad. it. C. Bertolotti con revisión de la propia autora. Bologna: Il Mulino.

UNA DEFENSA DEL «CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO,» FRENTE AL CUESTIONARIO DE MANUEL ATIENZA

ROBERTO GARGARELLA

Universidad de Buenos Aires

TODOS LOS HOMENAJES TODOS

Me unen con Manuel Atienza estrechos vínculos, que se relacionan con mi afecto y admiración hacia él. Con Manolo me ocurre algo que me sucede con muy pocas otras personas—con otros «gigantes» de su generación como (por citar sólo dos ejemplos importantes) Paco Laporta o Albert Calsamiglia. En particular, aprecio y admiro a figuras como las mencionadas por el modo en que se involucraron, en tiempos de transición democrática, en la construcción de instituciones académicas y en la formación de legiones de discípulos. Muchos de nosotros—en mi caso, desde la Argentina— tuvimos la fortuna de beneficiarnos de la generosa contribución que personas como las citadas hicieron a nuestra vida académica y política. De Manolo, en particular, valoro la fuerza con que lleva adelante su labor académica; la voluntad ineludible con que sigue organizando seminarios y publicaciones de todo tipo; la vehemencia con la que discute y, sobre todo, el compromiso inigualable que asume en relación con la gente que forma y ha formado. Guardo en mi memoria cantidad de ejemplos notables de lo que afirmo. Recuerdo a Manolo desplazándose hasta zonas para mí salvajes del mundo latinoamericano, para encontrarse con algún discípulo; o dedicando horas y horas de su tiempo a pasear o conversar de la vida, con jóvenes que llegaban tímidos y balbuceantes, a Alicante, para pasar algún tiempo con el venerado profesor.

Confieso, también, que cuento con cantidad de temblorosos recuerdos relacionados con la vehemencia con la que Manolo discute. El primero de esos recuerdos proviene, justamente, de la primera vez que presenté un trabajo, en Alicante, a comienzos de los 90. Había sabido de Manolo tiempo atrás, en los 80, cuando yo colaboraba con Carlos Nino, y él terminaba su trabajo doctoral (dirigido por Elías Díaz), sobre la filosofía del derecho en la Argentina.¹ En esos años, Nino me había hecho saber de un conocido profesor español que había criticado con encendido vigor a algunos filósofos analíticos locales, durante un celebrado Congreso en la localidad de Vaquerías (Córdoba, Argentina). Sólo varios años después, sin embargo, tuve la

¹ M. Atienza (1984), *La filosofía del derecho Argentina actual*, Losada.

oportunidad de discutir directamente con él y con su formidable grupo, en Alicante, en el citado evento de los 90. Yo me sentía un niño, por entonces (aunque no lo era) y llegaba a Alicante con más curiosidad que ánimo de combate, para presentar algunas ideas en torno a la teoría de la justicia de John Rawls.² En ese encuentro, y promediando mi presentación, reconocí que, por razones que sentía ajenas, el ambiente de discusión se caldeaba, y yo quedaba en medio de una disputa a tono alzado que me generaba pavor: «esto está a punto de estallar» —pensé entonces, para mis adentros. Temí que lo peor estuviera por llegar. Sin embargo, para mi alegría y sorpresa, a los pocos minutos el seminario llegaba a su fin, y todos los participantes salían de la Sala de Reuniones riendo y haciendo bromas, como si nada hubiera ocurrido. Entendí entonces que se trataba de una dinámica habitual, que en cierto modo me resultó fascinante: los participantes se tomaban muy en serio lo que discutían, porque les importaba lo que estaban haciendo, porque se sentían personalmente comprometidos con los temas sobre los que conversaban.

Desde entonces, cada vez que me reuní a debatir con Manolo —sólo con él, o con él y su grupo—, me enfrenté a situaciones algo similares a las de aquella primera vez. La experiencia, en tales casos, sólo me sirvió para anticipar lo que me esperaba, y no para transitar con más tranquilidad la conversación del caso. Cada encuentro de debate académico con Manolo ha incluido, por tanto, momentos de tensión o súbito enojo, en los cuales alguno de los dos señalaba acaloradamente al de enfrente, como no dando crédito de lo que el otro sostiene: «Pero ¡cómo puedes decir eso, Roberto!» —le escucho diciendo a Manolo. Luego, la discusión termina, y nos vamos a caminar o comer juntos alegremente, como si nada, y como siempre.³

Teniendo en miras tales memorias, y como forma de homenajear a Manolo y a los rasgos persistentes de nuestro vínculo académico, pensé en dedicar las breves páginas que siguen a responder a algunas de las habituales preguntas que él me formula, en relación con temas que nos resultan comunes, y sobre los cuales disentimos. Me refiero a preguntas relacionadas, de modo muy especial, con el «constitucionalismo dialógico».

EN DEFENSA DEL «CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO»: EL CUESTIONARIO DE MANUEL ATIENZA

Con la idea de «constitucionalismo dialógico» me referiré, en lo que sigue, a una rama o corriente que ha ido desarrollándose en los últimos años, dentro del constitucionalismo (así como han aparecido, años atrás, ramas tales como el «constitucionalismo democrático», o al «constitucionalismo popular»). Quienes participan de esta corriente tienden a valorar y promover el «diálogo» entre las distintas ramas de gobierno y/o entre las distintas ramas de gobierno

² Tales ideas quedarían reflejadas después en mi libro *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós (1999).

³ Un ejemplo reciente y notable de estas discusiones comprometidas, acaloradas y cariñosas, puede verse en esta (para mí maravillosa) entrevista que me hiciera él, en tiempos pandémicos, en el marco de sus *Diálogos Insufilosóficos* —una más de entre sus interminables iniciativas. La entrevista puede verse aquí: <https://www.youtube.com/watch?v=Wfo35XkePQ4>

y la ciudadanía en general.⁴ Esa idea de «diálogo constitucional» se presenta en contraste con los modos de relación más tradicionales que se establecen entre las ramas del poder —modos marcados por una lógica más cercana a la confrontación que a la cooperación (de allí los términos de «defensa», «ataques», «invasiones», que fueran propios del lenguaje de los «padres fundadores» del constitucionalismo norteamericano, en su descripción de los mecanismos de *checks and balances* que ellos mismos creaban).

En los últimos años ha habido cantidad de iniciativas interesantes, que pueden inscribirse dentro de esta nueva dirección «dialógica» del constitucionalismo. Entre tales iniciativas podemos enumerar, desde la pionera y tímida *notwithstanding clause*, creada en Canadá (para Mark Tushnet, la creación que marca el nacimiento del constitucionalismo dialógico),⁵ hasta las audiencias públicas puestas en práctica por algunas legislaturas y por algunos tribunales superiores; o, de forma más ambiciosa, las «asambleas ciudadanas» (asambleas como las que tuvieron lugar en Australia, Canadá, Islandia, Chile o Irlanda, en las últimas décadas).

En todo caso, me importa aclarar que, en lo que sigue, estaré pensando en la particular versión del «constitucionalismo dialógico» que defiendo (es decir, no me interesará defender a cualquier concepción «dialógica» del constitucionalismo, sino mi propia versión de ella), que es la que presenté en mi libro sobre la «conversación entre iguales».⁶ Mi versión del «constitucionalismo dialógico» —la de la «conversación entre iguales»— propone re-orientar al sistema institucional hacia formas que permitan un mayor protagonismo del debate público ciudadano en el proceso de gobierno: tanto en los mecanismos de toma de decisiones, como en los aparatos de control sobre el poder. En particular, en mi libro exploro y muestro los atractivos y límites de varias de las alternativas «dialógicas» surgidas en los últimos años (como las arriba mencionadas), a la vez que ejemplifico al «diálogo público abierto y continuo en el tiempo» que defiendo, a través de algunos casos recientes. Aludo entonces (no como «casos exitosos», pero sí como «camino por donde seguir avanzando») a varios casos prácticos recientes: casos que incluyen a los debates en Irlanda sobre el aborto y el matrimonio igualitario (2016-2018); a la discusión argentina en materia de aborto, en el 2018; o al debate uruguayo (que lleva décadas) en relación con las violaciones de derechos humanos ocurridas a fines del siglo xx, y cómo hacer justicia frente a ellas.

Decidido a «responderle a Atienza» en sus críticas al diálogo constitucional, escogí como punto de partida a un amplio listado de preguntas, formuladas por el propio Manolo, en sus embates contra el constitucionalismo del diálogo. Tomo dicha lista de preguntas del prólogo que Manolo escribiera para un libro reciente —*Derechos, Democracia y Jueces*— publicado por

⁴ Ver, entre muchos ejemplos, R. Levy et al, eds. (2018), *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press. K. Roach. (2001), «Constitutional and Common Law Dialogues Between the Supreme Court and Canadian Legislatures», 80 *La Revue du Barreau Canadien* 481. K. Roach (2004), «Dialogic Judicial Review and its Critics», 23 *Supreme Court Law Review*, 49-104; G. Sigalet et al, eds. (2019), *Constitutional Dialogue*, Cambridge University Press.

⁵ M. Tushnet (2009) 'Dialogic Judicial Review', 61 *Ark. L. Rev.* 205.

⁶ R. Gargarella, *El derecho como conversación entre iguales*, Buenos Aires 2021 (el libro tiene una versión en inglés, publicada por Cambridge University Press en el 2022).

uno de sus más distinguidos discípulos, Leopoldo Gama.⁷ En las últimas dos páginas de dicho prólogo, Manolo primero vincula a las tesis de Leopoldo con las que yo defiendo, y luego —en actitud de abierta y amigable disidencia con Leopoldo— pasa a enumerar un largo listado de preguntas, dudas y cuestionamientos frente a las mismas. Siento que esas preguntas, dirigidas a Leopoldo, se refieren también, directamente, a mi trabajo, y reproducen de modo muy efectivo las que suelo escuchar de parte de Manolo, durante mis presentaciones. En todo caso, las preguntas que aquí tomaré como punto de partida representan una buena excusa para recorrer y tratar de dar cuenta de algunos de nuestros repetidos desencuentros. Mi objetivo, obviamente, no es el de persuadir a Manolo de lo que pienso, o de motivarlo a cambiar de posiciones (ya no espero milagros semejantes!), sino el de proseguir por escrito un intercambio que perdura, y que todavía me motiva. Cito a continuación, entonces, el extenso párrafo referido. Sostuvo Manolo, en el final del citado prólogo:

«Gama parece mostrarse incluso partidario de una concepción «dialógica» como la sostenida por Gargarella, y según la cual cabría aceptar «respuestas judiciales conversacionales que difieren de las clásicas alternativas «ley válida» o «ley inválida», «ley constitucional» o «ley inconstitucional»». Bueno, yo no pretendo plantearle a Leopoldo Gama un nuevo dilema. Creo que su libro tiene un gran valor —lo repito— porque afronta con claridad un problema fundamental (si no el problema fundamental) del constitucionalismo contemporáneo, y porque sugiere además una respuesta al mismo de indudable interés. Pero sí quisiera formularle una serie de preguntas que a mí me ha suscitado la lectura de su libro (con los nuevos añadidos) y que quizá pudieran compartir otros lectores de la obra. Serían de este tenor: ¿Es realista esa concepción dialógica del derecho a la que parece adherirse Gama? ¿Puede pensarse, sin incurrir en deformación ideológica, que el derecho (o la justicia constitucional) consiste esencialmente en una gran empresa dialógica? ¿Dónde quedarían en ese esquema los elementos de poder y de conflicto? ¿Y sería esa la mejor forma de garantizar los derechos sociales y el resto de los derechos fundamentales de los individuos? Si una democracia no puede funcionar —no puede haber auténtica democracia— sin un mínimo de homogeneidad social (de efectividad de los derechos sociales), ¿es una buena estrategia para lograr ese fin volver a situar a esos derechos en el campo de lo decidible mayoritariamente?; ¿no parecería preferible algún tipo de blindaje constitucional si verdaderamente se piensa que sin un mínimo de igualdad la democracia no puede funcionar? Y aunque ese modelo de «constitucionalismo débil» quizá pudiera resultar funcional en un país como Canadá, ¿no es imprudente trasladarlo a países de características muy distintas (en los que, precisamente, no existe la homogeneidad a la que antes me refería), como ocurre con los latinoamericanos y, en particular, con México? Si de lo que se trata es de asegurar cierto equilibrio entre —cabría decir— las razones autoritativas incorporadas en los textos normativos aprobados por los órganos que son expresión de la voluntad popular, y las razones sustantivas que podrían elaborar los tribunales constitucionales, ¿no podría lograrse eso simplemente dando fuerza al principio interpretativo de deferencia al legislador o estableciendo una mayoría cualificada para que un tribunal constitucional pueda declarar inválida una ley (tal

⁷ M. Atienza (2019), «Prólogo», en L. Gama, *Derechos, Democracia y Jueces. Modelos de Justicia Constitucional*, Madrid, Marcial Pons.

y como ocurre, por ejemplo, en México), en lugar de pretender que un tribunal actúe como si no fuera un tribunal (prescindiendo del principio de bivalencia)? Y en fin, ese constitucionalismo dialógico al que Gama ve con tanta simpatía, ¿no tendría algo que ver con una teoría política tan poco recomendable como el populismo? ¿Sería esa la mejor manera de concebir —o de fundamentar— la legitimidad política? Desde luego, yo no tengo una respuesta clara a las anteriores preguntas. Las entiendo, para utilizar la expresión que tanto le gusta a Josep Aguiló, como «preguntas genuinas», como dudas que este interesante y desafiante libro de Leopoldo Gama le plantea al lector. Y constituyen también, creo yo, el argumento más fuerte que pueda darse para recomendar la lectura de una obra de teoría del derecho.»⁸

INTENTANDO ALGUNAS RESPUESTAS

Conforme a lo anticipado procuraré, a continuación, ofrecer algunas respuestas posibles, frente a las principales preguntas formuladas por Manolo Atienza en torno al «constitucionalismo dialógico». En lo que sigue, entonces, iré seleccionando (y, en ocasiones, reformulando un poco) algunos de los diferentes cuestionamientos presentados en el citado prólogo por Manolo, para luego tratar de dar cuenta de ellos.

Sobre la concepción de la democracia y su estatus

¿Es realista esa concepción dialógica del derecho? ¿Puede pensarse, sin incurrir en deformación ideológica, que el derecho (o la justicia constitucional) consiste esencialmente en una gran empresa dialógica? ¿Dónde quedarían en ese esquema los elementos de poder y de conflicto?

Para responder a esta primera serie de preguntas, quisiera comenzar clarificando el estatus que atribuyo a la concepción dialógica. Como yo la concibo, al menos, se trata de una posición que uno articula como ideal regulativo que, como tal, y por un lado i) sirve para definir el horizonte hacia el cual uno cree que debería orientarse el sistema institucional, en caso de ser reformado y, por otro lado, ii) sirve para someter a crítica a las prácticas e instituciones actualmente existentes (cuán lejos es que ellas están respecto del ideal que uno defiende, de qué forma, por qué razones?). Es decir, la concepción del diálogo constitucional que defiendo, de ninguna manera pretende representar una *descripción* —una fotografía— del entramado de instituciones existente: se trata, más bien, de una herramienta que nos sirve para reflexionar sobre el sistema institucional vigente, y someterlo a análisis crítico. En tal sentido, y por lo demás, los defensores del diálogo constitucional no sostenemos, de ninguna manera, que nuestra práctica institucional funciona dialógicamente: la criticamos, en todo caso, por no funcionar de ese modo. Significa esto, sin embargo, afirmar que abrazamos ingenuamente un ideal «imposible», o un ideal que aparece «ciego» frente a «los elementos de poder y de conflicto»? De

⁸ M. Atienza, «Prólogo...», pp. 45-6.

ningún modo —respondería. Explicaré en seguida, brevemente, por qué entiendo que dicha crítica que nos formula Atienza resulta infundada.

Según entiendo, contar con un ideal regulativo como el de la «conversación entre iguales» nos puede ayudar a reconocer los modos indebidos, innecesarios o inaceptables en que el «poder» interfiere con el derecho. Pensemos, por ejemplo, en el dictado de una «ley de medios» —como algunas de las varias que han aparecido en la materia, en las últimas décadas, en América Latina. En principio, uno podría decir que una concepción deliberativa del derecho y de la democracia celebra y auspicia, antes que rechaza o repudia, un tipo de ley semejante. Los trabajos de Carlos Nino u Owen Fiss —ambos, notables defensores de una visión dialógica— nos permiten ratificar la intuición señalada.⁹ Una ley de medios bien diseñada podría servir apropiadamente para honrar nuestro compromiso con la libertad de expresión, por ejemplo, al favorecer que escuchemos voces de sectores amplios de nuestra comunidad, que habitualmente no escuchamos (voces que, comúnmente, no escuchamos por las malas razones, como por ejemplo, el hecho de que los sectores ignorados carecen de recursos económicos para «pagar» su acceso al foro público). Ahora bien, como no somos ingenuos, como conocemos algo de historia, y como tenemos bastante experiencia acerca de los modos en que el poder tiende a «colonizar» al derecho para expandir su dominio, es que nos colocamos habitualmente en alerta acerca de los modos en que el poder se propone poner en práctica los «nobles» objetivos que nos presenta.

Por ello, frente a casos como el citado —el de la «ley de medios»— exigimos al poder, inmediatamente, conocer los detalles de una ley semejante, y nos disponemos a analizarla con «el escrutinio más estricto» y con la «más alta sospecha». Nos preguntamos entonces: ¿«no será el caso de que la ley que promueve este gobierno pretende, antes que democratizar la palabra, invocar dicho noble objetivo para justificar restricciones inaceptables sobre la voz de sus adversarios?» Una evaluación crítica semejante —como la que jueces y doctrinarios hemos hecho naturalmente, sin problemas, una y otra vez, a lo largo de estos años— da buena cuenta del valor que puede tener una concepción dialógica para orientar reformas institucionales futuras y prevenir, a la vez, riesgos esperables y conocidos.¹⁰

Por último, nada de lo dicho hasta aquí implica sostener algo así como que «el derecho consiste esencialmente en una gran empresa dialógica». En absoluto. El derecho —diría yo— puede y debe ser una gran herramienta o instrumento destinado a hacer posible valores como los de la autonomía personal y el autogobierno colectivo. A tales efectos —en particular, a efectos de que podamos vivir de manera conjunta y conforme a nuestras elecciones individuales y sociales— necesitamos conversar, discutir, limar nuestras diferencias y, en la medida en que sea posible, tratar de ponernos de acuerdo. Allí, y con tales objetivos en vista, es cuando el derecho puede ponerse al servicio de lo que denomino la «conversación entre iguales.» No como dogma, ni como objetivo ciego, ni como propósito excluyente.

⁹ C. Nino (1991), *The Ethics of Human Rights*, Oxford University Press; O. Fiss (1998), *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press.

¹⁰ Promoví una evaluación semejante, junto con varios colegas, frente a la «ley de medios» que se presentara años atrás, en la Argentina. Publicamos dicho análisis en el siguiente Dossier: *Revista Argentina de Teoría Jurídica* (Versión digital) Volumen 14 Vol. 14, Nº1 (julio 2013) Dossier: Ley de medios

Sobre los derechos constitucionales y su naturaleza

¿Nos ofrecen los mecanismos del diálogo la mejor forma de garantizar los derechos sociales y el resto de los derechos fundamentales de los individuos? Si una democracia no puede funcionar —no puede haber auténtica democracia— sin un mínimo de homogeneidad social (de efectividad de los derechos sociales), ¿es una buena estrategia para lograr ese fin volver a situar a esos derechos en el campo de lo decidible mayoritariamente?; ¿no parecería preferible algún tipo de blindaje constitucional si verdaderamente se piensa que sin un mínimo de igualdad la democracia no puede funcionar?

Advierto, en esta línea de preguntas que formula Manolo, una diferencia importante en torno al modo en que pensamos sobre los derechos. Entiendo a los derechos como los entendía Nino: Nino dejó en claro qué pensaba al respecto en la misma primera línea de su libro *Ética y derechos humanos*. Allí se refirió a los derechos (humanos) como una de las más grandes invenciones de nuestra civilización (Nino 1991, 1). Quiero decir, como Nino, no veo a los derechos como «entes» o «planetas» que los científicos del derecho «descubren»; que luego incorporan en sus Constituciones como reliquias sagradas; para finalmente dejar bajo la custodia de expertos o jueces.

Para decirlo de otro modo: no pienso a los derechos como los piensa Luigi Ferrajoli, esto es, como formando parte de la «esfera de lo indecible», sino como los entiende Cass Sunstein, esto es, como instrumentos que creamos, democráticamente, con el fin de proteger intereses humanos que consideramos fundamentales.¹¹ Pienso —contra Ferrajoli— que la ciudadanía democrática tiene el derecho de reflexionar, decidir y legislar sobre las cuestiones que más le importan —incluyendo, obviamente, y de manera central, a los derechos.¹²

Ahora bien, significa lo anterior que, desde una visión como la que defiende (o, más generalmente, desde una visión dialógica de la democracia), podemos «hacer lo que queremos, cuando queremos, y como queremos» con los derechos (en términos de Waldron: implica esto decir que dejamos a los derechos «up for grabs» —a la merced de nuestros arrebatos?).¹³ Por supuesto que no. Justamente, otorgar a ciertos intereses el estatus de «derechos» significa decir que tales intereses nos resultan ultra-importantes, y que —como comunidad— nos comprometemos a resguardar a los mismos, por ello mismo, de una manera especial. Por eso es que no «blindamos» constitucionalmente a las reglas de tránsito, ni damos estatus de derechos a las reglas de etiqueta o buen trato, aunque nos importen, pero sí hacemos lo propio en relación con ciertos intereses fundamentales.

En este punto —podría retrucarnos Manolo— ¿qué significa dotar a los derechos de un «blindaje especial», si inmediatamente luego permitimos a las mayorías que dispongan de ellos, a su gusto? Le respondería entonces: Dotar a los derechos de un blindaje especial puede signi-

¹¹ C. Sunstein (2006), *The Second Bill of Rights*, New York: Basic Books, 203.

¹² Discutí con Ferrajoli sobre este punto, y el debate quedó publicado en *Garantismo vs. Deliberativismo*, México 2021, https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2021-09/Catedra%20de%20DH_Digital.pdf

¹³ J. Waldron (1999), *Law and Disagreement*, Oxford University Press.

ficar muchas cosas, algunas de ellas (no todas) compatibles con la preservación de la «conversación democrática.» Dicho blindaje puede implicar que exijamos mayorías especiales para modificar los alcances o precisar los contenidos de ciertos derechos; o que requiramos procedimientos de discusión múltiples antes de tomar una decisión sobre los mismos; o que rodeemos a tales intereses de una batería especial de controles. En principio, todas estas estrategias de blindaje son compatibles con la preservación de un diálogo público robusto.

Lo que —en todo caso— la perspectiva dialógica resiste, es el supuesto de que los jueces, y no los ciudadanos, están capacitados para reflexionar o decidir sobre los derechos. Rechazamos, asimismo, ideas como la que afirma o supone que los jueces tienden a «acertar» en materia de derechos fundamentales (a tomar decisiones «correctas»), mientras que los ciudadanos del común tienden a excederse o a cometer «abusos», en relación con ellos (volveré sobre el punto, también, más adelante). Cuando alguien afirma que, en nombre de la Constitución, debemos asegurar «ciertos mínimos de igualdad para todos» o proteger incondicionalmente «la libertad de expresión», esa persona nos dice, en verdad, poco y nada: todo lo importante viene luego de que consagramos a cierto interés constitucionalmente, y lo reconocemos como «derecho fundamental». Recién entonces comenzamos a pensar en las implicaciones efectivas de tales compromisos constitucionales: ¿qué significa defender la libertad de expresión, en el marco de una sociedad organizada a partir del dinero, que deja a millones de personas, virtualmente, sin «voz pública» frente al poder? Y qué significa el compromiso con la igualdad, en relación con una sociedad en donde existen graves tensiones distributivas, y en donde una mayoría de la población no accede al trabajo formal, o no consigue lo suficiente para comer? En tales circunstancias, son los ciudadanos —y no los jueces— los que deben ponerse primariamente de acuerdo acerca de cómo regular, en la práctica, el acceso de voces diversas al «ágora» o foro público; o cómo organizar la distribución de lo escaso. Se trata de problemas difíciles, en relación con los cuales estaremos, previsiblemente, en desacuerdo; y respecto de los cuales no contamos con respuestas «correctas» o cognoscibles de antemano luego de años de estudio. Somos nosotros —los ciudadanos democráticos— los que debemos definir si queremos o no contar con una «ley de medios», o qué contenidos queremos darle a nuestro presupuesto.

Cabe advertir, por lo demás, lo que debiera ser obvio: para quien defiende una visión dialógica de la democracia, es claro que este tipo de decisiones colectivas no pueden tomarse a las apuradas, o de un momento al otro; o de forma procedimentalmente descuidada —por aclamación, a través de aplausos o por medio de «vivas» frente al líder de turno. En otros términos: sostener que defendemos una democracia deliberativa quiere decir, entre otras cosas, que no queremos ni aceptamos procedimientos que sean irrespetuosos del hecho de que todos valemos igual. Todo lo contrario: la idea es que todas las decisiones públicas relevantes —y mucho más, las relacionadas con los intereses que más nos importan, y que definimos como «derechos»— sean tomadas conforme a procedimientos de discusión inclusivos, abiertos, informados y transparentes. Desafortunadamente, no contamos con reglas de juego que sean perfectas, infalibles, ni más respetuosas de nuestra igual dignidad, que las propias de una conversación entre iguales¹⁴.

¹⁴ Por si hiciera falta volver a insistir al respecto: nada más alejado del ideal dialógico que dejar los derechos fundamentales a la merced de la decisión de un individuo o grupo de individuos supuestamente expertos; o libra-

Sobre la justificación del control judicial y sus modos posibles

Aunque ese modelo de «constitucionalismo débil» quizá pudiera resultar funcional en un país como Canadá, ¿no es imprudente trasladarlo a países de características muy distintas (en los que, precisamente, no existe la homogeneidad a la que antes me refería), como ocurre con los latinoamericanos y, en particular, con México? Si de lo que se trata es de asegurar cierto equilibrio entre —cabría decir— las razones autoritativas incorporadas en los textos normativos aprobados por los órganos que son expresión de la voluntad popular, y las razones sustantivas que podrían elaborar los tribunales constitucionales, ¿no podría lograrse eso simplemente dando fuerza al principio interpretativo de deferencia al legislador o estableciendo una mayoría cualificada para que un tribunal constitucional pueda declarar inválida una ley (tal y como ocurre, por ejemplo, en México), en lugar de pretender que un tribunal actúe como si no fuera un tribunal (prescindiendo del principio de bivalencia)?

Las preguntas y comentarios de Manolo Atienza sobre este punto, referido al control judicial, muestran —en su brevedad— algunos aspectos atractivos e inatractivos distintivos de la posición que él sostiene en la materia. Por el momento, me concentraré en uno solo de esos aspectos: la preocupación contextual en el análisis sobre las instituciones. Manolo hace muy bien en preguntarse si, en América Latina, tiene sentido adoptar (o trasplantar) instituciones que, en apariencia, han funcionado aceptablemente bien en contextos muy diferentes (pongamos, los mecanismos dialógicos en particular; el «constitucionalismo débil», en general). Asimismo, él hace bien en preguntarse por el peso o influencia de uno de esos temas contextuales —decisivo cuando uno pretende hacer comparaciones de este tipo— como lo es el problema de la desigualdad. Según me parece, Manolo alude a la desigualdad para señalar que, en sociedad más homogéneas (Canadá), o con menos diferencias sociales provocadas por la desigualdad, los niveles de conflicto social son también menores, y así también los riesgos de abuso político. En cambio, en sociedad más desiguales (México), tendría más sentido contar con protecciones adicionales (derechos bien atrincherados en la Constitución) e institucionales (un Poder Judicial muy atento frente a los excesos de la política) como forma de confrontar tales previsibles abusos.

Ahora bien, esa apropiada advertencia que hace Manolo, en torno a la importancia de prestar atención al contexto en el que funcionan nuestras instituciones, peca de un defecto muy común, cual es el de asentarse en un análisis contextual demasiado imperfecto. Por supuesto, es inevitable que nuestra descripción y evaluación de un determinado contexto social o nacional resulte limitado en sus alcances (nunca cubriremos, menos de manera impecable, todos los detalles relevantes del caso que escojamos examinar, cualquiera sea), como es prácticamente inevitable que difiramos en nuestros enfoques respectivos. En todo caso, y por ello, quiero prestar atención a un detalle que no es menor: un problema mayúsculo, en verdad, que tiene que ver con la misma línea de análisis que Manolo destaca como prioritaria. Me refiero a la

dos a lo que diga una mayoría circunstancial, por aclamación, sin información pública, sin debate, a golpe de plebiscitos o a las apuradas. La conversación pública es otra cosa.

desigualdad y su impacto en las instituciones —o, más precisamente aún, a la desigualdad y su impacto en las instituciones de América Latina.

Desde mi punto de vista, una de las consecuencias más trágicas, en términos institucionales, que derivan de la creciente desigualdad que distingue a nuestras sociedades (en todas partes, pero tal vez de manera especial en América Latina, dada su historia de fragilidad institucional), tiene que ver con la «colonización» del aparato institucional (de los mecanismos de *checks and balances*) por los poderes «viejos» o establecidos. Se trata de un fenómeno o patología muy parecida a lo que, en los últimos años, la doctrina comparada pareció «descubrir» en países centrales —un fenómeno al que ha descrito con la idea de «erosión democrática».¹⁵ En América Latina, el «novedoso fenómeno» de la «erosión democrática» tiene más de dos siglos de historia, y encuentra su origen en la desigualdad social, económica y política que ha caracterizado desde siempre a los países de la región, y que se ha trasladado —desde mediados del siglo XIX— a la organización constitucional, en formas de poder concentrado. Se trata de un poder concentrado que, como ocurre típicamente en los «países centrales» «hoy afectados» por el fenómeno de la «erosión democrática», comienza a desmontar o conquistar a los organismos llamados a controlar a ese poder concentrado.

El resultado es desalentador porque el poder concentrado —para decirlo en términos de James Madison— cuenta con los «medios institucionales y las motivaciones personales» para atacar o invadir (*encroach*), y finalmente capturar, a esas instituciones destinadas a controlarlo. De modo no-sorpresivo, es el Poder Judicial el primer Poder que tiende a caer en las redes del control político dominante.

Notas de sentido común como las anteriores nos ayudan a cuestionar el análisis de Manolo, en general, pero muy particularmente al mismo cuando él se dirige —como se dirige habitualmente— a reflexionar sobre el caso de América Latina. Si lo que sostengo es cierto, termina resultando algo ingenuo (porque, justamente, olvida la «dimensión del poder y del conflicto») el análisis que enfatiza sin más (sin contexto!) la importancia de contar con un Poder Judicial fuerte y activo, destinado a custodiar los derechos y controlar al poder. En América Latina, la regla, antes que la excepción, tiende a ser la contraria a la que aparece implícita en el análisis de Manolo Atienza: previsiblemente, el poder político en ejercicio va a encontrar respaldo especial (antes que resistencias) a sus políticas, en el trabajo de los tribunales.

En efecto, en tales contextos de desigualdad y fragilidad institucional, el tradicional «control judicial fuerte» pasa a ser parte central del problema institucional en juego, y ni las formas más moderadas del «control débil» (como la canadiense), ni la «deferencia al legislador» (un legislador previsiblemente alineado con el poder de turno) prometen convertirse en solución para tales males. En otros términos, un análisis contextual apropiado nos sugiere que no es dable pensar que prosperen, en América Latina, ciertas formas de control judicial «débil», como la relacionada con la «cláusula del no-obstante» (que ni siquiera ha funcionado bien en su país de origen, Canadá), ni —en particular— las tradicionales formas del control «fuerte». En efecto, un análisis contextual apropiado nos sugiere que tampoco es dable esperar que en América

¹⁵ T. Ginsburg & A. Huq (2018), *How to save a constitutional democracy*, Chicago: The University of Chicago Press; S. Levitsky & D. Ziblatt, *How democracies die*, New York: Crown.

Latina funcione bien el modelo de «control fuerte» que no viene funcionando bien en la región, y que dista de ser una panacea, en los «países centrales.» Volveré sobre el tema en la próxima sección, y ofreceré algunos ejemplos reales para ilustrar y clarificar mi crítica al modelo de control judicial «fuerte» o clásico.

Sobre los sistemas políticos y los riesgos del «populismo»

Y en fin, ese constitucionalismo dialógico... ¿no tendría algo que ver con una teoría política tan poco recomendable como el populismo? ¿Sería esa la mejor manera de concebir —o de fundamentar— la legitimidad política?

Concluyo mi análisis sobre las preguntas y comentarios de Manolo Atienza, haciendo referencia a una de sus más habituales críticas, frente a quienes defendemos posiciones de tipo «dialógico»: la crítica al «populismo» político que tales alternativas dialógicas alentarían o favorecerían.

Antes de adentrarme en el examen de dicha crítica, de todos modos, permítanme proponer una definición posible para el controvertido término «populismo». Propongo, entonces, considerar, al menos de manera provisional, una definición de «populismo político» como la siguiente: la noción de «populismo» nos refiere a líderes políticos que buscan gobernar pasando por encima de los mecanismos tradicionales de control y toma de decisiones, y apelando en su discurso (pero no en los hechos) de modo directo, a la ciudadanía. Conviene advertir, de antemano, que esta definición de «populismo» —definición que es perfectamente consistente con fenómenos que pudimos ver en Estados Unidos con Trump; en Hungría con Orban; o en Brasil con Bolsonaro— de ningún modo nos habla de arreglos institucionales vinculados con los mecanismos dialógicos que aquí defendemos. En efecto, ni Trump, ni Orban, ni Bolsonaro, mostraron jamás el menor interés en transferir poder de decisión y control a una ciudadanía a la que apelaban en los discursos, pero a la que en la práctica no le permitían ejercer control alguno sobre el poder, ni decidir sobre sus propios asuntos, o actuar con independencia de la voluntad del líder. Todo lo contrario: todos y cada uno de los vínculos definidos por tales líderes «populistas» con la ciudadanía estuvieron marcados por una lógica «aclamatoria», que de ningún modo se traducía en la transferencia de poder institucional efectivo hacia la ciudadanía. Cualquier definición sería de «populismo» reconoce —como debe reconocer— lo mismo: con el «populismo», las instituciones de control al poder no resultan fortalecidas, sino debilitadas o disueltas. De manera similar, en ningún régimen de tipo «populista» encontramos una transferencia efectiva de poder de decisión, desde el líder y hacia los ciudadanos. Si —como supongo— estos datos son ciertos, entonces, resulta incomprensible la afirmación según la cual el constitucionalismo dialógico tiene algún «parecido de familia» o parentesco, aún muy lejano, con el «populismo». Más bien lo contrario.

Por razones como las anteriores es que la pregunta de Manolo acerca de si el constitucionalismo dialógico «no tendría algo que ver» con el populismo, puede contestarse de manera fácil y contundente. La respuesta es «no, en absoluto». Ello así, porque este tipo de constitucionalismo se propone, centralmente, «abrir» la discusión pública, e integrar a la sociedad civil, en el control del poder, y en el proceso de toma de decisiones. De este modo, este «constitucional-

lismo dialógico» se diferencia de las formas tradicionales de organización del poder que —como viéramos— tienden a ser capturadas o «colonizadas» por el poder establecido, o el presidencialismo concentrado.

Veamos, en relación con lo dicho, de qué forma el «populismo» termina siendo favorecido por esos mecanismos tradicionales de control (judicial) al poder, recomendados por constitucionalistas como Atienza. Permítanme, para ello, volver al ejemplo de Trump en los Estados Unidos. Aunque es cierto que líderes como Trump buscaron «erosionar» desde dentro mecanismos como los de *checks and balances*, también es cierto que, por los medios tradicionales y establecidos —y sin trampas— Trump, y con él la derecha más extremista, logró tomar pleno control de la Presidencia (i.e., gracias a un Colegio Electoral que permite que gane la presidencia quien pierde democráticamente las elecciones, aún por más de un millón de votos), el Senado, y la Corte Suprema. Quiero decir, hoy por hoy, la derecha más reaccionaria controla la Corte Suprema de los Estados Unidos, y está en condiciones de imponer sus visiones más extremistas (pensemos en casos recientes, como *Dobbs*), no a partir de patologías institucionales, sino como resultado del funcionamiento «normal» de un sistema de «control fuerte» de constitucionalidad. Dicho sistema se ha mostrado funcional al «populismo» y amigable con él, y no al contrario. Insisto: el control judicial «fuerte» no se ha constituido —como era esperable, según algunos— en la gran barrera de defensa de los derechos y control al poder, sino en un indispensable apoyo y sostén del poder «populista». Y ello, más allá de toda «erosión» o ruptura de la maquinaria de controles.

Obviamente, lo que en los Estados Unidos muestra ribetes muy preocupantes, adquiere facetas patéticas en América Latina. En esta región, los modos tradicionales del control judicial «fuerte» tienden a servir, más que como control o contrapeso del poder, como principal aval legal para las tropelías de los «populistas» de turno. De allí que la preocupada prédica de profesores como Atienza, en la materia, resulte tan desatinada, cuando se la mira desde la región.

Ofrezco sólo dos ejemplos muy recientes y de extraordinaria —histórica— importancia, para respaldar lo que señalo. Piénsese, por caso, en la confrontación que se iniciara en el 2010 entre el Presidente Rafael Correa y los directores del diario El Universo, luego de que desde las páginas de este último se criticara al mandatario ecuatoriano por su utilización de los medios coercitivos bajo su control. Entonces, la justicia solicitó tres años de prisión para los periodistas querellados por el Presidente, más el pago de 40 millones de dólares de indemnización (!!!). Dicho escandaloso fallo, cabe notarlo, fue ratificado en segunda instancia, y respaldado luego —sin inconveniente alguno— por la Corte Suprema del país. ¿Alguien podía creer que, en un caso de conflicto entre el poder concentrado y los derechos constitucionales más básicos, los tribunales ecuatorianos iban a tomar partido por la libertad de expresión y por el control irrestricto sobre el Presidente? ¿Alguien podía esperar un resultado diferente?

Mi segundo ejemplo es el de Evo Morales, y tiene que ver con la búsqueda infructuosa, por parte del ex Presidente boliviano, de una nueva (cuarta!) reelección. El hecho es que la Constitución prohijada por el propio presidente de Bolivia impedía esa (cuarta) reelección. Por lo tanto, y como modo de sobrepasar esa limitación constitucional (la que «su propio texto constitucional» le imponía), Evo Morales buscó una autorización para perseguir un nuevo mandato, a través de la convocatoria a un referéndum nacional. En el 2016 se celebró entonces, y a su pedido, dicha consulta popular, que el Presidente perdió de manera resonante. Frente a

esta nueva negativa (la primera fue constitucional, la segunda democrática), el Presidente volvió a insistir con su pedido reeleccionario, esta vez frente a la Corte Plurinacional del país. ¿Qué hizo entonces —previsiblemente— la máxima Corte del Ecuador? ¿Respaldó la Constitución y los derechos fundamentales establecidos en ella —como Manolo hubiera querido y esperado? No, en absoluto. ¿Reconoció, al menos, el valor de la mayoritaria expresión popular, en el referendun? Tampoco. ¿Ayudó en la necesaria tarea de controlar al poder? De ningún modo. Contra todas nuestras demandas y deseos, la Corte Plurinacional respaldó, en cambio, el reclamo por una nueva reelección del Presidente en ejercicio. El 20 de Noviembre de 2017, enfrentando a la Constitución, los derechos fundamentales, y la consulta popular, la Corte invocó a la Convención Americana de los Derechos Humanos, y sostuvo que la Constitución y la consulta popular violentaban los derechos humanos del Presidente, y abrió de ese modo el camino de su reelección (lo cual terminaría generando una gravísima crisis institucional). Es decir, como era esperable, el máximo Tribunal del país no se convirtió en salvaguarda última y fundamental de los derechos constitucionales frente al poder, sino en vanguardia institucional del ataque contra el constitucionalismo, y en defensa del poder concentrado. ¿Alguien podía esperar, razonablemente, un resultado contrario?

Este tipo de ejemplos, finalmente, sólo nos ayudan a subrayar lo que resulta obvio, desde cualquier análisis institucional contextualizado y no-ingenuo: un análisis alerta frente a lo que ocurre y previsiblemente va a seguir ocurriendo, en América Latina, en el marco de sistemas de control judicial «fuerte». Antes que un decidido activismo en favor de los derechos sociales, y una protección aguerrida de los derechos humanos, lo que encontramos en la región —de forma habitual, y de manera previsible— es un sistema judicial genuflexo, puesto al servicio de los autoritarismos de turno.

Cierro entonces mis comentarios frente a las preguntas y críticas del amigo Manuel Atienza, con una cita de un autor de referencia para ambos, Ronald Dworkin. Le ofrecería a Manolo, en esta materia, un consejo que Dworkin nos legó a todos, en materia de diseño institucional: «tenga cuidado con principios en los que puede confiar sólo si es que quedan en manos de personas que piensan como Usted».¹⁶ En otros términos, en circunstancias como las presentes (y, de manera muy especial, en regiones como la latinoamericana) las formas tradicionales de organización del poder (incluyendo, de modo particular, las formas «fuertes» del control judicial) han pasado a formar parte central de nuestros problemas. El poder concentrado ha aprendido a tomar control de esos organismos de control, y en ocasiones los ha puesto a trabajar a su propio servicio. En el marco de estas dificultades, el ideal regulativo de la «conversación entre iguales» nos ofrece un buen punto de mira desde donde someter a crítica los arreglos institucionales existentes, y desde donde imaginar formas de diseño institucional alternativas. Ojalá, en nuestras próximas discusiones con Manolo, podamos centrarnos ya no en las mutuas diferencias, sino en cómo pensar y completar el espacio que existe entre los viejos arreglos institucionales (algunos, del tipo que él defiende), y los ideales regulativos más abstractos (algunos, del tipo que yo sostengo).

¹⁶ R. Dworkin (1995), *The Unbearable Cost of Liberty*, *Index on Censorship*, vol. 24, May-June 1995, p. 6. <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1080/03064229508535943>

JUSTICIA Y PARTICULARISMO JUDICIAL: NOTAS ACERCA DE ALGUNAS TESIS DE MANUEL ATIENZA

VICTORIA ITURRALDE SESMA

Universidad del País Vasco

Es un misterio que algunos filósofos y juristas traten a los derechos como si éstos estuvieran de algún modo más allá de toda disputa, como si pudieran ser abordados desde un plano distinto en el derecho, desde el plano solemne de los principios constitucionales, alejado del vocerío de los Parlamentos y la controversia política y de desacreditados procedimientos como el voto

J. WALDRON (2005), p. 20

1. HACER JUSTICIA A TRAVÉS DEL DERECHO

Resulta complejo dedicar sólo unas páginas a comentar algún aspecto de la obra de la calidad del Manuel Atienza, de la que todos los iusfilósofos españoles nos sentimos deudores, pues son considerables los temas por él abordados. Intentaré poner de relieve las razones de mi discrepancia con dos temas: la idea de que los jueces deben hacer justicia a través del derecho y la tesis particularista de la toma de decisiones judiciales.

Frente a la idea de que el fin de la argumentación consiste en dar razones en favor de una de las soluciones posibles dentro de los límites del derecho, para Atienza uno de los fines de la argumentación es la consecución de la justicia; justicia que sitúa en el plano de la aplicación del derecho y no en de la validez de las reglas.

Atienza pretende conjugar dos ideas: que los jueces deben hacer justicia y evitar así graves anomalías valorativas y, al mismo tiempo, la no transgresión de los límites del derecho. El modo de hacerlo es *ampliar los límites del derecho* a través de la aplicación de los principios, la derrotabilidad de las normas y la aplicación de las razones subyacentes a estas.¹ Esto está vinculado a la idea de la necesidad de una nueva concepción del Derecho en los Estados constitucionales: el Derecho no es sólo un fenómeno autoritativo, sino que hay que agregarle la dimensión valorativa;² esto es, ver el Derecho, no sólo como reglas sino también como principios (es decir, como valores y pro-

¹ Atienza (2010): p. 56.

² Atienza (2013 b): pp. 123-124.

pósitos). «Si partiésemos de una imagen del Derecho como compuesto exclusivamente por reglas, no tendríamos de mecanismo alguno para evitar que el conjunto de las decisiones fundadas en derecho (...) presentase un cierto número de *graves anomalías valorativas*.»³

Antes de seguir, hay que decir que Atienza admite las dos tesis definitorias del positivismo jurídico: la tesis de las fuentes sociales y la tesis de la separación entre Derecho y moral (al modo del positivismo incluyente); «Ambas tesis —dice— son manifiestamente verdaderas y constituyen una especie de acuerdo indisputado para todos aquellos que hacen teoría del Derecho de forma no extravagante.»⁴ Y a continuación añade que el paradigma constitucional no puede entenderse como la culminación del positivismo sino como *el final de esa forma de entender el Derecho*. «La debilidad del positivismo jurídico estriba en que, así entendido, la teoría resulta, por un lado, *irrelevante*, y por otro, resulta ser un *obstáculo* que impide el desarrollo de una teoría y una dogmática adecuadas a las condiciones de un Estado constitucional.»⁵ Hace falta «una mayor altura de miras (...) y, por así decirlo, *ampliar los límites del derecho* (no suprimirlos) para facilitar así el poder de *hacer justicia a través del Derecho*.»⁶

Dicho esto, hay que destacar que la manera de hacer justicia a través del Derecho que defiende Atienza se produce no en el plano de la *creación* del derecho y de su control por los tribunales correspondientes, sino en su *aplicación*, concretamente en la aplicación por los jueces de los principios y valores que las reglas siempre incorporan.

La importancia de los principios radica para Atienza (más que en su estructura) en las *funciones* que cumplen: justificar las reglas dotándoles de sentido y regular la conducta de los jueces; la fuerza de los principios es tal que los jueces deben aplicarlos directamente:⁷

- (a) cuando no existen reglas específicas que se apliquen a un caso (lagunas normativas),
- (b) cuando las reglas presentan problemas de indeterminación en su formulación,
- (c) cuando las reglas están en conflicto con los principios que las justifican o con otros principios del sistema,

e indirectamente:

- (d) cuando hay que recurrir a las razones subyacentes a las reglas, y
- (e) cuando la regla ha omitido propiedades adicionales que son lo suficientemente relevantes —desde el punto de vista de los valores que el derecho incorpora— como para exigir una solución normativa diferente (laguna axiológica). Se trata de casos de *supra* o *infra* inclusión.

En los dos primeros casos, los principios cumplen las funciones que la dogmática jurídica y la teoría del derecho atribuyen a estos: son un medio para solucionar los casos de lagunas, así

³ Atienza-Ruiz Manero (2009): p. 107 (cursivas mías).

⁴ Atienza-Ruiz Manero (2006): p. 775.

⁵ Atienza-Ruiz Manero (2006): pp. 775 (cursivas mías).

⁶ Atienza (2018): p. 46 (cursivas mías).

⁷ Atienza-Ruiz Manero (1996): p.23; Atienza-Ruiz Manero (2009), p.107.

como para interpretar las reglas. En ninguno de ellos los principios sustituyen a las reglas: en el primer caso porque no hay regla y, en el segundo, porque se trata de preferir una interpretación (la que está en consonancia con un principio) frente a otra.

Los tres siguientes casos son diferentes: tienen como premisa una *valoración negativa* de lo dispuesto por el legislador, valoración que legitima dejar de lado las reglas y aplicar directamente los principios, las razones subyacentes a la regla o directamente ir más allá de la ley (hacer una «interpretación» *contra legem*).

Así, en el caso (d), la aplicación de las razones subyacentes frente a las reglas es necesaria —dice Atienza— porque puede ocurrir que ciertos casos, aun constituyendo *prima facie* instancias del caso genérico configurado en las condiciones de aplicación de la regla, no estén dentro del *alcance justificado* de la misma, bien porque las principales razones que respaldan la regla no se apliquen en absoluto en ese caso; porque aun aplicándose esas razones se aplique también otra razón más fuerte que exige una solución normativa distinta; o porque las razones que respaldan la regla se aplican en un grado ínfimo o insignificante.

La justificación del último supuesto (e) se basa en que ningún legislador puede prever todas las combinaciones de propiedades que pueden presentar los casos futuros, lo que implica que nunca puedan evitarse los fenómenos de supra o infrainclusión, esto es «de incluir en el ámbito de aplicación de las reglas casos que no debieran estar incluidos a la luz de los propios valores y propósitos subyacentes a la regla de que se trate y de no incluir en ese mismo ámbito de aplicación casos que sí debieran estar incluidos a esa misma luz.»⁸

Por otra parte, la prioridad de la justicia frente a la aplicación de las reglas tiene un gran alcance: ante la pregunta de si puede evitarse la ponderación, Atienza responde que en muchos casos sí y añade: «pero lo que habría que plantearse, la pregunta que realmente importa, es si resulta conveniente hacerlo. Quiero decir con ello que evitar recurrir a una ponderación, y resolver el problema en el nivel de las reglas, puede suponer incurrir en formalismo, en formalismo indebido, puesto que el razonamiento jurídico (a diferencia de la moral) supone siempre un ingrediente formalista ... El formalismo en sentido peyorativo supone no prestar atención a las razones subyacentes a las reglas, o sea, no ver el Derecho como un sistema de reglas y principios; o, dicho de otra manera, tratar de resolver todos los casos sin recurrir a los principios y, por lo tanto, a la ponderación.»⁹

Por ejemplo, en relación con el problema planteado hace unos años por los desahucios, concretamente con la aplicación del artículo art 695 de la LEC según el cual el juez sólo puede admitir la oposición del ejecutado en una serie de supuestos que no incluyen la «nulidad del título» (que solo podía discutirse en otro procedimiento declarativo, pero sin efectos suspensivos, art. 698), se pregunta Atienza: ¿por qué no podemos *interpretar* que en ambos artículos (o en uno de ellos) *figura implícita una cláusula de «a menos que»* de manera que el primero de los artículos *podríamos leerlo así*: «en un proceso ejecutivo, el juez no puede admitir la oposición del ejecutado que aduzca como razón para ello la nulidad del título del ejecutante, a no ser que esa nulidad derive del carácter abusivo de una cláusula del contrato y siempre que, dadas las

⁸ Atienza-Ruiz Manero (2009), p.107.

⁹ Atienza (2010): p. 56.

circunstancias del caso, la no admisión tuviera como consecuencia colocar al ejecutado en una posición de efectiva indefensión». Y añade que «*tampoco podemos suponer que (el legislador) quisiera que, como consecuencia de los cambios sobrevenidos en los últimos años (después del 2000 cuando se aprobó la ley), la aplicación, literal, estricta, del artículo tuviera las consecuencias tan injustas que, estamos viendo, provoca en la práctica.*» El juez —dice Atienza— no estaría incurriendo en activismo judicial, sino que «estaría contribuyendo con esa interpretación a desarrollar el Derecho de manera que, si se quiere, está yendo más *allá* del Derecho (mejor: de las reglas) y realizando una labor creadora, pero no estaría yendo *en contra* del Derecho;»¹⁰ interpretación que se justifica en las razones subyacentes y la voluntad del legislador.¹¹

2. LA JUSTICIA

Mi primera y fundamental discrepancia con el profesor Atienza tiene que ver con la justicia. Atienza habla en términos de «justicia» como si hubiera una única concepción de la justicia, y como si las incontables cuestiones reguladas del derecho tuvieran una única regulación justa, omitiendo la mención a las diferentes teorías de la justicia. Por otro lado, los Estados constitucionales contemporáneos son sociedades pluralistas que, de un lado, recogen unos derechos fundamentales comunes, pero al mismo tiempo albergan prescripciones contradictorias sobre las diversas materias. Y los ordenamientos de un Estado están conformados por un gran número de reglas y principios promulgados a lo largo del tiempo por parlamentos y gobiernos de diferente signo político, cuyos principios no son totalmente coincidentes.

Atienza responde a esto con el objetivismo moral. Brevemente, se puede definir el objetivismo moral distinguiendo tres tesis: una tesis ontológica, una epistemológica y una semántica¹².

Tesis ontológica: hay un conjunto privilegiado de principios (o valores, razones, pautas) morales válidos con independencia de cualquier contexto (de las creencias y deseos de los seres humanos en cualesquiera circunstancias).

Tesis epistémica: Los seres humanos disponemos de acceso epistémico confiable a este conjunto privilegiado de pautas morales válidas.

Tesis semántica: Los juicios morales son aptos para la verdad y la falsedad.

Atienza habla de un «objetivismo moral mínimo» que acepta las tesis anteriores, salvo que, en relación con la tesis semántica, en lugar de hablar de verdad de los juicios morales lo hace en términos de *corrección*.

¹⁰ Atienza (2013 b): p. 125.

¹¹ Atienza (2013 b): pp. 125-126 (cursivas mías). «cuando se examinan cuáles son las *razones que subyacen* al texto de esos artículos (y de los otros que regulan el procedimiento ejecutivo), ... no (es) el de colocar a estos últimos en una situación de indefensión; dicho de otra forma, *sería absurdo pensar que el propósito del legislador haya sido la desprotección de los consumidores.*» ... «Pero la crisis (una circunstancia sobrevenida y que el legislador no pudo tener en cuenta cuando dictó la ley) transformó la situación y obliga en consecuencia, a los jueces (en tanto no se cambie la ley) a *efectuar ciertas excepciones en esas reglas para reestablecer el equilibrio.*»

¹² Moreso (2011): pp. 187-188.

Se trata de una objetividad de razones (no ontológica), falible, que no implica un realismo moral, y que apela a razones tanto procedimentales como sustantivas, y que no se identifica ni con la moral individual ni con la moral social. «En mi opinión —dice—, la postura más adecuada es la del llamado constructivismo o procedimentalismo moral, en alguna versión como la suscrita por John Rawls, por Jurgen Habermas o por Carlos S. Nino que, por lo demás, son sustancialmente coincidentes. La base de ellas es que los principios de moral justificada serían aquellos a los que llegarían por consenso un conjunto de agentes que discutieran respetando ciertas reglas más o menos idealizadas»¹³. Por otro lado señala: «Cuando defendiendo el carácter laico del Estado —dice— no estoy sencillamente mostrando una preferencia personal o una preferencia compartida por un determinado grupo social, sino 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.»¹⁴ Sostiene que hay puntos de partida, ideas sobre cómo debemos vivir, que son *objetivas* en el sentido de que *se nos imponen, no las hemos construido nosotros*. Una de esas ideas es 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 las razones de una persona no derivan de sus propios intereses y compromisos efectivos, que no sólo hay razones relativas al agente.»¹⁵ Este principio de dignidad lleva a aceptar que todas las personas tienen un derecho moral a «la satisfacción de sus necesidades básicas, al disfrute de aquellos bienes primarios que son condición necesaria para vivir una vida humanamente digna.»¹⁶

Me sumo aquí a las objeciones que el profesor García Amado hace a Atienza en un interesante debate,¹⁷ por lo que me limitaré a señalar cuatro aspectos. Uno, que «dignidad de la persona», «necesidades básicas», son conceptos profundamente discutidos que no sirven para resolver la corrección o no de los juicios morales; como tampoco las expresiones «todas las personas razonables» o «argumentación racional.» Dos, la idea de que hay valores objetivos se remite a unas *condiciones ideales*;¹⁸ inaplicables por tanto para las condiciones reales de las sociedades que conocemos y en que se desarrolla el Derecho. Tres, uno de los requisitos de toda argumentación es que debe ser explícita, requisito con el que choca el objetivismo moral, al no haber un método compartido que permita abordar los desacuerdos acerca de cómo se puede conocer la corrección de un juicio moral, de cómo convencer a una persona de su equivocación, etc.¹⁹ Cuatro, si el objetivismo moral existiera, debería implantarse en la legislación y no sólo en fase de aplicación

Rechazar el objetivismo moral no supone abrazar el escepticismo ético, ni el emotivismo. Mi postura se acerca a un relativismo metaético, en el sentido de que no hay una metodología que nos permita fundamentar objetivamente los juicios morales, pero pueden establecerse algunos criterios de justificación de los juicios éticos (como la consistencia, la universalidad, la

¹³ Atienza (2013 a): p. 550.

¹⁴ Atienza (2017): p. 194.

¹⁵ Atienza (2017): p. 214.

¹⁶ Atienza (2017): pp. 215-216.

¹⁷ García Amado (2000), (2022); Atienza (2020).

¹⁸ Cfr. Moreso (2003): p. 147, y Celano (1992)

¹⁹ Cfr. Waldron (2005): Cap. VIII

imparcialidad, la suficiente información y la suficiente libertad), criterios del todo insuficientes para eliminar las discrepancias éticas.²⁰

III. UN MODELO PARTICULARISTA DE TOMA DE DECISIONES JUDICIALES

Schauer habla de dos modelos de toma de decisiones: el modelo basado en reglas y el modelo particularista (o modelo atrincherado de reglas y modelo no atrincherado).²¹ En el primero, el juez debe limitarse a establecer si el caso individual cae bajo el ámbito de aplicación del caso genérico, omitiendo cualquier valoración sobre si alguna característica del caso individual ha sido ignorada por la regla, si esta va en contra de la voluntad del legislador, etc. En el modelo particularista, el juez debe tomar en consideración todos los aspectos relevantes de caso individual, de manera que tiene que establecer *caso por caso* cual es la decisión *justa*.

Pues bien, las tesis de Atienza acerca de cómo debe aplicar el juez el Derecho tienen como consecuencia un modelo particularista con el que discrepo, pues es incompatible con el *imperio de la ley*²² (que es uno de los rasgos de los actuales Estados constitucionales). Determinar si la regla aplicable está en conflicto con los principios, si hay que atender a las razones subyacentes o si las reglas son sub o supra incluyentes, sólo puede hacerse *caso por caso* (modelo particularista),²³ lo que lleva a una gran inseguridad jurídica, a la desigualdad en la aplicación de la ley, pero sobre todo a prescindir de la legislación democrática. El mismo Atienza señala expresamente que en algunos casos hay que ir *más allá* (es decir, en contra) *de la ley; como en* el caso de los arts. 695 y 698 de la LEC respecto de los que propone, en sede aplicativa, *añadir* al texto del artículo la cláusula «a menos que.»

Esto no quiere decir que no puede haber y excepciones a las reglas, pero las excepciones deben estar en las reglas mismas, no en las razones (Raz). Tampoco que las razones subyacentes sean totalmente ajenas en la aplicación del derecho, pues pueden servir como criterio para elegir entre una pluralidad de interpretaciones; interpretaciones que están *limitadas* por los significados posibles.

En cuanto a las razones subyacentes, Atienza explica este concepto cuando indica que hay que distinguir entre el elemento directivo de las normas: su función de dirigir la conducta, y el elemento justificativo: «*lo que hace que la conducta prohibida aparezca como disvaliosa, la obligatoriedad como valiosa y la permitida como indiferente*.»²⁴ Hay pues una relación intrínseca entre las normas y los valores, puesto que al establecer, por ejemplo, la obligatoriedad de una acción *p* implica necesariamente atribuir a esa acción un valor positivo.²⁴ Y cuando, teniendo en cuenta su justificación subyacente, la regla difiere de lo ordenado o prohibido se producen los casos de supra e infrainclusión.²⁵

²⁰ Brandt (1982), pp. 35-37; 294-297

²¹ Schauer (2004): pp.137-138; distinción que Atienza recoge en (2013 a); Celano (2015), p. 160.

²² Cfr. Laporta (2007).

²³ Schauer (2004): p. 38.

²⁴ Atienza-Ruiz Manero (2000): pp. 20-21.

²⁵ Atienza-Ruiz Manero (2000): p. 23.

Pues bien, esta representación del Derecho como producto de un legislador racional, dista mucho de la realidad. Hay reglas que se publican sin la más mínima consideración (o con una consideración superficial) de qué estados de cosas se quiere favorecer;²⁶ y hay legisladores realmente incompetentes desde el punto de vista de la técnica legislativa. Con el tema de los desahucios Atienza señala que *no podemos suponer* que el legislador quisiera que ... la aplicación del artículo tuviera consecuencias tan injustas como las que provoca en la práctica. Pues bien, a) está presuponiendo que el legislador tiene la misma idea de justicia que él; b) atribuye al legislador una finalidad (hacer justicia) que (cualquier cosa que esto signifique), habría que probar. La cuestión de la sub o supra inclusión nos lleva al tema de la voluntad del legislador, sobre la que habría que clarificar si se trata de las intenciones semánticas, de los efectos esperados de la ley o de las pretensiones contrafácticas;²⁷ y tener presente que en muchos casos ello remite a la construcción de un hablante ficticio elaborado *ad hoc* por el juez.

En conclusión, como señala Luzzati, el derecho es «una estructura de *poderes y de procedimientos de este tipo la que hay que alentar, ... si se quiere evitar que el derecho se transforme en mero juego.*» «A quien retroceda atemorizado frente a tales 'formalismos', se debe contestar que es en este punto donde se establece un paralelismo entre la positividad del derecho y la democracia. Ello en cuanto es un rasgo característico de toda técnica para la convivencia civil el ser capaz de dar, después de una amplia discusión sobre el fondo de la cuestión, respuestas decisionales y procedimentales a problemas de tipo sustancial»²⁸.

REFERENCIAS

- ATIENZA, M. (1997): «Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos», *Isonomía*, 6, pp. 7-30.
- (2001): «La dimensión institucional de Derecho y la justificación jurídica», *Doxa*, 24, pp. 115-130.
- (2007): «Argumentación y Constitución», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIV, pp. 197-228.
- (2010): «A vueltas con la ponderación», *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, 44, pp. 43-59.
- (2013 a): *Curso de argumentación Jurídica*, Madrid, Trotta.
- (2013 b): *Podemos hacer más*, Madrid, Ed. Pasos Perdidos.
- (2017): *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid, Trotta.
- (2018): «Siete tesis sobre el activismo judicial», *Grand Place*, 10, pp. 39-47.
- (2020): «García Amado y el objetivismo moral», *Teoría y Derecho*, 27, pp. 44-57.
- ATIENZA, M. — RUIZ MANERO, J. (1996): *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel.
- (2000): *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta.

²⁶ Bouvier (2004): p. 400.

²⁷ Iturralde (2014): pp. 92-97.

²⁸ Luzzati (2013): p. 46

- (2006): «Dejemos atrás el positivismo jurídico», *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Ed Universidad de Salamanca, pp. 765-780.
- (2009): «La derrotabilidad y los límites del positivismo jurídico», *Teoría y Derecho*, 4, pp. 102-117.
- BRANDT, R. B. (1982): *Teoría ética*, Madrid, Alianza Editorial.
- BOUVIER, H. G. (2004): «Reglas y razones subyacentes», *Doxa*, 27, pp. 393-424.
- CELANO, B. (1992): «Guistificazioni delle norme e procedure ideali», *Analisi e diritto*, pp. 11-30.
- (2015): «Rule of law y particularismo ético», P. Luque Sánchez (coord.) *Particularismo. Ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*, Madrid: Marcial Pons, pp. 151-168.
- CHIASSONI, P. (2012): «Conceptos tóxicos en la filosofía moral: Desacuerdo ético Objetivism-Style», P. Luque (ed.) *Acuerdos y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Madrid, Marcial Pons, pp. 241-257.
- ELORZA SARAVIA, J.D. (2015): *Valores y normas. Argumentación jurídica y moral crítica. A propósito de la obra de Robert Alexy*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2020): «Objetivismo moral y derecho. Argumentos para el debate con Manuel Atienza», *Teoría y Derecho*, 27, pp.14-43
- (2022): «Iuspositivismo, objetivismo moral y Estado constitucional», *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, 56, pp. 7-31.
- HERNÁN PEREZ-MERINO, M.T. (2011): *El problema de la objetividad en la ética: Un estudio de la polémica objetivismo/subjetivismo a través de las obras de J.L. Mackie y F.V. Kutschera*, Madrid, Universidad Complutense.
- ITURRALDE, V. (2014): «Anotaciones sobre el principio de unidad del razonamiento práctico», *Amario de Filosofía del Derecho*, XXVIII; pp. 79-96.
- LAPORTA, F. (2007): *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta.
- LÓPEZ CASTELLÓN, E. (1994): «Contextualismo ético y relatividad de la justicia», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XI, pp. 13-40.
- LUZZATI, C. (2013): *La política de la legalidad*, Madrid, Marcial Pons.
- MORESO, J.J. (2003): «El reino de los derechos y la objetividad de la moral», *Análisis Filosófico*, XXIII, 2, pp. 117-150.
- (2011): «Antígona como defeater. Sobre el constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli», *Doxa*, 34, pp. 183-199.
- SCHAUER, F. (2004): *Las reglas del juego*, Madrid, Marcial Pons.
- WALDRON, J. (2001): «Does Law Promise Justice?» *Georgia University Law Review*, 17, 3, pp. 759-788.
- (2005): *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons.

LAS RAZONES DEL LEGISLADOR (HOMENAJE A MANUEL ATIENZA)

GEMA MARCILLA

Universidad de Castilla-La Mancha

1. INTRODUCCIÓN

El aumento exponencial de publicaciones científicas obliga a elegir lo excelente¹. A mediados de los noventa, los índices de impacto no eran tan populares como hoy en día, al menos en el ámbito jurídico. Sin embargo, cualquier becario o doctorando de filosofía del Derecho sabía que la excelencia le era accesible, consultando, por ejemplo, la revista *Doxa— Cuadernos De Filosofía Del Derecho* y sin duda los libros y trabajos del profesor Manuel Atienza. Por suerte, además, en mi caso podía escucharle en persona en la Facultad de Derecho de Alicante, a menos de ciento cincuenta kilómetros de la mía.

Por aquel entonces, la filosofía del Derecho en la Universidad de Castilla-La Mancha, tenía una clara inquietud por la argumentación jurídica. Luis Prieto y Marina Gascón me sugirieron realizar una tesis doctoral sobre el alcance y límites del razonamiento jurídico en el ámbito de la creación del Derecho. El artículo de Atienza «Para una teoría de la argumentación jurídica» (1990) y su libro *Contribución a una teoría de la legislación* (1997) fueron para mí como encontrar el ovillo en el laberinto de Dédalo. Su método, sencillo y comprensible, entrañaba una compleja e innovadora visión de la teoría de la legislación, en los confines de la teoría del Derecho y en el contexto de una teoría de la sociedad (Atienza, 1997, 71). Desde entonces, no abordé un problema iusfilosófico sin antes explorar qué opina sobre ello el profesor Atienza.

2. LA LEGISLACIÓN EN LA TEORÍA ESTÁNDAR DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La teoría de la legislación ha sido una preocupación secundaria, pero constante en Atienza, ilustrativa de su visión del Derecho y de las disciplinas jurídicas (Atienza, 2019). El cate-

¹ Si bien, el aumento exponencial de publicaciones y las métricas como brújula han de ser tomados con ciertas cautelas a la hora de testar la salud de la que goza la ciencia, pues la abundancia de resultados científicos conlleva problemas de confiabilidad como los que advierte Marcia McNutt, Presidenta de la Real Academia de las Ciencias de Estados Unidos, pues la reproducibilidad de los datos científicos conduce a veces a resultados falsos, por lo que han de promoverse prácticas investigadoras idóneas e íntegras (McNutt, 2014, 679); máxime en este momento de despliegue del *big data* y de la Inteligencia Artificial.

drático de la Universidad de Alicante considera un prejuicio, herencia del positivismo formalista, la limitación del objeto de los saberes jurídicos a la dimensión interpretativo-aplicativa de las normas. La nítida separación entre la dimensión creativa y operativa de las normas se nutre, en el ámbito del *civil law*, de la idea de que la única aproximación científica que admite el Derecho positivo es la lógico-deductiva. En el ámbito del *common law*, la exclusión de la tarea legislativa de la jurisprudencia deriva fundamentalmente de la importancia del *case law* frente a la legislación como fuente del Derecho. Sin embargo, desde una visión más amplia de lo jurídico, como práctica social compleja donde es fundamental la motivación o argumentación², lo coherente es considerar que la elaboración de las leyes no se encuentra extramuros de «la ciencia jurídica», sino que también es una actividad en la que hay dosis de racionalidad, merecedora de análisis conceptual, procedimental, empírico y propositivo. Así, señala Atienza que «la racionalidad legislativa —o, al menos, cierto grado de racionalidad legislativa— es un presupuesto necesario para poder hablar de racionalidad en la aplicación del Derecho» (1997, 99). En suma, propone dejar atrás el dogma positivista de que el único objeto riguroso para la teoría del Derecho es el modo de razonar de juristas teóricos y prácticos a partir o en los límites del Derecho positivo. Hay que vincular «Derecho racional» y «razonamiento jurídico», de manera que un ámbito de la teoría del Derecho será entonces el estudio analítico y crítico de la producción de las normas. Perfectamente lo ha expresado una de las discípulas de Atienza: «La concepción del Derecho de corte normativista, en la cual el Derecho es un conjunto o sistema de normas jurídicas respaldadas por la autoridad y coerción deja fuera la actividad legislativa [...] Dejar la actividad de los legisladores a la llamada «política del Derecho» es una de las ideas más equivocadas y precisamente ha sido corregida por la concepción postpositivista del Derecho. (Simões, 2023, 343)³.

² La teoría de la legislación se inserta en las tesis básicas de Atienza sobre la teoría jurídica, que ha resumido Lifante (2023) como sigue: 1. Derecho como práctica social: el Derecho es una *actividad en constante desarrollo* en lugar de un conjunto fijo de normas, destacando su aspecto teleológico y valorativo; 2. Derecho como argumentación: enfatiza la *importancia de la argumentación* en la práctica jurídica, *buscando una teoría integradora que abarque dimensiones formales, materiales y pragmática*; 3. Unidad de la razón práctica: defiende la *interdependencia entre Derecho, moral y política*, rechazando el positivismo jurídico; 4. Objetivismo moral mínimo: propone un enfoque basado en la *dignidad humana*, que vincula igualdad, autonomía y dignidad en la ley moral. En el plano político, defiende el *socialismo democrático*, abogando por los derechos sociales como fundamentales y promoviendo una renta básica universal; 5. Defensa de valores constitucionalistas: *respalda el constitucionalismo* y los derechos fundamentales, criticando el neoconstitucionalismo por ciertas implicaciones problemáticas, como el judicialismo; 6. Antirreduccionismo: rechaza las dicotomías simplistas en el debate jurídico y filosófico; 7. Pragmatismo analítico: apuesta por un método basado en el *rigor* y en *solución de problemas*. 8. Filosofía del Derecho regional: promueve el desarrollo de una *filosofía del Derecho latinoamericana* que influya en la cultura jurídica y transforme las instituciones; 9. Función práctica y crítica de la filosofía del Derecho: sostiene que la filosofía del Derecho debe *contribuir a la transformación social* y al desarrollo de la justicia, manteniendo una función crítica en la cultura jurídica.

³ «Como a esas alturas ya es sabido por todos —prosigue Simões— el postpositivismo de la Escuela de Alicante concibe el Derecho como no únicamente un conjunto de normas, sino como una práctica social con la que se trata de alcanzar ciertos fines y valores. Al considerar el Derecho como una actividad, también quedan abandonadas las visiones de que el papel de la teoría del Derecho estaría limitado a describir y explicar el sistema normativo. La teoría pasa a deber establecer también criterios de orientación para quienes participan de la práctica jurídica, especialmente los juristas profesionales, y, por ende, los legisladores y sus asesores» (Ibid.)

Hubiera sido de esperar que la vieja dicotomía formalista entre creación y aplicación del Derecho hubiese sido desmentida, si no por el normativismo (Gascón, 1993, 195-196), al menos por la teoría estándar de la argumentación jurídica y no lo ha sido, o no lo suficiente. Así, autores como Alexy subrayan rasgos del Derecho que pueden aplicarse tanto a la legislación como a la jurisdicción, como la pretensión de corrección, pero el profesor de la Universidad de Kiel, en particular, no desarrolla la argumentación legislativa y únicamente afirma que *la racionalidad de la argumentación jurídica* en la medida en que está determinada por la ley *es relativa a la racionalidad de la legislación*. «Una racionalidad ilimitada de la decisión jurídica presupondría la racionalidad de la legislación. Lo último tiene como condición que en la respectiva sociedad las cuestiones prácticas sean resueltas racionalmente. Para llegar a una teoría del discurso jurídico que contenga también esta condición de racionalidad habría que ampliar la teoría del discurso racional práctico general hasta una teoría de la legislación, y ésta hasta una teoría normativa de la sociedad, de la que la teoría del discurso jurídico constituiría una parte» (Alexy, 1989, 274-275).

Atienza, analizando las tesis de los precursores y autores más representativos de la teoría estándar de la argumentación jurídica y precisamente a cuenta de la racionalidad legislativa, pone de relieve, no solo la ausencia de una «legisprudencia» (Cohen, 1950) (Witgens, 2002, 2005, 2007, 2016), sino también los problemas de algunas tesis de Alexy sobre la aplicación del Derecho. Así, a propósito de la calidad de las leyes, Atienza formula objeciones al *objeto, método y función* de la teoría de la argumentación de Alexy (Atienza, 1991, 236 y ss).

Del *objeto*, ya hemos hecho mención: el profesor de la Universidad de Alicante llama la atención sobre el hecho de que la teoría «estándar» de la argumentación jurídica no ha considerado que «no se argumenta sólo en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho, sino también en el de su establecimiento» (Atienza, 1990, 39-40).

En lo que respecta al *método*, encuentra problemática la tesis del caso especial: para Alexy la argumentación jurídica es un supuesto del discurso práctico general. El discurso aplicativo está limitado por el Derecho positivo —además de por la jurisprudencia y las construcciones de la dogmática— por lo que su especialidad radica en tener que cumplir simultáneamente con una doble pretensión de corrección: adecuación al «Derecho racional» y adecuación al Derecho positivo. Atienza, enfatizando la dimensión institucional del Derecho⁴, señala que *la tesis del*

⁴ «Supongamos que el Tribunal Constitucional actúa de forma contraria a sus deberes y declara esta ley conforme a la Constitución. De acuerdo con el antecedente de la regla que confiere poder para legislar y de acuerdo con el antecedente que confiere al Tribunal Constitucional poder para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, tal ley y tal sentencia serían irregulares (esto es regulativamente inválidas), pero el resultado institucional de ambas resultaría inatacable mediante procedimientos jurídicos. Y el juez al que correspondiera enjuiciar un caso en el que la ley resultara aplicable se encontraría en la disyuntiva de, o bien ser fiel a la Constitución, en cuanto que proscribiera la pena de muerte, o bien ser fiel también a la Constitución, pero en cuanto que ordena la obediencia a las autoridades instituidas por ella misma, y, en especial la vinculación de los tribunales ordinarios a la interpretación de la Constitución llevada a cabo por el Tribunal Constitucional. El sistema jurídico mostraría, en ese caso, contener una tensión irresuelta respecto de los criterios últimos de validez jurídica. Y la posibilidad de una tensión de este género no puede quedar nunca excluida en un sistema cuyas normas supremas tengan un contenido distinto del puro conferimiento de poderes, y reclamen obediencia para ellas mismas y también para las autoridades que ellas mismas se instituyen» (Atienza y Ruiz Manero, 195).

caso especial queda desmentida en presencia de leyes irracionales, que obligan o permiten llevar a cabo acciones discursivamente imposibles, o prohíben acciones discursivamente obligatorias, ya que en tal caso el discurso jurídico no sería un supuesto de discurso moral, sino otro tipo de discurso.

Alexy estaría impugnando su propia tesis del caso especial cuando señala que la racionalidad discursiva no puede determinar el contenido de la decisión, pero conforma la razón para su incorrección, y la medida para su crítica (Alexy, 1989, 317). La tesis del caso especial —señala Atienza— parece indicar que la teoría del discurso opera como instancia crítica de la argumentación operativa: es distinto —señala Atienza— «afirmar que la argumentación jurídica es un supuesto de argumentación práctica racional» que «sostener que la racionalidad discursiva ofrece un modelo desde el cual se puede valorar el Derecho». Si la tesis del caso especial es esta segunda resulta trivial, pues sería la tesis positivista de la *crítica externa* al Derecho. Pero si pretende ser una tesis conceptual, resulta manifiestamente *falsa* (1991, 225).

No parece, a mi juicio, totalmente justa la crítica de Atienza al *método* del discurso, y, en particular, a la tesis del caso especial, al hilo de las leyes irracionales, y pueden darse cuatro argumentos en este sentido:

- 1) En primer lugar, la tesis del caso especial de Alexy responde al objetivo de mostrar la unidad de la razón práctica: en lo esencial, la idea de racionalidad no cambia en la moral, la política, la legislación y la aplicación de normas. Atienza defiende la unidad de la razón práctica, también en relación con la legislación: «La racionalidad legislativa no es sino un aspecto particularmente complejo de la racionalidad práctica en general» (1997, 92)». Y, además, comparando la racionalidad legislativa y judicial, afirma Atienza: «*La diversidad de racionalidades no rompe la tesis de la unidad del discurso práctico*; es decir, resulta posible conciliar la diversidad de reglas de juego en cada contexto argumentativo con la unidad del discurso práctico, con tal de que la diversidad de reglas de juego pueda justificarse de acuerdo con las reglas del discurso práctico (Atienza, 2004, 101, *cursiva añadida*).
- 2) En segundo lugar, la tesis del caso especial de Alexy no es trivial, porque no hace del discurso *à la* Habermas un referente para la crítica externa del Derecho positivo. Antes bien lo considera el ideal regulativo de la argumentación jurídica. La tesis del caso especial no pretende la crítica a las prácticas jurídicas, sino ofrecer un concepto de Derecho: si una ley es irracional —desproporcionada a la luz de los principios y valores expresamente recogidos en la Constitución o subyacentes a las normas que regulan las prácticas institucionales— su validez puede estar en cuestión; puede impugnarse su capacidad de desplegar efectos a través del control de constitucionalidad o de convencionalidad.
- 3) En tercer lugar, Alexy sí considera la irracionalidad de la ley como un supuesto en el que la tesis del caso especial no funcionaría. A su juicio, la racionalidad de una ley es una cualidad *gradual*: la tesis del caso especial se cumple incluso ante leyes irracionales o injustas, pero, siguiendo a Radbruch, «las normas aisladas pierden su *carácter jurídico* y, con ello, su validez jurídica cuando son extremadamente injustas» (1997, 94).

Ciertamente, Alexy no enuncia su tesis del caso especial exigiendo unos *mínimos* de racionalidad como requisito de validez de la ley, sino vetando normas injustas en una medida insoportable: «una norma pierde la validez jurídica cuando es extremadamente injusta por la fórmula según la cual es presupuesto de la validez jurídica de una norma particular el que posea un mínimo de justificabilidad moral[...] la fórmula que apunta a un mínimo presupone consideraciones complicadas cuando es referida a la justificabilidad moral. Por ello, hay que preferir el criterio simple de la injusticia extrema» (Alexy, 1997, 94-95).

- 4) Y, en cuarto lugar, Alexy define bien la tesis del caso especial en la legislación, si bien hubiera sido deseable que la desarrollara. Para el profesor alemán, en el discurso moral, la legislación pone fin a los «problemas de conocimiento», es decir, a la cuestión de elegir entre normas discursivamente posibles, pero contradictorias, y a los «problemas de cumplimiento», esto es, a la cuestión de convertir lo discursivamente correcto en efectivamente vinculante (Alexy, 1989, 314). El discurso legislativo es conceptualizado como un caso especial del discurso práctico general, por cuanto dentro de lo discursivamente posible, se selecciona un resultado, que se convierte en definitivo y obligatorio.

Vistas las críticas de Atienza al *objeto* y *método* de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy a cuenta de la legislación, veamos las objeciones que formula a su *función*: la reconstrucción de las reglas y formas del discurso práctico, como ideal regulativo del discurso jurídico y político-legislativo, cumpliría —a juicio de Atienza— un papel *legitimador* de los resultados de las decisiones, por el mero hecho de que su plasmación institucional haya pasado el test de racionalidad procedimental. Alexy relaciona el discurso práctico general con la implantación de un procedimiento institucionalizado para la producción de normas jurídicas. «Estas razones no suponen simplemente una racionalidad según fines, en cuanto que exigen procedimientos de producción del Derecho que realicen en la mayor medida posible el ideal de la racionalidad discursiva. Un ejemplo de semejante procedimiento lo es el proceso de la legislación del Estado democrático constitucional» (1989, 314-315). Atienza advierte del peligro «de que la teoría del discurso se use no como una instancia crítica para juzgar el Derecho positivo, sino como un modelo para la reconstrucción y justificación de un cierto tipo de Derecho». Además, Atienza prefiere una teoría de la legislación más *realista* y atenta no tanto al desarrollo de contenidos racionales, cuanto a *vetar* lo irracional. Así, en primer lugar, prefiere fijarse en las verdaderas condiciones de existencia de los implicados en el diseño de las leyes, frente al modelo discursivo de posición original o espectador imparcial. Y, en segundo lugar, indica que «la razón práctica se manifiesta, sobre todo, en la capacidad de *decir no* a la persecución de ciertos fines y a la utilización de determinados medios» (Atienza, 1997, 90). Para Atienza, además, la dimensión política de la legislación, digamos de expresión del poder con independencia de las buenas razones, es intrínseca en esta fase. Sobre ello volveremos más adelante.

3. LA TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN DE ATIENZA

Atienza considera que la jurisprudencia necesita de una teoría *unitaria, estructurada y amplia* de la racionalidad legislativa.

Sobre el carácter *unitario* de la racionalidad jurídica ya se han hecho algunas consideraciones más arriba. Pero ahora interesa destacar que Atienza insiste en que tal unidad «no debe llevar tampoco a desdibujar la distinción entre la legislación y la jurisdicción, el momento de la producción y el de la aplicación del Derecho». Legislación y jurisdicción son *contextos argumentativos distintos*. Por ello, afrontar una teoría de la legislación requiere considerar la posición que la institución legislativa ocupa en el conjunto de las instituciones y, en particular, la relación que guarda con la jurisdicción: «si la existencia de una legislatura significa un progreso en el desarrollo del Derecho, es porque en sociedades con un cierto nivel de complejidad lo que se ha llamado racionalidad teleológica no podría lograrse con mecanismos puramente jurisdiccionales» (Atienza, 1997, 98).

Y la *argumentación legislativa, debido al funcionamiento de la política, poco tiene que ver con el discurso racional* (2004, 92, 100-101). El voto de un diputado en apoyo a una ley es, primero, un asunto de disciplina de partido o grupo parlamentario, y la decisión de votar una ley por las fuerzas políticas responde a una multiplicidad de razones y motivos, entre las que generalmente se encuentran la consecución de los propósitos y valores expresados en el preámbulo de la ley, pero no necesariamente. A menudo, tras las leyes hay propósitos electoralistas u objetivos políticos independientes de la ley en cuestión. Las razones que expresa la ley no siempre coinciden con las verdaderas razones, motivos e intereses de los agentes que «argumentan», pero también «negocian» la legislación (Páramo, 2013). Además, los plazos en los que se desenvuelve la toma de decisiones políticas, es un obstáculo a la excelencia legislativa: las elecciones se ganan más con tweets, programas televisivos y otras técnicas publicitarias que con buena legislación. Las regulaciones «populistas», si así pueden llamarse a las que destacan los pros de las leyes, probablemente para un colectivo mayoritario, pero ocultan y sustraen del debate los contras, para colectivos minoritarios, arrasan frente a las leyes solventes, bien fundadas y ponderadas. Asimismo, las medidas legislativas llamadas a ser efectivas a medio o largo plazo —como las medioambientales— no encuentran demasiada recompensa en una sola legislatura, por lo que suelen dictarse leyes cortoplacistas. Digamos que Atienza prefiere un trabajo de campo acerca de la legislación y no cree en una teoría de la argumentación legislativa donde el legislador, que es político, se vea obligado a hacer leyes racionales, pero impopulares.

Tal vez de manera más clara que Atienza lo expresa Simões: «Los legisladores son estratégicos como todos los seres humanos. Ése es el sentido «realista» que propongo que se plantee en una teoría de la legislación, es decir, una teoría que incorpore los elementos del mundo real, de las cosas como son, de las «reglas» de la política, de cómo efectivamente trabajan los legisladores verdaderos» [...] Las leyes no son tanto el resultado de una decisión clara de unos pocos legisladores (comisiones, parlamento, ministros) como el producto de una transacción entre un gran número de participantes extraparlamentarios. Las leyes son compromisos de intereses, coaliciones, poderes plurales. Legislar no es solamente dar argumentos, hay, además de eso, toda una actuación concreta y estratégica» (2023, 341).

En mi opinión, sin embargo, las dosis de realismo no deben transformar ni el objeto ni el método de la teoría de la legislación: estableciendo un paralelismo con la teoría de la argumentación en sede jurisdiccional, las razones últimas y motivos de los jueces también pueden ser de lo más diversos, pero la teoría de la argumentación solo aspira a hacer explícitas las razones en las que expresamente se apoyan las sentencias; es decir, a llevar a cabo la justificación externa⁵. En otras palabras, la racionalidad estratégica de la legislación pertenecería al contexto de descubrimiento y no al de justificación.

Prosiguiendo ahora con la caracterización de Atienza de la teoría de la legislación, el autor señala que esta necesita, no tanto una teoría general y completa de la racionalidad, sino una concepción *estructurada*, que permita «no sólo distinguir entre si diversos sentidos o tipos de racionalidad, sino también ordenarlos de alguna forma» (Atienza, 1997, 60). La legislación es un *proceso de interacción* entre distintos elementos (edictores, destinatarios, sistema jurídico, fines y valores), que puede examinarse desde *distintas perspectivas o ideas de racionalidad: lingüística, lógico-formal, pragmática, teleológica y ética*. Este análisis permite definir en qué consiste una ley racional según cada nivel y, por tanto, determinar qué disciplinas tienen un papel importante, así como indicar qué técnicas permiten incrementar la racionalidad. Esta concepción estructurada permite clasificar la racionalidad legislativa básicamente en *instrumental* y *ética*. La primera constituye una racionalidad de tipo técnico o «débil», encaminada a la adopción de los medios más adecuados para la obtención de otros fines. La segunda, en cambio, representa una racionalidad de tipo sustantivo o «fuerte»: en este nivel intervienen razones de corrección, esto es, «razones que no remiten ya a fines ulteriores y que, por lo tanto, operan como razones últimas» (Atienza, 1997, p. 88). La racionalidad legislativa no requiere una calidad determinada en cada nivel de racionalidad, sino más bien un *equilibrio* entre los distintos niveles, desempeñando la racionalidad ética un papel rector. El carácter práctico (práctico-moral y no sólo práctico-técnico) de la razón no implica, por supuesto, ignorar que la racionalidad tiene también sus límites. Puede fundamentar objetivamente normas y valores últimos, pero no puede hacerlo de manera absoluta e incontestable (Atienza, 1997, p. 89).

En tercer lugar, la racionalidad jurídico-legislativa ha de ser *amplia*. «La técnica legislativa [...] no debería seguir los pasos de la dogmática y desarrollarse de espaldas al saber social» (Atienza, 1997, 23). «Deducir o calcular son, indiscutiblemente, operaciones racionales, pero que no agotan, ni con mucho, el campo de la racionalidad [...] Ser racional —continúa— significa, sobre todo, ser capaz de enfrentarse con problemas inéditos, esto es, con problemas que no pueden solucionarse simplemente aplicando normas preestablecidas [...] necesitamos ampliar —si se quiere, debilitar— el concepto de inferencia de la lógica deductiva clásica: argumentar —argumentar racionalmente, esto es, pasar fundadamente de unas proposiciones a otras— no es lo mismo que —o no es sólo— deducir» (Atienza, 1997, 83-85). En suma, una concepción amplia de racionalidad jurídica aplicada a la legislación postula que el examen de

⁵ No obstante, no puede estarse muy seguro de la conveniencia de distinguir tajantemente entre contexto de descubrimiento y de justificación, ni en la argumentación judicial ni en la legislativa, en la medida en que la sinceridad de las razones es un requisito de racionalidad argumentativa. La transparencia, tan demandada actualmente en el ejercicio de funciones públicas, trata de ser un instrumento de la sinceridad.

calidad de las leyes o la propuesta de pautas al servicio de su racionalidad no utilicen como parámetro exclusivo el de la lógica formal ni como valor el de su inserción armoniosa en el conjunto del ordenamiento. Las leyes han de pasar un test de calidad más complejo, basado en criterios orientados a satisfacer otros valores, como la eficacia, la efectividad, la eficiencia, etc., que necesitan ser recabados de ciencias sociales como la psicología, la sociología, la economía, etc. (1997, p. 30). Por lo demás, Atienza, junto a la dimensión *formal* y *material* de la argumentación legislativa, acentúa la *pragmática* o relativa a la capacidad de convencer al auditorio (retórica) y de dialogar con otros agentes legislativos (dialéctica). Esta dimensión pragmática requiere una atención especial a los debates reales (Atienza, 2019 b).

4. VALIDEZ Y CALIDAD DE LA LEY

La concepción *amplia* de la racionalidad, superadora de la noción de razón jurídica positivista, requeriría llevar a cabo dos observaciones en relación con los planteamientos de Atienza: (1) Una observación respecto al nivel de racionalidad sistemática o jurídico-formal (2) Otra, respecto de la relación entre calidad de la ley y validez.

- 1) En relación con la racionalidad jurídico-formal, que más adelante Atienza prefiere denominar sistemática, el autor señala que una ley debe insertarse armoniosamente en un sistema jurídico. Así, una ley es irracional desde esta óptica si y en la medida en que contribuye a «erosionar la estructura del ordenamiento jurídico» (Atienza, 1997). Tal erosión se puede producir por defectos *procedimentales* (normas que regulan el iter legislativo) o *sustantivos* (Atienza, 2019, 163). De este modo, me gustaría resaltar que la racionalidad sistemática no se agota en cumplir las normas formales de producción jurídica, en evitar lagunas y antinomias y usar adecuadas técnicas de remisión legislativa, y, por tanto, no se puede separar de la racionalidad axiológica, es decir, de la coherencia de la ley con criterios materiales constitucionales cuyo contenido se determina en un discurso moral. De este modo, creo que Atienza debería relacionar más claramente R2 con R5.
- 2) Para Atienza, la racionalidad o razonabilidad legislativa se vincula a la calidad de la ley, pero en ningún momento menciona que la falta de racionalidad legislativa o de actividad justificativa en la legislación sea un motivo de invalidez. De forma contundente lo indica Roberta Simões: «Me parece completamente equivocado defender la inconstitucionalidad de las leyes por mala técnica legislativa como hace García-Escudero Márquez (2010)» (2023, 342). «Un derecho «jurídico» a que los legisladores den razones de las leyes que aprueban conllevaría a que muchas leyes fuesen declaradas inconstitucionales por falta de ese requisito» [...] Y tampoco —y eso es lo que quería decir— la falta de una justificación sería un vicio de inconstitucionalidad o un vicio de invalidez» (2023, p. 339) [...] Desafortunadamente, a la pregunta ¿Qué más da que los legisladores no justifiquen las leyes? La única respuesta es «No pasa nada», porque todavía no estamos en este nivel. El desarrollo de nuestra

tecnología jurídica no alcanza a tachar de inconstitucional una ley por la falta (o déficit) de justificación» (2023, 339).

En el planteamiento de Atienza (y de Simões), el juez constitucional evalúa la validez y no la calidad de la legislación. A mi juicio, eso supone reestablecer la barrera entre ciencia de la legislación y ciencia jurídica y ello no está justificado: si el nivel R2 (racionalidad sistemática) se extiende a coherencia con normas sustantivas de superior nivel, incluidas las constitucionales⁶, entonces me parece difícil trazar esa barrera entre el juicio de calidad y el juicio de validez de la ley, y ello frente a la práctica de nuestro Tribunal Constitucional, que considera que el juicio de oportunidad o calidad de la ley compromete la libertad política del legislador⁷.

Pues bien, en contraste con la opinión de Simões y la práctica del TC español, recientemente la Corte Constitucional Italiana ha declarado la inconstitucionalidad de una ley por falta de calidad y, por tanto, de razonabilidad⁸.

Las leyes simbólicas (sin medidas para poder ser cumplidas y conseguir sus propósitos) (Ferraro, 2022), las leyes ómnibus (que aprueban una batería de medidas legislativas de lo más variopinto), las normas intrusas (en las que se aprovecha la mayoría que vota una ley para aprobar un precepto que no guarda relación con tal ley) o el abuso del Decreto-Ley (usando un concepto muy amplio de extraordinaria y urgente necesidad), afectan a la seguridad jurídica, pero también al propio pluralismo político. La técnica legislativa es mucho más que redactar bien, y la calidad legislativa debe impedir «fraudes de ley» institucionales, que deberían dar lugar a inconstitucionalidad por falta de racionalidad legislativa.

De manera que el juicio de constitucionalidad hace de puente entre la racionalidad y la validez legislativas, que no se pueden separar nítidamente. Una teoría de la legislación debería considerar que las leyes, para ser válidas, además de cumplir procedimientos y respetar contenidos, necesitan un mínimo de calidad y de justificación, o, mejor dicho, ambas cuestiones están íntimamente relacionadas. Es difícil pensar en una medida legislativa que no erosione

⁶ Así se expresa Alexy respecto de lo que Atienza denomina racionalidad sistemática: «determinar la validez de normas consiste en mostrar su conformidad con los criterios de pertenencia al sistema. En principio, esta justificación remite únicamente a criterios formales, mas no es infrecuente que las normas superiores del sistema contengan criterios de validez materiales o sustantivos. En la interpretación de esos criterios se fundamentan premisas que no son ni normativas ni fácticas, y que, en consecuencia, remiten a argumentos prácticos generales. Así sucede, por ejemplo, en los casos en que es preciso recurrir a argumentos de tipo práctico o moral para interpretar el contenido de un derecho fundamental, cuyo respeto representa una exigencia constitucional» (Alexy, 1989, 222).

⁷ «En el juicio a la ley, este tribunal no ha de hacer las veces del legislador [...], construyendo su libertad de disposición allá donde la Constitución no lo haga de manera inequívoca (STC 191/2016, de 15 de noviembre, FJ 3, sobre la base de lo ya dicho en la STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 8). La función del Tribunal al realizar el juicio de constitucionalidad consiste en fijar los límites dentro de los cuales puede moverse libremente el legislador al convertir en ley sus opciones políticas. En definitiva, a este tribunal en el presente proceso no le compete examinar si en el marco constitucional cabrían otras opciones legislativas, ni realizar un control de calidad o de oportunidad sobre la opción del legislador, a quien no puede sustituir en su labor de configuración política», *Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2023, de 22 de marzo de 2023*.

⁸ «Leggi irrimediabilmente oscure», que conducen a una «intollerabile incertezza nella loro applicazione concreta» contradicen el principio de razonabilidad fundado en el artículo 3 de la Constitución, *Sentencia de la Corte Constitucional italiana, 110/2023, publicada el 5 de mayo de 2023, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad frente a una disposición en materia de construcción contenida en una ley de la Región de Molise*.

otros bienes o derechos dignos de tutela jurídica. Por ello, el mismo esquema ponderativo o juicio de proporcionalidad que usan los jueces constitucionales, sirve al legislador para guiar su práctica: la ley tiene que ser *idónea* (inteligible, completa y coherente con normas formales y materiales, factible y un buen instrumento social, económico y político para conseguir el fin perseguido), *necesaria* (ante la falta de alternativas menos lesivas para conseguir los mismos o casi los mismos fines), y *proporcionada en sentido estricto* (cuanto mayor sea la lesión de un bien o derecho, tanta mayor carga de justificación recae sobre el decisor, en este caso el legislador)⁹.

En otras palabras, creo que la ponderación legislativa propia del juicio de constitucionalidad de las leyes está más presente de lo que Atienza está dispuesto a reconocer en su teoría. Atienza distingue entre un análisis *interno* de los niveles de racionalidad (qué exige cada nivel) y *externo* (cómo se relacionan entre ellos): las exigencias de racionalidad en un nivel pueden entrar en conflicto con las de otro. Por ello, la racionalidad se ha de valorar en conjunto y con subordinación de todos los niveles a la racionalidad sustantiva: una ley debe ser clara, pero si tiene difícil justificación en tanto que es muy restrictiva de derechos, mejor que sea imprecisa para permitir que el aplicador del Derecho encuentre excepciones razonables a la misma. O puede que una ley no sea sumamente eficaz y efectiva, pero al menos cumple una función educativa que lentamente irá haciendo sus contenidos eficaces y efectivos (Fernández Blanco, 2022). Añadir al esquema de cinco niveles de racionalidad legislativa un nivel basado en la idea de eficiencia, pero no en términos económicos, sino como equilibrio o balance general, equivalente a «razonabilidad», referido a la optimización de los otros niveles, proponiendo un juicio holístico o de conjunto sobre la mayor o menor bondad de una ley es, a mi juicio, dar cuenta de la importancia del juicio de proporcionalidad también en la actividad del legislador.

REFERENCIAS

- ALEXY, R. (1997). *El concepto y la validez del Derecho*. (Trad. J. M. Seña). 2ª edición. Gedisa.
- (1989). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (Trad. M. Atienza e I. Espejo). Centro de Estudios Constitucionales. (Trabajo original publicado en 1978).

⁹ Puede ponerse un ejemplo del juicio de calidad legislativa de carácter global acudiendo a la injustamente denostada Ley de 6 de septiembre del 2022, de garantía integral de la libertad sexual. Pese a que discurso político, social y mediático predominante ha conducido a la derogación de los preceptos más polémicos por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, ésta arroja un resultado positivo si se atiende a su calidad considerando aspectos varios. En primer lugar, uno de sus objetivos era desplazar la atención al consentimiento o, mejor dicho, a la voluntad de tener una relación sexual, de tal forma que la falta de voluntad o consentimiento define, no un «abuso», sino una «agresión». En segundo lugar, establece que, si no hay relación sexual consentida, hay delito («sólo sí es sí»). Tales aspectos merecen una valoración positiva desde una óptica *feminista*. Pero también merecía una valoración positiva desde una óptica *garantista*, pues la ley del solo sí es sí, rebajaba penas desproporcionadas que, en la práctica, hacían que el sistema penal fuera todavía más reticente a imputar, juzgar y condenar por delitos sexuales, de difícil prueba por cometerse generalmente en la intimidad. La llamada ley del solo sí es sí, rebajando las penas era menos punitivista y más razonable, incluso padeciendo el efecto colateral de liberar antes de lo previsto a delincuentes sexuales.

- ATIENZA, M. (2019 a). *Argumentación legislativa*. Astrea.
- (2019 b). Un modelo de análisis de la argumentación legislativa. En D. Oliver-Lalana (Ed.). *La legislación en serio. Estudios sobre Derecho y jurisprudencia*, 343-388.
- (2004). «Argumentación y legislación». En A. Menéndez (Dtor.). *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, 85-105.
- (1997). *Contribución a una teoría de la legislación*. Tecnos.
- (1991). *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales.
- (1990). Para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho* (8), pp. 39—61. <https://doi.org/10.14198/DOXA1990.8.02>
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., (2003). Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica», *Doxa* (26) 719-735.
- COHEN, J. (1950). Towards realism in jurisprudence. *Yale Law Journal*, 59 (5), 886-897.
- FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina. (2022). La legislación primordialmente simbólica: ¿irracional y engañosa? *Revista Catalana de Dret Públic* (64), 6-21. <https://doi.org/10.2436/rcdp.i64.2022.3779>
- FERRARO, F. (2022). Deception and expression: The puzzling rationality of symbolic legislation. En F. Ferraro y S. Zorzetto (Eds). *Exploring the Province of Legislation: Theoretical and Practical Perspectives in Jurisprudence*. Springer, 103-123.
- GASCÓN, M. (1993). Consideraciones sobre el objeto de la filosofía jurídica. *Anuario de Filosofía del Derecho* (X), 191-222.
- LIFANTE, I. (2023). Diez ideas sobre Manuel Atienza. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (46), 243-257.
- MARCILLA, G. (2019). La importancia de la proporcionalidad en la legislación: un intento de fundamentación desde una concepción constitucionalista y no positivista del Derecho. En D. Oliver-Lalana (Ed.). *La legislación en serio. Estudios sobre Derecho y jurisprudencia*, 299-342.
- (2005). *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*. Centro de Estudios Políticos y constitucionales.
- MCNUTT, M. (2014). Journals United for Reproducibility. *Science*, Vol. 346, Issue 6210, 679.
- PÁRAMO, J. R. (2013). Argumentaciones y negociaciones en procesos de transición política. En Turégano, I. (Ed.). *La justicia de transición: concepto, instrumentos y experiencias*. Editorial Universidad del Rosario. <https://editorial.urosario.edu.co/gpd-la-justicia-de-transicion-concepto-instrumentos-y-experiencias.html>
- SIMÕES NASCIMENTO, R. (2023). El modelo ideal (no irreal) del legislador que argumenta, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (46), 335-346.
- WITGENS, L. (2016). *Legisprudence. Practical Reason in Legislation*. Routledge. (Trabajo original publicado en 2012).
- (2007) *Legislation in Context. Essays in Jurisprudence*. Ashgate.
- (2005) *The Theory and Practice of Legislation. Essays in Jurisprudence*
- (2002). *Legisprudence. A New Theoretical Approach to Legislation*. Hart Publishing.

¿SUEÑAN LOS JURISTAS CON SISTEMAS RACIONALES?

JUAN RAMÓN DE PÁRAMO ARGÜELLES

Universidad de Castilla-La Mancha

«La racionalidad no es más que una interminable partida de ajedrez contra el yo»

DOSTOVESKY, *MEMORIAS DEL SUBSUELO*

«La razón humana, cuando ha adoptado una opinión, hace que todo lo demás la apoye y concuerde con ella. Y aunque haya mayor número de ejemplos, y de mayor peso, en el lado opuesto, los desatiende y desdeña o, mediante una distinción, los aparta y rechaza, para que, por esta perniciosa predeterminación, la autoridad de su primera conclusión permanezca inviolada»

F. BACON

1. RACIONALIDAD JURÍDICA Y CONFLICTOS INTERPERSONALES

El Derecho puede ser entendido, junto a otros posibles encuadres, como un sistema institucionalizado y dinámico de incentivos y restricciones que logra imponerse a las decisiones de las personas con el fin de lograr determinados objetivos. Si aceptamos este punto de vista, no tenemos más remedio que dudar de su eficacia y de su efectividad, tal y como está diseñado. Es verdad que la existencia del Derecho como mecanismo coactivo está justificada porque los incentivos de los sujetos en los dilemas sociales (en situaciones de interdependencia estratégica) tienden a traicionar los pactos, y, por tanto, no logran resolver los problemas de coordinación y conflicto planteados. Para garantizar los pactos, la existencia de una autoridad exterior provoca un cambio de incentivos, ya que quien se aproveche de la cooperación de los otros sin cooperar él mismo a su vez (el llamado *free rider* o gorrón) tiene la probabilidad de sufrir un castigo bajo la forma de un coste futuro disuasorio. Esta expectativa, para que cumpla su cometido, deberá ser cierta y previsible, tanto para el jugador que quiera hacer trampas (éste calculará las probabilidades de detección de su incumplimiento) como para reforzar las expectativas de quienes pensaban adoptar la elección colectivamente preferible. Así suele funcionar el derecho.

Pero este mecanismo incentivador no es muy eficaz en situaciones de complejidad, en escenarios no lineales de sucesos imprevisibles repletos de cambios discontinuos, repentinos y no

anticipados. Respecto de ellos, no sólo no sabemos cuándo van a suceder, sino qué va a suceder. Innerarity lo ha expresado muy bien: «Los seres humanos nos vemos obligados a pensar de otra manera el mundo cuando estábamos acostumbrados a concebirlo de un modo que ya no nos lo hace inteligible. Tenemos dificultades a la hora de enfrentarnos a este tipo de riesgos y ajustar nuestro comportamiento. Pensamos en términos de riesgo individual y se trata de riesgo colectivo; tendemos a pensar causalmente y no probabilísticamente; de un modo lineal cuando los acontecimientos de este estilo discurren de una manera no lineal» (Innerarity, 2020).

Las virtudes racionales de previsibilidad y certeza del derecho vuelan por los aires en un mundo no calculable, ni previsible, ni obediente a nuestros imperativos. El derecho funciona con herramientas de racionalidad paramétrica, bajo la lógica de la autoridad, en escenarios predecibles y relativamente homogéneos. Sin embargo, nuestro mundo está sujeto a la ininteligibilidad de un escenario de interdependencias donde la racionalidad paramétrica tiene poco que decir. La racionalidad estratégica tiene que abrirse paso para que podamos sobrevivir. El exceso de información, el ruido, la imprevisibilidad de las consecuencias tecnológicas, el carácter abierto y no limitado de la realidad, todo ello, nos hace tomar decisiones arriesgadas repletas de sesgos y emociones no controlables por parámetros previsible.

El almacén vertical y jerárquico del derecho no es la herramienta más adecuada para abordar los conflictos que se generan en estos escenarios globales de incertidumbre. La racionalidad del legislador soberano no es el mecanismo idóneo para abordar la interdependencia estratégica de nuestros conflictos, generadores de múltiples alternativas y creciente dinamismo. Los sistemas jurídicos, entre otras cosas, establecen sistemas de incentivos para encauzar los comportamientos de manera que hagan posible resolver los problemas. ¿Creemos realmente que el derecho está cumpliendo este rol en nuestras sociedades? ¿Son los procedimientos judiciales, tal y como están diseñados, los mecanismos adecuados de resolución de nuestros problemas?

Los sistemas jurídicos abordan las relaciones sociales seleccionando un conjunto determinado de variables que considera relevantes para ser utilizados en caso de conflicto. Ahorman la realidad en un lecho de Procusto donde la concurrencia de determinadas propiedades (hechos y normas) procuran soluciones a conflictos interpersonales. Parcelan un ámbito de la realidad, pero ignoran otros. Los casos son conjuntos de propiedades jurídicamente relevantes establecidas en el antecedente de la norma jurídica. Funcionan como condición para la aplicación de la solución jurídicamente propuesta. Es decir, el derecho acota la realidad para definir su espacio de intervención. Las relaciones conflictivas pueden ser o no parte de los casos, ya que habrá elementos del conflicto que no estén juridificados o a los que el ordenamiento jurídico no les da respuesta precisa. No obstante, es cierto que en las narraciones procesales no solo dan juego los hechos que sobre la base de las normas resultan ser jurídicamente relevantes, sino también hechos que pueden ser útiles como premisas de las que se extraen inferencias sobre la verdad o falsedad de los enunciados relativos a hechos jurídicamente relevantes (por ejemplo, determinados indicios). Pero, en todo caso, no se les considera tan determinantes y conclusivos como los anteriores, y muchas veces son ignorados.

Las normas son la expresión de una decisión del legislador sobre la base de ciertas razones: los sujetos, al tomar sus decisiones pueden hacerlo siguiendo la norma establecida (decisiones ajustadas a reglas) o teniendo en cuenta la concurrencia o no de la justificación subyacente en

un caso concreto (decisión casuística y particularizada). En todo caso, cuando las relaciones son complejas, dinámicas e imprevisibles, el derecho pasa un mal trago al tener que distinguir entre propiedades relevantes y no relevantes debido al gran número de alternativas disponibles (Calvo, 2023). Si sumamos a ello el veloz dinamismo de nuestras relaciones sociales, especialmente a partir del desarrollo de las nuevas tecnologías y las redes sociales, comprobamos una vez más la impotencia del derecho para abordar con eficacia y efectividad los conflictos que se derivan de tales relaciones.

Cuando acudimos a los procesos judiciales para resolver nuestros conflictos interpersonales, el sistema nos responde con la solución de casos tipificados con arreglo a los tipos previstos. Esta respuesta produce a veces disfunciones, lo que provoca a su vez insatisfacción e impotencia. ¿Soñamos los ciudadanos con sistemas racionales que cumplen las expectativas de nuestros intereses? ¿Sueñan los juristas con sistemas racionales que respondan de manera adecuada a las demandas de amparo de los justiciables?

2. *HOMO JURIDICUS*, SESGOS Y RUIDO

No somos simples sujetos racionales que argumentamos nuestras creencias y justificamos nuestras decisiones. Y mucho menos si queremos resolver conflictos interpersonales en situaciones de interdependencia. Los conflictos jurídicos suelen ser de este tipo. Nuestros comportamientos irracionales, incoherentes y arrastrados por sesgos intuitivos nos acompañan permanentemente. La debilidad de nuestra voluntad nos arroja al abismo de las decisiones que van contra nuestros propios intereses. Pero no sólo los sesgos de nuestros juicios desvían de manera sistemática el objetivo de nuestras vidas. También nuestras conductas se dispersan aleatoriamente, yerran sin orden ni concierto bajo un ruido confuso e irracional.

Somos miopes cuando contemplamos el mundo que nos rodea y, a menudo, resentidos e incluso vengativos. Nos seducen las gratificaciones inmediatas, tenemos poca paciencia, y a veces nos vemos arrastrados por pasiones irracionales que sólo nos llevan a situaciones perjudiciales para nosotros mismos. Y esto afecta de manera relevante a nuestro modo de proceder en la gestión y resolución de los conflictos personales y profesionales que se nos presentan.

Nos gustan las ganancias y aborrecemos las pérdidas, hasta aquí todo parece que es normal. Pero el placer de las ganancias y el disgusto por las pérdidas los sentimos menos a medida que crecen unas y otras. Tenemos una aversión especial a las pérdidas: sufrimos más si perdemos 100 € que alegría nos produce ganar esa misma cantidad. Además, si estamos en zona de pérdidas, no sólo se reduce nuestra aversión al riesgo, sino que podemos llegar incluso a querer correr más riesgos con tal de salir de una situación penosa. En nuestro refranero: de perdidos, al río (también tenemos la versión del conservadurismo frente a las ganancias: más vale pájaro en mano que ciento volando; los refranes son así de sospechosos, siempre se encuentra uno para adaptarlo a nuestras preferencias). Preferiremos una pérdida mayor probable a la pérdida segura en la que estamos instalados. Nuestra aversión al riesgo cambia cuando estamos en un escenario de pérdidas. Esto no es otra cosa que una adaptación evolutiva de los organismos que responden —respondemos— con más urgencia a las amenazas que a las oportunidades porque

de esa manera tenemos mayores probabilidades de sobrevivir y reproducirnos. Es decir, a veces, nuestras decisiones en apariencia irracionales pueden incrementar de manera positiva nuestra eficacia biológica. Dicho de otra manera: ser racional habría sido peor para nuestra eficacia en la supervivencia y reproducción, y esto significa que nuestro cerebro ha adquirido sesgos irracionales en el curso de su evolución: la racionalidad no siempre es un rasgo adaptativo, estamos configurados para sobrevivir y reproducirnos, no para descubrir la verdad, no si esto interfiere con la premisa anterior. Esta aversión a las pérdidas tiene consecuencias muy sugerentes para explicar comportamientos en situaciones de interdependencia, propias de los contextos jurídicos y económicos, como por ejemplo la falacia de los costes irrecuperables, el efecto dotación y los marcos de referencia o encuadres, entre otros.

El problema de la racionalidad ha sido una constante en la historia de la filosofía y metodología de la ciencia, en la que encontramos respuestas diferentes. La filosofía clásica fue sustituida en parte por la ciencia experimental para explicar ciertos mecanismos y modelos sobre cómo razonamos en realidad. Descubrimos que a veces caminamos de manera instintiva por senderos alejados de las reglas de la racionalidad, recorriendo «atajos» subterráneos que nos llevan a destinos incompatibles con lo que queríamos alcanzar. Estamos convencidos de que hemos realizado un auténtico razonamiento, y a menudo adaptamos nuestras decisiones a nuestras intuiciones. Las desviaciones irracionales («sesgos») recorren los atajos («heurísticos») para tomar decisiones o para transitar por procesos de razonamiento que nos llevan a percibir los problemas de una manera determinada. Esto se traduce en conductas, relaciones, percepciones, emociones, procesos de comunicación y estrategias que nos llevan a veces a consecuencias no intencionadas. A menudo tiene terribles consecuencias sociales, económicas y políticas.

Las heurísticas son estrategias mentales específicas para resolver problemas determinados. La heurística hace referencia a la toma de decisiones con información limitada. Si se toma una decisión es porque el sujeto puede optar entre varios cursos de conducta y ha de elegir uno. Una decisión racional exigiría disponer de toda la información necesaria para maximizar la utilidad del decisor. En la vida real, utilizamos atajos para tomar las decisiones porque el coste de recopilar toda la información es infinito. Las heurísticas son, en definitiva, reglas que ignoran parte de la información disponible. Mientras que el sesgo es algo que inconscientemente determina nuestra percepción, la heurística es una decisión que tomamos para deslizarnos por el itinerario que el sesgo nos ofrece. Las heurísticas son reglas para resolver determinada clase de problemas: consideramos pesados los objetos que nos parecen densos, lejanos los objetos que nos parecen pequeños, próximos los que se presentan nítidos. Emitimos juicios de manera espontánea, pero no podemos justificarlos racionalmente. La heurística es un modo de acercarse creativamente a la realidad mediante reglas sencillas y eficientes para orientar la toma de decisiones y para explicar en un plano práctico el modo en el que las personas llegan a un juicio o solucionan un problema. Operan cuando un problema es complejo o trae información incompleta. Es un atajo que tomamos para ahorrar o reservarnos ciertos recursos mentales. Las heurísticas funcionan positivamente y con eficacia en la mayoría de las circunstancias, aunque también pueden conducir a errores sistemáticos en la toma de decisiones o el desarrollo de juicios. Algunos economistas argumentan que el uso de heurísticas conduce a errores típicos y sesgos en los procesos de toma de decisiones. Otros arguyen que las heurísticas a menudo generan resultados

superiores dada la naturaleza peculiar del género humano. En lugar de un modelo de toma de decisiones tan lógico y racional, Gigerenzer (2008) enfatiza la importancia de la intuición: las decisiones se toman, principalmente, intuitivamente sobre la base de reglas que establecen principios o criterios de amplia aplicación que no son necesariamente precisos ni fiables en todas las situaciones. Proponen una especie de fórmula u observación generalmente aceptada como conocimiento práctico basado en la experiencia. Las estrategias de decisión racional estarían subordinadas como auxiliares tardíos. Según Gigerenzer, y para ello aporta evidencia empírica, las decisiones intuitivas son en sí mismas una estrategia racional, porque son relativamente exitosas. Una solución intuitiva no debe confundirse con inspiración ocasional o ingenuidad: las soluciones intuitivas son especialmente buenas si se basan en un conocimiento especial. Un ejemplo de un atajo mental es el uso de un estereotipo. Cuando se juzga a un individuo basándose en la descripción estereotípica de un grupo al cual pertenece, el uso del estereotipo puede resultar en un error (juicio por preestablecido) ya que el individuo puede ser poco representativo del estereotipo. Sin embargo, la heurística, aunque imperfecta, puede seguir siendo válida si el estereotipo es estadísticamente lo bastante correcto (desgraciadamente no hay estadísticas de estereotipos disponibles). Así, los posibles errores puntuales quedan sobradamente compensados por los más frecuentes aciertos. Estos son obtenidos, además, mediante una regla relativamente sencilla (no hay que basarse en razonamientos o conocimientos sólidos) que ahorra recursos mentales y acelera de forma significativa la toma de decisiones, lo que en ciertas situaciones puede resultar crítico.

Frente a esta evidencia empírica, los modelos de racionalidad jurídica y sus teorías de la argumentación presuponen la racionalidad del legislador como ideal regulativo. Se dice que, si bien el contexto de descubrimiento señala los fallos de la racionalidad, desde el punto de vista material, el contexto de justificación se refiere en cambio a la dimensión formal del proceso/ producto del razonamiento: este punto de vista ofrece un ideal regulativo que modela, evalúa y corrige las flaquezas del decisor. ¿Son independientes ambos tipos de justificación? Los jueces tienen que motivar sus resoluciones por las razones formalmente correctas, conforme a los sistemas jurídicos vigentes, pero la evidencia nos demuestra que gran parte de las motivaciones derivan de variables no controlables. Es cierto que hay espacio para la racionalidad, pero, al fin y al cabo, estamos sometidos a convenciones sociales y a una lógica evolutiva determinada por la supervivencia y la reputación que va más allá de la simple consistencia de nuestros juicios. Podemos controlar y evaluar las razones que justifican una decisión, pero no podemos controlar las razones que de hecho nos motivan. Es más, la literatura de las últimas décadas en el ámbito de la psicología cognitiva no sólo ha puesto en cuestión la idea de la racionalidad de nuestras elecciones, sino también la de que la razón sea el mejor instrumento para tomar decisiones y resolver conflictos. ¿Sobrevaloramos la racionalidad? Somos irracionales, y, además, previsiblemente irracionales.

No sólo tenemos una visión de la realidad sesgada, sino que estamos ciegos ante nuestra propia ceguera. Tomamos por cierto nuestro punto de vista, y cribamos la información que lo contradice. Nos gusta la realidad que nos dé la razón. Magnificamos aquello que confirma lo que ya sabemos o creemos, ya que no soportamos el desconcierto que produce una información que no concuerda con nuestra visión de los problemas. Esta disonancia cognitiva se ve acrecen-

tada por nuestra disposición a creer aquello que nos resulta más cercano, porque lo tenemos más disponible, aunque la realidad demuestre que esos datos o hechos sean irrelevantes o triviales. Confiamos en nuestra experiencia más inmediata, y somos capaces de generalizar de manera apresurada sobre los frágiles cimientos de nuestras emociones más cercanas.

Y sin embargo ¿por qué seguimos razonando e intentamos justificar lo que decimos y hacemos? ¿Con qué propósito lo llevamos a cabo? Es verdad que en el ámbito jurídico tenemos la obligación de motivar nuestras decisiones —las consecuencias de no hacerlo nos perjudicarían de manera notoria—, pero ¿y en nuestra vida cotidiana? ¿Razonamos para mejorar nuestro conocimiento y tomar mejores decisiones? ¿La razón mejora nuestras cualidades como especie en cualquier contexto y para cualquier tarea para que se la aplique? ¿Es suficiente nuestro razonamiento solitario como individuos capaces de cribar de manera autónoma las excrecencias de los sesgos y las falacias? La idea de intercambiar razones parece que ayuda a evitar precisamente las limitaciones de nuestra propia racionalidad individual lastrada por sesgos, prejuicios y ruido. La pluralidad de puntos de vista resulta crucial para que nuestras percepciones, inferencias e intuiciones no nos perjudiquen demasiado. ¿Es esto suficiente para resolver nuestras discrepancias basadas en diferentes percepciones para resolver los conflictos que nos atenazan? Porque el derecho, aparte de buscar el amparo de las reclamaciones legítimas, debe poner fin a las disputas y buscar acuerdos capaces de generar escenarios de convivencia y coexistencia pacífica. ¿Es la simple razón la herramienta más idónea para tal cometido? ¿Es suficiente? ¿Habrà que acudir a otros mecanismos estratégicos para cumplir tales finalidades? La dinámica y la complejidad de numerosos conflictos no encuentra a menudo en el derecho un instrumento adecuado para encontrar soluciones idóneas.

Es bien conocida la teoría de las dos velocidades de Kahneman y Tverski (2011) sobre el razonamiento mediante lo que llaman Sistema 1 y Sistema 2. Existen muchas versiones y teorías de este proceso dual. Recordémoslo muy brevemente una vez más. Razonamos en función de dos procesos: el sistema 1 es intuitivo, emocional, no deliberado, estereotipado, casi automático. Nos sirve para superar situaciones en las que se requiere respuestas rápidas. La complejidad y riqueza de estos procesos automáticos, a menudo inconscientes, explican la heurística de los juicios. Desde el punto de vista de la evolución humana es el más arcaico, permitió a los primeros *sapiens* sobrevivir durante miles de años. Este sistema nos advierte y nos protege, aunque nos puede llevar a múltiples errores. El sistema 2 es analítico y reflexivo, requiere esfuerzo y control consciente. Está vinculado con el pensamiento abstracto y el lenguaje, lo que nos diferencia de otros mamíferos. Se vincula a los razonamientos formales y probabilísticos. Pero, como el sistema 1, y a pesar de su capacidad argumentativa, también produce monstruos, como nos demostró nuestro pasado siglo xx. Una decisión racional debe integrar ambos modos de pensamiento. Ambos sistemas tienen sus ventajas y sus limitaciones, aunque podemos luchar contra ellas.

El desarrollo de la psicología cognitiva y la neurociencia durante el siglo xxi han justificado esta dualidad haciendo hincapié en su difusa evaluación respecto de la toma de decisiones. Ambos sistemas son valiosos y necesarios para nuestra supervivencia. Se complementan recíprocamente. Una decisión racional integra ambos modos de pensamiento. El sistema 1 tiene la capacidad de aprender y asumir las soluciones del sistema 2. Se puede decir que las personas a

las que se les hace una pregunta difícil utilizan operaciones de simplificación, llamadas heurísticas. Son producidas por el pensamiento rápido e intuitivo, de gran utilidad por sus respuestas adecuadas. Sin embargo, a veces dan lugar a sesgos, entendidos como juicios sistemáticos y predecibles.

En las decisiones que toman los operadores jurídicos encontramos múltiples sesgos en diferentes ámbitos (Muñoz Aranguren, 2011), tanto institucionales, epistémicos como psicológicos. Es cierto que la motivación racional de nuestras decisiones exigida por los sistemas jurídicos democráticos contribuye de manera muy notable al control público externo de las decisiones, a la posibilidad de recurrir internamente las mismas, y, en definitiva, a racionalizar las propias decisiones. Una concepción racional de la prueba es siempre mejor que una concepción subjetiva y mentalista como simple ejercicio de sinceridad, sin obligación de consignar las razones. La motivación analítica exige justificar el valor probatorio de los criterios de valoración, la exposición de la cadena de razonamientos a partir de la declaración de los hechos probados, es decir, un ejemplo de consistencia que mejora la simple exposición de un relato coherente. Una motivación apoyada por la consistencia y la evidencia empírica, ordenada, clara e inteligible, nos hace creer, de vez en cuando, que el derecho va más allá de la solución de controversias al constituirse en un instrumento para proteger nuestros derechos desde el punto de vista material (Taruffo, 2011). Esto es cierto, y nuestras dudas acerca de la racionalidad no debe empañar el progreso que una motivación racional de las pruebas añade a la justificación de nuestras decisiones.

3. RUIDO

En 2021 se traduce al español *Ruido. Un fallo en el juicio humano* (Kahneman, Sibony, Sunstein). La palabra se utiliza en sentido estadístico, esto es, como dispersión arbitraria e injustificada en la estimación de una magnitud o un hecho, como la padecen los tiradores cuando sus disparos se alejan, a su pesar, del centro de la diana. Para los autores, este tipo de ruido convierte a los juicios, razonamientos y valoraciones en simples loterías, y lo usan profusamente distintos profesionales, como los peritos de las compañías de seguros, los analistas financieros, los médicos y, claro está, lo jueces. Les sucede cuando, por ejemplo, los médicos y radiólogos tienen que valorar si una mamografía muestra señales de cáncer o si el grado de obstrucción de una arteria coronaria revela un angiograma. O cuando los psiquiatras diagnostican a un paciente. O para determinar el carácter innovador de un patente. O, en nuestro gremio, cuando un juez tiene que determinar la libertad provisional de un acusado y debe valorar el riesgo de fuga o la probabilidad de destrucción de pruebas. O cuando un perito forense tiene que decidir si un elemento de prueba, como una huella o una muestra de ADN, es o no incriminatorio.

El ruido se da no sólo entre distintos profesionales de un mismo gremio, por ejemplo, las discrepancias entre jueces, sino también en un mismo profesional a lo largo del tiempo. No hablamos de sesgos empíricamente demostrados, sino de las valoraciones dispersas y aleatorias que una misma persona hace en distintas ocasiones. Si estamos de buen humor, estamos más

dispuestos a creer las mentiras más burdas. Los médicos prescriben a sus pacientes más pruebas a primera hora de la mañana que a última, cuando ya han visto 40 pacientes y están deseando acabar la jornada matutina. La arbitrariedad de las decisiones judiciales se hace más severa en los días de calor, y las sospechas y juicios previos influirán frecuentemente en nuestros sesgos confirmatorios.

Kahneman/Sibony/Sunstein señalan algunos ejemplos de alarmante cantidad de ruido donde la exactitud en la toma de decisiones tiene un lugar primordial. Los diagnósticos médicos son ruidosos (sobre el cáncer, enfermedades cardíacas, interpretación de radiografías, etc.). El ruido tiene especial relevancia en psiquiatría, donde la discrecionalidad decisional es muy amplia. Son ruidosas las decisiones sobre la custodia infantil, sobre la verosimilitud de los malos tratos y las recomendaciones sobre los centros de acogida. Las predicciones son ruidosas, y las decisiones sobre el asilo político caen en lo que se ha denominado la *ruleta de los refugiados*. La selección de personal es ruidosa, se basan en la evaluación subjetiva de entrevistas de trabajo. El hecho de que se conceda la libertad provisional a un acusado, o, por el contrario, se le envíe a prisión en espera de juicio, depende en gran medida de la personalidad del juez competente, así como de sus evaluaciones sobre la posible reincidencia. Si nos detenemos en la ciencia forense comprobaremos la falibilidad de la identificación de huellas dactilares, incluso los análisis de ADN. Si nos vamos al ámbito mercantil, encontramos un ejemplo muy clarificador: la concesión o rechazo de una patente depende manera significativa de las características contingentes del examinador.

En materia de argumentación probatoria, nuestras decisiones se ven influidas por tres tipos de sesgos — errores de juicio sistemáticos y predecibles — que operan de formas distintas: los sesgos de sustitución, que llevan a una ponderación errónea de las pruebas, que no sólo afectan a la percepción de falsa similitud y probabilidad de nuestros juicios, sino a la sustitución de un juicio de frecuencia por una impresión de la facilidad con que unos casos vienen a la mente. La percepción del riesgo de accidentes aéreos, huracanes o robos aumentan rápidamente después de que se produzcan casos muy expuestos públicamente.

Los sesgos de conclusión o prejuicios nos llevan a obviar las pruebas o a considerarlas de manera distorsionada. A menudo comenzamos el proceso de nuestros juicios con la inclinación hacia una conclusión particular. Dejamos que nuestro pensamiento rápido e intuitivo nos oriente a una conclusión, o bien llegamos a esa conclusión de forma precipitada y nos saltamos el proceso de recopilación e integración de información, o bien movilizamos el pensamiento deliberativo para elaborar argumentos que apoyen nuestro prejuicio. Para ello usaremos pruebas selectivas y distorsionadas debido al sesgo de confirmación y de deseabilidad, tenderemos a reunir e interpretar las pruebas de forma selectiva para preferir un juicio que ya creemos verdadero o que deseamos que lo sea. Las personas suelen llevar a cabo racionalizaciones plausibles para sus juicios, pensando que son la causa de sus creencias. Además, mediante la heurística del afecto, las personas determinan lo que piensan consultando sus sentimientos. Con independencia de las verdaderas razones de *nuestras* creencias, nos inclinaremos a aceptar cualquier argumento que parezca respaldarlas, aunque el razonamiento sea erróneo.

La tesis del *ruido*, en la que se aporta abundante evidencia empírica, coincide en parte con las tesis de Haidt acerca del razonamiento moral (Haidt, 2019). Sostiene Haidt: la intuición

viene primero, el razonamiento estratégico viene después. La mente humana es como un jinete montado sobre un elefante, y el trabajo del jinete es servir al elefante. Además, la moralidad abarca mucho más que lo justo y lo injusto. Existen al menos seis receptores que deben ser tenidos en cuenta a la hora de proceder a evaluaciones morales (cuidado/daño, justicia/engaño, libertad/opresión, lealtad/traición, autoridad/subversión y santidad/degradación). Haidt presenta a la moralidad, por un lado, como un mecanismo que fortalece la cohesión del grupo (somos abejas), pero que también ciega y distorsiona nuestras relaciones (somos simios).

El juicio moral, guiado por la intuición, precede en el tiempo al razonamiento, y, en consecuencia, no puede ser efecto de este. Las fantasías racionalistas platónicas que entienden la evaluación racional como un esmerado sopesar de pros y contras, de ventajas e inconvenientes que precede o debe preceder a cualquier toma de decisión moral inteligente, es un mito dominante en la filosofía occidental, desde Descartes hasta Kant, y que se proyecta más allá de la filosofía, como, por ejemplo, en la economía neoclásica del *homo economicus*. Para Platón el alma es un auriga racional que guía un carro tirado por dos caballos: uno de ellos es blanco, y representa la noble búsqueda de honores y prestigio; el otro es negro, y es el símbolo de las bajas pasiones humanas. La tríada freudiana del ello, yo y superyo se asemeja a esta metáfora, así como la división tripartita que proviene de la neurociencia entre el cerebro reptiliano instintivo, el sistema límbico emocional y la corteza cerebral perceptiva: si bien es división, no es jerárquica, el cerebro funciona en red y hasta la decisión racional, como supo demostrar Damásio, está impregnada de emociones.

4. RACIONALIDAD Y VIGILANCIA EPISTÉMICA

Tenemos evidencias de las limitaciones de nuestra racionalidad. También tenemos experiencia de la ineficacia e ineficiencia del derecho para resolver conflictos. ¿Seguimos soñando con sistemas jurídicos racionales como mecanismos adecuados para poner término a nuestras discrepancias y conflictos de intereses? ¿Podemos seguir diciendo que los procesos judiciales siguen siendo la guía inexcusable, accesible y eficiente, para la resolución de nuestras controversias?

La racionalidad es una herramienta que sirve para establecer inferencias, un mecanismo necesario para la supervivencia. Dentro de este sistema de inferencias sabemos que se encuentran las intuiciones, especialmente las intuiciones sobre representaciones, esto es, sobre cosas que no vemos: los sentimientos sobre mi pareja, los pensamientos políticos de un juez o las ideas abstractas de un profesor. Se podría decir, desde este punto de vista, que cuando tenemos intuiciones sobre razones es cuando puede decirse que estamos propiamente razonando. El razonamiento es una forma de inferencia de carácter intuitivo. En lugar de hablar de los sistemas 1 y 2, Sperber y Mercier (2017) sostienen que no hay diferencia esencial entre ellos, ya que razonar es una forma de inferencia intuitiva. Una forma compleja y sofisticada que diluye la frontera entre razón e intuición. Cuando tomamos decisiones el proceso de razonar consiste solamente en buscar razones, es decir, en encontrar justificaciones para esa decisión, ante nosotros y ante los demás.

El aspecto innovador de este modelo es que se contempla la razón como una herramienta de carácter social. Tiene en cuenta nuestra condición de animales sociales que cooperan para lograr nuestra supervivencia. A diferencia del modelo de la racionalidad individual que considera la facultad que tiene un pensador solitario de producir razones sobre un determinado aspecto del conocimiento o con relación a una decisión, la teoría de la razón interactiva sostiene que el funcionamiento propio de la razón se lleva a cabo en la interacción con otros, relación que cumple dos funciones básicas: la primera es justificar nuestros pensamientos y acciones ante otros, es decir, buscar razones o argumentos que fundamenten nuestro comportamiento. La segunda implica producir argumentos para convencer a los demás con el fin de que piensen y actúen como nosotros, así como evaluar los argumentos ajenos. Es decir, justificarse ante los demás y convencer a otros, dos acciones que son competencias sociales, facultades cooperativas que presumen confianza y coordinación. Precisamente son las condiciones que han determinado el desarrollo de las capacidades cognitivas las que nos han hecho evolucionar y distinguirnos de las demás especies animales. Lo racional tiene una naturaleza comunicativa, social. Es la tercera dimensión de la racionalidad argumentativa de Atienza (Atienza, 2013), la dimensión pragmática. Lo interesante de este punto de vista es su referencia a la noción de confianza epistémica, ese conjunto de mecanismos cognitivos de los que disponemos para calibrar nuestra confianza en la información que recibimos de nuestros semejantes. Nuestra capacidad cognitiva está relacionada con la confianza en la información recibida de otras personas o instituciones. Por ejemplo, en los sistemas de justicia, no sólo respecto del contenido de la información, sino de la fuente de dicha información. Nuestra tendencia innata a creer en lo que nos dicen es compensada con la suspensión de esa credulidad en virtud de determinadas circunstancias. El peligro está en no valorar con suficiente cautela esas circunstancias: estamos más dispuestos a aceptar un contenido falso inteligible, que a valorar las razones complejas que ponen en cuestión ese contenido. Si la racionalidad está ligada a nuestro procesamiento de la información y esta a su vez está conectada con la confianza y autoridad de las fuentes, cuando estas fuentes son valoradas negativamente, cuando han perdido legitimidad, cuando como ciudadanos desconfiamos en la racionalidad e imparcialidad de nuestras instituciones, difícilmente aceptaremos esos instrumentos como mecanismos adecuados para la resolución de nuestras controversias. Cuando dejamos de ejercer esa especie de vigilancia epistémica porque ya no creemos en la fuerza argumentativa de nuestros interlocutores, la racionalidad se desvanece y no sirve como mecanismo de convivencia.

¿Sirven los procesos judiciales para promover la racionalidad de nuestra toma de decisiones, esto es, para lograr decisiones consistentes que respondan a nuestros conflictos interpersonales y que, con eficacia, eficiencia e inteligencia, nos hagan partícipes en un procedimiento en el que seamos escuchados y en el que participemos como protagonistas y actores del conflicto?

La mayoría de los juristas defiende al proceso judicial como el paso ineludible para asegurar la tutela efectiva y eficiente de los derechos, sobre la base de un ordenamiento jurídico con garantías constitucionales. Los métodos alternativos, según esta opinión, no sirven para tutelar derechos sino tan solo para alcanzar acuerdos entre intereses no calificados jurídicamente. Solo sanean conflictos, no implementan «justicia». Además, no equilibran la asimetría de las partes

(se ve que el proceso judicial lo hace), no refuerzan las posiciones de la parte más débil sino la del sujeto que está en condiciones de aprovechar su propia supremacía económica y social. Hay derechos incompatibles con las conformidades mediadas, éstas no son alternativas válidas a las decisiones judiciales. El argumento es de recibo...en el caso de que los procesos judiciales fueran modelos eficaces, elásticos y flexibles, capaces de evaluar todas las circunstancias relevantes que se presentan en un conflicto. En estos procesos, ¿se diagnostica bien el conflicto teniendo en cuenta a todos los actores, terceros, objetivos e intereses, coaliciones, emociones, legitimación, conciencia, consecuencias, dinámicas, encuadres, etc.? ¿Son ajenos a los sesgos de valoración y de confirmación, al propio bagaje cultural, social e ideológico del juez? Un juez, como cualquiera, padece de estos sesgos, tanto en la valoración de las pruebas, como en la toma de decisiones a través de sus resoluciones y sentencias. Pero los sesgos más interesantes son aquellos que se derivan del propio diseño institucional del proceso. Así, el efecto de anclaje en la formulación de las preguntas (las peticiones de la fiscalía, la dimensión de las demandas, la presencia de números en las cifras de tasaciones...), el efecto de encuadre en la forma de presentar la información a una persona, el sesgo de confirmación en la admisión y valoración de las pruebas, el sesgo retrospectivo en la evaluación de los casos de negligencia, el efecto halo al formular juicios generales a partir de rasgos particulares destacables o al valorar los testimonios de los cuerpos y fuerzas de seguridad... Aunque se podría proponer algunos remedios, es difícil que el proceso se sustraiga a tales desviaciones. Si esto es así, deberíamos buscar un diseño de proceso que fomentara la racionalidad estratégica y pragmática de los sujetos participantes, en un escenario más cooperativo y participativo que adversarial. Si los escenarios alternativos de resolución de controversias nos suscitan dudas, éstas no quedan despejadas por el tortuoso periplo confrontativo del proceso judicial.

Es difícil pensar que la misma estructura adversarial de los procesos judiciales vigentes en los que las partes acuden como actores enfrentados propicie una actitud cooperadora y colaborativa. Las reformas sólo se han fijado en mejorar la eficiencia del sistema, olvidando su eficacia.¹

Y, sin embargo, a pesar del reconocimiento de los errores que cometemos y que nos hacen menos racionales, como las evaluaciones incoherentes de la probabilidad, la confianza desmedida en nuestros criterios de conocimiento, el desdén por las hipótesis alternativas y los prejuicios unilaterales, la distorsión de los encuadres elegidos, nuestra prevalencia por las recompensas a corto plazo, y en definitiva, el modo en que nos vemos afectados por contextos irrelevantes, seguimos depositando nuestra fe en la posibilidad de mejora en el diseño racional de nuestras instituciones, especialmente los procesos judiciales. Y esto conlleva no simples llamadas retóricas al cambio de mentalidades de los operadores jurídicos, sino intervenciones pragmáticas y realistas que contribuyan al diseño de procesos colaborativos y escenarios participativos donde la inteligencia colectiva pueda sobrevivir incluso en un pueblo de demonios adversariales.

¹ Prueba de ello es el reciente Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia.

REFERENCIAS

- Atienza, M. (2013): *Curso de argumentación jurídica*, Trotta.
- Calvo, R. y otros (2023): *El proceso articulado. Hacia un proceso colaborativo, cooperativo y com-posicional*. Rubinzal /Culzoni editores.
- Gingerenzer, G. (2008): *Decisiones instintivas*. Ariel.
- Haidt, J. (2019) *La mente de los justos*, Deusto
- Innerarity, (2020): *Pandemocracia. Una filosofía de la crisis del coronavirus*. Galaxia Gutenberg.
- Kahneman/Tverski (2011): *Pensar rápido, pensar despacio*. Debate.
- Kahneman, Sibony, Sunstein (2021): *Ruido. Un fallo en el juicio humano*. Debate.
- Mercier, H./Sperber,D. (2017): *The Enigma of Reason*, Penguin, Londres.
- Muñoz Aranguren (2011): *La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación*. In Dret. Revista para el análisis del derecho.
- Taruffo, M. (2011): *La prueba de los hechos*. Trotta.

EL SENTIDO DEL DERECHO Y EL DEBATE PÚBLICO

CARLOS PEÑA

Universidad Diego Portales (Chile)

¿Tiene el derecho un sentido autónomo, o en cambio se trata de un simple instrumento para la prosecución de los más diversos fines? El jurista, el especialista en el derecho ¿tiene algo que decir a la hora de diseñar la vida colectiva, algo que vaya más allá de la simple tarea técnica de redactar las reglas? ¿Debemos atender al derecho a la hora de redactar reglas o el derecho depende finalmente solo de qué reglas existan? En suma ¿hay algo que el jurista pueda decir en medio del debate constitucional o político que no se confunda con lo que es capaz de decir el político, el sociólogo o el creyente?

¿Tiene el derecho —para insistir en la pregunta— algún sentido que le sea propio y al que un debate constitucional o de otra índole debe atender o, en cambio, el derecho carece de ese sentido intrínseco y su valor deriva finalmente de los fines a que sirve?

Creo que hay pocos juristas o filósofos del derecho que se hayan preocupado con más intensidad de ese problema, hasta casi convertirlo en una verdadera disciplina, que Manuel Atienza.

El proyecto intelectual que el profesor Atienza ha llevado adelante consiste en concebir al derecho, en una de sus varias dimensiones, como argumentación (Atienza, 2006). No se trata, como es obvio, de reducir el derecho a la argumentación —nada más lejos, dicho sea de paso, del talante intelectual del profesor Atienza que adherir a ese tipo de reduccionismo o a cualquier otro— sino que de lo que se trata es de ocuparse de la dimensión argumentativa que el derecho posee para averiguar en qué consiste exactamente ella y qué lugar ocupa a la hora de comprender el fenómeno jurídico.

La práctica del derecho ha subrayado innumerables veces el profesor Atienza, casi se confunde con la actividad de argumentar. Con miras a una decisión cualesquiera, desde el término de un caso a la confección de una regla, los abogados se dedican ante todo a argüir a favor de la decisión que estiman correcta y los jueces, una vez que deciden, a abogar, esgrimiendo razones, a favor de aquello que han decidido. En medio de ese complejo intercambio lingüístico, lo que los abogados y juristas hacen es dar razones a favor o en contra de una decisión determinada o de un específico curso de acción. Y al hacerlo, someten ese intercambio a una serie de reglas en base a las cuales un observador imparcial podría, dentro de ciertos límites, decidir cuál de ellos estaba en lo correcto.

No cabe pues duda que el derecho se relaciona muy de cerca con la argumentación y que ella tiene un peso en las decisiones y la fisonomía que muestra finalmente el derecho. Y, como sugiere Dworkin en uno de sus trabajos (Dworkin, 1986), salvo que creamos que la labor de intercambiar razones que llevan a cabo cotidianamente los jueces y los abogados es una simple farsa, una puesta en escena, un baile de máscaras que oculta al poder o la arbitrariedad, no cabe duda que, para comprenderlo de veras, debemos detenernos en la argumentación y en los elementos, las razones, que mediante ella se intercambian.

¿De qué dependen las razones y cómo se constituyen? ¿De qué forma su intercambio en base a reglas —lo que llamamos argumentación— ayuda a entender en qué consiste el derecho?

La argumentación, como explica el profesor Atienza, puede ser apreciada desde dos puntos de vista, uno formal y otro material. El punto de vista formal considera los juicios o proposiciones con prescindencia de su contenido, trata, para decirlo en términos estrictamente técnicos, con lo que Russell denomina funciones proposicionales. El punto de vista material trata en cambio con el contenido de esos juicios o proposiciones. Dos argumentaciones pueden coincidir en el plano formal; pero no en el material, lo que muestra que se trata de cosas distintas. La obra de Aristóteles provee un buen ejemplo de esta distinción cuando trata del silogismo práctico que, formalmente apreciado, puede dar cuenta a la vez tanto del movimiento animal como de la acción humana. Lo que diferencia al movimiento animal de la acción humana no sería, pues, la estructura del silogismo sino el contenido de las premisas (como explica en *De Anima* o en *Acerca del movimiento de los animales*).

Así pues en el ámbito del razonamiento práctico, una de cuyas especies sería el razonamiento jurídico, parecen poseer más interés las razones que la forma del razonamiento. Pero, en tal caso ¿cómo diferenciar buenas de malas razones?

Creo que si respondemos brevemente la forma en que la filosofía ha intentado responder esa pregunta, podemos asomarnos al punto de vista que el profesor Atienza despliega a la hora de relacionar el derecho con la argumentación.

En la historia de la filosofía a menudo se hizo depender las razones objetivas, las mejores razones, de la existencia de un mundo independiente de la mente. Las razones, se pensó, debían apelar a hechos del mundo exterior que nos obligaran compulsivamente, que derrotaran nuestra subjetividad. Sin embargo, uno de los giros fundamentales de la filosofía consistió en advertir que había razones objetivas para ejecutar acciones, o abstenernos de ejecutarlas, que eran independientes de la existencia o no de un mundo exterior.

Este paso fundamental de la filosofía se debió, como recuerda M. Dummett, a las matemáticas (Dummett, 1978).

En efecto, fue un matemático, Gottlob Frege (Frege, 1980, vii) quien llamó la atención acerca del hecho que el conjunto de proposiciones que llamamos pensamiento, los enunciados que proferimos acerca del mundo y acerca de nosotros, no son un fenómeno subjetivo o psicológico, como incluso Husserl llegó a creer, sino un fenómeno objetivo que se encuentra alojado en el lenguaje. Ninguno de nosotros, observó Frege, puede saber qué está pensando el otro y entonces comunicarse no puede consistir en verificar la coincidencia de imágenes mentales, percepciones del mundo exterior o experiencias subjetivas, sino en exponer razones, entidades lógicamente compulsivas, que nos muestran que la voluntad no tiene siempre la última palabra.

En esas investigaciones (presididas por la pregunta ¿qué es el número?) Frege defendió la idea que los números no son ni atributos de objetos externos (si le entrego a alguien un puñado de naipes, ejemplifica, y le pido que me diga su número, él necesitaría saber si se trata de cartas, pilas o pares, algo que no ocurriría si le pregunto una propiedad de las cartas como el color) ni, tampoco, un proceso puramente mental (si así fuera, hablar de números carecería de toda objetividad). Al sacar los números de la mente (y con él a los conceptos de los que los números serían aserciones) abrió la puerta para el giro lingüístico de la filosofía y para una nueva concepción de las razones: si los conceptos no están en la mente ¿de dónde podría provenir su objetividad y su carácter público salvo de la institución del lenguaje, el más común de todos los bienes?

Por supuesto, el giro lingüístico permitió abordar, de una manera hasta entonces inédita, persistentes problemas de la filosofía, entre ellos el problema de la racionalidad, especialmente práctica que había ocupado a la filosofía de Aristóteles a Hegel, la que de aquí en adelante, pudo concebirse como una forma del comportamiento en base a reglas.

A partir de allí, uno de los problemas de los que se ocupó Wittgenstein fue el de la posibilidad del lenguaje ¿Cómo es posible el lenguaje? Aparentemente, la respuesta salta a la vista: el lenguaje es posible gracias a un conjunto de reglas que permiten combinar indefinidamente un conjunto de signos. Pero ¿cómo son posibles las reglas? En el párrafo 201 de las *Investigaciones Filosóficas*, Wittgenstein afirma que ningún curso de acción puede ser determinado por una regla, porque cualquier curso de acción puede hacerse concordar con la regla (Wittgenstein, 2001, 69). Kripke llamó a esto la «paradoja wittgensteiniana»: como una regla sólo puede ser formulada para un número finito de casos, se plantea el problema de qué justifica el empleo de la regla para un caso nuevo (Kripke, 1982, 37). La paradoja wittgensteiniana equivale a preguntar ¿en qué consiste una regla? Y la respuesta de Wittgenstein es que seguir una regla es una práctica compartida y no una interpretación. En otras palabras, los seres humanos, según Wittgenstein aprenderíamos a usar sistemas de proposiciones y a la base de esos sistemas de proposiciones no habría una proposición sino simplemente una forma de vida. En el fundamento de la creencia bien fundamentada, concluye en otro de sus trabajos, me refiero a *Sobre la certeza*, se encuentra una creencia sin fundamento, una costumbre, un acto de poder, una decisión. Un juego de lenguaje es entonces una mezcla de argumentación, poder y propósitos u objetivos.

Después de recordar esas ideas uno arriba a la conclusión que el profesor Atienza debe compartir plenamente esa caracterización que Wittgenstein hizo de los juegos de lenguaje. En efecto, el profesor Atienza gusta caracterizarse a sí mismo como una especie de pragmático y a mí me parece que tiene toda la razón al hacerlo porque él cree que no tiene ningún sentido preguntarse cómo es el derecho en sí mismo sin considerar la actividad que realizan los sujetos que en él se desenvuelven, la argumentación, y sin tener en cuenta al mismo tiempo que ninguna justificación es infinita motivo por el cual ha de haber un punto de partida que, como sugiere Wittgenstein, casi siempre es resultado de una cierta correlación de fuerzas.

Esa concepción, llamémosla así, pragmático del derecho, que concibe al derecho como una práctica en el sentido que Wittgenstein dio a esa última expresión, no es una tesis puramente conceptual, sino que posee alcances políticos.

En lo que sigue intento explorar esa concepción general que subyace a la obra del profesor Atienza examinando un problema general, el relativo a cómo se ha concebido en la literatura la

participación del jurista en el debate público. No estoy seguro que el profesor Atienza compartirá las conclusiones, en cualquier caso provisionales, que formulo; pero no tengo dudas que aceptará el enfoque que adopto.

Comenzaré por identificar el problema del que intento ocuparme, describiendo una muy popular forma de abordarlo; luego de eso me referiré a los problemas conceptuales que esa forma presenta; y hacia el final formularé algunas conclusiones que, espero, puedan mostrar en qué sentido puede afirmarse que el derecho es autónomo y es capaz de guiar el razonamiento práctico, especialmente el razonamiento de índole político o público.

I

Permítanme comenzar con dos textos que, cada uno a su modo, subrayan el problema que les sugiero analizar.

Uno de los textos más sencillos, pero al mismo tiempo más estimulantes, de la teoría del derecho se debe a Gustav Radbruch quien lo publicó el año 1946. Radbruch era socialdemócrata y, además de profesor, había sido Ministro de justicia en la república de Weimar. El título de ese texto, como ustedes sin duda recuerdan, es arbitrariedad legal y derecho suprallegal (Radbruch, 1980: 127). En él, Gustav Radbruch recuerda dos principios que los soldados y los juristas, respectivamente, habían recibido durante la República de Weimar como verdades inconcusas a las que debían someterse y que guiaban su quehacer. Uno de ellos decía «órdenes son órdenes»; el otro rezaba «la ley es la ley».

Lo que subyacía a esos principios es una idea muy poderosa que ha orientado durante mucho tiempo la comprensión que el jurista tiene de su propio quehacer ¿En qué consiste, cabría preguntarse, esa idea?

Esa idea sugiere que detrás de las reglas y de los mandatos existe una voluntad que la fundamenta y a la que sirve, una voluntad que, por decirlo así, está entregada a si misma.

Para este punto de vista, las reglas que integran el derecho y el saber que las acompaña, poseen un valor puramente instrumental, se trata de un artificio del que la voluntad se sirve para realizar el fin que se propone. Kant llama imperativo hipotético a aquel que enuncia un cierto deber; pero subordinándolo a que usted adhiera al fin que la norma propone. El jurista sería un experto en una técnica para guiar la conducta; pero no tendría nada o casi nada que decir acerca de hacia dónde esa conducta debe ser dirigida. La idea que estamos examinando afirmaría que el jurista manejaría solo imperativos hipotéticos: si quieres tal cosa, entonces dispón esta otra. El derecho en su conjunto sería entonces una técnica, una destreza ciega, porque el técnico, según la antigua fórmula aristotélica, sabe el cómo; pero desconoce el porqué. El jurista sería entonces un funcionario que *sine ira et studio*, según la fórmula empleada por Weber para definir al burócrata, se asoma a la ley como quien se asoma a un dogma. El jurista carecería, en tanto tal, de la posibilidad de discernir un sentido que sea autónomo de la voluntad o del poder. Esto es lo que querría decir la fórmula que en ese texto recuerda Radbruch: la ley es la ley.

La elaboración más sofisticada de esa idea pertenece a Kelsen (Kelsen, 1983: 205 y ss). La particularidad de Kelsen deriva, sin embargo, del hecho que él rechaza que una norma pueda

derivar de la simple voluntad. El querer, explica Kelsen, es un hecho, pertenece al plano de la facticidad, y de él no sería posible inferir o derivar normatividad alguna. En esto Kelsen quiere ser fiel a ese principio formulado por Hume según el cual no es posible derivar un «es» de un «debe» ¿Cómo, entonces, cabría preguntar, puede sostenerse que Kelsen subordina el derecho a la voluntad? Lo que ocurre es que Kelsen subordina el derecho a la voluntad en la práctica; aunque luego lo separa a la hora de describirlo. Kelsen, como todo el mundo sabe, sostiene que el jurista ha de suponer una regla según la cual debe valer lo que diga el primer constituyente a condición que sus órdenes sean eficaces. La norma fundamental que el jurista implícitamente asume es, en la realidad, un hecho, una simple facticidad: la eficacia de la norma sin ninguna referencia a su contenido. Solo cuando la regla es eficaz el jurista dice de ella que es válida. Pero, cómo es obvio, la normatividad como fenómeno autónomo o puro como el propio Kelsen prefiere decir, se afirma epistemológicamente, a la hora de constituir a la ciencia jurídica pero sin referencia alguna al contenido de las normas. Así las cosas Kelsen constituye a la ciencia jurídica como un discurso independiente o autónomo vaciado de cualquier referencia al sentido. El derecho no sería autónomo a la hora de orientar la acción (esa es la tarea de la voluntad) pero sí a la hora de describir las reglas una vez establecidas eficazmente. A la hora de describir las reglas el discurso del jurista sería autónomo respecto de cualquier consideración moral o de cualquier otra índole práctica.

La ciencia jurídica, según la descripción de Kelsen, sería autónoma, no de la voluntad sino de los valores o de los bienes.

Obsérvese la paradoja, la ciencia libre de valores, axiológicamente neutra, despegada de cualquier principio sustantivo acaba, sin embargo, siendo heterónoma respecto de la voluntad.

Otro punto de vista en el mismo sentido, fue el que el propio Radbruch había formulado el año 1934, cuando aún se abrigaban esperanzas de que Weimar no se desplomara del todo. La decisión legislativa, dijo entonces, no es un acto de verdad, sino un acto de voluntad y de la autoridad. Es verdad que de ahí derivó los principios liberales puesto que el derecho, dijo, no podía poner término a lo que llamó «lucha de convicciones»; pero estas no eran distintas a la lucha de poder sino más bien un insumo en esa lucha (Radbruch, 1980: 95 y ss).

Creo que la anterior es una descripción fidedigna de esa forma, hasta ahora predominante, de concebir al derecho.

Si nos preguntáramos qué puede decir un jurista que suscriba una concepción como la que acabo de describir acerca del proceso constitucional, me parece que diría que el debate constitucional tiene límites o restricciones de facto; pero no de jure, para usar aquí esa distinción que aparece tan marcada en Kant. En el debate constitucional tendría sentido la pregunta acerca de los límites concebida como *questio facti*, pero no en tanto *questio juris*: los hechos y las otras voluntades impondrían límites al discernimiento constitucional e incluso habría convicciones morales que guiarían el discernimiento; pero estas convicciones operarían como un hecho respecto de los terceros que no las abrigan, no serían propiamente razones. La razón del jurista, entonces, sería puramente instrumental y no podría orientar normativamente la producción del derecho. La producción del derecho podría ser orientada o controlada al interior del ordenamiento jurídico (y esa es la tarea de los tribunales constitucionales a cuya creación el propio

Kelsen contribuyó) pero la creación de la norma básica del sistema estaría más allá del control del jurista.

En tanto tal, el jurista debería enmudecer esperando que la voluntad se pronuncie.

II

¿Qué hay de malo, cabría preguntarse, en esa forma de concebir el derecho y el debate legal?

Desde luego, esa descripción no parece ajustarse a la forma en que los juristas discuten en los tribunales. Esto fue lo que observó Ronald Dworkin en el conjunto de su obra y por eso vale la pena que al considerar este problema nos detengamos brevemente en él.

En uno de sus libros, *Law's empire* (1986), Dworkin mostró que los juristas, los abogados, los jueces, los profesores y los alumnos, suelen discutir acerca de qué dice el derecho. Por ejemplo, los civilistas discuten si el derecho permite o no la contratación entre cónyuges o si el derecho de asociación incluye o no el derecho a la objeción de conciencia institucional. Detengámonos brevemente en este tipo de discusiones para ver si revelan algo acerca del derecho.

Hay quienes resuelven el primer problema —el de la contratación entre cónyuges— con un argumento en favor de la libertad. El derecho privado sería un sistema discontinuo de reglas. Allí donde ellas no existen impera la autonomía. Como el código prohíbe la compraventa entre cónyuges no separados, entonces en todos los demás casos en que el código nada dice, debe permitirse la decisión autónoma. Otros, sin embargo, piensan que la regla quiere evitar la colusión en perjuicio de terceros y que, en consecuencia, la contratación entre cónyuges debe entenderse prohibida. Como se ve, en ese caso el debate no es acerca de lo que la regla dice, sino acerca de aquello que la funda: en un caso la defensa de la autonomía, en el otro el rechazo de la colusión. Algo similar ocurre en el caso de la objeción institucional. Hay quienes la niegan con el argumento que las asociaciones son una ficción sin conciencia, en tanto otros afirman que justamente por eso la conciencia de sus miembros, la única que existe, importa.

Dworkin cita como ejemplo de desacuerdos entre los juristas el famoso caso *Riggs and Palmer* (del que ya se había ocupado en el modelo de las reglas, incluido en *Taking Rights Seriously*, 1984, 73). Ese caso planteaba la cuestión de si el asesino del testador podía heredar. Los jueces estaban divididos sobre cómo interpretar el estatuto de Nueva York que regía este caso. La minoría adoptó una teoría de interpretación de la ley según la cual las palabras de una ley deben tener su significado literal, sin referencia alguna al contexto. La mayoría adoptó una teoría diferente, según la cual las intenciones de los legisladores y la circunstancia en medio de la que la acuñaron, son importantes para determinar el significado que debe darse a las palabras de una ley. Las diferentes teorías de interpretación de la ley llevaron a la mayoría y a la minoría a discrepar sobre si se puede heredar en tal caso.

Para examinar ese tipo de desacuerdos que son habituales entre los juristas, Ronald Dworkin sugiere distinguir entre proposiciones de derecho y los fundamentos del derecho. Una proposición es un enunciado acerca de lo que el derecho dice, un fundamento es aquello en virtud de lo cual esa proposición es verdadera. Consideremos el caso del aborto bajo la regla del

artículo 19, número 1 inciso segundo de la Constitución vigente en Chile que dice que la ley protege la vida del que está por nacer. Hay quienes dicen que bajo esa regla el aborto debe prohibirse, y hay quienes dicen que es correcto que se le permita ¿Cuál es la naturaleza de ese desacuerdo? Evidentemente no se trata de un desacuerdo empírico puesto que todos sabemos lo que la regla dice y los hechos que condujeron a aprobarla. El desacuerdo parece ser acerca de la razón que subyace a la regla.

Pero si esos desacuerdos no son empíricos ¿qué tipo de desacuerdos son? Conviene detenerse a examinar este problema que, como espero mostrar, está a la base del quehacer del jurista.

Las personas pueden discrepar acerca de hechos, pueden discrepar acerca del significado de las palabras o pueden discrepar acerca de la mejor manera de concebir algo. Podemos llamar al primer tipo desacuerdo empírico, al segundo desacuerdo semántico y al tercero un desacuerdo teórico. Por supuesto, desde el punto de vista filosófico, todos estos desacuerdos se producen al interior de un sistema de conceptos compartido. Si este último no existiera el propio lenguaje con que expresamos los desacuerdos sería una simple ilusión.

Como vimos más arriba, cuando los juristas discrepan acerca de lo que el derecho dice, no discrepan acerca de hechos. Pueden estar de acuerdo en lo que el enunciado dice y en los hechos que lo produjeron y así y todo discrepar. Tampoco se trata de un desacuerdo semántico, un desacuerdo acerca del significado de las palabras que usan puesto que en ese caso el desacuerdo sería aparente.

La única posibilidad que resta es que se trata de un desacuerdo, podríamos decir, teórico acerca de los fundamentos de la regla. Por supuesto no todos los desacuerdos de los juristas son de este tipo, pero en el centro de sus disputas es posible encontrar este tipo de desacuerdos.

Se trata de desacuerdos, como adelantábamos, acerca de los fundamentos del derecho. Y los fundamentos del derecho no son, desde luego, cuestiones de hecho. Cuando en el futuro examinemos los fundamentos de la carta constitucional que hoy día se discute en Chile (suponiendo que ella llegue a existir) no identificaremos los hechos que se desataron a partir de octubre (la conmoción social que condujo a debatir un nuevo texto fundamental) como aquello que la funda. A eso lo llamaríamos causas o como a veces se prefiere, fuentes materiales. Tampoco podríamos afirmar que los fundamentos de esa nueva constitución son convencionales, algo así como un contrato sostenido en el tiempo al que podemos una y otra vez apelar. Los desacuerdos no pueden ser acerca de lo que alguna vez acordamos, puesto que decir que hay un desacuerdo respecto de una convención sería lo mismo que decir que tal convención ahora no existe. Los desacuerdos entre los juristas no son de esos tipos, se trata de lo que hemos llamado desacuerdos teóricos, son desacuerdos genuinos acerca de lo que las reglas presuponen, acerca de lo que fundamenta las reglas. A esta argumentación la llamó Dworkin el «aguijón semántico» (Dworkin, 1986, 45 y ss).

Antes de sacar las consecuencias de este problema, vale la pena comparar la caracterización de los desacuerdos que, como acabamos de ver, hace Dworkin, con la tesis de Kelsen.

Este autor piensa que los desacuerdos acerca de lo que el derecho dice poseen dos componentes: uno de ellos es, por decirlo así, cognitivo, discrepamos acerca de lo que el derecho dice; pero una vez que hemos resuelto ese aspecto del problema, queda un residuo que es relativo a las concepciones morales del intérprete quien debe decidir entonces entre las múltiples posibi-

lidades que la regla deja abierta qué sentido asignará al texto. Y en esa tarea no está auxiliado por la razón sino que se trata de un mero acto de voluntad. Así por ejemplo, si discutimos acerca de si los tratados internacionales confieren a los padres el derecho de elegir la educación de sus hijos, nuestro debate sería acerca de lo que la regla dice lingüísticamente apreciada y una vez que fijemos los sentidos posibles no queda más que decidir acerca de uno de ellos.

Pero, agrega Dworkin, si usted dice que, bajo esa regla, tiene derecho a elegir la educación de sus hijos y yo le digo que no tiene ese derecho, presentar ese diálogo como un desacuerdo acerca del significado lingüístico de la regla, de los hechos que le subyacen, o acerca de lo que cada uno prefiere, o acerca de los hechos, es una forma muy pobre de describir el debate legal. Cuando experimentamos un desacuerdo, sugiere Dworkin, estamos en realidad pretendiendo que nuestra respuesta es correcta y que la otra es errónea, no discutimos acerca de hechos o referencias o criterios en el uso de las palabras, o acerca de lo que cada uno prefiere, sino que discutimos acerca de qué hace verdadero lo que decimos.

El argumento de Dworkin puede ser presentado como una variante del conocido argumento trascendental, eso que en lógica se llama *modus tollendo tollens* que significa el modo que al negar, niega. Este tipo de argumento parte de la práctica social que tenemos delante nuestro y en la que estamos comprometidos, y nos preguntamos cómo debería ser aquello a que la práctica se refiere para que esta última tenga sentido. Si los juristas discuten acerca del significado de las reglas y cada uno pretende que su respuesta es mejor o más verdadera que la del otro con quien discute, entonces o todos somos partícipes de una broma cruel o de una comedia, o el derecho descansa sobre la idea que hay mejores interpretaciones que otras. Si negamos aquello que la práctica supone, negamos la práctica. Si cuando discutimos suponemos que tenemos desacuerdo acerca de los fundamentos en sentido teórico, entonces negamos la práctica tal como la conocemos. Hasta ahí el argumento trascendental.

John Finnis (Finnis, 2011) ha formulado un argumento similar a ese; aunque por un camino distinto, al sostener que los conceptos jurídicos, y el propio concepto de derecho, no son puramente descriptivos sino que comprometen a la comunidad en torno a una cierta evaluación de lo que es mejor y más bueno para todos. Los debates legales o jurídicos, sugiere Finnis, son siempre internos, suponen tomar en cuenta lo que los partícipes de la práctica consideran mejor y más bueno para ellos. Según este autor, usted no podría describir el derecho sin considerar el esfuerzo de deliberación acerca de los fines que con él se persiguen. Hay una larga tradición en las ciencias sociales que afirma que usted no puede describir una práctica social sin atender a la intencionalidad de quienes las realizan.

La sociología desde muy temprano llamó la atención acerca del hecho que los fenómenos sociales no podían comprenderse a cabalidad sin considerar el punto de vista de los actores. Con la excepción relativa de Durkheim (relativa porque si bien reclamó tratar a «los hechos sociales como cosas» también dedicó sus mejores obras al análisis de los fenómenos simbólicos) la sociología clásica, tanto anglosajona como continental, insistió en que el análisis social debía incluir la intencionalidad. Buena parte de los fenómenos sociales, se observó entonces, no pueden ser descritos en términos puramente fácticos o empíricos, era necesario suponer una cierta actitud de parte de aquellos cuya conducta los revelaba. Simmel, por ejemplo, sugiere que no es posible describir una economía monetaria (como la capitalista que él observó a inicios del

siglo xx) sin explicar un fenómeno real, pero intangible, como el valor ¿A qué se debe el valor? El valor, explica Simmel, no proviene de la legalidad natural, sino que constituye una imputación hecha por los seres humanos y sostenida en el intercambio. Esa imputación, explica, no pertenece ni a la naturaleza ni, tampoco, a la mera subjetividad: es un tercer orden sin cuya inteligencia la vida social no puede ser comprendida. Así entonces, opina Simmel, no es posible realizar una descripción externa de la economía monetaria. Una descripción de esa índole apenas captaría la materialidad de las cosas o la dimensión psicológica de cada sujeto; pero en caso alguno ese tercer orden sobre el que descansa la interacción (Simmel, 1976, 227 y ss). Lo mismo observó Max Weber. El gran sociólogo alemán sugiere que mientras una conducta puede ser descrita desde un punto de vista meramente externo, sumergiéndola, por decirlo así, en el curso causal, ello no ocurre con la acción. La acción supone el punto de vista del agente, una atribución de significado o valor, que, quien la describe, debe tener en consideración. A la descripción de acciones así entendida, Max Weber, siguiendo un uso inaugurado por Wilhem Dilthey, la llamó comprensión (*Verstehen*). La comprensión no es, por supuesto, un esfuerzo de empatía psicológica, sino social: las acciones son relevantes para la sociología en la medida que estén alentadas por una orientación normativa común.

John Finnis hace pie en algunas de esas consideraciones que acabo de resumir, para mostrar que describir al derecho sin considerar el esfuerzo argumentativo que hacen quienes están inmersos en él —todas las culturas humanas, nada menos— es un error. Allí donde existe derecho, piensa Finnis, las personas se entreveran en el esfuerzo de decidir qué es lo mejor y más bueno para la comunidad en la que viven.

El conjunto de consideraciones que acabamos de hacer muestran que los juristas trabajan con conceptos que Dworkin en especial llama interpretativos.

En nuestro lenguaje cotidiano hay conceptos que reposan sobre un criterio admitido, otros que descansan sobre propiedades naturales y otros que son interpretativos. Los juristas emplean todos esos conceptos, desde luego, pero lo que caracteriza especialmente su lenguaje (y como veremos los transforma en personajes insustituibles de la vida social) es que usan ante todo conceptos interpretativos.

El concepto de persona tal como lo emplea el artículo 55 del Código Civil chileno es un concepto que se basa en un criterio, que es la pertenencia a la clase de los seres humanos; el concepto de mineral que aparece en el Código del ramo es un concepto natural; pero el concepto de indemnización justa es un concepto interpretativo.

Un concepto interpretativo —como el de justicia, bien común, igualdad, etcétera— se caracteriza ante todo porque admite varias concepciones. Como explicó Hart en *El concepto de derecho* e insistió más tarde en el *post scriptum* que se encontró a su muerte, él quiso distinguir entre el concepto y las diferentes concepciones que él admite. En el mismo distingo entre concepto y concepción insistirá más tarde Rawls en *Una teoría de la justicia* (Rawls, 1999: 105).

Lo que podemos colegir de todo este análisis, es que los juristas discuten acerca de concepciones relativas a conceptos que les son estrictamente propios ¿Cuáles son, debemos preguntar, los conceptos que son propios del jurista y a propósito de los cuáles despliegan sus concepciones? Hay varios; pero los más obvios son los de justicia, los de igualdad, los de propiedad, los de bien común. El derecho no se concibe sin esos conceptos, un sistema legal cualquiera él sea

que desconozca esos conceptos no sería propiamente derecho y ello no porque esos conceptos sean características del derecho, sino porque el derecho consiste en una invitación a que nuestras concepciones acerca de ellos sean lo mejor posible para la vida colectiva.

Llegados a este punto y antes de pasar a la tercera parte, creo que puede ser útil recapitular el argumento que hasta aquí hemos desplegado.

La ley es la ley, se dijo a los juristas en la república de Weimar y con ello se subrayaba una idea que ha permeado profundamente la cultura del jurista y la comprensión de su propia tarea: la idea que el derecho es un instrumento o medio de control social o de orientación de la conducta y el jurista nada más un técnico que, en tanto tal, es capaz de discernir el cómo de lo que hace, pero no el porqué. La forma más sofisticada de esa presentación es la de Hans Kelsen quien dota de un pretexto epistemológico, la norma fundamental, a la eficacia en la existencia y validez del derecho.

Esa forma de presentar el trabajo del jurista, hemos explicado, siguiendo a Ronald Dworkin y a John Finnis, quienes en esto parecen estar de acuerdo con una amplia tradición de las ciencias sociales, es errónea porque desconoce que los desacuerdos en el derecho, al menos los que suelen encontrarse en el seno del debate legal, son desacuerdos acerca del fundamento de las reglas, acerca de la razón que le subyace. Por este motivo puede afirmarse que el jurista se ocupa de las reglas, por supuesto; pero sobre todo parece estar ocupado por el fundamento que subyace a las mismas.

Llegados a este punto, que nos pone ante las puertas de la tercera parte, brotan de inmediato dos preguntas apenas nos situamos en medio del debate público, cuyo mejor ejemplo es el debate constitucional, el debate para redactar una constitución. Si el debate constitucional es acerca de las reglas más básicas del sistema ¿qué reglas podría entonces esgrimir el jurista para participar de él? Esa es la primera pregunta. Y si no son reglas ¿qué criterio de verdad poseería el jurista en favor de las razones que en medio de ese debate esgrime?

La respuesta a esas preguntas ocupará, como acabo de decir, la última parte, la más breve, de esta clase.

III

Una de las razones por las que podría afirmarse que el jurista, en tanto tal, no tiene nada o muy poco que decir en el debate constitucional, salvo auxiliarlo como un técnico diligente, sería que por definición en el debate constitucional no hay reglas a las que recurrir en el esfuerzo interpretativo. El debate constitucional estaría desatado por un conflicto político cuya característica definitoria sería que él surge cuando las reglas fracasan. Aceptemos por un momento que eso es así, que no hay reglas y que al debatir una constitución estamos en medio de un conflicto puramente político. En ese caso la imposibilidad de intervención del jurista dependería de aquello en que consiste el conflicto político.

¿A qué se llama, debemos entonces preguntarnos, conflicto político?

Una de las definiciones más populares hoy día de conflicto político, es la que se atribuye a Carl Schmitt. El conflicto político sería entre dos partes que se relacionan reafirmandose cada

una en su propia identidad frente a la otra, una ruptura existencial entre «nosotros» y «ellos», sin que exista un parámetro común que permita dirimir el conflicto.

Así entendido el conflicto político no cabe duda que el jurista tiene poco o nada que decir (salvo que, como le ocurrió a Schmitt se ponga al servicio de uno de los dos lados); pero es demasiado obvio que en la sociedad moderna ese modo de describir el conflicto político no es correcto. Las sociedades modernas son sociedades plurales donde las personas cumplen varios roles y suelen tener varias identidades, reconocer distintas pertenencias. Hay, por decirlo así, puntos de encuentro y de desencuentro. Describir todo eso entre identidades clausuradas, como una ruptura existencial, no parece ser muy ajustado a la política moderna, que tiene, es verdad, momentos agónicos, como lo muestra desde luego la experiencia chilena o la española de comienzos del xx, pero sería excesivo describir así, reduciéndolo, el momento constitucional. No es verdad entonces que allí donde existe conflicto político no hay reglas. Desde luego podríamos convenir que en el Chile de hoy hay conflicto político; pero sería excesivo que el jurista deba enmudecer porque no hay reglas.

Desde luego las hay —se trata nada menos que de reglas de derecho internacional a las que la regla constitucional que instaló la Convención constitucional, remite—; pero para efectos del argumento aceptemos que no las hay ¿Debe entonces el jurista, en tanto tal, enmudecer?

Por supuesto que no porque, como mostró Hart (Hart, 1994: 50 y ss) el cambio en el derecho es la mayor parte de las veces una sucesión conducida por reglas, incluso implícitas. Como se sabe, Hart explica esto a propósito de la tesis de Austin según la cual el soberano es aquel respecto del cual existe un hábito de obediencia. Si es así, dice Hart, entre un soberano y otro habría un interregno, un tiempo intermedio en el que se gestaría el hábito de obediencia hacia un nuevo soberano. Pero no describimos el cambio de sistema jurídico de esa manera, salvo que medie una ruptura total que llamamos revolución. La consecuencia es que el tránsito de un soberano a otro está regulado por reglas que todos aceptamos.

Pero existe una razón todavía más de peso para mostrar que el jurista no está condenado a enmudecer ni siquiera en momentos inaugurales de cambio constitucional.

La razón es que incluso si no tenemos reglas, seguimos teniendo conceptos que nos invitan a desplegar nuestras concepciones. En ausencia de reglas seguimos creyendo que hay cosas que son justas y otras que no, algunas que favorecen la igualdad y otras que la lesionan, unas que fortalecen la dignidad y otras que la desmedran. Más aún, a veces prescindimos de las reglas o las consideramos obsoletas en razón de que seguimos creyendo ese tipo de cosas. En esto, vale la pena recordar nuevamente a John Finnis, el derecho se revela como un quehacer o una práctica social en la que las personas se involucran en un razonamiento acerca de lo que es digno de hacer y de lograr. Por supuesto en esto el jurista es pariente del moralista porque ambos ejercitan el razonamiento práctico; pero los conceptos que atraen la atención del primero —lo que sea justo, igual o digno— le son propios y conciernen a lo que lo distingue en el amplio campo intelectual.

Ahora bien, lo anterior no significa que el razonamiento práctico ejercitando el cual el jurista despliega sus concepciones, sea un razonamiento teórico que aspire a la verdad en el mismo sentido en que podría aspirar a la verdad, según una muy antigua concepción, un enunciado empírico. La adecuación entre lo que se dice de la cosa y lo que la cosa es como una defi-

nición de verdad no es adecuada para el tipo de debates que lleva adelante el jurista. Las cosas de las que el jurista habla cuando discute de fundamentos y los esgrime en favor de sus concepciones (sea al interpretar la ley o diseñar una constitución) no existen en el mismo sentido que hay mesas u otras cosas que componen, por decirlo así, el mobiliario del universo.

A partir de esa constatación fue que los juristas como Kelsen o Hart descuidaron esta dimensión del debate legal. Fue también el caso de Radbruch. Este autor pensó que la vida social era una «lucha de convicciones» que el derecho suspendía por motivos pragmáticos. La «lucha de convicciones» iba por un lado, y el derecho por el otro, dijo Radbruch antes de que Weimar cayera.

Pero lo anterior ocurrió, me parece a mí, porque Kelsen, Radbruch y Hart pensaron erróneamente que la racionalidad del debate dependía de una tesis (que el profesor Atienza ha refutado con su trabajo una y mil veces) acerca de los objetos que hay en el mundo. Si esos objetos no existen —como no existe un objeto que equivalga a la justicia, la dignidad, o la igualdad— entonces pensaron que respecto de ellos imperaba inevitablemente la voluntad, pero no la racionalidad. Kelsen, Radbruch y Hart fueron, si hemos de describirlos como lo haría un filósofo general, realistas, pensaron que nuestras afirmaciones y puntos de vista podían ser verdaderos o falsos solo si existía algo, una entidad o un objeto, que los hiciera verdaderos o falsos. Y porque esos objetos no existían, entonces dijeron que el derecho y su identificación, debía ser separado del debate acerca de nuestras concepciones porque estas últimas no podían, como dijo Radbruch, ser sino convicciones en permanente lucha.

Sin embargo podría ocurrir que nuestras concepciones aspiraran a ser verdaderas no bajo una tesis realista, sino bajo una tesis antirrealista. Según esta tesis —y conforme la caracterizó Michael Dummett uno de los padres de la filosofía analítica— un enunciado es verdadero cuando está justificado ante una audiencia en base a criterios internos a esta última. De esta forma la racionalidad práctica no es dependiente de ninguna tesis realista y puede, en cambio, ser compatible con lo que pudiéramos llamar una concepción sustantiva de la democracia.

Una concepción sustantiva y no meramente procedimental de la democracia, enseña que esta última es preferible no por motivos pragmáticos —como el que formuló Bobbio cuando dijo que había que preferirla porque en ella se contaban las cabezas en vez de cortarlas— sino debido a que en la democracia se realiza y se pone en escena, por decirlo así, una cierta forma de concebirnos recíprocamente los seres humanos.

La democracia sería un arreglo institucional que procura que las decisiones se adopten respetando a todos los individuos por igual, tratando a todos con la misma consideración y respeto. Este valor moral —la igual consideración y respeto— es el que fundaría la regla mayoritaria, de manera que las decisiones que se adopten en base a esta última deben lealtad a esos valores cuya custodia, pienso, le pertenecería ante todo al jurista. A la hora de adoptar decisiones colectivas, enseña este argumento, debemos tratar las opiniones de todos con la misma consideración y la mejor forma de hacer eso es la regla mayoritaria. Preferimos la mayoría no porque creamos que la mayoría siempre tiene la razón o dice la verdad, preferimos la regla de la mayoría porque en ella cada uno cuenta como uno y en ella se expresa la igual capacidad de discernir de todos. Esa es la razón moral para preferir la democracia. Por eso si la mayoría decide que una porción de los ciudadanos es inferior a otra o tolera que se le trate como inferior,

ello no sería aceptable puesto que una decisión como esa estaría socavando las bases que hacen preferible a la democracia. Una constitución, continúa este punto de vista, al organizar el poder y establecer derechos a los ciudadanos debe ser interpretada a la luz de esos valores. A esto se le llamaría una concepción moral o una lectura moral de la constitución o, si se prefiere, una concepción argumentativa de la misma.

John Rawls, quizá el autor más influyente en filosofía política y moral del siglo xx, compartió ese mismo punto de vista. Para este autor la democracia es una relación entre ciudadanos libres e iguales que ejercen el poder político como un cuerpo colectivo. Y la democracia exigiría que las decisiones públicas se adopten en virtud de razones que todos puedan aceptar como respetuosas de la libertad y la igualdad de cada uno. La única manera en que los ciudadanos pueden tratarse como iguales de manera recíproca consiste en adoptar las decisiones públicas en base a razones que puedan ser aceptadas por todos, resignándose cada uno a que el fundamento último de lo que piense o crea quede en paréntesis. A este ámbito de la vida social este autor la llama «razón pública» que sería la base de la vida democrática.

Así entonces hay vínculos muy estrechos entre la forma de concebir al derecho, la manera de entender la racionalidad práctica y la forma de concebir la democracia y, como consecuencia, el debate público o constitucional.

En una conferencia escrita el año 1934, cuando la república de Weimar no se desplomaba del todo, Radbruch todavía creía en la afirmación según la cual «la ley es la ley» y pensaba que por fuera del derecho había una lucha de convicciones que la razón no podía decidir. De ahí derivaba él el valor de algunos principios liberales: el relativismo, la idea que la verdad en cuestiones morales se nos escapa, desemboca inevitablemente en el liberalismo, explicaba en esa conferencia. Si nadie puede demostrar la verdad de sus convicciones, dijo Radbruch, entonces debemos permitir que se expresen todas y de ahí entonces que también debamos preferir los valores de la democracia. El derecho era un fruto de la voluntad y a lo que debemos aspirar es a decidir pacíficamente qué voluntad debe imperar. Es un argumento muy similar al que formuló Kelsen. Pero todos sabemos en qué acabó todo eso. El relativismo y esa forma de fundamentar la democracia dejó sin armas intelectuales a los juristas que o enmudecieron, o solo atinaron a decir, frente al derrumbe de la república de Weimar, que las leyes que sustituyeron a las de la república, eran derecho aunque a ellos no les gustaban, que es lo que habría dicho Kelsen al arribar a California escapando del nazismo.

Pienso, sin embargo, que esa forma de asomarse al derecho, a la moral y a la democracia es errónea por los motivos que confío haber explicado y que el profesor Atienza, confío también, comparte. Descansa en una equivocada concepción del debate moral que lo hace depender del realismo, es decir, de la idea que nuestros debates deben ser zanjados por algo sustantivo, una entidad o un objeto, que decida quién tiene la verdad de su lado. Pero como ese objeto no existe, entonces, concluyen, el derecho debe fundarse en la voluntad o en la mayoría.

Pero si creemos que el debate moral no requiere al realismo, sino alguna forma de justificación epistémica como, por ejemplo, un debate en que todos se reconozcan recíprocamente iguales, entonces el panorama de las ideas con que concebimos al derecho, la moral y la argumentación jurídica cambia. La democracia pasa a ser un ámbito donde nos reconocemos libres e iguales, el derecho una práctica social orientada por concepciones acerca del bien o la justicia

hacia los que se encamina toda la cultura humana conocida, la moral una reflexión permanente acerca de cuál de esas concepciones es más correcta que la otra, el debate constitucional y público el resultado de todo eso y no la simple suma de intereses y el jurista no un sirviente de la voluntad sino alguien que reflexiona procurando orientarla, no dedicado a responder la pregunta qué queremos o deseamos hacer, sino la pregunta distinta de si lo que queremos o deseamos hacer es o no correcto.

Por supuesto alguien podrá decir que todo esto no es más que una disquisición conceptual y que el debate político camina y se desenvuelve inmune e indiferente a este tipo de consideraciones. Pensar eso, sin embargo, me parece a mí, es otra forma de decir que «la ley es la ley», una afirmación cuyas consecuencias el propio Gustav Radbruch que alguna vez estuvo convencido de ella creyó su deber contradecir cuando la evidencia de la historia lo obligó a ello. Y una afirmación, sobra decir, que el profesor Atienza consideraría totalmente errada porque oculta la dimensión argumentativa que el derecho posee.

REFERENCIAS

- Atienza, M. (2006) *El derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel.
- Atienza, M. (2013) *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid: Trotta.
- Dworkin, R. (1984) *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel.
- Dworkin, R. (1986) *Law's Empire*, Cam: Harvard University Press
- Dummett, M. (1978) Realism, en *The Truth and Other Enigmas*, Harvard University Press
- Finnis, J. (2011) *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press
- Frege, G. (1980) *The Foundations of Arithmetic*, Northwestern University Press.
- Hart, H.L.A. (1994) *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press
- Kant, I. (2016) *Crítica de la razón pura*, Barcelona: Taurus
- Kelsen, H. (1983) *Teoría pura del derecho*, México: UNAM.
- Kripke, S. (1982) *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Harvard University Press
- Radbruch, G. (1980) *El hombre en el derecho*, Buenos Aires: Depalma
- Rawls, J. (1999) *A Theory of Justice*, Belknap Press
- Simmel, G. (1977) *Filosofía del dinero*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Wittgenstein, L. (2001) *Philosophical Investigations*, Blackwell

NOTAS SOBRE LA TESIS DE LA UNIDAD DE SOLUCIÓN CORRECTA EN MANUEL ATIENZA

LUIS PRIETO SANCHÍS

Universidad de Castilla-La Mancha

Manuel Atienza es autor de una extensa y valiosa obra que comprende los más variados aspectos de la filosofía del Derecho, de manera que no resulta nada difícil seleccionar algún tema de reflexión para entablar un diálogo con él; diálogo que en este caso quiere servir al mismo tiempo como reconocimiento y homenaje a una trayectoria fecundísima y prolongada sin interrupciones, que no se circunscribe a la investigación en forma de decenas de libros e innumerables artículos, sino que comprende también la formación de un espléndido Departamento de filosofía del Derecho en la Universidad de Alicante, el estímulo y sostenimiento de la revista *Doxa*, que ha sabido reunir en estos años lo mejor de la teoría del Derecho en lengua española, y en fin el desarrollo de unas relaciones con Latinoamérica enriquecedoras para todos. Pero si no es difícil seleccionar algún tema, para mí sin embargo debatir con Atienza entraña alguna dificultad porque en líneas generales la evolución de mi propio pensamiento está en deuda con sus aportaciones y por ello creo que presenta más puntos de acuerdo que de desacuerdo. No obstante, hay un aspecto en que nuestras diferencias parecen más irreductibles, aunque tal vez escondan muchas veces simples polémicas verbales. Me refiero a un capítulo central del *positivismo* y lógicamente también del *postpositivismo* que defiende nuestro autor: la tesis de la unidad de solución correcta y, unido a ella, el problema del objetivismo moral.

Como es bien conocido, una de las tesis fundamentales de la teoría positivista del Derecho, al menos en su edad madura, es la de la discrecionalidad judicial. Frente a la ilusión de raíces ilustradas de que el juez opera como un mero instrumento de la ley o, para decirlo en palabras mil veces repetidas, de que es una *boca muda* que pronuncia las palabras de la ley sin poder moderar su fuerza ni su rigor, y que mediante un proceso lógico deductivo es capaz de ofrecer solución o respuesta a todo problema práctico, la teoría positivista viene a subrayar la idea contraria, esto es, que en toda operación interpretativa o aplicativa, sobre todo en los llamados casos difíciles, emerge siempre un margen de discreción imposible de suprimir; margen que puede nacer tanto de las normas como de los hechos, es decir, de los problemas acerca del significado y extensión de las normas como de la prueba de los hechos. Me parece que en el fondo de este debate no había en el pasado (ni hay en la actualidad) un disenso digamos que empírico a propósito de cómo se comportan efectivamente los jueces y tribunales, sino un modo diferente de concebir el Derecho y más concretamente de concebir el papel que la razón puede o debe desempeñar en la

vida del Derecho. Aunque a veces se olvida, la tesis iluminista de la *boca muda* se refería a los jueces, pero reposaba en una fe inmovible en la figura del legislador racional, ya fuese el príncipe ilustrado o la voluntad general. Y cabe decir que, de un modo sin duda distinto pero no tan distante, hoy sigue siendo la apelación a la racionalidad el fundamento de la renovada idea de la unidad de solución correcta alentada desde las posiciones *postpositistas* y *neoconstitucionalistas* (uso este último vocablo por su amplia divulgación, aunque soy consciente del rechazo que suscita en Atienza): el depósito de esa racionalidad ya no es la ley, sino la argumentación, y la antigua objetividad del Derecho o de la ley ha mutado en una objetividad de la moral.

Manuel Atienza se ha ocupado con frecuencia de esta cuestión, creo que evolucionando desde una posición que bien pudiera calificarse como positivista a una tesis muy cercana a la sostenida por Dworkin o Alexy y que él denomina *postpositivista*. En 2001 y tras asumir la necesaria conexión entre el Derecho y la moral a través de la argumentación, al menos en el marco de los Estados constitucionales dotados de un catálogo de principios y derechos, reconoce sin embargo que la racionalidad jurídica presenta unos límites que impiden «que pueda hablarse siempre de una única respuesta correcta para cada caso jurídico; a partir de los anteriores criterios de racionalidad (se refiere a la universalidad, la coherencia, la adecuación y el consenso) se pueden justificar a menudo diversas respuestas incompatibles entre sí» (Atienza, 2001, pp. 266 y s.). En 2007 viene a expresar una idea semejante, si bien expresada tal vez con menor rotundidad: en su caracterización de la nueva concepción del Derecho auspiciada por el Estado constitucional afirma ya que «entre el Derecho y la moral existe una conexión no sólo en cuanto al contenido, sino de tipo conceptual o Intrínseco», lo que permite sostener «la convicción de que existen criterios objetivos (...) que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones, aunque no se acepte la tesis de que existe siempre una respuesta correcta para cada caso» (Atienza, 2007, pp. 131 y s.) En otras palabras, que si bien la argumentación jurídica es una operación racional conectada a la argumentación moral, esta racionalidad puede no ser suficiente para alcanzar siempre una respuesta correcta.

Comparto sustancialmente las palabras que acabo de transcribir. Frente a lo que piensan los más legalistas, creo que un sistema jurídico dotado de un amplio contenido material formado por principios y derechos fundamentales estimula una argumentación racional abierta al discurso moral, y que (bien desarrollada) ese género de argumentación nos aproxima al anhelado horizonte racionalista de la unidad de solución correcta. Pero me parece también que esta última no siempre queda garantizada, y no ya por las dificultades que entraña en ocasiones la interpretación de las reglas del Derecho, sino ante todo por el pluralismo moral de la constitución y de sus intérpretes, es decir, por la diversidad de concepciones a propósito del significado y alcance de los principios morales y por la propia heterogeneidad y carácter tendencialmente contradictorio de estos últimos. Para decirlo más claramente, porque la tesis postpositivista de la unidad de solución correcta reposa en un objetivismo moral que no puedo compartir. Una cosa es afirmar que el principalismo y el recurso a la moral en la argumentación jurídica no incrementa necesariamente el activismo judicial, como suele pensar el positivismo más legalista, y otra diferente afirmar que elimina la discrecionalidad y asegura la unidad de solución correcta. Para que ello fuese así sería menester contar con una moral objetiva. Atienza coincide con esta última observación: «la tesis del objetivismo moral es efectivamente necesaria para susten-

tar la de la respuesta correcta», y es que si la interpretación del Derecho depende de la moral, la objetividad de ésta parece una condición necesaria de la objetividad del propio Derecho. Pero es importante una matización a propósito tanto de la tesis de la respuesta como de la objetividad. Diríase que para Atienza la unidad de solución correcta no significa que ante un problema práctico sólo una respuesta resulte correcta y, por tanto, que cualquier otra sea incorrecta, sino únicamente que hay una respuesta respecto de la que pueden aducirse razones de más peso que en favor de la otra. Si lo entiendo bien, esto significa que pueden concurrir diferentes respuestas correctas, si bien triunfa aquella en cuyo favor quepa aducir razones de más peso. Y del mismo modo, el objetivismo moral no requiere contar con un orden completo y jerarquizado de valores o principios *verdaderos* al que pueda apelarse ante todo problema práctico, sino que se trata más bien de un «objetivismo de las razones», lo que por otra parte no excluye la aparición de conflictos morales acerca de su alcance, conflictos que sin embargo cuentan también con un instrumento para ser resueltos, que es el «diálogo moral» (Atienza, 2020, pp. 343 y ss.).

Sinceramente, esto me parece demasiado poco para satisfacer lo mucho que se promete cuando se postula que el razonamiento jurídico unido al razonamiento moral proporciona siempre una respuesta justa o correcta, y desde luego demasiado poco para fundamentar el objetivismo moral. Porque desde el momento en que se acepta que distintas teorías éticas pueden dar cuenta de nuestras constituciones o, por mejor decir, de las distintas partes de unas constituciones que a su vez no son éticamente homogéneas, sino que incorporan principios de diferente procedencia y justificación, y que se muestran además como tendencialmente contradictorias, hemos de reconocer que pueden desarrollarse discursos dispares a propósito de la normativa constitucional tanto *en abstracto* como sobre todo *en concreto*. La preceptiva constitucional permite desarrollar diferentes cursos de argumentación que pueden apelar a diferentes concepciones morales justificatorias y entonces todo queda confiado a buscar (y encontrar) la teoría «mejor fundada», «la que mejor da cuenta de la Constitución, la que lleva a la mayor realización posible de los valores constitucionales»¹. Asimismo, y suponemos que una vez escogida ya la mejor teoría, ante un problema práctico difícil que admita en principio distintas respuestas racionales, hay que preferir como correcta aquella solución que pueda exhibir «razones que tengan un mayor peso que las que puedan existir en favor de la decisión opuesta» (Atienza, 2020, p. 346). La opción cerrada todo o nada (correcto/incorrecto) se transforma así en una tesis gradual (mejores razones, mayor peso)².

¹ Procedería examinar aquí la frondosa jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales o de principios como el de igualdad (el más invocado en los recursos de amparo), pero baste pensar, por ejemplo, en el artículo 27 relativo al derecho a la educación. Este prolijo precepto cuenta con diez apartados que, casi puede decirse sin exageración, responden a dos filosofías educativas contrapuestas presentes en la historia contemporánea de España que, sin ánimo de polemizar sobre los nombres, pudiéramos llamar confesional y laicista; dos filosofías que concurrieron también en un difícil y tortuoso proceso constituyente. Pues bien, todos los Gobiernos de la democracia han dictado sus leyes educativas, todas ellas han sido recurridas ante el Tribunal Constitucional, y todas ellas han sido confirmadas, con pequeñas alteraciones, por la correspondiente sentencia. ¿Cuál es la filosofía que mejor explica y justifica en su conjunto el artículo 27?

² Atienza matiza esta opinión: «...en algún sentido de esas expresiones, 'mejor' y 'peor' puede traducir más o menos lo que yo entiendo por 'correcto' e 'incorrecto'. Lo esencial, en mi opinión, es aceptar que acerca de las cuestiones morales cabe una discusión racional» (2013, p. 87).

Me parece que entendida de este modo las pretensiones de la tesis de la única respuesta correcta quedan en algún sentido desactivadas: en puridad, ya no se trataría de la única *respuesta*, sino de la *mejor* o *más correcta* entre varias racionalmente fundadas; algo que sin duda debe operar como un ideal regulativo, como parte del modelo de comportamiento del buen juez o del buen intérprete, pues parece un rasgo casi definicional que éstos, ante un problema práctico, tratan de hallar la mejor respuesta, la que mejor se justifique a la luz de las normas relevantes al caso y la que ellos mismos estarían dispuestos a suscribir ante cualquier problema semejante. Pero entonces ¿por qué ese empeño en atribuir a los sistemas jurídicos (en realidad, a unos pocos sistemas, los constitucionalizados o de principios) una característica como la comentada, que nos sugiere verdad y objetividad? En mi opinión, ello puede responder a esa vieja y noble empresa de concebir los principios fundamentales del orden jurídico como una obra de la razón y no de la voluntad; tales principios vendrían a ser la encarnación jurídica de la moral objetiva, aptos para fundamentar racionalmente la mejor solución a todo problema práctico. Es verdad que ya no se piensa en una especie de código de la justicia al modo del Derecho natural, pero persiste el propósito de racionalizar a través de la interpretación un artefacto anclado en la voluntad y en el poder como es el Derecho positivo.

Pero examinemos con mayor detalle esta posición desde la óptica de un caso práctico que escoge el propio Atienza. Me refiero a la sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre, a propósito del llamado matrimonio homosexual, y que contó con tres votos particulares. Básicamente el Tribunal rechaza el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Partido Popular contra una reforma del Código civil de 2005 por la que se abría la institución matrimonial a la unión de parejas homosexuales; una reforma que parecía chocar con el tenor literal del artículo 30.2 de la Constitución: «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica»³.

La argumentación del Tribunal para respaldar la reforma del Código civil gira en torno a dos motivos principales. El primero, de resonancias objetivistas, apela a la *esencia* del matrimonio que, en su opinión, radica en la libertad e igualdad de los contrayentes, pero no en su heterosexualidad, que sería una característica tradicional pero no esencial; opinión que, dicho sea de paso, distingue de manera curiosa entre tradiciones y esencias, al margen de que si hay algo tradicional en el sistema matrimonial español, además de su heterosexualidad, es la desigualdad de los contrayentes (que en realidad no comienza a desaparecer hasta la Constitución de 1978). De modo que la igualdad sería esencial pero en realidad no tradicional, y el carácter heterosexual sería tradicional pero no esencial. Tradiciones y esencias, que al parecer deberían ser objetivas y verdaderas, *se deciden* de este modo resolutivo ayuno de mayor argumentación. El segundo motivo presenta unos perfiles más jurídicos y se centra en los tradicionales criterios o

³ Es interesante advertir que el Tribunal no se limita a respaldar la legitimidad del matrimonio homosexual, sino que añade (quizás sin necesidad alguna) que la opción contraria, es decir, la prohibición del mismo hasta entonces vigente en el Código civil resulta también constitucional. Dicho de otra forma, parece que para Tribunal cualquier opción (prohibir o permitir) es legítima y depende de la libertad del legislador. En este sentido en el que cabe decir que la función del Tribunal en el recurso de inconstitucionalidad consiste en señalar no lo que es mejor o más correcto (prohibir o permitir), sino aquello que resulta intolerable. No sé si con ello aclaro mi posición ante la crítica de Atienza, 2020, pp. 343 y s.

cánones de interpretación que ofrece el artículo 3.1 del mismo Código civil. Aquí el Tribunal *decide* escoger el llamado método sociológico o evolutivo según el cual las normas se deben interpretar de acuerdo con «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», realidad social que el Tribunal dice conocer apoyándose incluso en las encuestas de opinión que acreditan que la población española, especialmente la más joven, admite sin mayores problemas el matrimonio homosexual. Y ello a pesar de que otros criterios del mismo Código parecerían avalar la conclusión contraria, en particular el que recomienda atenerse al «sentido propio» de las palabras y sobre todo el que invita a tener en cuenta lo que pensaba el constituyente cuando dictó la norma del artículo 30.2⁴. Pero ¿por qué estas son las esencias y las tradiciones no esenciales y por qué se decide escoger un criterio interpretativo en detrimento de otros? El Tribunal Constitucional guarda silencio, justamente porque rehusa emprender una argumentación más profunda que justifique su sentencia, y Atienza no deja de reprochar esta deficiencia.

Un resumen de sus palabras: por una parte, «la mejor interpretación... es la que (sin vulnerar el elemento autoritativo del Derecho: sin ir contra el Derecho establecido) nos permite desarrollar al máximo los derechos fundamentales, entendidos de acuerdo con una determinada filosofía moral y política: la que mejor permita dar cuenta de nuestras constituciones (o de cada una de ellas)» (Atienza, 2013, p. 93); y esa moral no es la moral social a la que alude el Tribunal cuando se refiere a la opinión pública, sino que ha de tratarse de una moral justificada que explique o dé cuenta de nuestras constituciones. Pero por otro lado, «que el matrimonio homosexual sea o no una institución conforme con la moral no depende para nada de lo que diga o deje de decir un artículo de una constitución o de una ley, sino de los principios morales justificados que sean de aplicación a ese caso. El Derecho puede ser injusto...» (Atienza, 2013, p.98).

Ahora bien, ¿cómo puede ser que, de un lado, la respuesta óptima sea aquella que proporciona la filosofía moral y política que mejor explique y justifique el Derecho positivo y que, de otro, la conformidad con la moral de una institución (el matrimonio homosexual en este caso) sea por completo independiente de lo que diga o deje de decir la Constitución y la ley?, ¿cómo puede ser que la moral unas veces resulte coherente con el Derecho positivo y que por eso lo explique y lo justifique, y que otras veces sea independiente del mismo?. En mi opinión, aquí latén dos conceptos distintos de moral: la que pudiéramos llamar *moral positiva*, que es la que resulta coherente con la constitución y la ley, la que mejor las explica y justifica, y que por esta misma razón puede parecer injusta cuando el Derecho también nos lo parece; y la moral que llamaré *crítica o esclarecida* y que es precisamente la que nos responde a la pregunta de si el matrimonio homosexual es o no una institución moral. El problema a mi juicio es que esta última moral es en realidad subjetiva y no objetiva, aunque ello no impide que en torno a la misma pueda desarrollarse también una argumentación racional.

Lo deseable, claro está, es que el dictamen de ambas morales sea coincidente a propósito de un problema práctico o, al menos, que resulten hasta cierto punto coherentes, pero ¿qué

⁴ Me permito llamar la atención sobre la peculiar factura del derecho reconocido en este precepto. En general, los derechos fundamentales se atribuyen en la Constitución a un sujeto universal (todos, los españoles, los ciudadanos) que incluye sin duda a hombres y mujeres. Sólo el derecho a contraer matrimonio se predica expresamente del «hombre y la mujer».

sucede cuando esto no ocurre, cuando el Derecho positivo y la moral que lo sustenta nos dice, por ejemplo, que el matrimonio es una institución necesariamente heterosexual (como por otra parte sucedía en España hasta 2005) y en cambio esa otra moral que es ajena a lo que establecen las leyes nos dice que el matrimonio puede ser también homosexual?. Para Atienza esta es una situación trágica (aunque me temo que no tan infrecuente, incluso en el marco del Estado constitucional) ante la que no parece fácil adoptar una posición plenamente satisfactoria. ¿Puede entonces el juez arrinconar los Códigos y dictar sentencia según dictamina su moral crítica? Con toda razón Atienza se muestra cauteloso, aunque me parece que también poco concluyente: inclinarse en favor de la justicia y aplicar la moral en detrimento del Derecho es una opción que «no resulta tampoco nada clara o, al menos no lo es sin muchas matizaciones»; sería además una falsa salida del dilema porque atenerse a lo que manda Derecho «es también (o lo es muchas veces) un requerimiento de la justicia» (Atienza, 2013, p. 99). ¿Queda entonces justificada la hipotética exclusión del matrimonio homosexual que ordenasen las leyes y supongo que también la moral que mejor explica y justifica esas leyes? La respuesta no termina de parecerme clara: la discriminación por orientación sexual es injusta y vulnera los derechos fundamentales, que tienen un valor objetivo; pero ello «no quita para que pueda entender que haya personas... que no están en absoluto convencidas de la justificación del matrimonio entre personas del mismo sexo» (Atienza, 2013, p. 101). En esas condiciones, ¿cuál es la única respuesta correcta?

Así pues, pese a lo que dictamine la moral objetiva, también hemos de entender a quienes no la comparten. Pero ¿en qué sentido hemos de *entender*? Desde luego, en el sentido de respetar esas opiniones y su libre expresión. Esto no hace falta decirlo. En realidad hemos de *entender* en un sentido más fuerte, reconociendo a los discrepantes en su condición de agentes racionales que participan en un diálogo abierto guiado también por el ideal de la solución correcta, y que sin abandonarlo llegan a una conclusión diferente. Porque, en mi opinión, el carácter necesariamente heterosexual del matrimonio podría defenderse no sólo a partir de argumentos jurídicos como los antes comentados, sino también mediante una argumentación moral que parta de premisas diferentes, y la lectura de algunos votos particulares a la sentencia del Tribunal Constitucional así lo muestra. El núcleo de la cuestión está en el concepto de discriminación. Atienza parece considerar como una verdad de hecho que la exclusión del matrimonio homosexual constituye una discriminación (por definición injusta) por razón de sexo, pero esto es justamente lo que hay que demostrar: «no toda diferencia de trato representa una discriminación» ha terminado siendo casi una cláusula de estilo en la extensísima jurisprudencia sobre el principio de igualdad; la discriminación injusta aparece únicamente cuando la diferencia de trato es injustificada, juicio de valor ante el que de nuevo hemos de argumentar sin respaldo normativo o con un respaldo tendencialmente contradictorio⁵, especialmente en el caso del principio de igualdad, que nos invita a tratar igual (en Derecho) lo que es igual (de hecho) pero también a tratar de forma desigual lo que es desigual, y entonces hemos de decidir si la igualdad o desigualdad de hecho resulta *relevante* a los efectos de una cierta regulación jurídica. Y ese juicio de *relevancia* resulta siempre opinable. Los votos discrepantes no defendieron la discriminación sexual en nombre de

⁵ Aunque el sexo es uno de los criterios «prohibidos» expresamente por el artículo 14, ello no significa que no pueda ser superado mediante una más esmerada argumentación.

algún principio moral superior, sino que negaron que la diferencia de trato en el acceso a la institución matrimonial fuese auténtica discriminación; esto es, consideraron que la diferencia estaba justificada, se supone también que moralmente justificada.

En suma, si aceptamos que a propósito de un problema práctico que ha de ser resuelto a la luz de la constitución pueden concurrir diferentes argumentaciones racionales y que por tanto, agotadas todas las razones, se mantiene un genuino desacuerdo interpretativo, ¿con qué criterio contamos para dictaminar cuál de ellas tiene más peso o es mejor para explicar el principio o derecho pertinente? En la práctica, y tratándose de un órgano colegiado como es el Tribunal Constitucional, parece que sólo podemos recurrir al voto. Es decir, la única respuesta correcta que nos proporciona la moral objetiva termina siendo aquella que defiende la mayoría del Tribunal. Con lo cual la moral, que habíamos llamado en nuestro auxilio para interpretar o completar el Derecho positivo, se torna en un resultado más de los procedimientos jurídicos, de la voluntad. Y, en mi opinión, esto equivale a una suerte de positivismo ético, cuya primera consecuencia es la legitimación del propio Derecho positivo, el reforzamiento del deber jurídico mediante el deber moral.

Leer a Manuel Atienza. El título de este volumen encierra toda una invitación a la lectura de quien es autor de algunas de las páginas más meditadas y brillantes de la actual filosofía del Derecho española, y que nos ha puesto en contacto y dialoga con lo mejor de la cultura jurídica contemporánea. Su lectura siempre instructiva tal vez ponga de relieve que la mía ha sido apresurada, o que en realidad polemizo sólo sobre palabras. Sea como fuere, estos desacuerdos de un viejo positivista quieren ser un testimonio de amistad y de reconocimiento a una ejemplar carrera académica.

REFERENCIAS

- Atienza, M. (2001), *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona.
- Atienza, M. (2007), «Argumentación y constitución», en J. Aguiló, M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Iustel, Madrid.
- Atienza, M. (2013), *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Ed. Pasos Perdidos, Madrid.
- Atienza, M. (2020), «La interpretación constitucional en Luis Prieto. Entre el positivismo y el postpositivismo», en *El compromiso constitucional del iusfilósofo. Homenaje a Luis Prieto Sanchís*, P. Andrés, P. Grández, B. Marciani y S. Pozzolo (ed), Palestra, Lima.

DE NUEVO SOBRE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

ALFONSO RUIZ MIGUEL

Universidad Autónoma de Madrid

En la Filosofía jurídica española contemporánea no abundan quienes, como Manolo Atienza o yo mismo, se hayan ocupado del estatus cognoscitivo de la dogmática jurídica¹. Sin pretender la exhaustividad, además del libro pionero de Albert Calsamiglia, de título excéntrico al tema y aparecido en 1986², este mismo año Manolo y Roberto Vernengo mantuvieron un vivo debate en el que yo vine a terciar en un escrito mío bastante posterior, de 2003, que tal vez haya podido haber tenido cierto seguimiento gracias a su republicación en dos recopilaciones posteriores, de 2011 y 2012, en España, Argentina y México. Años después, en 2017, Manolo Atienza recogió algunas ideas de ese escrito mío para, a partir de un central acuerdo, hacer también algunas observaciones moderadamente polémicas. Este libro en su homenaje me parece un lugar bien oportuno para recuperar los elementos fundamentales de los anteriores estudios y para continuar un diálogo que en general, en otras ocasiones y temas, siempre ha tendido más a acercarnos que a alejarnos en nuestras (siempre solo limitadamente) diferentes posiciones.

¹ Me refiero a reflexiones esencialmente dirigidas a la cuestión de si la dogmática jurídica es o no una ciencia y en qué sentido, por lo que no incluyo la enorme literatura dedicada a los iusnaturalismos, los positivismos y los realismos jurídicos o a sus autores, que solía venir enfocada históricamente y que en los últimos años ha proliferado sobre todo en forma más analítica alrededor de la polémica sobre el neoconstitucionalismo (vid., para un buen ejemplo de análisis histórico, Calvo García 1994; y para dos ejemplos del último tipo de estudios, De Julios-Cam-puzano 2014b y Lloredo 2014). Tampoco me referiré a estudios de alcance filosófico-jurídico realizados por juristas, de Hernández Gil a Enrique Gimbernat, Alejandro Nieto o Jesús Delgado (para los que remito a Atienza 2017: § 4) o por historiadores del Derecho (como el de Sánchez-Arcilla 2003). En fin, los estudios a los que aquí me refiero son esencialmente de metateoría *descriptiva* de la dogmática jurídica y, por tanto, de diferente naturaleza de los de predominante metateoría *prescriptiva* o crítica, como los llevados a cabo por Álvaro Núñez Vaquero (cf. 2012; 2014; 2015 y 2017).

² En efecto, el título de *Introducción a la ciencia jurídica* no correspondía a lo tratado en los distintos capítulos (la cuestión metodológica en la filosofía de la ciencia y estatuto científico, caracterización, reglas de juego y funciones sociales de la dogmática: cf. Calsamiglia 1986); y por cierto que tampoco su anterior libro, sobre *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, recibió un título afortunado, pues trataba esencialmente de la teoría jurídica kelseniana tras una referencia mínima a la crisis del positivismo decimonónico (cf. Calsamiglia 1976: 7). Esas discordancias formales, sin embargo, no perjudican el buen contenido de los estudios de Calsamiglia, que en su momento sirvieron para actualizar el panorama de nuestra filosofía jurídica.

Hace unos cinco años tuve ocasión de volver sobre el tema de la dogmática jurídica por la invitación de un matemático a participar en la sesión introductoria a un curso de doctorado interdisciplinar dedicada al concepto de teoría. Junto a un físico, dos lingüistas y un matemático, a mí me tocó explicar, en veinte minutos, qué es una teoría jurídica. Como cabe intuir sin mucha cavilación, en aquella sesión se pudo constatar no solo las importantes diferencias entre esas diversas disciplinas entre sí y, dentro de ellas, la gran distancia y heterogeneidad entre las teorías jurídicas y las hipótesis de la física, los teoremas matemáticos o las (también a su vez enfrentadas) teorías sobre el lenguaje, sino, en fin, lo peculiar que resulta hablar de «ciencia» jurídica en ese contexto. Lejos de intentar resumir aquí esa panoplia de distintas perspectivas, me limitaré a recordar lo que se me ocurrió decir en aquel seminario a propósito de las teorías jurídicas.

Allí propuse diferenciar tres niveles de teorización del derecho: de alcance bajo, medio y amplio. Las teorías de alcance bajo se pueden relacionar con los conjuntos de reglas e instituciones que constituyen la *invención* del Derecho. Invención, además, en el doble sentido de que el propio Derecho nace, o se inventa, a través de la creación de figuras jurídicas. La referencia clásica de este primer nivel de teorización la proporcionan las *regulae* de los jurisconsultos romanos, que pretendían describir resumida y didácticamente lo que en aquella cultura se consideraba justo (cf. Ruiz Miguel 2009: 64). Este tipo de «teorías» simples, que sin duda continuó en la época de los glosadores y postglosadores, no ha dejado de existir en la época contemporánea, como lo ejemplifican la doctrina del abuso de derecho (primero introducida por la jurisprudencia francesa a mediados del siglo XIX) o el crimen de genocidio (propuesto por Raphael Lenkman en 1944 e incorporado a una convención internacional en 1948).

Consideraré teorías de alcance medio las propias de la *conceptualización sistemática* del Derecho, que tuvo un enorme desarrollo durante el siglo XIX, especialmente en el ámbito influido por la pandectística germana, que desarrolló un sistema teórico sobre el Derecho civil más rico y complejo que el que la Escuela de la Exégesis francesa elaboró siguiendo el esquema del Código Napoleón (que, no obstante, también comportaba una teoría general normativa basada en los principios de unidad, plenitud, coherencia y subsunción aplicativa). Otra manifestación notable de este tipo de teorías la proporciona la dogmática penal de raíz alemana, cuya categorización doctrinal del delito como «acción típica, antijurídica y culpable» ha llegado a tener fuertes influencias en muchos códigos penales y en su interpretación judicial.

En fin, el nivel más elevado lo ocupan las teorías de alcance amplio, donde se deben ubicar las concepciones más generales sobre el concepto y la justificación del propio orden jurídico. Dos de esas grandes concepciones, que desde el siglo XIX contraponemos como iusnaturalismo y positivismo jurídico, han pervivido en distintas formas y en permanente disputa al menos desde los tiempos de Ockham hasta su renovada reedición en la polémica entre positivismo excluyente e incluyente (o inclusivo) de tiempos recientes. Aunque más atendida por los filósofos del Derecho que por los juristas, también han tenido relevancia desde finales del siglo XIX y principios del XX los realismos jurídicos, con su tendencia a insistir en la dimensión social del Derecho, en el momento de la aplicación judicial y en la propuesta, siempre desatendida por los juristas, de desarrollar un conocimiento empírico y predictivo de las normas jurídicas.

En realidad, los tres niveles teóricos anteriores presuponen una escala gradual y continua en la que podrían encontrarse niveles intermedios e interrelaciones diversas: piénsese en la creación de subramas jurídicas como el Derecho financiero, el Derecho de la Unión Europea, la Informática jurídica, el Bioderecho... Un ejemplo reciente y revelador de dicha gradualidad lo proporciona la llamada Justicia transicional (expresión acuñada en 1991 por Ruti Teitel), convertida hoy en una disciplina académica que cuenta desde 2007 con una revista cuatrimestral publicada por Oxford Academic. Al igual que en los tres niveles mencionados, también aquí se produce la interrelación entre teoría y práctica tan característica de la cultura jurídica por la que ambas se influyen recíprocamente: no es casual que el libro fundacional de Ruti Teitel, *Transitional Justice* se desarrolle en torno a una visión política del Derecho llamada a proponer compromisos entre el realismo político y el idealismo moral (Teitel 2000).

¿Pueden tales «teorías» considerarse científicas en algún sentido? Con un par o tres precisiones que haré más adelante, yo sigo manteniendo la misma posición metateórica que en mi artículo de 2003: que la dogmática jurídica no puede considerarse, en absoluto, una ciencia empírica o descriptivo-explicativa, y que los intentos de insertarla en el modelo historicista o hermenéutico como una más entre las ciencias sociales, a pesar de la coincidencia en su objeto, fallan por las esenciales diferencias de método y finalidad. Esas diferencias se pueden apreciar en cuanto se cae en la cuenta del muy distinto sentido que tiene la noción de «interpretación» en las ciencias sociales, incluida la historia, y el Derecho: en el caso de las ciencias sociales interpretar es dar una explicación de hechos más o menos «comprehensiva» pero tendente, siempre tendente, al conocimiento de causas y efectos y, en ocasiones, de pautas o leyes generales; en el caso del Derecho —en parte de manera similar a lo que ocurre con la crítica artística— interpretar es proponer el significado más apropiado de una norma o una práctica social en términos de razones y no de causas (aunque la referencia a ciertas causas pueda servir para fundamentar aquellas razones).

El método dogmático-jurídico, así, es idiosincrásico y consiste en la reelaboración sistemática del material jurídico, de modo que, en sus formas mínimamente complejas al menos (más allá de la previa y básica intelección textual y del comentario exegético puntual), comprende tres fases distintas: la selección y glosa del material normativo, la clasificación o sistematización de los conceptos básicos en juego y, en fin, el análisis y calificación de las figuras o instituciones jurídicas con vistas a establecer su significado. La finalidad de este método teórico, que tiende inevitablemente a afectar a la práctica (es decir, a la legislación y la aplicación del Derecho), es claramente ajena a la de la historia, la sociología, la economía, la psicología social, la lingüística, etc. porque en la medida en que se trata de un tipo de conocimiento no es de carácter fáctico sino normativo.

Que la dogmática jurídica es un conocimiento normativo no significa solo que tiene por objeto el estudio de normas, sino que tales normas se estudian no como hechos sino como expresiones de deber ser, de modo que la naturaleza interpretativa de la dogmática adquiere una finalidad normativa o, si se quiere, valorativa. De ahí que sus resultados no sean «científicos», en el sentido de que no predicen, no explican y no describen su objeto de estudio, ni tampoco pretenden hacerlo. Según lo elaboré en mi artículo de 2003, ese carácter normativo está presente en los tres momentos de la interpretación: *antes* de la tarea dogmática, donde el Derecho, se

lo entienda como conjunto de textos normativos o como práctica social, se asume como un objeto normativo, cuyo valor justificativo se da por supuesto (esta consideración del Derecho como dogma explica en parte la utilización del término «dogmática» jurídica, que por otro lado remite etimológicamente a la *doxa* griega); *durante* la tarea interpretativa, que reelabora el material jurídico asumiendo siempre ciertos parámetros valorativos, como la racionalidad del legislador, el recurso a principios y finalidades, etc., y siempre con la pretensión de actuar sobre la práctica; y, en fin, *después* de la labor dogmática, que en efecto suele tener tres funciones diferentes: la función didáctica, clave en la transmisión de un saber y unas técnicas propias de las profesiones jurídicas, la función integradora, de la que se sirve la aplicación judicial y administrativa, y la función de política jurídica, por la que la dogmática influye en la legislación sea por la vía de la crítica o sea por la propuesta de reformas.

La conclusión de mi texto de 2003, muy influido por los estudios de Calsamiglia y por la polémica entre Vernengo y Atienza, había sido que la dogmática jurídica debía considerarse no una ciencia, en algún sentido mínimamente exigente y hoy convencional de esa palabra, sino una técnica, es decir, un tipo de saber que, entroncando con la clásica definición de Celso del Derecho como *ars boni et aequi* y recordando que «ars» era la traducción latina del griego *techné*, tiene no solo una finalidad sino también una utilidad práctica. No me importa insistir ahora, como ya hice entonces, en lo impropio de desacreditar la caracterización de la dogmática jurídica como técnica por dos confusiones no siempre desveladas: ante todo, la asociación de la ciencia con la utilidad social, cuando hay, de un lado, conocimientos científicos básicos ajenos en principio a cualquier aplicación y, de otro lado, técnicas no científicas enormemente útiles; y, en segundo lugar, la reducción de todo el conocimiento al científico, cuando es claro que los saberes técnicos presuponen y son expresión de variados conocimientos, si bien puedan resultar más o menos sistematizados, complejos y cercanos a las ciencias, en una graduación que permite clasificarlos, con Ortega y Gasset, como modernas tecnologías o como tradicionales técnicas artesanales. Ante esta clasificación, mi visión de la dogmática jurídica era indecisa, de modo que destacué su carácter bifronte: el apoyo de la buena dogmática jurídica en conocimientos históricos, sociológicos, económicos, de Derecho comparado, etc. y la aportación más artesanal e intuitiva de las técnicas interpretativas propias de la tradicional cultura jurídica.

Llego ya al punto del debate que entonces abrí con la posición de Manolo Atienza y que hoy presento para revisión y cierre (naturalmente, solo por mi parte y de forma provisional, a la espera de una nueva respuesta de mi interlocutor). Para recordar el contexto, la sustancia de la disputa entre Atienza y Vernengo en la que yo tercié había girado en torno a si, como había pretendido Atienza en su libro de *Introducción al Derecho* de 1985, la dogmática jurídica es una técnica y no una ciencia, esencialmente por las razones en que yo vine a convenir en mi artículo de 2003 y que acabo de sintetizar (cf. Atienza 1985: § 4.9), o, como contestaba Vernengo, una ciencia indistinguible de una técnica teóricamente fundamentada, a diferencia de las técnicas meramente artesanales o pedestres (cf. Vernengo 1986a: 292-295). En realidad, en el libro de 1985 Atienza había propuesto que la dogmática debería abrirse a otros saberes científicos para pasar de ser una mera técnica ajena a la ciencia a ser una tecnología, caracterizada por emplear conocimiento científico (de la agricultura a la agronomía, ejemplificaba) (cf. Atienza 1985: 289). En la polémica con Vernengo, Atienza remachó esta crítica a la dogmática jurídica

realmente practicada añadiendo que «mantiene pocas, y poco profundas, relaciones con la ciencia y, desde luego, no me parece que pueda decirse que se base en alguna(s) ciencia(s) en particular, sino más bien en una combinación de experiencia, sentido común, conocimiento ordinario, etc.» (Atienza 1986: 307).

Estando en lo esencial de acuerdo con la caracterización de Manolo de la dogmática como técnica, mi única discrepancia en 2003, en realidad de menor cuantía, giró sobre el último punto anterior, para afirmar la unilateralidad de su negación como tecnología: «si bien es cierto que no tiene como base a ninguna ciencia en particular —afirmaba yo—, eso no quiere decir que la esencia del conocimiento en el que se basa se limite, como propuso Manuel Atienza, a recopilar experiencias y conocimientos vulgares ligados con la salsa del sentido común» (Ruiz Miguel 2003: 5675). Fue precisamente ante esa propuesta frente a la que yo apunté el antes mencionado carácter ambiguo y bifronte de la dogmática, al menos de la buena dogmática, a medio camino entre las orteguianas técnicas de artesanos y las técnicas de técnicos (o tecnologías). Se trataría de una zona borrosa en la que la dogmática, por un lado, presupondría y utilizaría conocimientos científico-sociales elaborados y, por otro lado, se valdría de conocimientos más específicos y «artesanales» propios de la tradicional cultura jurídica (cf. *idem*).

La respuesta de Manolo a mi precisión apareció bastante años después, en un libro de 2017 cuyo capítulo VII se titula «la dogmática jurídica como tecno-praxis». En su resumen de las aportaciones filosófico-jurídicas al tema, recogía especialmente mi anterior idea sobre el lugar ambiguo o intermedio de la dogmática, entre las técnicas artesanales y las tecnológicas, añadiendo que «se trata, en lo esencial, de la misma tesis» por él defendida en 1985 y 1986. No es extraño, así pues, que a renglón seguido, manifestara una «cierta sorpresa» por mi crítica a su caracterización de la dogmática como mera recopilación de «experiencias y conocimientos vulgares ligados con la salsa del sentido común»³. Eso no impedía que Manolo terminara su resumen destacando, pacificadoramente, la conclusión de mi trabajo de 2003, que apelaba a la conveniencia de relacionar la dogmática no solo con las ciencias sociales sino también con la filosofía práctica, que es el motivo fundamental de ese último escrito de Manolo sobre el tema: que la dogmática jurídica es en parte una técnica social pero en parte también una forma de filosofía práctica, una tesis en la que puede detectarse claramente la influencia de los trabajos de Jesús Vega (cf. Atienza 2017: 179 y 192; vid. Vega 2000 y Vega 2009). Y lo cierto es que la gran coincidencia entre nuestras dos posiciones, tanto sobre la conexión entre la dogmática y las ciencias sociales como sobre la adición de la filosofía práctica, está por encima del matiz de que Manolo ha sido —y sigue siendo, aunque ahora de forma más matizada (cf. Atienza 2017: 186)— más crítico y más prescriptivo que yo en lo que se refiere al uso que los juristas hacen de los conocimientos científico-sociales, tal vez porque yo he puesto siempre el acento en la *buena* dogmática jurídica.

³ Incidentalmente, y en nota al pie, Manolo respondía también a otra nota mía al pie en la que yo había indicado que «una extensión extrema y extravagante de [su] misma tesis» había sido mantenida por Hernández Marín al calificar a la dogmática jurídica como pseudociencia en aplicación de once criterios formulados por Mario Bunge (cf. Ruiz Miguel 2003: 5675, nota 10). Manolo afirma allí que «no se trata de la misma tesis» (Atienza 2017: 179, nota 8) y no tengo inconveniente en darle la razón: en rigor, «una extensión extrema y extravagante» de una tesis supone que no se trata de la «misma tesis».

Vuelvo ahora al seminario de 2018 en el que retorné sobre el tema. Allí, aun manteniendo la conclusión de que la dogmática jurídica es, en cuanto técnica, un *conocimiento valioso* aunque no propiamente científico, abandoné sin embargo las cautelas sobre su lugar intermedio y borroso entre las técnicas de artesanos y las tecnologías para defender que estaríamos ante una valiosa tecnología que, al modo de la arquitectura, la cirugía, la informática o el marketing, cumple relevantes funciones prácticas, en el caso para el mantenimiento y la transformación controlada del sistema social. También añadí que si el Derecho es, como dijo Kelsen, «una técnica social», la dogmática jurídica sería la técnica de una técnica, observando que en esta aparente redundancia se usa el mismo término en dos sentidos distintos: la técnica como *saber* previo para una actividad útil, que es lo propio del jurista teórico en analogía con el arquitecto que estudia cómo reformar un edificio, y la técnica como *práctica* o habilidad útil, que es lo propio del legislador o el juez en analogía al ingeniero que mantiene en uso una cierta maquinaria. Ahora matizaría algo lo tajante de esta distinción para señalar la relevante interacción mutua entre juristas teóricos y prácticos, que se traslada y se debe trasladar a la relación entre la dogmática como técnica tecnológica y como filosofía práctica que reflexiona sobre problemas prácticos (en este punto coincido más con Atienza 2017: 185-192, que con Vega 2009: 396-398, quien niega la mencionada interrelación de la dogmática con legisladores y aplicadores y el carácter técnico de aquel saber al afirmar su esencial dependencia de la técnica o práctica social de crear y aplicar el Derecho autorizadamente).

Junto a la limitada revisión que acabo de mencionar, en los últimos años tampoco vengo siendo tan tajante como en 2003 en mi crítica a las pretensiones de adherir la dogmática jurídica a un modelo de ciencia convencionalista, más abierto que el modelo empirista a la posibilidad de considerar ciencias a actividades que puedan asimilarse a la noción de paradigma científico de Kuhn. Aunque sigo pensando que se trata de una analogía algo forzada —sobre todo porque el esquema kuhniano está pensado para la ciencia física—, quizá haya un espacio para debatir y aceptar que puede haber ramas dogmático-jurídicas sometidas a criterios de validación interna comunes y suficientes como para hablar de paradigma y de ciencia normal al menos en un sentido débil. Bien pueden existir «termómetros» —como en su día los llamó Calsamiglia (cf. 1986: 119 y 144)— que debidamente calibrados por la comunidad de los especialistas sean capaces de evaluar la buena dogmática jurídica por su rigor, riqueza y calidad argumentativa. Estos últimos son rasgos que bien podrían acreditarle el título de ciencia, con tal de que se limite estrictamente al significado convencionalista ya dicho y no se oculte con ello el carácter evaluativo y propositivo que resulta esencial e inevitable en toda interpretación jurídica. La objeción obvia que debe afrontar este planteamiento es que las divisiones metodológicas e ideológicas que subsisten en las interpretaciones jurídicas, tanto dogmáticas como aplicativas, convierten en inoperativa aquí la noción de paradigma y la existencia misma de convenciones compartidas. Pero creo que dirimir esta cuestión exigiría afinar más, seguramente diferenciando entre distintas tradiciones y ramas jurídicas y, sin duda, dando la palabra también a los propios juristas.

Hay un último punto que me parece relevante añadir a lo que escribí en el artículo de 2003, y que tampoco he visto destacado en la literatura que he revisado para escribir estas notas, haciendo excepción a ello un escrito de Giorgio Pino, por lo demás en gran medida

coincidente con las ideas aquí mantenidas. Se trata de la idea de que la labor de la dogmática jurídica, especialmente por la labor de conceptualización y sistematización que convierte el basto (y también vasto) y desordenado material jurídico en un «todo inteligible», no es solo una técnica social valiosa, como he dicho genéricamente, sino que es valiosa, además, porque «bien puede estar al servicio de valores del imperio de la ley como el conocimiento público del Derecho y la seguridad jurídica» (Pino 2019: 42). Es verdad que esta es solo una posibilidad, una especie de subproducto contingente que, supuesta la existencia de cierto tipo de sistema políticojurídico, es compatible con la pervivencia de la nunca resuelta ni probablemente resoluble tensión entre interpretaciones (y dogmáticas) jurídicas más o menos formalistas, es decir, más inclinadas a la seguridad jurídica que a la justicia material. En todo caso, esa posibilidad me parece una buena razón para compartir la propuesta de Manolo Atienza de una interpretación jurídica que combine técnica social científicamente informada y filosofía práctica, que como «lugar de reunión de la razón instrumental y la razón práctica [...], en el contexto de los Derechos del Estado constitucional, [...] es el único camino viable que se le abre a la dogmática» (Atienza 2017: 192).

REFERENCIAS

- Atienza, Manuel (1985). *Introducción al Derecho*, Barcelona, Barcanova.
- (1986). «Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 3: 297-311.
- (2017). «La dogmática jurídica como tecno-praxis», en *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, cap. VII, pp. 167-192.
- Calsamiglia, Albert (1978). *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel.
- (1986). *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel.
- Calvo García, Manuel (1994): *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, Tecnos.
- De Julios-Campuzano, Alfonso (2014a). *El horizonte constitucional. Ciencia jurídica, derechos humanos y constitucionalismo cosmopolita*, Madrid, Dykinson.
- (2014b) «El estado constitucional ante la teoría jurídica», en De Julios-Campuzano 2014a: 67-108.
- Llouredo Alix, Luis M. (2014). «¿Estamos ante un cambio de paradigma en la filosofía del derecho? El neoconstitucionalismo y la crisis del Estado social», en De Julios-Campuzano 2014a: 49-66.
- Núñez Vaquero, Álvaro (2012). «Ciencia jurídica realista: modelos y justificación», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35: 717-747.
- (2014). «Ciencia jurídica: un mapa conceptual», en A. Núñez (ed.), *Modelando la ciencia jurídica*, Lima, Palestra Editores: 13-51.
- (2015). «Sobre «Algunos argumentos a favor de una ciencia jurídica interpretativa» de Aldo Schiavello», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 38: 501-524.
- (2017). *Teorías normativas de la ciencia y la dogmática jurídicas*, Lima, Palestra Editores.

- Pino, Giorgio (2019). «The Politics of Legal Interpretation», en D. Duarte *et al.* (eds.), *Legal Interpretation and Scientific Knowledge*, Springer: 29-45.
- Ruiz Miguel, Alfonso (2003). «La dogmática jurídica, ¿ciencia o técnica?», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis DíezPicazo*, tomo IV, Madrid, ThomsonCivitas, 2003, pp. 5649-5678; ahora en *Cuestiones de principios: entre política y Derecho*, Madrid, CEPyC, 2020, cap. 7, pp. 193-230 (reproducido también en C. Alarcón Cabrera y R. Luis Vigo [eds.], *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales*, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho-Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política-Marcial Pons, 2011, pp. 387-413; y en J. J. Bautista Gómez y R. Moreno Cruz [eds.], *Argumentación, discurso y dogmática jurídica. El lenguaje del Derecho*, Oaxaca (México), Universidad Autónoma «Benito Juárez» de Oaxaca, 2012, pp. 125-148).
- (2009). *Una filosofía del Derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2ª ed. revisada.
- Sánchez-Arcilla, Bernal (2003). *Jacobus, id quod ego. Los caminos de la ciencia jurídica*, Madrid, Dykinson.
- Teitel, Ruti G. (2000). *Transitional Justice*, Oxford, Oxford University Press.
- Vernengo, Roberto J. (1986a). «Ciencia jurídica o técnica política: ¿Es posible una ciencia del Derecho?», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 3: 289-295.
- (1986b). «Réplica a la respuesta de M. Atienza», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 3: 313-314.
- Vega, Jesús (2000). *La idea de ciencia en el Derecho. Una crítica históricognoseológica a partir de la idea de «ciencia normativa»*, Oviedo, Fundación Gustavo Bueno Pentalfa Ediciones.
- (2009). «Las calificaciones del saber jurídico y la pretensión de racionalidad del Derecho», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32: 375-414.

TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN DE M. ATIENZA: UNAS NOTAS A PIE DE SUS PÁGINAS

VIRGILIO ZAPATERO

Universidad de Alcalá (Madrid)

«Questo è uno dei miei chiodi: Che una certa idoneità tecnica venga richiesta per la produzione del diritto nelle sue forme spicciole, quali sono dopotutto le sentenze e il contratto, e non per quella specie suprema che è la legge, è qualcosa che, più ci penso, e più mi sembra incredibile. Tuttavia è la verità»

F. CARNELUTTI, *Clinica del diritto*

1. Manuel Atienza, maestro del que muchos hemos aprendido, ha llegado a su jubilación. Antes de seguir adelante con su trabajo, que es lo que hará, puede mirar con satisfacción la impresionante obra que ya ha ido construido con sus libros (desde aquel primer *Marx y los derechos humanos* de 1982 que conservo hasta su último trabajo de 2022 sobre *La dignidad Humana*), sus artículos, sus conferencias, sus cursos y con la larga fila de discípulos repartidos por relevantes instituciones y universidades tanto españolas como latinoamericanas. Puede contemplar también con agrado la lista de quienes por edad (en mi caso le llevo cinco años) no podemos decir que somos sus discípulos pero sí que reconocemos su magisterio. Para unos y otros su jubilación es una buena ocasión para darle las gracias por todo lo que hasta ahora nos ha enseñado.

Cuando uno examina tanto su biografía como el volumen y calidad de su obra salta a la vista que ha abierto caminos nuevos en teoría del derecho, filosofía del derecho, teoría de la argumentación, lógica jurídica, teoría de la legislación... Y no sólo ha abierto nuevas sendas a nuestra demediada disciplina sino que ha sido un gran constructor de puentes entre España y Latinoamérica en el amplio campo de la Filosofía del Derecho. Comenzó esta operación de encuentro con su tesis doctoral sobre la Filosofía del Derecho en Argentina y la consolidó con su excelente revista *Doxa*. Gracias a él algunos de nosotros comenzamos en los setenta a conocer en España la obra de Carlos Santiago Nino, Ernesto Garzón, Genaro Carrió, Carlos Alchurrón o Eugenio Bulygin. Y, a su vez, a través de Manolo ellos pudieron conocer mejor lo que aquí estábamos haciendo. Los romanos tenían un nombre para esto: *pontifex* o constructor de puentes. Espero que, aunque laico, no le moleste el término. Ha sido un protagonista decisivo en el reencuentro entre la filosofía del derecho de aquí y la de allí. Otro motivo para que mire hacia atrás con orgullo.

2. Aparte de provenir ambos de un mismo tronco académico, Elías Díaz, he compartido con Manolo Atienza **un mismo interés por la teoría y la técnica de la legislación**. En esto creo que ambos, a hombros de gigantes, nos hemos situado en esa fila de la preocupación por las buenas leyes que ha existido desde Grecia y Roma (Platón o Cicerón), que prendió con pujanza en la Ilustración (Muratori, Filangieri, Montesquieu, Beccaria o Bentham) y que cobró nuevas fuerzas con el racionalismo (constructivismo lo calificó despectivamente Hayeck) que alimentó la edificación del moderno Estado de Bienestar. Es en esta fila que aspira a hacer de la ley la *voluntas ratione animata* en la que sitúo tanto los trabajos de Manolo Atienza (*Contribución a una teoría de la legislación* o *Argumentación Legislativa*) como mis escritos académicos, específicamente *The Art of Legislating*. Pero creo que el origen del interés de ambos por estos temas fue diferente.

Mis preocupaciones tanto por la teoría de la legislación como por la técnica legislativa tuvieron inicialmente una vertiente más práctica. Como responsable en el Gobierno (1982-1993) de la coordinación legislativa y más tarde (1986-93) también secretario del Gobierno, me preocupó desde el primer momento establecer mecanismos institucionales que, soportados por las más sólidas teorías a disposición, pudieran mejorar la racionalidad legislativa. Nuestra recién estrenada Constitución, con su capacidad de irradiación, estaba sacudiendo desde los cimientos el entramado legal heredado y ningún sector del ordenamiento — civil, penal, administrativo, laboral, mercantil, procesal... — iba a ser ajeno al mandato de adaptación constitucional. Era una ocasión bien propicia para mejorar el sistema de producción normativa.

Se tomaron entonces dos decisiones que pretendían mejorar los procesos normativos. Una primera, con una organización gubernamental interna, nos llevó a fortalecer el trabajo de las Secretarías Generales Técnicas de cada Ministerio, origen de la inmensa mayoría de las normas en fase gubernamental, a coordinar la tramitación de las normas en la Comisión de Subsecretarios donde se dio gran peso al seguimiento de los informes preceptivos de los diferentes órganos consultivos (entre otros, Consejo de Estado o del joven Consejo General del Poder Judicial) y a potenciar el debate en el seno del propio Consejo de Ministros.

En segundo lugar, le pedí al director del Centro de Estudios Constitucionales, Francisco Laporta, que, apoyándose en los primeros trabajos sobre legística (Grupo Gretel, 1986) que estaban apareciendo en España, abordáramos la elaboración de las primeras *Directrices sobre la forma y estructura de las leyes* y del *Cuestionario de Evaluación de los proyectos de ley*, textos que sometí al Consejo de Ministros (Acuerdos de Consejo de Ministros de 29 de diciembre de 1989 y de 26 de enero de 1990 y de 18 de octubre de 1991)

Fueron, pues, estas necesidades prácticas las que me suscitaron las primeras preocupaciones sobre el arte de legislar. Pero, aquí y entonces, nos faltaba una visión teórica de mayor vuelo —una teoría de la legislación— que recurriendo a la razón nos permitiera, como decía Condorcet, caminar en la noche precedidos de una luz. Y esta reflexión es la que Manuel Atienza, seguido por algunos otros colegas, fue estructurando en España a finales de los ochenta y principios de los noventa.

3. La pluralidad de racionalidades. No ha necesitado Manuel Atienza haber pasado por la experiencia de legislador para darse cuenta de las limitaciones que presenta una teoría

axiomática de la racionalidad a la hora de explicar el proceso legislativo tal y como realmente se produce en nuestras sociedades democráticas. El proceso real en la toma de decisiones normativas no se basa en una mente humana que establece unos objetivos de la acción, investiga las eventuales opciones para alcanzarlos, analiza sus consecuencias, jerarquiza las opciones con la ayuda de algún criterio y finalmente decide racionalmente. La técnica fundamental que permite a las organizaciones acometer cuestiones difíciles — como es la legislación— consiste en dividir el problema en sus correspondientes sub-problemas y atribuir tareas específicas a unidades orgánicas diferenciadas. Al menos en nuestras democracias parlamentarias, el proceso legislativo es, pues, una práctica social en la que participa una pluralidad de sujetos o colectivos con funciones diferentes.

Por eso el punto de partida para cualquier teoría de la legislación es determinar quiénes son los sujetos-tipo que participan en el proceso legislativo de un sistema institucional determinado. No es lo mismo un sistema presidencialista (en el que la iniciativa legislativa reside en la Asamblea legislativa) que una democracia parlamentaria (en la que el noventa por ciento de las leyes tienen su origen en el Gobierno) Y para ello una teoría de la legislación tiene que partir del conocimiento de la estructura orgánica del proceso tanto en su fase pre-legislativa como estrictamente legislativa.

Hay que conocer, también, cuáles son las prácticas-tipo que tiene encomendadas cada colectivo participante en un proceso normativo concreto y cuáles son sus reglas o máximas específicas; esto es, sus buenas razones con las que se valora el resultado de su trabajo. Para escribir leyes, decía Bentham, basta saber escribir; y para hacerlas cumplir basta con tener poder suficiente: la dificultad, insistía con toda razón, estriba en hacer buenas leyes y las buenas leyes son aquellas a favor de las cuales se pueden alegar buenas razones.

Es así como la racionalidad —en esto sigo a Oakeshott y creo coincidir con Atienza— viene a ser de hecho una especie de coherencia que mantenemos en nuestras deliberaciones y decisiones con todo un conjunto de máximas, principios, reglas, etc., que comparte una comunidad determinada y que los miembros de la misma consideran que deben ser la base para tomar decisiones en el marco de la actividad de que se trata. En suma, los participantes son racionales cuando conocen, deciden y hablan en el *idioma de la práctica* en cuestión.

Pues bien, en el proceso legislativo de nuestros sistemas democráticos participan una pluralidad de sujetos cada uno con la *lex artis* de su práctica: juristas, sociólogos, estadísticos, economistas, expertos en administración pública... y los legisladores en sentido estricto. En unos casos sus *buenas razones* se refieren a la calidad comunicativa del texto normativo o a su inserción armónica en el conjunto del sistema jurídico. El foco de atención de otros participantes en el proceso es la probabilidad o no de que la norma sea obedecida por los destinatarios; o la capacidad de la norma de alcanzar los objetivos perseguidos. Habrá quienes se preocuparán del volumen de recursos personales y materiales necesarios para la efectividad de la norma y, por supuesto, no faltarán quienes analizarán por el envés y por el revés las consecuencias políticas que puede acarrear la norma en vivo. Y es seguro, aunque algunas orientaciones filosóficas lo nieguen, que también habrá quienes se preocuparán de examinar su justicia. No hay, pues, una única racionalidad legislativa sino una pluralidad de racionalidades. Más aún, de la implicación real en el proceso de todos ellos, como sabemos y a veces sufrimos, depende la calidad de la norma.

Y esto es lo que Manuel Atienza comenzó a estudiar entre nosotros. Inicialmente se refirió a unas racionalidades técnica, económica, social, legal y política. Posteriormente ha hablado de racionalidad lingüística, jurídico-formal, pragmática, teleológica y ética. Una ley, nos dice, es irracional si y en la medida en que fracasa como acto de comunicación. Puede decirse que una ley también es irracional si y en la medida en que contribuye a erosionar la estructura del ordenamiento jurídico. Asimismo una ley puede fracasar si no logra que la conducta de los destinatarios se adecúe a lo prescrito en la misma. En cuarto lugar, también una ley puede ser considerada irracional si y en la medida en que no produce los efectos deseados en el mundo. Y finalmente, la ley fracasará si no está justificada éticamente porque prescriba comportamientos inmorales o persiga fines ilegítimos.

Esta clasificación de Atienza, con sus definiciones y sus desarrollos, nos han sido de gran utilidad posteriormente. Al menos, para mí. Y en lo que sigue únicamente me voy a permitir, partiendo de aquella, hacer algunas apreciaciones que, por una parte, solo pretenden poner unas notas a pie de página a su teoría y, por otra parte, también provocarle para así seguir dialogando y discutiendo con él.

4. La eficiencia tiene su propia entidad como criterio de racionalidad. Tal vez, por mi aproximación más práctica a la teoría y técnicas de legislación, me atrevería a insistir más que él en un tipo de racionalidad, que ciertamente apunta el profesor Atienza pero a la que, en todo caso, yo le doy más autonomía y relevancia: es la eficiencia de las normas. Porque una norma, por muy claro y preciso que sea su texto, por perfecto que sea su engarce en el interior del ordenamiento, por muy obedecida que sea por sus destinatarios (eficacia) y aunque logre los objetivos perseguidos (yo lo llamo efectividad)... si no es eficiente no puede ser una *buena* norma. Habida cuenta de que las necesidades sociales son ilimitadas y los recursos son siempre limitados el criterio de la eficiencia permite sacar el máximo partido de unos recursos sociales siempre escasos.

Fue este objetivo, entre otros, de buscar la eficiencia lo que llevó al Gobierno en la década de los noventa a aprobar por primera vez en España (siguiendo la práctica pionera del Gobierno Federal alemán con su *Blaue List*) el *Cuestionario de Evaluación* aplicable a todos los proyectos de ley elevados al Consejo de Ministros. Y, al menos en aquellos tiempos, sirvió para ordenar los debates en Comisión de Secretarios de Estado y del propio Consejo de Ministros. Algo más tarde, en la lista de criterios aprobados en marzo de 1995 por el Consejo de la OCDE para obtener una buena regulación se recomendó a todos los países el recurso al análisis de costes y beneficios.

La idea básica contenida en el concepto de eficiencia es, como sabemos, que no exista despilfarro; que se obtenga en las políticas públicas (yo concibo la ley como parte de una política pública) el máximo beneficio de acuerdo con los recursos disponibles o, alternatively, que el coste de obtener un bien sea el mínimo posible. Y para ello se recurre al análisis de coste y beneficio; un instrumento minusvalorado sin fundamento por filósofos y por algunos académicos pero cada vez más utilizado en todos los países por los responsables las políticas normativas.

La idea de gobernar mejor con menores costes es hoy en día una exigencia de los ciudadanos de cualquier país si es verdad, como nos enseñó nuestro común amigo Albert Calsamiglia,

que la eficiencia es una condición necesaria, aunque no sea suficiente, para alcanzar el ideal de justicia. Por eso, siempre he insistido, práctica y teóricamente, en que una teoría de la legislación tiene que añadir un sexto criterio: el de la eficiencia de la norma.

5. Someter a razón la propia decisión de intervenir. Creo asimismo que hay un tipo de racionalidad en la que hemos pensado menos en la academia y que, sin embargo, es previo a los cinco (o seis, en mi perspectiva) criterios de racionalidad. Me refiero al examen y evaluación de la necesidad de la propia intervención por parte de los poderes públicos. Es la pregunta sobre la racionalidad de toda intervención de los poderes públicos, incluido el Legislativo.

En la década de los noventa comenzaron, como dije, a generalizarse en la mayoría de los países los cuestionarios de evaluación normativa, una de cuyas primeras preguntas se refería al *test de la necesidad* o qué es lo que pasaría si no se hiciera nada. Detrás de la apelación al llamado *test de la necesidad* había en no pocos casos una vieja concepción y una ideología política que trataba de justificar en el siglo XXI la vuelta a nuevas formas del viejo *laissez-faire*. Pero el recurso a aquellos *test* también afloraba la sospecha fundada de que hay ciertos fenómenos que, dada su naturaleza (privacidad, prejuicios sólidamente arraigados, la «relativa ignorancia» de la que hablaba Hart...), pueden ser inmunes a la intervención de los poderes públicos.

La apuesta, en su caso, por la intervención obligaba antes de legislar a examinar también con mayor cuidado la panoplia de herramientas a disposición del poder. Pensar que los poderes públicos sólo pueden alcanzar sus fines simplemente prohibiendo, ordenando o permitiendo determinadas acciones — esto es, *mandando y controlando*— es un pensamiento un tanto primitivo y alejado de cómo ocurren realmente las cosas. El poder, además de la posibilidad de recurrir al ejercicio de su poder normativo, dispone de una amplia panoplia de instrumentos entre los que destacan la divulgación de información, los incentivos económicos, la comercialización de los derechos de propiedad, el aseguramiento de riesgos y responsabilidades, los acuerdos voluntarios, la autorregulación, la publicidad o los métodos de intervención fundados en la persuasión...

Una teoría de la legislación que no quiera limitarse a describir cómo funcionan los procesos de decisión debería ser también normativa y plantearse cuál de todos los instrumentos de que dispone (información, recursos, organización y autoridad) es el que promete en el caso concreto resultados más eficaces, efectivos, eficientes y más acordes con los derechos y libertades de los ciudadanos. La fuga sin más a la legislación puede ser también irracional.

Es así como el planteamiento de la racionalidad del tipo de intervención por el que se apuesta forma parte también de una teoría de la legislación más ambiciosa y que requiere el concurso de otras ciencias sociales. Si estas abandonan el estudio de la caja de herramientas de los poderes públicos en su fase pre legislativa puede ser que tengamos más leyes de las que necesitamos y menos eficaces, efectivas y eficientes de lo que deseamos.

6. La racionalidad del instrumento normativo. Pero la investigación en teoría de la legislación más propia de nuestra profesión de juristas (y más urgente) es la relativa a la búsqueda del *instrumento normativo* más adecuado para resolver un concreto problema social. La caja de herramientas normativas del legislador incluye diferentes artefactos. Se puede recurrir a la

autorregulación reforzada, al derecho civil, mercantil, administrativo, fiscal, laboral... Y cuando fracasan estos «derechos» queda la posibilidad de reforzar su eficacia mediante el recurso excepcional al derecho penal: que debe ser la última *ratio*, dado su carácter *terrible*, como lo calificaba Montesquieu.

Y aquí aparecen nuevos retos en nuestros días para una teoría de la legislación; retos generados por el punitivismo tan querido por los populismos, sean de derechas o de izquierdas. Es el recurso cada vez más frecuente al derecho penal, como primera *ratio* legislativa. Yo creo que la teoría de la legislación puede y debe decir algo más de lo que dice respecto de ese nuevo fantasma normativo que recorre nuestros sistemas democráticos y que cubre de irracionalidad una parte importante de la legislación de nuestro tiempo.

Castigar, dice Didier Fassin, es la pasión contemporánea. Más delitos y más penas. Como si fueran el bálsamo de Fierabrás, crecen día a día los tipos penales (a merced de mayorías coyunturales) y se agravan las penas (sin el mínimo cuidado de su racionalidad y proporcionalidad). La tendencia a atrincherarse en el código penal no está directamente relacionada con ningún incremento significativo de la criminalidad y de la delincuencia. Lo que ocurre es que hay una mayor sensibilidad hacia las desviaciones sociales (¡y morales!) y a una inseguridad alimentada por redes y las televisiones con el «crimen nuestro de cada día» como dice Umberto Eco.

En lugar de recurrir a medidas económicas y sociales para resolver problemas que tienen una raíz social, cultural y económica, cada vez más los Legisladores se echan en brazos de una política criminal de inmediatos efectos simbólicos, aunque de escasa o nula eficacia en no pocas ocasiones. Por no hablar de los efectos devastadores sobre principios como la presunción de inocencia. En lugar de confiar en el derecho civil o en el administrativo o en el fiscal, la nueva política legislativa se ha enamorado del derecho penal: el populismo no se conforma con responsables; una sociedad, amenazada, excitada y entretenida por la televisión y las redes, exige culpables. Y el derecho penal es el producto más «barato» a disposición del Legislador de nuestros días y con el que se persigue un inmediato (aunque inconsistente) consenso social.

Frente al carácter excepcional y fragmentario del derecho penal liberal, el populismo (tanto el de derechas y el de izquierdas) nos empujan, como ha estudiado recientemente Sggubi, al derecho penal total. Es total porque todo el espacio de nuestra vida está o puede estar regulado; es total porque sus regulaciones pueden afectarnos durante toda la vida y es total porque se piensa que en el derecho penal se puede encontrar el remedio jurídico ante cualquier injusticia o mal social.

Es así como el derecho penal, en lugar de ser la última *ratio*, se puede convertir en la primera (y en ocasiones) única medida a considerar.

¿Tiene algo que decir a este respecto una teoría de legislación para nuestro tiempo?

La teoría de la legislación, si es que se asume también una función normativa, no puede limitarse al estudio de los seis tipos de racionalidad a los que nos referíamos sino que debe someter el propio instrumento normativo utilizado —civil, penal, administrativo...— en cada caso al juicio de la razón. No es lo mismo para los derechos y libertades de los ciudadanos utilizar una u otra técnica normativa. Por eso creo que también la evaluación de la política norma-

tiva puede debe formar parte de una teoría contemporánea de la legislación de forma que pueda aportar el máximo posible de racionalidad al proceso de producción de la ley. Y a la dignidad de la propia ley.

7. Del método de legislar en tiempos de populismo. Creo, por tanto, que una teoría de la legislación no puede obviar tomar nota del nuevo fantasma que recorre los procesos legislativos de nuestro mundo: el populismo. Porque, sencillamente, representa el anverso del ideal ilustrado del arte de legislar.

La construcción y desarrollo del Estado de Bienestar a lo largo del siglo xx no se puede entender sin tener en cuenta la aportación de científicos sociales y de los más diversos especialistas en políticas educativas, de salud, trabajo, vivienda, pensiones, etc. Los Gobierno, tras la segunda guerra mundial, no dudaron en convocar a estos expertos para planificar la elaboración de las grandes reformas legales que consolidarían los más preciados derechos económicos y sociales. La cultura de aquellas sociedades se alimentaba en buena parte de una todavía importante confianza en la ciencia; en la capacidad de la razón para encontrar solución a los más grandes problemas de la sociedad. Se aceptaba que el conocimiento podía ser la lámpara que permitiría a los poderes públicos caminar en la noche.

Pues bien, desde finales del siglo pasado, y de forma clamorosa en nuestros días, se ha venido produciendo lo que John Pratt denomina el *declive de la deferencia*. No sólo se manifiesta hostilidad hacia las élites dirigentes, calificadas de casta corrupta y clientelar, alejada de las aspiraciones del pueblo (*¿united people, common people, ordinary people o ethnic people?*) sino a sus servidores, los funcionarios y burócratas. Aquella confianza en los expertos, científicos y servidores públicos en la elaboración de las políticas públicas de la postguerra se ha ido evaporando. Ahora son considerados servidores de la casta, arrogantes y sin alma, alejados con sus exquisitas disquisiciones del sano sentir del pueblo, quien no les necesita realmente para saber qué es lo que hay hacer: porque intuitivamente *sabe* lo que ha ocurrido y lo que hay que *hacer*. Caminamos hacia un universo *desfactificado* en el que importan poco o nada las verdades fácticas (Byung Chul Han). También en el proceso legislativo. En lugar de datos, hechos y estadísticas, que se desprecian, el Legislador, como nuevo Cincinato arrastrado por esta ola populista, tiene cada vez más la tendencia a dar crédito a reconstrucciones sugestivas, privadas de base empírica, a partir de las «fábricas de miedo» en que, como dice Ferrajoli, se han convertido los medios y especialmente las televisiones.

La primera víctima de este populismo rampante que menosprecia el conocimiento y la ciencia, explica E. Amati, es el propio método de legislar. En nuestro caso, se circunvalan las previsiones legales que obligan a tener en cuenta el parecer de relevantes órganos especializados (sea la Comisión General de Codificación, el Consejo Fiscal, el Consejo de Estado, el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Económico y Social...); se opta por las proposiciones de ley en lugar de los proyectos de ley (más reglamentada la participación de otros profesionales); se acometen graves cambios legislativos mediante enmiendas de última hora a proyectos o proposiciones que nada tienen que ver en su contenido; se reducen los tiempos del debate mediante el recurso a los decretos ley, la tramitación por vía de urgencia o incluso en lectura única de grandes reformas...

Las leyes así tramitadas se convierten, como hemos visto, en unos textos ilegibles que difícilmente se insertan armoniosamente en el conjunto del sistema y que, cargadas de simbolismo, difícilmente pasan el cedazo de las distintas racionalidades de las que nos habla Manuel Atienza.

Cuando hablamos de la necesidad de una teoría de la legislación, hoy... ¿no sería necesario reflexionar sobre el método de legislar de nuestro tiempo; sobre la legislación en tiempos del populismo punitivo? ¿No sería esta investigación parte de la tarea de una teoría contemporánea de la Legislación? Yo así lo creo; como creo que necesitamos un nuevo impulso por tu parte.

8. Suerte en la nueva travesía. Comencé señalando el carácter pionero e innovador de la obra de Manuel Atienza; también en su teoría de la legislación, que tanto nos ha ayudado a algunos como es mi caso. Para homenajearle en su jubilación únicamente he querido poner unas notas a pie de página en su teoría de la legislación y sugerir algunas nuevas tareas. La jubilación, lo digo por experiencia, sólo es el final de una etapa. Ojalá, querido Manolo, que imites al Ulises de Tennyson, quien, pasados unos días para tomar fuerzas y festejar la llegada con la familia y los amigos, llamó a sus colaboradores, tal vez «debilitados por el tiempo y el destino, pero más fuertes en voluntad», y se lanzó a un nuevo viaje académico. Suerte en esta nueva travesía.

Alcalá, marzo de 2023

REFERENCIAS

- AMATI, E. *L'enigma penale. L'Affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*. G. Giappichelli Editore, 2020
- ATIENZA, M. *Contribución a una teoría de la Legislación*. Cívitas, 1997
- ATIENZA, M. *Argumentación Legislativa*, Astrea, 2019.
- FASSIN, D. *Punire. Una passione contemporanea*. Seuil, 2017.
- FERRAJOLI, L. «Il populismo penale nell'età dei populismi politici», en *Questione Giustizia*, 2019
- PRATT, John. *Penal Populism*. Routledge, 2007.
- SGUBBI, F. *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti Tesi*. Il Mulino, 2019
- TARCHI, M (ed). *Anatomia del populismo*. Diana, 2019.
- ZAPATERO, V. *The Art of Legislating*, Springer, 2013

DE CONVERSACIONES,
CINE Y LITERATURA

UNA CONVERSACIÓN CON MANUEL ATIENZA, A PROPÓSITO DE LAS PASIONES, LAS VIRTUDES, EL DERECHO Y LA LITERATURA

JAVIER DE LUCAS

Universidad de Valencia

Hace ya casi medio siglo que conozco a Manuel Atienza, desde que coincidimos en Valencia, en nuestros primeros pasos como profesores de filosofía del Derecho. Y, pese a las interrupciones, resultado lógico de diferentes avatares biográficos, es una relación que tengo en mucho, en el intercambio intelectual y académico, pero sobre todo por la amistad. Hemos mantenido debates particulares sobre la huelga de hambre de los Grapo, las relaciones entre el juez, la ley y la conciencia, la objeción de conciencia y la obediencia al Derecho, pasando por la eutanasia, la función de la argumentación jurídica, las nociones de dignidad, solidaridad o tolerancia, o los deberes positivos. También hemos compartido no pocas aventuras académicas, docentes y de investigación, como la revista *Doxa*, el programa interdepartamental de doctorado «Racionalidad y Derecho» y un buen número de seminarios y jornadas: en resumidas cuentas, hemos tenido una conversación que podría calificar de permanente en torno a lo que *puede dar sentido al Derecho*.

En esta contribución al libro en homenaje a Manolo, quiero comentar algunos aspectos de sus posiciones sobre las razones, pasiones y virtudes del Derecho, que revelan, pienso, una común *pasión por el Derecho*. Una pasión que en ambos casos me parece una *pasión tardía*, y no porque ambos ya estemos jubilados: es una pasión tardía respecto a la inicial pasión que, en uno y otro caso, era más bien la filosofía. A estos efectos, utilizaré algunos textos de Manuel Atienza y en particular de su reciente *Una apología del Derecho*¹, que contiene una de sus nada infrecuentes incursiones en las relaciones entre Derecho y Literatura, junto a una reelaboración de la *pietas* como virtud jurídica, en forma de *compasión*. Y, claro, añadiré algo sobre cine.

SOBRE LA NARRATIVA DEL COMPLEJO *PATHOS* DEL DERECHO

Uno de los temas de esa recurrente conversación es el de las referencias literarias (y también) cinematográficas que nos sirven para tratar de ilustrar problemas jurídicos. En algunas

¹ El libro que me da pie es Atienza, M., (2020b) y en particular el capítulo «El Quijote, el Derecho y la compasión». Pero también los diferentes ensayos en los que Atienza se ha ocupado de las virtudes jurídicas (y de las pasiones); me remito a sus artículos: Atienza, M., (1998), Atienza, M., (2003), Atienza, M., 2017

de nuestras más recientes conversaciones han estado presentes consideraciones sobre lo que podríamos llamar *pasiones por y contra el Derecho*, algo que trataré de explicar echando mano de esa narrativa que puede considerarse un hilo conductor de la filosofía jurídica, tal y como dejó claro Ihering en su recurso al *Michael Kohlhaas* de Kleist, para ilustrar su tesis de *la lucha por el Derecho*. Un hilo que recorre la literatura clásica, desde Sófocles a Shakespeare y Cervantes, de Dostoievski a Kafka, hasta esos contemporáneos descendientes de Doyle (Manolo ha recurrido en no pocas ocasiones a Sherlock Holmes) que son von Schirach y en cierto sentido, McEwan².

Me parece un buen punto de partida lo que escribe Atienza a propósito de la razón de ser del Derecho: «La razón de ser del derecho, al fin y al cabo, no puede ser otra que la de encontrar algún remedio al conflicto social, esto es, a un tipo de mal que causa dolor, y por más que los remedios jurídicos no suelen ser precisamente indolores (por lo menos para una de las partes del conflicto); pero precisamente por eso, por esa conciencia de que los males sociales que el derecho trata de combatir (dejemos de lado los casos en los que el derecho es la causa de ellos) no tienen una perfecta curación, quienes hacen uso de la maquinaria jurídica y particularmente quienes controlan los resortes que pueden causar un mayor daño (no son sólo los jueces), tendrían que mostrar un comportamiento compasivo, sin entrar por el momento en cómo haya que entender la compasión» (Atienza 2020a: 20-21).

El Derecho, pues, se enfrenta a esas pasiones y motores sociales que producen *daño* y trata de domeñarlas. Es un artefacto para frenar la violencia y aun la crueldad ejercida sobre los otros. Esa sencilla constatación pone de manifiesto que el Derecho no puede ser un instrumento desencarnado, frío, *neutral*, que algunos pretenden. El Derecho arraiga en los intereses, necesidades, sentimientos y pasiones humanas: lo comprendió muy bien un eminente jurista, Rudolf von Ihering, por cuya obra ambos compartimos admiración. Ihering fue probablemente el primero en usar el nexo entre Derecho y literatura a través de la novela de Kleist *Michael Kohlhaas*, como motor de la *lucha por el Derecho* en su *Der Kampf ums Recht* (1872)³.

² Para lo que he llamado —con un término a la moda, pero a mi juicio no improcedente— «narrativa de las pasiones y el Derecho», me serviré de un libro de un amigo común, François Ost (2018), subtulado shakespearianamente *I crave the Law*, que es el comienzo del conocido alegato de Shylock en *El mercader de Venecia*: «My deeds upon my head! I crave the law, the penalty and forfeit of my bond!».

³ *Der Kampf ums Recht*, fue traducida al castellano con el título *La lucha por el Derecho*, por Adolfo Posada y se publicó en 1921 por Vitorino Suárez, con un prólogo de Leopoldo Alas, *Clarín*, que, según el propio Posada, fue el impulsor de esta edición en castellano. Conviene recordar que, bajo el motto *ridendo dicere verum*, Ihering había publicado antes su *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum* (1848), una inolvidable sátira de la dogmática jurídica de la época, un modelo de estudio del Derecho situado en un paraíso conceptual ajeno a las pasiones e intereses. La primera versión en castellano se tituló *Jurisprudencia en broma y en serio* y fue traducida por Román Rianza para la editorial Revista de Derecho Privado, en 1933. El original conoció diferentes ediciones ampliadas y la que se considera hoy como versión castellana más completa, la que se publicó en Civitas en 1987, se basa en la decimotercera edición alemana (1924). La edición de Civitas, con el título *Bromas y veras en la ciencia jurídica: un presente navideño para los lectores de obras jurídicas*, reproduce la versión publicada en Buenos Aires, en la editorial Ediciones jurídicas España-América (1974), con una traducción basada en la novena edición alemana y realizada Tomás A. Banzhaf. Viene concordada por Mariano Santiago Luque con la decimotercera edición alemana, añade índices analítico y onomástico realizados por Marcos G. Martínez y una introducción de Vallet de Goytsolo.

Esta es una realidad que ha sabido mostrar la literatura, como ha mostrado agudamente nuestro común amigo François Ost, un buen cultivador de esa relación entre Derecho y literatura, incluso autor de obras de teatro (Ost 2004; Ost, 2011; Ost, 2018; Ost 2021), quien señala el personaje de Aristófanes, el juez *Filocleón* como el primer *justiciero*, en el sentido de *obsesionado por la justicia*—, junto a dos de Sófocles, Edipo y Antígona. El mismo Ost recuerda que fue Foucault quien advirtió que el Edipo de Sófocles nos ofrece el primer relato que plantea la relación entre verdad, poder, justicia y pasiones, núcleo de lo que el propio Foucault construirá como *biopolítica* (Ost, 2018:). Y, obviamente, es imposible dejar de mencionar la pasión por la justicia que encarna *Antígona*, la primera gran protagonista de la lucha por el Derecho entendida como una exigencia que va más allá de la obediencia a la legalidad.

En la lista de esos *justicieros* que viven una pasión por la justicia que desborda las riendas de la razón (tal el brocardo *fiat iustitia et pereat mundus*), se inscriben el *Shylock* de Shakespeare y, sobre todo, el justiciero por excelencia, *Don Quijote*, al que como he dicho, Manuel Atienza dedica un capítulo en su último libro⁴, un personaje que se autodefine en una famosa cita que muchos llegamos a aprender de memoria: «y es mi oficio y ejercicio andar por el mundo enderezando entuertos y desfaciendo agravios».

Son muy numerosos los ensayos sobre el Derecho en y desde El Quijote⁵. Lo que me interesa del trabajo de Atienza es sobre todo la relación que establece entre Derecho y compasión, en la que es tributario de un ensayo de Aurelio Arteta (Arteta: 1996), aunque Atienza se inclina sobre todo por la concepción de la compasión más fielmente aristotélica, como lo muestra su interpretación del controvertido episodio de los galeotes, en el que contrasta la actitud más legalista de Sancho —propia de un formalismo jurídico apegado a la práctica más común—, frente a la del caballero. Coincido con Atienza en que desde el punto de vista jurídico la compasión que muestra Don Quijote en ese pasaje no debe confundirse con la equidad, ni con la tolerancia. Añadiré que tampoco con la *pietas* romana, un asunto que me parece merecedor de una consideración particular, por su trascendencia jurídica.

La *pietas*, como virtud, constituye un ejemplo del proceso de constitución y separación de religión, moral y derecho y simbólicamente está en la misma raíz de la fundación de Roma, que se vincula con una figura que encarna la *pietas*, Eneas. Virgilio describe al protagonista de la Eneida como *pious Eneas*, y se le representa huyendo de Troya, cargando con su padre sobre su espalda y llevando de la mano a su hijo. Como explica López Güeto (López Güeto, 2016), La *pietas* romana trasciende del ámbito de la religión doméstica a las relaciones familiares y cívicas. Desde la etapa arcaica hasta la legislación justiniana, el *ius* sanciona los comportamientos contrarios a la reverencia debida a los dioses, la patria y la familia, especialmente en materia penal y sucesoria. La desheredación o la preterición injustas de los parientes próximos fue considerada

⁴ En el elenco de personajes desbordados por una pasión por la justicia más allá de la razón, además del *Michael Kohlhaas* de Kleist (que nuestro Mario Losano, encuentra actualizado en la película de Zhang YiMou, *QiuFu, la historia de una mujer china*, que fue León de Oro en Venecia en 1992), hay que tener presentes los patológicos obsesivos, en el extremo representado por el *Raskolnikov* de Dostoievski y por dos de los grandes personajes de Kafka que sufren el dolor que causa la maquinaria de la justicia, K y *Peter el rojo*.

⁵ Suele mencionarse el ensayo de Alcalá Zamora (1947). Entre los más recientes, los de Aguilera Barchet, (2005); Prats Westerlindh, (2006); Botero Bernal (2009); Fernández Montalvo (2016).

un asunto de interés público, desarrollando los centumviri una intensa actividad a fin de corregir los excesos de la libertad de testar del paterfamilias. En la sucesión intestada, las huellas de la pietas se aprecian en la adecuación de los órdenes civil y pretorio a un concepto de familia construido sobre el parentesco de sangre que acabará por desplazar a la familia agnaticia. En este proceso, los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano, del siglo II d. c., se revelan como piezas claves por el reconocimiento de madres e hijos recíprocamente como herederos civiles. La pietas incluía no solo respeto y reverencia por los dioses, sino también por el país, las costumbres, la tradición y la familia, especialmente hacia los padres. Pietas implicaba cumplir con el deber de uno en todas las cosas, particularmente en el cuidado de la madre y el padre. El amor y la gratitud también formaban parte de esta mezcla de virtudes, y la persona que practicaba la pietas aumentaba su propia dignidad y valor. Tan importante era la pietas para los romanos que la convirtieron en una diosa, una personificación divina del deber, la lealtad y el honor. En «Eneida» de Virgilio, el héroe de ese poema épico se describe en ocasiones como Pío Eneas, o Eneas piadoso, por su respeto por las diversas deidades y por el cuidado que muestra por su familia. Huyendo de Troya luego de su captura por los griegos, por ejemplo, Eneas carga a su anciano padre sobre su espalda mientras sostiene la mano de su hijo pequeño, un acto que demuestra tanto su respeto por el pasado como sus esperanzas para el futuro.

Respecto a la tolerancia, sostenemos posiciones diferentes. Por mi parte⁶ mantengo una tesis fuerte que consiste en afirmar que, en el ámbito público, tolerancia y derechos son conceptos incompatibles: entiendo la tolerancia como un *concepto histórico*, que sirve como vehículo de transición de determinados comportamientos para su reconocimiento como derechos, pero una vez que éstos se encuentran garantizados, el recurso a la tolerancia es contraproducente, pues supone un paso atrás. En resumen, lo del dictum de Goethe: tolerar es ofender.

Pero sí coincido con Atienza en que la compasión, entendida como capacidad de empatía que sobrepasa la justicia, tal y como propone Arteta en coincidencia con Nussbaum, no es identificable con la tolerancia. Aunque la compasión, para ser cabal y desde luego para no incurrir en un paternalismo hiriente, requiere no solo la capacidad empática, el ponerse en los zapatos del otro, conforme al famoso alegato de otro personaje literario modelo de juristas, el Atticus Finch de *Matar a un ruiseñor*⁷, sino algo más que le falta al caballero cuando mira a los galeotes, la capacidad de sentir lo mismo que el otro, porque se ha vivido esa experiencia dolorosa. Así lo he tratado de mostrar, echando mano de la lección que recibe la hija de Atticus por parte de su aya, Calpurnia, en uno de los diálogos de *Ve y pon un centinela*, la precuela de la obra de Harper Lee. Advertir la condición de miserables, la *vulnerabilidad* de los galeotes (la acepción que señala Bermúdez a Atienza), requiere un plus, que no es exigible ni está a alcance del Derecho, un sentido profundo de la capacidad de *padecer con* el otro, que supo conceptualizar la gran filósofa del siglo XX, que es para mí Simone Weil⁸, a la que Camus —el responsable

⁶ Cfr. por ejemplo, De Lucas (1992); De Lucas (1996); De Lucas (2015) y De Lucas (2016).

⁷ Sobre el modelo deontológico, lo que podría llamarse el <patrón Atticus Finch>, he escrito en De Lucas (2020): 19-69.

⁸ Para su reconocimiento como tal (algo en lo que coincido con otro colega común, Juan Ramón Capella), baste con leer Simone Weil (1996) o Simone Weil (2014). En castellano, los ensayos de la mejor especialista sobre su obra que conozco, Emilia Bea (1992) y Emilia Bea (2010).

de la difusión de las obras de Weil, desde Gallimard— calificó como «el único gran espíritu de nuestro tiempo».

En un sentido, por así decirlo, funcional, la relación entre Derecho y compasión tiene que ver con la capacidad del Derecho para embridar las pasiones, tarea que se espera del jurista, en particular del juez, que se ve a su vez ante la exigencia del difícil equilibrio de cordura y pasión en la función de juzgar. Es el terreno de las virtudes en las que se debe formar a los juristas y en particular a los jueces, o del modelo de juez, que ha sido objeto de varios ensayos de Atienza. En alguno de los más citados (Atienza, 2003; también Atienza 1998 y Atienza 2017), señala que «las virtudes básicas reciben una cierta modulación en razón de las peculiaridades de la práctica judicial» (la cita es de Atienza, 2003: 44). Por eso remite a los principios de autonomía, autorrestricción, modestia y valentía, imparcialidad, honestidad personal, y sobre todo a la prudencia que, por otra parte, son un lugar común en los tratados sobre deontología judicial⁹.

Sí. El Derecho, como producto humano, histórico, es una creación cultural que no se explica sin la existencia de virtudes y de pasiones: de la venganza y el despecho, a la codicia o los celos, de la envidia a la ira o al afán de gloria, al igual que sucede, sin ir más lejos, con la economía, según nos explicaron aquellos escoceses dieciochescos (Hume, Smith, Mandeville) que, al tiempo que economistas, eran filósofos dedicados al estudio de los sentimientos y pasiones morales.

Pero, al mismo tiempo que encontramos ese *pathos* inescindible de la vida jurídica real, de la experiencia del Derecho, es preciso reconocer la complejidad de esa experiencia: el Derecho trata de *sujetar las pasiones*, y por eso encuentra su mejor sentido en el marco del proyecto civilizatorio que encontramos en Platón, Aristóteles y los estoicos: no se trata de eliminar las pasiones —una tarea, por lo demás, imposible— sino de someterlas a la razón, mediante hábitos virtuosos. Ese proyecto, recuerdo, encuentra distintas vías civilizatorias a su vez. La de la *paideia*, la buena educación consiste en enseñarlas, aprenderlas y hacerlas propias. La del Derecho, más *realista*, consiste en proponerlas como normas, esto es, con el refuerzo de la fuerza, la coacción, que permite imponerlas. El peso de la fuerza que acompaña inexorablemente al Derecho, disminuirá en la medida en que el proceso civilizatorio alcanza lo que llamamos legitimidad democrática del Derecho: es decir, en la medida en que lo que se propone como pautas de comportamiento (hábitos virtuosos) se haya convertido en virtudes cívicas exigibles y aceptables, y lo son, deben serlo, en los juristas, y en particular de los jueces. Eso sucede cuando se

⁹ Huelga decir que la narrativa literaria y la cinematográfica se han ocupado con frecuencia de ese difícil equilibrio. Me parece que una magnífica ilustración del mismo es el personaje de la magistrada *Fiona May*, la protagonista de *The Children Act* (*La ley del menor*), la novela de McEwan, que encarnó en el cine Emma Thomson y también algunos de los protagonistas de los relatos del jurista Ferdinand von Schirach. De von Schirach, puede verse von Schirach (2011), (2012) y sobre todo (2013). Von Schirach es también autor de los guiones de dos series de Tv de temática judicial: *La acusación* y *Enemigos*. Por lo demás, como advertí, cabría hablar de la narrativa cinematográfica sobre las pasiones y el Derecho, desde Charlot o Keaton, a Buñuel, Ford y Kurosawa, de Chabrol a Zhang Yimou y Kore-Eda, e incluso los aparentemente caricaturescos Kitano y Eastwood. Obviamente, Eastwood ha encarnado en el cine a uno de esos justicieros obsesivos, *Dirty Harry*, pero me parece mucho más interesante la compleja caracterización de los protagonistas de dos de las películas de las que Eastwood ha sido director y que en buena medida revierten a ese personaje: me refiero a los antagonísticos protagonistas de sus *Unforgiven* (1992) y *Grand Torino* (2008).

proponen como pauta a seguir comportamientos que la mayoría acepte, racionalmente, como virtuosos, en el sentido de imprescindibles e incluso deseables para los objetivos de convivencia que se han decidido por común (mayoritario) acuerdo. Y refuerza la figura del jurista ecuánime, que sabe rastrear las pasiones sin contagiarse de ellas. Es el ideal del jurisconsulto romano que nos lega un propósito de objetividad (mal entendido como neutralidad y, aún peor, como asepsia valorativa) propio de una cierta cultura jurídica, la del positivismo legalista, impulsada por el anhelo de evitar que los operadores jurídicos por excelencia, los jueces, pudieran poner palos en la rueda legal de la revolución que ha acabado con el antiguo régimen y que se concreta, claro está, en ese brocardo de Montesquieu que nos presenta a los jueces como boca muda de ley. Pero frente a ese juez mecánico, artificial, el modelo de juez es el que conociendo las pasiones e intereses y siendo él mismo sujeto de esas pasiones e intereses, las somete a control para saber realizar su función de mediación en los conflictos, lo que no será posible si, además de la observancia de la ley que le vincula y le da la legitimidad en su tarea de mediación, no lleva a la práctica esas virtudes que equilibran las pasiones.

Pero la relación entre pasiones y Derecho no desaparece. E incluso puede retornar con mayor acuidad, haciéndonos sentir que ese Derecho es sólo pasión desbocada, violencia. No olvidemos que, frente a quienes sostienen una caricatura del Derecho y de los juristas, en particular de los jueces, como un mundo frío, ajeno a los sentimientos de la gente común y corriente, alejado de lo que preocupa en la calle, cabría apuntar que, en no pocos casos, podría ser más bien que esas normas y, sobre todo, esas interpretaciones de los juristas que nos chocan, fueran el fruto de intereses, sentimientos y pasiones propios, ajenos a los de la mayoría.

LAS PASIONES QUE DESBORDAN AL DERECHO

Hay pasiones *por* el Derecho y pasiones *contra* el Derecho. Sin duda, la experiencia del *terribile diritto*, que dijera Rodotà, genera pasiones negativas frente al Derecho (miedo, desconfianza, e incluso ira antijurídica), aunque en no pocas ocasiones de forma contradictoria, como creo que sucede hoy, tal y como se ejemplifica sobre todo en las redes sociales, pero también en no pocos medios de comunicación tradicionales: prensa, radio, televisión.

De un lado, hay que estar ciego para no detectar hoy el crecimiento exponencial de ese *anhelo del Derecho* que ejemplificaba Shylock: cómo crece sin medida la pasión litigante, cómo florece la pasión legiferante, reglamentista sobre los aspectos más nimios, hasta qué punto bordeamos esa otra pasión de monopolio del Derecho que lleva al extremo del *RichterStaat*, un gobierno de quienes en puridad no deben ser gobernantes sin guardianes, los jueces, o como la pasión vindicativa propia del justiciero, al que da alas el populismo penal, desarrolla una marea prohibicionista que, a 50 años de mayo del 68 y de su *prohibido prohibir*, parece querer prohibir y castigar sin descanso.

Al mismo tiempo, asistimos también a un aparente descrédito o desconfianza generalizada sobre el Derecho que generalmente se presenta como *miedo* ante la fuerza del Derecho, pero que a veces alcanza otro grado, otra pasión: la *furia contra el Derecho*, al menos *contra quienes nos dicen qué es Derecho*. Y, entre ellos, abogados y jueces, contra los que nuestro refranero nos

previene («tengas pleitos y los ganes»). Es lo que ejemplifica Shakespeare en boca del carnicero Dick de su *Enrique VI*: «Let's kill all the lawyers!».

Pues bien, creo que hoy abunda otra pasión que, a falta de mayores precisiones, describiría como *menosprecio* por el Derecho, desde trincheras ideológicas que no son las habituales (las tesis anarquistas, comunistas o libertarias) sino muy otras: por ejemplo, ciertas versiones del nacionalismo, ciertas versiones del feminismo. Pero también desde las alturas —o abismos, quizá— de la ciencia, en particular de parte de un tipo de científicos sociales al alza (mediáticos, digámoslo), a los que no se les cae de la boca la advertencia sobre lo importante que es «la política» y la necesidad de superar el torpe recurso al Derecho y a sus instrumentos, algo secundario, claro. Una displicente actitud a la que no son ajenos no pocos periodistas y comunicadores.

Hablo, por ejemplo, de esos escenarios que dominan escritores y locutores (me cuesta llamarles periodistas) que jalean el linchamiento de jueces machistas, prevaricadores, corruptos y demás despreciable ralea y que nos explican —desde su contacto privilegiado con la realidad y, al parecer, de su dominio sobre los más recónditos arcanos del Derecho— cuándo tal o cuál comportamiento es ilícito, cuándo es justa o abominable una sentencia (que no acostumbran a leer, ya no digo estudiar, sino que critican en el momento mismo en que se anuncia), todo ello adornado con insólitos conocimientos procesales, que deben sobre todo a *gargantas profundas* de los pasillos de tribunales, más que a las aburridas y nada *glamourosas* horas de estudio. Y lo hacen porque saben lo que piensa y quiere como justo la calle, que es algo muy distinto de lo que han secuestrado como justo los clérigos que administran (usurpan) el (verdadero) Derecho.

Aún más preocupante me parece el caso de admirados politólogos que, desde la tribuna de la ciencia (que muchas veces parece más bien púlpito de predicador) nos aleccionan sobre cuándo hay un delito de rebelión, sedición o simplemente una manifestación cívica con algún toque gamberro, a base de lecturas de Wikipedia sobre el Código Penal, como si el Derecho no mereciera mayor atención. Lo hemos visto en artículos que argumentan sobre la menudencia o aun irrelevancia jurídica y política de las actuaciones del Govern nacionalista de la Generalitat de Catalunya y de su Parlament, frente a la que proclaman única amenaza real para la democracia, la del monstruo del nacionalismo español: todo ello sin haber leído aparentemente una página de las que Kelsen dedica a los *coup d'Etat* jurídicos en su *Teoría pura del Derecho*. Parece como si quisieran instruirnos: dejemos esto del Derecho, que al fin y al cabo lo podemos cambiar cuando queramos y vayamos a lo importante.

No me resisto a apuntar, por cierto, que aún estamos esperando que esos gurús nos expliquen cómo se puede *hacer política*, no ya excelsa sino simplemente civilizada —es decir, algo mejor que la nuda imposición de la voluntad del que más puede—, sin el recurso al Derecho. Y que nos expliquen también dónde quedarían los intereses del común —no digamos de los más vulnerables— si todo fuera negociación («pónganse a hablar», conminan esos iluminados), olvidando que, si se trata de negociar sin más, como pregonan, más allá de los tediosas y estériles normas, instituciones, procedimientos y sanciones del artefacto jurídico, la palabra quedaría como atributo exclusivo de los que están de facto en condiciones de hacer o dictar el negocio. Monopolio de una élite que ya no son reyezuelos perezosos y viciosos, ni tampoco juristas entogados, sino elegantes CEO y ejecutivos con más desprecio e ignorancia por las necesidades y

preocupaciones del común de los mortales que la que exhibían aquellos déspotas con los que aún quieren asustarnos.

Claro, lo de negociar adquiere un tinte distinto si se trata de negociar bajo el imperio del Derecho (hablo del Estado de Derecho), lo que, por cierto, no tiene nada que ver con esa pretensión —a mi juicio, inaceptable— de «negociemos sin condiciones previas» que se ha presentado en tantas ocasiones en nuestro país (por ejemplo, aunque no sólo, desde el catalanismo independentista). Eso, a mi juicio, es incitar al enfrentamiento de pasiones, a ver quién resiste y puede más, reafirmandose en las suyas.

Termino. Al cabo, lo que podemos aprender de este sumario recorrido es que la ambición de que el Derecho represente el dominio de la razón sobre las pasiones, convertidas en normas que sirven para racionalizarlas y obtener acuerdos respetables, tiene una respuesta negativa.

Las pasiones siguen ahí, presentes en todos los ciudadanos y son más difíciles de someter o incluso de regular y controlar cuando se trata de quienes tienen poder. También, evidentemente, en los propios juristas, por más que a ellos les exigimos un plus, que está implícito en la iconografía de la justicia: la balanza, el equilibrio, nos habla de esa racionalización de las pasiones, como también la venda que cubre los ojos de la justicia. En caso contrario, la espada con que se adorna nos parecería una exacción y, como planteaba San Agustín, no habría al cabo distinción entre el mandato del Derecho y el de una banda de ladrones.

La consecuencia es clara y creo que en ello coincido de nuevo con Manuel Atienza: hay que tratar de formar a los juristas en las virtudes pero, sobre todo, hay que vigilar con la mayor atención las pasiones de quienes tienen el poder de decidir sobre nosotros, desde el Derecho.

REFERENCIAS

- Aguilera Barchet, B. (2005), «El Derecho en el Quijote. Notas para una inmersión jurídica en la España del Siglo de Oro» Anuario de Historia del Derecho. Núm. LXXVII.
- Alcalá Zamora, N., (1947), «El pensamiento del Quijote visto por un abogado». Entre los más recientes, los de Enero 2005),
- Arteta, A., (1996), *La compasión: apología de una virtud bajo sospecha*, Paidós.
- Atienza, M., (1998) «Virtudes judiciales. Selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho», en *Claves de Razón Práctica*, núm. 86.
- Atienza, M., (2003) «Ética judicial: ¿Por qué no un código deontológico para jueces?», *Jueces para la Democracia*, número. 46, marzo,
- Atienza, M., (2017), «El juez Perfecto», *jueces para la Democracia*, nº 90, 2017, pp.43-48.
- Atienza, M., (2020a), «El Derecho, el Quijote y la compasión», *Istor*, nº 81, 2020
- Atienza, M., (2020b), *Una apología del Derecho y otros ensayos*, Trotta, 2020
- Bea, Emilia, (1992), *Simone Weil. La memoria de los oprimidos*, Encuentro.
- Be, Emilia, coord.. (2010), *Simone Weil, la conciencia del dolor y de la belleza*, Trotta.
- Botero Bernal, A., (2009), «Don Quijote y el Derecho. Las relaciones entre la disciplina jurídica y la obra literaria, RJUAM, nº 20, pp. 37-65

- De Lucas, J., (1992), «Para dejar de hablar de tolerancia», *Doxa*, 11,
- De Lucas, J., (1996), «Tolerancia y Derecho», *Isegoría*, 14.
- De Lucas, J., (2015), «¿Sirve de algo la tolerancia para gestionar la diversidad cultural?», <https://www.youtube.com/watch?v=4l6aZPh3bMk>
- De Lucas, J., (2016), «Déficits y falacias de la democracia liberal ante la gestión de la diversidad cultural: el caso de las políticas miratorias y de asilo», *Deusto Journal of Human Rights*, nº 1, pp. 15.-37.
- De Lucas, J., (2020), *Nosotros que quisimos tanto a Atticus Finch*, Tirant lo Blanch.
- Fernández Montalvo (2016), «Una visión jurídica del Quijote», *Foro. Nueva Época*, vol 19, 2, pp. 13-30, <http://dx.doi.org/10.5209/FORO.55365>
- McEwan, I., (2014), *La ley del menor*, Anagrama
- Ost, F., (2004), *Antigone voilée*, Larcier
- Ost, F. (2005), *Sade et la loi*, Odile Jacob
- Ost, F., (2011), *Camille*, Carnières/Morlanwelz, Lansman.
- Ost, F., (2012), *Shakespeare. La Comédie de la Loi*, Michalon,
- Ost, F., (2018), *Le droit, objet des Passions?*, Académie Royale de Belgique
- Ost, F., (2021a), *Le droit ou l'empire du tiers*, Dalloz
- Ost, F., (2021b), *Nouveaux Contes juridiques*, Dalloz
- Prats Westerlindh, (2006), *La justicia en el Quijote*, Dickinson
- Von Schirach, F., (2011), *Crímenes*, Salamandra Narrativas
- Von Schirach, F., (2012), *Culpa*, Salamandra Narrativas
- Von Schirach, F., (2013), *El caso Collini* Salamandra Narrativas
- Weil, Simone (1996), *Echar raíces* (traducción J. C. González y J. R. Capella) Trotta (el original, *L'Enracinement*, data de 1943)
- Weil., Simone (2014), *La condición obrera*. Introducción Robert Chenavier. Trotta. (el original, *La condition ouvrière*, data de 1951).

ACERCA DE LOS RELATOS PARA LA TEORÍA DEL DERECHO

FRANÇOIS OST

UC Louvain. Sant-Louis (Bruselas)

INTRODUCCIÓN

Paul Ricoeur escribe: «el símbolo da que pensar» (Ricoeur 1959); el símbolo, pero también la metáfora y el relato. Dicho de otra manera: para pensar (con pie pausado, reflexivo) hace falta previamente un impulso imaginario, un relato fundante. Esta tesis se verifica ampliamente en la historia de la filosofía y de las ciencias humanas y sociales (I). ¿Es igualmente el caso en lo que concierne a la filosofía y a la teoría general del derecho? El propósito de este breve estudio es intentar responder a esta pregunta reuniendo los primeros materiales de una vasta obra que se trataría de trabajar en profundidad (II). Sin pretensión de exhaustividad, y a la vista de un primer examen, parece que, efectivamente, el relato ocupa una parte importante en la reflexión teórica sobre el derecho.

Estas líneas están dedicadas al profesor Manuel Atienza, cuyo enfoque argumentativo y ético-político del derecho incorpora en tantos aspectos la teoría narrativa del derecho aquí discutida.

1. FILOSOFÍA Y CIENCIAS SOCIALES

Desde el origen de la filosofía, la hipótesis de una inspiración narrativa de la reflexión filosófica se comprueba con Platón. Ciertamente, el Platón idealista estimula la contemplación de las ideas y confiere las riendas de la ciudad al rey-filósofo, pero es el Platón de los cuentos el que nos envuelve por la vía de los mitos (la caverna), de los diálogos vivos (*El banquete*), de los relatos palpitantes (*Apología de Sócrates*). Y si los gobernantes rehúsan el derecho de ciudadanía a los poetas y a los dramaturgos, es porque temen mucho su competencia en el terreno de lo imaginario (*Las leyes, la República*). Es en el cuento en el que el derecho tomará prestado su fundamento (*Protágoras*: origen del derecho en el regalo de Zeus transmitido por Hermes: *aidos* (el respeto) y *dikè* (la justicia), «para servir de regla a las ciudades» y de base a la *philia* (concordia). En cuanto a la forma del derecho, el Ateniense explica a sus interlocutores que la tomará prestada de la poesía a fin de «encantar» a las reglas. Platón se arriesgará él mismo a redactar

algunos preludios en alternancia con los códigos de leyes: mitos, fábulas, cuentecillos, proverbios, refranes son movilizados uno tras otro en poderosos encantamientos destinados a hacer respirar la ciudad al unísono (Teissier-Ensminger, 2002)

Sin pretensiones de exhaustividad, limitémonos a algunas calas de sondeo a propósito de esta «poética de los filósofos». En ese camino, se encuentra, por ejemplo, Maquiavelo, que se propone instruir a los Príncipes mediante la pedagogía del ejemplo, basada en su experiencia y en la lectura de los Antiguos: «Quiero ilustrar con dos ejemplos de nuestros días esas dos maneras de devenir príncipe» (Maquiavelo, 1532, VII.)

Su contemporáneo, Tomás Moro, moviliza igualmente la vía narrativa para desarrollar su reflexión sobre el derecho: su *Utopía* se presenta en efecto como un largo relato dialogado de viajes.

De forma más inesperada, Descartes, al que colocamos de buen grado del lado de los racionalistas y del pensamiento analítico, no ignoraba, sin embargo, las potencialidades del lenguaje narrativo y las movilizaba regularmente. ¿No se ha reparado a este respecto en que la puesta a punto del famoso «método» se desarrolla como el relato de un camino personal: «Pero, no proponiendo este escrito sino como una historia, o si lo preferís, como una fábula...»? (Descartes, 1637, I)

En el siglo XVIII la tradición se prosigue en la forma de «cuentos filosóficos», género en el que son ilustres Swift (*Los viajes de Gulliver*), Diderot (*Supplément au voyage de Bougainville*), y, por supuesto, Voltaire (*Candide*, *Micromegas*, *Zadig*). El cuento filosófico desarrolla con gran frecuencia una crítica de la sociedad presente ocultándose tras los artificios de la ficción para escapar a la censura del poder. Representa un género híbrido que pervierte las características de los cuentos de hadas, moviliza lo maravilloso bajo una forma paródica, y desarrolla un argumentario crítico bajo la forma de sátira. Como tal, rehabilita el género de la apología que, desde la Antigüedad (Esopo) hasta Kafka, pasando por La Fontaine, propone relatos cortos con vocación reflexiva y ética.

Las ciencias humanas y sociales no se quedan atrás. Numerosos pioneros del pensamiento, fundadores de paradigmas, son en primer lugar cuentistas y grandes estilistas; piénsese especialmente en K. Marx, S. Freud, E. Goffman, Cl. Lévi-Strauss, M. Mauss, y aún M. Foucault. En el plano más cotidiano de la ciencia ordinaria, piénsese también, siguiendo a Y. Reuter, que «numerosas ciencias humanas trabajan sobre relatos no literarios: relatos de experiencia intercambiados en el diario o solicitados en el marco de entrevistas, sucesos, autobiografías, relatos de experiencias científicas, narraciones de la manera en que han resuelto un problema los matemáticos, sueños...» (Reuter. 2016, 33).

II. TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

Nuestra hipótesis ¿se verifica en el terreno de la teoría y de la filosofía del derecho? Quisiéramos sugerirlo así en cinco puntos

1. *El relato para pensar los fundamentos del derecho*

En el primer lugar de los relatos jurídicos fundadores, al menos en Occidente, debe citarse la tradición del contrato social, que informa de la salida del estado de naturaleza y la fundación de las instituciones principales de la sociedad civil. Es un relato que discurre de Hobbes a Kant, pasando por Locke y Rousseau. Todo empieza con la pintura de un estado de naturaleza, incierto y peligroso, desprovisto de leyes conocidas y claras debidamente aplicadas por tribunales en caso de litigio. Se evoca después la necesidad sentida de pasar a un «estado civil», dotado de reglas y de instituciones, en virtud del contrato social, bien aprobado por el soberano (El *Leviathan* en Hobbes) bien por los individuos entre sí (Rousseau, Kant). De lo que resulta la puesta en pie de un cuerpo de reglas «secundarias», para hablar en los términos de H. Hart, que ponen en marcha los mecanismos y procedimientos capaces de adoptar y modificar leyes generales, aplicarlas a los casos particulares ordinarios por mediación de la administración, y de las cortes y tribunales en caso de conflictos. De esta forma, es todo el derecho moderno el que se encuentra fundado, justificado y limitado en virtud de un relato radicalmente mítico. En su célebre *Teoría de la Justicia* (1971), John Rawls reactualiza esa tradición imaginando una negociación de los principios de justicia a partir de una «posición original bajo el velo de la ignorancia».

En una vena similar, aunque en un plano menos general, se pueden evocar las fábulas y relatos que inspiran (en el sentido de un escenario mínimo que suministra un esquema de pensamiento inicial) tal o cual filosofía del derecho determinada. Así, por ejemplo, la fábula del «doceavo de camello» que cuenta N. Luhmann, el célebre sociólogo del derecho alemán, para pensar su teoría de los fundamentos paradójicos del derecho. Esta historia, la del testamento aparentemente imposible de ejecutar de un viejo beduino, ha sido objeto de un número especial de la revista *Droit et Société*, con contribuciones notables de G. Teubner y M. Neves. (Luhmann 2001, 15ss.). Yo mismo me he servido de esta historia con la vista puesta en explicar diferentes aspectos de la función de juzgar (Ost 2012, 179ss).

Ciertos teóricos del derecho toman en préstamo la vía narrativa para evocar la «experiencia de pensamiento» que es el paso progresivo al derecho (un proceso, por supuesto, histórica y empíricamente real, pero tan complejo y progresivo que sólo una esquematización puede dar cuenta de él). Pienso por ejemplo en el gran teórico del derecho inglés, Herbert Hart, preocupado por refutar la concepción austiniana según la cual el derecho se analiza como el hábito de obediencia a las órdenes respaldadas por amenazas que emanan del soberano. La pintura de la sociedad simple gobernada por Rex I (el soberano de Austin) sirve de punto de partida a Hart para superar esta concepción reduccionista e introducir progresivamente su tesis central del orden jurídico concebido como la articulación de normas primarias y secundarias (Hart 1961, cap. IV).

Yo mismo, si puedo tomar en cuenta mi propia práctica teórica reciente, movilizo desde hace poco el género del cuento para ofrecer a la discusión algunas de mis tesis. Así, en contrapunto de mi obra que define el derecho a partir de la figura del tercero (Ost 2021a), he propuesto un cuento, en forma de distopía, describiendo la desnaturalización de esa figura del tercero en los Estados Unidos en la época del mandato de D. Trump (Ost 2019, 125ss). En mi

cuento *Quel droit pour l'arche de Noé?*, discuto algunos aspectos de la controversia eterna que opone el derecho natural al derecho positivo (Ost 2019, 17). E incluso es la vía del cuento la que me permite explorar la «conurrencia normativa» que se observa, en el contexto de una crisis pandémica, entre normas jurídicas, sanitarias, económicas, mediáticas, o hasta religiosas (Ost 2021b, 121ss.)

2. Metáforas significativas y figuras mitológicas

Menos ambiciosa, sin duda, que un relato entero, la metáfora concentra sin embargo un contenido narrativo significativo que permite caracterizar, como lo decía Kuhn para el paradigma (que es ante todo un «ejemplo bien elegido»), un estilo entero de pensar jurídico.

Las metáforas representan una quintaesencia narrativa, reducida a una imagen, o más bien a una matriz imaginativa, que produce un modo de pensamiento específico y cierta cantidad de corolarios. Ellas dan una orientación decisiva a un pensamiento a partir de una intuición inicial que opera como una suerte de visión originaria. Como si el pensamiento, incluso el más riguroso, no pudiera desplegarse sino en ese espacio abierto por esa intuición inicial. Dos ejemplos entre otros.

El primero es el de las *fuentes del derecho*, metáfora que se impuso, como se sabe, cuando Cicerón habló de *raíces del derecho* (*souches du droit*) (Ost 2013, 865-97): hablar de *fuentes* del derecho permite claramente hacer justicia de manera más realista a los *flujos* normativos (Nicolás, E. 2018) por oposición a las *raíces* del derecho, que evocan un anclaje más estático. En ese estadio matricial del pensamiento jurídico, lo que se deja entrever es verdaderamente el trabajo de lo imaginario, resorte de lo narrativo. Lo mismo cabe comentar a propósito de la celeberrima metáfora kelseniana de la *pirámide* jurídica, a la cual algunos, preocupados por hacer justicia a la complejidad y la fluidez del derecho contemporáneo, oponen ahora la metáfora del *derecho en red* (Ost & van de Kerchove 2002)

En la misma vena de microrrelatos que implican o traducen todo un estilo de pensamiento, se puede igualmente poner de relieve la presencia de numerosas referencias a figuras mitológicas en la pluma de importantes teóricos del derecho. Además de la referencia al *Leviathan*, monstruo bíblico, en el título de la obra epónima Thomas Hobbes (*Leviathan* 1659), se puede citar evidentemente al teórico del normativismo, Hans Kelsen, que escribe: «el derecho semeja al rey Midas (...) todo lo que él tocaba se transformaba inmediatamente en oro; de manera análoga todo aquello con lo que el derecho tiene relación se torna derecho» (Kelsen 1962, 369). Viene también a la memoria el filósofo del derecho americano, R. Dworkin, que convoca a la figura de Hércules para introducir al personaje del juez encargado de presentar el orden jurídico «en su mejor versión» y suministrar así la «respuesta correcta» tanto a los casos fáciles como a los casos difíciles que le son planteados. Los jueces que presenta en otra parte como los «narradores morales» de la nación (Dworkin 1986, 245ss).

Se podrían evocar también los análisis de Bruno Latour, sociólogo del derecho y observador de los trabajos del Consejo de Estado, que moviliza las figuras de Sísifo y de Penélope para describir el incesante trabajo de recosido de los textos jurídicos al que se dedican los jueces con

la vista puesta en asegurar a la vez la actualización y la coherencia de la jurisprudencia, teniendo cada aportación nueva al *corpus* por resultado paradójico el aumento de la complejidad, «que obliga así a sus sucesores a retomar el trabajo de Sísifo o de Penélope» (Latour 2002, 181)

3. *El relato para pensar el razonamiento jurídico*

Se encuentran a menudo numerosos relatos en la pluma de autores dedicados a reflejar el razonamiento jurídico, y particularmente el de los jueces. El más célebre entre ellos es, sin discusión, el del gran teórico alemán del derecho de fines del siglo XIX, Rudolf von Jhering. Como es sabido, Jhering, atento al realismo, combatió violentamente las derivas del formalismo jurídico y en particular la excesiva abstracción de sus conceptos. Resumió esta tesis en un cuento satírico que evocaba el sueño de los juristas: una estancia en el cielo de las ideas jurídicas puras (Jhering 1884, 245ss). El relato cuenta un sueño (¿o pesadilla?) del autor, que se ve transportado, tras su muerte, a un cielo especialmente reservado a los teóricos del derecho; allí encuentra un gran número de conceptos jurídicos presentados en su pureza absoluta, liberados de todo tipo de referente concreto: buena fe, propiedad, posesión — conceptos desencarnados, despojados de todo ligamen con la condición humana. Combinados con los instrumentos de la lógica, están en condiciones de resolver los problemas jurídicos más complejos. También se encuentran allí, en ese cielo ideal, una prensa hidrológico-dialéctica capaz de extraer un número indefinido de significados de todo texto jurídico, un aparato para construir ficciones, y una máquina para cortar los cabellos en 999.999 partes iguales. Este empíreo de los juristas les es accesible a condición de que consuman un brebaje particular que provoca el olvido de todos los asuntos humanos, pero, anota Jhering sin embargo, los más entrenados no tienen necesidad de él: no tienen nada que olvidar.

Todavía en la misma vena, pero adaptándose esta vez a esa «magia jurídica» y sus «acrobacias verbales», se puede recordar el célebre *Tû-Tû* del teórico danés del derecho, principal representante de la escuela llamada «realismo escandinavo», Alf Ross. Adoptando el género del pseudorelato antropológico, Ross describe la concepción del «tabú» prevaleciente en el seno de una tribu imaginaria que puebla una isla del Pacífico Sur: ese tabú está omnipresente en la vida cotidiana y entraña diversas sanciones en caso de transgresión. Y, sin embargo, esa noción de «tû-tû» (el tabú) está vacía de sentido, según el teórico danés, igual que todo el discurso normativo fundado sobre ella; se alza sobre una magia que «transforma en realidad los poderes sobrenaturales invocados». En esto no se diferencia apenas del discurso jurídico moderno, pues «nuestras reglas jurídicas son, en una gran medida, expresadas en una terminología 'tû-tû'». El «Tû-Tû» encuentra, no obstante, favor a sus ojos: esta manera de presentar las cosas, a condición de no ser engañado por su naturaleza de ficción, permite economizar un gran número de proposiciones y, por ello, merece ser conservada.

En el siglo XX, es Ronald Dworkin quien conferirá su papel central a este enfoque narrativo del razonamiento jurídico, y en particular del razonamiento judicial. En primer lugar, al apoyar sistemáticamente sus demostraciones sobre la discusión detallada de «casos» paradigmáticos, en aplicación sin duda del adagio según el cual: «la realidad es más fuerte que la ficción»

(los famosos *hard cases*, que recuerdan los casos de conciencia evocados después) (Dworkin 1977, cap. 4). A continuación, al desarrollar una concepción radicalmente narrativa del oficio del juez: jueces que —conforme al modelo mitológico de Hércules—, se supone que resuelven los «casos difíciles», y especialmente colman las lagunas del derecho positivista en aplicación de «principios» capaces de presentar el derecho en «su mejor versión». Esos jueces son los «relatores morales de la nación» y proceden con su preocupación por la coherencia narrativa (formular el espíritu del sistema en su evolución histórica), como los novelistas «que escriben una novela en cadena».

Pudiera citarse aún —los ejemplos son numerosos y el tema del razonamiento judicial se presta a ello maravillosamente— al teórico italiano Uberto Scarpelli, que evoca el diálogo de Lewis Carroll entre Alicia y Humpty Dumpty para ilustrar las diferentes concepciones de la interpretación jurídica (Scarpelli 1972, 411-432). Humpty Dumpty discute sobre el sentido de las palabras con Alicia, y declara: «cuando yo utilizo una palabra, significa exactamente lo que yo he decidido que signifique, ni más ni menos». Y como Alicia le preguntara si se *puede* dar tantos significados diferentes a una palabra, su interlocutor le responde: «la cuestión es saber quién manda: eso es todo».

También se recordará, siempre en el tema del razonamiento, la historia talmúdica del «horno impuro», del que informa Chaim Perelman, el teórico belga de la argumentación (Perelman 1972, XVII, 29ss). La historia, que refiere una disputa entre rabinos, ilustra la idea según la cual el autor de un texto (en este caso Dios) no tiene una autoridad particular para imponer su sentido, desde punto y hora que ese texto pertenece desde entonces a sus intérpretes. La historia cuenta la risa de Dios ante la ingeniosidad rebelde de los comentadores de un pasaje del *Deuteronomio* aun cuando Él había tratado de imponer una interpretación del mismo mediante diversos milagros. La historia, extraída del *Talmud* (*Baba Mezia*, 59b), es retomada y comentada por G. Teubner (Teubner 1993,7).

Podría recordarse también el ejemplo que usa Hart —un reglamento municipal que prohíbe la entrada de vehículos a los parques públicos— para ilustrar, a propósito de la interpretación de las leyes, la diferencia entre «núcleo de sentido claro» de los conceptos, y «penumbra de duda» que los circunda: si un automóvil privado entra seguramente en la primera categoría, ¿Qué hemos de pensar, por el contrario, de la ambulancia llamada con urgencia para socorrer a un viandante? (Hart 1948, 171-194). Los ejemplos y variantes de este tipo son innumerables y de una gran eficacia pedagógica.

Con un modo más bien irónico, y en una vena derridiana, evocaremos por fin un sabroso cuento de P. Schlag: «Mi cena en casa de Langdell» (Schlag 2004, 851-864). Un joven y brillante profesor es invitado a cenar a la casa del decano Langdell. Trata de hacer un buen papel entre la brillante compañía (se reconocen en ella especialmente R. Dworkin, J. Frank, Holmes, R. Posner, Llewellyn, D. Kennedy), pero tras la cena, los colegas le hacen notar que le adjudican la nota 233. Es, a sus ojos, la nota a pie de página 233. Se le explica que esto no es deshonoroso y que, inscribiéndose en el flujo del texto jurídico y esforzándose en «pensar como un jurista» ha encontrado él mismo este estatus — ¿no ha deseado que todo pensamiento se traduzca en una proposición jurídica y que ésta se apoye en una nota a pie de página? El joven se rebela al principio; el habría deseado trocarse en una autoridad, habitando en el cuerpo mismo del texto,

pero después acaba por conformarse. Comprende que lo propio del texto jurídico es reducir las ideas y sus autores a notas a pie de página, organizadas en un movimiento a la vez infinito y clausurado de intercitaciones, exactamente como lo hace una inteligencia artificial que mezcla las proposiciones convencionales y las encadena en función del contexto.

4. *El relato para pensar los casos de conciencia jurídicos*

Otra tradición narrativa, muy antigua, es la de los «casos de conciencia» que desarrollan dilemas morales que reclaman una solución jurídica. Los tratados de derecho canónico estaban con frecuencia compuestos de esta manera. Hoy en día, Frédérique Leichter-Flack recupera esta tradición reuniendo cierto número de asuntos paradigmáticos que suscitan dilemas particularmente espinosos (a partir del modelo de la famosa «tabla de salvación»). La autora insiste sobre la importancia del *detalle* y de las circunstancias particulares que marcan toda la diferencia y permiten un tratamiento de los dilemas éticos en su contexto (Leichter-Flack 2012).

En la misma vena habría que citar también el muy celebre caso de los «espeleólogos» (caníbales) ampliamente desarrollado por el teórico americano del derecho Lon Fuller, y comentado con frecuencia después (Fuller 1949). Fuller expone el caso, después presenta, de manera muy completa, la posición de los diferentes magistrados convocados para decidir el asunto. Este texto fue puesto al día cincuenta años más tarde, con un prólogo de D. Shapiro. También es discutido por G. Zagrebelsky (Zagrebelski 2018, 409-436).

Advierto también que buen número de nuestras compilaciones de jurisprudencia, especialmente aquellas relativas a los asuntos delicados decididos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se aproximan a este género, y nos recuerdan, si fuera necesario, el carácter esencialmente narrativo de la jurisprudencia: el derecho se elabora a partir de casos (contados antes de ser juzgados).

5. *El relato para pensar las alternativas críticas al derecho*

El modo narrativo se revela igualmente eficaz para llevar a cabo una crítica de los discursos jurídicos dominantes y proponer alternativas imaginarias: la sátira, el testimonio de experiencias personales, o incluso la escritura utópica y distópica contribuyen a ello. Un proceder narrativo bastante corriente a este respecto es el del contador externo, extranjero a la comunidad, que proyecta una mirada falsamente ingenua (y, por tanto, francamente crítica) sobre las instituciones y las leyes del país contemplado. Montesquieu había utilizado el proceder con éxito en sus *Cartas persas*. Jean Rivero, con su célebre *Huron*, no desdeñará hacer uso de él a su vez para denunciar ciertos límites del recurso por exceso de poder ante el Consejo de Estado (Rivero 1962, 37-40). Ciertos autores se han arriesgado igualmente a analizar el «derecho marciano» para distanciarse mejor de su derecho nacional (Ledoux 2005).

El relato de testimonio es central en el método de los *Critical Legal Studies* (CLS). Desarrollado en los años 1980 y 1990 en el seno de los estudios jurídicos críticos norteamericanos,

el *legal storytelling*, la *narrative jurisprudence* o el narrativismo jurídico introdujo en el análisis jurídico relatos de experiencias singulares vividas por un narrador encarnado — mujeres, miembros de minorías raciales y sexuales — que se expresaban con frecuencia en primera persona, y aspiraban a mostrar la manera en que el derecho construye o reproduce las jerarquías de género y raza. Los estudios feministas críticos y la *Critical Race Theory* movilizan este tipo de relatos para confrontar el derecho con sus propios efectos sociales y políticos (Saada 2021, 319-335).

Estos procederes narrativos son objeto de una recuperación reflexiva en el plan de una epistemología crítica en el cuadro de los CLS. Se pueden citar a este respecto los trabajos de Iris Marion Young, que escribe: «En años recientes algunos teóricos del derecho se han vuelto hacia la narrativa como medio de dar voz a tipos de experiencia que con frecuencia son desoídos en las discusiones legales y los escenarios de tribunales. Algunos teóricos del derecho discuten la manera en que la narración de historias (*storytelling*) en el contexto legal funciona para desafiar una visión hegemónica y expresar la particularidad de experiencias a las que el derecho debería responder pero que con frecuencia no lo hace» (Young 2002, 71). Dar voz, a través del relato, a aquellos que no tienen voz en el asunto es exactamente el papel del «vigilante juicioso» que representa la literatura, en casos de «diferendo» (*différend*) de los que habla J.Fr. Lyotard (conflictos que, a diferencia del «contencioso» ordinario, no son tratados en un lenguaje compartido por las dos partes) (Lyotard 1983, 30)

En fin, se debe mencionar igualmente la movilización del relato con la vista puesta en hacer conocer, transmitir, comprender y aún practicar el derecho de los pueblos primitivos. Hasta ahora este tipo de relato encontraba su sitio en los estudios de antropología jurídica a los que se prestaba, en el mejor de los casos, un interés de curiosidad. Estudios quebequenses recientes (pienso en los trabajos de Rebecca Johnson y su grupo *Indigenous Law Research Unit*) teorizan un acercamiento mucho más activo a esas tradiciones jurídicas de los pueblos autóctonos: se trata en este caso, no solamente de presentarlas como una alternativa o un complemento del enfoque narrativista clásico, sino también de tomarlas en serios en su pretensión de constituir una cultura jurídica siempre viviente, incluso con la posibilidad, para ellas, de entrar en diálogo y fertilizar la cultura jurídica dominante.

CONCLUSIONES

Lo hemos visto: el balance de esta primera indagación es tan variado como significativo. El lugar del relato en la ciencia del derecho, como en otras ciencias humanas y sociales, es mucho más grande de lo que se cree generalmente. Quedaría por completar este primer inventario y extraer algunas líneas de fuerza.

Se notará en primer lugar la diversidad de la naturaleza de los relatos. Ya «macros» que se presentan en forma de verdaderas «matrices narrativas» (en el sentido de ‘*nomos*’ de R. Cover), ya «micros», tomando entonces la forma de metáforas o de figuras mitológicas. Son ora fundacionales (como el contrato social), ora críticos (como en los *Critical Legal Studies*). Ora relatos originales (como el *cielo de los juristas* de Jhering, el «Tù-Tù» de Ross), ora el reciclado de relatos

conocidos (la controversia talmúdica de Perelman, el diálogo de *Humpty Dumpty*). Ora especulativos y totalmente imaginarios (*My dinner at Langdell's*) ora testimonios personales o experiencias históricas (Los cuentos de los pueblos primitivos, los casos de conciencia, un *casus* célebre).

Sería necesario también interrogarse sobre las funciones que juegan estos relatos en la elaboración del pensamiento jurídico teórico. Funciones cognitivas de explicitación, o más bien de creación de representaciones (del mundo jurídico). Pero también, en razón de la vocación práctica del discurso jurídico (objeto del metadiscurso teórico), funciones de esclarecimiento pedagógico y de transmisión. Todavía más prácticamente: funciones argumentativas de persuasión, y especulativas de legitimación — todo con la vista puesta en producir la adhesión de los oyentes-lectores-sujetos del derecho, y de reunir las «condiciones de felicidad» del performativo global que representa un orden jurídico en su conjunto. Bien entendido que las mismas consideraciones valen para los discursos jurídicos (hoy por hoy) minoritarios que adoptan una postura crítica respecto del discurso dominante y pretenden sustituirlo por su propio universo performativo.

Será necesario también estudiar la manera en que se articula el impulso imaginario narrativo del que se han evocado aquí algunos ejemplos, con la elaboración conceptual y sistemática que se elabora después sobre su base, de acuerdo con el lema: «el relato da que pensar». Será interesante igualmente interrogarse sobre el eventual sustrato narrativo e imaginario que opera en sordina en la base de las teorías del derecho en apariencia más formales.

En fin, para mantenerse en la medida, deberá desarrollarse igualmente una «crítica de la razón narrativa», atenta a las desviaciones del relato, como en el caso del *storytelling* del marketing político, de la propaganda política, o del discurso sectario. Evidentemente no hay razón para creer que ciencia y especulación filosófica estén, por naturaleza, al abrigo de tales derivas. Después de todo, también ha habido una filosofía del derecho nazi y estalinista — y se sabe la parte (delirante esta vez) que ocuparon en ella las proyecciones narrativas.

REFERENCIAS

- Descartes, R. (1637) *Discurso del método*.
 Dworkin, R. (1977) *Taking Rights Seriously*. London. Duckworth
 Dworkin, R. (1986) *Law's Empire*. Cambridge (Mass.), London. The Belknap Press of Harvard University Press.
 Fuller, L. (1949) «The case of the Spelucean Explorers», en *Harvard Law Review*, 62.
 Hart, H.L.A. (1948) «The Adscription of Responsibility and Rights», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 49.
 Hart, H.L.A (1961) *The Concept of Law*. Oxford. Oxford University Press.
 Jhering, R. (1884) *Im Juristischen Begriffshimmel. Ein Phantasebild in Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*. Leipzig. Breitkopf & Härtel.
 Kelsen, H. (1962) *Théorie pure du droit* trad. 2ª ed. por Ch. Eisenmann, Paris. Dalloz.
 Latour, B (2002) *La fabrique du droit*. Paris. La Découverte.

- Ledoux, Ph. (2005) *Introduction au droit martien*. Paris. Lexis-Nexis.
- Leichter-Flack, Fr. (2004) *Le laboratoire des cas de conscience*. Paris. Alma Editions.
- Luhmann, N. (2001), «La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit», *Droit et société*, 47.
- Lytard, J.-Fr. (1983) *Le différend*. Paris. Editions du Minuit.
- Maquiavelo, N. (1532) *El Principe*.
- Nicolas, E. (2018) *Penser les flux normatifs. Essai sur le droit fluide*, Paris. Mare et Martin.
- Ost, F. (2012) *Dire le droit, faire justice*. Bruxelles. Bruylant (2^a ed.)
- Ost, F. (2013), «Conclusions générales», en *Les sources du droit revisitées*, vol. 4, *Théorie des sources du droit*, bajo la dirección de I. Hachez, F. Ost y otros. Bruselas. Antemis et Publications del Facultés universitaires Saint Louis.
- Ost, F (2019) «3,2,1...», en *Si le droit m'était conté*. Paris. Dalloz.
- Ost, F. (2021a) *Le droit ou l'empire du tiers*. Paris. Dalloz.
- Ost, F. (2021b) «Les sept jours de Marianne. Le moins mauvais des mondes», en *Nouveaux contes juridiques*. Paris. Dalloz.
- Ost, F & van de Kerchove, M. (2002), *Pyramide ou réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles. Presses de l'Université Saint-Louis.
- Perelman, Ch. (1972) «L'interprétation juridique», en *Archives de philosophie du droit*.
- Reuter, Y. (2016), *L'analyse du récit*. Paris. Armand Colin (3^a ed.).
- Ricoeur, P. (1959), «Le symbole donne à penser», *Esprit*.
- Rivero, J. (1942) «Le Huron au Palais royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir», en *Dalloz*, Chron. VI.
- Saada, J. (2021) «Récits et contre-récits dans le droit. Usages et critique du narrativisme juridique dans la *Critical Race Theory*», en *Droit et Société*. n° 108.
- Schlag, P. (2004) «My dinner at Landgell's», *Buffalo Law Review*. 52.
- Scarpelli, U. (1972) «Metodo giuridico», en *Enciclopedia Feltrinelli*, vol. XXXI, Fisher Diritto. Milano.
- Teissier-Ensminger, A. (2002), *L'enchantement du droit: légistique platonicienne*. Paris. L'Harmattan.
- Teubner, G. (1993) *Le droit, un système autopoïétique*. Paris. PUF.
- Young, I.M. (2002) *Inclusion and Democracy*. Oxford. Oxford University Press.
- Zagrebelski, G. (2018), *Diritto allo specchio*. Milano. Einaudi.

DEONTOLOGÍA DE LAS PROFESIONES JURÍDICAS

MANUEL ATIENZA. UN JURISTA INTEGRAL

JORGE F. MALEM SEÑA

Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

La figura de Manuel Atienza tiene tantas aristas con perfiles tan diversos y positivos que glosarlas, aunque sea brevemente, resulta imposible. Solo mencionaré aquellas que, a pesar de ser bien conocidas, no pueden dejar de subrayarse. Atienza es, en primer lugar, un filósofo del derecho que ha ejercido, y ejerce, una notable influencia en el pensamiento iusfilosófico iberoamericano. Sus trabajos, en solitud o en compañía de otros, fundamentalmente de Juan Ruíz Manero, marcan puntos y pautas para el debate intelectual en nuestro entorno, y sus posiciones teóricas cuentan con miles de seguidores en el mundo académico y en el profesional.

Es, en segundo lugar, el filósofo del derecho vivo que más reconocimiento ha logrado por parte de los dogmáticos de las diferentes ramas del derecho positivo. Ello se debe, en parte, al conocimiento que de ese derecho atesora y, en parte, a que sus reflexiones versan sobre cuestiones jurídicas, o que pueden aplicarse directamente a ellas, en el actual marco académico iusfilosófico donde el desprecio a considerar asuntos jurídicos concretos suele ser tan manifiesto como desesperanzador.

En tercer lugar, Atienza es también un notable activista cultural, y lo es en diferentes registros. Es un disparador de debates y un infatigable discutidor sobre los asuntos, incluso, más nimios. Que yo recuerde, solo Carlos Nino podría asemejarse a la incansable pasión que tiene Manolo por polemizar, aunque al argentino haya que reconocerle una dosis menor de cascarrias del que a veces deja entrever el alicantino de adopción.

Este activismo cultural, fruto de su compromiso frente a los problemas de la realidad que lo circunda, le lleva a participar en discusiones sobre temas de actualidad donde fija posiciones sin importar los destinatarios de sus diatribas o sus consecuencias. Su valentía no deja lugar para la duda. *La guerra de las falacias* (Manuel Atienza, 1999) es un ejemplo de ello. Y ha sido, desde el inicio, el Director de la revista DOXA. Es verdad que la creación, sostenimiento y difusión de la publicación de filosofía del derecho más importante e influyente en lengua castellana es una obra colectiva, pero sin la presencia y el trabajo de Manuel Atienza el éxito de dicha publicación no hubiera sido el mismo. Y, finalmente, para terminar en algún punto, el máster sobre razonamiento jurídico de la Universitat de Alicante que comenzó como un Curso de especialización allá por el año 2005 y que celebra su décimotercera edición tampoco hubiera sido posible sin su decidido impulso y apoyo.

No es extraño, pues, que desde la academia, haya sido uno de los más fervientes impulsores del diálogo con representantes del Poder Judicial. Y no solo sobre cuestiones tales como el razonamiento jurídico en contextos jurisdiccionales, sino también en materia de ética judicial. Su opinión, por ejemplo, de las virtudes judiciales y el papel que juegan en el modo de resolver los conflictos en sede judicial resulta de obligada consideración. Precisamente en este ámbito destaca su actuación como redactor de distintos documentos y trabajos entre los que sobresale el *Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial*¹. A este documento le prestaré una brevísima atención, sin el rigor y minuciosidad que se merece. Lo haré con el único ánimo de mostrar, aunque sea innecesario por evidente, la indudable influencia que tiene la obra y la persona de Manuel Atienza en foros jurisdiccionales internacionales.

Según Atienza, la búsqueda de un modelo de «buen juez» que planea sobre todos los códigos de ética judicial no ha ser nunca un ejercicio puramente académico o de autocomplacencia, sino que debe ser entendido como un esfuerzo de responsabilidad social y jurídica. A través de la elaboración y ejecución de códigos de este tipo se trataría de resolver al menos parte de los problemas motivados por las crecientes complejidades de las tareas judiciales de carácter profesional; los acelerados y profundos cambios sociales que se están produciendo en los últimos tiempos; el inmenso poder que atesoran los jueces en un sistema constitucional permeado por los derechos humanos o la pérdida de homogeneidad de las prácticas del mundo judicial, que obligan a reflexionar, bajo la visión unificadora de las reglas morales, sobre qué tipo de juez deseamos o necesitamos (Manuel Atienza, 2008, 15-16). Su participación en la redacción del *Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial* no puede ser considerado, pues, como una casualidad.

EL CÓDIGO MODELO IBEROAMERICANO DE ÉTICA JUDICIAL

La proliferación de códigos éticos en todos los ámbitos de la vida, social, política, económica o deportiva, se ha manifestado como una constante en los últimos tiempos. Esta tendencia también ha impactado en los distintos poderes judiciales nacionales y transnacionales.

Se trata de un fenómeno que, al menos, es síntoma de tres factores que pueden presentarse de forma aislada o conjunta. El primero, la existencia de problemas en el comportamiento de los destinatarios de dichos códigos, en este caso, de los jueces. Si no hubiera problemas, ¿para qué dictar códigos éticos?² El segundo factor es la percepción de que existe una cierta incapacidad del derecho para hacer frente a dichos problemas. Se piensa que el orden jurídico no es suficiente para lograr que determinados profesionales, médicos, abogados, jueces, mejoren sus

¹ Adoptado el 22 de junio de 2006 en Santo Domingo, República Dominicana, habiendo sido elaborado por Manuel Atienza y Rodolfo Vigo, en calidad de expertos. Reformado el 2 de abril de 2014 en Santiago de Chile en la XVII Reunión Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana.

² De hecho, el propio *Código Iberoamericano de Ética Judicial* reconoce que «la adopción de un Código de Ética implica un mensaje que los mismos Poderes Judiciales envían a la sociedad reconociendo la inquietud que provoca su débil legitimidad y el empeño en asumir voluntariamente un compromiso fuerte por la excelencia en la prestación del Servicio de justicia». Código citado, p. 2.

actuaciones y alcancen niveles de excelencia. Y, el tercero, resume la convicción de que las soluciones a los problemas detectados hay que buscarlas tanto en el seno mismo de las prácticas profesionales dónde aparecen como en el orden moral.

Como consecuencia de todo ello, y de otros factores que podrían mencionarse, tales como la fuerte presión de los organismos internacionales para su imposición, se reproducen códigos éticos que resultan parcial o totalmente redundantes entre sí, y que receptan normas de muy distinto calado. Algunas pretenden constituirse en guías de conducta para sus destinatarios, mientras que otras, simplemente, cumplen funciones simbólicas.

Estos códigos pueden ser muy amplios respecto de los asuntos que abordan o más específicos en cuanto de los temas tratados. Los hay que regulan las cuestiones analizadas de un modo minucioso o aquellos que lo hacen de una manera muy general. Pero todos pretenden un halo de legitimidad, comenzando por el nombre, código ético, que sugiere su vinculación directa con la moral.

No conviene olvidar, sin embargo, que la denominación de código ético para este tipo de regulación, no reenvía directa o exclusivamente a normas morales. Su nombre, que admite una serie de variantes: códigos de conducta, códigos de buenas prácticas, estándares de conducta, códigos de ética profesional, etcétera, se utiliza para denotar una serie de valores, reglas, principios y también definiciones que, se supone, carecen de virtualidad jurídica. Ético significa aquí, simplemente, no jurídico. Históricamente, «el término <ética> fue introducido meramente para indicar que el código del *Royal College of Physician* no debía ser considerado como un código penal (un código jurídico). En este sentido, ética significa, simplemente, no perteneciente al sistema jurídico» (Roberto de Michelli, 1998, 19). Esto es, se suele usar el término ético para poner de manifiesto que este tipo de códigos no es disciplinario ni penal. Aunque esto no sea óbice para que tal denominación mantenga su contenido emotivo de carácter positivo. Y, por cierto, tampoco es un inconveniente para que contenga normas morales.

Por otra parte, los términos que se suelen utilizar en estos códigos son propios del lenguaje del derecho. Pero esto no debe ser un elemento que llame a la confusión, ya que los conceptos a los que reenvía suelen ser diferentes. El mismo término «código», tal como reconocen los redactores del documento mencionado, es un ejemplo de ello (Manuel Atienza y Rodolfo Vigo, 2006, 11).

El *Código Iberoamericano de Ética Judicial* ha de analizarse inserto en este contexto de necesidades y presiones o imposiciones. Y, tal vez, lo primero que convendría subrayar es que sigue un modelo de código ético no sancionador, ni en sentido penal ni en el disciplinario. Y que parte del reconocimiento de la existencia de códigos éticos judiciales precedentes y vigentes al momento de su creación, aunque pretenda otorgar una mayor especificidad y desarrollo a sus principios impuestos por consideraciones de tiempo y lugar³. Y no podría ser de otra manera, ya que los grandes principios que rigen la judicatura no se han modificado, digamos, desde la declaración de los *Principios de Bangalore de Conducta Judicial*, y, además, si son principios morales no pueden modificarse con el tiempo.

³ En sus propios términos, «El *Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial* ofrece así un catálogo de principios que en buena medida ya han sido receptados en Códigos vigentes en Iberoamérica». Apartado XIII p. 6.

Que se haga mención a valores, reglas y principios ya receptados por códigos éticos anteriores supone una redundancia que nada agrega a la calificación normativa de las acciones ya reguladas. Y hasta alguien podría decir que no conviene legislar de forma redundante, ya que es un signo de irracionalidad. Sin embargo, en casos como este, las redundancias se explican y tal vez se pretendan justificar por, al menos, dos razones. La primera, la reiteración de determinadas disposiciones con el mismo contenido manifiesta el alto valor simbólico que se otorga a dicha regulación. La segunda, este *Código* persigue también que haya una cierta uniformidad en las prácticas judiciales en Iberoamérica, un área geográfica muy heterogénea desde muchísimos puntos de vista, incluido el judicial. Ambas razones son, aquí, pragmáticas, no morales.

Por ello, dicho *Código* es generalista en cuanto a los principios que establece o reconoce, aunque regula de un modo más minucioso algunos de los aspectos técnicos profesionales no morales. Por ejemplo, respecto de los principios sobre la independencia y la imparcialidad judicial es generalista, sobre cómo se ha de hacer la motivación jurisdiccional es detallista. Es verdad que Manuel Atienza, por ejemplo, piensa que la obligación de motivación es una obligación moral y que, además, haberle prestado una atención especial en este *Código* se debe al hecho que los anteriores no lo habían realizado⁴.

El *Código*, por otra parte, establece una parte orgánica y otra institucional. En ese sentido, no solo hace referencia a cuestiones estrictamente éticas o técnicas jurídicas sino también a materias instrumentales o de gobierno.

Y quizás debido a que presta atención a estos múltiples y diferentes objetivos es que este *Código Iberoamericano de Ética Judicial* contiene una mezcla de reglas ideales que señalan un modelo de juez de excelencia, principios morales aplicados a la labor jurisdiccional y reglas técnicas para el quehacer profesional o su implantación institucional. A lo que se aspira es a mostrar qué requerimientos hay que satisfacer para que los jueces sean mejores que «buenos jueces» y no simplemente «jueces mediocres». Y aspira, de igual modo, a generar una estructura institucional mínima al servicio de lograr esos objetivos.

EFICACIA DEL CÓDIGO IBEROAMERICANO DE ÉTICA JUDICIAL

Uno de los aspectos a señalar es que la recepción de códigos de este tipo, su aceptación y su eficacia, no siempre ha sido automática, ni generalizada. Nunca hay que pensar en un seguimiento sin fisuras por parte de sus destinatarios directos, los jueces. Basta mencionar como una mera ilustración que los *Principios de Bangalore de Conducta Judicial* fueron expresamente rechazados por sectores judiciales tanto en Alemania como en Austria, no precisamente potencias

⁴ La obligación de motivar las sentencias en párrafos separados y en un lenguaje claro y preciso es una obligación de carácter técnico-jurídico, no una obligación moral. Conviene recordar que la obligación de motivar es contingente y que se impuso legislativamente como un modo de controlar la tarea de los jueces. Es uno de los mecanismos que se dispone para asegurar que los jueces aplican el derecho. Tal vez se filtre aquí, en el *Código*, un cierto aire de panmoralismo.

inferiores en el ámbito jurídico, y también por el *Consejo Consultivo de Jueces de Europa* de la Unión Europea (Stefanie Ricarda Roos y Jan Woischnik, 2005, 20).

El rechazo a los Códigos de ética judicial puede deberse a distintas causas. La más común es que sean considerados como una instancia más de control hacia los jueces. La segunda es que, excepto las cuestiones institucionales u organizativas, tanto los principios generales como las cuestiones técnico-profesionales ya han sido objeto de regulación jurídica en los distintos sistemas jurídicos nacionales y se los considera redundantes. Y la tercera, por acabar en algún punto, es que los destinatarios de esos códigos no han participado directamente en su elaboración.

Y uno de los problemas que tiene este *Código Iberoamericano de Ética Judicial* es precisamente que ha sido elaborado por una comisión cuya pretensión es que sea vigente para todos los jueces de Iberoamérica, es decir, para miles de ellos. Pero ninguno de estos destinatario ha participado directamente en su creación, ni siquiera en su discusión, como se requiere en los códigos éticos empresariales, por ejemplo. No ser una obra de creación colectiva puede conspirar en contra de su aceptación, ya que puede ser considerada más como una imposición y no tanto como un elemento transformador. El propio *Código* lo reconoce al argumentar, en palabras de sus redactores, que «sería inadecuado que el presente *Código* surgiera como un emprendimiento desarraigado en el tiempo y en el espacio o como un mero acto de voluntad de la autoridad con competencia para ello. Por el contrario, su fortaleza y eficacia dependerán de la prudente fuerza racional que logre traducir en su articulado y de que, consiguientemente, sea capaz de movilizar íntimas adhesiones en función de los bienes e intereses comprometidos en el quehacer judicial» (*Código Iberoamericano de Ética Judicial*, 2006, 5)⁵.

Y aun si se aceptara que las normas y disposiciones vertidas en este *Código* deberían ser asumidas por un observador razonable, de ahí no se sigue que no fueran impuesto por una «autoridad competente», supuestamente la Cumbre Judicial Iberoamericana, sin la participación, discusión u opinión de los jueces de los respectivos estados nacionales representados en dicha Cumbre. Algo que los propios redactores ven como uno de los posibles inconvenientes para su seguimiento.

Por ello, al decir de Manuel Atienza respecto de la eficacia de este *Código*, «no creo que pueda hacerse otra cosa que esperar y confiar en el trabajo de la *Comisión Iberoamericana de Ética Judicial* recién constituida y de la que va a depender de manera decisiva que este *Código* modelo pueda ser también modélico: que no se quede en el nivel de las meras palabras y que contribuya en alguna medida —por modesta y mínima que sea— a mejorar el funcionamiento de los sistemas jurídicos» (Manuel Atienza, 2008, 39). Es decir, la eficacia de este *Código* dependerá también, o en mayor grado, de cuestiones organizativas e institucionales que son moralmente neutras y no solo de su contenido.

Y como las disposiciones del *Código* no pueden imponerse a través de sanciones disciplinarias o penales hay que tener fe o confianza de que la naturaleza de las diferentes reglas escogidas logren convencer por sus propios méritos a los destinatarios. Ahora bien, qué incentivos

⁵ La idea de presentar el *Código* como el resultado de un diálogo ideal, racional y pluralista podría constituir una dramatización heurística innecesaria semejante al recurso ralsiano del velo de la ignorancia.

tendrán los jueces para adoptarlas dependerá de cuestiones que van desde su capacidad para la auto reflexión sobre su propio trabajo a las condiciones materiales en las cuales lleva a cabo dicha labor. Con jueces sobrepasados de trabajo, con escasos medios materiales y humanos a su disposición, con poca o nula dotación tecnológica o con un indisimulado desinterés de las altas cortes y tribunales superiores difícilmente se puede exigir a los jueces que cumplan con los cánones que le impone un modelo de juez excelente.

CONCLUSIÓN

Evaluar la eficacia de un código ético o las consecuencias que produce no es una tarea fácil. Resulta complicado recabar datos fiables de su cumplimiento o incumplimiento y no parece que existan indicadores seguros que discriminen cuándo un juez, que realiza una determinada acción, lo hace porque es un seguidor de determinadas normas, en este caso, del *Código Iberoamericano de Ética Judicial*.

El *Código Iberoamericano de Ética Judicial*, al tener un contenido, al menos, parcialmente redundante con otros de su misma especie o con la legislación general suscita la dificultad para reconocer en qué tipo de documento se inspiran los jueces para cumplir su función o cuáles rigen su actuación. Si un juez es independiente, por ejemplo, no se sabe si lo es en virtud de lo establecido en este *Código*, en el *Estatuto del juez iberoamericano* o en la *Carta de Derechos del ciudadano frente a la justicia*. O si acaso lo hace basado en disposiciones internacionales, en la constitución de su país o en su legislación supra constitucional. No lo podemos saber, si no lo manifiesta de un modo expreso y, además, es veraz.

Por otra parte, el *Código Iberoamericano de Ética Judicial* establece una *Comisión Iberoamericana de Ética Judicial* cuya función principal es «la de asesorar a los diferentes Poderes Judiciales cuando estos lo requieran y la de crear un espacio de discusión, difusión y desarrollo de la ética judicial en el ámbito iberoamericano» (*Código Iberoamericano de Ética Judicial*, 2006, p. 7). Este constituye el mínimo anclaje institucional necesario, según los redactores, para que el conocimiento y la eficacia del Código sean posibles.

Pero los «dictámenes, las recomendaciones, las asesorías o cualquier pronunciamiento de la Comisión Iberoamericana en ningún caso tendrán fuerza vinculante para los Poderes Judiciales o Consejos de la Judicatura, ni para la propia Cumbre Judicial» (*Código Iberoamericano de Ética Judicial*, 2006, artículo 95). Y tal vez no podría ser de otra manera, el objetivo de la Comisión ha de ser despejar dudas, suscitar debates, aconsejar, pero nunca imponer sus criterios de un modo directo. Y dependerá de su conformación y de las razones que esgriman para lograr o no el efecto persuasivo que se le supone.

Solo con el ánimo de poner un ejemplo. Como ha puesto de manifiesto Armando Andruet, por distintas razones, entre 2006 y 2014, la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial no había formulado ningún dictamen, mientras que entre los años 2019 y 2022 se habían formulado 16 de los 21 dictámenes existentes (Armando Andruet, 2023, 37). Pareciera que el éxito del *Código Iberoamericano de Ética Judicial* estuviera asociado, repito, más a cuestiones organizativas que a los méritos del propio Código.

A pesar de todas estas consideraciones, hay que advertir que el *Código Iberoamericano de Ética Judicial* ya ha producido algunos efectos positivos y que se puede esperar, razonablemente, que se produzcan otros igualmente benéficos con el paso del tiempo.

El primer lugar, hay que destacar la importancia que para todos estos menesteres ha tenido la cooperación internacional. Sin ella, la existencia de este *Código* no hubiera sido posible. Esta cooperación, que deja al margen consideraciones políticas o doctrinarias, debería incrementarse, aún más si cabe, en el futuro. Hay que señalar, sin embargo que, en algunas ocasiones, la cooperación internacional toma de forma de imposiciones institucionales. Sin la explícita presión internacional muchos códigos de ética no se hubieran establecido. La existencia de los códigos de conducta de la Policía Nacional y de la Guardia Civil en España, por ejemplo, fue el resultado del empuje y apremio del GRECO (Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa).

En segundo lugar, el *Código Iberoamericano de Ética Judicial* ha impactado decididamente en la confección y reproducción, con matices, de otros códigos éticos en países reacios a su adopción hasta hace muy poco tiempo. Según David Ordoñez Solís, la presencia de este código ha sido una de las motivaciones para sancionar el *Código español de ética judicial* (David Ordóñez Solís, 2019, 7).

En tercer lugar, es de esperar que un código sin sanción como éste «podría servir... para hacer que los jueces tuviesen que reflexionar sobre su propia práctica... para explicitar ciertos criterios que, de hecho, inspiran su práctica y, en consecuencia, para orientar la misma... o para facilitar (a otros) la crítica justificada de su profesión» (Manuel Atienza, 2008, 21). No se puede conocer el futuro, pero si la tendencia de la *Comisión Iberoamericana de Ética Judicial* a multiplicar sus dictámenes se mantiene constante es probable que se vean incrementados los temas tratados cuyas reflexiones puedan alumbrar el debate ético-profesional a la luz de la interpretación del propio Código. Esto dependerá tanto de la calidad de los debates como del apoyo institucional que reciban para su difusión.

En cuarto lugar, es probable que las altas instancias judiciales, o incluso jueces inferiores, mencionen el *Código Iberoamericano de Ética Judicial* para apoyar sus razones o incluso mejorar sus argumentos. Esta parece ser una de las condiciones para la vigencia efectiva del Código. Como señalan sus redactores: «Debemos ser conscientes de que, a pesar de que las constituciones establecen que todos los jueces ejercen el poder judicial, los órganos que definen las políticas judiciales juegan un papel decisivo en la administración de ese poder. Por eso, las Cortes Supremas o los Consejos de la judicatura serán factores determinantes en relación con la vigencia real de la ética judicial. Habría que esperar, por ello, un firme compromiso de estos órganos para asumir exigencias éticas contenidas en el Código» (Manuel Atienza y Rodolfo Vigo, 2006, p. 17). Hasta qué punto esto ha sucedido después de la aprobación del Código en 2006 es algo discutible. Solo a guisa de ilustración, y por analogía, el Tribunal Supremo español, en sentencia STS 403/2023, de 27 de marzo, niega cualquier virtualidad jurídica al Código de Conducta del personal de la Guardia Civil por no constituir un código disciplinario ni penal.

En quinto lugar, algo que suele pasar desapercibido. Actuar conforme al *Código Iberoamericano de Ética Judicial* puede ser utilizado por jueces y magistrados como un escudo protector frente a diversas acusaciones por mala práctica, causadas por embates políticos o prevenientes

de las fuerzas del mercado. Los propios redactores del Código lo señalan, aunque tal vez no con la suficiente fuerza al sostener: «El Código de Ética da al juez cierta seguridad en la medida en que fija cuales son las conductas éticamente correctas» (Manuel Atienza y Rodolfo Vigo, 2006, p. 3). Aquí lo útil y lo debido van de la mano. Lo prudencial se une a lo ideal y a lo moral y constituye, esto sí, un fuerte incentivo para la adopción de sus reglas.

Tres últimas consideraciones ulteriores. Los redactores del Código, y lo subraya especialmente Manuel Atienza en diversos trabajos, sostienen que las disposiciones que se encuentran en los códigos de ética al uso no pueden ser objeto de la legislación ordinaria o constitucional. Pero ello no es verdad al menos parcialmente y respecto del diseño institucional que se adopte en un código ético determinado o de los grandes principios que rigen la función jurisdiccional. Y tampoco lo es respecto de las formas que deben guardarse en la motivación. De hecho, el *Código Iberoamericano de Ética Judicial* reproduce con mayor o menor fortuna al menos algo de lo establecido, por ejemplo, en Ley de enjuiciamiento civil o penal españolas o en leyes procesales latinoamericanas.

La segunda consideración. La primera obligación de los jueces es aplicar el derecho; esto es, decidir las controversias que conocen en virtud de su competencia conforme a lo establecido por el derecho. Pero puede suceder que lo regulado jurídicamente contradiga algún principio o disposición del *Código Iberoamericano de Ética Judicial*. En tal caso, el juez debe aplicar el derecho.

La tercera consideración. Uno de los efectos colaterales negativos que puede tener un código de esta naturaleza es poner el acento en la figura individual del juez. Se trata de que los jueces sean excelentes, también en apariencias. Pero así se centra la responsabilidad por el ejercicio de la función jurisdiccional en los comportamientos individuales y no en los diseños ni en los recursos institucionales. Se produce, de este modo, una huida de las cuestiones sistémicas hacia las individuales, sesgando indebidamente el ángulo de los debates.

Por ese motivo, conviene señalar enfáticamente que reclamar mejores condiciones materiales y humanas para el ejercicio de la función jurisdiccional es compatibles con las exigencias del *Código Iberoamericano de Ética Judicial*; es más, sin una infraestructura adecuada alcanzar logros de excelencia profesional se antoja sumamente difícil.

Pero todo esto no puede hacer girar la brújula para guiarnos por meandros equivocados. Por ello, siempre es necesario recordar dos cuestiones fundamentales. La primera. No es función de los códigos de ética establecer privilegios para los jueces. La segunda. Cualquier disposición sobre el Poder Judicial debe tener en cuenta que la separación de poderes y la independencia e imparcialidad judicial constituyen exigencias a favor de los derechos de los ciudadanos y para evitar la tiranía. Lo demás resulta accesorio. Manuel Atienza lo sabe de sobra.

REFERENCIAS

Andruet, Armando, (2023), «Comentario al Primer Dictamen, del 20 de agosto de 2014, de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial sobre: ¿La pertenencia de integrantes de la judicatura a logias masónicas, en el Paraguay, vulnera principios del Código Modelo Ibe-

- roamericano de Ética Judicial?», *Comentarios a los dictámenes de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial*. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura.
- Atienza, Manuel, (1999), *La guerra de las falacias*. Alicante: Editorial Compas.
- Atienza, Manuel y Rodolfo Vigo, (2006), *Presentación del Código Iberoamericano de Ética Judicial*. Publicación original contenida en Código Iberoamericano de Ética Judicial, La Ley, Buenos Aires.
- Atienza, Manuel, (2006), *Reflexiones sobre ética judicial*. México: Suprema Corte de Justicia, 2008.
- Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial*. Buenos Aires: La Ley.
- De Michelli, Roberto, (1998), *Los códigos de ética en las empresas*. Buenos Aires: Granica.
- Roos, Stefanie Ricarda y Jan Woischnik, (2005), *Códigos de ética judicial. Un estudio de derecho comparado con recomendaciones para los países latinoamericanos*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung.
- Ordóñez Solís, David, (2019), «La interpretación institucional de la ética judicial en Iberoamérica y en España», *Diario LA LEY*, nº 9358, de 14 de febrero.

MANUEL ATIENZA: SU CONCEPCIÓN INNOVADORA DE LA ÉTICA PROFESIONAL DE LOS JURISTAS

ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO

Universidad de Sevilla

1. UNA CONCEPCIÓN NOVEDOSA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

En la producción bibliográfica del profesor Manuel Atienza, dilatada en su extensión y densa en su calidad, destaca su libro *Filosofía del Derecho y transformación social* (Atienza, 2017) obra que revela la madurez del pensamiento y plenitud intelectual de su Autor. Este libro constituye un síntoma ejemplar de los nuevos modos de entender y elaborar la filosofía jurídica. Las iniciativas científicas del profesor Atienza, han sido del mayor provecho intelectual para el progreso de la Filosofía del Derecho. Entre ellas, cabe aludir a la circunstancia de haber sido fundador y director de la Revista *Doxa*, que es hoy un órgano de expresión y comunicación, del máximo prestigio y de lectura indispensable para cuantos deseen conocer el sentido actual de la cultura jurídica. Asimismo, se debe a su iniciativa la organización del Curso de doctorado sobre *Teoría de la Argumentación*, que representa un sólido y reputado espacio para el desarrollo de la actividad investigadora en esa materia. Gracias a esas iniciativas científicas se ha dilatado el horizonte cultural de nuestra Filosofía del Derecho, al situarla en la ruta de las principales corrientes internacionales del pensamiento teórico y filosófico sobre el Derecho y al proyectar a otras latitudes las principales tendencias iusfilosóficas de nuestra hora presente.

La obra científica del profesor Atienza es relevante y dilatada. El libro, que da pauta a estas reflexiones, puede considerarse como el compendio y culminación, hasta el presente, de su concepción iusfilosófica y viene a completar la otra faceta fundamental de su quehacer intelectual, consagrada a sus estudios sobre la argumentación jurídica, que fueron integrados en su *Curso de argumentación jurídica* (Atienza, 2013).

El libro de Atienza revela una importante erudición y una erudición de lo importante. Los Capítulos que lo conforman recogen las aportaciones bibliográficas más relevantes en cada una de las materias estudiadas y, al propio tiempo, la elección de esas materias revela la aguda sensibilidad del Autor para captar los nudos de interés más actuales y decisivos en el panorama presente de la Teoría y Filosofía del Derecho. La nómina de las distintas cuestiones abordadas en el libro corrobora este aserto. La indagación sobre la idea actual del Derecho, la defensa de la filosofía del Derecho como filosofía «regional», el giro argumentativo en la teoría del Derecho contemporánea, la crítica al positivismo jurídico y al neoconstitucionalismo y, al propio tiem-

po, la defensa de un constitucionalismo postpositivista, el análisis de la ponderación y el sentido común jurídico, la dogmática jurídica como tecno-praxis, el objetivismo moral y su proyección al Derecho y la contribución iusfilosófica a la transformación de la sociedad, suponen una revisión atenta y sugerente de los principales problemas abiertos y debatidos en la cultura jurídica actual. Esos temas son planteados y estudiados, concienzudamente, en el libro de Manuel Atienza.

Todos esos argumentos son merecedores de la mayor atención intelectual. No obstante, ha movilizad mi interés preferente el amplio Capítulo que versa sobre la Ética de las profesiones jurídicas. Por ello, mi comentario se centrará en la estimación crítica de los planteamientos que avanza el profesor Atienza respecto a esta debatida problemática.

2. LA ÉTICA PROFESIONAL: EL TEMA DE NUESTRO TIEMPO

Parafraseando el título del libro de José Ortega y Gasset, *El tema de nuestro tiempo* (Ortega y Gasset, 1983: vol., 3, 143 ss). podríamos decir que la ética y la deontología profesional constituyen hoy el tema de nuestro tiempo. Manuel Atienza, intelectual alerta, atento a captar los signos caracterizadores de nuestro presente, advierte la actualidad que hoy adquiere el estudio de la ética en el ejercicio profesional de las más diversas actividades.

Dícenos al respecto Atienza, que, en las últimas décadas, ha adquirido notable relevancia el estudio de 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...

Entre las razones que aduce para justificar ese interés, figuran: el *pragmatismo*, entendido como la exigencia de que las cosas, también la ética, sirvan para algo y tiendan a resolver determinados problemas. En segundo término, alude a la *complejidad* creciente de las profesiones, que hace necesario aunar la preparación técnica con determinados deberes éticos. El ejercicio profesional no se agota en el desarrollo de determinadas pautas instrumentales, sino que obliga a justificar los fines y medios de esa actividad. La técnica no es suficiente, por sí misma, para satisfacer las exigencias de los distintos quehaceres profesionales. Por último, hace referencia a la *desorientación* que, en la vida contemporánea, suscitan su problematismo y constante cambio, lo que dificulta saber que significa ahora ser un *buen* médico, un *buen* profesor o un *buen* jurista. En este último supuesto, la idea de «bondad» podrá predicarse de los distintos profesionales del derecho: jueces, fiscales, abogados, notarios, procuradores...

Atienza plantea una doble dimensión de la ética jurídica: como teoría de la justicia y como deontología jurídica o ética de las profesiones jurídicas. A partir de su concepción, el Derecho aparece como una práctica social, por lo que para su conocimiento resulta indispensable analizar los comportamientos de quienes protagonizan esa práctica. El estudio empírico de esa práctica constituye el objeto de la sociología jurídica, en tanto que la ética jurídica no atiende a la descripción de esos comportamientos, sino a establecer cómo deben ser realizados para ser correctos.

La ética, en cuanto disciplina crítica, no se ocupa de las acciones que de hecho realizan las personas, porque su finalidad versa en establecer unos determinados modelos o prescripciones

de conducta. Por ello, la ética jurídica asume como su tarea principal, la prescripción de los comportamientos jurídicos correctos, es decir, de cómo deben comportarse quienes ejercen las distintas profesiones jurídicas: jueces, fiscales, abogados, notarios, registradores, procuradores... (Atienza, 2017: 221 ss.).

El enfoque de los motivos de la actualidad y sentido, de la ética profesional, que nos propone Atienza, me parece claro y clarividente. Con ánimo de completar su perspectiva sobre las causas que justifican el interés actual sobre esta materia, estimo que podrían añadirse a las tres que aduce, otras dos que también reflejan la inquietud social por las proyecciones de la ética a la actividad profesional: la inseguridad y la corrupción.

Es la nuestra una época en la que el síndrome de la *inseguridad* se halla instalado en casi todos los ámbitos del vivir social. La inquietud cívica generada por la cultura de la postverdad y por la galaxia digital, en la que muchas realidades virtuales enmascaran la ausencia de una auténtica realidad, se ha traducido en una aspiración de autenticidad hacia los distintos roles profesionales. La ciudadanía aspira a que los distintos profesionales cumplan con corrección, es decir, de conformidad con sus deberes éticos, las actuaciones inherentes a su profesión. Hace algunos años el sociólogo alemán Ulrich Beck (Beck, 2008), definió a las sociedades actuales como «sociedad del riesgo». Ese riesgo y esa inseguridad suponen una llamada de atención sobre la exigencia de que quienes desempeñan tareas profesionales, lo hagan desde lo que socialmente se espera que sea un ejercicio éticamente correcto de las mismas.

En relación con la situación anterior, aparece el ominoso fenómeno de la *corrupción*, que representa un cáncer para la convivencia de las sociedades políticas. En la lucha contra las diversas formas de corrupción que se producen en la actividad de las más diversas profesiones y que adquiere un carácter especialmente grave en la esfera de los profesionales del Derecho, la apelación a la ética reviste una justificada intensidad y actualidad.

De cuanto nos dice Atienza, en relación con la relevancia actual de la ética para la actividad profesional, cabe inferir su «indispensabilidad». La ética es hoy la garantía más eficaz de un desempeño socialmente correcto de las distintas labores profesionales.

3. SOBRE LA PROYECCIÓN DE LA ÉTICA AL EJERCICIO PROFESIONAL DE JUECES Y FISCALES

En opinión de Manuel Atienza, se dan hoy causas que justifican un interés peculiar por la deontología judicial. Es motivo del mismo un factor subjetivo, que afecta a la estructura plural que hoy reviste la judicatura de las sociedades democráticas, lo que determina que quienes desempeñan la tarea de juzgar conformen un colectivo diferenciado por su origen social, ideologías o género, frente a la homogeneidad del estamento judicial de épocas anteriores. Esta circunstancia hace que los conflictos de tipo ético que tiene que juzgar 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 causa 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, a juicio de Atienza, parece estar ligado, al menos, a estos dos motivos. Por un lado, a la evolución del Derecho en las últi-

mas décadas de acuerdo con el modelo de lo que suele llamarse «constitucionalismo». Esa concepción se caracteriza, como uno de sus rasgos distintivos, por la importancia que otorga a los principios y los valores constitucionales, lo que inevitablemente comporta que los jueces deban 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. Ese poder creciente de los jueces se halla 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. 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, 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 garantes de los derechos.

Advierte Atienza, que 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 prescripciones. El buen juez no es simplemente el que cumple con las normas jurídicas y no incurre 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. No obstante, estima Atienza, que no está justificado optar por una de esas dos concepciones en detrimento de la otra, puesto que, como sostiene el Autor, no parecen posturas irreconciliables, sino más bien complementarias. El cumplimiento de los deberes éticos del juez resulta facilitado, si se apoya en las virtudes que caracterizan 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). 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.

Entre las virtudes propias del juez, se puede aludir a su capacidad argumentativa, su conocimiento del Derecho, su buen juicio, perspicacia, prudencia, sentido de la justicia, valentía, altura de miras y humanidad.

De esta relación de virtudes judiciales, que no debe ser considerada como un elenco cerrado, se infiere 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 sólo— en el sentido que hoy atribuimos a esta expresión, sino en el de la

frónesis aristotélica. Para Aristóteles 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.

Manuel Atienza se muestra decidido partidario de la elaboración de un código deontológico para la judicatura. Sale al paso de las reticencias de quienes estiman que ello podría dar lugar a la imposición de unos determinados valores ético-religiosos, que limitarían la autonomía del juez, y de quienes, a partir de un positivismo legalista, entienden que la ética judicial se regula y agota en las normas que regulan el ejercicio de la judicatura, o de quienes, a partir de un relativismo ético, muestran su decidido escepticismo ante cualquier código ético judicial.

Frente a esas actitudes, defiende Atienza las buenas razones para que la judicatura cuente con un código ético. Dicho código permitiría 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 no son sólo 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 regulan (con sanciones) los comportamientos judiciales que suponen no haber cumplido con lo estrictamente debido. De manera que, en palabras de Atienza, «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» (Atienza, 2017: 232).

El profesor Atienza, incluye en su ensayo una célebre anécdota, que resulta muy ilustrativa para el desarrollo de su planteamiento de la ética judicial. Dicha anécdota 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 en seguida oyó los gritos de Hand que, en un arrebatado 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 tantos juristas) y no sólo 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, que nos ofrece Atienza, 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, las consideran seguramente justas, pero simplemente porque se han producido siguiendo los cauces señalados por el Derecho. Desde esta perspectiva iuspositivista, la justicia sería un valor al que se apela o inspira el momento de crear las normas, por tanto, algo que atañe al legislador, pero que no afecta a la interpretación y aplicación del Derecho.

Esta actitud puede también predicarse 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. Para Atienza, la postura ética del Ministerio Fiscal incide de lleno en la *vexata quaestio* de la contraposición entre iusnaturalismo y el positivismo jurídico. A partir de ese enfoque, Atienza formula algunas precisiones con las que trata de evidenciar su postura:

- 1^a) En su opinión, no ser partidario del positivismo jurídico, como es su caso, no significa aceptar el Derecho natural. Porque entiende que el Derecho es una creación humana, un producto histórico y social. Cuando se plantea la alternativa entre ser iusnaturalista o iuspositivista, se está incurriendo, para Atienza, en el paralogsimo de la falsa contraposición.
- 2^a) Atienza, se define como postpositivista. Su crítica al positivismo, no le lleva a 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 opinión de Atienza, 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^a) Nos dice Atienza que el Derecho —esta es la tesis postpositivista o constitucionalista básica— no es sólo 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^a) Añade también Atienza, que 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.

Para corroborar sus tesis, Atienza nos recuerda: «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 éstos 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» (Atienza, 2017: 239).

Manuel Atienza, trae a colación las ideas escépticas de algunos representantes del Ministerio Fiscal, para quienes 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 una sociedad democrática la exigibilidad de virtudes específicas de los fiscales, deben quedar reducida a lo que establece la ley, excluyendo pautas de comportamiento privadas, diferentes de las prescripciones legales profesionales. Atienza sale al paso de estas reticencias críticas respecto a la deontología del Ministerio Fiscal, e indica que la razón de ser de las normas deontológicas para las profesiones jurídicas dimana de que dichas normas no tienen por objeto reglamentar jurídicamente cierto tipo de comportamientos, sino de regularlos en una forma que no cabe dentro de los moldes del Derecho oficial, porque no son propiamente reglamentaciones jurídicas, sino morales, aunque sea frecuente hablar al respecto de «códigos». Si no pueden consistir en reglamentaciones propiamente jurídicas es porque con las mismas no se trata 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 jurídica como es la de los fiscales.

Admite Atienza, que en algunos códigos deontológicos de jueces y fiscales pueden deslizarse contenidos ideológicos, prejuicios y pretensiones corporativas, contrarias a los principios de una ética universalizable. No obstante, esos riesgos no tienen la entidad suficiente como para una descalificación global de los códigos éticos para jueces y fiscales, que son necesarios para establecer el desempeño moralmente correcto de esas profesiones.

Surge entonces un problema insoslayable: ¿Quiénes pueden considerarse expertos en ética y deontología profesional? Atienza responde a esa importante cuestión, a partir de una metodología analítica, que le conduce a establecer algunas distinciones. A partir de dicho enfoque advierte que en los códigos deontológicos de jueces y fiscales existen factores de carácter descriptivo y normativo. Los primeros, constituyen deberes profesionales que son propios de cada una de las modalidades del ejercicio de la judicatura o la fiscalía. En ello, son expertos quienes experimentan dichas pautas de actuación. De ahí, que un fiscal o un juez sea mejor experto en el conocimiento de esos deberes, que un profesor de ética o un iusfilósofo. Junto a esos elementos descriptivos, los códigos deontológicos contienen unas reglas normativas, que representan proyecciones de la ética sobre ese ámbito profesional. En esas proyecciones generales de la ética, sí son expertos los éticos y los filósofos del Derecho.

En lo que atañe a esa dimensión normativa de los códigos deontológicos, Atienza distingue entre las teorías de la ética en deontológicas y teleológicas. Las primeras como la concepción de Kant consideran que lo «correcto» es el fruto del cumplimiento del deber. El segundo tipo de teorías morales como el utilitarismo de Bentham, invierte las cosas, las prio-

ridades: lo correcto es lo útil, lo que uno debe hacer es aquello que produzca las mejores consecuencias.

La otra distinción, a la que alude Atienza, es la que permite diferenciar las teorías normativistas de la ética, de las concepciones de la ética basadas en la virtud. Las primeras tratarían de contestar a la pregunta de qué debe uno hacer para comportarse de manera éticamente adecuada, cuáles son nuestros deberes éticos. Las segundas un ejemplo notable de este tipo de concepción es la ética aristotélica tratan de contestar más bien a la pregunta de cómo construir una personalidad moral, qué rasgos de carácter —qué virtudes— son los que debería esforzarse por adquirir el que aspira a llevar una vida buena, una vida moral. Estas distintas versiones de la ética no son, según nos dice Atienza, incompatibles, ni excluyentes.

Los jueces y fiscales deben cumplir con su deber, pero deben también ser sensibles a las consecuencias de sus actos. Y en lo referente a la segunda distinción, los jueces deben ser independientes y los fiscales imparciales, y hay virtudes, como el valor, la honestidad, etc. que, si se poseen, contribuyen efectivamente a que los jueces cumplan con sus deberes de independencia y los fiscales con los de imparcialidad.

El enfoque que nos ofrece Manuel Atienza sobre el significado y contenido de los códigos deontológicos de los jueces y fiscales me parece clara y provechosa. De cuanto hasta aquí se lleva expuesto, se infiere que su planteamiento ha sabido captar los principales nudos temáticos y problemáticos que inciden en la conducta ética de jueces y fiscales,

4. LA ABOGACÍA COMO PROFESIÓN DE RIESGO MORAL

No parece lícito dudar de que la cuestión más debatida y controvertida de cuantas dimanan de la proyección de la ética sobre la actuación profesional de los juristas, es la que hace referencia al ejercicio de la abogacía. Sensible a esta circunstancia, el profesor Atienza dedica el apartado más extenso de su ensayo al estudio de esta problemática.

Manuel Atienza se muestra disconforme con la tesis iuspositivista en relación con la Abogacía. Su defensa del postpositivismo, le hace rechazar el postulado iuspositivista de la separación entre moral y derecho. De ahí, infiere que existen ocasiones en las que él abogado «no puede —no debe— moralmente realizar ciertas acciones, aunque las mismas no contradigan el Derecho positivo» (Atienza, 2017:273 ss.). Muestra, también, su desacuerdo con las tesis profesionalitas, que consideran que el ejercicio de la Abogacía entraña una actitud intrínsecamente inmoral o amoral.

Ambas posturas sostienen una actitud escéptica respecto al carácter inderogable de los principios morales porque sostienen la imposibilidad de que el abogado no tenga que recurrir a la mentira, a la reserva mental o a eludir la expresión de toda la verdad que conoce, cuando ello sea conveniente para la defensa de los intereses de su cliente. Atienza aclara que los valores éticos y los principios de la moral no son absolutos, sino que se trata de valores y principios *prima facie*, que pueden modularse a tenor de las exigencias y circunstancias del caso sin que, nunca afecten a lo que es el núcleo de la ética. Esta es la postura que va implícita en la teoría del «riesgo moral del abogado». Esta posición también podría ser válida para el absolutismo ético, que se halla implícito en la tesis iusnaturalista.

Crítica también Atienza otro aspecto implícito en las posiciones que juzgan intrínsecamente inmoral o amoral el ejercicio de la abogacía. Se trata de que las mismas suscitan una ruptura en la personalidad del abogado. Resulta incoherente que el letrado en el ejercicio de sus funciones pueda realizar todo tipo de inmoralidades, pero en el plano privado de su conciencia las rechace. Eso conduce a una auténtica esquizofrenia, o sea, a una fractura de la personalidad del abogado y tiene razón Atienza para considerarla inaceptable.

La teoría del riesgo moral, sustentada por Atienza, no niega el carácter parcial de la actuación del abogado, sino que trata de poner un límite moral a esa parcialidad. Dicha parcialidad, cuenta con una justificación racional: la defensa de los derechos de sus clientes, que no se podría lograr de no existir el asesoramiento legal de los abogados. 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 ni debe transgredir los principios y valores morales (Atienza, 2017:270).

5. ÉTICA PROFESIONAL DE LOS JURISTAS Y JUSTICIA

El profesor Manuel Atienza, concluye su ensayo sobre Ética de las profesiones jurídicas, con el siguiente texto, en el que se manifiesta partidario de: «una concepción no positivista del Derecho que ve en el mismo no sólo 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» (Atienza, 2017:272). Personalmente, no puedo estar más de acuerdo con este aserto, porque, en cierto modo, tiene la virtualidad de compendiar el sentido que debe asumir cualquier deontología de las profesiones jurídicas (cfr., Pérez Luño y Pérez-Luño Robledo, 2022: 47 ss.).

Mérito incuestionable del ensayo aquí comentado, es el designio resuelto de su Autor a ver claro y a proponer una argumentación clara de un tema, como la ética profesional de los juristas, que, en tantas ocasiones, se ha visto ofuscado por exposiciones grandilocuentes y superficiales, carentes del menor sentido crítico y de cualquier conexión con la realidad. Atienza capta los principales problemas morales, que inciden en el ejercicio de las profesiones jurídicas y propone para ellos pautas de orientación, siempre dirigidas al combate por la justicia en una sociedad democrática.

Mi conformidad esencial con cuanto Manuel Atienza expone en su trabajo, no me exime de plantear aquí algunas observaciones, que más que críticas quieren ser estímulos para que persevere en la indagación de la problemática que en este trabajo aborda.

En primer término, me parece advertir una cierta discontinuidad entre la primera parte de su estudio, donde expone un cuadro muy completo de las distintas modalidades y concepciones de la ética, en relación con los deberes de jueces y fiscales, sin que la mayor parte de esos mate-

riales tengan luego reflejo en el análisis de la actuación profesional de los abogados. Quizás fuera deseable que el mapa de teorías éticas, dibujado en la primera parte, sirviera de guía para conformar el modelo ideal del abogado.

No me siento inclinado a suscribir la tesis sustentada por Atienza según la cual la virtud que corresponde al juez es la independencia, mientras que la propia de los fiscales es la imparcialidad. Estimo, por el contrario, que la independencia y la imparcialidad son dos virtudes inherentes a la actuación del buen juez. El fiscal es una de las partes del proceso y, por tanto, su actitud es siempre «parcial», aunque se trate de una parcialidad encaminada a la defensa del interés público. Al fiscal le corresponde la defensa de los grandes valores, principios y derechos constitucionales en el Estado de Derecho. Es cometido del fiscal asumir y maximizar la defensa de esos intereses, aunque, en virtud de sus deberes éticos, en su actuación como parte del proceso, no puede incurrir en falsedad, en argumentaciones falaces o en artimañas procesales que impidan la resolución correcta del proceso.

Manuel Atienza prima su interés por el estudio y propuestas sobre los códigos deontológicos de los jueces y fiscales. Se echa de menos que dedique ese mismo interés en lo referente a los códigos deontológicos de los abogados, que tienen peculiaridades propias en las que se manifiestan problemas y dilemas éticos, que revisten especial enjundia.

Por último, Atienza, se adscribe a una posición teórica postpositivista, uno de cuyos ingredientes básicos es el constitucionalismo. De ahí, que hubiera sido de gran interés que su tesis sobre la deontología de los abogados, como profesión de riesgo moral, se hubiese enfocado *sub specie constitutionis*, es decir, que esa tesis se hubiese asumido y se hubiera puesto en relación con los valores constitucionales y los derechos fundamentales del Estado de Derecho.

En cualquier caso, estas propuestas teóricas no son sino sugerencias marginales, que en nada inciden en la valoración decididamente positiva que esta obra me merece. Pienso, que, por tratarse de una temática actual, abierta y controvertida, a los argumentos avanzados por Atienza se opondrán otros y que no faltarán criterios dispares para enfocar estas cuestiones. Pero ello, no hará sino subrayar la importancia incuestionable que asume la ética en el ejercicio de las profesiones jurídicas, para las que no puede ser concebida como un lujo o un ornamento, sino como una necesidad para todo jurista que quiera desarrollar su actividad de forma consciente y responsable.

REFERENCIAS

- ATIENZA, M. (2017), *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid.
- ATIENZA, M., (2013) *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid.
- ORTEGA Y GASSET, J., (1983), «El tema de nuestro tiempo», en *Obras Completas*, Alianza Editorial & Revista de Occidente, Madrid.
- BECK, U., (2008), *La sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida*, trad. cast., Paidós, Barcelona.
- PEREZ LUÑO, A.E. y PEREZ-LUÑO ROBLEDO, E. (2022), *Deontología y Abogacía*, Tirant lo Blanch, Valencia.

APUNTES DE ÉTICA PROFESIONAL: ESPECIFICIDAD, IMPORTANCIA Y ACTUALIDAD (EN HOMENAJE A MANUEL ATIENZA)

RODOLFO L.VIGO

Universidad Nacional de Litoral (Argentina)

Recuerdos y justificación. Dudé mucho acerca de cuál artículo escoger para el libro proyectado en homenaje de Manuel Atienza. Finalmente, descarté un trabajo estrictamente iusfilosófico sujeto a ciertos cánones de exigencias académicas habituales, y opté por unos apuntes escritos hace unos años referidos a la «ética profesional». Estimé que dicha elección podía justificarse fácilmente recordando la provechosa experiencia que tuve cuando a fines del 2004 la Cumbre Judicial Iberoamericana nos convocó a Manolo y a mí para que redactáramos un Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica. Trabajamos durante todo el año 2005, bajo cierta supervisión de una Comisión de Ministros de Cortes Supremas a los que íbamos rindiendo cuentas trimestralmente de nuestros avances. Si bien ya conocía a Manolo, los contactos que habíamos tenidos eran muy esporádicos y en acontecimientos académicos aislados y circunstanciales. Pero a lo largo de aquel año comprobé que además de sus evidentes capacidades académicas, se trataba de alguien que practicaba un diálogo auténticamente racional, en tanto lo acompañaba con las exigencias éticas indispensables, como por ejemplo asumir que nuestros intercambios tenían como objetivo encontrar la respuesta verdadera o correcta a la pregunta en debate, y consiguientemente, estaba implícita la rectificación de opiniones o puntos de vistas sustentados inicialmente. También descubrí que junto al rigor académico contaba con la saludable capacidad de hablar de la vida en general y de asombrarse y reír por temas alejados de su especialidad académica. En el 2006 el Código fue aprobado y ello generó un pretexto para varios encuentros personales posteriores potenciando la relación generada en aquel trabajo en común, no obstante nuestras diferencias iusfilosóficas. Me sumo con gusto a este libro de homenaje con un artículo muy ligero, pero sobre un tema que nos brindó varias horas de encuentros y fructíferos diálogos en terrenos diversos.

1. El origen de las profesiones. El origen de las profesiones se vincula a la existencia de problemas y necesidades que aparecían en la sociedad, y que para atenderlos o cubrirlas, se fueron identificando personas que contaban con ciertas idoneidades o capacidades a esos fines. De ese modo, frente a los problemas de salud, se recurrió a aquellos que la experiencia demostraba contar con los conocimientos y aptitudes suficientes como para solventarlos exitosamente, de esa manera aparecieron los primeros médicos. Las necesidades en materia de construcciones no

cualquiera podía cubrirlas, sino solo algunos eran capaces de lograr levantarlas como para habitarlas satisfactoriamente, y así la humanidad fue teniendo los primeros arquitectos. También la humanidad tuvo que enfrentar desde sus orígenes problemas jurídicos, o sea discusiones y enfrentamientos sobre lo que le correspondía a cada uno y a la sociedad, hasta que aparecieron los primeros juristas capaces de dialogar aduciendo argumentos como para que algún tercero imparcial pusiera término a los debates, decidiendo a favor de uno de los contendientes.

Más allá de la exactitud temporal e histórica de la descripción precedente, lo que parece claro es que la constitución de las tradicionales y universales profesiones, tiene conexión con tres elementos decisivos que queremos poner de relieve. En primer lugar, las profesiones se generaron no caprichosamente, sino para atender a alguna necesidad de la población, por eso su ejercicio aportaba un bien a la misma, en tanto le proporcionaba el beneficio de la salud, la vivienda, la justicia, etc. La actuación del profesional cubría una necesidad social o proporcionaba la solución de un problema real a los ciudadanos, de modo que gracias a su actuación se lograba un beneficio. En segundo lugar, el carácter de profesional no fue adjudicado caprichosamente, más bien era el resultado racional de constatar ciertas aptitudes cognoscitivas o manuales como para afrontar y resolver el problema que le traían los ciudadanos. De algún modo fue la sociedad la que confería aquél título que lo habilitaba como para ejercer esas capacidades beneficiosas. En tercer lugar, el profesional quedaba investido de un cierto privilegio o poder sobre aquellos que atendía, dado que su respuesta implicaba dirigir o imponer su decisión u opinión a los que requerían sus servicios. El profesional quedaba diferenciado del resto de los ciudadanos, en tanto terminaba obteniendo un cierto privilegio o monopolio a la hora de requerirse los servicios en materia de salud, arquitectura, derecho, etc.

A la luz de las características indicadas, es posible concluir racionalmente que, en el origen de las profesiones se conjuga una dimensión ética: el objeto de su ejercicio era proporcionar un bien; una dimensión democrática: la sociedad directa o indirectamente confiere ese título; una dimensión racional: el título se justifica en la idoneidad respectiva que posibilita la provisión de un beneficio o bien; y finalmente, una dimensión de poder de la que queda investido el profesional. Pero junto a esas cuatro dimensiones constitutivas querríamos destacar una quinta vinculada a las regulaciones que acompañaron desde su inicio a las prestaciones profesionales, en tanto la sociedad no se desligó de las mismas una vez conferido el reconocimiento de profesional, sino que arbitró una serie de reglas cuyo objeto era la actividad profesional, en orden a lograr la correcta prestación y la consiguiente responsabilidad. En efecto, a tenor de los resultados obtenidos, fácil era ir constatando y distinguiendo entre el malo, el mediocre o el excelente profesional, y consiguientemente atribuir sanciones o reconocimientos. Precisamente estas reglas del comportamiento profesional fueron establecidas desde el derecho y desde la moral o ética, por ende sus violaciones suscitaban responsabilidades y sanciones de uno y otro tipo. En síntesis, podemos concluir que ese poder que la sociedad ponía en manos de los profesionales, era acompañado de reglas en su prestación, a los fines de procurar que la misma resulte correcta, incluyendo no solo sanciones, sino también el reconocimiento social para aquellos que los prestaban de una manera particularmente exitosa o generosa.

Reforzando la aludida y constitutiva dimensión ética de las profesiones, podemos traer a colación las consideraciones efectuadas por A.Cortina cuando, glosando la obra «Tras la virtud»

de A.MacIntyre, destaca el sentido teleológico que anima a ciertas actividades sociales (donde podríamos ubicar a las profesiones). Precisamente esa finalidad se asimila a un «bien interno» a las mismas que constituye su razón de ser y justificación (el docente enseñar, el jurista la justicia, el médico la salud, etc.), pero al mismo tiempo esas actividades posibilitan la obtención de ciertos «bienes externos»: dinero, prestigio y poder, y la «corrupción» se da cuando esa actividad sólo se presta para obtener los bienes externos sin importar los bienes internos, de ese modo la actividad queda corrompida y deslegitimada.

Por supuesto —insistamos— que las consideraciones precedentes no pretenden ser una descripción histórica real del origen de las profesiones, sino una reconstrucción racional, quizás algo edulcorada aunque con algún sustento en la realidad, con la pretensión de poner de relieve algunas notas constitutivas de lo que hoy consideramos a un profesional.

2. Ética, moral o deontología profesional. Esos tres términos compiten en el terreno de las profesiones cuando se quiere hablar de regulaciones no jurídicas. Sin embargo, tenemos reparos respecto al término «deontología», no sólo por su anclaje originario en la filosofía utilitarista de Jeremías Bentham (en su libro póstumo «Deontology or the Science of Morality»), sino porque su etimología remite al deber («deonto» en griego es deber), y pensamos que la ética o moral tiene que ver con la adhesión racional y voluntaria a exigencias sobre las conductas, cuyo atractivo se apoya en los bienes a los que se orienta el cumplimiento de esas exigencias —fundamentalmente positivas, aunque también hay negativas—. En realidad en la ética, lo fundamental es el fin capaz de generar obligaciones, en la medida que al sujeto lo atraiga suficientemente como para moverlo voluntariamente; pues un deber impuesto sin adhesión voluntaria, en razón de los beneficios o bienes que se generarán, no satisface plenamente lo que reclama la ética o moral. En la ética o moral lo prioritario es el bien procurado, siendo el deber lo secundario o subsidiario. Cómo lo ha dicho de mil formas Aranguren, el hombre es constitutivamente moral, y la moral le viene de «adentro», y reproduciendo a Zubiri escribe: «el hombre está ob-ligado al deber porque está ligado a la felicidad. La 'ligación' es natural; la 'ob-ligación', en cierto modo, también». El derecho sí podría ser asimilado a «deontología» porque ahí lo decisivo es cumplir con los deberes establecidos por las reglas jurídicas, y resulta irrelevante la intención que acompañe esos comportamientos, incluso —como es suficientemente sabido— el reconocimiento de cumplir un deber jurídico con intención injusta o sólo por el temor a la sanción, no afecta a dar por satisfecho el pleno cumplimiento de ese deber sin generar ningún reproche jurídico.

En cuanto a los otros dos términos en cuestión —ética y moral— los usaremos como sinónimos, no sólo avalados por la etimología en tanto a Cicerón se le atribuye el traducir *ethos* por moral (en su obra «De Fato», pues *moralis* derivada de *mos-moris* que significa costumbre, forma de vida, modo de ser y comportamiento), sino porque en definitiva ambas reclaman voluntariedad, de modo que la intención que acompaña a las respectivas conductas resulta decisivo para el juzgamiento ético. No ignoramos que moral y ética adquieren significados diversos especialmente a partir de las observaciones de Hegel respecto a Kant, pero nos parece que las modestas pretensiones de este artículo justifican la sinonimia apuntada.

A los fines de comprender el sentido amplio que tenía la moral en el pensamiento clásico y su distinción —aunque no separación con el derecho—, puede resultar de interés recordar

con Aristóteles y Tomás de Aquino que los «deberes de justicia» (deberes morales en un sentido lato o amplio), o sea aquellos que tiene por objeto deudas sociales de uno para con otro, pueden distinguirse en dos tipos: deudas jurídicas de justicia y deudas morales (en sentido estricto) de justicia, según se puedan o no saldar y exigir su cumplimiento coercitivo; pues hay deudas que es imposible pagar totalmente (por ejemplo la contraída con los padres de los que hemos recibido el ser) y deudas que si las cumplimos por medio de la coerción no pueden ser consideradas pagadas (por ejemplo las deudas de agradecimiento). De ese modo, hay deudas de justicia o sociales que no pueden ser impuestas jurídicamente, y aquellas deudas de justicia o sociales asumidas por el derecho, pueden cumplirse sólo jurídicamente o también moralmente (en éste caso además de la conducta exigida, está presente la intención justa).

El concepto central de la ética o moral es el «bien», y su capacidad para movilizar e interpelar la razón y la voluntad del destinatario como para buscarlo por medio de las conductas pertinentes. En filosofía clásica la regla próxima de la ética es la razón que ordena el acto por medio del bien que procura, pero ella requiere de una voluntad que lo quiera. Con acierto sintetiza Aranguren tres concepciones centrales de la ética: en Sócrates la ética se asimila a saber o ciencia, por lo que el mal surge de la ignorancia; en Kant la ética se identifica con la buena voluntad que se allana a cumplir el deber por el deber mismo; y en Aristóteles la ética se funda en la prudencia y en la buena voluntad.

3. La ética y la ética profesional. Encontramos en Cicerón una caracterización de la ética que más allá de su precisión filosófica, sirve para introducirnos en esa realidad inescindible de lo humano, nos referimos cuando en «De finibus», I,64 habla de la moral como «vitae degendae ratio», es decir :«modo de conducir la vida». Es que vivir humanamente, supone inexorablemente hacernos cargo de nuestra vida para conducirla —con mayor o menor plenitud— con nuestra razón y nuestra voluntad. No podemos dejar de conducirnos, y aún resistir a esa exigencia nos condena a conducirnos. Se muestra así ese carácter constitutivo de la ética en todo miembro de la especie humana, de manera que no puede quedar al margen de la ética; no hay nadie con razón y libertad que permanezca al margen de la moral, que sea a-moral.

La ética estudia o tiene por materia primaria a los actos propiamente humanos (*actus humanis*), o sea los que a diferencia de los actos del hombre (*actus hominis*), son escogidos libre y racionalmente por la persona. Aquellos actos no resultan simplemente atribuidos a alguien, sino que responde por ellos aquél que los ha ejecutado sabiendo lo que hacía, y estando en posibilidad de no realizarlos. De ese modo, en la medida que el hombre conoció o estaba en condiciones de conocer lo que estaba haciendo, y optó por ese comportamiento, aunque podía abstenerse, estamos frente a una materia susceptible de un juicio ético. Pero en la materia de la ética además de actos también ingresan los hábitos (buenos=virtudes o malos=vicios) que generan la repetición de los actos que estudia, los que terminan facilitando la ejecución de los mismos acompañándolos con cierta satisfacción. Y también es del interés de la ética es aquella identidad, carácter, personalidad o calidad ética en la que se va constituyendo la vida de cada uno a tenor de los actos y hábitos. Recapitulando, la ética estudia y se refleja en los actos propiamente humanos, los hábitos que suscitan la repetición de los mismos y en aquella identidad que la vida asume a tenor de actos y hábitos. Destaquemos que hablamos tanto de la ética como

disciplina (ciencia) que estudia aquella materia o realidad (*ethica docens*), como también de la ética asumida en nuestra vida (*ethica utens*) conforme a la cual nos comportamos respecto a nosotros mismos (ética individual) como respecto a los otros (ética social). Todos tenemos y vivimos según una ética, aunque sólo algunos se ocupan de estudiarla.

Por supuesto que la misma materia aludida puede ser estudiada desde distintos puntos de vista, pero al que pretendemos referirnos ahora es al ético o moral. Y no hay demasiada discusión como para acordar que el concepto central de la ética es el de «bien», aunque hay diversos modos o maneras de definirlo. Escogiendo una de esas respuestas, diremos que el «bien» se identifica con cierta completitud, «florecimiento» (Finnis) o perfección que es propio de aquello que estudiamos o juzgamos. Yendo directamente al campo que nos interesa de la ética profesional, podemos señalar que ella se ocupa de los actos, hábitos y personalidad del profesional desde la perspectiva del buen profesional, o sea de aquel que cubre la prestación del servicio a otro del mejor modo posible. Sin duda que la prestación del servicio profesional de manera acabada, plena o excelente, genera de manera directa en el usuario la correspondiente satisfacción o felicidad por el beneficio recibido, pero también hay otros beneficiarios por ese servicio «bien» prestado, como la sociedad que sabe que cuenta con profesionales excelentes, los colegas, el mismo buen profesional, sus auxiliares, etc.

La ética profesional es una ética social aplicada a un servicio que alguien presta a otro en orden a lograr proveerle un determinado beneficio, por eso desde ella es posible identificar a aquellos profesionales excelentes, regulares o malos. Ese juzgamiento ético podemos verlo desde las exigencias que pesan para la «buena» prestación del servicio, o también desde el resultado beneficioso que genera la misma.

4. El derecho y la ética de las profesiones. Como ya dijimos, pesan sobre el privilegio o poder que ostentan los profesionales ciertas exigencias que buscan que el servicio se preste correctamente, pero entre esas exigencias podemos distinguir a las jurídicas de las morales. Ambas exigencias tienen en común el procurar un adecuado servicio profesional, pero más allá de ese común y genérico propósito, están diferencias marcadas que pasamos a detallar.

4.1. El derecho es de mínimos y la ética de máximos. De aquellas exigencias que la ética reconoce, el derecho asume las más graves y que por sus características son posibles de prescribir al modo jurídico. En efecto, el derecho es un «mínimo de la ética» en tanto sus mandatos son avalados por la ética, pero de todo lo que ésta pretende en orden al profesional excelente, se limita a exigir aquello que parece ser muy relevante. De ese modo, el derecho es compatible con la mediocridad profesional, dado que el no busca que el profesional alcance un nivel de excelencia, y se conforma que la prestación transite por un cauce de normalidad. En todas las profesiones es posible reconocer tres grupos: están por un lado uno pequeño conformado por aquellos que no respetan las exigencias éticas asumidas por el derecho, y por ende, que terminan en los tribunales con procesos penales. El segundo grupo es el más numeroso y está constituido por los que respetan las regulaciones jurídicas que pesan sobre el profesional, pero en su mediocridad se limitan a no incurrir en algún ilícito o violar al derecho profesional, por eso pasan por la vida profesional sin pena ni gloria. Hay finalmente un tercer grupo, cuantitativamente muy

pequeño, donde están aquellos profesionales que se entregan al servicio de un modo excelente y que logran el reconocimiento premial de usuarios y sociedad por medio de homenajes a través de, por ejemplo, monumentos o la imposición de su nombre a auditorios, aulas, calles, etc.

4.2. El derecho no es voluntario y la ética sí. El derecho, al imponer sus exigencias, no las condiciona a su aceptación por parte del destinatario, por eso es estrictamente heterónomo. Como adelantábamos, la ética requiere la voluntariedad, dado que si realizamos algo sólo por la amenaza de coerción no habrá mérito moral en nuestro comportamiento, aunque el acto genere beneficios objetivos para otros. Sin propósito consciente, falta un elemento del acto propiamente humano, que es como dijimos materia de la ética. El derecho es compatible con responsabilidades objetivas que prescinden de intenciones y circunstancias, pero la ética necesariamente acude a ellas para atribuir su mérito. Las reglas jurídicas no requieren necesariamente de la participación de sus destinatarios, aunque podemos pedirle al derecho que brinde razones como para justificar sus mandatos, pero su eficacia no se condiciona a que aquellas logren convencer al destinatario. La voluntariedad de las reglas morales, por ejemplo los Códigos de Ética profesional, hace que resulte muy importante la participación de sus destinatarios a la hora de establecer sus deberes.

4.3. El derecho juzga actos plenamente realizados, la ética se interesa también por intenciones. Sin perjuicio de las coincidencias que pueden verificarse con el punto anterior, queremos destacar que mientras no haya acto objetivamente ejecutado, no hay posibilidad de atribuir o juzgar responsabilidades jurídicas, de modo que si un juez estuvo a punto de vender una sentencia pero no lo hizo porque entendió que el riesgo era muy alto, el derecho nada tiene para juzgar. Sin embargo, para la ética esa situación del juez ambicioso arrepentido es de enorme preocupación y atención. Incluso en el juzgamiento ético no sólo no puede prescindirse de las intenciones, sino que la calidad ética del acto puede variar según las mismas. Reconstruyendo un dicho popular, podemos decir que el «infierno jurídico» está plagado de buenas intenciones, aunque en el «cielo ético» están sobre todo aquellos que obran con las mismas.

4.4. El derecho se preocupa por lo que pasó, la ética por lo que sigue. La mirada típica del jurista es hacia atrás (*ex post facto*), hacia lo que pasó, en orden a determinar si la conducta en cuestión infringe o no una cierta norma jurídica. Mientras que la mirada ética, en tanto discurso racional que busca convencer, está interesada en no sólo lo que ocurrió, sino esclarecer como sigue la persona en cuestión. Así por ejemplo, en una relación de confianza, como la propia de la amistad, el amigo intentará comprender qué es realmente lo que ocurrió, pero sobre todo estará interesado por saber cómo sigue la relación, si puede seguir considerándolo amigo a aquél que incurrió en una falta a la amistad; por eso actitudes como arrepentirse, pedir perdón o una nueva oportunidad, resultan decisivas respecto al ofendido. A éste le preocupa si el amigo seguirá siendo considerado tal, o si por el contrario ha dejado de serlo para el futuro. Estas consideraciones relacionadas con la disposición o propósito del acusado para el futuro, resultan irrelevantes en términos estrictamente jurídicos.

4.5. El derecho apela típicamente a sanciones, la ética auspicia reconocimientos. El modo típico con el que el derecho exige es por medio de la amenaza de alguna sanción o perjuicio que se le impondrá al que infringe la regla. La pedagogía del derecho apela a las sanciones, por eso aunque los deberes jurídicos se acompañen de razones justificatorias, ellos tienen presente a los protervos que no se allanan voluntariamente a cumplirlos. La ética puede prescindir de sanciones al modo de las jurídicas (lo apropiado pueden ser reproches públicos o privados), pero es impropio que margine los reconocimientos, dado que se trata de la justa retribución respecto de aquel que cumple el servicio sin mediocridad y con una entrega y calidad superior. Así como la conformidad con el derecho no justifica premios dado que es un mínimo, el cumplir los máximos reclamados por la ética no sólo parece de justicia el reconocerlo, sino que de ese modo se aporta a la ejemplaridad que inspire seguimientos en otros. Una sociedad sin modelos a seguir está —parafraseando a Ortega— «baja» de moral o «desmoralizada» y, ello también influirá en el seguimiento del derecho, dado que una «alta» moral social repercute favorablemente en la eficacia del derecho.

4.6. El derecho juzga actos, la ética también hábitos. El objeto del derecho son conductas que son juzgadas si cumplen o violan lo prescripto por las reglas jurídicas, más allá de los hábitos que acompañen a las mismas. Por eso resulta irrelevante si esa conducta antijurídica es habitual, pero en la ética se estiman importantes los hábitos —buenos y malos— dado que ellos hacen fácil los actos respectivos, suscitando la satisfacción por realizarlos, y además, las virtudes son una pieza clave de la vida moral a la hora de confiar en el juicio moral en el hombre de «buen vivir». Por eso se entiende que la ética se preocupa por la adquisición de esos hábitos dado que —apelando a la metáfora aristotélica— «una golondrina no hace verano», pero tampoco el invierno deja de serlo por una golondrina y todos tendrán que abrigarse o tener al alcance de la mano la ropa adecuada para el frío. La moral pide actos objetivamente buenos, pero también pretende que vayan acompañados de habitualidad, porque esta «segunda naturaleza» (como diría Aristóteles) facilita cumplimientos y discierne mejor.

4.7. Las consecuencias jurídicas son más acotadas que las éticas, En el juzgamiento jurídico lo decisivo son los protagonistas implicados en el caso jurídico en cuestión y, por supuesto que siempre serán importante las consecuencias, pero no pueden marginarse las regulaciones jurídicas. También corresponde destacar que a la hora de establecer dichas normas, la finalidad procurada será central o focalmente el bien común o interés general. La perspectiva ética es mucho más amplia y compleja, en tanto hay que hacer un balance integral de los beneficios y perjuicios de todos los intereses comprometidos en el acto bajo análisis, así por ejemplo en ese comportamiento judicial en donde aparece comprometida la imparcialidad, para el juzgamiento ético habrá que ver qué y cuánto afecta a las partes, a sus abogados, a los colaboradores del juez, las repercusiones sociales, la solución prevista en el derecho vigente, etc. Es ése balance final el que resulta decisivo, por supuesto que ello no implica casuismo, pero implica recordar con Aquino la relevancia que tiene en la prudencia la experiencia que proporciona el tiempo y que es más importante conocer las circunstancias del acto que las exigencias generales.

4.8. Los deberes jurídicos son más determinados que los éticos, La seguridad jurídica es un valor que se auspicia del derecho, y a esos fines de la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de lo que haremos, el ciudadano necesita saber anticipadamente qué conductas están prescriptas, prohibidas o permitidas. A servir ese objetivo se orienta la promulgación de las reglas jurídicas brindándosele al destinatario la posibilidad de conocer su contenido. Sin embargo, en el caso de las exigencias éticas ellas siempre dejan mucho más impreciso o indeterminado lo que mandan, esto mismo de algún modo, puede verse al hilo de la distinción entre reglas y principios postuladas por autores como Alexy, pues las reglas son «mandatos definidos» mientras que los principios son «mandatos de optimización» o «contenido moral y forma jurídica», y por ende, dejan espacio para que en base a las posibilidades fácticas y jurídicas se vaya determinando en concreto lo prescripto para el caso. Los principios son moral concentrada (o también derecho o respuestas jurídicas en potencia) que luego corresponde actualizarla o determinarla a tenor de las circunstancias fácticas en juego.

4.9. En el juzgamiento jurídico no es decisiva la autoridad ética del juzgador, pero en el juzgamiento ético sí lo es. En el campo del derecho la autoridad del que juzga se satisface por medio de lo que al respecto ordenan las mismas normas jurídicas, por ende, quien está investido del poder jurisdiccional y es competente para el caso, tiene plena autoridad (potestas) para pronunciarse jurídicamente respecto del mismo. En el campo de la ética, a los fines de contar con autoridad para juzgar los comportamientos de otros, resulta decisivo que se tenga esa idoneidad (auctoritas) que se obtiene a través del tiempo y que resulta visible para todos, incluidos aquellos a los que se juzgan. Por eso, los tribunales éticos contemplan una integración con personas de alta e indiscutible autoridad en ese terreno, no pudiendo suplirse su ausencia por medio de normas jurídicas. E incluso, si la ética pretende convencer para generar un compromiso íntimo con la excelencia, ello sólo será posible si el que interpela tiene autoridad para lograr esa adhesión íntima a favor de la ética y provocar los arrepentimientos respectivos.

5. El rechazo o resistencia a la ética profesional. En general en nuestra cultura jurídica de raigambre europea continental no hay problemas con la regulación jurídica de las profesiones, pues el derecho administrativo contempla explícitamente esa posibilidad por vía del llamado «poder de policía». Si vamos a la cultura jurídica anglosajona o del common law, ahí vemos una tradicional facilidad para aceptar regulaciones no jurídicas o éticas sobre las profesiones. Lo que nos interesa ahora es analizar los motivos que juegan para explicar aquella resistencia a confiar en la ética de las profesiones, y comprobar su racionalidad o legitimidad actual.

5.1. El «juridicismo». El Estado de Derecho Legal al hilo de lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, suscribió que a la libertad sólo podía imponerle deberes la ley, por lo que fuera de lo prescripto en ella regía la plena y absoluta libertad. De ese modo la ética social quedó suprimida o confiada exclusivamente al derecho, pues el ciudadano no tiene otros deberes para con el otro que los impuestos jurídicamente. Las Facultades de Derecho funcionales a aquél paradigma, potenciaron el juridicismo enseñando —en sintonía con Kant— la total desvinculación entre derecho y moral,

por eso los juristas se ocupaban sólo de normas jurídicas positivas y se desinteresaban totalmente de la moral; ésto en terminología de Nino implicaba «insularismo jurídico» en tanto los juristas veían al derecho como una isla solo habitada por ellos y en la que había exclusivamente normas jurídicas. Una consecuencia fácil de constatar de esa matriz fue la ignorancia de los juristas en materia moral, pues ellos se ocupaban reductivamente de normas jurídicas. De ese modo el juridicismo reinante en nuestra cultura jurídica genera inerciales resistencias a imponer deberes morales, lo que es favorecido por un notorio desconocimiento en torno a la materia propia de la moral.

Más allá de la vigencia en los ámbitos académicos del Estado de Derecho Legal, lo cierto es que en la realidad del derecho que transita fundamentalmente en los tribunales, se constata la presencia de otro Estado de Derecho que llamamos Constitucional. En efecto, en ese nuevo paradigma construido en Europa después de la segunda guerra mundial, queda ratificado que hay un límite moral racional para el derecho (la fórmula de Radbruch defendida por Alexy es: «la injusticia extrema no es derecho»), por eso la validez jurídica incluye un requisito moral, de modo que si no queda satisfecho, se habrá abortado el nacimiento de la norma jurídica. Pero también hay otras conexiones, como por ejemplo: dentro del derecho está la moral contenida en los derechos humanos; el discurso jurídico es —en la teoría alexyana— «un caso especial» del discurso moral; la obligatoriedad del derecho cede frente a una objeción moral o de conciencia por parte del destinatario; el derecho cada vez más recurre a medios morales, como en la justicia restaurativa, para facilitar su eficacia; etc. En definitiva, hoy el jurista requiere de esa apertura a la moral a los fines de poder cumplir su rol específico, pues comprender y operar el derecho actual, requiere de ese reconocimiento de las conexiones esenciales que tiene con la moral, superando el juridicismo decimonónico y la consiguiente ignorancia sobre la moral.

5.2. El temor a la religiosidad moral. No son pocos los que piensan que hablar de moral supone hablar desde alguna religión, sin embargo, ello supone ignorar las posibilidades que la razón tiene a los fines de reconocer el bien y regular la conducta según el mismo. El teologismo moral —en cuanto reconocer que la moral sólo puede conocerse por la fe dado que ella es promulgada por Dios— no es propio de toda religión (pero sí por ejemplo en Lutero), más aún, sabido es que en la filosofía de Aquino hay espacio para una moral que apele a argumentos de razón y no de fe. En clave tomista queda rechazada la posibilidad de un voluntarismo teológico que avale que el bien lo define Dios sin límite ni exigencia alguno, al punto que puede imponer y cambiar a discreción lo bueno y lo malo; pues si Dios ordenara la tortura o prohibiera el respeto al otro, es señal que está hablando alguien quien no lo es, dado que la verdad y el bien también lo son para Dios y es contradictorio con su misma naturaleza contradecirlos.

Siguiendo con la filosofía clásica, la regla próxima de la moral está definida por la razón práctica, por ello es posible obrar bien aún cuando se carezca de fe. Ésta confirma a la razón y la gracia tampoco violenta a la naturaleza, y esa autonomía de la razón permite alcanzar una moral que no requiere de la fe. En síntesis, cabe hablar de moral racional al margen de teología moral sin contradicciones en el terreno de sus exigencias, por ende, no hay inconvenientes en postular racionalmente deberes morales que pueden ser comprendidos, aceptados y practicados sin necesidad de acudir a alguna fe. Por supuesto que el aval o coincidencia de la teología con

algunas exigencias dilucidadas con la razón, no las convierte automáticamente en verdades de fe, pues siguen valiendo como verdades de razón. En definitiva hablar de moral en general o moral aplicada y profesional, no supone apelar a Dios o a la fe, y solo la ignorancia o el prejuicio habilitan a clausurar ese camino en orden al bien por medio de la razón.

5.3. Pérdida de la privacidad o intimidad. Especialmente en el campo profesional se escuchan esa crítica respecto de la moral profesional, dado que con ella se pondría en riesgo la pérdida de la privacidad o intimidad. Es cierto que esa privacidad o intimidad del profesional queda, a instancia de la ética, de algún modo reducida respecto a la que ostentan los que no son profesionales. Nos explicamos: en la vida de un profesional es posible distinguir tres ámbitos, por un lado, está el ámbito estrictamente profesional que coincide con lo que hace el profesional cuando presta su servicio específico en el horario y espacio físico dedicado a esos fines; hay un segundo ámbito que es el estrictamente privado o doméstico, que remite a lo que hace el profesional en su domicilio fuera de toda relación con sus usuarios; y finalmente, podemos reconocer el ámbito público no profesional, que coincide con los comportamientos del profesional pero que no los realiza en tanto tal, sino como un ciudadano más. De esos tres ámbitos podemos concluir que la ética profesional se interesa directamente del primero, pero también del tercero en tanto ella no prescinde del comportamiento del profesional en los espacios públicos.

En sintonía con lo concluido, los más diversos y extendidos Códigos de Ética se encargan de exigirle al profesional que no incurran en comportamientos que afecten la dignidad propia de la profesión. Esta tradicional exigencia seguramente se avala en la convicción de que el privilegio otorgado al profesional conlleva un esfuerzo en el ser y parecer como para que los usuarios tengan confianza y la tranquilidad de no enfrentarse a sospechas, temores o sorpresas desagradables. La privacidad de un profesional queda reducida pero no suprimida, y así la ética le exige que no incurra en comportamientos indecorosos que no sean los propios de aquellos que la población espera desde la perspectiva de un «observador razonable». Es importante destacar que el respaldo a esa reducción de la privacidad, la brinda la voluntariedad del profesional que no está obligado a aceptarla, pero su consentimiento conlleva deberes de distinta índole, también aquellos que tienen que ver con la vida pública no profesional. Un ejemplo de esas restricciones puede ser la «austeridad republicana» que aparece en una ley de ética pública argentina, la que es reproducida por el Código de Ética Judicial de Santa Fe, Argentina, y en base a esa exigencia existe una peculiar prohibición ética de poseer y exhibir bienes inequívocamente lujosos y ostentosos.

5.4. El rechazo a la razón práctica. En las Facultades de Derecho sigue latente el planteo epistemológico típicamente positivista, de que el camino del saber sólo lo puede transitar la razón teórica por medio de juicios apriorísticos o tautológicos (lógica y matemáticas) o juicios a posteriori o verificables (física). Esa perspectiva condena a los juicios morales, éticos o axiológicos a la irracionalidad o al emotivismo, y un buen ejemplo de ello es la teoría kelseniana con su conocida afirmación que «la justicia es un ideal irracional,» o la teoría de la justicia de Luigi Ferrajoli fundada en la bobbiana tesis que «los valores se asumen pero no se justifican racional-

mente». De ese modo quien formula tesis morales se limita a expresar opiniones subjetivas adoptadas sin justificación racional y, por ende, quien intenta que otro lo siga en esas opiniones lo que asume es cierto paternalismo moral. No hay propiamente en el hombre una razón idónea para dirigir conductas en base a criterios de lo bueno o lo malo, a lo sumo en ese terreno sólo podemos confiar en un saber meramente descriptivo pero no directivo del obrar. Desde esa matriz, tan irracional o a-razional cabe por igual una ética que promueva la democracia y los derechos humanos o los rechace.

Frente al denunciado reduccionismo de la razón, en la década del 70 se ha asistido a lo que se ha llamado la «rehabilitación de la razón práctica», en buena medida inspirándose en Kant y en Aristóteles. Lo contraintuitivo de aquel rechazo a una razón idónea para dirigir axiológica o éticamente conductas, es que el respaldo que se puede brindar a los derechos humanos o a la democracia se reduce a opiniones —subjetivas o intersubjetivas— sin sustento racional y que sólo pueden explicarse causalmente apelando a la cultura, educación, sentimientos, etc. En ese reino carente de otra racionalidad que la teórica o la instrumental o técnica, no hay espacio para diálogos racionales, y por ende, las diferencias sólo se pueden superar por medio de la fuerza u otro mecanismo irracional. A pesar de ese escepticismo tan extendido en los ámbitos académicos jurídicos, la fórmula en los Tratados de los derechos humanos como «reconocidos, universal e inalienablemente» y la trágica experiencia de gobiernos totalitarios, apela a confiar en una razón que no podrá «demostrar» lo que afirma, pero que sin embargo puede «mostrar» razones que avalen lo que se sostiene. Por supuesto que el único modo coherente de hablar de ética profesional es confiando en un cierto objetivismo y cognitivismo ético, porque de lo contrario todo queda remitido a decisiones u opiniones individuales o sociales.

5.5. Marginamiento a la realidad. Si bien hay propuestas éticas que se despliegan en un plano sólo universal y formal en donde no queda espacio para la sensibilidad, las emociones o las costumbres de cada sociedad, y buena prueba de ello puede ser la influyente moral kantiana, no puede sin embargo atribuirse esa parcialidad o falta de realismo a toda moral. Insistiendo en dicho reparo, recordemos que para el filósofo de Königsberg la moral queda desvinculada de la felicidad y reducida al cumplimiento del deber por el deber mismo, pues lo central es la «buena voluntad», que no es buena por sus objetos o lo que efectúe o realice sino simplemente por la forma a priori del imperativo categórico del deber que se expresa :»obra de tal modo que la máxima de tu voluntad 'pueda siempre valer como principio de una legislación universal». Al mismo tiempo en Kant ya la prudencia desaparece de la moral y queda reducida a la búsqueda del beneficio personal.

Sin perjuicio del riesgo específicamente señalado respecto a la moral kantiana concentrada en formas universales, formales y apriorísticas, cabe reconocer que en propuestas teóricas como la aristotélica no existe ese riesgo. Recordemos que sin perjuicio de las exigencias morales universales que constituyen los primeros principios de la razón práctica (bienes humanos básicos en Finnis) adonde remiten todos los juicios morales que instan a procurar el bien y la felicidad, importa para la vida moral de cada persona la conducción de la misma a través de la prudencia. Es precisamente la prudencia la que tiene por objeto el discernir e imperar las conductas buenas absolutamente circunstanciadas y contingentes donde se potencia el riesgo de error, pero ella

opera como una especie de puente en las exigencias universales o generales y lo concreto. A la hora de identificar por ejemplo deberes éticos profesionales reconoceremos aquellos que resultan universales, vender una sentencia judicial o realizar una cirugía médica innecesaria resultan intrínsecamente malos, pero hay un enorme campo para que en tiempo y espacio particular se vayan especificando otros deberes éticos, y así el decoro de la profesión tiene una ineludible carga contingente que remite a la sociedad desde la cual pensamos éticamente. Por ello también en materia del conocimiento moral no se opera deductivamente sino por un método tópic-co-dialéctico en donde teniendo presente los bienes humanos corresponde argumentar dialógicamente, en tanto la materia ética—como advirtió Aristóteles— no es de lo «necesario» sino de «lo más frecuente» o «probable» o «verosímil», y es preferible para el prudente —según Aquino— atender a las circunstancias singulares que a las exigencias generales.

6. Argumentos a favor de la ética profesional. En este último punto nos proponemos argumentar a favor de la ética profesional, y en ese listado de argumentos habrá algunos que son permanentes y universales, mientras que otros revisten una fuerte carga histórica. Sin duda que en el punto anterior al tratar de rebatir a los escépticos algo ya anticipamos de este tema. Las razones aducidas a continuación valen privilegiadamente para los funcionarios públicos en general, por ende, se aplican directamente en respaldo de la ética profesional de los jueces, aunque también cabe —*mutatis mutandi*— proyectarlas a otros espacios profesionales.

6.1. Crisis de legitimidad. En occidente, pero también en buena parte del resto del mundo se comprueba una visible crisis de la autoridad, de toda autoridad: académica, política, familiar, etc. Las causas pueden ser variadas, pero lo concreto es que todo aquel que pretende mandar, enseñar, aconsejar o valorar, enfrenta un rechazo o resistencia por parte de sus destinatarios. Cuesta mucho escuchar u obedecer a quien pretenda dirigir, e incluso la cultura afirma un individualismo extremo donde el juicio de cualquiera vale igual que cualquier otro juicio. Frente a esa realidad parece obvio que cumplir meramente los deberes jurídicos no alcanza, se impone esforzarse por ser y parecer como pretenden razonablemente los ciudadanos y usuarios. Se trata de apostar a máximos y no conformarnos con lo mínimo exigido por el derecho.

6.2. Fortalece la independencia. Uno de los principios éticos extensivos a las diversas profesiones es la independencia, en el sentido que el profesional presta sus servicios conforme a sus criterios y capacidades, más allá de brindarle al usuario la información oportuna y pertinente. De ese modo, se viola la independencia cuando el profesional se somete o entrega su responsabilidad a otro profesional o al mismo usuario. La autoridad ética del profesional potencia o favorece paradigmáticamente la independencia (también las otras exigencias éticas), en función de que él es consciente de que está preparado y en actitud de hacer el mejor servicio conforme su ciencia y conciencia. Una moral baja o deficiente del profesional lo expone a una falta de confianza que lo torna vulnerable o débil en su «carácter» a la hora de prestar el servicio. Una autoestima y estima social ética del profesional lo coloca en la mejor situación para que dicho servicio resulte el mejor posible, sin cálculos egoístas o atemorizantes.

6.3. Funcional a la democracia. En la democracia la fuente del poder proviene del pueblo, de ese modo, es indiscutiblemente democrático procurar que el pueblo tenga los profesionales que pretende tener. De ese modo, es obvio que el pueblo quiere tener los mejores profesionales, más aún, aquellos profesionales que no se conforman con cumplir simplemente los deberes jurídicos, sino que ponen todo su esfuerzo en ser excelentes o los mejores para esa sociedad de ese tiempo y lugar. Ya explicamos que todo profesional cuenta con un cierto poder, y al reclamar ética se exige que quien lo ejerza lo haga procurando satisfacer los requerimientos racionales que provienen de los usuarios actuales y potenciales. Más importante que el profesional duerma tranquilo con su conciencia, es que la sociedad duerma tranquila con los profesionales que tiene. Un modo sencillo de brindar contenido a la ética profesional es reconocer aquello que le pedimos a nuestros profesionales, y seguramente a ellos le reclamamos un conocimiento actualizado, independencia, honestidad, responsabilidad, información confidencial, cortesía, etc.

6.4. Explicita el mandato constitucional. Habitualmente las Constituciones se encargan de precisar que, para elegir a autoridades como los jueces, deberá tenerse en cuenta su prestigio o autoridad moral, o también que ellos duren en su cargo —como por ejemplo en la Constitución argentina— mientras dure su «buena conducta». De ese modo el reclamo constitucional puede asimilarse a un reclamo sintético y concentrado de ética, que corresponderá luego a los respectivos Códigos de Ética su explicitación y desarrollo. Pero es evidente que la Constitución pretende —explícita o implícitamente— los mejores funcionarios o gobernantes, y ellos son los que no se limitan a no violar las leyes, sino los que se empeñan en ser los mejores posibles. Es interesante traer a colación los procesos de elección de jueces federales en los E.U., en donde se intenta acreditar fundamentalmente idoneidades éticas apropiadas, expuesta respecto a las infracciones de tránsito, al trato de los que trabajaron con el candidato, al cumplimiento del pago de impuestos, etc.

6.5. Respalda la exigencia de ética a otros. A una profesión en donde se toma en serio la ética, le resulta fácil reclamar ética a colaboradores. La autoridad ética siempre favorece y contribuye a la eficacia de los reproches y exigencias en ese terreno. La experiencia más elemental nos confirma que, para escuchar la palabra ética, es muy importante reconocerle al que la pronuncia, integridad y coherencia. Por eso se busca que los Tribunales de Ética estén integrados por personas de incuestionable autoridad moral como para que su discurso logre convencer y genere los arrepentimientos y compromisos respectivos en aquellos que resultan imputados ante los mismos. El testimonio personal sigue siendo el mejor modo de enseñar la ética. En síntesis, las quejas por la falta de ética profesional se tornan más difíciles de no ser escuchadas, cuando provienen de espacios profesionales en donde rigen Códigos de Ética y las responsabilidades consiguientes.

6.6. El deber conlleva derechos. Una vieja enseñanza ética señala que no puede haber reproche si no existía la posibilidad de cumplir con el deber ético. Es obvio que la ética no puede pedir imposibles, por lo que la responsabilidad exige que el destinatario haga todo lo que

esté a su alcance para satisfacer el requerimiento, pero si no cabe esa alternativa quedará exento de la misma. Si por ejemplo la ética le exige al profesional capacitación permanente pero ocurre que en su espacio territorial no se brinda ninguna capacitación, no cabe reproche alguno al respecto. De todas maneras, lo interesante es que puesto el deber, se habilita al profesional para reclamar que se le provean los medios apropiados a los fines de cumplir con el mismo. Desde esa lógica, el deber ético habilita al reclamo para que se puede satisfacer. Es elocuente al respecto el art. 35 del Estatuto del Juez Iberoamericano: «en garantía de la independencia e imparcialidad que han de presidir el ejercicio de la función judicial, el Estado proporcionará los medios necesarios para la seguridad personal y familiar de los jueces en función de las circunstancias de riesgo a que se vean sometidos».

6.7. La inescindibilidad de la ética. Como ya dijimos la ética no viene desde afuera sino que es intrínseca al hombre, de manera que ese «modo de conducir la vida» en el que consiste la ética, también incluye necesariamente a los comportamientos profesionales. Por ende, la ética profesional siempre está presente aunque no se preste atención a la misma. Más aún, el juicio ético sobre el profesional será inexorablemente formulado por parte de los usuarios o los que tienen contacto con el mismo, e incluso los criterios para su elaboración nunca resultan muy originales, dado que los principios éticos profesionales cuentan con una extendida —en tiempo y espacio— e indiscutida vigencia. Al margen de la formación académica ética, seguramente podemos comprobar que lo que le pedimos éticamente a nuestro médico, coincide con lo que nuestros clientes o usuarios nos piden éticamente a nosotros cuando le prestamos el servicio profesional. De ahí también, lo poco originales que resultan los Códigos de Ética, dado que más allá de matices y formulaciones lingüísticas, en lo sustancial se comprueba amplias coincidencias.

6.8. La experiencia beneficiosa de la ética. Varias teorías éticas intentan mostrar los beneficios que genera «vivir bien», pero más persuasivo puede ser acudir a la experiencia de sociedades, profesiones o personas que se conducen en su vida claramente buscando el bien. Por ahí hemos leído que respetar la ética no sólo es un «buen negocio» profesional y competitivo, sino también que es una fuente de satisfacción y tranquilidad psicológica. Sin duda que hay sociedades donde se vive más éticamente, y de ese modo la vida social resulta más atractiva, y también las exigencias jurídicas se ven favorecidas en su eficacia. Los semáforos son iguales en todo el mundo pero su respeto no lo es, y ello dependerá significativamente de la ética ciudadana. Más aún, hay campos de la vida social donde el derecho no llega o llega muy tarde y mal, pensemos en el medio ambiente, y al respecto, es demasiado evidente que su calidad está más ligada a la conciencia ética de cada ciudadano que a las buenas normas jurídicas.

6.9. Potencia el rendimiento institucional. La naturaleza social del ser humano explica que sus comportamientos, hábitos o identidad ética no queden clausurados en la misma persona sino que se proyecten a todos los que conviven con ella. De ese modo la experiencia confirma que las personas «buenas» suscitan «buenos» climas laborales e institucionales que posibilitan un mayor rendimiento de todos, así como las «malas» personas generan «malos» contextos

que dificultan el entendimiento, tranquilidad, rendimiento y coordinación de los que comparten el mismo espacio laboral. Quizás eso explique la preocupación que tienen las grandes empresas para promover la ética hacia el interior de las mismas, pero también ello justifica que todas las instituciones se esfuercen por la ética respectiva. En definitiva, los referidos círculos virtuosos o viciosos se concreta, por ejemplo, en que «buenos» jueces obstaculizan que aparezcan «malos» abogados o auxiliares, y también gestan otros «buenos» jueces, funcionarios y empleados.

7. Conclusión. De lo precedentemente señalado, resulta sencillo la procedencia y urgencia de la ética profesional. Más aún, no resulta fácil entender racionalmente cuanto se dilata una atención en serio sobre la misma por parte de los que deben asumirla. La sociedad y los usuarios de los profesionales no tienen ninguna duda al respecto, por lo que sólo cabe sospechar inercias teóricas, irresponsabilidades o intereses espureos en dilatar su tratamiento y vigencia. Los juristas tenemos buena responsabilidad en seguir pregonando la importancia decisiva y autosuficiente del derecho, no obstante que la realidad desmiente ese optimismo. Por supuesto que tampoco cabe cambiar un optimismo ingenuo o irreal por otro remitido a otras reglas, apostando a que las regulaciones éticas sean la fuente automática de la felicidad de usuarios y sociedades, porque en definitiva, siempre lo decisivo será la libertad y los criterios de su ejercicio. Pero sin duda que para que una sociedad crezca en moral también se necesita de éticas profesionales fuertes y vigentes. En buena medida, el futuro de la humanidad cada vez más depende de una conciencia ética cierta y eficaz, principalmente en aquellos muy poderosos a los que el derecho no los alcanza o les llega tarde o muy débil. No está de más recordar que la ética genera un círculo virtuoso, en tanto su presencia vital suscita agradecimientos y reconocimientos que inspira seguimientos, pero un apropiado camino para impulsarla es que los profesionales asuman el liderazgo en esa tarea.

SOBRE LA UNIVERSIDAD

EN TORNO A LA UNIVERSIDAD ESPAÑOLA ACTUAL. REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE SU ESTRUCTURA Y FUNCIONES

JOSÉ MARÍA SAUCA

Universidad Carlos III de Madrid

Manuel Atienza, como en tantos otros casos que él también desconocerá, ha sido un referente en mi formación como filósofo del Derecho o, más en general, como profesor universitario. Tras mi licenciatura, descubrí pronto su *Introducción al Derecho* y fue un libro que me iluminó de manera decisiva¹. Después, a lo largo de los años, he ido conociendo su monumental y polifacética obra, he colaborado con él en algunas iniciativas y, más allá de sus escritos, he sido testigo de una vocación universitaria caracterizada por una enorme capacidad de trabajo y una abnegación admirable en todas las dimensiones de lo que puede ser concebido normativamente como un modelo de universitario. En este sentido, atendiendo a la generosa y amable invitación formulada por los profesores Elías Díaz y Francisco Laporta, he pensado que mi contribución a este homenaje podría oportunamente versar sobre la exposición de algunas reflexiones relativas a la situación de la universidad española actual y que, en buena medida, son deudoras de las formuladas recientemente por el autor.

Creo que la última oportunidad en que Atienza se ha referido al tema en cuestión, ha sintetizado las características de un balance netamente pesimista sobre la institución. Cito largamente su diagnóstico sobre

(...) la crisis profunda que, en mi opinión, atraviesa la universidad española (quizás la universidad en general) y que, obviamente, afecta también a sus Facultades de Derecho. En muchos aspectos, mi impresión —resultado de 49 años de experiencia como profesor de Derecho [ya serían 50] en varias universidades españolas— es que la idea de Facultad como una institución, o sea, como una empresa en la que quienes participan en ella (sobre todo, los profesores) se sienten responsables de, y cooperan entre sí para la obtención de

¹ Atienza (1985). Recuerdo que las obras generales de referencia tipo Luis Recasens Siches (1965) o Luis Legaz y Lacambra (1972) no conseguían hacerme atractiva la erudición que las caracterizaba y se me presentaban como un tanto anticuadas. Ofrecían una mejor aproximación los trabajos de la siguiente generación al modo del clásico de Elías Díaz (1984) o de Gregorio Peces Barba (1983) pero les faltaba el aire de renovación generacional que suponía el trabajo de Carlos Santiago Nino (1983) —publicado diez años antes en Buenos Aires— y, sobre todo, la amplitud de temas y de perspectivas que aportaba el trabajo de Atienza. Apenas dedicaba algunos comentarios a la argumentación jurídica —que ha devenido su aproximación central— y, sin embargo, constituía, a mi modo de ver, el enfoque más atractivo.

algún objetivo común (el bien de la institución) simplemente no existe. Y si se necesitara alguna prueba de ello, me parece que lo que ha pasado con la confección de los planes de estudio (si no en todas, en la mayoría de nuestras Facultades) como consecuencia de la aplicación del malhadado Plan Bolonia deja lugar a pocas dudas. Pero a eso se añade, naturalmente, una serie de vicios en el funcionamiento de la institución que hace muy difícil pensar que la situación pueda revertirse, al menos en un plazo más o menos breve. Me refiero con ello a la burocracia desaforada, la endogamia, el corporativismo, la sustitución de los controles sustantivos (algunos había antes) por los puramente formales, aparentes (a lo que tanto ha contribuido una institución, la ANECA, a la que con razón cabe calificar de *perversa*), la insensata proliferación de títulos (al parecer ya no hay ningún buen estudiante que se conforme con estudiar solo Derecho) y, sobre todo, la llamativa falta de espíritu crítico (y autocrítico) que hace que ni siquiera se sienta mucho la necesidad de cambiar las cosas... o quizás todavía peor: quienes la sienten son al mismo tiempo conscientes de que ese cambio es imposible, de que, hoy por hoy, no se dan las condiciones para ello (Atienza, 2022, p. 366)².

Atienza —que ha venido a ocuparse del tema con ocasión de la preocupación por la formación del jurista³— vuelve, repetidamente, a adoptar como fuente de inspiración el clásico trabajo de Ortega y Gasset sobre la Universidad de 1930 y las tres misiones que este atribuía a la institución (1983, pp. 311-353). Con ello, se suma a la perspectiva conformada por una larga tradición de reflexiones que forman un marco de referencia compartido por pensadores universitarios con una cierta inclinación progresista⁴ y que, a los efectos de este comentario, propongo tomar en consideración a partir de la institucionalización de la universidad postfranquista que supuso la Ley de Reforma Universitaria de 1983⁵. De esta forma, partiendo de la referencia de la reconfiguración de la universidad española que propició esta normativa, creo que pueden identificarse algunos de los cambios que se han producido en ella y que son profundamente significativos de su evolución y, eventualmente, de su crisis. En mi opinión, algunos de estos cambios tienen un carácter estructural en la conformación de la institución y otros implican una aproximación funcional que va aparejada a la reformulación o innovación en las

² En esta misma línea, es necesario subrayar la relevancia del ensayo titulado *Una apología del Derecho* (Atienza, 2020, pp. 17-33) y su antecedente en la lección inaugural del curso 2018-2019 que dictó en la Universidad de Alicante el 13 de septiembre de 2018 (Atienza, 2018).

³ Efectivamente, la mayoría de las ocasiones en que Atienza ha reflexionado sobre la universidad lo ha hecho en continuidad con sus reflexiones sobre la formación del jurista en general y en relación a las profesiones jurídicas. En este sentido, merece la pena citar a Atienza (2017a, en especial pp. 167-192 y 221-273); (2017b); (2014); (2013a, pp. 703-722); (2010); (2003) ó, incluso, (1989).

⁴ Me refiero a reflexiones relevantes como eran —y siguen siendo— los trabajos los de Francisco Giner de los Ríos (1916, pp. 1-149); Ángel Latorre (1964); R.L. Kagan (1981); Mariano Peset Reig y José Luis Peset Reig (1974); Ringer (1995) o Pierre Bordieu (2008).

⁵ Me refiero a la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria. Desde el comienzo de la Transición política en España se reprodujeron varios intentos normativos de transformación de la universidad que fracasaron siendo, a buen seguro, el proyecto de Ley de Autonomía Universitaria promovido por el entonces Ministro de Educación, Juan Antonio Ortega y Díaz-Ambrona, el intento más promisorio en dicho empeño. Llama la atención, finalmente, que la LRU de 1983 no contempla disposiciones derogatorias específicas remitiéndose a una derogación expresa genérica de la normativa anterior.

misiones centrales que se espera que esta desempeñe. En el primer sentido, creo que los cambios más significativos responden a una tendencia a la pérdida de la singularidad y autonomía que históricamente disfrutaba la institución y, en último término, al modelo ilustrado de su configuración contemporánea. Indicadores relevantes de esta tendencia pueden ser la generalización del sistema de agencias; la expansión de la estrategia del ranking; la estabilización de sistema de distribución territorial de la implantación de sus centros; la diversificación de la interacción universidad-sociedad; la duplicación general universidad pública/privada y, finalmente, a caballo con la dimensión funcional, la pérdida de su centralidad como instrumento de ascenso social (vid. Ruiz, 2022). En el segundo sentido, creo que se ha acentuado la funcionalidad económica de la institución orientándose a su eficiencia en la contribución al tejido productivo y a la ordenación al mercado de trabajo, menoscabando su funcionalidad cultural y política. De esta manera, se ha incrementado la producción de resultados de la investigación de una manera significativa; se han intentado modificar las características de la docencia universitaria y, finalmente, se ha generalizado la expectativa de que propicie resultados concretos en el ámbito de transferencia e innovación.

1. TRANSFORMACIONES ESTRUCTURALES EN LA UNIVERSIDAD

Las transformaciones estructurales más significativas que se han producido en la universidad española en los últimos cuarenta años creo que se remiten al enorme desarrollo que han tenido las denominadas agencias de evaluación y acreditación. Iniciadas como unidades departamentales de los sucesivos ministerios con competencia en la materia, han ido constituyéndose como unidades con autonomía funcional y presupuestaria y se han diversificado tanto en un ámbito estatal como en el de numerosas comunidades autónomas⁶. Estas nuevas instituciones tienen una amplia funcionalidad en la evaluación y acreditación de las distintas características

⁶ En el panorama español, la institución central ha sido Agencia Nacional de Evaluación y Prospectiva (ANECA) que con base en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades y, especialmente tras las reformas establecidas por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público y otras Medidas de Reforma Administrativa, se constituye en organismo autónomo que asume la práctica totalidad de la evaluación a través de una multiplicidad de programas para la evaluación de títulos, profesores e instituciones incluyendo departamentos previamente autónomos como la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora (CNEAI). Esta tarea de la Aneca se complementa de manera relevante con la Agencia Estatal de Investigación creada por el Real Decreto 1067/2015, de 27 de noviembre y modificada por el Real Decreto 1/2017, de 13 de enero y otras entidades como la Fundación Española para la Ciencia y Tecnología, F.S.P. (FECYT). Este marco estatal ha sido también ampliamente desarrollado en el nivel autonómico en el que se han creado, con funciones concurrentes, la Agencia Andaluza del Conocimiento (ACC); la Agencia Canaria de Calidad Universitaria y Evaluación Educativa (ACCUEE); la Agencia de Calidad y Prospectiva Universitaria de Aragón; la Agencia para la Calidad del Sistema Universitario de Castilla y León (ACSUCYL); la Axencia para a Calidade do Sistema Universitario de Galicia (ACSUG); la Agència per a la Qualitat del Sistema Universitari de Catalunya (AQU Catalunya); la Agència de Qualitat Universitària de les Illes Balears (AQUIB); la Agència Valenciana d'Avaluació i Prospectiva (AVAP); la Fundación para el Conocimiento Madrid y la Agencia de Evaluación de la Calidad y Acreditación del Sistema Universitario Vasco (UNIBASQ). Para una visión comparada más amplia sobre el desarrollo de las agencias de acreditación, véase Ariadna Guaglianone (2013).

que configuran las áreas de funcionamiento universitario. Así, incluyen desde la acreditación de los estudios universitarios oficiales, tales como los grados, los másteres y los doctorados; hasta la acreditación de la totalidad de perfiles de investigador y de profesor, tanto en instituciones universitarias públicas como privadas. La evaluación de la actividad académica también ha sido estandarizada mediante la intervención de agencias. En el ámbito de la investigación, los sexenios han resultado en sistema estándar básico de evaluación del profesorado; los proyectos de investigación han devenido no solo el sistema de financiación fundamental de la actividad investigadora, sino también el criterio de evaluación de reconocimiento de los investigadores en cuestión. Las revistas académicas están siendo evaluadas con carácter general por parte de estas instituciones y otras extranjeras —en muchos casos de carácter privado—, así como las colecciones de monografías y está en perspectiva que esta actividad se vaya extendiendo a la evaluación directa de las editoriales. Se reproducen los programas de incorporación y movilidad de los investigadores en múltiples dimensiones mediante estas agencias. Las nuevas perspectivas de evaluación de la transferencia y la innovación han entrado con fuerza y se perfilan como un nuevo ámbito de evaluación de la tarea del investigador que también será desarrollada por parte de estas instituciones. En definitiva, parece que solo la actividad docente permanece parcialmente como objeto de evaluación por las propias universidades y solo para los profesores que ya han accedido a su puesto docente y, por demás, no está definido que vaya a seguir siendo así en el futuro. La conclusión de este panorama es relevante. La universidad como institución ha quedado despojada de buena parte de las características organizativas que le correspondían tradicionalmente y la autonomía universitaria, a pesar de su sostén constitucional y de ser objeto de una jurisprudencia constitucional generosa en su interpretación, no supone una resistencia relevante a esta regulación estructural de sus piezas fundamentales. Así, la intervención administrativa en el funcionamiento de las universidades ha sobrepasado ampliamente el parcial pero relevante control presupuestario de las mismas y se ha constituido como un sistema general de control universitario. Sin embargo, todo ello no ha supuesto una solución definitiva a los problemas relativos a la endogamia universitaria, ni ha garantizado la imparcialidad y objetividad en los procesos de selección de personal, ni ha paliado la endémica falta de recursos materiales. Su contribución positiva, con todos sus defectos, ha consistido en generalizar una elevación, siquiera formalmente, de los estándares de calidad a cambio de un control permanente en el tiempo (vid. Arenilla, 2021, pp. 37 y ss). En definitiva, la universidad ha sido intervenida no solo presupuestariamente por los ejecutivos estatales y autonómicos, sino sustancialmente por las agencias de evaluación y acreditación universitarias y los moderados efectos positivos generados por estas intervenciones y limitaciones en su autonomía se han verificado recurriendo a procedimientos discutibles y dejado intactos algunos problemas permanentes y graves.

Un segundo cambio estructural que guarda continuidad con el anterior, hace referencia a la generalización del uso de ránquines en la evaluación de las universidades y de los estudios universitarios. Todas las instituciones universitarias son objeto de evaluación por una multiplicidad de sistemas de evaluación que se dedican a computar los denominados indicios de excelencia que van caracterizando periódicamente cada institución. La prelación jerarquizada de las universidades se perfila como un núcleo fundamental en la obtención de fondos de investiga-

ción, de estrategias de remuneración del personal docente y de atracción de estudiantes prometedores y opera, en una gran medida, en parámetros internacionales. Asimismo, los distintos estudios desarrollados en cada universidad son objeto del mismo proceso de jerarquización sobre la base de una diversidad de indicadores entre los que la *empleabilidad* ocupa un lugar relevante. De esta manera, la correlación en la calidad de los estudios se mide, en gran medida, por su éxito en el mercado. Todo ello supone una tensión permanente para la estabilidad y diseño a largo plazo de las instituciones universitarias e implica una continua necesidad de readecuación de las estructuras y dinámicas universitarias a necesidades presentes de la sociedad — cuando no, simplemente, del mercado— diluyendo su función propositiva y de orientación social a futuro. Volveré sobre ello cuando me ocupe del Plan Bolonia.

En tercer lugar, el crecimiento nominal de las universidades es un fenómeno agotado. Desde finales de los años 70 y, sobre todo, a partir de los años 80, comenzó un crecimiento exponencial del número de universidades públicas en España de forma que todas las comunidades autónomas tuviesen, al menos, una universidad en la misma. De la misma manera, en las ciudades con mayor entidad demográfica se diversificó el número de universidades públicas existentes. Este proceso se cerró a principios de los noventa y no se han abierto más universidades públicas. Los efectos de este fenómeno han sido los de diluir el carácter histórico institucional de las universidades tradicionales que ha sido sustituido por una red universitaria de implantación tendencialmente homogénea en todo el territorio en el que apenas hay alguna provincia o territorio insular sin universidad. Toda esta amplia red descentralizó la universidad española, ofreció bases para un incremento relevante en el volumen de las plantillas de profesores universitarios y favoreció la contextualización específica del cumplimiento de su tarea como servicio a la sociedad más cercana. Como luego indicaré, creo que se ha superado la inicial bajada en la cualificación del profesorado universitario que generó el proceso, aun cuando las dimensiones localistas de la endogamia universitaria se hayan acentuado.

En cuarto lugar, y como resultado de lo señalado en los dos anteriores apartados, se ha diversificado la interacción entre la universidad y la sociedad de referencia. De esta manera, la mayoría de las universidades han intentado integrarse en el tejido económico y social (cuando no, político) de referencia inmediata, propiciando una exigencia específica en los perfiles de formación y de implementación de la transferencia en innovación. De manera simultánea, se ha generado otro circuito complementario de universidades que han perfilado unas expectativas más amplias de funcionamiento, propiciando el desarrollo de enseñanzas, especialmente de postgrado, dirigidas a estudiantes no alocados en la cercanía del centro y, en muchos casos, a extranjeros y frecuentemente de origen latinoamericano. Junto a ello, han intentado propiciar estrategias de transferencia a mercados más amplios que los locales y han acentuado pretensiones de proyección de investigación más global. Sin embargo, todas estas tendencias de diversificación están en tensión, aunque no creo que pueda llegar a sostenerse la existencia de un modelo dual en el sistema universitario. Con una sinceridad llamativa, recuerdo que el entonces Ministro de Educación, Javier Solana, expuso explícitamente, en un seminario celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid en el curso 1990/91, esta idea de promover *universidades para investigar* y *universidades para dar clases*. La entonces reciente introducción de sistemas de evaluación del profesorado (significativamente, el R.D. 1086/1989, de 28 de agosto que introdu-

cía la evaluación del mismo por su docencia —quinquenios— y su productividad —sexenios—) y la creación de tipos distintos de nuevas universidades apuntaba a este proceso. Es cierto que hay diferencias significativas por tamaño y orientación entre las universidades españolas, pero creo que no puede concluirse que se haya generado un sistema dual en el sentido indicado aun cuando permanece cierta tensión.

Esta tensión se percibe también, en quinto lugar, en la duplicación del sistema universitario español en cuanto a su carácter público/privado. Una de las características del sistema universitario en España radica en el hecho de que cuando dejaron de surgir nuevas universidades públicas a finales de los ochenta y principios de los noventa, comenzó el surgimiento de nuevas universidades privadas que han incrementado sustancialmente su número y tamaño frente a las previas y tradicionales universidades de tal carácter y, en general, vinculadas a la Iglesia. Esta duplicación está siendo operativa en el ámbito docente por la doble vía de canalizar los excedentes de estudiantes que no acceden a la red pública con una estrategia de *empleabilidad* mucho más acentuada. La duplicidad del sistema no alcanza aun plenamente el ámbito de la investigación, pero sucesivas reformas legislativas y controles de calidad del profesorado están tendiendo a que se abra un panorama de desarrollo también en ese nuevo campo.

Finalmente, e interrelacionado profundamente con algunas de las consideraciones expuestas, una de las características de la universidad española y, en general europea, es su tendencia a perder el liderazgo como instrumento de movilidad social. La democratización de la universidad española que comienza a producirse en los años sesenta ha constituido un motor de movilidad social de extraordinaria relevancia en el país. Sin embargo, buena parte de la crisis social generada a partir de la crisis financiera de 2008 ha supuesto la precarización de la inserción profesional de los universitarios españoles. Estas promesas incumplidas de la universidad no han sido un fenómeno peculiarmente español, sino que ha sido generalizado en toda Europa y Estados Unidos. Sin embargo, las elevadas tasas de desempleo juvenil en España han venido a agravar esta situación. La Universidad española llevaba dos décadas actuando como un placebo de la situación de falta de expectativas laborales de buena parte de la juventud y, cuando apenas empezaban a apuntar unas expectativas alcistas en la primera década corta del siglo, se truncaron en frustración las expectativas de empleo y además bajo una generalizada subida de las tasas académicas. En definitiva, la Universidad acoge a unos estudiantes que, a la preocupación tradicional por su *empleabilidad*, le han añadido una frustración en su proyección profesional que les ha abocado al desempleo o a la emigración en un contexto de costes crecientes en las tasas de sus estudios. La promesa de la que universidad suponía el ascensor social por excelencia ha quedado en entredicho.

En conclusión, creo que estamos ante una nueva universidad más allá de sus modelos clásicos (Laporta, 2002, pp. 4 y ss.). El término *excelencia* ha devenido la divisa universal, pero su campo semántico es mucho menos brillante. Nunca antes ha sido la institución y sus profesores e investigadores tan evaluados por instancias exuniversitarias como en la actualidad y con tanto hiperformalismo hueco; la financiación universitaria en España ha sido baja y solo ha habido un incremento relativo de los ingresos en el ámbito de la subida de las tasas a los estudiantes; y, de últimas, soporta una tensión grave entre una exigencia de internacionalización en investigación y docencia en postgrado y unos requerimientos inmediatos de carácter local en

transferencia y docencia de grado. Quizá, la conclusión más relevante que podría subrayarse es que no hay un modelo claro y con cierta continuidad en el tiempo que haya supuesto una alternativa. Los bandazos regulativos son expresión de esta falta de modelo político-social de la institución y su infrafinanciación la proyección de dichas carencias en su vertiente económica. En esta desorientación sistémica medran los males tradicionales de la endogamia y la corrupción en la selección y promoción del profesorado, el burocratismo más esclerótico en manos del peor corporativismo y, de últimas, una dejación de funciones en una dimensión medular: ser la casa del saber, del incremento del conocimiento y de la más cualificada institución crítica de todo el orden social y cultural. Como decía Atienza, apuntando esta vertiente más institucional: la «*democracia* universitaria es hoy más bien una forma de *corporativismo*, en la que los miembros de la institución persiguen sus intereses particulares y no los generales de la sociedad» y en el que la autonomía universitaria «juega un papel sumamente negativo, al igual que el fenómeno de la sindicalización y la (creciente y asfixiante) burocratización» (Atienza, 2013b, p. 104).

2. MODIFICACIONES FUNCIONALES EN LA UNIVERSIDAD ESPAÑOLA

En el segundo sentido que anunciaba más arriba, la universidad española, de puertas para adentro, también ha visto modificada sustancialmente su funcionalidad en los últimos años, tanto en el aspecto de investigación como en la docencia y en otras dimensiones novedosas.

En el primer sentido, se ha ido introduciendo, con una creciente intensidad, la cultura del *publish or perish* en la dinámica universitaria española. Las notas que podrían caracterizar este modelo de actividad en la investigación universitaria podrían ser, en primer lugar, las de un incremento permanente de la producción en las publicaciones; las de, en segundo lugar, determinar la centralidad en la actividad académica de la estrategia de gestión de las mismas y, finalmente, las de estandarizar, incluso en ciencias sociales y humanidades, la estructura de la investigación en formas y estilos homogéneos. Recuerdo que, cuando empecé mi trayectoria universitaria, el modelo más o menos difusamente formulado otorgaba prioridad a los trabajos que acreditasen madurez, originalidad y cierta competencia en un ámbito material de conocimiento aceptablemente amplio. Mi referencia al viejo manual de Atienza con que abría esta contribución, consistía en un ejemplo perfecto de esta perspectiva. El manual dibujaba un panorama conceptual en el que el objetivo natural del investigador consistía en aportar un estudio monográfico de alguno de sus apartados y constituía la carta de presentación ante una academia que valoraba, con singular interés, la capacidad de haber construido un pequeño espacio teórico coherente en ese marco conceptual. Los capítulos de libro eran pequeñas versiones de estos esfuerzos que merecían un reconocimiento singular por el conjunto de la compañía intelectual que les circundaba. Las revistas quedaban relegadas a lo que eran trabajos menores y aislados. También recuerdo la profusión de la virtud de la prudencia en el acceso a la república de las letras. En una especie de economía de escala, se sabía que cada autor iba a tener oportunidad de ser leído por colegas y maestros en alguna ocasión; la estrategia era, razonablemente, no decepcionar en esa oportunidad y, en su caso, intentar colocar el propio nombre en la nómina de *los que merecen ser leídos*. Creo que este panorama ha mudado de forma significativa. La

producción monográfica ha descendido definitivamente en su relevancia relativa; la importancia de la construcción de un trabajo de largo aliento ha devenido muy menor; las editoriales, en muchos casos, publican trabajos *porque* se les paga con fondos públicos por hacerlo; las revistas se encuentran en una supuesta competencia delimitada por indicios y todo conduce a valorar la cantidad de las publicaciones y la apariencia de su calidad como el modelo de evaluación universitaria. Asimismo, como señalaba más arriba, el predominio de la cultura del artículo se ha acompañado de un proceso de estandarización de su estructura. La extensión del trabajo se ha homogenizado (en páginas o, más aún, en palabras o en número de caracteres sin espacios) al igual que la presentación (título, palabras clave no coincidentes, resumen, sumario, anticipación de bibliografía) y, lo que resulta más relevante, se tiende a limitar, si no a suprimir, el contexto de descubrimiento de la aportación y a focalizar la específica pregunta de investigación concreta para la que se ensaya una respuesta singular. En este contexto, las cuestiones empíricas y la perspectiva del estudio de caso adquieren una clara preponderancia. Por decirlo brevemente, pierde la construcción de contexto conceptual y la especulación teórica y gana el pragmatismo de una solución a un problema.

Este modelo ha concurrido, al menos hasta el momento, con las estrategias de implantación de las agencias de evaluación antes mencionadas y, en su conjunto, han propiciado que se alcancen incrementos significativos en el volumen de producción de publicaciones; que se vaya deslizando la prioridad del trabajo canalizado mediante artículos de revista frente a otros tipos de resultado y que se haya instaurado la prevalencia de un sistema de evaluación basado en indicios de calidad que se proyectan en líneas de trabajo centradas en aspectos cuantitativos como el número de aportaciones y su mensurabilidad en el tiempo. Así, la evaluación estándar del investigador se mide por la cantidad de publicaciones que ha generado; por los indicios de los deciles o de los cuartiles de las revistas en que aquellas se han verificado y, finalmente, sólo son considerados los generados en un tiempo relativamente reciente; el estándar suelen ser los últimos cinco años o, con cierto sabor de burocracia hispana, en módulos de seis años. Así pues, cantidad, indicios e inmediatez.

Las deficiencias de este modelo han sido notorias y han recibido críticas desde diferentes puntos de vista (Fernández Ríos, 2022). La crítica más básica y más relevante es la puesta en tela de juicio de la propia utilidad del modelo. Durante el 2022, he organizado un seminario permanente que, bajo el título de *La formación del jurista de mediados del siglo XXI*⁷, ha convo-

⁷ El seminario se desarrolló en cinco sesiones celebradas el 16/12/2021 y el 27/01; 21/02; 04/03; 21/04 y 18/11 todos ellos de 2022. En ellas participaron Noelia Ahijón, M^a Pilar Álvarez Olalla, Paz Andrés Sáenz de Santa María, Manuel Atienza (un cita del mismo abría el presente trabajo), Silvia Barona, Dulce Calvo, Carlos Castresana, Bartolomé Clavero (†), Pedro Crespo, Luis María Díaz-Picazo, Juan Antonio Garde, Juana María Gil, Jorge Jiménez, Luis López Guerra, Luis Martín Rebollo, Gonzalo Martínez-Fresneda, Ana Isabel Melado, Pilar Menor, Andrés Ollero, Cándido Paz-Ares, Ana de la Puebla, Gonzalo Quintero, Francisco Ramos, María Luz Rodríguez, Daniel Sáez, Pablo Salvador Coderch y Juan Zornoza. Cada una de dichas sesiones pueden seguirse Sauca, 2021; 2022e; 2022d; 2022c; 2022b y 2022a. Asimismo, en cuanto a la versión impresa de las ponencias, véase Álvarez Olalla, 2023; Andrés, 2022; Atienza, 2022; Barona, 2022; Calvo, 2022; Clavero, 2022; Crespo, 2022; Díez-Picazo, 2022; Gil, 2023; López Guerra, 2022; Martín, 2022; Martínez-Fresneda, 2022; Menor, 2022; Mentxaka, 2022; Ollero, 2022; Puebla, 2023; Quintero, 2022; Ramos, 2022; Sáez, 2022; Salvador, 2022 y Zornoza, 2022.

cado a unos veinticinco ponentes de indiscutible prestigio, tanto en su extracción académica como profesional. En este contexto, no me resisto transcribir una larga cita de la exposición de Cándido Paz-Ares:

yo creo que los criterios, por ejemplo, que utiliza la Aneca para establecer la promoción del profesorado son, de verdad, absurdos; es puro cuantitativismo de la peor calidad... Esto ¿Qué es lo que está generando?... Todos somos animales que respondemos a incentivos y, desde luego, los profesores universitarios los primeros (...) Entonces ¿Qué es lo que se está produciendo?... que para obtener una titularidad hay que tener cuatro libros y treinta y ocho artículos; pues venga, voy a ver si tengo seis y cincuenta y nueve artículos. Entonces, la producción es brutal, una producción brutal que, si uno coteja con Dialnet resulta que normalmente los mejores profesores del país, si se dividen las citas que aparecen en Dialnet por el número de obras, están entre cuatro, cinco y seis citas; los mejores... La gran mayoría, y cuando hablo de la gran mayoría hablo del 90 por ciento, está por debajo de una cita... Esto quiere decir que se escribe para nada. Nadie lee aquello; es material para el sumidero, no de la historia, sino de la cotidianeidad y, desde luego, es absurdo porque se están generando (...) unos incentivos absolutamente perversos. Somos hoy incapaces de entender o de leer la cantidad de páginas y páginas... En mi disciplina había hace cuarenta años solo una revista, la *Revista de Derecho mercantil* y se publicaban al año cuatro números y en cada número dos o tres artículos. Un profesor clásico como, no sé, Garrigues o Girón había escrito en su vida... quince artículos. Claro que aquellos... cada uno que escribía eran *bar breakers* que se decía efectivamente. Hoy, los que escribió Girón en toda su vida los tiene un ayudante en un año y pico y ¿para qué vale eso?... Para nada, para que vaya a la basura. ¡A ver señores! Como no nos demos cuenta de que esto tiene que cambiar y muy radicalmente, no haremos nada con el profesorado y, como decía antes Luis Martín Rebollo, una universidad y la enseñanza dependen críticamente del profesorado (Sauca, 2022b, mm. 1:11:15-1:14:15).

Esta disfunción de la producción hipertrófica se acompaña de, al menos, tres consecuencias negativas también objeto de amplia crítica. Por una parte, propician de manera relevante la tendencia a la reproducción del contenido sustancial de las publicaciones en sucesivas ediciones diferentes, reforzando así la propia lógica de la hiperproductividad. Por otra, la presunta objetividad en la evaluación de la calidad mediante el recurso al uso de indicios claros y uniformes ha expuesto sus limitaciones ofreciendo unos resultados insatisfactorios. Así, la apuesta por la objetividad en la evaluación mediante sistemas de evaluación cuantitativa, índices, impacto, ratios, etc. ha conducido a resultados contraintuitivos en los contextos académicos de referencia y, de últimas, inútiles. En términos literarios, diría que el prolífico Vázquez-Figueroa, 1; el frugal Juan Rulfo, 0. Finalmente, segmenta temporalmente las trayectorias investigadoras. La evaluación seguida con estas características necesita focalizar en períodos breves y recientes su objeto de análisis por sus propias características estructurales. El resultado de esta permanente instantaneidad es que diluye las trayectorias de formación a largo plazo del investigador y la progresiva orientación original de sus estrategias de investigación. Nuevamente, Monterroso —y su cuento de siete palabras— ganó por goleada a los cientos de

páginas de Tolstói. Todas estas deficiencias se han visto agravadas por la falta de transparencia que acompaña a todo el sistema. Es cierto que el anonimato de los evaluadores constituye un refuerzo relevante en la garantía de libertad de juicio en la tarea que desempeñan y que incluso ha facilitado un resquebrajamiento parcial de la omnipotencia de las denominadas *escuelas* como estructuras de poder universitario⁸. Sin embargo, el anonimato también habilita condiciones de impunidad en la evaluación, tanto en un sentido favorable como desfavorable, que los procedimientos formalizados empleados por las agencias de evaluación solo pueden identificar y neutralizar de una manera muy parcial. En definitiva, hay importantes deficiencias en el sistema. Estas agencias están modificando sus criterios y procedimientos para intentar reducir la incidencia de estas desviaciones e ineficiencias. Quizá sean indicios de ello la adhesión de la Agencia Estatal de Investigación (y también alguna autonómica como la AQU catalana) a la Declaración de San Francisco de Evaluación (DORA) (Gibertoni, 2020) lo que implica un cambio definitivo en la orientación de la evaluación de la investigación. Su Recomendación General sostiene: «No utilice métricas basadas en revistas, como el factor de impacto, como una medida sustituta de la calidad de los artículos de investigación individuales, para evaluar las contribuciones de un científico individual, o en las decisiones de contratación, promoción o financiación» y es desarrollada específicamente para agencias, instituciones, editoriales, organizaciones que proporcionan métricas, así como para los investigadores. Esta adhesión no se ha verificado aún por parte de la Aneca⁹ quien mantiene una posición ambivalente que sigue respondiendo a un modelo criticable. Como señalan Delgado, Ràfols y Abadal: «Justamente uno de los males detectados y de los efectos indeseados del sistema de evaluación español es que la publicación se ha convertido en una obsesión para el investigador, que solo piensa en la mejor forma de empaquetar un trabajo y no en resolver los problemas científicos, técnicos y sociales que este puede elucidar o resolver. Publicar lo que sea y como sea se ha convertido en el lema de muchos investigadores en España y en otros países con sistemas de evaluación centrados en la publicación. La relevancia, novedad y originalidad

⁸ No voy a entrar aquí en la larga data e intensa influencia que tienen este tipo de estructuras de poder en la universidad española y que han sido objeto de severas críticas. Me limito a referir algunas referencias polémicas en las redes, como las intervenciones del profesor García Amado en su blog (2006a y 2006b) o en la prensa, como Sánchez Juárez (2015) o como Silió (2017). Desde el punto de vista literario, las novelas de Alfonso García Figueroa (2018) o de José Penalva (2011). Desde un punto de vista académico, destacaría aquí el debate que coordiné en el *Rincón de lecturas. Debatiendo* que se publicó en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, y en el que participaron los profesores Francisco Javier Álvarez García (2013), Araceli Sanchís de Miguel (2014), José Juan Moreso (2014) y Juan Antonio García Amado (2014). También merece la pena consultar de la Torre (2021) y desde una perspectiva institucional, también recomiendo el informe (y las críticas) entregadas al Excmo. Sr. Ministro de Educación, Cultura y Deporte, D. José Ignacio Wert Ortega, el 12 de febrero de 2013 por parte de los profesores M^a Teresa Miras-Portugal; Óscar Alzaga Villaamil; José Adolfo de Azcárraga Feliu; José Capmany Franco; Luis Garicano Gabilondo; Félix M. Goñi Urcelay; Rafael Puyol Antolín; Matías Rodríguez Inciarte y Mariola Urrea Corres (Wert, 2013). Desde un punto de vista social, también es de interés la reciente *Carta Abierta al ministro de Universidades, D. Joan Subirats Humet y al presidente de la conferencia de rectores, D. Juan Romo Urroz*, de la Federación de Jóvenes Investigadores (2022). Un último aspecto que merecería la pena significar es el riesgo no despreciable de que estas llamadas *escuelas* procedan a la ocupación institucional de las agencias reproduciendo estrategias endogámicas.

⁹ La Aneca ha suscrito el *Manifiesto de Leiden* que solo es parcialmente coincidente con la Declaración DORA y, en ese sentido, ha modificado sus criterios de evaluación de una forma ambigua. ANECA (2021).

tienen un peso mucho menor en la consecución de acreditaciones y méritos» (Delgado y otros, 2021, p. 4).

En esta línea de reforma del sistema de evaluación, un importante y promisorio esfuerzo radica en el Proceso de Reforma de la evaluación de la investigación que está promoviendo la Comisión Europea conjuntamente con la Asociación Europea de Universidades y la *Science Europe* al que se han sumado los Ministros de Ciencia de los Estados pertenecientes a la Unión Europea en una declaración del 10 de junio de 2022 (Coalition, 2022 y European Commission, 2022). El objetivo de este Acuerdo UE radica en que la investigación y los investigadores sean evaluados en función de sus méritos y resultados intrínsecos y no en función del número de publicaciones y, cuando se publiquen, promover el juicio cualitativo en *peer-review*, apoyado por un uso más responsable de los indicadores cuantitativos. Entre las medidas a adoptar, se modifican criterios hasta ahora centrales como la evaluación cuantitativa y referida a períodos breves en términos curriculares y recientes. La coherencia subjetiva de la investigación, la capacidad de innovar y propiciar nuevas perspectivas de la investigación y la continuidad temporal del proceso pasan a ocupar un lugar central en la evaluación individualizada de la calidad de los trabajos. Se está, por tanto, promoviendo una corrección importante de la evaluación de la investigación desarrollada en los últimos veinte años y del dato se pasa a la narración; del indicio de calidad cuantificable se pasa a la evaluación singular de la calidad y de la relevancia de la inmediatez se pasa a la visión de conjunto de la trayectoria. Obviamente, estos cambios no implicarán la solución de todos los problemas, pero suponen, a mi entender, una corrección relevante de muchos de los defectos generados por el sistema anterior.

En el apartado docente, la Universidad española también ha tenido un intenso cambio en los últimos años. La implantación del denominado Modelo Bolonia, auspiciado por la Declaración conjunta de los Ministros Europeos de Enseñanza de 19 de junio de 1999 en Bolonia sobre el Espacio Europeo de Educación Superior y las distintas adaptaciones del mismo que han realizado las universidades españolas, ha sintetizado el esfuerzo transformador más relevante en el ámbito docente. La implantación de este sistema que en el ámbito de las enseñanzas jurídicas resultó especialmente controvertido y en cuya crítica intervino con notoriedad el propio Manuel Atienza¹⁰. Entre las múltiples razones que subyacen a esta crítica, tales como su carácter cosmético, su relativa relevancia general al excepcionarse en su aplicación los estudios jurídicos de Francia, Alemania, Reino Unido y después Italia, etc. creo que destacan las razones ideológicas. «En el caso español, [dice Atienza] la introducción del neoliberalismo en la universidad se ha venido en llamar el Plan Bolonia y su consecuencia fundamental es la destrucción de la institución: la universidad española quizás no fuera excelente, pero al menos tenía algunas cosas positivas. Ahora, de lo que se trata es de introducir la lógica empresarial en la universidad, de manera que casi parece que hay que preguntarle a las empresas para que nos digan qué y cómo se debe enseñar» (Adrián, 2017, p. 18).

¹⁰ Atienza fue uno de los primeros firmantes del manifiesto contra el Plan y mantuvo una activa movilización contra el mismo. Véase Eduardo García de Enterría y otros, *Saquemos Derecho de Bolonia* (2009 y 2010). También en un sentido crítico, véase Francisco J. Laporta San Miguel (2010) y en uno más moderado Bartolomé Clavero (2022).

En este contexto crítico, considero que el Modelo Bolonia ha podido reportar algunas ventajas pedagógicas como una actualización de las formas de impartición de las enseñanzas, una mayor sensibilidad por la docencia interactiva frente al predominio casi absoluto de la clase magistral y un mayor control en la impartición efectiva de la totalidad de los programas docentes que se han visto recortados y adaptados al tiempo disponible para la impartición de cada asignatura. También ha propiciado un cambio en los sistemas de evaluación de los estudiantes rebajando la relevancia de los tradicionales exámenes y, con ello, disminuyendo la incidencia de los aprendizajes memorísticos y meramente reproductivos. Con todo, estos avances han resultado más bien cosméticos y, de últimas, quizá el éxito más relevante que ha propiciado la implantación del Modelo Bolonia se haya suscitado fuera del aula. En el sistema de enseñanza tradicional, el recurso de los estudiantes a las tutorías era prácticamente inexistente. Sin embargo, en la medida en que el modelo avanza en la profundización en la interacción con el estudiante, su proclividad a asistir a las tutorías y buscar una orientación específica se hace mucho más frecuente y cotidiana. Creo que una tutoría con un estudiante con interés reporta avances relevantes en su formación. Es probable que este nuevo marco de interacción haya propiciado una mayor cercanía tutor-estudiante, aunque ello se haya verificado sin dotaciones suplementarias de personal docente.

El éxito final de estas iniciativas promovidas por el Modelo Bolonia ha sido, en mi opinión, mucho más discreto que las expectativas que inicialmente pudo suscitar. Las deficiencias más significativas, desde un punto de vista docente, han radicado en dos ámbitos: la rigidez y la impracticabilidad. En el primer sentido, las propuestas, en principio plausibles, tendentes a fijar anticipadamente los contenidos específicos de la materia a impartir, a incrementar la previsibilidad de la impartición del programa de la asignatura y de su cadencia expositiva y a fijar la inflexibilidad de los procedimientos de evaluación han generado una dialéctica compleja en la relación profesor/alumno. El segundo ha podido ganar en algo de (aparente) seguridad, pero el primero ha perdido margen de maniobra para gestionar de la manera más efectiva el desenvolvimiento del curso y de liderar a sus estudiantes hacia el objetivo de alcanzar el mejor conocimiento posible de la materia. Estimo que el profesor es el profesional de la enseñanza y que su *oficio* es la mejor garantía de que el binomio responsabilidad-conocimiento cumpla con las funciones que le son encomendadas. La rigidez en la exigencia de la impartición de la materia, las dificultades en el recurso a explicaciones transversales, las limitaciones en adecuación a las circunstancias, etc. han supuesto un empobrecimiento de la enseñanza. En el segundo sentido, la realidad de las limitaciones de recursos disponibles ha llevado a que los grupos de prácticas o de seminarios, siguiendo las denominaciones más extendidas, sean demasiado numerosos (en torno a cuarenta estudiantes) e impidan, en la práctica, poder desarrollar un tipo de actividad discursiva, especulativa y constructiva. En numerosos tipos de enseñanzas, entre las que paradigmáticamente están ausentes las jurídicas y las humanidades, la enseñanza práctica está vinculada a la presentación de un problema y la exposición de su solución. En nuestro ámbito, incluso para aquellos que sostienen que existe una respuesta correcta, el método es discursivo, argumentativo y hermenéutico por lo que la pretensión de una dinámica problema/solución resulta una entelequia. En definitiva, el proyecto de impartir parte de la docencia en un modelo *tutorials* como se desarrolla en los grandes centros de enseñanza no deja de ser un ideal regu-

lativo en nuestros contextos. He tenido oportunidad de participar en las actividades docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford y en los *tutorials* de algunos de sus *colleges* y, efectivamente, constituyen un modelo atractivo en el que, sin embargo, los estudiantes suelen ser unos cinco y, como máximo, siete. Estamos muy lejos de poder contar con unos recursos mínimamente equiparables.

Una segunda derivada relevante en la instauración del Modelo Bolonia ha consistido en que, después de sucesivas variantes, el sistema de formación se haya reconducido a la fórmula de grado de cuatro años más máster de un año. Pareciera un caso más de los eternos retornos. Así, las características de una primera generación de reformas de los planes de estudio universitarios que se produjo en los años noventa y que en las enseñanzas jurídicas inició la senda del abandono de los planes de 1953, se acercaban a conformar unas licenciaturas que tenían cuatro años de duración y ofrecían una elevada optatividad que promovía la especialización de las distintas facultades de un mismo campo de estudios en las diferentes universidades (véase un buen resumen de la evolución en Infante, 2010). La enseñanza tradicional de cinco años de duración y con un elevado nivel de obligatoriedad en las asignaturas que conformaban su plan de estudios fue abandonada. Subsistieron las enseñanzas universitarias de tres años de duración a través de la fórmula de las diplomaturas y el sistema se completó con una reforma de las enseñanzas de doctorado que incrementaron la dimensión docente con los denominados cursos de doctorado y, posteriormente, la obtención de un diploma en estudios avanzados. Las reformas aprobadas con ocasión de la implantación de Bolonia han establecido una docencia de grado estándar de cuatro años de duración, con reducción de la optatividad y previsión de la realización de un trabajo de final de grado. La realización de un máster, bien profesional bien académico, de un año de duración que, en su caso, se acompaña también de un trabajo de final de máster y un programa de doctorado que prevé la obtención de algunos créditos de formación que complementan la realización de la tesis doctoral, cierran el sistema. Como decía, todo ello pareciera un nuevo caso de eterno retorno o *gatopardismo* académico en que parece que cambia todo para que no cambie nada.

Desde luego, algo hay de ello. Creo que los cambios radican en que se ha generalizado un segundo título universitario, el máster, y que con ello se propicia una cierta especialización del estudiante, en nuestro caso, con especial incidencia en el máster profesional para el ejercicio de la abogacía. Sin embargo, las modificaciones no son, en realidad, tan relevantes. Los másteres reportan una formación especializada, es cierto, pero que guarda continuidad con las tradicionales enseñanzas del grado. Esto puede observarse en la limitada interdisciplinariedad de los estudiantes de máster —en nuestro caso, los másteres jurídicos se nutren de manera prácticamente absoluta, de graduados en Derecho— y la tendencia a duplicar el seguimiento de másteres con una práctica, cada vez más extendida, de cursar un máster de habilitación profesional —en nuestro caso, como decía, el máster para el ejercicio de la abogacía— con otro máster con perfil sustantivo específico —en nuestro caso, Derecho público, Derecho privado, Derecho fiscal, Derecho laboral, Derecho europeo, etc.— y en ocasiones de manera simultánea. De esta forma, el panorama de la formación de máster sigue obedeciendo a una triple posibilidad que guarda continuidad con el sistema precedente. Por un lado, los tradicionales másteres en *business administration* (MBA) como complemento directivo para estudiantes de otras licenciaturas

o grados — en especial, ingenierías y médicas—; formación de habilitación profesional de carácter reglado —todas las ingenierías y la abogacía, a los que se añaden los másteres en formación pedagógica— y, finalmente, los másteres de orientación sustantiva que guardan continuidad con los estudios de grado de referencia. En gran medida, este horizonte de másteres son especializaciones en el ámbito del grado antecedente que, a su vez, fue recortado en un año lectivo. Por su parte, los estudios de doctorado vuelven, con pequeñas variaciones tendentes a recortar su duración, a la situación previa al Real Decreto 185/1985, de 23 de enero, por el que se regula(ba) el tercer ciclo de estudios universitarios, la obtención y expedición del título de Doctor y otros estudios postgraduados y bajo el cual, la realización la tesis doctoral consistía en el trabajo fundamental acompañado de algunos cursos de formación complementaria.

Así pues, creo que, de últimas, el efecto más relevante que ha propiciado esta reconfiguración del panorama universitario ha tendido a una reducción de la duración de los estudios de grado frente a los de licenciatura a costa, fundamentalmente, de las materias de carácter propedéutico y formativo y estas materias, por su parte, solo han tenido una proyección muy discreta en los planes de estudio de postgrado. El balance es que los estudios universitarios han ganado en ofrecer una formación más especializada y más orientada al ejercicio profesional, frente a la formación más amplia y generalista de los planes de estudio tradicionales (véanse Bellosio, 2009 y Pomares y Álvarez, 2020).

En el ámbito de los estudios jurídicos ello tiene unos efectos sumamente relevantes: materias tradicionales como el Derecho romano, la Historia del Derecho, el Derecho Eclesiástico del Estado (sustituto del clásico Derecho canónico), la Economía política, la Hacienda Pública y la filosofía del Derecho han visto reducida sustancialmente su implantación. Por demás, el viejo Derecho político ha sido abandonado y la teoría del Derecho (que ocupó sin solución de continuidad el espacio de la materia de Derecho natural) ha venido a recoger algunas migajas de aquel, a acentuar su carácter introductorio al Derecho y, de últimas, a restringir la exposición de las enseñanzas que más estrictamente concurrían en la impartición de dicha materia a la luz de la prolífica generación de manuales que se publicaron en los años noventa. Así pues, como contestaba Rodolfo Vázquez a preguntas del propio Manuel Atienza: «aquellos conocimientos o habilidades que no satisfagan las exigencias del mercado, o aquellos cuyo costo de implementación sea mayor que el beneficio producido para la sociedad, deben eliminarse. En esta lógica las ciencias sociales y las humanidades tenderán a desaparecer de los curricula universitarios» (Atienza, 2016, p. 200).

En definitiva, se ha consolidado un título formal de máster que ha abierto su espacio reduciendo la extensión de las licenciaturas en su reconversión en grados y revertiendo la tendencia de unos doctorados con amplios cursos de formación hacia la versión clásica de realización de la tesis doctoral con algún pequeño complemento de formación. Dicho título representa contenidos centralmente prácticos —no solo en sus vertientes profesionalizantes sino también en los de carácter universitario— y supone que, de últimas, la formación universitaria en su conjunto pierde parte del carácter formativo —científico, técnico, social o humanístico— que tenía atribuido tradicionalmente.

Esta reordenación de la universidad española como institución docente resulta funcional a las necesidades del mercado que requieren una ampliación de la formación de profesionales.

El relativo fracaso de las iniciativas académicas de potenciación de la tradicionalmente llamada formación profesional se ha conseguido, no tanto mediante el desarrollo de esta, cuanto mediante la profesionalización de los grados universitarios: más cortos, más ligeros, más diversificados. De forma complementaria, ha facilitado la financiación de la universidad pública mediante el incremento relativo de la financiación a causa de los estudios de máster y, de últimas, habilita de forma singular el control del acceso al ejercicio de profesiones regladas. En el pasivo de estos cambios, se encuentra la restricción o pérdida de importancia relativa de las materias generalistas, formativas y propedéuticas y, en nuestro caso, la pérdida de relevancia de nuestra disciplina y, lo que es más grave, la pérdida relativa del carácter humanista de la universidad como institución. Decía José Saramago: «La universidad es el último tramo formativo en el que el estudiante se puede convertir, con plena conciencia, en ciudadano; es el lugar de debate donde, por definición, el espíritu crítico tiene que florecer; un lugar de confrontación, no una isla donde el alumno desembarca para salir con un diploma» (2010/2015, p. 60).

Finalmente, quisiera añadir cuatro comentarios de menor entidad y una coda. El primero de ellos se refiere a la opción por la atribución de créditos (normalmente en una horquilla de 6 a 12 ECTS) a la realización de trabajos de investigación en la finalización de los estudios correspondientes, en especial los llamados trabajos de fin de grado y trabajos de fin de máster. Este espacio académico supone la oportunidad más relevante para el estudiante de acercarse a una dimensión creativa en la actividad intelectual y de vincularse con una actividad investigadora. En este sentido, considero que proporciona una oportunidad relevante para acreditar la capacidad de identificar un problema e intentar ofrecer una respuesta al mismo adoptando los métodos y exigencias estandarizados de los trabajos académicos. Esta valoración positiva debiera implicar una actitud de revalorización de la trascendencia de estos trabajos en el desarrollo curricular del estudiante y una responsabilidad específica por parte del profesorado que lo dirige y que lo evalúa. De esta forma, en el primer sentido, creo que debiera extenderse el hábito de tomarlo en consideración específicamente en los procesos de selección subsiguientes al título obtenido. En el segundo, llamaría la atención a que debe realizarse un esfuerzo de reconocimiento a esta tarea del profesor. Me temo que, de una forma aún más exagerada que en las críticas sobre el excesivo tamaño de los grupos de prácticas o de seminarios, los medios disponibles para que la atención del profesor al estudiante sea aceptable, están muy lejos del mínimo suficiente para que pueda desempeñar su labor y esta situación debiera ser corregida.

La segunda de ellas se refiere a la generalización de los procesos de evaluación de la calidad de la enseñanza. Creo recordar que, con algunas variaciones, hacia el curso 1989/90 comenzó a instaurarse el sistema de realización de encuestas de satisfacción entre los estudiantes. Desde entonces, se han realizado múltiples iniciativas tendentes a la mejora de la calidad docente en la universidad. El seguimiento de diversos cursos de orientación pedagógica y la realización de proyectos de mejora docente han sido, probablemente, las dos vías fundamentales por las que se ha desarrollado ese esfuerzo permanente de progreso. Como se señaló más arriba, la implantación del Modelo Bolonia ha contribuido a esta mejoría en la impartición docente, aunque, como también se indicaba, los éxitos alcanzados han sido muy discretos. Estas iniciativas han venido a confluir, por un lado, con una reducción del número de estudiantes propiciado porque empezaron a llegar a la universidad generaciones con tasas demográficas significativamente más

bajas y, por otro, con un crecimiento de las plantillas de profesorado hasta mediados de la primera década del siglo que han propiciado una mejora de la calidad de la enseñanza universitaria. Este proceso, de modo similar al generado en el ámbito de la investigación, ha intentado ser controlado mediante distintos sistemas de evaluación. De manera simultánea a la aprobación de los sexenios de evaluación de la investigación se adoptó la evaluación de la docencia mediante el sistema de quinquenios. Las significativas diferencias entre ambos radican en que estos han sido verificados por parte de las propias universidades y han sido adjudicados de manera generalizada siempre que se cumpliesen, en términos no conflictivos, las obligaciones docentes. En los últimos años, se ha venido generalizando el uso de sistemas más formalizados de evaluación, especialmente a través del denominado programa *Docentia*, y han empezado a tener proyección relevante sobre procesos de evaluación y acreditación de profesores¹¹. En términos generales, suponen sistemas de evaluación que siguen operando mediante indicadores formales y que dependen de manera relevante de los resultados de las encuestas de los estudiantes, encuestas en las que los ítems siguen siendo un número muy reducido, con cuestiones muy generales y que, en demasiadas ocasiones, establecen tendencia de continuidad entre la evaluación del profesor por sus alumnos con la de los alumnos por su profesor. La introducción de criterios más cualitativos y una más inmediata interacción entre estudiantes y académicos pueden corregir estas rigideces y, a tal efecto, las comisiones de calidad pueden contribuir de una manera relevante a ello identificando y neutralizando los casos en que se pueda producir por parte de los estudiantes, o por mejor decir de sus representantes, un uso estratégico e indebido de su poder, especialmente, ante profesorado no estable o no experimentado.

El tercer aspecto que debe ser señalado de forma relevante es el enorme impacto, todavía no debidamente ponderado, que la digitalización va a generar en la docencia universitaria. El desarrollo de la modalidad docente de los MOOCs tiene una enorme potencialidad de instauración de sistemas pedagógicos de amplísimo alcance. La utilización de vídeos que recogen auténticas *performances* en sustitución de las clases magistrales ha comenzado a emplearse en variados tipos de universidades, algunas de ellas, de referencia. La generalización del uso de materiales audiovisuales como complementos y, en su caso, alternativas a los materiales docentes tradicionales —no ya a los manuales sino a los materiales de estudio facilitados por el profesor— empieza a ser la pauta (véase Fontestad, 2021 y Sancho, 2021 y los comentarios que le siguen). La estandarización de sistemas de autoevaluación informatizada por parte de los estudiantes sobre contenidos específicos de las materias es progresivamente más común. El empleo de sistemas de conexión audiovisual en la relación personalizada entre profesor y estudiante empieza a ser un hábito extendido. Todavía es pronto para hacer pronósticos fiables, pero no creo que fuera desacertada la idea de que la tendencia es sustituir al profesor tradicional por un tutor que orienta el estudio personalizado del estudiante. El profesor tendrá, probablemente, grabado en formato audiovisual su curso que estará a disposición informática de los estudiantes y empleará en el mismo diversos materiales y recursos audiovisuales de apoyo. De esta forma,

¹¹ Este sistema, formalmente denominado Evaluación de la Actividad Docente del Profesorado Universitario (DOCENTIA), es uno de los programas promovido por la Aneca aunque su implantación efectiva se desarrolla en cada universidad.

su tarea más permanente será la orientación específica al estudiante en su proceso de aprendizaje que se perfila mucho más autónomo (véase, como experiencia, Sauca 2018). De confirmarse estos pronósticos, la revolución tecnológica y telemática puede brindar la oportunidad de retrotraer la caracterización de un profesor discente en la distancia hacia un profesor que ejerce el magisterio en la cercanía de la orientación del estudio, de las lecturas y de la sucesiva corrección de los ensayos creativos que el estudiante vaya realizando y que puedan ser controlados en cuanto a su eventual elaboración automatizada.

Finalmente, una última reflexión en el ámbito docente se refiere a un aspecto importante que ha sido ignorado durante la presente reflexión. Me refiero a la optatividad en la conformación de los planes de estudio universitarios. Durante los años cincuenta se aprobaron la mayoría de los planes de estudios universitarios en España. En el ámbito jurídico, el denominado Plan del 53 fue adoptado con carácter general (solo las Facultades de Derecho de Valencia y de Sevilla fueron modificando a partir de 1965 su estructura) y ha tenido una larga vigencia. Hasta la década de los noventa del siglo pasado se mantuvieron estables y comenzaron a ser progresivamente modificados¹². Una de las características de dichas modificaciones radicaba en promover un incremento en las asignaturas optativas de los programas pretendiendo con ello dos objetivos fundamentales: por una parte, incrementar la libertad del estudiante a la hora de orientar una línea de formación más específica y, por otra, promover la autonomía institucional de las facultades a la hora de diseñar currículos en los que aprovechar sus fortalezas comparativas. El resultado de estos planes de estudios ha supuesto un éxito muy moderado tanto de cara a un objetivo como a otro. En general, las áreas de conocimiento han reproducido como asignaturas optativas partes de los temas de sus asignaturas troncales y con elevado grado de homogeneidad. Esta tendencia ha sido reforzada con la implantación del Modelo Bolonia. Su implantación ha concentrado los programas de estudio en asignaturas obligatorias y de formación básica y ha reducido los márgenes de optatividad. Además, la implantación de los másteres ha venido a atender esa necesidad de especialización. Por todo ello, la incidencia de las asignaturas optativas ha devenido mucho más moderada que las previsiones que acompañaron las modificaciones de los planes de estudio de mediados de siglo pasado. Un último aspecto de influencia parcial pero intensa en este sentido se ha producido por la generalización de los denominados dobles grados (o estudios conjuntos). Este sistema ha tenido un amplio desarrollo durante la segunda década de este siglo y algunas universidades han apostado decididamente por este modelo docente. En su favor, se ha de señalar que ha conseguido atraer a los estudiantes con mejores calificaciones de la enseñanza media, aunque es mucho más discutible que haya llegado a integrar y sintetizar una formación interdisciplinaria entre los estudios conjuntados. En términos generales, estos concurren paralelamente y sin intersecciones —y menos aún, integraciones— entre sí. Sin embargo, el fenómeno que quisiera destacar aquí es que la articulación de dos grados con una reducción de aproximadamente un 25% de las horas lectivas en relación a la adición de cada uno de los grados por independiente se ha verificado, fundamentalmente,

¹² Este proceso se inició a partir del Real Decreto 1497/1987, de 27 de noviembre, por el que se establecen directrices generales comunes de los planes de estudio de los títulos universitarios de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional en desarrollo de la LRU.

por la supresión de las asignaturas optativas de forma que, quizá en un nuevo eterno retorno, se ha vuelto a estandarizar un programa uniforme con escasas variaciones para los (mejores) estudiantes. Esta tendencia a la reducción de la optatividad resulta, por demás, funcional de cara a un reforzamiento del carácter básico y de reforzamiento del perfil profesional de los actuales grados universitarios. En definitiva, las expectativas de una configuración más original de los currículums individuales de los estudiantes o de los planes institucionales de formación se ha visto, en la práctica, olvidado¹³.

A estas notas que pretenden caracterizar la situación de la docencia universitaria hoy quisiera añadir una coda. Esta se refiere al generalizado tratamiento de la tarea docente como una carga, la denominada *carga docente*, y que como tal carga cumple dos efectos perversos. Por un lado, un efecto colectivo y que se refiere a la utilización de la misma como criterio prácticamente exclusivo para determinar la justificación presupuestaria de la dotación de plazas universitarias. La tarea universitaria es significativamente más amplia que la actividad docente y, sin embargo, solo ella (y de una forma parcial pues, frecuentemente, excluye toda aquella actividad docente que no sea mera impartición de clases) sirve para habilitar las condiciones burocráticas para la determinación del perfil de los profesores. Ello genera, obviamente, importantes disfunciones a la hora de determinar los planes de estudio y el tipo de formación de los estudiantes, así como, y por otra parte, coarta la progresión de investigaciones avanzadas, innovadoras e interdisciplinarias. Por otro lado, genera un efecto perverso individual consistente en utilizar la liberación de la carga (docente) como sistema de incentivo o de premio para aquellos profesores que destacan por otros motivos como su rendimiento en la investigación acreditado mediante la concesión de sexenios, el desempeño de funciones académicas de especial relevancia fuera de la universidad o, de últimas, el desempeño de funciones burocráticas en la estructura administrativa de las universidades. Todo ello podría llevar a pensar en que el principio inspirador de estas medidas —premiar a los profesores destacados liberándoles de cargas— conduce a que los más destacados profesores no den clase o, al menos, den menos clases con lo que el efecto resultante podría ser el de ofrecer una docencia de menor calidad de la potencialmente disponible. Esta devaluación de la tarea docente opera, además, en dos sentidos. Por un lado, aquellos profesores que acreditan un mayor éxito académico en alguna dimensión y que quedan liberados, en mayor o menor medida, de sus responsabilidades docentes imputan la atención de su déficit discente a los colegas con menor éxito académico, esto es, que el, digamos, mejor profesor sea el que menos ejerza esta tarea. Por otro, la situación alternativa a que sea el profesor menos exitoso el que se encarga de las tareas docentes consiste en recurrir a profesores no profesionales. Este fenómeno de, valga el juego de palabras, profesionales no profesores profesionales que son llamados a desarrollar tareas docentes mediante la fórmula de profesor asociado supone, en términos generales, una devaluación aún más definitiva de esta función discente y, por demás, la generalización de una práctica indebida. En conclusión, la tarea docente es exigente y sacrificada, como también lo es la investigación y la transferencia y la innovación, pero considero que un modelo en el que los

¹³ En esta línea y con relación a los niveles formativos propuestos para la enseñanza del Derecho susceptibles de ser proyectados en, al menos, las ciencias sociales y humanidades, véase Juan Antonio Pérez Lledó (2002, pp. 210 y ss.).

premios a los rendimientos en estos apartados (o en los de desempeños burocráticos) sean rebajar la tarea docente imputándosela a colegas menos exitosos o, directamente, a profesores ocasionales, supone una impugnación del modelo humboltiano de universidad dedicada a la docencia y la investigación sin rehabilitar ni la universidad medieval ni la école napoleónica. Los reconocimientos a los profesores más exitosos debieran, obviamente, ser hechos mediante, entre otras, fórmulas de reconocimiento salarial pero no de restricción en una de sus tareas específicas y en demérito de los estudiantes. Ciertamente, esta estrategia de reducciones docentes es funcional a una docencia universitaria más profesionalizante pero, como he venido señalando en varias ocasiones, ello se realiza a costa de rebajar su calidad académica.

Un último apartado en estas consideraciones sobre la universidad española en la actualidad se refiere a la dimensión de la transferencia e innovación. Esta dimensión ha sido objeto de promoción desde hace décadas y se abordaba generalmente mediante las fórmulas de articulación entre universidad y sociedad o, con creciente frecuencia, entre universidad y empresa. El surgimiento de los consejos sociales en la Ley de Reforma Universitaria pudo constituirse como uno de los hitos institucionales de esta expectativa y ha sido largamente reforzado por el desarrollo de los parques industriales y tecnológicos en los que los investigadores universitarios participan en diversas modalidades de articulación de su tarea con empresas y otras organizaciones. En este marco general tendente a intensificar una articulación más estrecha entre la política científica —en países como España la investigación se localiza fundamentalmente en las universidades— y la política industrial y tecnológica general, los sistemas de orientación de la investigación —y, significativamente, la política orientadora de la financiación pública de los proyectos de investigación— han abierto un espacio de creciente relevancia en torno a la innovación y la transferencia de conocimiento. Este consiste en promover que los universitarios no solo actúen en el ámbito de la investigación básica, sino que orienten, en alguna medida, su actividad investigadora hacia la consecución de resultados específicos y concretos de relevancia económica, social o cultural. Un hito importante en este proceso ha venido a ser constituido por la sustitución de un inoperativo Campo 0 en los sistemas sexenales de evaluación de la investigación por la creación del denominado sexenio de transferencia e innovación en la convocatoria de 2018 y que parece que apunta un sistema con continuidad. Considero que esta vía abre incentivos al desarrollo de un campo promisorio en el reforzamiento de esta dimensión de la actividad del académico universitario. En la medida en que el *know how* universitario pueda revertir en la sociedad de una manera inmediata y contribuya a la solución de cuestiones sociales, económicas, políticas y culturales, estas medidas desempeñan una función útil, financieramente positiva y, de últimas, contribuyen a la corrección de los riesgos de las inercias universitarias autorreferentes en la investigación y en la acumulación de años en responsabilidades administrativas en la estructura universitaria.

En conclusión, creo que en los años que median entre la universidad a la que accedí en mi postgrado y que se enmarcaba en el horizonte de la LRU, y la actual se han producido cambios relevantes más allá de los cambios legislativos, modificaciones en los sistemas de selección del profesorado y variaciones en los planes de estudio y métodos docentes. Entre todos ellos, no es cuestión menor el incremento en las plantillas de los docentes universitarios y tengo la creencia de que, en términos generales, se ha alcanzado un nivel medio, si no equiparable al de una

previa universidad elitista, al menos, homologable en términos internacionales. Ello no es un logro menor aun cuando en el balance siga habiendo signos de preocupación profunda. La acción conjunta de una serie de instrumentos concurrentes que se han mencionado —en especial la lucha contra las variadas formas de corrupción del sistema así como contra la corporativización burocrática de las dinámicas institucionales— con la reorientación de la actividad del profesorado universitario hacia una investigación conducente a la innovación y a la búsqueda de aportaciones y soluciones más que a la lógica autorreferencial de la publicación por sí misma, constituye una empresa atractiva y promisoría que justifica sobradamente un relevante esfuerzo de incremento de los recursos económicos necesarios para ello. Estos esfuerzos debieran abarcar también, y de forma destacada, una rehabilitación de la tarea docente que permanece aún como un reto pendiente. Su reto consiste en articular una preparación técnico-profesional de los estudiantes con una formación generalista, crítica y socialmente responsable que propicie la recuperación de su carácter de clase materialmente dirigente de la sociedad, de una sociedad del conocimiento, y su consolidación como estamento social central de proyección de una ciudadanía plena, de una democracia. Como decía el propio Manuel Atienza,

«(...) no es que no haya que formar a los estudiantes para que puedan al final de sus estudios lograr un empleo. Pero la universidad debe cumplir también otras funciones, y una de ellas tendría que ser la de crítica social, a la que parece haberse renunciado prácticamente del todo. A mí me sorprende cada vez más la llamativa falta de espíritu crítico que uno encuentra hoy en la universidad española, tanto entre los estudiantes como entre los profesores. Digamos que aquí se ha producido, para utilizar la terminología de Habermas, una completa colonización del mundo de la vida, de un aspecto del mismo, por parte del sistema económico-administrativo. Y esto es particularmente grave en un momento en el que se necesitaría introducir cambios drásticos en el mundo si no queremos renunciar sin más a que haya un futuro. Y me temo que para ese cambio no se puede contar mucho con la universidad, por lo menos si continúa la dinámica de los últimos tiempos» (Adrián, 2017, p. 18).

Así, ante el desánimo en que, en ocasiones, parece incurrir Atienza, resulta más actual que nunca recuperar su viejo comentario a un libro de Juan Ramón Capella y ser conscientes de que «confiar en que la capacidad de soñar de los humanos termine por modificar la propia realidad probablemente no sea ya un sueño, sino más bien una ensoñación». Sin embargo, aunque «ninguna de las opciones políticas existentes o que se dibujan como posibles en un horizonte próximo parece aceptable, (...) al mismo tiempo tampoco parece aceptable no tomar opción, esto es, no participar en la praxis social» (Atienza, 1986, p. 648). Así pues, también en la universidad, queda tarea...

REFERENCIAS

Adrián, J. (2017). *Entrevista al Profesor Manuel Atienza*. Lima, diciembre. [<https://edwinfigue-roag.wordpress.com/2019/03/06/entrevista-a-manuel-atiienza-rodriguez-por-javier-adrian/entrevista-de-javier-adrian-a-manuel-atiienza-pdf/>].

- Alvarez García, F.J. (2013). Debatiendo: La selección del profesorado en la universidad española. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 5, pp. 139-158.
- Álvarez Olalla, P. (2023). Perspectiva de género en el ámbito del Derecho civil. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25 (en prensa).
- Andrés Saénz de Santa María, P. (2022). La formación del jurista de mediados del siglo XXI. Actualización y equilibrio. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, pp. 441-445.
- ANECA (2021). *Principios y directrices para la actualización de criterios de evaluación de la investigación de ANECA 2021*. <http://www.aneca.es/content/download/16660/202193/file/210930>.
- Arenilla Sáez, M. (2021). La necesaria reforma de la universidad española. *Revista de Derecho Político*, 110, enero-abril, pp. 13-46.
- Atienza, M. (2022). Cinco ideas para la formación del jurista de mediados del siglo XXI. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, pp. 365-378.
- (2020). *Una apología del Derecho y otros ensayos*, Trotta.
- (2018). *Una apología del Derecho. Lección inaugural del curso 2018-2019*, Alicante: Universidad de Alicante, el 13 de septiembre de 2018. <http://lamiradadepeitho.blogspot.com/2018/09/una-apologia-del-derecho.html>.
- (2017a). *Filosofía del Derecho y transformación social*. Trotta.
- (2017b). El juez perfecto. *Jueces para la democracia*, 90, pp. 43-48.
- (2016). Entrevista a Rodolfo Vázquez. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 45, octubre, pp. 191-218.
- (2014). Ética para fiscales. *Jueces para la democracia*, 79, pp. 5-17.
- (2013a). *Curso de argumentación jurídica*. Trotta.
- (2013b). De cercos, naufragios y otros desastres.» *Claves de razón práctica*, 230, sept-oct, pp. 100-107.
- (2010). Prólogo». Gianrico Carofiglio, *El arte de la duda*, Marcial Pons, pp. 9-20.
- (2003). Ética judicial ¿Por qué no un código deontológico para jueces? *Jueces para la democracia*, 46, pp. 43-46.
- (1989). Contribución para una teoría de la legislación. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 6, pp. 385-403.
- (1986). Entre la pesadilla y el sueño. Comentario al libro de Juan Ramón Capella *Entre sueños* (Icaria, Barcelona, 1985). *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo III, pp. 640-648.
- (1985). *Introducción al Derecho*. Barcanova.
- Barona Vilar, S. (2022). Psicoanálisis de la enseñanza del derecho en el siglo XXI. ¿Evolución, revolución o caquexia? *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, pp. 411-440.
- Belloso Martín, N. (2009). La construcción del Espacio Europeo de Educación Superior —EEES— en las universidades españolas. *Seqüència: estudos jurídicos e políticos*, 30 (59), pp. 219-251.
- Bordieu, P. (2008). *Homo Academicus*. Siglo XXI Editores. [Original, Les Éditions du Minuit, 1984].
- Calvo González-Vallinas, D. (2022). Futuro de la formación jurídica. Especial aproximación al sistema de oposiciones. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 411-419.

- Crespo Barquero, P.J. (2022). La formación como factor de configuración y articulación institucional. El (¿mal?) ejemplo del Ministerio Fiscal. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 374-401.
- Clavero, B. (2022). «Retrospección de un historiador jurista en tiempos posboloñeses». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, pp. 379-388.
- Coalition on research assessment reform. (2022). Agreement on Reforming Research Assessment. 20 July. [https://coara.eu/app/uploads/2022/09/2022_07_19_rra_agreement_final.pdf].
- Delgado López-Cózar, E., I. Ráfols y E. Abadal (2021). Medidas insuficientes para un cambio en la evaluación de la investigación en España: glosando las nuevas directrices de la ANECA. *Recerca, Revista de Pensament i Anàlisi*, 27 (2), pp. 1-10.
- Díaz, E. (1984). *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus.
- Díez-Picazo, L. M. (2022). Sobre la enseñanza del Derecho en España. Un alegato. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, pp. 469-475.
- European Commission (2022). The Commission signs the Agreement on Reforming Research Assessment and endorses the San Francisco Declaration on Research Assessment. [https://research-and-innovation.ec.europa.eu/news/all-research-and-innovation-news/commission-signs-agreement-reforming-research-assessment-and-endorses-san-francisco-declaration-2022-11-08_en].
- Federación de Jóvenes Investigadores. (2022). Endogamia y corrupción generalizada en la Universidad española: ¿seguimos mirando hacia otro lado? Carta Abierta al ministro de Universidades, D. Joan Subirats Humet y al presidente de la conferencia de rectores, D. Juan Romo Urroz. *El País*. 18 mayo. [https://elpais.com/educacion/2022-05-18/endogamia-y-corrupcion-generalizada-en-la-universidad-espanola-seguimos-mirando-hacia-otro-lado.html?rel=buscador_noticias].
- Fernández-Ríos, L. (2022). *Vida psíquica del factor de impacto: obsesión institucional por publicar*, Editorial Aula Magna; McGraw.
- Fontestad Portales, L. y M^a. N. Jiménez López (2021). *Reflexiones sobre la innovación docente en la enseñanza universitaria*, Pamplona; Aranzadi.
- García Amado, J.A. (2014). Debatiendo: Lo real y lo aparente en la selección y promoción del profesorado universitario. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 6, pp. 326-337.
- (2006a). Unimafias. Blog *Lex dura sed lex*. (2 de febrero). <http://garciamado.blogspot.com/search?q=unimafias>
- (2006b). El principio constitucional de mérito y rapacidad. Blog *Lex dura sed lex*. (25 de abril). <http://garciamado.blogspot.com/2006/04/el-principio-constitucional-de-mrito-y.html>
- García de Enterría, E. y otros. (2009). Saquemos Derecho de Bolonia. *El Cronista del Estado Social y Democrático*, número 6, reproducido en *Notario del Siglo XXI*, 26. [<https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-26?id=1539:saquemos-los-estudios-de-derecho-del-proceso-de-bolonia-0-18877995776830236>].
- García de Enterría, E. y otros. (2010). Saquemos Derecho de Bolonia. Lorenzo Cotino Hueso y Miguel Presno Linera (coords.), *Innovación educativa del Derecho constitucional. Reflexio-*

- nes, métodos y experiencias* docentes, Servei de Publicacions de la Universitat de València, pp. 280-283.
- García Figueroa, A. (2018). Olvidanza y atrevimiento. Un campus sembrado de bufones, sicarios y chaperos. Grupo Editorial Círculo Rojo.
- Gibertoni, D. y otros (2020). Declaración de San Francisco de Evaluación (DORA). https://sfdora.org/wp-content/uploads/2020/12/DORA_Spanish.pdf].
- Gil Ruiz, J.M (2023). El valor transformador del paradigma iusfeminista en las universidades españolas. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25 (en prensa).
- Giner de los Ríos, F. (1916). «Sobre reformas en nuestras Universidades», *Obras Completas*, Tomo II, La Universidad española, Madrid: Imprenta Clásica Española, pp. 1-149.
- Guaglianone, A. (2013). *Políticas de evaluación y acreditación en las universidades argentinas*. Teseo.
- Infante Díaz, J. (2010). La reforma de los planes de estudio universitarios de la España democrática (1977-2000). *Revista de Educación*, 351, enero-abril, pp. 259-282.
- Kagan, R.L. (1981). *Universidad y sociedad en la España Moderna*, trad. L. Toharia, Tecnos.
- Laporta San Miguel, F.J. (2010). El proceso de Bolonia y nuestras Facultades de Derecho. *Revista de Estudios Jurídicos*, 1, 12/ (Segunda época), pp. 1-10.
- Laporta, F.J. (2002). A modo de introducción: la naturaleza de las reflexiones sobre la enseñanza del Derecho. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, nº 6, pp. 13-24.
- Latorre, A. (1964). *Universidad y sociedad*. Ariel.
- Legaz y Lacambra, L. (1972). *Filosofía del Derecho*. Bosch.
- López Guerra, L. (2022). Enseñanza del Derecho. Breves enfoques macro y micro. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 362-369.
- Martín Rebollo, L. (2022). Sobre la formación del jurista del siglo XXI (un retablo más o menos utópico con Bolonia como fondo). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, pp. 446-468.
- Martínez-Fresneda Ortiz de Solórzano, G. (2022). Preparación de los futuros abogados. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 420-424.
- Menor Sánchez, P. (2022). Reflexiones sobre la formación de los abogados en el siglo XXI. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 425-431.
- Mentxaka, R. (2022). Reflexiones de una romanista analógica sobre la formación jurídica (¿virtual?) del siglo XXI. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, pp. 389— 404.
- Ministros Europeos de Enseñanza. (1999). Declaración de Bolonia. Ministros Europeos de Enseñanza. [<https://www.educacionyfp.gob.es/dctm/boloniaeees/documentos/02que/declaracionbolonia.pdf?documentId=0901e72b8004aa6a>].
- Moreso, J.J. (2014). Debatiendo: Por un modelo colegial. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 6, pp. 318-325.
- Nino, C.S. (1983). *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel.
- Ollero Tassara, A. (2022). ¿Qué puede aportar sobre la formación del jurista un viejo profesor? *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 370-373.
- Ortega y Gasset, J. (1983). Misión de la universidad. *Obras Completas*, 1ª ed., Tomo IV, Madrid: Alianza Editorial, pp. 311-353.

- Peces Barba, G. (1983). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Debate.
- Penalva, J. (2011). Corrupción en la Universidad. El ocaso de la educación. El triunfo de la endogamia, Prólogo de Alejo Vidal-Quadras. Ciudadela.
- Pérez Lledó, J.A. (2002). Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM), 6, pp. 197-268.
- Peset Reig, M. y J.L. Peset Reig (1974). *La Universidad española (siglos XVIII y XIX). Despotismo Ilustrado y revolución liberal*, Taurus.
- Pomares Cintas, E. y F. J. Álvarez García (2020). La adaptación al Espacio Europeo de Educación Superior, 13 años después: la destrucción del saber en las universidades españolas. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, 19, pp. 184-213.
- Puebla, A. de la (2023). La perspectiva de género en la disciplina laboral y de protección social: fundamento y límites. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, 25 (en prensa).
- Quintero Olivares, J. (2022). La formación del jurista en España en la actualidad. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, 22, pp. 484-490.
- Ramos Fernández-Torrecilla, F. (2022). La reforma de la selección y formación de los altos cuerpos de las Administraciones Públicas relacionados con las profesiones jurídicas. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, 23, pp. 402-410.
- Recasens Siches, L. (1965). *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Porrúa.
- Ringer, F.K. (1995). *El ocaso de los mandarines alemanes: catedráticos, profesores y la comunidad académica alemana, 1890-1933*. Pomares-Corredor.
- Ruiz, J. (2022). *Edificio España. El peligro de la desigualdad*. Espasa.
- Sáez Castro, Daniel. (2022). La formación del jurista en el siglo XXI desde la perspectiva del ejercicio profesional de la abogacía en un despacho de abogados. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, 23, pp. 432-437.
- Salvador Coderch, P. (2022). La enseñanza del derecho en España y el acceso a las profesiones jurídicas. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, 22, pp. 405-410.
- Sanchís de Miguel, M^a.A. (2014). Debatiendo: La selección del profesorado en la universidad española (II). Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, 6, pp. 312-317.
- Sánchez Juárez, A. (2015). La Universidad Antonio de Nebrija cesa a su decano sin titulación universitaria. El Confidencial (11 noviembre) [https://www.elconfidencial.com/sociedad/2015-11-11/escandalo-en-la-universidad-antonio-de-nebrija-o-la-historia-del-decano-sin-titulacion-universitaria_1091542].
- Sancho Gil, J.M. (2021). Quo vadis university». Cultura y Educación. Revista de Teoría, investigación y práctica, 33, (2), pp. 387-411.
- Saramago, J. (2010). *Democracia y Universidad*. Conferencia pronunciada en la Universidad Complutense de Madrid en el Foro Complutense, celebrado en mayo de 2010. (Se sigue en Fernando Bandrés Moya. (2015). Tres problemas y tres soluciones para la Universidad española del siglo XXI. CIAN. Revista de la Historia de las Universidades, 18/1, pp. 55-78.
- Sauca Cano, J.M. (dir.) (2022a). La formación del jurista de mediados del siglo XXI (VI). Universidad Carlos III de Madrid. (18 de noviembre). [<https://www.youtube.com/watch?v=RfWMVNDjMn8&t=3s>].

- (dir.) (2022b). La formación del jurista de mediados del siglo XXI (V). Universidad Carlos III de Madrid. (21 de abril). [<https://media.uc3m.es/video/626b8d-528f4208492a8b4573>].
- (dir.) (2022c). La formación del jurista de mediados del siglo XXI (IV). Universidad Carlos III de Madrid. (4 de abril). [<https://media.uc3m.es/video/6225cb328f42087d0b-8b46b0>].
- (dir.) (2022d). La formación del jurista de mediados del siglo XXI (III). Universidad Carlos III de Madrid. (21 de febrero). [<https://media.uc3m.es/video/6218ca278f42080b-c38b458c>].
- (dir.) (2022e). La formación del jurista de mediados del siglo XXI (II). Universidad Carlos III de Madrid. (27 de enero). [<https://media.uc3m.es/video/61f2d9488f420889f08b4574>].
- (dir.) (2021). La formación del jurista de mediados del siglo XXI (I). Universidad Carlos III de Madrid. (16 de diciembre). [<https://media.uc3m.es/video/61c1aa1b-8f420831038b4569>].
- (2018). Course on *Good Governance and Anti-Corruption*. OSCE e-learning (OSCE: OCEEA-01) designed as a MOOC. [<https://elearning.osce.org/courses/course-v1:OSCE+OCEEA-01+2021-02/about>].
- Silió, E. (2017). El rector de los plagios se despide con críticas a la justicia «a golpe de titular». El País, (29 de enero) [https://elpais.com/politica/2017/01/27/actualidad/1485557863_745427.html].
- Torre, E.M. de la, C. Perez-Esparrells y T. Romero-Madrid (2021). Academic inbreeding in the Spanish public university system: a review of its institutional and context determinants. *Culture and Education, Cultura y Educación*, 33, 2, pp. 229-258.
- Wert Ortega, J.I. y otros (2013). Propuestas para la Reforma y Mejora de la Calidad y Eficiencia del Sistema Universitario Español. [<https://www.usc.gal/export9/sites/webinstitucional/gl/web/descargas/propuestas-reforma.pdf>].
- Zornoza Pérez, J. (2022). La formación del jurista a mediados del siglo XXI. Más preguntas que respuestas. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, pp. 476-483.

DESPEDIDA

UN ABRAZO FINAL

ERNESTO GARZÓN VALDÉS

Universidad de Mainz (Alemania)

Para Manolo Atienza, modelo de generosidad intelectual y jurista ejemplar con el fraternal afecto de Ernesto Garzón Valdés

LEER A MANUEL ATIENZA. Se trata de un libro homenaje a Manuel Atienza Rodríguez, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, y figura española de dimensión internacional cuyas ideas son discutidas en el libro por más de cuarenta especialistas en la materia. El contenido se articula en siete capítulos generales: Carácter, personalidad, vocación; Ética y metaética; Filosofía del derecho y teoría pospositivista del derecho; Estructura y piezas del derecho; Argumentación jurídica; De cine y literatura en su relación con el derecho; Deontología de las profesiones jurídicas; Sobre la Universidad. En cada uno de ellos un grupo de especialistas analiza las aportaciones del profesor Atienza y las somete a crítica en una lectura y un diálogo. No es, pues, un homenaje a la usanza tradicional, sino un intercambio de ideas y problemas de filosofía y teoría del derecho.

