

¿Positivismismo o pospositivismo?*

Conversatorio entre Manuel Atienza y Antonio García Amado

El 27 de septiembre de 2023, en el Salón Rojo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, tuvo lugar el conversatorio entre los profesores Manuel Atienza¹ (catedrático de la Universidad de Alicante, España) y Juan Antonio García Amado² (catedrático de la Universidad de León, España),³ denominado “¿Positivismismo o pospositivismo?”. La presentación estuvo a cargo del decano Leandro Vergara y el encuentro fue moderado por el profesor Juan Pablo Alonso.

MANUEL ATIENZA— Buenas tardes. Me da mucho gusto participar aquí en este debate, si bien tengo la impresión de jugar en la cancha del equipo contrario. Sin duda, la Facultad de Derecho de la UBA viene a ser algo así como el templo del positivismo jurídico por antonomasia, y mi papel en este debate consiste en criticar esa concepción del derecho. De manera que, puesto que me toca jugar fuera, espero que sean comprensivos conmigo; digamos, para compensar esa desventaja inicial.

* Edición al cuidado de Leandro Abel Martínez. Transcripción y corrección a cargo de Clarisa Vittoni.

1. Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Doctor *honoris causa* por la Universidad de Buenos Aires; manuel.atienza@ua.es.

2. Juan Antonio García Amado, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de León, Doctor *honoris causa* por la Universidad de Buenos Aires; jagara@unileon.es.

3. Al día siguiente, Juan Antonio García Amado fue distinguido como Doctor *honoris causa* de la Universidad de Buenos Aires. El elogio académico estuvo a cargo Leandro Vergara y el profesor Andrés Rosler. Por su parte, el homenajeado dictó su conferencia magistral de investidura titulada “El Derecho no es lo que se enseña. Propuestas para reconstruir la enseñanza y la investigación jurídica”.

Había preparado diez puntitos, muy cortos, pero no sé si me va a dar tiempo a enunciarlos en estos diez primeros minutos que me corresponden en este debate entre el positivismo y el pospositivismo, con mi buen amigo Juan Antonio García Amado. Voy a intentarlo.

1) Empiezo por señalar un acuerdo que, me parece, existe entre todos nosotros, en el sentido de que vivimos en un momento jurídico distinto en relación con lo que fue el derecho de hace algunas décadas. Quiero decir que hoy vivimos en el contexto de lo que suele llamarse el “constitucionalismo jurídico”. Para los positivistas, esa diferencia consistiría simplemente o fundamentalmente en que la pirámide normativa tiene ahora un piso más, pero se trataría de una diferencia, por así decirlo, simplemente formal. Mientras que los pospositivistas defienden que el cambio es también sustantivo, o sea, que el constitucionalismo de nuestros días requiere también tomar en consideración elementos materiales y valorativos.

2) Mi segunda tesis sería esta. La crítica que dirigir al positivismo jurídico es, fundamentalmente, una crítica histórica. Para explicarla tengo que hacer referencia a la obra de un filósofo del derecho español poco conocido, Felipe González Vicén, pero que, en mi opinión, es el autor de los trabajos más esclarecedores que se han escrito (en las décadas centrales del siglo pasado) sobre el positivismo jurídico. El positivismo jurídico, para él, es un *hecho histórico*, ligado a los grandes cambios en el derecho (del mundo occidental) que se producen hacia finales del XVIII y comienzos del XIX. Como tal hecho histórico, esa concepción del derecho fue funcional (sirvió como teoría para explicar los sistemas jurídicos) a lo largo de todo el siglo XIX y hasta las décadas finales del XX (cuando irrumpe el fenómeno del constitucionalismo al que antes me refería). González Vicén (que fue un defensor del positivismo jurídico) citaba una frase de Ernst Bloch que venía a decir que la escuela histórica del derecho (una de las primeras direcciones de positivismo jurídico) había “crucificado al derecho natural en la cruz de la historia”. Y a mí me gusta, inspirándome en esa idea, afirmar que, de manera semejante, el constitucionalismo contemporáneo ha “crucificado al positivismo jurídico en la cruz de la Constitución”. Por eso digo que mi crítica al positivismo jurídico es histórica. Si yo no soy positivista jurídico es porque me parece que el fenómeno jurídico del que hoy nos toca ocuparnos a los teóricos del derecho es muy distinto a lo que fue más o menos en los dos últimos siglos.

3) “Pospositivismo jurídico” es, ciertamente, una expresión ambigua. Por un lado, hace referencia a algo (una concepción del derecho) que viene detrás de (presupone) la iuspositivista, como efectivamente ha ocurrido. Pero, por otro lado (o, al mismo tiempo) implica también una *superación* del positivismo jurídico, entendiendo lo de “superación” aproximadamente en el sentido de la dialéctica hegeliana o marxista. Al tratarse de una superación, no cabe pensar que lo producido por los autores iuspositivistas carezca de todo valor y tengamos, sin más, que prescindir de ello, que echarlo a la basura. No. Lo que quiere decir es que se necesita ir *más allá del positivismo jurídico*, que es el título que pusimos Juan Ruiz Manero y yo a un artículo que escribimos hace tiempo sobre el asunto.

4) Lo que caracteriza al pospositivismo jurídico es ser una concepción dualista del derecho. Quiere decirse con ello que el derecho es, naturalmente, un sistema de normas (de carácter coactivo, dinámico e institucionalizado: no entro en detalles), pero también y sobre todo una práctica social orientada al logro de ciertos fines y valores (en nuestros días: los del constitucionalismo).

5) El pospositivismo no es, por lo tanto, ni *iusnaturalismo* ni lo que se suele llamar *neoconstitucionalismo*. No entro en detalles, quizás luego podamos discutirlo con más detalle. Pero me gustaría aclarar desde el principio que, en mi opinión, el llamado neoconstitucionalismo no es una concepción del derecho a la que pueda darse mucho crédito y, desde luego, nada, o muy poco, tiene que ver con el pospositivismo.

6) Las tres concepciones del derecho de mayor influencia en los últimos tiempos, simplificando un poco las cosas, serían el iusnaturalismo, el positivismo analítico y la teoría crítica del derecho. Cada una de ellas ha aportado algo importante. A los positivistas les debemos, sobre todo, el método analítico. Un método que fue extraordinariamente fructífero durante mucho tiempo, pero que lamentablemente derivó con mucha frecuencia (aunque con algunas excepciones) en puro escolasticismo. Hablando en términos generales, lo que uno encuentra en los trabajos de los positivistas jurídicos de los últimos tiempos son cuestiones muy poco interesantes. Por lo que se refiere a los iusnaturalistas, me parece que lo más valioso que se encuentra en esa tradición es el objetivismo moral. Aunque lamentablemente en muchas ocasiones el objetivismo lo identificaron esos autores con el absolutismo moral, y no es lo mismo. El objetivismo valorativo (un objetivismo mínimo) es necesario para poder dar cuenta de algunos aspectos fundamentales de

la práctica jurídica, como la obligación de justificar las decisiones. Y finalmente, a propósito de las teorías críticas del derecho, lo que habría que decir es que resulta valiosa –imprescindible– la idea de la transformación social. Pero el problema es que ese propósito de transformación social, a través del derecho, resulta frustrado si se parte de una concepción muy escéptica del derecho y que, por así decirlo, no asume un punto de vista mínimamente interno, el punto de vista del aceptante.

7) El pospositivismo sería entonces una concepción del derecho distinta de las tres anteriores (y del neoconstitucionalismo). Definida extensivamente, yo diría que incluye a autores como Dworkin, Alexy, el último MacCormick y Nino. Yo me considero pospositivista y mi posición está muy cerca de la de Nino.

8) El pospositivismo es una concepción todavía poco desarrollada, y no solo eso, sino también necesitada de ciertas correcciones. Tomando como referencia a los anteriores autores, yo encuentro los siguientes déficits: se pone demasiado énfasis en la aproximación entre el derecho y la moral; en particular, la llamada “tesis del caso especial” me parece equivocada; luego probablemente nos referiremos a ello. Falta una concepción más conflictualista del derecho y que tenga más en cuenta a las ciencias sociales (no solo a la filosofía moral y política). Hay un excesivo énfasis en los derechos de inspiración liberal (basados en el individualismo) y eso lleva a postergar en cierto modo los derechos sociales. Por lo demás, yo agregaría algunas dosis de pragmatismo filosófico y también algo de lo que cabría llamar realismo hobbesiano.

9) Una de las ideas centrales del pospositivismo, como antes señalaba, es de carácter ontológico. El derecho es algo más que un conjunto de normas. Es más bien, como escribió Nino, una gran actividad colectiva que transcurre en el tiempo; o, para emplear otra metáfora, en este caso de un autor iuspositivista, Mario Jori, no es algo así como un gran animal que habría que describir y que explicar, sino que se parece más bien a una actividad colectiva como la de cantar en coro.

10) El iuspositivismo argentino, en particular el bonaerense (como se ve, a diferencia de otros iuspositivismos, aunque el caso de Jori me parece que es más bien excepcional), se caracteriza por su fuerte normativismo. Y este quizás pudiera ser uno de los centros de nuestro debate. A la hora de plantear las relaciones entre el derecho y la moral o cómo entender la interpretación, hay una gran diferencia según se parta de considerar que el derecho es

simplemente un sistema de normas o, por el contrario, se asuma la idea de que se trata ante todo de una práctica social vinculada a fines y valores.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO— Muy buenas tardes. Me siento de verdad muy feliz de estar aquí, de volver a debatir con Manuel Atienza, con mi amigo Manolo, y no, no exagero ni es captación de la benevolencia del público si digo que mucho de lo que he pensado, de lo que he aprendido y de lo que he reforzado mi vocación filosófica en los últimos años ha sido gracias a los debates con Manuel Atienza, con Manolo. Nosotros a veces nos hemos dicho: “Somos el dúo Pimpinela”. Pero para mí ha sido enormemente enriquecedor y, además, a veces juntos hemos presumido, y aunque sea presunción también es legítimo de decir, que el ejemplo del debate amistoso, de ponerle pasión a la contradicción sin que con eso se deteriore la relación personal me parece que es un buen ejemplo y nos ha salido así. Somos una especie de matrimonio académico felizmente mal avenido, y eso es reconfortante.

No sé quién juega en casa, habría que hacer una estadística, una encuesta para saber si en Argentina en este momento, no solo la Universidad de Buenos Aires –que es el centro del mundo, pero luego alrededor hay más cosas–, no sé si en la Universidad de Buenos Aires predomina el iuspositivismo, pero dudo mucho que en la práctica jurídica y judicial argentina domine el iuspositivismo. Me atrevo a decir que aquí han llegado hace rato al pospositivismo y te están rebasando incluso a ti, Manuel.

Pero vamos a ir la última cosa introductoria. Hay un problema terminológico. Yo voy a hacerle, sin sacrificio ninguno, el homenaje a Manuel de decir aquí *pospositivismo*, porque es su tema, es su doctrina, aunque en realidad no puedo evitar estar pensando en planteamientos más amplios, en parecidos de familia dentro de corrientes variadas que yo conjuntamente denomino *iusmoralismo*.

Sé, Manolo, que tú coincides en casi todo lo teórico con Rodolfo Vigo y que no tienes casi ningún acuerdo práctico con él; y yo no sé si Rodolfo Vigo para ti sería un pospositivista con el que comulgas –en sentido figurado– o si sería un iusnaturalista del que discrepas. Yo estoy en desacuerdo con los dos y, por eso, en la distancia que tomamos los iuspositivistas, os puedo meter en el mismo grupo de amigos teóricos.

Tengo seis razones, no llevo a diez, para para criticar a este iusmoralismo o a este pospositivismo que Manuel Atienza representa como pocos,

y con enorme maestría. Tengo razones de teoría del derecho, razones políticas, razones morales, razones prácticas que tienen que ver con la defensa de nuestros derechos y razones epistémicas.

Razones de teoría del derecho. Este iusmoralismo o pospositivismo creo que lleva a cabo una triple disolución perjudicial, perniciosa o problemática, si lo decimos más suave. Se disuelve el concepto de derechos, se disuelve la Constitución misma y se disuelve el método jurídico o la técnica jurídica.

Se disuelve el concepto de derecho. Esto no es una novedad, desde el momento en que se cuestiona la separación conceptual entre derecho y moral. Hay como una división en tres partes de lo jurídico: lo jurídico empieza en lo axiológico para estas posturas. En el origen de todo están los valores. Tal como lo formula Robert Alexy, que es el gran autor inspirador en gran parte de toda la corriente hoy dominante, los valores se expresan deónticamente como principios. Y los principios dan aliento y razón de ser a las reglas, de tal modo que la regla que no cuadra con los principios verdaderos no es ni aplicable ni propiamente válida, no satisface la pretensión de corrección. Y los principios son los que tienen que ser porque derivan de los valores. De ahí que afirme Robert Alexy que, por definición, no hay principios injustos y que entre principios no hay antinomias. Esta visión del derecho, donde se hace depender el derecho de la moral —que, evidentemente, tiene que ser la moral objetivamente correcta; la base, lo ha dicho Manolo, es el objetivismo moral—, disuelve el derecho en la moral o relativiza extremadamente el derecho positivo, incluida la Constitución positiva.

Con esto llegamos a la segunda disolución, que es la disolución de la Constitución. La verdadera Constitución es la moral verdadera y esto se manifiesta en dos tesis claras: hay normas de la Constitución positiva que no se estima que sean auténticas normas constitucionales (la cuestión es cuáles tacha cada uno) y hay normas que no están positivadas; hay principios que no son positivos y que, no obstante, son por definición Constitución, por cuanto que son plasmación deóntica de los contenidos necesarios o los valores morales en su contenido correcto.

Así que ya tenemos dos fronteras que se evaporan: la frontera entre el derecho y la moral, y la frontera entre la Constitución que es y la que debe ser, porque la Constitución que propiamente es y que vincula a los tribunales y que el órgano de control constitucional tiene que aplicar no es una Constitución positiva, sino que es la Constitución verdadera, compuesta por los principios auténticos.

Y esto da pie a una disolución del método jurídico: ya no se trata de identificar las normas que son derecho y de interpretarlas, y de ver, con un ejercicio de discrecionalidad, cuál es la manera más razonable de aplicarlas, dentro de los límites que sus términos ponga, sino que se trata permanentemente de solucionar dilemas morales. Y esta es la tesis del caso especial de Alexy sobre la que Manuel dice que no es correcta porque a los abogados no se aplica, porque los abogados lo son de parte, no de parte de la razón, sino de parte del cliente.

Así pues, se establece que todo caso jurídico es susceptible de ser expresamente planteado como un dilema moral, donde lo que se discute es si vence o sale derrotada la regla que venga al caso –respecto de la que se pondera su principio subyacente y el de deferencia con el legislador legítimo– o si vence un principio *contra legem*, de forma que la decisión jurídica correcta es la decisión *contra legem* o contraria al derecho positivo.

Esas son mis razones teóricas de discrepancia. Por razones políticas también discrepo, pues creo que estas teorías ocluyen algo que es fundamental para el derecho moderno y el constitucionalismo moderno, como es la idea de legitimidad.

Estamos planteando mal nuestras discusiones. Los positivistas hablamos de la juridicidad o validez, los iusmoralistas hablan de la justicia y nos estamos olvidando de la legitimidad, de la legitimidad democrática y de la democracia deliberativa que se supone que en nuestros sistemas constitucionales legitiman las normas y fundan la obligación política. Y si olvidamos eso estamos cercenando una parte fundamental de la Constitución. Y estamos reemplazando, de hecho y con fundamento teórico, la soberanía popular por la voluntad soberana de los jueces, debidamente aleccionados desde las universidades, en apariencia, y desde los partidos, en realidad.

Tengo también discrepancias morales, porque nuestros Estados no son confesionalmente religiosos, pero tampoco son confesionales en la moral. No hay una moral oficial, no hay una moral verdadera del Estado constitucional de derecho, porque, si la hubiera, perderían sentido valores constitucionales, como el pluralismo, y perderían sentido todos los derechos de libertad, el derecho de pensar y obrar según a cada uno le dicte su conciencia y en la idea de que todos los planteamientos morales de cada cual tienen el mismo valor y la misma cabida en la Constitución. Por tanto, cuando en nombre de algunas de las concepciones morales presentes en la sociedad un tribunal impone frente a la ley, frente al derecho de todos, una determinada

concepción de la vida, de la sociedad justa, estamos ante un acto de imposición que es inconstitucional por definición. Nadie, y menos que nadie los jueces, tiene derecho a imponer una moral que inevitablemente va a ser la suya, frente a la moral que se delibera entre todos, supuestamente, según quieren nuestras Constituciones.

Y, sobre todo, tenemos un problema que es moral, que es político y que es jurídico, el de cómo dirimimos las controversias entre objetivistas morales. A mí, ya que estamos aquí, y entre amigos, lo que mayores enigmas me plantea es cómo resolvemos desde el objetivismo moral, que es común a ambos, las discrepancias absolutas en cuestiones éticas materiales o sustantivas entre Manuel Atienza y Rodolfo Vigo. Están de acuerdo en toda la teoría, pero no coinciden en el dictamen sobre un solo elemento práctico. Yo creo que para evitar la guerra civil entre objetivistas morales necesitamos un derecho que sea común en ellos y que, por lo tanto, trascienda la preferencia de cada uno. Da igual lo que piense del aborto Vigo, o lo que piensa aquí Atienza de la materia subrogada. Lo que importa es lo que entre todos, en ejercicio de nuestros derechos políticos y de libertad, hemos colocado en la ley, y así ponemos paz ante las discrepancias entre objetivistas o entre objetivistas y relativistas.

Me plantea enormes problemas, penúltimo tema, la cuestión del contenido esencial de los derechos fundamentales. Abrirse a la ponderación es estar dispuestos a sacrificar hasta en su más esencial contenido cualquier derecho fundamental que tengamos. Si ponderamos mi derecho a no ser torturado contra la vida de cinco muchachos inocentes a los que yo secuestre y que pueden morir si yo no confieso, es evidente que la vida de cinco inocentes va a pesar más, en un razonamiento moral, de lo que pesa mi derecho a no ser torturado y todo lo que eso implica. Y eso significa que no se puede ponderar contra los derechos. Pero si no se puede ponderar contra los derechos hay que dejar de plantear casos así, como de conflictos entre derechos, y hay que plantearlos al modo tradicional, como casos de calificación de conductas desde normas. Los positivistas, paradójicamente, somos kantianos, mientras que los ponderadores son utilitaristas y para ellos el criterio es que gane lo que más ventajas reporte.

Y, por último, tengo problemas epistemológicos, que resumo así, sin poder ahora concretarlos más. Ante la postura de “Bueno, asumamos todo y admitamos que la moral verdadera o la moral objetivamente correcta, aunque sea desde un objetivismo mínimo, tiene que prevalecer sobre el texto y

la intención presente en la norma positiva (incluida la norma constitucional)”, tenemos que poner sobre la mesa las cuestiones ontológicas y epistemológicas: los valores que vamos a expresar, que vamos a ordeñar, dónde viven y, dos, cómo los conoce el juez. ¿Cómo conozco yo, juez, el contenido de lo moralmente correcto, como base de lo jurídicamente correcto?

La solución es un constructivismo que se resume así: lo correcto objetivamente es aquello en lo que todos estaríamos de acuerdo si fuéramos perfectamente imparciales. Entonces, le pedimos a ese juez o a esa magistrada constitucional que razone de esta manera: primero plantéate cuál es su propia opinión. Luego salga de sí mismo y pregúntese qué opinaría una comunidad ideal de dialogantes o una comunidad ideal de habla, en sentido habermasiano, o la Comunidad de Los Ángeles, y después vuelva y compare eso que todos los sujetos racionales opinarían con lo que opina usted. ¿Y saben ustedes qué sale? Que o es usted esquizofrénico o tenía razón, porque le dio la razón la comunidad hipotética a la que consultó. Así pues, el constructivismo –que, como dice Habermas, legitima la democracia como medio dialógico de construcción del contenido de la ley– aplicado al juez es un callejón sin salida, porque empodera al juez, lo hace sentirse muy feliz imponiendo su voluntad, en la creencia de que lo respaldan todos los Hércules del mundo, que en realidad son fantasmagorías que construye él mismo para darse gusto a sí mismo en un perfecto ejercicio de narcisismo.

MANUEL ATIENZA— Una de las trampas que nos ha tendido Juan Antonio es su empeño por poner en el primer plano lo que él llama iusmoralismo. Pero en el positivismo no hay nada de iusmoralismo, Juan Antonio. Sostener que existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral no le convierte a uno en iusmoralista. Vuelvo de nuevo a Nino. Su tesis fundamental era la necesidad de conectar el derecho con la moral y con la política, con el poder. Pero eso no quiere decir que fuera un iusmoralista, sino que, sencillamente, pensaba que la moral es un tipo de práctica que tiene algunas coincidencias con la práctica jurídica. Son distintas, pero algunos de sus fines son compartidos y eso nos ayuda a entender cómo es el derecho y cómo funciona en la práctica.

Tú has dicho que seguramente los abogados, los jueces, en Buenos Aires, o en Argentina, no son positivistas. Yo también creo que no lo son, porque no pueden serlo, porque el positivismo jurídico se ha quedado como una concepción, diríamos, de salón, y que no puede dar cuenta de lo que es

la práctica jurídica; por eso yo decía que es una concepción, más que equivocada, pobre del derecho. En una parte tiene razón; naturalmente que el derecho tiene que ver con normas y con normas que se aplican con el refuerzo de la coacción y todo lo demás. Pero no es solamente eso. Ahora estaba leyendo un texto de Mario Jori que decía que su maestro Uberto Scarpelli –que ha sido uno de los más importantes iuspositivistas en Italia– al final de su vida había declarado: “Yo soy un positivista más bien arrepentido”. ¿Qué quería decir con eso? Que se daba cuenta de que el positivismo era una concepción del derecho que había perdido vigencia. Recuerdo una entrevista que le hice hace tiempo a Pachi Guibourg (y otra que este último le hizo a Vernengo) donde aparecía también esa idea. Lo que venían a decir ambos era esto: “nuestra concepción positivista del derecho, y los problemas teóricos que nos interesan, no es lo que uno ve, por ejemplo, en la mayoría de los participantes en los congresos de la IVR (la Asociación internacional de filosofía jurídica y social)”. Creo que se puede decir sin exageración que Génova y Buenos Aires son dos lugares extraños desde el punto de vista iusfilosófico, porque están llenos de positivistas jurídicos. E insisto en cuál es mi objeción, mi razón fundamental para no ser positivista jurídico: que de esa manera no se puede dar cuenta del derecho, de cómo son hoy los derechos.

Vayamos al problema de las relaciones entre el derecho y la moral. Los positivistas se empeñan en plantear el problema en estos términos: “Puede haber derecho injusto”. Pues naturalmente que puede haberlo, esto es algo que casi nadie ha negado; empezando, por cierto, por Tomás de Aquino. Pero esa no es la cuestión: claro que puede haber –que hay– normas jurídicas que son injustas. Tú has supuesto que un pospositivista aceptaría que todo lo que aparece en la Constitución es justo, correcto. Pero naturalmente que no es así. En la Constitución española, por ejemplo, el tratamiento que se hace de la religión es manifiestamente injusto. Simplificando: hay un trato de privilegio, en primer lugar, en favor de la religión católica, y luego, de cualquier religión en relación con los no creyentes, con los ateos. Eso es lo que establece la Constitución, de manera que si, por ejemplo, yo fuera en algún momento magistrado del Tribunal Constitucional, no podría desconocer ese dato. De la misma manera que, por lo que tengo entendido, la Constitución argentina hace expresa referencia a Dios, y eso es algo que ningún jurista puede desconocer: el texto de la Constitución no se puede inventar, está ahí. O, en fin, yo creo que cualquier persona razonable pensará que el artículo de la Constitución de los Estados Unidos que establece el

derecho a portar armas carece de justificación pero, sin embargo, a ningún jurista o magistrado de la Corte Suprema de ese país se le ocurre decir que no existe ese derecho, que se puede prescindir tranquilamente de lo que dice tal artículo.

De manera que yo creo que ninguno de los autores que has mencionado como pospositivistas (Dworkin, Alexy, etc.) dice lo que tú dices que ellos dicen. O sea, que estás haciendo una caricatura. Lo que afirman es otra cosa: que en algunos aspectos muy relevantes de la práctica jurídica no se puede prescindir de la moral, de la teoría moral. Y yo creo que esa es una de las consecuencias peores que ha tenido el positivismo como cultura jurídica: que ha desarmado a los jueces, porque ha contribuido a que estos no tengan una formación en teoría moral cuando la necesitarían. Si resulta que en todas nuestras Constituciones y en todas las declaraciones de derechos en el ámbito internacional la dignidad humana es la pieza central, puesto que cualquier norma que atente contra la dignidad humana no podría considerarse como derecho válido, pues no veo de qué manera se puede prescindir aquí de un razonamiento moral. Si hay un concepto moral en esta vida debe ser el de dignidad humana; y que alguien me diga cómo, a la hora de resolver algún problema que tenga que ver con los derechos, se puede prescindir de un análisis, de una argumentación, de tipo moral. Ahora bien, que haya en la motivación de un juez un elemento de tipo moral no quiere decir que la argumentación jurídica (judicial) sea sin más un caso de la argumentación moral. No. Lo que se está diciendo es que contiene un ingrediente –un fragmento– de tipo moral. Pero esto es algo muy distinto a como tú lo has planteado.

La ponderación. La discusión en torno a la ponderación se convierte a veces en motivo de burlas. Como a ti te gusta decir: “No hay un ponderómetro”. Y naturalmente que no lo hay. Pero en ocasiones hay que ponderar. ¿Y por qué? Porque las reglas, las pautas específicas de comportamiento que forman parte de nuestros derechos, no permiten siempre, por sí mismas, resolver un caso, y entonces hay que acudir a los principios y que ponderar. Y esto no es algo que se le haya ocurrido a Alexy. Siempre se ha ponderado. El símbolo de la balanza que está desde siempre para representar la idea de la justicia y del derecho lo muestra claramente. Pero, sin duda, una cosa es decir que *a veces* un jurista o un juez tiene que ponderar y otra cosa es que *tenga siempre que dedicarse a ponderar*, que cuanta más ponderación haya, tanto mejor. No. La ponderación, por otro lado, no hay por qué

verla como una actividad arbitraria, puesto que hay criterios sobre cómo, y cuándo, se debe ponderar. ¿Se puede ponderar mal? Por supuesto que se puede ponderar mal. Tu crítica a la ponderación se basa muchas veces en partir de casos en los que un juez ha ponderado mal. Y naturalmente que esto es algo que puede ocurrir y que ocurre. De la misma manera, por cierto, que también se pueden cometer errores lógicos, o sea, argumentar mal por usar mal las reglas de la lógica. Pero ese, claro, no es un argumento para ir en contra de la lógica. La teoría de la ponderación de Alexy, en mi opinión, es una teoría que no dice nada muy extraordinario, nada del otro mundo, de manera que se podría acudir aquí a una expresión argentina: “ichocolate por la noticia!”. Lo que viene a decir Alexy es una cosa más bien obvia, pero tiene razón en lo que dice: el esquema de la ponderación vendría a ser algo parecido a un esquema deductivo, al silogismo judicial, o sea, un esquema formal que hay que rellenar. Nada más. Lo que pasa es que algunos han interpretado muy mal a Alexy; a lo que quizás él haya dado pie. Me refiero a la famosa fórmula del peso y, en particular, a su empeño por darle una forma matemática, aritmética. Algo, en mi opinión, completamente innecesario y que constituye probablemente una falacia: la de la falsa precisión. Pero la ponderación es uno de los procedimientos que han utilizado siempre los juristas y que hay que saber utilizar de manera prudente, o sea, hay que saber reconocer cuáles son los criterios de la buena y de la mala ponderación. Porque si prescindiéramos de la ponderación, ¿cómo haríamos para resolver esos casos en los que hay que recurrir a principios? ¿Nos resignamos a la pura arbitrariedad, como sostendría alguien como Eugenio Bulygin? Yo creo que no. Por supuesto que no hay aquí criterios precisos, pero es que no puede haberlos. Pero criticar una concepción del derecho por eso, porque no puede aportar criterios completamente precisos cuando hay que ponderar, me parece que no tiene sentido. El derecho forma parte de la racionalidad práctica, no es una parcela de la lógica o de la matemática y de ahí que en este campo se aplique lo que decía Aristóteles: de la misma manera que sería absurdo exigirle al matemático que recurra en sus demostraciones a la retórica, también lo sería pedirle al jurista que argumentara como si se tratara de efectuar un cálculo o una demostración matemática.

Bueno, habría muchas más cosas que decir. Pero lo dejo para intervenciones posteriores.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —El tema de las etiquetas supongo que no tiene entidad suficiente como para que gastemos mucho tiempo. Yo creo que *iusmoralismo* es una expresión no despectiva, de ninguna manera, y es perfectamente simétrica. Naturalmente, si los positivistas de cualquier signo u orden nos vamos a conformar con el “pos”, es como si dijéramos la última es mi “posesposa”, estaríamos haciendo una especie de jerarquía entre las parejas. El pospositivismo como superación del positivismo llena de íntimo orgullo al pospositivista, pero como etiqueta es tendenciosa. Yo también diría que son pospositivistas y posiusnaturalistas, ¿no? A unos los superan destruyéndolos y a otros los superan asimilándolos, pero esto es un juego que tampoco va a ninguna parte.

El positivismo, ha dicho Manuel, no puede dar cuenta de la práctica jurídica. Bueno, habría que identificar mejor qué es la práctica. Lo que a mí me parece que no da cuenta de la práctica jurídica es el *iusmoralismo*, de corte dworkiniano; es decir, la negación plena o tendencialmente intensa de la discrecionalidad judicial, del margen inevitable de valoración que tiene el juez cuando valora las pruebas, elige interpretaciones, normas, etcétera. Tomar en cuenta la discrecionalidad judicial sí es dar buena cuenta de la práctica jurídica. Esa es una tesis de todo el positivismo jurídico del siglo XX, la afirmación de la discrecionalidad judicial como elemento inevitablemente presente en la labor del juez. Pero lo que el *iusmoralismo* actual hace es asumir, en la senda de Dworkin, la tesis de la única respuesta correcta en derecho; o casi, porque también se acogen a Alexy, que dice que a veces en la ponderación sale empate y entonces decide discrecionalmente el juez. Sinceramente creo que el pospositivismo tiene poca capacidad para dar cuenta de la práctica jurídica auténtica y, por eso, creo que un juez pospositivista seguramente será una gran persona, con una buena formación filosófica, pero seguirá fallando en la misma oscuridad y en la misma indeterminación metodológica.

Manuel Atienza acaba de decir que cómo es eso que yo afirmo sobre que para estas corrientes antipositivistas de hoy hay partes de la Constitución que no son constitucionales y hay partes no constitucionales que sí son parte de la Constitución; y ha dicho que lo que está en la Constitución es Constitución y nadie puede negarlo. Bueno, querido Manuel, aquí ya vamos al barro: como dije recientemente, lo negaste tú respecto del artículo 55 de la Constitución española, que dice que el derecho del artículo 19 de nuestra Constitución, que habla de la libertad de circulación, la libertad de

movimientos dentro del territorio nacional, se puede suspender mediante declaración de estado de excepción. Cualquier interpretación bastante obvia da pie a pensar que eso significa que no se puede suspender mediante declaración de estado de alarma. El tribunal constitucional español, a toro pasado, declaró inconstitucional el decreto que establecía el estado de alarma suspendiendo la libertad de movimientos de los ciudadanos y Manuel montó en cólera doctrinal diciendo “Es que no han sabido ponderar”, porque ante la gravedad de la pandemia cómo no iban a prohibir a la gente salir de casa. No, el problema no es si prohibir a la gente salir de la casa o no. El problema es que había un medio, la declaración de estado de excepción, que, consiguiendo la misma inmovilización de los ciudadanos, daba mayores garantías de control parlamentario de esa limitación de los derechos.

Con lo cual, fíjate, Manuel, puestos a ponderar bien, resulta que hay una opción que el Gobierno tomó y no pasa el test de necesidad, que dice que si el mismo grado de afectación positiva del derecho beneficiado se consigue con un sacrificio menor de otros derechos o principios, la medida que se adoptó no es la más económica constitucionalmente y es, por tanto, inconstitucional. Entonces, o lo que dice la Constitución vale con carácter general o lo que dice la Constitución no vale, pero no puede ser que valga, como todo para el pospositivismo, nada más que *prima facie* o en principio, o a falta de que aparezca un principio expreso o implícito que lo derrote. Porque, en realidad, de lo que estamos hablando no es de si en la práctica del derecho hay que ponderar o no, porque si ponderar es sinónimo de valorar, los que llevan 125 años diciendo que la práctica judicial es eminentemente valorativa y no puede serlo de otra manera son los iuspositivistas, frente a todos los que dicen que en lo que el derecho positivo sea incierto auxilia la moral, para dotar de certidumbre y completud a lo que a lo mejor también es incompleto. Leamos al respecto a Dworkin, en la medida en que Dworkin pueda ser leído y se entienda algo de lo que dice.

En consecuencia, sobre lo que estamos discutiendo es la posibilidad, frecuencia y justificación que pueda tener la decisión *contra legem*. Estamos hablando de eso. Claro que un juez tiene que escoger entre varias interpretaciones posibles: el abogado de una parte alega una interpretación que beneficia a su cliente, el fiscal alega la otra interpretación posible, que beneficia a la acusación. Al juez le toca valorar o ponderar cuál es la mejor de las alternativas. Pero cuando lo que decimos es que frente a lo que pueda decir expresamente el artículo 55 de la Constitución o cualquier otro, o del

Código Civil o cualquier cuerpo legal, lo que en verdad hay que comprobar es si merece ser atendido o si, más allá de cualquier límite textual, se puede decir que hay razones de peso, razones prácticas, para decidir otra cosa que no tenga ningún encaje. Estamos hablando, ahí sí, de otra concepción del derecho, de otra concepción de la ponderación.

No tiene sentido, y este error lo he cometido yo muchas veces, atacar la ponderación por el nombre o por lo que significa, porque el hecho de ponderar al fin y al cabo es valorar, elegir entre alternativas, dar peso a las razones en pro de unas u otras, y eso lo hacemos todos constantemente. La cuestión es ponderar para qué y con qué límites, y preguntarse si la ponderación que se pretenda muy racional puede ser justificación suficiente para hacer lo contrario a lo que dice la Constitución, hacer lo contrario a lo que dice la Corte Interamericana, hacer lo contrario a lo que dice el Código Civil. Estamos hablando de dónde ponemos el límite de la actividad judicial, y por eso nuestros debates son en el fondo debates políticos y son debates sobre el modelo de Estado; son debates sobre qué tipo de práctica jurídica y de teoría del derecho presuponen nuestras Constituciones. El pensar que, porque nuestras Constituciones hablen del principio de dignidad y de libre desarrollo de la personalidad, por ejemplo, se priva de sentido a los derechos de libertad, a los derechos políticos y a todo el esquema de separación de poderes para convertir a los jueces en soberanos es una manera de destruir la estructura de la Constitución, de nuestras Constituciones, desde el imperio impostado de ciertos principios entendidos a gusto del consumidor, aun cuando el consumidor sea alguien tan honesto y tan decente como Manuel Atienza.

Porque, claro, acabamos de escuchar a Manuel decir que cualquier norma que atente contra la dignidad humana no es válida. Bueno, vuelvo al ejemplo de antes, que ya sé que es tramposo y demagógico, como todo lo de uno. Pero ahora tomemos el derecho de familia argentino y el derecho de familia español, saquemos de ese derecho de familia cincuenta normas importantes y pongamos a decir a nuestro amigo Rodolfo Vigo y a nuestro amigo Manuel Atienza cuáles son compatibles o incompatibles con la dignidad humana. Uno elimina veinticinco y el otro elimina las otras veinticinco, y resulta que nos hemos cargado todas esas cincuenta normas del derecho de familia, porque cada cual considera, desde su idiosincrasia, que son incompatibles con la dignidad humana.

Rodolfo Vigo va a sacar, y está en su derecho de pensar así, todo lo relativo al aborto, al matrimonio entre personas del mismo sexo, a la adopción

por parejas homosexuales, etcétera. Manuel Atienza va a sacar todo lo que no tenga un contenido fuertemente liberal y social. Bueno si damos pábulo a lo que saca cada uno, nos hemos quedado sin derecho positivo. ¿Y entonces qué alternativa tenemos? ¿No permitir que ninguno prescinda de las normas positivas? Pero si ninguno prescinde de normas positivas, significa que no está bien que ninguno convenza a ningún juez argentino o español para podar el derecho de familia o el derecho de los negocios, por ejemplo, de lo que no pase un test de ponderación.

¿Tienen sentido los principios? ¿Tiene sentido hablar de principios? Claro que sí. Los principios, incluido el principio de dignidad, proporcionan excelentes argumentos interpretativos, razones de peso para preferir ciertas interpretaciones. Tomamos el principio de interés superior del menor y nos da una razón tremendamente fuerte para buscar, dentro de las posibles interpretaciones de una norma, la que más beneficie al menor afectado. Pero lo que en realidad estamos debatiendo es: ¿cualquiera de los principios es razón suficiente para autorizar al juez a proporcionar para un caso soluciones completamente alternativas y discordantes con el texto de la ley legítima y no inconstitucional? Porque no estamos haciendo tampoco control de constitucionalidad. Estamos hablando del uso apropiado que los jueces hagan de normas que no tienen tacha de inconstitucionalidad y que no tienen tacha de legitimidad, pero que funcionan solo a beneficio de inventario o bajo una especie de cláusula resolutoria que dicen que todo lo que está en el código vincula, como derecho, claro que sí, pero en principio y a salvo de que sea derrotado por un principio. Lo que estoy diciendo no es un invento ni una trampa. Léanse *Las piezas del derecho* de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero y vean lo que son los principios y cómo los principios pueden derrotar a las reglas, y con ello tenemos el panorama del activismo judicial, seguramente no querido en sus excesos por tales autores, pero responsables del mismo pese a todo.

MANUEL ATIENZA —Juan Antonio, una simple pregunta. Si tú has reconocido que el principio de dignidad humana juega un papel importante en el derecho; y, por cierto, cualquiera que esté atento a lo que es la jurisprudencia en países como España o Argentina, tiene que reconocerlo. Si tú crees que un juez, un jurista, tiene alguna vez que apelar a la dignidad humana, al elaborar un razonamiento jurídico, te pregunto: ¿se puede manejar el concepto de dignidad humana prescindiendo de la argumentación moral? ¿Se puede? Yo creo que no, que es imposible.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —¿Tengo que responder a eso?

MANUEL ATIENZA —Bueno, luego respondes. Déjame añadir alguna cosa más. Has hecho un comentario sobre algo que es falso, pero lo que pasa es que, al mismo tiempo que es falso, es muy difícil mostrar al auditorio que es falso. Porque se trata de un problema complejo del constitucionalismo español, sobre lo que dice el artículo 55 de la Constitución y todo lo demás. Tú has afirmado, como si fuera un axioma, que el artículo 55 dice claramente que, en relación con ese caso, para establecer ciertos límites a la libertad ambulatoria en tiempos de la COVID, el Gobierno no podía decretar el estado de alarma. Pero es falso. El artículo 55 de la Constitución española no dice claramente lo que tú dices, no lo dice, sino que deja el tema sencillamente abierto. Y como sabes muy bien, pero no lo has dicho, hay una ley que desarrolla el estado de alarma, que fue lo que decretó el Gobierno, y que explícitamente se refiere a la pandemia como supuesto en el que cabría decretar el estado de alarma. O sea, que aquí se trata de manejar conceptos que no están del todo perfilados en la Constitución, por lo que hay que ir a la ley que los desarrolla y efectuar una interpretación de tipo sistemático. Algo muy distinto a como tú lo has planteado. Lo que yo digo no es: “Prescindamos de lo que dice la Constitución y vayamos a ponderar y a decidir simplemente de acuerdo con lo que uno considera justo”. En absoluto. Lo que yo defendiendo sería: “Dentro de los límites marcados por la Constitución, cuál es la mejor interpretación en este caso”. Pues bien, la interpretación que llevó a cabo el tribunal constitucional español (y la resolución de la mayoría de sus miembros), entre otras cosas, atenta contra el sentido común: son los propios magistrados de la mayoría, en un momento determinado de la sentencia, los que dicen: “eso, lo que hizo el Gobierno –los límites a la libertad ambulatoria– es lo que había que hacer”, pero después de decirnos que eso es lo que había que hacer, lo declaran inconstitucional. O sea que no es para nada como tú lo habías planteado. Lo que pasa es que es muy difícil mostrar que esto es así, porque es un problema técnico y habría que tener todos los textos y todo lo demás, para poder entender del todo el problema.

El derecho, lo repito, es una práctica autoritativa y por eso no es lo mismo que la moral. Es lo que me lleva a pensar que lo que has dicho sobre el iusmoralismo a lo único que lleva es a confundir. El derecho es una práctica autoritativa, y por eso tiene un límite, del cual un jurista no puede salirse: el límite establecido por la autoridad. Lo que pasa es que, en nuestros sistemas

constitucionales, la moral ha emigrado al interior de las constituciones; o sea, que hoy la moral no es simplemente algo que está fuera del derecho, también está dentro del derecho. Pero que haya una moralidad interna del derecho no quiere decir que no haya también una moralidad externa al derecho. Muchas veces, discutiendo con Ferrajoli, él se empeña en que la moral tiene que ser necesariamente algo externo al derecho. Pero no es así. La moral está también dentro del derecho, y eso es algo que los positivistas, o algunos positivistas, se empeñan en no ver. Y si no ves eso, yo creo que no puedes dar cuenta de muchos aspectos muy relevantes de nuestras prácticas, concretamente, de las prácticas de un juez.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —Quería responder a la parte de la teoría moral y dignidad humana. Naturalmente, yo he dicho aquí que un juez puede argumentar con la dignidad humana, con la justicia, con la equidad y con variadísimos valores morales. Lo que un juez no puede hacer es anular una ley de matrimonio igualitario, por ejemplo, porque es contraria a la dignidad humana. Un juez que te haya leído a ti o haya leído a Rodolfo Vigo se va a sentir empoderado por el nombre de la dignidad y, desde el momento en que sea fuerte su convicción de que ese modelo de matrimonio es opuesto a la dignidad humana, se va a sentir autorizado para decir que inaplica, anula o lo que procesalmente sea posible. La cuestión no es si en la argumentación jurídica y judicial aparecen elementos o valores morales, por supuesto que sí, y económicos y políticos y estéticos y de todo tipo. La cuestión es qué jerarquía o lugar tienen esos valores dentro del razonamiento judicial y en relación con el derecho positivo. En el iusmoralismo, el elemento autoritario del derecho se reconoce y al mismo tiempo se relativiza cuando va acompañado de la insistencia de que todas las normas son, por definición, derrotables, que todas obligan *prima facie*, etcétera.

Segundo, sobre el artículo 55 de la Constitución española, ese es un debate que no es procedente dar aquí porque requeriría un tiempo y proyectar el texto de las normas. Pero ya que dices que yo hago trampas, me parece que a veces a ti se te deslizan sin querer. Las mías son dolosas y las tuyas son imprudentes. Es cierto que la ley de estado de alarma pone como ejemplo de situación que puede justificar la declaración de estado de alarma una pandemia; lo que no dice es que en ese estado de alarma se pueda suspender la libertad de circulación de los ciudadanos, porque no se le ocurre a la ley del estado de alarma contradecir el artículo 55 de la Constitución, entre

otras cosas, porque eso la haría palmariamente inconstitucional y porque el Gobierno tenía la posibilidad de conseguir exactamente el mismo fin con un sacrificio menor del derecho de los ciudadanos, en cuanto a que el estado de excepción supone un control parlamentario mucho más fuerte de la extensión, la intensidad y la duración de esa restricción de los derechos.

No estamos ante una Constitución estúpida que diga “Aunque se acabe el mundo, los ciudadanos tienen que poder andar por la calle”. Dice la Constitución, y ratifica la ley de estado de alarma, que se puede suspender el derecho de andar por la calle de los ciudadanos, pero con un control semanal de dicho estado y del ejercicio que el Gobierno hace de esa tremenda potestad sobre el derecho fundamental. Y si ponderamos sale que la suspensión del derecho fundamental mediante estado de alarma no satisface el test de necesidad. Así no es solamente que uno pondere para ganar, que es lo propio; es que encima se hace trampas a sí mismo cuando pondera.

Tercera cosa, rapidísimo. “La moral ha emigrado dentro de las Constituciones”. El primero que lo dijo fue Günter Dürig, en el 59, eso como dato histórico. Y Dürig era quien era, y luego vinieron todos los demás, y está bien. Pero ante eso solo tengo una pregunta a la que no he encontrado respuesta en esta mesa, y tal vez el público la tenga. ¿La moral que emigró al interior de la Constitución es la tuya o la de Rodolfo Vigo, Manuel? Porque no os ponéis de acuerdo ni en la hora de comer, aunque tenéis un metaacuerdo sobre que la moral emigró al interior de las Constituciones. ¿Tú crees que emigró al interior de la Constitución argentina la moral de Rodolfo Vigo? Si así fuera, sería un acto de nobleza felicitar a Vigo diciendo “Enhorabuena porque tu moral ahora es la moral constitucional”, ¿pero cuál moral emigró? La Constitución expresa un gran acuerdo moral, es inmoral la pena de muerte y la suprimimos; es inmoral la tortura y la prohibimos; es inmoral la censura y la descartamos. Pero de todas las cuestiones sobre las que hay una disputa moral intensa en la sociedad y respecto de las cuales la Constitución calla (aunque puedan algunos decir que de todo habla cuando menciona la dignidad humana), en eso en lo que la Constitución calla, ¿cuál moral, tácitamente, está en la Constitución presente? ¿La de Manuel Atienza, a la que yo me afilio ahora mismo, o la de Rodolfo Vigo?

MANUEL ATIENZA —No quiero seguir con la discusión sobre el artículo 55, porque, insisto, sin tener los detalles no se puede discutir sobre esto. Pero, en fin, yo he escrito con cierto detalle, a propósito de ese tema,

y me parece que es claro. Por si a alguien le interesa, está publicado en la revista *Jueces para la democracia*. Mi idea es que uno no puede ir en contra de lo que dice la Constitución, pero la Constitución no dice de manera clara lo que tú sugieres. Creo que ese es un ejemplo de un error patente del Tribunal Constitucional español y motivado además por razones políticas, también obvias. Pero bueno, dejémoslo de lado, porque insisto que aquí no podemos entrar en el detalle en que habría que entrar. Pero, fíjate que, en el fondo, lo que tú estás diciendo es que ponderaron mal, pero estás reconociendo que era un caso en que había que ponderar. ¿No has dicho que resulta que había otra manera...?

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —No, no, disculpa, Manolo, aquí tengo que interrumpir. Yo digo que ponderaste mal tú porque no aplicaste el test de necesidades, el Tribunal lo ponderó e hizo bien.

MANUEL ATIENZA —Pero tú estás diciendo que tu argumento es ponderativo, que había una manera de resolver el caso que implicaba un menor coste.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —No, no. Digo que, puesto a resolverlo como tú dices que hay que resolverlo, que es ponderando, hay que ponderar bien y no para casa.

MANUEL ATIENZA —¿Y tú no? ¿No es un conflicto entre la salud de la gente y...?

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —No.

MANUEL ATIENZA —¿No?

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —No, es un conflicto entre una norma que pretende proteger un derecho de un modo constitucionalmente prohibido cuando puede protegerlo con la misma intensidad de un modo constitucionalmente permitido, de un Gobierno que no quería someter la limitación de los derechos al control parlamentario.

MANUEL ATIENZA —No entremos en eso, me parece que no tiene sentido. Insisto: no se puede discutir bien, porque faltan datos. Pero naturalmente que es un caso de conflicto de derechos.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —¿Se puede discutir o no se puede discutir? Porque si se puede discutir, yo digo que no es un caso de conflicto de derechos, es un caso de fidelidad a la letra clara de la Constitución cuando protege derechos.

MANUEL ATIENZA —Bueno, esto está muy bien porque plantea la cuestión de fondo que yo sostengo: que el derecho es una práctica. Y el derecho es una práctica que trata de satisfacer ciertos fines y valores. Y entonces, naturalmente, a propósito de la pandemia, de lo que se trata es de ver de qué manera el derecho puede ser un instrumento útil para proteger la salud de la gente.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —Mediante declaración de estado de excepción, que le cuesta exactamente el mismo sacrificio, salvo que hay más control parlamentario y por tanto el test de necesidad va por ahí, si ponderamos.

MANUEL ATIENZA —Entonces hay que ponderar...

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —Bueno, pues si ponderamos, Manuel, ponderaste mal. Entonces, si cuando los que ponderan ponderan mal, ¿qué se va a esperar de los positivistas?

MANUEL ATIENZA —El derecho es una práctica con la que se tiene que alcanzar ciertos fines y valores. Entonces, aquí tenemos la salud y la vida de la gente, por un lado; y, por otro lado, la libertad de circulación. Se trata de ver, si es que hay que sacrificar algún derecho, cuál. Y para ello hay que tener en cuenta todas las circunstancias. Me parece que ese es el planteamiento obvio. Pero dejemos esto a un lado, y pasemos a una crítica que me haces (no solo a mí), por sostener que todas las reglas son derrotables. Pero, Juan Antonio, resulta que eso es precisamente lo que sostiene Carlos Alchourrón: que todos los enunciados condicionales, y por lo tanto las normas, son derrotables. Que sean derrotables quiere decir que pueden tener alguna excepción implícita. ¿Cuándo la tienen? Bueno, este es un problema que habrá que ver pero, desde luego, no se trata de una tesis (solo) pospositivista. En mi opinión, lo de Alchourrón es lo mejor que se ha escrito sobre derrotabilidad. Lo dice clarísimamente: todos los enunciados condicionales y, por tanto, también las normas jurídicas, son derrotables, o sea, que puede

surgir un caso de excepción implícita. Lo cual, cabría decir, no es ninguna novedad; forma parte de lo que es el derecho, de lo que ha sido siempre.

La *reductio ad Vigum* [por Rodolfo Vigo]... ¿me permites que te diga que eso también es una trampa? Es una forma de decirme: “Tú también eres un iusnaturalista”. Es la crítica que siempre se le ha dirigido a Dworkin o a Nino. O sea, el argumento sería: lo que estás sosteniendo es lo mismo que sostienen los autores iusnaturalistas (como Vigo), y como el iusnaturalismo es una posición teórica que no se puede sostener... Bueno, yo no soy un iusnaturalista. Lo que yo pienso al respecto es lo siguiente. De la misma manera que el positivismo dejó de ser una concepción adecuada del derecho hace algunas décadas, el iusnaturalismo dejó de serlo hace ya unos cuantos siglos... siglos. El derecho es una construcción, es un artefacto, no tiene nada de natural. Si hay algo que no es natural en esta vida es justamente el derecho. Afirmar que una concepción como la de Dworkin, la de Alexy o la de Nino es iusnaturalista y criticarles por ello me parece absurdo, descontextualizado. Que hay una coincidencia con Vigo, en la idea de la objetividad de la moral, pues sí. En todos nuestros países se está produciendo ahora una tendencia a no aceptar nada que afirme también alguien que no esté situado en nuestro mismo bando, que hable desde otro punto de vista ideológico o político. Bueno, yo creo que a veces los otros tienen razón, que en eso tenían razón. Uno de los grandes errores que ha cometido la izquierda, en mi opinión, ha consistido en entregarse a un relativismo moral, yo creo que bastante bobo. La consecuencia es que se tenga la impresión de que los únicos que tienen ideas claras sobre lo que es correcto e incorrecto, sobre lo que está bien y lo que está mal, es la gente de derecha; si se quiere, los iusnaturalistas. Los demás no lo saben (son escépticos en materia moral). Pero a mí me parece que, efectivamente, esa es una auténtica bobada, y uno de los motivos que hacen que una concepción como la de Kelsen simplemente sea inservible para abordar muchas cuestiones jurídicas. Acuérdate. Kelsen es quien crea los tribunales constitucionales europeos, pero claro, ya sabes muy bien lo que decía Kelsen sobre las constituciones: que de ellas habría que suprimir todas las referencias a la libertad, a la igualdad, a la dignidad, porque desde la perspectiva de un emotivista en materia moral no es posible articular un discurso racional sobre esas nociones. Y a esto habría que añadir: ¿cómo es posible ser magistrado constitucional o, en general, magistrado, y al mismo tiempo kelseniano? Bueno, hay una manera de serlo, ¿verdad? Ser incoherente. Es, me parece, la vía que eligen muchos. Un juez

que dijera “Te condeno a veinte años de cárcel, pero no sé si tengo razón”, o “Yo hago esta interpretación de tal norma, es mi interpretación, la hago de buena fe, pero a lo mejor resulta que estoy equivocado”, yo creo que estaría cometiendo una contradicción pragmática. Me parece que, en el fondo, eso es todo lo que quiere decir Dworkin; estoy de acuerdo en que lo hace con un estilo confuso que a mí tampoco me gusta. Pero, bien interpretado, me parece que tiene claramente razón. Su tesis es que casi siempre hay una única respuesta correcta por parte de los jueces que actúan dentro de los ordenamientos jurídicos de tipo constitucional (no se está refiriendo a cualquier sistema jurídico). ¿Por qué? Porque es difícil pensar en un caso de puro empate, esto es, que se produzca una situación en la que se diga: “Pesan exactamente lo mismo los argumentos en favor de la decisión *a* que los que existen en favor de la decisión *no a*”. Pero esto es muy difícil que se dé. Claro, uno podría todavía aducir: “es que se trata de argumentos incomparables, en el sentido de que no hay razones para decir que un argumento *pesa más* que otro: ¿cómo establecer ese orden de preferencias?”. Y mi respuesta sería que el derecho ha ido creando una serie de técnicas para facilitar que pueda existir esa respuesta correcta como, por ejemplo, las presunciones. Pensemos en lo que significa la presunción de inocencia en materia penal: aunque existan dudas sobre si fulano de tal realizó o no determinada acción (incluso, aunque un juez piense con buenas razones que lo más probable es que sí, que la realizó), sin embargo, la respuesta correcta en ese caso sería la no condena (porque no está probado). ¿Por qué eso es así? Porque así se satisfacen los fines y valores del derecho penal de un Estado constitucional, o sea, por exigencias de la práctica jurídica.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —Yo diría que debemos pasar al público, porque podemos entrar en bucle nosotros muy fácilmente, sin mala intención. A ver, del asunto de la derrotabilidad en Carlos Alchourrón líbrenme los dioses de decir yo nada en este en este templo, que es su santuario, con toda razón. Y doctores tiene la santa madre iglesia analítica de aquí, y ellos si quieren podrán opinar. Atrevidamente y desde fuera, y desde una ignorancia grande que quizás se manifiesta en lo que voy a decir, a mí me parece que decir que, desde el punto de vista de la lógica, y como lógico que era Carlos Alchourrón, “todos los enunciados condicionales son lógicamente derrotables” no tiene nada que ver con decir que todos los enunciados jurídicos de estructura condicional son jurídicamente derrotables. Me parece que

eso no tiene nada de nada que ver. Por ejemplo, en un esquema de ponderación, una norma jurídico-positiva se puede reconstruir lógicamente como supuesto de derrota de un condicional porque concurrió un supuesto implícito, etcétera; que lógicamente se pueda reconstruir así ni quita ni pone para lo que estamos debatiendo aquí, que es mucho más político que lógico, y mucho más sustancial que formal, creo.

MANUEL ATIENZA —Yo lo único que quiero decir es que eso de la derrotabilidad no es una tesis pospositivista. Además, quien introdujo esa noción en la teoría del derecho fue Hart. Uno de los ejemplos que ponía era el concepto de “contrato válido”; según él, la definición de contrato válido habría que leerla como si contuviera una cláusula de “a menos que” (*unless*): “Si se dan tales y cuales condiciones, entonces el contrato es válido o inválido *a no ser que...*”. Eso es todo lo que quiere decirse, nada más. Que tenga esa estructura (ese concepto, o las normas en general) no quiere decir que entonces tú puedas ir creando excepciones implícitas alegremente. Habrá que justificarlo, de manera que en algunos casos estará justificado establecer una excepción implícita y en otros casos no. A mí me parece que en lo que no tienes razón es en decir: “esa es una tesis característica del pospositivismo, contraria al positivismo jurídico”. No. Es una cuestión, yo diría, más bien de sentido común, de que la razón práctica es así, ni más ni menos. Es abierta. En el fondo, es una idea que viene de Aristóteles: no sabemos, no podemos saber por anticipado, si va a surgir alguna circunstancia que obligue a hacer alguna excepción. Insisto, no quiere decir que siempre esté justificado hacerla. Si lo está o no, es algo que habrá que ver.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —Bueno, de acuerdo, las excepciones pueden concurrir en el plano jurídico sustantivo cuando hacer la excepción tiene un buen fundamento, pero yo prometo que me callo o me convierto en nada beligerante dentro de este juego si me explicas qué es lo que hace que estén mejor fundadas tus excepciones o las de Vigo.

MANUEL ATIENZA —Pues, mira, yo creo que la excepción que se hace en el caso “Riggs v. Palmer” está justificada, porque se basa en una teoría adecuada de la interpretación: está justificado que el asesino de su abuelo no reciba la herencia, aunque la norma general en principio aplicable no hubiera previsto ese caso.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —Pero ahí Vigo y tú estáis de acuerdo.

MANUEL ATIENZA —A ver, Juan Antonio, yo no tengo ningún inconveniente en coincidir también contigo en que, por ejemplo, hoy es 28 de septiembre...

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —27, hoy es 27.

MANUEL ATIENZA —Bueno, pues 27. Pero no creo que no tenga que coincidir en nada contigo o con Vigo.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —No, no, yo no digo eso. Yo digo cómo se solucionan las discrepancias, donde las hay, sobre la base de acuerdos evidentes, sobre qué hora es o cuántos años tienes.

MANUEL ATIENZA —Por ejemplo, a propósito de la dignidad humana: mi concepción de la dignidad humana es básicamente kantiana, mientras que la de Vigo es más bien una concepción tomista de la dignidad humana. No me cabe ninguna duda, desde luego, de que se trata de un concepto central de nuestros sistemas jurídicos. Y, por cierto, el que haya alguna base común (hay alguna coincidencia entre la concepción kantiana de la dignidad y la tomista) es algo que habría que considerar muy “bienvenido”. Porque el derecho es una práctica colectiva y eso implica que tiene que haber un acuerdo grande, porque en otro caso no podría existir un derecho. El que existan ciertos acuerdos básicos es muy buena noticia.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —De acuerdo, Manuel, pero si estáis en la Corte Suprema Rodolfo y tú, y un número X de discípulos tuyos, vais a tener que decidir votando y entonces se impone la fuerza del número sobre la evidencia de la razón.

MANUEL ATIENZA —Una cosa es que, al final, naturalmente, por ejemplo, en el caso de un conflicto en el interior de un tribunal, eso se resuelve votando. Pero previamente ha habido una discusión y, por ello, la posibilidad de un diálogo racional que permite a gente razonable llegar a acuerdos. Por supuesto, unas veces sí y otras no.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —¿Y si no?

MANUEL ATIENZA —Y si no se llega a un acuerdo, está naturalmente la ley de la mayoría. Mira, hay un ejemplo muy interesante que pone MacCormick en uno de sus escritos. Él dice que en la Cámara de los Lores hubo dos momentos distintos, en los que variaba el lord que regía los debates. No recuerdo los nombres, pero podríamos decir que uno de ellos tenía una concepción como la tuya y la del otro se asemejaría a la que yo estoy defendiendo. Y lo que dice MacCormick es que en la praxis del tribunal de la Cámara de los lores hubo una gran diferencia, porque cuando quien dirigía era, digamos, el lord García Amado, la consigna venía a ser esta: seamos claros en nuestro pronunciamiento, no hace falta que empleemos mucho tiempo discutiendo, porque no vamos a ponernos de acuerdo: votemos y adoptemos una resolución clara. Mientras que cuando quien dirigía el debate tenía una posición más cercana a la de Dworkin (a la mía en esta discusión), entonces se establecía un procedimiento para que hubiese una discusión previa más larga, para tratar de encontrar un acuerdo. Naturalmente, a veces se llega a acuerdos y a veces no. Pero, por cierto, quienes tenéis una concepción antiobjetivista de la moral, creo que exageráis muchísimo el fenómeno de la discrepancia moral, del disenso. Por supuesto que existe el disenso, pero para vosotros es como si sobre todas las cuestiones morales existieran opiniones en conflicto. Y no es así. A mí me gusta mucho traer a colación una anécdota que contaba Toulmin, a propósito de la discusión en una comisión de la que formó parte y que estableció lo que suele llamarse los “principios de la bioética”. Toulmin contaba que cuando los miembros de la comisión se ponían a discutir en términos muy abstractos, no se ponían de acuerdo; unos eran utilitaristas, otros kantianos, unos profesaban creencias religiosas, otros no... Pero que —y esto es lo importante— cuando se discutía sobre casos concretos, y se tenían presentes todas las circunstancias, pues entonces era mucho más fácil llegar a un acuerdo. Esto es algo muy importante y algo que, por ejemplo, Sunstein le critica a Dworkin y con razón: puede ser preferible renunciar a un concepto muy amplio de coherencia y quedarse con uno más restringido; por ahí va lo de los “acuerdos incompletamente teorizados”. En las motivaciones judiciales, hay muy buenas razones para intentar que la discusión no llegue a niveles muy profundos de fundamentación, porque entonces la tendencia a la discrepancia aumenta; muchas veces es mejor

(porque es suficiente) quedarse en un nivel más superficial, porque ello facilita el acuerdo. Pongamos como ejemplo el aborto. Entre un juez católico y uno ateo puede haber discrepancias muy de fondo, muy profundas. Si la discusión fuera en términos de “¿qué significa para ti el aborto, es o no una conducta justificada?”, seguramente sería imposible llegar a un acuerdo. Pero si la discusión se sitúa en un nivel más superficial, por ejemplo: “veamos si estás de acuerdo conmigo en que, con independencia de cómo juzgues el aborto, tales y cuales supuestos de conductas abortivas no deberían estar castigadas penalmente”, entonces me parece que es más fácil lograr un acuerdo. Discutimos solo sobre ese aspecto concreto, y no sobre otras cuestiones que pertenecerían al ámbito propiamente de la moral. Un ejemplo, por cierto, de que para mí una cosa es el derecho y otra la moral. Aunque, como antes decía, eso no quiere decir que no haya conexiones entre el derecho y la moral. La tesis de Nino es que una buena filosofía del derecho debe ser capaz de engarzar estos tres elementos: el derecho, la moral y la política. Pero la argumentación jurídica no es exactamente como la moral, ni tampoco como la política.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —Yo diría que ha habido un salto... yo estoy de acuerdo con esto que has dicho, pero hemos dado un salto de lo normativo a lo psicológico, a lo científico-social. Evidentemente que hablando se entiende la gente, pero evidentemente que debatiendo legalmente se atenúa el riesgo de conflictos. Evidentemente que entre los que discrepan cabe encontrar acuerdos intermedios con las adecuadas estrategias de argumentación, etcétera, pero esos son elementos que ya no se refieren a cómo entendemos el derecho y cómo queremos guiar u organizar su práctica y con qué límites, sino a dinámicas, a dinámicas del trato social que tienen mucho de psicología individual y de psicología colectiva. O sea, yo concuerdo en que está muy bien buscar acuerdos, lo que no veo yo claro, si se me permite seguir con la broma, es que si tú a un iusnaturalista o a un colega muy conservador le dices “¿Qué te parece si no discutimos lo del aborto como una cuestión de principios, sino simplemente vemos si merece la pena que esté penalmente castigado o no?”, él te va a decir “Bueno, pero sí de eso iba la discusión... esto no consistía en hacer un tratado sobre las ventajas e inconvenientes morales del aborto voluntario, se trataba de ver cómo lo regulamos y la regulación solo se refiere a si está penalmente permitido o está penalmente castigado”.

Yo soy partidario de la ley de plazos, como la que tenemos en España, eso es mi ideología. Lo digo a efectos de marcar las distancias que puedan importar, pero me cuesta mucho creer que un colega y amigo, que con todo derecho sea iusnaturalista argentino diga “no, tal como lo ha reconducido Atienza dentro del tribunal, donde dice que no discutamos sobre el valor de la vida en general, sino sobre si castigamos o no penalmente el aborto, ahí sí vamos a llegar a acuerdo”. Yo creo que no hay acuerdo posible ni ponderación compartida en ese que estamos tomando como ejemplo y en cualquier caso moralmente difícil que, al mismo tiempo, plantee dudas de interpretación de normas; y no digamos si de lo que se trata es de añadir normas a la Constitución o sacarlas de ella.

Por otro lado, yo no tengo una concepción antiobjetivista del derecho. Algunos días me levanto diciendo “soy tan objetivista como Manuel Atienza, porque casi todas mis convicciones morales coinciden con las suyas”. Frente al colega iusnaturalista argentino, yo estaría todo el rato haciéndote barra a ti, pero para mí el enigma teórico es: ¿realmente tú y yo somos fuente del derecho, frente a Vigo, que es mero manantial?

MANUEL ATIENZA —A ver. Si has leído, y sé que lo has hecho, muchas sentencias sobre el aborto, sabes que hay en las fundamentaciones de los jueces muchas referencias que efectivamente se sitúan en un plano, diríamos, muy abstracto. Y por eso tiene sentido lo que estoy diciendo. Y yo creo que, además, es una crítica pertinente a Dworkin porque la idea de lo que él llama “coherencia” o “integridad” tiene pretensiones y diría que excesivas. El punto de vista de Sunstein es más pragmático, más adecuado. Me parece que es una buena idea, una buena sugerencia, en relación con la práctica de los jueces; además, permite ver también las conexiones y las diferencias entre la argumentación jurídica y la argumentación moral, que es de lo que se trata aquí. O sea, yo no estoy diciendo que la argumentación jurídica sea sin más un tipo de argumentación moral; por eso, lo de iusmoralismo me parece que es una expresión absolutamente confusa, porque hace pensar en lo que no es. Y es cierto que Dworkin o Alexy a veces lo han presentado así, como si la argumentación jurídica fuera un tipo de argumentación moral. En mi opinión, eso es un error. No es un tipo de argumentación moral, sino que sencillamente hay conexiones, entre la argumentación jurídica y la moral. Pero la manera adecuada de ver las cosas, las relaciones entre el derecho y la moral no es como los positivistas se empeñan en presentarlo: si

puede haber normas injustas. La respuesta es obvia: sí que las puede haber, naturalmente. Y una norma por mucho que sea totalmente legítima, justa, por ello, no es jurídica; eso es clarísimo. El problema es otro. Los positivistas tendéis aquí a plantear mal las cosas, al igual que ocurre en relación con la interpretación. Si uno no se da cuenta de que el derecho es una práctica, no puede entender lo que es la interpretación. El librito de Fuller que tradujo Carrió, el de los exploradores de cavernas, yo creo que sigue siendo sumamente esclarecedor. Si uno atiende a lo que es la práctica, entonces tiene que interpretarla teniendo en cuenta que el derecho tiene ciertos propósitos racionales. No puede llegar a decisiones interpretativas que vayan contra el sentido común, que hagan que el derecho no tenga sentido, que el derecho penal deje de cumplir los principios que tiene que cumplir: me refiero a la condena a muerte de los exploradores que habían dado muerte a un compañero, pero en estado de necesidad, para salvar sus vidas.

Por eso, yo pongo mucho énfasis, creo que ahí radica el fondo del asunto, en una cuestión de ontología. El derecho no es, simplemente, un objeto que esté ahí fuera, y que se trata sencillamente de describir. Esta es la idea de los positivistas. El derecho en parte es eso, y naturalmente que existen objetos jurídicos. Pero fundamentalmente es una práctica, es una actividad en la que los propios teóricos del derecho también participan. Jori, de nuevo, pone una metáfora que a mí me gusta: el derecho no es como un gran animal, no es un gran rinoceronte, es más bien como la actividad, consiste en cantar en coro. El ejemplo de la novela en cadena que ponía Dworkin también va por ahí. Nino hablaba de la construcción de una catedral. A mí me gusta más la metáfora de la construcción o del desarrollo de una ciudad. Y aquí viene mi conexión con Ihering. Ihering fue un positivista jurídico, pero se dio cuenta de que el derecho era, como él lo expresaba, “una idea de fin”. Hoy lo traduciríamos diciendo que es una actividad práctica. Él se dio cuenta de eso, y por eso me parece que Ihering es el precursor del pospositivismo contemporáneo. En mi opinión, hay una clarísima línea que arranca de Ihering, pasa por Holmes y Fuller y llega hasta Dworkin. La otra línea del positivismo jurídico es la de Kelsen: la concepción del derecho como un conjunto de normas. Esto último me parece equivocado, y por razones de ontología. El derecho no es un objeto que esté ahí fuera y que se trata sencillamente de describir. Es una práctica, es una actividad. Yo diría que de ahí vienen todas nuestras discrepancias, es una discrepancia ontológica, me parece que ese es el punto que nos separa esencialmente.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —Que el derecho es una práctica me parece una afirmación ciertamente interesante e importante, y un poquito trivial también. Claro que el derecho es una práctica, como la contabilidad es una práctica. El problema no es si el derecho es una práctica o no lo es. Tiene sentido que sea una práctica. El problema es cómo conciliamos esa afirmación central en tu teoría, que está bien, no hago objeciones de fondo sobre eso, con la convicción o afirmación, que hoy has repetido, de que tendencialmente o potencialmente hay una única respuesta correcta para cada caso o que los empates pueden ser objetivos. No hablo ahora de los empates en las votaciones. La contabilidad es una práctica, pero tiene como referencia la aritmética o la matemática. Es decir, las cuentas se hacen bien o se hacen mal, son correctas o incorrectas; entonces es una práctica vinculada, no sé, a un espectro importante de respuestas correctas, hay un patrón, hay un parámetro objetivo, hizo mal la cuenta, hizo bien la cuenta.

Si el derecho es una práctica en la que influyen enormemente los elementos valorativos y discrecionales y el tipo de jugadas que se haga dentro de un espacio, de un campo, de una cancha marcada por lo que dice toda una serie de normas, habría un acuerdo absoluto entre lo que dices tú y lo que sostiene todo el positivismo del siglo XX. Es una práctica evidentemente valorativa, no automática, no es mera lógica, no es puro cálculo, y no hay una referencia objetiva que dé y quite razones por aplicación de ese método o mediante la realización de esa operación que llamamos sumar, restar o ponderar. Pero, claro, eso no cuadra con decir que el elemento constitutivo es la práctica, pero que la práctica está sometida a un criterio objetivo de corrección que hace que el resultado de la práctica sea objetivamente correcto o no por coincidir con un fondo valorativo, etcétera.

Es decir, o relativizamos los parámetros de control de la práctica, y entonces estamos completamente de acuerdo, o es una práctica guiada por y sometida a parámetros objetivos. Entonces es una práctica absolutamente normada, como la contabilidad. Creo que estamos hablando de eso, pero en un contexto desconcertante, por cuanto lo que yo sostengo es que el objetivista moral no fuerza a ser antipositivista jurídico porque mi lema, que tantas veces me gusta repetir, es que la moral es de cada uno y también de los objetivistas, y el derecho es de todos y el derecho tiene que ser una práctica común y compartida, sin unos criterios de corrección de las respuestas que se correspondan con la moral de estos o con la moral de aquellos. Y ese

elemento normativo común lo tenemos y está en un derecho positivo democráticamente legitimado.

MANUEL ATIENZA —Creo que te equivocas cuando dices que el derecho es de todos y la moral es de cada uno. No. Aquí es pertinente traer la famosa distinción entre la moral positiva y la moral crítica. La moral positiva naturalmente que no es de cada uno. La moral positiva, digamos, es una práctica y existe; si no fuera así, no podríamos entender lo que es nuestra vida en común. La conexión con la contabilidad, yo creo que es desafortunada porque sí puedes decir que es una práctica, pero verdaderamente está muy lejos del derecho, no tiene que ver con lo que es el derecho. Pongo un ejemplo que quizás pueda ayudar a entender lo que quiero decir con lo de que el derecho es una práctica. En el derecho penal, hay un famoso artículo de Roxin, del año setenta o por ahí. Roxin, por cierto, sin darse cuenta de ello, lo que hace es descubrir a Ihering; lo que este había dicho un siglo antes. Bueno, frente a la concepción dominante de los penalistas (al menos, de entonces) que partían de una concepción normativista del derecho, Roxin viene a decir: “Yo creo que hay que cambiar las cosas (la manera de hacer dogmática penal) y que hay que empezar planteándose el problema de cuál es la finalidad, la función, que juegan en el derecho penal cada uno de los elementos del concepto de delito”. Y efectivamente tenía razón. Muchos penalistas consideran ese artículo como una especie de parteaguas y, a partir de entonces, empezaron a entender la teoría estructural del delito en términos funcionales. Eso quería decir que lo primero era preguntarse cuáles eran los fines, las funciones, que están detrás del elemento de la tipicidad, de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Eso es lo que yo quería decir: que ver el derecho como una práctica (como una idea de fin) cambia mucho las cosas.

En relación con la teoría de la interpretación, ocurre lo mismo. Naturalmente, están los métodos interpretativos y todo lo demás. Pero para entender bien la interpretación, a eso es a lo que apunta precisamente la teoría de Dworkin, hay que partir de que la interpretación es una práctica, una actividad con la que se trata de lograr ciertos fines. De ahí la idea de ver de la mejor manera posible un determinado caso o una determinada norma. Hay mucha diferencia, según que se vea el derecho como una práctica o meramente como un conjunto de normas. Por eso digo que es una cuestión ontológica. Que marca una diferencia entre el derecho y la ciencia, lo que normalmente entendemos por ciencia, con las ciencias empíricas. La

naturaleza no es una práctica y la célula tampoco: entonces lo que el biólogo tendrá que hacer será describir y explicar el funcionamiento de la célula, de una parte de ella, etcétera. Pero el derecho va de otra cosa. Y eso es de lo que hay que darse cuenta: para construir la teoría del derecho no se puede proceder de la misma manera que lo hacen las ciencias empíricas o las ciencias formales. Es otra cosa.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —Manuel, creo que tu ejemplo del derecho penal es desafortunado. Estoy ciento por ciento de acuerdo con esa lectura que tomas de Roxin, pero nos hemos ubicado en la rama del derecho donde juega un papel más absolutamente determinante e incuestionado el principio de legalidad.

MANUEL ATIENZA —Lo que uno tiene que preguntarse es por qué, por qué es así. Y la respuesta está en los fines característicos del derecho penal, que no son los mismos que los del derecho administrativo o los del derecho civil. Eso es lo que te da la clave para comprender.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —Pero el derecho es una práctica sometida a unos límites taxativos y bastante claros, que vienen del principio de tipicidad, precisamente, y es que todo lo que el juez practique y todo lo que valore y pondere tiene que ser dentro de la compatibilidad con el principio de legalidad. Yo entiendo perfectamente el derecho como práctica en ese sentido. En lo que discrepamos es en la extensión del campo y en algunas de las reglas del juego, del modo en que los árbitros del partido aplican el reglamento. El ejemplo del derecho penal es maravilloso para dar la razón a lo que yo planteo, solamente que tú podrías replicar “bueno, pero en otros ámbitos no existen ese tipo de limitaciones tan férreas”. Pues bien, por razones políticas los positivistas consideramos que hay que entender la Constitución también con gran respeto a lo que la Constitución dice y la práctica constitucional es una práctica sometida a unos límites que no pueden quedar a la libérrima voluntad del intérprete, igual que ocurre en el derecho penal.

MANUEL ATIENZA —Juan Antonio, ¿crees que al decir esto estás oponiéndote a algo de lo que yo haya dicho? Si lo he dicho pocas veces, insisto una vez más: el derecho es una práctica autoritativa y la moral no lo es. Hay algunas de nuestras prácticas que son autoritativas. ¿Por qué lo es el

derecho? Porque tiene que serlo, porque, si no lo fuera, el derecho no podría satisfacer los fines característicos suyos.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —Si estamos de acuerdo en ese elemental planteamiento iuspositivista, el derecho es una práctica fuertemente sometida a límites normativos y autoritativos, yo diría que tenemos un problema tú y yo en este debate, tenemos que disimular tu venida a un positivismo atenuado y seguir fingiendo que nos separa mucho más de lo que en realidad nos separa, porque si no es la última vez que nos invitan a un debate como este.

JUAN PABLO ALONSO —Bueno, tenemos que ir cerrando. Todos los que quieren preguntar acérquense, por favor.

HUGO RICARDO ZULETA —Gracias, fue una discusión excelente, sumamente interesante. Solamente quería hacer una aclaración conceptual con respecto a la supuesta derrotabilidad de los condicionantes. Si todos los condicionantes fueran derrotables, la deducción sería imposible, porque para poder deducir hace falta aplicar el *modus ponens*. Y para aplicar el *modus ponens* es necesario que la afirmación del antecedente sea condición suficiente para la afirmación del consecuente. Alchourrón en los últimos años de su vida se dedicó especialmente al tema de la derrotabilidad de los condicionales jurídicos porque precisamente esto era lo que le preocupaba, porque él tenía una concepción deductivista de las sentencias judiciales. Es decir que la sentencia se funda por *modus ponens*. Entonces, lo que trató de hacer, precisamente, es reducir el condicional derrotable a condicional clásico, a través de lo que él llamó una “función de revisión”. Como señala Jorge Rodríguez, una función de revisión puede tener en cuenta elementos que están contenidos en otras partes del mismo sistema jurídico o puede tener en cuenta otros elementos.

Por ejemplo, en una norma dice “Se debe castigar con veinte años de prisión a los que matan a otros” y otras normas dicen que “No se debe castigar a los menores de edad”. Bueno, la función de revisión integraría en el antecedente esta excepción y diría “si alguien mata y no es menor de edad, se lo debe castigar con veinte años de prisión”. Si solo tienen en cuenta elementos que están contenidos expresa o implícitamente en el sistema jurídico, la derrotabilidad de los condicionales es compatible con el positivismo jurídico. Eso es todo, muchas gracias.

RICARDO GUIBOURG —Interesantísimo el debate. Por cierto, yo estoy completamente de acuerdo con García Amado, no cabe ninguna duda. Pero tengo una observación adicional. Me parece que hemos estado debatiendo, ante todo, acerca de la estructura del derecho; no solo eso, cuál sería la mejor estructura del derecho. Y aquí, claro, para hablar mal y pronto, hay dos maneras de hacer el derecho: una mediante obligaciones y prohibiciones, y otra mediante derechos. Y desde que los pospositivistas se adueñaron del poder constituyente, ahora todos los derechos y ya no hay casi obligaciones ni revisión, lo que a mí me parece técnicamente inconveniente, pero no es este el punto que quiero señalar, sino que siempre pensé que el positivismo, el iusnaturalismo, o el pospositivismo, antiguo positivismo, etcétera, son maneras de plantear una teoría del derecho. Y una teoría del derecho tiene que hacer básicamente dos cosas; primero, ofrecer una definición del concepto de derecho que más o menos pueda controlar y, luego, de acuerdo con esa definición, establecer de qué modo puede uno adquirir conocimiento del derecho. Y aquí me parece que está el *quid* de la cuestión: ¿cómo se adquiere el conocimiento de cualquier cosa? Mediante un método. Yo conozco dos métodos que dan resultados: la observación y el cálculo. Aplicados al derecho, la observación nos permite leer los códigos, conocer la jurisprudencia y no mucho más. El cálculo, a la manera de Alchourrón y Bulygin, nos permite deducir unas normas de otras, pero ninguno de estos dos métodos nos permite establecer cuáles son los principios, qué principios son mejores que otros, qué principios deben ser preferidos en una ponderación sobre el otro. Y si no hay método, me parece que no hay conocimiento. Y si no hay conocimiento, no puede haber una teoría que descansa en estos métodos.

MANUEL ATIENZA —Yo creo que sí, que es compatible con el positivismo jurídico, precisamente mi tesis es que lo de la derrotabilidad no es algo que caracterice al pospositivismo. Seguramente un positivista también puede hablar de derrotabilidad. Yo no estoy de acuerdo con alguna cosa en relación a cómo la entendió Alchourrón: a su planteamiento en relación a cuándo estaría justificada. Ahí él introduce una cierta concepción de la interpretación. Lo que viene a decir es que está justificada la excepción si uno —el intérprete— puede decir que, si el legislador hubiese conocido las circunstancias nuevas, entonces hubiese introducido esa excepción. Es una concepción de la interpretación que, en mi opinión, no es la mejor, pero ese es otro tema.

Con Pachi estoy de acuerdo en todo en lo que estamos en desacuerdo. Tú dices: “Hay dos cosas (dos métodos): la observación y el cálculo”, pero, claro, esas son precisamente las dos cosas que no nos sirven para el derecho. Si uno fuese biólogo, físico o matemático... pero el derecho es un asunto distinto. Por ello, yo decía que mi discrepancia es una discrepancia ontológica. El derecho es lo que es, y entonces resulta que necesitamos el derecho porque con él conseguimos satisfacer algunas finalidades que son muy importantes. ¿Se trata entonces de conocer? Yo diría fundamentalmente que no. El conocimiento, por así decirlo, es la base; recuerdo lo que decía Mario Bunge para diferenciar la ciencia y la técnica: el fin de la ciencia es conocer por conocer, el de la técnica, no. Por eso, cuando hablamos normalmente de lo que se entiende por ciencia del derecho, la dogmática jurídica, yo creo que no es una ciencia. Porque su propósito no es conocer, sino resolver cuestiones prácticas utilizando en la medida de lo posible conocimiento formal, como el de la lógica (o la ponderación), datos de la experiencia, sociología. Pero lo fundamental del derecho es dar soluciones a problemas prácticos: a cierto tipo de problemas y de una cierta manera. Yo creo haber sido el primer español (o uno de los primeros) en leer el libro de Alchourrón y Bulygin, *Normative Systems*. Fue sin duda un enorme avance, pero el libro resulta manifiestamente insuficiente. Te permite entender algo del derecho, pero yo diría que muy poco. ¿Por qué? Entre otras cosas, porque parten de un único tipo de norma. Las normas constitutivas no aparecen; tampoco aparecen los principios. Y entonces no vamos a tener una teoría satisfactoria del ordenamiento jurídico; para dar cuenta de las contradicciones, por ejemplo, tendríamos que incorporar una complejidad que no está en ese libro. ¿Hay un espacio para el cálculo lógico en el derecho? Yo diría que sí, pero muy pequeño. Mi idea es que el derecho es, en el mundo social, semejante a lo que supone la medicina en el mundo natural. La medicina ha podido aprovechar los enormes avances de los últimos tiempos en las ciencias de la naturaleza: química, biología, etc., pero eso no ha existido en relación con el derecho, con la dogmática jurídica. En todo caso, el objetivo de la dogmática es esencialmente práctico. Creo que esa es una gran discrepancia que tengo con los positivistas. Pero les aprecio mucho y he aprendido mucho de ellos. Lo que pasa es que yo creo que se trata de un paradigma que desde hace algunas décadas ha dejado de ser fértil. Por eso a veces yo digo provocativamente que el positivismo jurídico está muerto. Y el problema es que no va a ser fácil enterrarlo.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —Querido Manolo, los muertos que vos matáis están bien vivos. Por aquí un positivista me susurraba: “No estaba muerto, estaba de parranda”.

MANUEL ATIENZA —Son espectros positivistas.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —Quería hacer una observación tangencial, pero quizás no irrelevante. Hemos descartado de plano el contenido observacional en el conocimiento del derecho. Cuando yo leo en el artículo 15 de la Constitución española “queda abolida la pena de muerte”, yo adquiero un conocimiento sobre el contenido de una norma que también conozco que es jerárquicamente superior y sé que queda abolida la pena de muerte y lo sé porque utilicé mi sentido de la vista para leer. Igual que si mi pareja me dice “tráeme una botella de buen malbec de Argentina”, mi contenido observacional es que si le llevo un agua tónica no cumplo con eso, claro.

Lo que aquí hemos estado debatiendo es lo siguiente: el derecho es una práctica para la resolución de problemas sobre la base de asumir el valor de ciertos conocimientos que se adquieren por vía observacional, que es como al leer el Código Penal entendemos lo que sea claro y sabiendo cuáles son los límites de lo que resulte oscuro... Si nos olvidamos de esas observaciones, entonces llegamos al sueño de iusmoralistas mucho más extremos que Manuel, que es la justicia del caso concreto como única pauta de decisión en el derecho. Y un juez que no aplica constituciones ni códigos ni nada por el estilo, sino que usa el método de sastre, que es flexible, o aquella famosa regla aristotélica de la equidad... Aristóteles, en nuestro medio, es un autor radicalmente disolvente del sentido del Estado de derecho, lo cual no quita ningún valor al filósofo Aristóteles, pero hace cuestionables ciertas optimizaciones de Aristóteles como guía de la decisión judicial. Cuando una Constitución dice “no se aplicará retroactivamente la norma penal desfavorable”, no hay ninguna equidad que ponderar ni margen ninguno para juzgar merecimientos, simplemente se aplica la norma.