

**E**l objetivo principal de esta obra es el de proporcionar a los lectores no sólo mejores elementos de análisis conceptual sino también nuevos enfoques o perspectivas del derecho y del Estado que permitan, por un lado, incidir en la práctica, por ejemplo, en la calidad de las motivaciones de las resoluciones jurisdiccionales, y, por otro, elevar el nivel de nuestras disciplinas teóricas.

Manuel Atienza propone y defiende en su trabajo un enfoque del derecho como argumentación, el cual parte de la idea de que la argumentación constituye un elemento indispensable de la praxis jurídica en prácticamente todos sus aspectos: desde la producción del derecho hasta su aplicación e interpretación, pasando por la actividad teórica, y desde diferentes perspectivas: tanto la del juez como la de los legisladores y órganos administrativos, así como de las del abogado y del jurista teórico.

Luigi Ferrajoli en su primer trabajo explica el papel y la importancia de la jurisdicción en el modelo de Estado constitucional de derecho o modelo constitucional garantista. Según Ferrajoli, hay dos razones irreversibles que explican la expansión del papel del derecho y de la jurisdicción: un cambio estructural del sistema jurídico y del sistema político.

Ferrajoli, en su segunda contribución, aborda, por un lado, la cuestión relativa al futuro de la democracia política y del Estado de derecho, habida cuenta de la crisis del Estado nacional, y, por otro, el tema referente al papel de la jurisdicción en el paradigma del Estado de derecho expandido al derecho internacional.



MANUEL **ATIENZA**  
LUIGI **FERRAJOLI**

**Jurisdicción  
y argumentación  
en el Estado  
constitucional  
de derecho**

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

JURISDICCIÓN Y ARGUMENTACIÓN  
EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

*Serie*  
ESTADO DE DERECHO Y FUNCIÓN JUDICIAL

*Coordinadores*  
Miguel Carbonell, J. Jesús Orozco Henríquez,  
Rodolfo Vázquez

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

---

Coordinador editorial: Raúl Márquez Romero  
Edición: Margarita García Castillo  
Formación en computadora: José Antonio Bautista Sánchez

MANUEL ATIENZA  
LUIGI FERRAJOLI

JURISDICCIÓN  
Y ARGUMENTACIÓN  
EN EL ESTADO  
CONSTITUCIONAL  
DE DERECHO



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
MÉXICO, 2005

Primera edición: 2005

DR © 2005, Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 970-32-2662-0

## CONTENIDO

Presentación . . . . .	IX
Miguel CARBONELL	
J. Jesús OROZCO HENRÍQUEZ	
Rodolfo VÁZQUEZ	
El derecho como argumentación . . . . .	1
Manuel ATIENZA	
I. Introducción. La argumentación jurídica y su auge actual . . . . .	1
II. Factores que explican el fenómeno . . .	8
III. Concepciones del derecho: de los teóri- cos y de los prácticos . . . . .	15
IV. El formalismo jurídico . . . . .	24
V. El positivismo normativista . . . . .	28
VI. El realismo jurídico . . . . .	38
VII. El iusnaturalismo . . . . .	47
VIII. El escepticismo jurídico . . . . .	60
IX. Lo que queda . . . . .	67
X. Sobre el pragmatismo jurídico . . . . .	75
XI. Derecho, conflicto y argumentación . .	78
XII. Bibliografía . . . . .	81

El papel de la función judicial en el Estado de derecho . . . . .	87
Luigi FERRAJOLI	
I. Jurisdicción y Estado de derecho . . . . .	87
II. El papel de la jurisdicción y el valor de la independencia . . . . .	95
III. El garantismo como respuesta estratégica a la crisis de la justicia y de la política . . . . .	100
IV. Una propuesta de reforma: la reserva de código . . . . .	105
 Democracia, Estado de derecho y jurisdicción en la crisis del Estado nacional. . . . .	 109
Luigi FERRAJOLI	
I. Democracia, Estado de derecho y crisis del Estado . . . . .	109
II. La globalización como vacío de derecho público internacional . . . . .	116
III. Redefinición del orden internacional. Instituciones de gobierno e instituciones de garantía . . . . .	121
IV. Una esfera pública internacional . . . . .	126

*Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 9 de septiembre de 2005 en Impresión y Comunicación Gráfica, S. A. de C. V. En esta edición se empleó papel cultural 57 x 87 de 37 kilos para los interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros; consta de 1000 ejemplares.



## PRESENTACIÓN

Con la presente obra se inicia la serie "Estado de derecho y función judicial", que se publica con los auspicios del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Esta serie está constituida por contribuciones en las que reconocidos juristas, tanto nacionales como extranjeros, abordarán cuestiones fundamentales en torno a la impartición de justicia en un Estado constitucional democrático de derecho.

El objetivo principal de esta serie es el de proporcionar a los lectores aportaciones que suministren no sólo mejores elementos de análisis conceptual sino también nuevos enfoques o perspectivas del derecho y el Estado que permitan, por un lado, incidir en la práctica, por ejemplo, en la calidad de las motivaciones de las resoluciones jurisdiccionales, y, por otro, elevar el nivel de nuestras disciplinas teóricas.

En esta obra se incluyen un texto de Manuel Atienza, intitulado *El derecho como argumentación*, y dos trabajos de Luigi Ferrajoli, titulados *El papel de la función judicial en el Estado de derecho y Democracia*, *Estado de derecho y jurisdicción en la crisis del Estado nacional*, los cuales formaron parte del Primer Seminario Internacional sobre Estado de derecho y función judicial, que se llevó a cabo en el Tribunal Electoral del Poder Judi-

cial de la Federación en mayo de dos mil tres, en cuya organización participó activamente el Instituto Tecnológico Autónomo de México.

Manuel Atienza propone y defiende en *El derecho como argumentación* un enfoque del derecho como argumentación, el cual parte de la idea de que la argumentación constituye un elemento indispensable de la praxis jurídica en prácticamente todos sus aspectos: desde la producción del derecho hasta su aplicación e interpretación, pasando por la actividad teórica, y desde diferentes perspectivas: tanto la del juez como la de los legisladores y órganos administrativos, así como de las del abogado y del jurista teórico. En su texto, el fundador y representante más destacado de la escuela alicantina del derecho, de reconocido prestigio internacional, explica los diversos factores que han hecho que la argumentación jurídica ocupe un lugar central en la cultura jurídica occidental y muestra de qué modo la perspectiva argumentativa provee de elementos para operar con sentido en los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales democráticos de derecho. Asimismo, el profesor Atienza, hace un repaso de las concepciones del derecho más características del siglo XX (el positivismo normativista, el realismo jurídico, el iusnaturalismo, el formalismo jurídico y las concepciones escépticas) para tratar de mostrar las razones por las cuales ninguna de ellas, a su juicio, permite dar cuenta satisfactoriamente del derecho visto como argumentación. El autor hace hincapié en que el enfoque del derecho como argumentación tiene como propósito primordial contribuir a la mejora de la práctica del derecho y, con ello, a las instituciones jurídicas. Este es un

punto fundamental, ya que, siguiendo lo que denomina un "pragmatismo amplio", la teoría debe ser capaz de incidir en las prácticas jurídicas. En este ensayo Manuel Atienza hace explícitos algunos de los presupuestos del enfoque del derecho como argumentación, como el relativo a que el mismo está comprometido con un "objetivismo mínimo en materia de ética" o el que presupone cierto grado de aceptación del derecho. Así, también señala algunos de sus principales retos, como el dar cuenta de las peculiaridades del razonamiento jurídico, lo que implica tener en cuenta ciertas razones institucionales, dentro de la unidad de la razón práctica.

Luigi Ferrajoli en su ensayo intitulado *El papel de la función judicial en el Estado de derecho* explica el papel y la importancia de la jurisdicción en el modelo de Estado constitucional de derecho o modelo constitucional garantista. Según Ferrajoli, hay dos razones irreversibles que explican la expansión del papel del derecho y de la jurisdicción: un cambio estructural del sistema jurídico y del sistema político. Semejantes transformaciones, a su juicio, han producido una segunda revolución en el mundo jurídico; (la primera se dio con el nacimiento del Estado de derecho), que, a su vez, ha generado un cambio de paradigma, que se ha manifestado en dos planos: en el de la teoría del derecho, con la distinción entre vigencia y validez, y en el de la política, con un cambio en la naturaleza misma de la democracia (que tiene su expresión en la dimensión constitucional o sustancial de la democracia). En el modelo constitucional garantista, el juez está llamado a desempeñar un papel decisivo, ya que no sólo deviene en un garante de

los derechos fundamentales sino también del ejercicio legal de los poderes públicos; asimismo, la interpretación judicial de la ley se convierte en un juicio sobre la ley misma, a la luz de la Constitución. Ello constituye una nueva fuente de legitimación de la jurisdicción. En el garantismo, además, la motivación en las sentencias, particularmente en el ámbito penal, deberá fundamentarse sobre argumentos cognitivos en los hechos y reconocitivos en el derecho. Finalmente, el profesor Ferrajoli hace una propuesta de reforma, a la que califica de garantista del sistema penal, consistente en el establecimiento en la Constitución de una reserva reforzada de código contra las intervenciones excepcionales y ocasionales por parte del legislador ordinario. Una propuesta que pretende devolver al derecho penal su naturaleza de extrema *ratio*.

Ferrajoli, en su segunda contribución, intitulada *Democracia, Estado de derecho y jurisdicción en la crisis del Estado nacional*, aborda, por un lado, la cuestión relativa al futuro de la democracia política y del Estado de derecho, habida cuenta de la crisis del Estado nacional, y, por otro, el tema referente al papel de la jurisdicción en el paradigma del Estado de derecho expandido al derecho internacional. En realidad, el hilo conductor entre los dos textos de Ferrajoli, incluidos en esta obra, está constituido por el tema de la expansión de la jurisdicción y del establecimiento de instituciones de garantía adecuadas: de la jurisdicción estatal a la jurisdicción en la esfera pública internacional.

Como parte de su diagnóstico de la situación actual, Ferrajoli muestra, por un lado, que el efecto principal de la crisis del Estado nacional en el plano internacional ha sido un vacío de derecho públi-

co y, por otro, que la globalización de la economía se traduce en un vacío de derecho público internacional, lo que ha producido una anomia general y regresión neo-absolutista de las grandes potencias y de los grandes poderes económicos transnacionales, que se caracteriza como un retorno de la guerra como instrumento de solución de las crisis internacionales. Por ello, señala Ferrajoli, el sistema actual de relaciones internacionales carece de instituciones de garantía, por ejemplo, de la protección de la paz, de la regulación del mercado y de la tutela de los derechos y bienes fundamentales de todos. De ahí su propuesta consistente en la creación de una esfera pública internacional que comprenda la creación o el reforzamiento de las instituciones internacionales de garantía.

La razón primordial para seleccionar a estos autores en el presente trabajo estriba en que su pensamiento, en el contexto de los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales democráticos de derecho, constituye un hito: Manuel Atienza, con su propuesta del enfoque del derecho como argumentación, y Luigi Ferrajoli, con su propuesta de constitucionalismo garantista. Existen puntos de contacto entre el pensamiento de los dos autores. En el derecho de los modernos Estados constitucionales democráticos, en donde se ha registrado una redistribución del poder en favor de los tribunales, la motivación de las resoluciones jurisdiccionales constituye una exigencia fundamental, y no puede haber una adecuada motivación sin una sólida argumentación. Nos asiste la convicción de que los trabajos que se incluyen no sólo permitirán arrojar luz sobre muchas cuestiones debatidas del derecho y de la teoría jurídica sino, sobre todo, co-

mo dice Atienza, incidir en la mejora de las prácticas jurídicas.

Agradecemos al doctor Diego Valadés su valioso apoyo y aliento para que esta serie viera la luz; en próximas publicaciones de la misma aparecerán obras tanto de autores clásicos como de autores contemporáneos. Estamos seguros que, dada la reconocida calidad de sus autores como de la originalidad y profundidad de sus contribuciones, además de la solvencia profesional y académica de la institución editora, esta serie constituirá una importante aportación a los saberes jurídicos y, por ende, servirá de fuente de discusión y análisis para perfeccionar las instituciones del Estado, en particular, el sistema de impartición de justicia.

Miguel CARBONELL  
J. Jesús OROZCO HENRÍQUEZ  
Rodolfo VÁZQUEZ

El derecho como argumentación . . . . .	1
Manuel ATIENZA	
I. Introducción. La argumentación jurídica y su auge actual . . . . .	1
II. Factores que explican el fenómeno . . .	8
III. Concepciones del derecho: de los teóri- cos y de los prácticos . . . . .	15
IV. El formalismo jurídico . . . . .	24
V. El positivismo normativista . . . . .	28
VI. El realismo jurídico . . . . .	38
VII. El iusnaturalismo . . . . .	47
VIII. El escepticismo jurídico . . . . .	60
IX. Lo que queda . . . . .	67
X. Sobre el pragmatismo jurídico . . . . .	75
XI. Derecho, conflicto y argumentación . .	78
XII. Bibliografía . . . . .	81

# EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN

Manuel ATIENZA

## I. INTRODUCCIÓN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y SU AUGE ACTUAL

Parece obvio que la argumentación es un ingrediente importante de la experiencia jurídica, prácticamente en todas sus facetas: tanto si se considera la aplicación como la interpretación o la producción del derecho; y tanto si uno se sitúa en la perspectiva del juez como en la del abogado, el teórico del derecho, el legislador... Lo que quizá sea menos obvio es aclarar en qué consiste —o en qué se traduce— exactamente esa importancia y, sobre todo, mostrar de qué manera la perspectiva argumentativa permite entender a fondo muchos aspectos del derecho y de la teoría jurídica y provee, en fin, de instrumentos sumamente útiles para operar con sentido en el derecho; particularmente, en los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales.

Una cierta dificultad para lograr todos esos objetivos surge de la oscuridad que rodea a la expresión "argumentación jurídica" y a muchas otras que pueden considerarse más o menos sinónimas (o parcialmente sinónimas): "argumento", "razonamiento jurídico", "lógica jurídica", "método jurí-

dico"... A lo largo del libro se irá aclarando en qué sentido hablo de argumentación jurídica (o, mejor, en qué sentidos: una de las ideas centrales del mismo es que existen diversas concepciones de la argumentación con relevancia jurídica), pero ya ahora conviene hacer algunas precisiones iniciales.

La primera es que por argumentación jurídica no entiendo lo mismo que por lógica jurídica, aunque si se adoptara una concepción suficientemente amplia de la lógica (que incluyera, por ejemplo, el conjunto de temas tratados por Aristóteles en el *Organon*), no habría prácticamente nada —ningún tema de los que aquí se van a abordar— que no pudiera ser considerado como perteneciente a la lógica, a la lógica jurídica. De hecho, la expresión "lógica" se ha usado —y se usa— con una enorme cantidad de significados, uno de los cuales (en cuanto adjetivo) equivaldría a "racional", "aceptable", "fundado". De todas formas, hoy es frecuente contraponer el enfoque lógico de la argumentación a otros de carácter retórico, tópico, comunicativo, etcétera, y aquí seguiré básicamente ese uso, sólidamente establecido, por lo demás. Dicho en forma aproximativa, la lógica —la lógica formal— entiende los argumentos como encadenamientos de proposiciones, en los que, a partir de algunas de ellas (las premisas) se llega a otra (la conclusión). Otros enfoques pueden consistir en ver la argumentación como una actividad, una técnica o un arte (el *ars inveniendi*) dirigido a establecer o descubrir las premisas; como una técnica dirigida a persuadir a otro u a otros de determinada tesis; o como una interacción social, un proceso comunicativo que tiene lugar entre diversos su-

jetos y que debe desarrollarse conforme a ciertas reglas.

Por lo demás, la cuestión de las relaciones entre el derecho y la lógica es compleja y resulta bastante obscurecida por la imprecisión con que suele hablarse de "lógica" en el ámbito del derecho (y en muchos otros ámbitos). En realidad, viene a ser uno de los temas clásicos del pensamiento jurídico, que suele abordarse de manera muy distinta, según las culturas jurídicas y la época de que se trate. Hablando muy en general, podría decirse que, en la cultura occidental, ha habido momentos (y direcciones del pensamiento jurídico) en los que derecho y lógica parecen haber tendido a aproximarse (por ejemplo, en el iusnaturalismo racionalista), y otros en los que la relación habría sido más bien de tensión (como ocurre con el movimiento antiformalista o realista). Como ejemplo de esto último, es inevitable citar la conocidísima frase del juez Holmes, al comienzo de su obra *The common law*: "la vida del derecho no ha sido lógica, sino experiencia" (Holmes 1963, p. 1). Pero esas palabras se han malinterpretado con no poca frecuencia, seguramente debido a la mencionada oscuridad de la expresión "lógica". Parece bastante razonable entender que lo que pretendía Holmes al escribir esas líneas no era afirmar que en el derecho no hubiera lógica: Holmes era plenamente consciente de la importancia del análisis lógico de los conceptos jurídicos, y sus decisiones —particularmente sus votos disidentes— son ejemplos destacados de cómo usar persuasivamente la lógica. Lo que pretendía era más bien contraponer el formalismo jurídico a una concepción instrumental o pragmatista del derecho; o sea, señalar que lo que

guía el desarrollo del derecho no es una idea inmutable de razón, sino la experiencia —la cultura— cambiante (Menand 1997, p. XXI). Dicho de otra manera, el aforismo de Holmes iría contra la “lógica”, pero entendida en un sentido que nada tiene que ver con cómo hoy se emplea —técnicamente— la expresión.

También merece la pena resaltar el hecho de que cuando hoy se habla de “argumentación jurídica” o de “teoría de la argumentación jurídica” no se está diciendo algo muy distinto a lo que anteriormente se llamó más bien “método jurídico”, “metodología jurídica”, etcétera. Resulta así significativo que en las primeras páginas de su libro *Teoría de la argumentación jurídica* (una de las obras más influyentes en Europa y Latinoamérica en las últimas décadas), Robert Alexy muestra explícitamente que lo que él pretende es abordar, centralmente, los mismos problemas que habían ocupado a los autores de los más influyentes tratados de metodología jurídica (Larenz, Canaris, Engich, Esser, Kriele...): o sea, aclarar los procesos de interpretación y aplicación del derecho y ofrecer una guía y una fundamentación al trabajo de los juristas. En mi opinión, la diferencia en el uso que hoy se da a la expresión “argumentación jurídica” frente a la de “método jurídico” radica esencialmente en que la primera tiende a centrarse en el discurso jurídico justificativo (particularmente, el de los jueces), mientras que “método jurídico” (por lo menos entendido en un sentido amplio) tendría que hacer referencia también a otra serie de operaciones llevadas a cabo por los juristas profesionales y que no tienen estrictamente (o no sólo) un carácter argumentativo: por

ejemplo, encontrar el material con el que resolver un caso o adoptar una decisión en relación con un caso (en la medida en que se distingue de justificación de esa decisión). De hecho, lo que puede llamarse "teoría estándar de la argumentación jurídica" parte de una distinción clara (que no suele encontrarse en los cultivadores más tradicionales de la metodología jurídica), por un lado, entre la decisión (judicial) y el discurso referido o conectado con la decisión; y, por otro lado (en el plano del discurso), entre el de carácter justificativo y el descriptivo y explicativo; la teoría de la argumentación jurídica de nuestros días se ocupa, casi exclusivamente, del discurso justificativo de los jueces, esto es de las razones que ofrecen como fundamento —motivación— de sus decisiones (el contexto de la justificación de las decisiones), y no de la descripción y explicación de los procesos de toma de decisión (el contexto del descubrimiento) que exigirían tomar en cuenta factores de tipo económico, psicológico, ideológico, etcétera.

Sin embargo, como el lector irá viendo, este libro se inspira en una concepción muy amplia de la argumentación jurídica, que tiende a conectar la actividad argumentativa con los procesos de toma de decisión, de resolución de problemas jurídicos, y que, en cierto modo, relativiza las anteriores distinciones; de manera que podría decirse que el enfoque argumentativo del derecho aquí propuesto consiste esencialmente en considerar los problemas del método jurídico desde su vertiente argumentativa. Por lo demás, en el mundo anglosajón —particularmente en el de los Estados Unidos— la expresión "razonamiento jurídico" ("*legal reasoning*") se ha usado tradicionalmente —y sigue

usándose— en un sentido muy amplio y prácticamente equivalente al de método jurídico (véase, por ejemplo, Burton 1985; Neumann 1998). En los libros de *Legal reasoning* se trata de enseñar a los estudiantes a “pensar como un jurista” (algo fundamental en un sistema educativo dirigido casi exclusivamente a formar buenos profesionales) y cumplen una función —propedéutica— semejante a la que muchas veces se ha atribuido a la lógica en relación con el resto de las ciencias.

Pues bien, en cualquiera de los sentidos en que cabe hablar de razonamiento jurídico o de argumentación jurídica, no hay duda de que sus orígenes son muy antiguos. El estudio de las formas lógicas de los argumentos utilizados por los juristas (“*a pari*”, “*a fortiori*”, “*a contrario*”...) se remonta por lo menos al derecho romano. El *ars inveniendi*, la tópica, habría sido, según Viehweg, el estilo característico de la jurisprudencia en la época clásica del derecho romano y habría durado en Europa por lo menos hasta la llegada del racionalismo. Y el origen mismo de la retórica (en Sicilia, en el siglo V a.C.) no es otro que el derecho: el considerado como primer tratado de retórica —el Corax— surge de la necesidad de persuadir a los jueces en relación con determinadas disputas sobre la propiedad de la tierra.

Ahora bien, este interés de siempre por la argumentación jurídica —y por la argumentación en general— ha aumentado enormemente en los últimos tiempos. Aquí habría que hablar quizá de dos momentos de inflexión. Uno es el de los años 50 del siglo XX, cuando se produce un gran resurgimiento de la aplicación de la lógica al derecho, en parte por la posibilidad de aplicar al mismo las he-

ramientas de la "nueva" lógica matemática (la publicación de la *Lógica jurídica* de Ulrich Klug es de 1951, pero la elaboración del libro data de finales de los años 30 [Atienza 1991]), y en parte como consecuencia del nacimiento de la lógica deóntica o lógica de las normas (el trabajo pionero de von Wright es de 1951); pero también de otras tradiciones en el estudio de los argumentos, representadas por la tónica de Viehweg (sumamente afín, por lo demás, a la concepción del razonamiento jurídico de un autor norteamericano, Levi, que publica por las mismas fechas un influyente libro sobre el tema), la nueva retórica de Perelman, o la lógica informal de Toulmin. Por eso, cuando hoy se habla de argumentación jurídica (o de teoría de la argumentación jurídica) se hace referencia a un tipo de investigación que no se limita al uso de la lógica formal (el análisis lógico-formal sería sólo una parte de la misma) e incluso a veces a un tipo de investigación que se contrapone al de la lógica (al de la lógica formal).

Otro momento de inflexión se produce a finales de los años 70, cuando se elabora el núcleo conceptual de lo que puede considerarse como la "teoría estándar de la argumentación jurídica" (véase Atienza 1991), que aparece expuesta en diversos trabajos de Wroblewski, Alexy, MacCormick, Peczenik y Aarnio; aunque poniendo el acento en otros aspectos de la argumentación jurídica (lo que luego llamaré su dimensión "material"). Por esa época se publican también una serie de trabajos de Dworkin, Summers y Raz que han influido decisivamente en la manera de entender el discurso justificativo (de carácter judicial). El enorme interés existente por la argumentación

jurídica a partir de estas fechas es muy fácil de constatar, basta con examinar los índices de las revistas de teoría o de filosofía del derecho. O con acudir a diversos números de esas mismas revistas en los que se promovieron encuestas para conocer cuáles eran los temas de esas disciplinas que sus cultivadores consideraban de más interés. Pero además, no se trata sólo de un interés teórico de los filósofos del derecho, sino de un interés que estos comparten con los profesionales y con los estudiantes de derecho.

## II. FACTORES QUE EXPLICAN EL FENÓMENO

¿A qué se debe el carácter central que la argumentación jurídica ha pasado a tener en la cultura jurídica (occidental)? Hay varios factores que, tomados conjuntamente —de hecho están estrechamente vinculados—, ofrecen una explicación que me parece satisfactoria.

El primero es de naturaleza teórica. Las concepciones del derecho más características del siglo XX han tendido a descuidar —o, al menos, no han centrado particularmente su atención en— la dimensión argumentativa del derecho. Se entiende por ello que exista un interés —digamos un interés de conocimiento— en construir teorías jurídicas más completas y que llenen esa laguna. En seguida desarrollaré este aspecto con algún detalle.

El segundo factor —obviamente conectado con el anterior— es de orden práctico. La práctica del derecho —especialmente en los derechos del Estado constitucional— parece consistir de manera relevante en argumentar, y las imágenes más populares del derecho (por ejemplo, el desarrollo de un

juicio) tienden igualmente a que se destaque esa dimensión argumentativa. Esto resulta especialmente evidente en la cultura jurídica anglosajona —sobre todo, en la norteamericana— con sistemas procesales basados en el principio contradictorio y en la que el derecho es contemplado tradicionalmente no desde el punto de vista del legislador o desde la perspectiva abstracta del teórico o del dogmático del derecho (como ocurre en las culturas del continente europeo), sino desde la perspectiva del juez y del abogado. Ello explica que, aunque los norteamericanos no hayan sentido con gran fuerza —ni, me parece, lo sienten ahora—, la necesidad de construir una teoría de la argumentación jurídica, la práctica de la argumentación constituya el núcleo de la enseñanza del derecho en las facultades —mejor, escuelas profesionales— de prestigio desde la época de Langdell: instituciones como el *case method*, el método socrático o las *Moot Courts* son la prueba de ello (Pérez Lledó 2002).

Ahora bien, lo que resulta aún más llamativo —estamos tratando del auge actual de la argumentación jurídica— es que el aspecto argumentativo de la práctica jurídica resulta también crecientemente destacado en culturas y ordenamientos jurídicos que obedecen a la otra gran familia de sistemas jurídicos occidentales: la de los derechos romano-germánicos. El caso español puede servir muy bien de ejemplo para ilustrar ese cambio. Me limitaré a señalar dos datos. El uno —cuyo carácter evidente no necesita de prueba alguna— es que, a partir básicamente de la Constitución de 1978, las sentencias de los jueces están más y mejor motivadas de lo que era usual con anteriori-

dad; a ello ha contribuido mucho la idea —aceptada por los tribunales tras algunos titubeos iniciales— del carácter obligatorio de la Constitución y la propia práctica (de exigente motivación) del Tribunal Constitucional. Otro dato de interés lo constituye la introducción del jurado (cumpliendo precisamente con una exigencia constitucional), en 1995. Frente a la alternativa del jurado puro anglosajón y del sistema de escabinado vigente en diversos países europeos, se optó por el primero de ellos, pero con la peculiaridad de que el jurado español tiene que motivar sus decisiones: no puede limitarse a establecer la culpabilidad o no culpabilidad, sino que tiene que ofrecer también sus razones. Naturalmente, se trata de una forma en cierto modo peculiar de motivar, de argumentar (la motivación se contiene en el conjunto de respuestas dadas a las preguntas elaboradas —en ocasiones pueden pasar de 100— por el juez que preside el jurado; no es, por tanto, una motivación discursiva (Atienza 2004) como la que puede encontrarse en una sentencia judicial); y muchas de las críticas que se han dirigido al funcionamiento de la institución vienen precisamente de las dificultades para llevar a cabo esta tarea. Pero lo que me interesaba destacar es hasta qué punto se considera hoy que la práctica del derecho —la toma de decisiones jurídicas— debe ser argumentativa.

El tercero de los factores se vincula con un cambio general en los sistemas jurídicos, producido con el paso del “Estado legislativo” al “Estado constitucional”. Por Estado constitucional, como es obvio, no se entiende simplemente el Estado en el que está vigente una Constitución, sino el Estado

en el que la Constitución (que puede no serlo en sentido formal: puede no haber un texto constitucional) contiene: a) un principio dinámico del sistema jurídico político, o sea la distribución formal del poder entre los diversos órganos estatales (Aguiló 2002), b) ciertos derechos fundamentales que limitan o condicionan (también en cuanto al contenido) la producción, la interpretación y la aplicación del derecho, c) mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes. Como consecuencia, el poder del legislador (y el de cualquier órgano estatal) es un poder limitado y que tiene que justificarse en forma mucho más exigente. No basta con la referencia a la autoridad (al órgano competente) y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también (siempre) un control en cuanto al contenido. El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado liberal —legislativo— de derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de derecho) supone el sometimiento completo del poder al derecho, a la razón: la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza. Parece, por ello, bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos.

Además —junto al del constitucionalismo—, hay otro rasgo de los sistemas jurídicos contemporáneos que apunta en el mismo sentido: me refiero al pluralismo jurídico o, si se quiere, a la tendencia a borrar los límites entre el derecho oficial o for-

mal y otros procedimientos —jurídicos o parajurídicos— de resolver los conflictos. Al menos en principio, la tendencia hacia un derecho más “informal” (a la utilización de mecanismos como la conciliación, la mediación, la negociación) supone un aumento del elemento argumentativo (o “retórico”) del derecho, frente al elemento burocrático y al coactivo (véase Santos 1980; 1998).

El cuarto de los factores es pedagógico y, en cierto modo, es una consecuencia —o, si se quiere, forma parte— de los anteriores. Recorro otra vez a un ejemplo español. El aspecto que tanto los profesores como los estudiantes de derecho consideran más negativo del proceso educativo podría sintetizarse en este lema: “la enseñanza del derecho ha de ser más práctica!”. La expresión “práctica” es, por supuesto, bastante oscura (como lo es el término “teoría” al que suele acompañar) y puede entenderse en diversos sentidos. Si se interpreta como una enseñanza que prepare para ejercer con éxito alguna de las muchas profesiones jurídicas que se le ofrecen al licenciado en derecho o para formar a juristas capaces de actuar con sentido (lo que puede querer decir algo distinto al éxito profesional) en el contexto de nuestros sistemas jurídicos, entonces una enseñanza más práctica ha de significar una enseñanza menos volcada hacia los contenidos del derecho y más hacia el manejo —un manejo esencialmente argumentativo— del material jurídico. Utilizando la terminología de los sistemas expertos, cabría decir que de lo que se trata no es de que el jurista —el estudiante de derecho— llegue a conocer la información que se contiene en la base de datos del sistema, sino de que sepa cómo acceder a esa información, a los

materiales jurídicos (es lo que los norteamericanos llaman *legal research*), y cuál es —y cómo funciona— el motor de inferencia del sistema, o sea, el conocimiento instrumental para manejar ese material (el *legal method* o el *legal reasonin*: “cómo hace el jurista experto —como piensa— para, con ese material, resolver un problema jurídico). Al final, pues, lo que habría que propugnar no es exactamente una enseñanza más práctica (menos teórica) del derecho, sino una más metodológica y argumentativa. Si se quiere, al lado del lema” la enseñanza del derecho ha de ser más práctica!, habría que poner este otro: “no hay nada más práctico que la buena teoría y el núcleo de esa buena teoría es argumentación!”.

Como antes se ha dicho, ese tipo de enseñanza “práctica” del derecho ya existe. Pero no hay por qué considerarlo como un modelo ideal, puesto que no lo es. Y no lo es, en mi opinión, por una serie de factores que tienen que ver precisamente con la argumentación. Cuando se examinan las críticas que suelen dirigirse a las grandes escuelas de derecho norteamericanas (Pérez Lledó 2002), nos encontramos, por un lado, con objeciones que apuntan a un exceso de casuismo, a la falta de una mayor sistematicidad y, por otro lado, con deficiencias que se refieren a elementos ideológicos del sistema educativo: generar una aceptación acrítica del derecho; olvidar los aspectos no estrictamente profesionales; generar entre los futuros juristas un escepticismo radical, una visión puramente instrumental del derecho que, en el fondo, lleva a pensar que lo que es técnicamente posible (usando el derecho aunque sea de manera torticera) es también éticamente aceptable. Pues bien,

yo diría que todo eso es, en cierto modo, una consecuencia de haber desarrollado un modelo —una concepción— de la argumentación jurídica que potencia casi exclusivamente los elementos de tipo retórico, en detrimento de lo que luego llamaré elementos formales y materiales de la argumentación: el aspecto más estrictamente lógico y la justificación en sentido estricto de las decisiones.

El último (quinto) factor es de tipo político. Hablando en términos generales, las sociedades occidentales han sufrido un proceso de pérdida de legitimidad basada en la autoridad y en la tradición; en su lugar —como fuente de legitimidad— aparece el consentimiento de los afectados, la democracia. El proceso tiene lugar en todas las esferas de la vida, y explica que el interés creciente por la argumentación —un interés ligado, pues, al ascenso de la democracia— no se circunscriba ni mucho menos al campo del derecho. En todo caso, el fenómeno de constitucionalización del derecho al que antes me he referido supone, por un lado, un reflejo de la legitimidad de tipo democrático pero, por otro lado, incluye un elemento de idealidad —los derechos humanos— que va más allá de la democracia o, si se quiere, que apunta a otro sentido de la democracia. Dicho de otra manera, la vinculación de la argumentación con la democracia varía según cómo se entienda la democracia. Si se concibe simplemente como un sistema de gobierno —un procedimiento de toma de decisiones— en el que se consideran las preferencias de todos (donde funciona la ley de la mayoría), es obvio que existe un espacio amplio para la argumentación —mucho más amplio que en un Estado no democrático— aunque no necesariamente —o no siem-

pre— para una argumentación de tipo racional que busque no simplemente la persuasión, sino la corrección (si se quiere, la persuasión racional). Pero las cosas son distintas en el caso de lo que suele llamarse democracia deliberativa, esto es, la democracia entendida como un método en el que las preferencias y los intereses de la gente pueden ser transformados a través del diálogo racional, de la deliberación colectiva. Esa democracia (naturalmente, una idea regulativa, un ideal, pero no un desvarío de la razón) presupone ciudadanos capaces de argumentar racional y competentemente en relación con las acciones y las decisiones de la vida en común (Nino 1996).

### III. CONCEPCIONES DEL DERECHO: DE LOS TEÓRICOS Y DE LOS PRÁCTICOS

Por concepción del derecho entiendo un conjunto de respuestas, con cierto grado de articulación, a una serie de cuestiones básicas en relación con el derecho (Atienza 2000): *a*) cuáles son sus componentes básicos; *b*) qué se entiende por derecho válido y cómo se trazan los límites entre el derecho y el no derecho; *c*) qué relación guarda el derecho con la moral y con el poder; *d*) qué funciones cumple el derecho, qué objetivos y valores deben —o pueden— alcanzarse con él; *e*) cómo puede conocerse el derecho, de qué manera puede construirse el conocimiento jurídico; *f*) cómo se entienden las operaciones de producción, interpretación y aplicación del derecho; *g*) y quizás algunas otras.

En el siglo XX, y en relación con los sistemas jurídicos occidentales, parece haber habido, básicamente, tres conjuntos de respuestas, de concepciones, que han jugado un papel central, y otros dos a las que podría considerarse periféricas. Las centrales habrían sido: el normativismo positivista, el realismo (también una forma de positivismo) y el iusnaturalismo. Mientras que en la periferia habría que situar al formalismo jurídico, y a las concepciones escépticas del derecho (hasta la década de los años 70 del siglo XX, esencialmente, las corrientes de inspiración marxista, y desde entonces, las llamadas teorías "críticas" del derecho, mezcla de marxismo y alguna otra cosa).

Muchas veces se ha caracterizado a las tres primeras concepciones señalando que cada una de ellas se fija, respectivamente, en el elemento normativo, conductista (sobre todo, la conducta de los jueces) y valorativo del derecho. Recurriendo a una metáfora arquitectónica, es como si el edificio del derecho se viera preferentemente desde el punto de vista de su estructura, de su funcionalidad o de su idealidad. No es una idea desacertada y, en cierto modo, contribuye a explicar la pujanza de esas tres concepciones del derecho. De hecho, lo mismo puede decirse de la propia arquitectura que permite, típicamente, esos tres enfoques. Pero ese esquema —en sí, excesivamente vago— necesita ser enriquecido (si se quiere, "cruzado") con las respuestas que se den a la anterior batería de preguntas, para evitar así una construcción insuficiente (o peor que insuficiente: confusa) de esas concepciones. Esa confusión tiene lugar, por ejemplo, cuando, para caracterizar el iusnaturalismo, se elige sólo la respuesta a alguna de las anterio-

res cuestiones, y se confronta con el iuspositivismo del que, por otra parte, se destacan sus respuestas a otras de las preguntas. Así, es bastante usual presentar al positivismo jurídico a partir de la llamada "tesis de las fuentes sociales del derecho", o sea (entendida en sentido amplio), la tesis de que el derecho es un fenómeno convencional que se crea y se modifica por actos humanos; lo cual permite diferenciar esa postura del iusnaturalismo teológico de otras épocas, pero más difícilmente del iusnaturalismo contemporáneo (por más que el elemento teológico o religioso no haya desaparecido de todas las actuales versiones del iusnaturalismo). Y algunos iusnaturalistas, por su lado, ponen el énfasis en la tesis de la necesaria conexión entre el derecho y la moral, en la imposibilidad de distinguir netamente entre el ser y el deber ser, en la idea de que el derecho no puede tener cualquier contenido, etcétera, pero no es nada obvio que eso permita, por sí mismo, caracterizar una concepción del derecho: dicho de otra manera, se puede suscribir sin necesidad de hacer profesión de iusnaturalismo; y es una tesis que, si no se acompaña de alguna otra (como la de la no completa autonomía del derecho con respecto a la religión), dejaría fuera a buena parte de la tradición iusnaturalista.

El criterio múltiple antes sugerido permite, me parece, un análisis comparativo que podría arrojar resultados interesantes en este sentido. Pero no voy a desarrollarlo aquí. El esquema sólo lo utilizaré como una especie de marco conceptual para explicar por qué ninguna de esas concepciones incorpora una teoría satisfactoria de la dimensión argumentativa del derecho.

Pero antes de pasar ahí, conviene hacerse la pregunta de si —o hasta qué punto— esas concepciones (de los teóricos o de los filósofos) del derecho tienen su reflejo en la práctica jurídica, es decir, si los jueces, abogados, etcétera operan en el derecho de acuerdo con alguna (o con alguna combinación) de esas concepciones. En principio, parecería que tendría que ser así, aunque resulta también razonable pensar que las concepciones del derecho de los prácticos no presentan el grado de articulación interna que cabe encontrar en las obras de los filósofos del derecho.

Lo que aquí entiendo por concepción del derecho de los prácticos guarda una conexión estrecha con lo que Friedman (1978) ha llamado *cultura jurídica interna*, esto es, la de los que desempeñan las actividades jurídicas especializadas en una sociedad y que contraponen a la *cultura jurídica externa*, las ideas, actitudes, etcétera, que sobre el derecho tiene la población en general. Precisamente, para Friedmann, el razonamiento jurídico, la práctica judicial consistente en dar razones de las decisiones, es un elemento significativo de esa cultura interna; y desarrolla una tipología de los sistemas jurídicos, según la forma —el estilo— que asume en ellas el razonamiento jurídico. A tal efecto, toma en cuenta dos perspectivas. Desde la primera de ellas, un sistema jurídico puede ser *cerrado*, si las decisiones sólo pueden considerarse como premisas de las mismas "proposiciones del derecho" (o sea, se parte de una distinción entre proposiciones que son jurídicas y otras que no lo son); o *abierto*, si no hay un límite para lo que puede ser considerado como una premisa o una proposición del derecho (no opera la anterior distinción). Desde la

segunda perspectiva, habría sistemas jurídicos que aceptan la innovación, esto es, la posibilidad de que pueda surgir nuevo derecho; y otros que no. Resultan así cuatro tipos de sistemas jurídicos: 1. Cerrados y que rechazan la innovación: el derecho judío clásico, el derecho musulmán o el *common law* de la época clásica. 2. Cerrados y que admiten la innovación: el *common law* desde el siglo XIX o los derechos codificados de tipo continental-europeo. 3. Abiertos, pero que no aceptan la innovación: derechos consuetudinarios. 4. Abiertos y que aceptan la innovación: se aproximaría a lo que Weber entendía por "racionalidad sustantiva": sistemas de legalidad revolucionaria, como el derecho soviético de la primera época; o el tipo de derecho orientado hacia *policies*, característico del Estado social (del *Welfare State*).

Sobre la base del anterior esquema, parece que habría que llegar a la conclusión de que los sistemas jurídicos evolucionados de nuestros días obedecen básicamente a una combinación de elementos del tipo 2. y 4., o bien que están a caballo entre uno y otro: son sistemas innovadores y relativamente cerrados, lo que no quiere decir que todos los sistemas y/o sectores del derecho lo sean en el mismo grado. Esa caracterización puede muy bien servir de marco para situar la diversidad de concepciones del derecho que cabe encontrar entre los jueces, los abogados, etcétera, que operan bajo un determinado sistema jurídico. Así, refiriéndose al derecho norteamericano y a sus jueces, Summers ha identificado dos diversas concepciones operativas (*working conceptions*) que no constituyen una necesidad lógica, pero sí una necesidad pragmática (para operar en el sistema).

Cabría, según él (Summers 1992), distinguir entre la concepción que ve el derecho como un conjunto de reglas preexistentes (preexistentes a la labor judicial) y la que lo considera como un método para reconciliar, mediante razones, consideraciones que se encuentran en conflicto. Esas dos concepciones podrían evaluarse desde tres perspectivas: facilitar la identificación de los fenómenos normativos preexistentes; interpretar ese material; y crear nuevo derecho (innovar el derecho). Summers llega a la conclusión de que, desde la tercera de las perspectivas, la concepción del derecho como razón es superior, esto es, resulta más operativa.

Un estudio a fondo (y suficientemente detallado) de la diversidad de concepciones de los prácticos (y de los teóricos, los dogmáticos) del derecho presupone la realización de investigaciones de carácter empírico, que deben contar además con las diferencias existentes en función de las profesiones, las peculiaridades de cada sistema jurídico y el momento temporal elegido. Pero hay ciertos rasgos, más o menos generales, que pueden conjeturarse sin demasiado temor a equivocarse (a que sean refutados). Por ejemplo:

1. La cultura jurídica norteamericana (interna y externa) es mucho menos formalista que la de los países de derecho continental y, en especial, que la española y la de los países latinoamericanos. Así, en la cultura académica de los Estados Unidos, la filosofía moral y política y/o el análisis económico del derecho forma hoy parte del bagaje cultural de un jurista, lo que no puede decirse de nuestras Facultades de Derecho; con anterioridad,

ese papel de apertura hacia el exterior parece haberlo cumplido la literatura y la retórica (Kronman 1993). Utilizando el anterior esquema de Summers, no sería muy aventurado suponer que lo que él llama concepción del derecho como razón es mucho más fácil de encontrar en los Estados Unidos que en Europa donde, por el contrario, tiene mucha más fuerza la visión del derecho como un conjunto de normas preexistentes. Por otro lado, dentro de los sistemas de *common law*, el derecho norteamericano parece ser más sustantivista (más abierto, al aceptar como "proposiciones del derecho" —fuentes— criterios no basados en la autoridad) y el inglés más formalista (con un sistema de fuentes más inmediatamente ligado a las autoridades) (Atiyah y Summers 1987).

2. Lo anterior lleva a (o explica) que la cultura jurídica norteamericana —hablando siempre en términos muy generales— propenda más bien hacia el realismo y no sienta un particular rechazo por el iusnaturalismo (o por cierta manera de entender la doctrina del derecho natural). Mientras que el polo de atracción de los juristas europeos en el siglo XX (incluyendo aquí a los ingleses) lo ha constituido más bien el positivismo normativista. Así se explica, por ejemplo, la escasa influencia de Kelsen en la cultura jurídica norteamericana; o el surgimiento de teorías como la de Dworkin que, obviamente, obedece al modelo de considerar el derecho como "razón".

3. Los cambios en el sistema jurídico (y en el sistema social) que han ocurrido en las últimas décadas llevan a que el "modelo norteamericano" esté, en cierto modo, ganando terreno. Por ejemplo, el desarrollo del derecho europeo supone para

los juristas la necesidad de operar dentro de ordenamientos jurídicos de gran complejidad, con sistemas de fuentes (y estilos de razonamiento) distintos, frecuentes conflictos de leyes, etcétera; parece obvio el paralelismo con la complejidad jurídica norteamericana, en donde opera tanto el *common law* como el derecho legislado, y con reglamentaciones y jurisdicciones de cada Estado y de carácter federal.

4. Por lo que se refiere a la cultura jurídica interna española —la de los prácticos y la de los profesores de derecho—, la situación podría describirse así: a) subsiste un fondo formalista que, sin embargo, tiende progresivamente a debilitarse; b) el modelo de positivismo jurídico tipo *Kelsen* suscita un rechazo bastante generalizado, en particular entre los jueces: en parte porque no se ve que el modelo de juez de la teoría pura refleje la realidad de la aplicación práctica del derecho, y en parte quizá también porque supone una imagen poco lucida de la función judicial. Una concepción como la de Hart o Carrió, por el contrario, resulta mucho más atractiva: o sea, la idea de que en algunos —pocos— casos los jueces crean en mayor o en menor medida derecho, mientras que en otros —en la mayoría— se limitan a aplicarlo; c) del modelo de Dworkin quizá pueda decirse que resulta atractivo, pero es bastante ajeno a los parámetros de nuestra cultura jurídica; sus elementos “comunitaristas”, hermenéuticos, no son fácilmente comprensibles: los jueces —como el resto de los juristas— en España no tienen en absoluto<sup>1</sup> la im-

<sup>1</sup> Aquí habría que excluir al Tribunal Constitucional y quizás a algún otro alto tribunal.

presión de que sean partícipes de una tarea común del tipo de la escritura de una novela en cadena, o de la construcción de una catedral (este último ejemplo es del último Nino); d) algo de "realismo jurídico" está bien, pero demasiado lleva al escepticismo, y esta última no es una actitud ante el derecho a la que propendan los jueces y los profesores (quizá sea más frecuente entre los abogados). Pocos aceptarían, por ejemplo, la tesis de la indeterminación radical del derecho, según la cual, "ni las leyes ordenan la sociedad ni resuelven los conflictos, sino que, a todo lo más, son directrices, puntos de referencia que el legislador pone en manos de los funcionarios y de los jueces, a sabiendas de que sólo muy parcialmente van a aplicarlas y que lo decisivo será siempre no la voluntad del legislador sino el criterio personal del operador" (Nieto 1998, p. 15); e) del iusnaturalismo (la concepción que, al menos como ideología, habrá sido la más familiar para una buena parte de los jueces y de los profesores españoles en su periodo de formación) no parece quedar casi nada. Si acaso, la propensión a identificar (pero no en forma explícita) la Constitución con una especie de derecho natural, de principios indiscutibles que cabe encontrar en ese texto, interpretado por el Tribunal Constitucional; o, dicho de otra manera, la defensa de un positivismo ideológico (la otra cara de cierto iusnaturalismo) que identifica sin más el derecho con la justicia y que lleva, por tanto, a que el jurista piense que no tiene por qué embarcarse en ninguna aventura teórica que le lleve más allá del derecho positivo; no es sólo que la filosofía moral y política sea peligrosa para el jurista, sino que no la necesita.

#### IV. EL FORMALISMO JURÍDICO

Antes he dicho que el formalismo jurídico ha sido una concepción del derecho extrema o marginal en el siglo XX. Pero ésta es una afirmación que necesita ser matizada, al menos en los dos siguientes sentidos. Por un lado: una cosa es que, efectivamente, la teoría —o la filosofía— del derecho del siglo XX no se haya visto a sí misma, en general, como formalista; y otra que el formalismo no haya sido —y no siga siendo— una actitud frecuente en la práctica del derecho; es decir, aquí parece existir un cierto distanciamiento entre las concepciones del derecho de los teóricos y las concepciones “operativas” del derecho de los prácticos. Por otro lado, el término “formalismo” es oscurísimo y, aunque hoy tienda a usarse la expresión en un sentido peyorativo, la existencia de tópicos como “las formas son importantes en el derecho” y otros por el estilo apuntan a cierta ambigüedad de la noción de formalismo que conviene aclarar. Pues existen, al menos, estas dos maneras distintas de entender el formalismo.

a) El formalismo como característica del derecho moderno, que viene a identificarse con lo que Weber llamó “racionalidad formal”.<sup>2</sup> Esa misma idea, expresada en la terminología de la teoría del derecho contemporánea, significa que el derecho moderno consiste esencialmente en *reglas*, o sea, las premisas de los razonamientos jurídicos funcionan como razones excluyentes o perentorias, de manera que en muchos o en la mayoría de los casos los decisores (los aplicadores) pueden prescindir

<sup>2</sup> “Legalismo” sería una expresión sinónima.

de las circunstancias particulares de los casos, esto es, de las razones para la decisión que en principio serían de aplicación para decidir el caso pero que, al no figurar en la regla abstracta preestablecida, el decisor no necesita tomar en consideración; lo que significa también que la aplicación de las normas puede hacerse sin que entren en juego los criterios morales y políticos del aplicador. La práctica de la aplicación del derecho —de la toma de decisiones jurídicas—, salvo en supuestos marginales, resulta así no sólo simplificada, sino que se vuelve relativamente previsible, ya que esos órganos —los jueces— no necesitan llevar a cabo, en sentido estricto, una tarea deliberativa.

Pues bien, hay algunas líneas de desarrollo del derecho contemporáneo que parecen ir en contra de esa tendencia al formalismo, a la racionalización formal del derecho: el aumento creciente de las funciones del derecho; la tendencia a una regulación jurídica cada vez más particularizada en muchos ámbitos; la importancia de las normas de fin, esto es, normas que señalan objetivos, estados de cosas a obtener; el aumento de los factores que contribuyen a minar el carácter "sistemático" del derecho: lagunas, contradicciones, etcétera, como consecuencia de la proliferación legislativa; la importancia creciente de los principios y de los valores jurídicos... Sin embargo, parece también razonable pensar que se trata de tendencias que no pueden poner en cuestión ese fondo de formalismo; o, dicho de otra manera, si no fuera así, el sistema jurídico perdería sus señas de identidad con respecto a los otros subsistemas sociales, y otro tanto ocurriría con el razonamiento jurídico: no habría propiamente razonamiento jurídico, si

éste no tuviese, de alguna manera, un carácter "cerrado" en el sentido de Friedman. Me parece que ese es también el fondo de razón que late en la reivindicación de las formas —de cierto formalismo— en el derecho. Y también la razón más poderosa para defender hoy el positivismo jurídico: no tanto porque suponga adherirse a la tesis de las fuentes sociales del derecho o de la separación entre el derecho y la moral, sino porque, al suscribir esas tesis, se está aceptando una determinada actitud moral frente al derecho: una actitud que consiste en limitar el poder de los intérpretes y los aplicadores. Es el tipo de positivismo jurídico defendido hace ya tiempo por Scarpelli (1965; véase Jori 1987) y, más recientemente, por autores como Campbell (2002) y Hierro (2002). No es cuestión de entrar aquí en la profusa discusión contemporánea en torno al positivismo jurídico (y sus variantes de "neopositivismo", "positivismo crítico", "positivismo incluyente", "positivismo axiológico", etcétera), pero sí me parece importante resaltar que el peso del "formalismo", en el sentido en el que estoy usando la expresión, en los diversos sectores del derecho no es uniforme (y no debe serlo): es explicable —y justificable— que la aplicación del derecho por muchos órganos burocráticos (particularmente si se sitúan en los niveles bajos de la estructura del sistema jurídico) obedezca casi exclusivamente a parámetros formalistas, pero no parece que tenga que ser lo mismo cuando se trata de tribunales superiores de justicia y, por supuesto, del Tribunal Constitucional.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Lo que justifica que esto sea así es lo que podría llamarse "las razones del formalismo": básicamente, la seguridad jurídica.

b) El formalismo, entendido propiamente como una concepción del derecho, es algo distinto (aunque tenga cierta conexión con el fenómeno anterior). Quizá pudiera decirse que lo que une a las grandes corrientes formalistas del XIX ( la escuela de la exégesis, la jurisprudencia de conceptos, la *Analytical Jurisprudence* y el "formalismo jurisprudencial" norteamericano) es una tendencia a absolutizar los elementos formales del derecho y a construir a partir de ahí una teoría —una ideología— que, a los efectos que aquí interesan, se caracteriza por la tendencia a la simplificación de las operaciones de aplicación e interpretación del derecho. Como lo dirían Hart o Carrió: por no ver los casos de la penumbra, los casos difíciles, y tratar a todos ellos como si fueran casos fáciles. De ahí que la motivación, la argumentación de las decisiones, se vea en términos puramente deductivos o mecánicos (aunque no sea lo mismo una cosa y otra). Los formalistas, propiamente hablando, no necesitan una teoría de la argumentación jurídica. Les basta con la lógica deductiva, que algunos llegan a reducir incluso a un sólo tipo de argumento: el *modus ponens*, el silogismo judicial.

Hay, desde luego, algo de cierto en la famosa —y hoy denostada en general— "teoría de la subsunción": la justificación de decisiones que suponen el establecimiento de normas concretas teniendo que basarse en ciertas normas —premisas— preestablecidas, supone que al menos uno de los pasos de la justificación tiene que ser deductivo. Pero, por un lado, que uno de los elementos de la justificación sea deductivo (o pueda reconstruirse así) no significa identificar sin más justificación y justificación deductiva. Por otro la-

do, es importante no confundir —muchos formalistas lo han hecho— justificación y decisión: “decidir —según el acertado dictum de MacCormick— no es deducir”. Finalmente, el formalismo jurídico, en cuanto concepción del derecho, es una cosa, y la lógica —formal— jurídica, otra. El análisis lógico del derecho, del razonamiento jurídico, no tiene por qué incurrir en formalismo, aunque a veces lo haga. Más adelante se tratará el tema con más detalle, pero por el momento bastará con decir que contra lo que se ha de estar prevenido no es contra la lógica jurídica (un instrumento simplemente esencial para el estudio y la práctica del razonamiento jurídico), sino contra el logicismo jurídico, contra la tendencia a reducir el razonamiento jurídico a sus elementos lógico-formales.

## V. EL POSITIVISMO NORMATIVISTA

Como antes se ha dicho, el positivismo normativista ha sido probablemente la concepción del derecho más extendida entre los teóricos del derecho europeos del siglo XX. Cabría hablar aquí de dos formas básicas: una, la más radical, está representada por el modelo kelseniano; la otra, más moderada y sofisticada, se identifica con la obra de Hart. La incompatibilidad de la concepción kelseniana del derecho con la visión del derecho como argumentación es, como en seguida se verá, un hecho manifiesto e indiscutible. En relación con Hart, sin embargo, el juicio tiene que ser mucho más matizado. Podría resumirse así: la visión del derecho presente en su obra maestra, *El concepto de derecho*, tiene poco que ver con el enfoque argumentativo del derecho, pero Hart mostró en

otros de sus escritos (posteriores a ese libro) un notable interés por los aspectos argumentativos del derecho y, además, no puede olvidarse que, sobre la base de los presupuestos hartianos (y desarrollando su concepción del derecho en ciertos aspectos), se ha construido una de las teorías de la argumentación jurídica más influyentes e importantes de los últimos tiempos: la de Neil MacCormick.

El positivismo normativista ha sido también una concepción del derecho de gran influencia en la filosofía del derecho del siglo XX en el mundo hispano hablante. Y también aquí pueden encontrarse dos formas básicas que pueden ejemplificarse en las obras de Genaro Carrió, la una, y en las de Carlos Alcourrón y Eugenio Bulygin, la otra. La de Genaro Carrió es esencialmente semejante a la de Hart, aunque quizá pueda decirse que el autor argentino mostró desde siempre un mayor interés por la argumentación judicial y de los abogados. Probablemente, ello se deba a estos dos factores: uno es la influencia que el realismo siempre tuvo en su obra (tanto el realismo americano como el escandinavo, el de Alf Ross); y el otro tiene que ver con el hecho de que Carrió ejerció durante mucho tiempo como abogado y luego llegó a ser presidente de la Corte Suprema de Argentina. En todo caso, merece la pena recordar aquí algunos datos significativos de su producción teórica. Carrió no sólo tradujo el famoso librito de Levi sobre el razonamiento jurídico, sino que escribió una sugerente y atinada introducción a esa obra en la que señalaba las afinidades que presentaba con la tópica jurídica de Viehweg; es el autor de un libro de gran éxito en el foro argentino sobre el re-

curso de amparo (la primera edición es de los años sesenta [Carrió 1967]) que constituye un magnífico ejemplo de cómo construir la dogmática jurídica desde un enfoque argumentativo del derecho; y en los últimos años de su producción escribió dos pequeños manuales (dirigidos a los abogados noveles) sobre cómo argumentar un caso y cómo fundamentar un recurso, a la manera de los libros estadounidenses de introducción al razonamiento jurídico. Sin embargo, las insuficiencias básicas que cabe encontrar en el enfoque de Hart (a las que luego me referiré) pueden también aplicarse, en lo esencial, a la obra de Carrió.

Como decía, la otra concepción de positivismo normativista que ha tenido —y tiene— una gran influencia en la filosofía del derecho en lengua castellana está representada por la obra de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Hablando en términos generales, puede decirse que, desde el prisma argumentativo, la producción conjunta de estos dos autores se sitúa en un punto intermedio entre Kelsen y Hart. A diferencia de Kelsen (y de otros autores "irracionalistas", como Ross), Alchourrón y Bulygin siempre han defendido la tesis de que las decisiones jurídicas pueden (y deben) justificarse en términos lógico-deductivos; o sea, que se pueden realizar inferencias normativas, que la lógica se aplica también a las normas. Incluso puede decirse que su tendencia ha sido la de identificar justificación y justificación lógica (deductiva); recientemente, Bulygin ha aceptado que "el modelo deductivo de justificación" "no excluye otros" (Bulygin 1993), pero ni él, ni Alchourrón, han mostrado interés por esos otros modelos. Ello tiene que ver, en mi opinión, con su fuerte escepti-

cismo en relación con la razón práctica y su tendencia al emotivismo en materia moral. De Hart (y de Carrió) les separa, precisamente, el mayor énfasis puesto en el análisis lógico formal del derecho y en el escepticismo moral (Hart puede considerarse como un objetivista mínimo en materia moral) y, quizá como consecuencia de ello, el que Alchourrón y Bulygin hayan elaborado una teoría del derecho que, en cierto modo, se centra en los casos fáciles.

Lo que hace que la visión kelseniana del derecho sea básicamente antagónica con respecto a una de tipo argumentativo son rasgos como los siguientes:

a) El énfasis en el análisis estructural del derecho, o sea, el derecho visto como conjunto de normas, frente al enfoque funcional (sociológico) o el enfoque valorativo. Como es bien sabido, Kelsen defendió que el derecho es una técnica de control social y dió considerable importancia a esa faceta, pero un presupuesto inamovible de su construcción teórica (probablemente traicionado en la propia elaboración de algunos de sus escritos) es la separación tajante entre la ciencia del derecho (normativa y estructural) y la sociología del derecho.

b) Una teoría de la validez del derecho —de las normas jurídicas— que lleva, en realidad, a considerar las cadenas de validez como cadenas de autoridades: en definitiva, la validez, para Kelsen, es una cuestión de *fiat*, no de argumentación racional.

c) La consideración del derecho como un objeto para ser conocido, más que como una actividad, una práctica, en la que se participa (por ejemplo, argumentando).

d) El emotivismo ético, la consideración de la justicia como un ideal irracional y, en consecuencia, la negación de la posibilidad de la razón práctica.

e) La tesis del último Kelsen (pero que no puede verse en absoluto como un radical cambio en su obra) de que no hay relaciones lógicas entre las normas; o sea, la imposibilidad de justificar racionalmente las decisiones jurídicas o, dicho de otra manera, la negación radical del discurso justificativo. Bulygin (1988, p. 25) ha sugerido que esa actitud de Kelsen puede haberse debido a su escaso conocimiento de la lógica moderna; pero, naturalmente, se trata de una tesis explicativa, no justificativa.

f) Su forma de enfocar la interpretación y la aplicación del derecho. Como es bien sabido, Kelsen relativizó la distinción tradicional entre la creación y la aplicación del derecho y consideró que los órganos aplicadores (jueces o no) también crean derecho; pero en esa producción del derecho, las reglas del método jurídico —el razonamiento jurídico— no juegan prácticamente ningún papel. Más en concreto, a partir de la distinción entre el análisis estático y dinámico del derecho, el lugar "natural" para dar cabida a la argumentación jurídica en la obra de Kelsen tendría que ser la dinámica del derecho y, en particular, la teoría de la interpretación. Pero este es, quizás, el capítulo más insatisfactorio de la teoría pura (véase Lifante 1999). Kelsen distinguió entre la interpretación auténtica, la que llevan a cabo los órganos aplicadores, y la interpretación del científico del derecho. La primera consiste en un acto de voluntad en el que la argumentación racional no juega nin-

gún papel. Por el contrario, la interpretación del científico del derecho es una actividad puramente cognoscitiva, pero bastante inútil: las normas jurídicas son marcos abiertos a diversas posibilidades, y lo único que cabría es poner de manifiesto los diversos sentidos posibles, sin decantarse por ninguno de ellos.<sup>4</sup>

Como antes he anticipado, en relación con la concepción hartiana del derecho, no se puede emitir un juicio semejante. Es más, varios de sus trabajos (en Hart 1983) pueden verse como contribuciones de interés a la teoría de la argumentación jurídica. Así, a propósito de Bentham, Hart desarrolló la idea de considerar a las normas jurídicas como razones perentorias, lo que constituye un aspecto central de lo que llamaré "concepción material" de la argumentación y de la que más adelante se hablará. También es relevante su artículo sobre la teoría del derecho norteamericana en el que fija su posición, a propósito de la interpretación y aplicación del derecho, entre la *pesadilla* de los realistas extremos que exacerbaban los elementos de indeterminación del derecho y el *noble sueño* de quienes, como sobre todo Dworkin, sobrestiman el papel de la razón práctica y la capacidad del derecho para proveer de una solución correcta para todos los casos difíciles. Es significativo su interés por la obra de Perelman que se plasma en el hecho de que hiciera una presentación para la primera traducción de escritos de Perelman en inglés. Y, quizá sobre todo, la voz "*Problems of Le-*

<sup>4</sup> Una aguda y, en mi opinión, radicalmente acertada crítica de este tipo de positivismo puede encontrarse en un libro de Lon Fuller de los años cincuenta: *The Law in quest of itself*.

*gal Philosophy*" redactada para la Enciclopedia MacMillan a finales de los sesenta (en Hart 1983). En este último trabajo, Hart considera que hay esencialmente tres clases de problemas (que guardan entre sí cierta relación) de los que se ocupa la filosofía del derecho: problemas de carácter conceptual; problemas de razonamiento jurídico; y problemas de crítica del derecho. Aclara que los concernientes al razonamiento jurídico (de los jueces y tribunales) ha preocupado sobre todo a los autores estadounidenses. Y presenta un cuadro teórico de esos problemas sumamente lúcido (y que prefigura los posteriores desarrollos de MacCormick): muestra el alcance y los límites de la lógica deductiva, debido al carácter indeterminado de las normas; denuncia la oscuridad con que suele tratarse el tema del razonamiento inductivo; distingue entre el contexto de descubrimiento y el de justificación (métodos de descubrimiento y estándares de evaluación-*appraisal*); distingue también entre el carácter final e infalible de los tribunales de última instancia; e incluso señala la importancia de los principios ("principles, policies and standards") para resolver los casos difíciles, aquellos en los que no basta la deducción.

De todas formas, el texto que mejor permite entender la concepción de fondo de Hart sobre el razonamiento jurídico (sobre el derecho, en general) es el famoso *Postscriptum a El concepto de derecho*. En ese trabajo (Hart 1997; la fecha de redacción es 1983), que esencialmente es una toma de postura en relación con la concepción dworkiniana, Hart reconoce que en *El concepto de derecho* se había ocupado muy poco del problema de la aplicación judicial del derecho (la "adjudication") y del

razonamiento jurídico y, muy en especial, de la argumentación en relación con los principios [p. 118]. Pero Hart insiste (en mi opinión, con toda razón) en que en su concepción no hay nada que impida reconocer que los principios también pueden formar parte del derecho; una idea, por lo demás, que ya había sido defendida por Carrió (1971) inmediatamente después de que aparecieran las primeras críticas de Dworkin a Hart. En particular, Hart insiste en que la regla de reconocimiento puede incorporar como criterio último de validez jurídica principios de justicia o valores morales sustantivos [p. 102]. De manera que las diferencias con Dworkin se reducirían, en realidad, a las dos siguientes. La primera se refiere a la defensa por Hart de la tesis de la discrecionalidad judicial. Esto es, el carácter indeterminado del derecho hace que, en algunos casos, el juez tenga que crear derecho, ya que su decisión no puede verse como predeterminada por el derecho [p. 135]. Por supuesto, Hart no piensa que el juez deba crear derecho arbitrariamente: tiene que basarse en "razones generales" y debe actuar "como un legislador escrupuloso lo haría al decidir según sus propias creencias y valores" [p. 137]. O sea, existen razones, aunque no se trate de razones jurídicas y aunque esas razones sean limitadas. Y la segunda diferencia (subrayada también por Hart en la entrevista que Páramo le hizo en la revista *Doxa* (1990) algo después de la publicación del *Postscriptum*) es que él pretende haber construido una teoría descriptiva y general del derecho, mientras que la de Dworkin sería "parcialmente valorativa y justificativa" y "dirigida a una cultura en particular" (el derecho angloamericano) [p. 93].

Pues bien, esos dos aspectos que le separan de Dworkin vienen a ser también los presupuestos de fondo que hacen que una concepción del derecho como la hartiana (o la de Carrió) deba considerarse insuficiente para dar plena cuenta del elemento argumentativo del derecho. La tesis de la discrecionalidad presupone la de la separación entre el derecho y la moral, y con ella la de la negación de la unidad de la razón práctica: la argumentación jurídica no puede por ello verse como formando una unidad con la argumentación moral y la política. Y el enfoque descriptivista (obviamente vinculado con la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral) lleva (como en el caso de Kelsen, pero de manera mucho menos radical) a ver el derecho esencialmente como un objeto de conocimiento; o sea, Hart no está interesado en el carácter específicamente práctico del derecho, que es sustancial a la idea del derecho como argumentación: su teoría se centra en el derecho considerado como sistema, más bien que como práctica social.<sup>5</sup>

En términos generales, cabría decir que lo que separa al positivismo normativista del enfoque del derecho como argumentación consiste en lo siguiente (la distinción es semejante a la que Summers traza entre lo que él llama *rule-approach* y *form-approach*):

a) Desde la perspectiva del concepto de derecho, los normativistas ven el derecho como una realidad previamente dada; el derecho es un conjunto de normas, un libro, un edificio, o una ciu-

<sup>5</sup> Esto, a pesar de que Hart vea las normas como prácticas sociales.

dad que está ahí fuera para ser contemplada y descrita. Para el enfoque del derecho como argumentación, el derecho consiste más bien en una actividad, una práctica compleja; la imagen sería más bien la de una empresa, una tarea, en la que se participa: la escritura de una novela en cadena, más bien que el libro ya escrito; la construcción de una catedral, más bien que la catedral construida; o, aún mejor, la actividad consistente en construir y mejorar una ciudad en la que uno tiene que vivir.

b) Desde la perspectiva de cuáles son los elementos integrantes del derecho, tanto Kelsen como Hart, Alchourrón y Bulygin, analizan el derecho en términos de normas y de tipos de normas (o, si se quiere, de enunciados, algunos de los cuales pueden no ser normativos). El enfoque del derecho como argumentación ve en el derecho un proceso (o, al menos, otorga una gran importancia al aspecto procesal) integrado por fases, momentos o aspectos de la actividad, de la práctica social en que consiste el derecho. Dicho quizá de otra manera, los positivistas tienden a ver el derecho como sistema (por analogía con el sistema de la lengua o el sistema de la lógica) y a descuidar el derecho en cuanto práctica social (en cuanto práctica que va más allá del sistema, de la misma manera que la práctica del lenguaje —la *parole*— no se puede reducir a la *langue*; ni la argumentación a la lógica deductiva).

c) Desde la perspectiva de la forma de estudiar el derecho, el normativismo positivista se interesa sobre todo por un análisis estructural, anatómico, mientras que el enfoque del derecho como argumentación lleva a un estudio de carácter más bien funcional y fisiológico.

d) Finalmente, desde el punto de vista de la metodología o de los objetivos teóricos, los positivistas normativistas persiguen describir neutralmente una realidad (o, quizá mejor, el esqueleto, la parte conceptual de la misma), como un objeto previamente dado; mientras que el enfoque del derecho como argumentación supone contribuir a la realización de una empresa: el objetivo de la teoría del derecho no puede ser exclusivamente cognoscitivo, sino que la teoría (como ocurre con la concepción "interpretativa" del derecho de Dworkin) se funde con la práctica.

## VI. EL REALISMO JURÍDICO

La anterior contraposición se refiere exclusivamente a una de las grandes formas del positivismo jurídico del siglo XX; deja fuera la otra: la representada por el realismo jurídico. Precisamente, esta última es una concepción que, en particular en la versión "americana", pone el énfasis en el derecho considerado como una práctica social, como un fenómeno esencialmente fluido: digamos, el derecho *in fieri*, más bien que el derecho formalmente establecido; y subraya, por tanto, el carácter instrumental del derecho: en esa tradición, el derecho es, sobre todo, un medio de construcción social, "ingeniería social". Todo ello aproxima, sin duda, esa concepción a lo que he llamado el enfoque del derecho como argumentación. Si, a pesar de ello, el realismo jurídico no ha producido nada que pueda considerarse como una teoría de la argumentación jurídica, ello se debe a razones distintas a las que se acaban de señalar en relación con el positivismo normativista.

También en relación con el realismo jurídico americano puede distinguirse una versión extrema y otra moderada. El que suele considerarse como representante más caracterizado de la versión extrema es Jerome Frank. Dado que para él no puede hablarse en sentido estricto de *justificación* de las decisiones judiciales, resulta claro que su concepción es incompatible con el enfoque argumentativo del derecho. No obstante, al haber propuesto estudiar el derecho no tanto desde la perspectiva de los tribunales de apelación, sino desde la de los tribunales de primera instancia, a Frank se le debe, entre otras cosas, el haber llamado la atención sobre la importancia de la argumentación (o, si se quiere, el manejo —o la “manipulación”—) de los hechos, pues en la práctica cotidiana del derecho lo más frecuente es que el jurista tenga que resolver cuestiones concernientes a los hechos, no a las normas. En todo caso, los elementos que en la obra de Frank (y en el realismo en general) se oponen al enfoque del derecho como argumentación son los siguientes:

a) El escepticismo axiológico. Frank, como en general los realistas, considera que los juicios de valor juegan un papel muy importante en la toma de decisiones jurídicas, pero esos juicios no pertenecen al campo de la razón. Sobre ellos no es posible construir un discurso propiamente justificativo, sino de carácter persuasivo. No se trata de justificación, sino de racionalización. No de argumentación racional sino, en todo caso, de retórica.

b) El interés por el estudio de la retórica queda, por otro lado, limitado por el hecho de que el enfoque realista del derecho es un enfoque conductista. Se trata de predecir o, al menos, de explicar a

*posteriori* las conductas de los jueces, y para ello la retórica es de escasa o nula utilidad, ya que las razones explícitas (las que aparecen en la motivación) no son las "verdaderas razones" que produjeron la decisión. En esto se basa su conocida crítica a la teoría del silogismo judicial: los jueces no operan de acuerdo con el modelo silogístico; no comienzan afirmando el principio o la regla que sirve como premisa mayor de su razonamiento, para emplear luego los hechos del caso como premisa menor, y llegar finalmente a la resolución mediante procesos de puro razonamiento. O sea, a Frank no le interesa en realidad el plano de la justificación, sino el de la explicación. O, mejor dicho, Frank tiende a confundir el contexto del descubrimiento y el de la justificación, y a partir de una tesis explicativa de cómo los jueces llegan realmente a formular sus decisiones, infiere que tales decisiones no son susceptibles de ser justificadas (en sentido estricto).

c) Finalmente, la indeterminación radical del derecho (respecto de las normas y respecto de los hechos) que defiende Frank hace que no pueda hablarse propiamente de argumentación jurídica, y ni siquiera de método jurídico. Las decisiones judiciales, según él, no están determinadas por normas previamente establecidas, sino que sólo pueden explicarse a partir de consideraciones biográficas, idiosincrásicas, sobre los jueces. Lo que se necesita no es, pues, lógica —argumentación—, sino psicología. Para Frank, la tarea fundamental de la teoría del derecho no tiene carácter constructivo, sino más bien crítico; no consiste propiamente en construir un método, sino en desvelar los mitos —el de la seguridad jurídica, el de la jus-

tificación de las decisiones judiciales, el de la existencia de respuestas correctas, etcétera— que la cultura jurídica ha ido edificando como una especie de ideología que proporciona una visión confortable —pero falsa— de la realidad del derecho.

En el caso del realismo moderado, el de un Llewellyn, las cosas se plantean de forma notablemente distinta. Mejor dicho, en el “primer Llewellyn” pueden encontrarse esos tres motivos (el escepticismo axiológico, el conductismo, la indeterminación del derecho) aunque formulados de otra manera, con menor radicalidad. Pero su concepción del derecho cambia significativamente en sus últimas obras; en particular, en *The Common Law Tradition*, en donde podría decirse que, de los tres motivos anteriores, sólo queda en realidad uno: la visión conductista del derecho (véase Twining 1985; Kronman 1993).

Como ya lo había hecho Holmes, Llewellyn contrapone la lógica a la sabiduría (*wisdom*) o prudencia en el sentido clásico (la frónesis aristotélica). El objetivo de su libro es combatir el escepticismo jurídico, esto es, la pérdida de confianza en los tribunales de apelación estadounidenses que, para él, constituyen el símbolo central y vital del derecho (p. 4). Según Llewellyn, los factores de estabilización que hacen que las decisiones de esos tribunales sean razonablemente previsibles no tienen que ver con la lógica; señala incluso que los lógicos han dado razones a los “iconoclastas”, al mostrar que la deducción presupone la elección de las premisas y que esta operación tiene un carácter puramente arbitrario (p. 11). Esa estabilización depende de una serie de factores (algunos de los cuales se vinculan con lo

que luego llamaré "concepción material" y "concepción pragmática" de la argumentación) como, por ejemplo: la "doctrina jurídica", entendiendo por tal un conjunto de reglas, principios, tradiciones, etcétera; la existencia de "técnicas" de trabajo que los jueces utilizan en forma más o menos consciente; la tradición de la "única respuesta correcta", que Llewellyn entiende aproximadamente en el sentido de Alexy, esto es, como una idea regulativa; la práctica de la motivación de las decisiones; la existencia de mecanismos de limitación de los problemas al reducir, por ejemplo, las decisiones a términos binarios: revocación o no revocación, etcétera; la argumentación de los abogados en el contexto de un procedimiento contradictorio; el sentido de responsabilidad hacia la justicia; etcétera.

Por otro lado, la concepción de Llewellyn, desde un punto de vista axiológico, no puede ya calificarse en sentido estricto de emotivista ; y ni siquiera podría decirse que la suya sea una concepción claramente positivista del derecho pues, entre otras cosas, Llewellyn pone en cuestión la distinción entre ser y deber ser. Sin embargo, su análisis, desde el punto de vista del enfoque del derecho como argumentación, sigue teniendo el límite de que el centro de su interés no es el discurso justificativo, sino el de carácter predictivo. Lo que importa no es tanto lo que dicen los jueces, sino su conducta. Llewellyn defiende en esa obra lo que llama el *Grand Style* o el *Style of Reason* (el de los jueces estadounidenses en la época de formación, a comienzos del XIX, perdido luego y recuperado a partir de los años 20 del siglo XX) que contrapone al "Formal Style". Característico del estilo formal

es la idea de que los casos los deciden las reglas del derecho y de que la motivación tiene una forma deductiva. Pero el gran estilo es una forma de pensar y de trabajar, esto es, un método que no consiste únicamente —ni quizá centralmente— en argumentar. Seguramente tiene que ver con eso el que Llewellyn conciba el trabajo del jurista como una técnica artesanal, cuya “justificación” se encuentra más bien en el producto, en su eficacia, que en la “corrección” de los medios empleados. Por eso también, el modelo de argumentación que él parece defender tiene mucho más que ver con la retórica que —pongamos— con la discusión racional habermasiana o, por supuesto, con la argumentación entendida a la manera de la lógica deductiva. Así, las recomendaciones que dirige a los jueces de apelación son, cabría decir, recomendaciones sobre cómo utilizar con habilidad y honestidad profesional reglas técnicas (la ley de la discreción jurídica, la de los espacios de libre juego *leeways*<sup>6</sup> la de la adecuación y el tono) que tienen que ver, sobre todo, con lo que luego llamaré la concepción pragmática de la argumentación. Y otro tanto —y aún más— cabe decir de los consejos dirigidos a los abogados que, en uno y otro caso, se trata de una retórica bien entendida, esto es, de poner la persuasión al servicio de una idea del derecho en la que el sentido de la justicia juega un papel de gran importancia.

En relación con el realismo jurídico escandinavo, el análisis que cabría hacer es muy semejante. Lo que uno encuentra, por ejemplo, en la obra maes-

<sup>6</sup> Tomo la traducción del libro de Felix F. Sánchez Díaz (2002).

tra de Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia* (sin duda, una de las obras cumbres de la filosofía del derecho del siglo XX) es algo muy parecido al último Llewellyn, con la diferencia de que el autor danés es mucho más sistemático que el estadounidense, si bien (yo diría que como contrapartida) Ross tiene una concepción mucho más estrecha de los límites de lo racional.

A diferencia del positivismo normativista, Ross tiene una visión más amplia, más fluida, del derecho. Concede gran importancia al derecho no establecido por las autoridades y destaca, en particular, el papel de lo que llama "tradición de cultura" (que consiste básicamente en un conjunto de valoraciones) en cuanto fuente del derecho que puede ser el elemento fundamental que inspira al juez al formular la regla en que basa su decisión (p. 95). Igualmente, a propósito de la interpretación o del "método jurídico" (los principios o reglas que realmente guían a los tribunales en tránsito de la regla general a la decisión particular), remarca la importancia de los elementos valorativos, esto es, no cognoscitivos (frente a la concepción tradicional) y defiende también (ahora frente a Kelsen) que el jurista (quien elabora la dogmática jurídica) no puede abstenerse de valorar, elegir y decidir. Al destacar que el derecho es una técnica social, un instrumento para alcanzar objetivos sociales de cualquier tipo, Ross da gran importancia a la "política jurídica", esto es, a la formulación de propuestas a propósito de la aplicación del derecho (*de sententia ferenda*) y de su producción (*de lege ferenda*). Tanto la administración de justicia como la producción legislativa del derecho consisten, en su opinión, en una amalga-

ma de elementos cognoscitivos y valorativos, y por eso el jurista (como se acaba de decir) no puede dejar fuera de su campo el discurso valorativo. A diferencia de Kelsen (que también subrayó el carácter de técnica social del derecho, pero defendió una dogmática libre de consideraciones sociológicas y valorativas), Ross no le pide al jurista que no haga política, sino que sea consciente de cuándo hace ciencia y cuándo hace política; más en concreto, las decisiones de política jurídica tienen para él un componente cognoscitivo, racional (cuyo incremento depende básicamente del desarrollo de una sociología del derecho sobre bases científicas), pero en último término, hay siempre un componente de irracionalidad, esto es, las decisiones dependen de juicios de valor que, según Ross, tienen un carácter irracional, emocional.

El presupuesto último del planteamiento de Ross es la idea de que toda acción deliberada está condicionada por dos factores: un motivo o meta (una actitud), y una serie de "concepciones operativas", esto es, de elementos cognoscitivos (creencias) que dirigen la actividad hacia el fin. Las actitudes (incluidas las actitudes morales) expresan emociones y están más allá de la justificación y de la argumentación: son irracionales, en el sentido de que se trata de una forma de conciencia irreductible a los actos de aprehensión, a las creencias (por eso, la idea de una "razón práctica" es, para él, una contradicción en los términos: si es razón, no es práctica, y si es práctica no pertenece al campo de la razón). Cuando se toman decisiones respecto a la interpretación y la producción del derecho (ya se ha dicho que, para Ross, interpretar implica siempre decidir) existe, por así decirlo,

la necesidad de lograr un acuerdo, para lo cual se puede recurrir a métodos racionales o irracionales. Los primeros, de naturaleza argumentativa, pueden usarse para influir en las creencias; pero para influir (de manera directa; de manera indirecta puede hacerse modificando las creencias) en las actitudes, lo que existe es la persuasión. En la producción e interpretación del derecho, los juristas recurren a diversas "técnicas de argumentación" (por ejemplo, a propósito de la interpretación: cómo usar los argumentos por analogía, a contrario, etcétera), pero se trata de técnicas retóricas, esto es, de una mezcla de argumentación y de persuasión. Ross considera que es imposible prescindir de la persuasión y que no hay por qué adoptar una actitud de cinismo al respecto. Pero la retórica carece en su opinión de criterios objetivos de corrección: "siempre existe la posibilidad de que otra persona, aun cuando acepte los argumentos formulados y no invoque contraargumentos, pueda actuar de manera distinta de la recomendada, sin que ello justifique que se diga que dicha persona ha actuado 'equivocadamente'" (p. 327).

El argumento de Ross (que, en mi opinión, se basa en un error) es, en realidad, el mismo que utilizó en otras obras (1941; 1970) para defender la tesis de que la lógica clásica no se aplica a las normas, y proponer en consecuencia una lógica de las normas que, a través de diversos expedientes técnicos (hoy considerados prácticamente sin excepción como no exitosos), evitase ese problema. Según él, una inferencia práctica como: "debes mantener tus promesas; esta es una de tus promesas; por tanto, debes mantener esta promesa"

carece de validez lógica. No es lógicamente necesario que un sujeto que establece una regla general deba también establecer la aplicación particular de tal regla. Que esto último se verifique o no depende de hechos psicológicos. No es raro —añade Ross— que un sujeto formule una regla general, pero evite su aplicación cuando él mismo se ve afectado. Pero aquí parece haber un error: el de suponer que la validez lógica de una inferencia depende de hechos externos o psicológicos. Como ha escrito Gianformaggio (1987), los autores que sostienen la tesis de que la lógica no se aplica a las normas están en realidad mezclando dos cuestiones distintas. Una es la de si la relación entre dos normas válidas (pertenecientes a un sistema) son relaciones de tipo lógico; la respuesta es que no, o no necesariamente, pues a un mismo sistema pueden pertenecer normas contradictorias: por ejemplo, “las promesas deben ser cumplidas” y “no es obligatorio cumplir con tal promesa”. Y otra cuestión es la de si se puede inferir validamente una norma de otra; no se ve por qué la respuesta haya de ser en este caso negativa, aunque existe la gran dificultad de que tradicionalmente la noción de inferencia o de consecuencia lógica se ha construido sobre la base de los valores verdad/falsedad que no parecen ser de aplicación a las normas.

## VII. EL IUSNATURALISMO

Como no podía ser de otra forma, también dentro de las concepciones iusnaturalistas del siglo XX pueden distinguirse muchas variantes. La más recurrente, por lo menos en los países de tradición católica, no ha promovido en absoluto la conside-

ración del derecho como argumentación. La razón para ello, expresada en términos generales, es que ese tipo de iusnaturalismo se preocupó sobre todo por determinar la esencia del derecho y por mostrar las conexiones existentes entre el orden jurídico y un orden de naturaleza superior que, en último término, remitía a una idea de tipo religioso. La fundamentación teológica del derecho se encuentra incluso en los autores más "secularizados" de esa tradición, como pudiera ser el caso del español Legaz y Lacambra, cuyo iusnaturalismo se ha calificado recientemente de "peculiar" ( Delgado Pinto 2002). Para Legaz (1964), "todas las cosas están ordenadas a Dios" (p. 282) y ese es el punto de partida para ocuparse también del mundo del derecho, ya que "el criterio supremo de verdad está en la religión, en Dios" (p. 306).

Uno de los autores iusnaturalistas más influyentes en el siglo XX, Giorgio del Vecchio, entendía (y con ello reflejaba una opinión ampliamente —por no decir unánimemente— compartida por ese tipo de iusnaturalismo) que la positividad no es una nota esencial del concepto de derecho; lo esencial sería únicamente la noción de justicia. Por eso, el derecho natural reflejaba la idea del derecho "en su plena y perfecta luz", mientras que el derecho positivo ofrecía de la misma sólo "reflejos parciales y defectuosos" (p. 530). Holmes (refiriéndose a esa misma idea) había comparado en una ocasión a los partidarios del derecho natural con los caballeros a los que no basta con que se reconozca que su dama es hermosa; tiene que ser la más bella que haya existido y pueda llegar a existir. Naturalmente, una consecuencia de esa aproximación es la falta de interés por las cuestiones metodológi-

cas, por cómo funciona —y cómo puede funcionar— el derecho (el derecho positivo) en cuanto realidad determinada social e históricamente. O, dicho en los términos de un influyente trabajo de Bobbio de la década de los cincuenta (en Bobbio 1980): el iusnaturalismo del siglo XX ha sido, sobre todo, una filosofía del derecho de los filósofos, preocupada por *aplicar* al derecho una filosofía general (de base teológica); y no una filosofía del derecho de los juristas, esto es, construida desde abajo, a partir de los problemas que los juristas encuentran en el desempeño de las diversas profesiones jurídicas.

Por lo demás, ese idealismo caballeresco y escapistista resultaba sumamente funcional en cuanto ideología justificativa del orden existente: el derecho positivo nunca será perfectamente justo, pero seguramente es difícil encontrar alguno que, en algún sentido, no suponga “un punto de vista sobre la justicia” (esta era la definición que del derecho daba Legaz en la España franquista) de manera que, en definitiva, a lo que se llegaba (en forma más o menos velada) era a la identificación sin más del derecho positivo con la justicia. Se entiende así que los juristas —los profesores de derecho— que en las Facultades tenían a su cargo el estudio de las diversas ramas del derecho se acordaran del derecho natural el primer día del curso (cuando se afrontaba el tema del concepto de derecho), para olvidarlo completamente cuando empezaban a tratar de las cuestiones “propias” de su materia.

Sin embargo, como antes decía, lo anterior no sirve para caracterizar todos los iusnaturalismos que ha habido en el siglo XX, sino tan sólo su for-

ma más conspicua. No sirve por ejemplo para caracterizar (o, al menos, no del todo) la concepción de un autor como Michel Villey, cuya forma de entender el derecho natural suscita, por lo demás, considerables recelos dentro de los propios autores iusnaturalistas que se consideran a sí mismos dentro de esa misma tradición aristotélico-tomista (véase Vigo 1991). Para Villey, el derecho natural es esencialmente un método para *descubrir* el derecho, lo justo, en las relaciones sociales. Lo justo, en su opinión, se identifica con "lo suyo de cada uno", pero eso es algo que no se encuentra en las normas, sino en la propia realidad social. El método que propugna Villey no es otro que la dialéctica, entendida en el sentido aristotélico: un tipo de razonamiento que no se confunde ni con el de la lógica deductiva ni con el de las ciencias empíricas, pero tampoco con el de la retórica. La dialéctica (a diferencia de la retórica) no está encaminada a la persuasión, sino a la verdad, y para ello parte de opiniones múltiples y divergentes; lo esencial de la dialéctica sería así la idea de un diálogo ordenado y sincero. Otro aspecto de esa metodología jurídica lo constituye las fuentes del derecho; las fuentes señalan dónde hay que encontrar el derecho, esto es, de dónde puede partir el razonamiento, la dialéctica; para Villey existen tanto fuentes del derecho positivo como del derecho natural.

Como se ve, se trata de una concepción que, en algunos aspectos, coincide con el enfoque argumentativo del derecho; de hecho, diversos autores a los que puede considerarse entre los pioneros de la teoría contemporánea de la argumentación jurídica y que han defendido una concepción del razo-

namiento jurídico contrapuesta a la de la lógica formal deductiva (Recaséns Siches, Viehweg, Esser, Perelman) se han considerado a sí mismos, con mayor o menor intensidad, como autores iusnaturalistas. Es posible que ese tipo de adscripción se haya debido en buena medida a la oscuridad de las nociones de iusnaturalismo y de positivismo jurídico y, como consecuencia, a la (falsa) idea de que el positivismo jurídico representaba una concepción formalista del derecho. Pero en todo caso lo que sí puede decirse con seguridad es que la concepción de Villey (y otro tanto cabe decir de los otros autores, con la excepción de Perelman) no constituye una teoría mínimamente desarrollada de la argumentación jurídica. En el caso de Villey, la principal razón puede deberse a su espíritu conscientemente arcaizante: premoderno o anti-moderno. Su concepción del derecho podría ser adecuada para el derecho romano de la época clásica, pero no para el del Estado constitucional cuyos valores, simplemente, resultan antitéticos con los presupuestos ideológicos de Villey.

No es, sin embargo, este el caso de Gustav Radbruch, uno de los adalides del "renacimiento del derecho natural" después de la Segunda Guerra Mundial. Su reacción frente al positivismo jurídico se produce como consecuencia de la experiencia nazi, y lo que busca Radbruch en el derecho natural bien puede decirse que es, más que nada, una forma de realizar los valores de lo que luego se ha llamado "el Estado constitucional". De hecho, hay una clara continuidad entre muchas de sus tesis "de fondo" y las de Alexy, al igual que hay también afinidades entre muchas de las ideas de Fuller y las de Dworkin: Alexy y Dworkin son consi-

derados (véase Bongiovanni 2000) como los dos principales representantes de la teoría constitucional del derecho.

Radbruch era consciente de que la validez (la validez en sentido pleno) del derecho no podía venir del propio derecho positivo, ni tampoco de ciertos hechos, sino de algún valor de carácter supra-positivo (Radbruch 1951). Su idea del derecho contiene en realidad tres nociones de valor: la justicia, la adecuación al fin y la seguridad jurídica, que se complementan mutuamente, aunque también pueden entrar en conflicto. La adecuación al fin se subordina a las otras dos, y los conflictos entre justicia y seguridad no pueden resolverse de manera unívoca, puesto que la seguridad también es una forma de justicia. Estamos, por tanto, ante una cuestión de grado: cuando se trata de leyes extraordinariamente injustas, esas leyes dejan de ser válidas, porque la seguridad jurídica garantizada por el derecho no significa ya prácticamente nada (Radbruch 1951, pp. 44, 52; y 1971); pero Radbruch no deja de reconocer la posibilidad de que una ley (moderadamente) injusta sea válida, sea derecho (supuestos, pues, en los que el valor de la seguridad jurídica prima sobre el de la justicia).

Ahora bien, como resulta más o menos obvio, hoy no se necesitaría, para defender esa idea —la posibilidad de que existan leyes inválidas por razón de su contenido injusto—, apelar al derecho natural, pues los criterios constitucionales de validez incluyen la adecuación a contenidos de justicia plasmados en los derechos fundamentales; en realidad, la peculiaridad de esa concepción había sido ya advertida hace mucho tiempo por autores como

Legaz, para el cual el sentido "iusnaturalista" de la obra de Radbruch resultaba "bastante atenuado".<sup>7</sup>

Esto último apunta también a una cuestión importante en relación con el iusnaturalismo (y con el positivismo jurídico): la necesidad de tener en cuenta las circunstancias históricas, el contexto, para poder juzgar acerca de la adecuación de esa concepción del derecho, e incluso para poder producir definiciones con sentido de lo que cabe entender por iusnaturalismo y por positivismo jurídico. Hace mucho tiempo que González Vicén distinguió entre el positivismo jurídico como "hecho histórico" (como concepto), esto es, la idea de que el derecho es un fenómeno social e histórico de sociedades concretas; y las diversas teorías (concepciones) del positivismo jurídico: el positivismo historicista, voluntarista, etcétera. En su opinión, la irrupción del positivismo jurídico, desbancando a las anteriores concepciones que se basaban en la idea de un derecho natural, se produce en Europa hacia finales del XVIII y comienzos del XIX, cuando empiezan a existir ordenamientos jurídicos con sistemas de fuentes bien fijados; o sea, una vez que se ha producido el fenómeno de

<sup>7</sup> "Por eso, para Radbruch la 'naturaleza de la cosa' es un medio de la interpretación y el colmar lagunas, una '*ultima ratio*' de la interpretación y compeltamentación de la ley'; no es, pues, una fuente del Derecho válida por sí misma, si está en oposición con el 'espíritu de la ley'. De ese modo, en la doctrina de Radbruch, el sentido 'iusnaturalista' de la idea de la 'naturaleza de la cosa' resulta bastante atenuado, pues tal concepto queda todavía muy en las proximidades del relatiismo y en rotunda contraposición con el Derecho natural racional que quiere derivar las normas jurídicas, con espíritu de igualdad y uniformidad, de principios superiores de razón" (p. 211).

la "positivización" del derecho. Recientemente, Ferrajoli (1999) ha insistido en la misma idea, al señalar que el iusnaturalismo es la concepción característica del derecho en la época anterior a la modernidad, y que habría sido sustituido por el positivismo jurídico con el advenimiento del Estado moderno y la existencia de "un sistema exclusivo y exhaustivo de fuentes positivas" (p. 17).

Este habría sido el primer embate histórico contra el derecho natural: aunque muchas de las normas del derecho natural pasaran a las codificaciones modernas, el resultado fue que el jurista no necesitaba ya del derecho natural como instrumento con el que operar dentro del derecho; si acaso, el derecho natural podía jugar un papel para llenar las lagunas del derecho positivo o, como se acaba de ver, para negar validez jurídica a las normas que fueran particularmente injustas. El segundo ataque (que, en mi opinión, lo es también contra el positivismo jurídico)<sup>8</sup> se produce con la constitucionalización de los sistemas jurídicos, con el paso del Estado legalista al Estado constitucional: para que puedan considerarse como derecho válido, las leyes tienen que acomodarse a ciertos criterios de contenido que integran ideas de moralidad y de justicia: los derechos fundamentales. Por supuesto, podría decirse también en esta ocasión que el constitucionalismo moderno "ha incorporado gran parte de los contenidos o valores de justicia elaborados por el iusnaturalismo racionalista e ilustrado" (Ferrajoli, 1989). Que ha pulverizado la tesis positivista (no de todos los positivis-

<sup>8</sup> Por el contrario, para Ferrajoli, el constitucionalismo supone "completar el positivismo jurídico" (1999, p. 19).

tas) de que el derecho puede tener cualquier contenido. O que el papel que desempeñaba antes el derecho natural respecto del soberano lo desempeña ahora la Constitución respecto del legislador (Prieto, p. 17). Pero de ahí, en mi opinión, no se sigue que el constitucionalismo sea una especie de neiusnaturalismo (ni Dworkin ni Alexy podrían calificarse de esta manera, salvo que se hable de derecho natural en un sentido tan general que ya no signifique prácticamente nada), sino más bien que la posible función del derecho natural se desplaza hacia otro lado: el iusnaturalismo no puede subsistir, o resurgir, como tesis ontológica del derecho sino, en todo caso, como teoría sobre la fundamentación del derecho, como deontología jurídica. Y no se sigue tampoco que el constitucionalismo haya abierto el paso definitivamente al positivismo jurídico. En mi opinión, el positivismo ha agotado su ciclo histórico, como anteriormente lo hizo el derecho natural. Al igual que Bloch decía que "la escuela histórica ha crucificado al derecho natural en la cruz de la historia" (véase González Vicén 1979, p. 40), hoy podría afirmarse que "el constitucionalismo ha crucificado al positivismo jurídico en la cruz de la Constitución". De manera que de las dos tesis clásicas del positivismo jurídico, la primera (la de las fuentes sociales del derecho) ha muerto cabría decir "de éxito", y la segunda (la de la separación entre el derecho y la moral) ha sido refutada históricamente por el constitucionalismo.

Ese cambio de función del derecho natural (el paso de una función ontológica a otra deontológica) al que acabo de referirme se advierte, por ejemplo, en la obra de Finnis (el autor iusnatura-

lista más influyente en las últimas décadas del siglo XX), centrada en la consideración del derecho como un aspecto de la razonabilidad práctica. La concepción del derecho de Finnis puede considerarse como un fragmento de una teoría de la argumentación jurídica. A él no le interesa particularmente —cabría decir— las cuestiones de técnica argumentativa en el derecho, sino más bien la fundamentación última del discurso jurídico justificativo. Su obra puede considerarse como un alegato en favor de la unidad de la razón práctica, de la apertura del razonamiento jurídico hacia el razonamiento moral y político. El principal objetivo de esa teoría del derecho natural no es la afirmación de que las leyes injustas no son derecho: según Finnis, el derecho injusto no sería derecho en el sentido “focal” del término derecho, pero sería derecho en un sentido secundario. La tarea central del iusnaturalismo consistiría en explorar las exigencias de la razonabilidad práctica en relación con el bien del ser humano, en identificar los principios y los límites del Estado de derecho (el *rule of law*) y en mostrar de qué manera el derecho válido (*sound*) se deriva de ciertos principios inmodificables (Finnis 1980, p. 351).

Por lo demás, el contexto histórico permite explicar también que el derecho natural pueda haber jugado en los países de *common law*, y particularmente en los Estados Unidos, un papel distinto al que desempeñó en Europa continental después del fenómeno de la positivización del derecho. Al fin y al cabo, en un sistema de *common law* no es tan fácil identificar cuáles son los textos jurídicos autoritativos, y el derecho tiende a entenderse como una realidad más fluida y con fronteras mucho

más flexibles con respecto a la moral, a la tradición, etcétera, de lo que suele ser el caso en los sistemas de derecho legislado. Esa cultura proporcionaba, cabría decir, el terreno propicio para que pudiera desarrollarse una concepción que, como la de Fuller, contempla el derecho no como un conjunto de normas preexistentes, sino como una empresa guiada por la idea de razón. La manera de Fuller de entender el derecho —muy influyente en las décadas centrales del siglo XX— coincide en muchos aspectos con lo que he llamado el enfoque del derecho como argumentación y se basa explícitamente en ideas iusnaturalistas, aunque se trate de un iusnaturalismo bastante peculiar y que no tiene nada que ver con la religión.

Cuando se examina la notable polémica que tuvo lugar, en los años cincuenta y sesenta, entre Fuller y Hart, no cabe duda de que hay un aspecto de la misma —digamos el de la precisión y el rigor intelectual— en el que el vencedor es innegablemente Hart. Pero Fuller apuntaba a una concepción —antipositivista— del derecho que, en cierto sentido, resultaba más profunda que la de Hart, si bien hay que reconocer que se trataba de una concepción más insinuada que propiamente desarrollada.

Frente al concepto (la imagen) positivista del derecho como un edificio, como una realidad preestablecida por el legislador o por los jueces (el derecho como conjunto de normas), Fuller pone el énfasis en que el derecho es una empresa, una actividad; no el edificio construido, sino el edificio en construcción; o, mejor, la empresa de construir un edificio. Es, en este sentido, muy sugerente la imagen que utiliza en una de sus obras (Fuller

1941) para criticar a Kelsen: la de una carretilla en la que lo que cuenta no es solamente que se trate de un objeto con ciertas características formales, con cierta estructura (ese sería el enfoque kelseniano), sino también el contenido, lo que se transporta de un lado a otro; y la dirección, la finalidad de la actividad que se lleva a cabo con ese utensilio. Para Fuller, los elementos del derecho (sus partes constituyentes) no son —o no son fundamentalmente— las normas, sino los diversos aspectos o momentos de una actividad: la actividad de gobernar la conducta humana mediante normas. Por eso, en su análisis, lo que predomina no es la anatomía, la estructura, sino la fisiología, los elementos funcionales. Fuller no pretende (como los positivistas normativistas) describir neutralmente un objeto, una realidad, sino contribuir a la realización de una empresa. Pero no concibe el derecho (ahora frente a los realistas) en términos puramente instrumentales, porque él no es un escéptico en el plano axiológico y concede por ello gran importancia, en el plano de la interpretación, tanto a la de carácter teleológico como a la valorativa.

Dado que se trata de una concepción que coincide en muchos aspectos de fondo con lo que he llamado el enfoque del derecho como argumentación, la pregunta que habría que hacerse es por qué, a pesar de ello, Fuller no desarrolló nada parecido a una teoría de la argumentación jurídica. Una respuesta simple podría ser que eso estaba —implícito— en su proyecto de trabajo intelectual, y que Fuller no llegó a realizarlo simplemente por falta de tiempo o porque a ello antepuso otras tareas intelectuales. A primera vista, esa inter-

pretación parecería estar avalada por el título que lleva uno de sus últimos trabajos (Fuller 1972): "The Justification of Legal Decision". Pero si del título se pasa al contenido, uno se da cuenta en seguida de que se trata de una pista falsa; el propio autor explica paladinamente que el contenido de su trabajo no tiene nada que ver con su título, puesto simplemente para "justificar" su inclusión dentro de las actas de un congreso dedicado a ese tema. De manera que las causas que explican esa relativa falta de interés de Fuller por el razonamiento jurídico hay que buscarlas en otro lado. En mi opinión, cabría encontrarlas en las cuatro consideraciones siguientes: 1. El conservadurismo de Fuller que le llevó a insistir sobre todo en la noción de orden y a dejar de lado la de justificación. 2. El antiformalismo, en cuanto rasgo general de la cultura jurídica estadounidense, que le llevó, como a los realistas, a desdeñar el papel de la lógica en el derecho. 3. Su preferencia por análisis concretos, más que por elaborar una teoría general de la argumentación jurídica. En el comentario que publicó al libro de Viehweg *Tópica y jurisprudencia*, Fuller (que tenía una opinión bastante crítica en relación con la tópica) sugiere que más interesante que elaborar una teoría general del razonamiento jurídico sería tratar de estudiar cómo se argumenta en cada una de las ramas del derecho (en derecho de contratos —que era su especialidad académica—, en derecho de responsabilidad civil, etcétera). 4. Una teoría de la interpretación jurídica que le llevó a sostener, como a los realistas, que el significado es completamente dependiente del contexto. Fuller no habría comprendido lo peculiar de las reglas en cuanto premisas del ra-

zonamiento jurídico (para decirlo en términos de Schauer: su carácter "atrincherado" —véase Schauer 1991, p. 212—) y esa concepción excesivamente abierta de las normas jurídicas (de todas ellas) lleva también a no comprender el carácter peculiarmente limitado del razonamiento jurídico.

### VIII. EL ESCEPTICISMO JURÍDICO

La forma más característica de escepticismo jurídico hasta finales del siglo XX ha sido el marxismo jurídico. Al igual que los realistas, los marxistas subrayaron el carácter instrumental del derecho, pero mientras que los primeros nunca pusieron en duda la funcionalidad de ese instrumento, su idoneidad como herramienta de construcción y de cambio social, los segundos fueron escépticos también en este segundo aspecto. En general, los marxistas tendieron a considerar que el cambio social, el paso del capitalismo al socialismo, no era una empresa en la que el derecho pudiese jugar un papel importante: lo esencial habría de consistir en transformar la base socioeconómica de la sociedad, el modo de producción y las relaciones de producción, y la lucha para ello debería librarse, en todo caso, en el terreno de la política, no del derecho. El derecho (como aparece reflejado en el título de una conocida obra de los años setenta) es visto sobre todo como un "obstáculo para el cambio social" (Novoa Montreal 1975). De manera que, en el marco teórico del marxismo, el discurso interno de carácter justificativo, lo que constituye el núcleo de la argumentación jurídica, no es posible. Pero además, mientras que el realismo dejaba abierta, en general, la posibilidad de

un uso retórico (instrumental) del derecho, en el caso del marxismo lo que se propugna es más bien la sustitución del derecho por otra cosa. Por eso, el realismo es compatible con una teoría limitada (limitada a sus elementos retóricos) de la argumentación jurídica; mientras que el marxismo lleva más bien a disolver la argumentación jurídica en argumentación política.

Sin embargo, lo anterior vale para lo que podríamos llamar el marxismo clásico, pero no en relación con diversas direcciones de marxismo jurídico que empiezan a surgir desde finales de los años sesenta y que se caracterizan por "debilitar" las tesis marxistas tradicionales. Así, el carácter clasicista del derecho no significa ya que el derecho sea simplemente la expresión de la voluntad de la clase dominante, sino que la igualdad ante la ley típica del derecho moderno esconde en su seno un trato de carácter discriminatorio, o sea, elementos desigualitarios. El economicismo de otras épocas es sustituido por la tesis de "la determinación en última instancia" de los elementos superestructurales e ideológicos por la base socioeconómica. Se reconoce la importancia del derecho en la transformación social. Y, en definitiva, el discurso jurídico resulta, al menos hasta cierto punto, rehabilitado.

Lo que en los últimos tiempos se llama teoría crítica del derecho ("uso alternativo del derecho", "critical legal studies", "critique juridique", "crítica jurídica", etcétera) puede considerarse en cierto modo como un producto de ese marxismo débil, al que se le han añadido elementos de otras tradiciones: la tesis de la indeterminación radical del

derecho de los realistas, la crítica al racionalismo y al cientificismo del pensamiento postmoderno, el feminismo jurídico, etcétera. Su característica central (véase Pérez Lledó 1996) consiste en adoptar una perspectiva crítica (escéptica) del derecho, pero al mismo tiempo interna, en cuanto que el derecho es visto por el jurista crítico como un instrumento que puede (debe) usarse para lograr ciertas finalidades políticas (emancipatorias). Dentro de esa perspectiva no hay por ello lugar para el análisis propiamente justificativo de la argumentación jurídica, pero sí para el estudio de los elementos persuasivos, retóricos del derecho.

Un caso interesante es el de Boaventura Santos que, en varios de sus trabajos (Santos 1980; 1998), ha distinguido tres componentes estructurales del derecho: retórica, burocracia y violencia. Su punto de partida es una concepción amplia del derecho que opone al positivismo jurídico de los siglos XIX y XX; ese positivismo jurídico habría reducido el derecho al derecho estatal. La de Santos es, pues, una concepción antipositivista, según la cual las sociedades modernas están reguladas por una pluralidad de ordenamientos jurídicos, interrelacionados y distribuidos socialmente de diversas maneras (*interlegalidad*) y en donde el derecho estatal no ocupa el lugar central. Define el derecho como "un cuerpo de procedimientos y estándares normativos regulados, que se considera exigible ante un juez o un tercero que imparte justicia y que contribuye a la creación y la prevención de disputas, así como a su solución mediante un discurso argumentativo acompañado de la amenaza de la fuerza" ( Santos 1998, p. 20). Tanto la retórica como la burocracia y la violencia son

vistas por él como formas de comunicación y estrategias de toma de decisiones que se basan, respectivamente: "en la persuasión, o en la convicción por medio de la movilización del potencial argumentativo de las secuencias y mecanismos verbales y no verbales aceptados"; "en las imposiciones autoritarias, realizadas mediante la movilización del potencial demostrativo de los procedimientos regulados y los estándares normativos"; y "en la amenaza de la violencia física" (p. 20). Esos componentes estructurales se articulan de muy diversas maneras. Por ejemplo, el derecho estatal moderno se caracterizaría por una presencia fuerte de burocracia y de violencia y una presencia débil de retórica, mientras que los campos jurídicos transnacionales que surgen con la globalización del derecho (por ejemplo, el derecho de los grandes despachos de abogados, de las empresas transnacionales, de las organizaciones interregionales, de la nueva *lex mercatoria*, etcétera) suponen, en general, bajos niveles de burocracia, altos niveles de violencia y un nivel de retórica que puede ser alto o bajo. Santos aclara además que esos tres componentes estructurales se interpenetran de manera que, por ejemplo en el Estado moderno, "la retórica no sólo se reduce cuantitativamente sino que es 'contaminada' o 'infiltrada' cualitativamente por la burocracia y la violencia dominantes" (p. 23).

Pues bien, como resulta más o menos claro de lo dicho (la —interesante— obra de Santos adolece en ocasiones de cierta oscuridad: véase Cotterrell 1991; Twining 2000), en ese planteamiento no parece que pueda existir espacio para el discurso jurídico propiamente justificativo: Santos reduce ex-

plícitamente la argumentación a retórica (aunque su uso de "retórica" es más amplio del sentido más convencional de la expresión). Y las razones para ello creo que son, básicamente, las dos siguientes. La primera es que el punto de vista desde el que Santos elabora su teoría del derecho es el del sociólogo, el del observador interesado básicamente en dar cuenta de (y en criticar) un fenómeno, y no el punto de vista del participante que quiere contribuir a la mejora de una práctica; por supuesto, el enfoque de Santos es abiertamente político, pero su propuesta política consiste en invitar a reconstruir la práctica sobre otras bases: por eso, sus análisis no van dirigidos propiamente al participante sino —por así decirlo— al "infiltrado" en la práctica (p. 39). La segunda razón es que la visión postmodernista del derecho de Santos tiene un carácter anti-racionalista que le lleva a defender versiones fuertes de escepticismo epistemológico y de relativismo cultural (véase Twining, pp. 204 y ss.) que hacen también imposible un discurso propiamente justificativo; como ejemplo de esto último puede servir su forma de aproximarse a los derechos humanos (p. 180 y ss.) y su propuesta de un diálogo intercultural que, de nuevo, parece estar construido en términos retóricos, y no de un discurso crítico-racional.

Otro buen ejemplo de concepción escéptica sobre el derecho lo constituye la obra de Duncan Kennedy, quizás el más influyente de los autores críticos en los últimos tiempos y que ha abordado en diversas ocasiones (Kennedy 1976; 1986; 1997) el problema de la aplicación judicial (la "adjudication") y, por tanto, el de la argumentación jurídica.

La tesis central de Kennedy parece ser esta: frente a la retórica de la *coherencia* y de la *neutralidad* que él atribuye a la filosofía "liberal" estándar, lo que, en su opinión, la teoría crítica del derecho debe poner en su lugar es la *radical indeterminación* del derecho y el carácter *político* de la administración de justicia.

La explicación que Kennedy dió en alguna ocasión a la indeterminación del derecho (Kennedy 1976; véase Pérez Lledó 1996) tenía como base la idea de que existen siempre dos formas distintas e irreconciliables de entender el mundo: una individualista y otra altruista. Esa "contradicción radical" hace que el juez no pueda ser neutral, objetivo: el derecho, cada institución jurídica, cada acto de interpretación, siempre puede entenderse de esas dos maneras. En sus últimos trabajos, sin embargo, esa tesis parece haber sido sustituida por la de la construcción social de la realidad. No hay un mundo externo que sea independiente de nosotros y, por tanto, la objetividad en sentido estricto es imposible; mejor, es una pretensión que, en el caso del juez, tiene la función ideológica de ocultar que su conducta es simplemente estratégica: el juez no trata de alcanzar la respuesta correcta al caso que tiene que decidir, sino que persigue lograr ciertos proyectos ideológicos a partir de un material jurídico más o menos caótico y manipulable ("sociolegalidad" lo llama Kennedy), que el juez vive como un límite. El juez sería como un artesano que, muchas veces, no puede construir una fina vasija con un material deficiente. Frente a los valores ("modernos") de la racionalidad científica y técnica, Kennedy (y muchos otros autores críticos influídos por el pensamiento postmodernista) mues-

tra una actitud de pérdida de fe en la racionalidad y pone el acento en lo idiosincrásico y lo subjetivo; en el tema que nos ocupa, eso le lleva a situarse en la perspectiva personal del juez que tiene que resolver un caso concreto; pero Kennedy no solamente descarta la perspectiva del observador externo, sino que renuncia a la formulación de criterios generales que pudieran guiar la conducta de los jueces.

Todo lo cual, naturalmente, abona la tesis del carácter político de la administración de justicia y le permite a Kennedy negar la legitimidad —la posibilidad— de un discurso jurídico justificativo en sentido estricto. Lo que se ventila en la aplicación judicial del derecho (en el establecimiento de derecho por parte de los jueces) es una cuestión de poder. Los jueces ocultan ese poder que ejercen y que les permite perseguir sus intereses imponiéndose al criterio mayoritario que se expresa en las leyes, mediante el lenguaje de la neutralidad en el que, invariablemente, están redactadas sus resoluciones. En opinión de Kennedy, se trata de una ocultación deliberada, esto es, los jueces mienten conscientemente y a esa mentira puede encontrarse una explicación en términos psicológicos: sería un ejemplo de la forma típica como las personas resuelven la angustia generada por las tensiones internas (en el caso de los jueces, la tensión entre hacer justicia —realizar sus proyectos políticos— y acatar las normas vigentes), negando dichas tensiones. Y a la pregunta de por qué este discurso de ocultación deliberada es aceptado por la comunidad jurídica y por la gente en general, la respuesta es que "quieren conservar la imagen del juez neutral, en tanto que este es el símbolo social

por excelencia de la imparcialidad" (Kennedy 1999, p. 88).

Así pues, como en el caso de los realistas, el discurso jurídico justificativo en sentido estricto es imposible. Lo que existe es un discurso que esconde (deliberadamente o no) sus motivaciones reales. Y de ahí que lo único que tenga sentido propugnar sea la crítica a ese discurso pretendidamente justificativo (desvelar sus verdaderas motivaciones) o bien un uso persuasivo del mismo dirigido a la obtención de objetivos políticos e ideológicos. La teoría de la argumentación jurídica de los autores críticos, por eso, no puede consistir en otra cosa que en retórica, en crítica ideológica o en alguna combinación de ambas cosas.

## IX. LO QUE QUEDA

Este somero repaso a las concepciones del derecho más características del siglo XX tenía como objetivo —como el lector recordará— mostrar las razones por las cuales ninguna de ellas permite dar cuenta satisfactoriamente del derecho visto como argumentación. Y, *a sensu contrario*, mostrar también el camino a seguir para desarrollar esa perspectiva.

Así, frente al formalismo y su concepción cerrada, estática e insular del derecho, se necesitaría una más abierta y dinámica. El derecho tiene que contemplarse en relación con el sistema social y con los diversos aspectos del sistema social: morales, políticos, económicos, culturales... La consideración del "contexto" lleva necesariamente a abandonar una concepción demasiado simple del razonamiento jurídico, como es la del formalismo. Sin

embargo (sería el otro sentido de "formalismo jurídico"), la apertura del derecho tiene que tener un límite; tiene que haber ciertas señas de identidad del derecho (y del razonamiento jurídico) que lo distinga de otros elementos de la realidad social, que otorgue algún grado de autonomía al razonamiento jurídico. En la terminología de Friedmann, podría decirse que el razonamiento jurídico tiene que estar mínimamente "cerrado".

Respecto al positivismo normativista, quizá lo más importante sea comprender que el derecho no puede verse simplemente como un objeto de estudio, como una realidad que simplemente está ahí afuera, lista para ser descrita. El derecho es (si se quiere, además) una actividad, una empresa de la que se forma parte, en la que se participa. La función del teórico del derecho no puede limitarse a describir lo que hay; lo esencial es más bien un propósito de mejora de esa práctica, de mejora del derecho. Eso significa, de alguna forma, poner en cuestión la distinción entre el ser y el deber ser, entre el discurso descriptivo y el prescriptivo; o, quizá mejor, reparar en que esa distinción sólo es pertinente desde determinada perspectiva, pero no desde otras; como diría Dewey, es una distinción, no una dicotomía. Así, por ejemplo, el enunciado interpretativo emitido por un juez no describe algo preexistente, pero tampoco puede verse simplemente como una prescripción, sino que se trata más bien de una creación peculiar, un desarrollo guiado, aunque no predeterminado en todos sus aspectos, por ciertos criterios y que, en cierto modo, tiene algo de descriptivo y de prescriptivo.

Frente al positivismo normativista, centrado en el sistema del derecho, en el derecho visto como

un conjunto de enunciados, el realismo jurídico, el positivismo sociológico, pone el énfasis en el derecho considerado como actividad, como una práctica social. Pero tiende a fijar su interés exclusivamente en los aspectos predictivos (y explicativos) de esa práctica, y no en los justificativos. En la consideración del derecho como argumentación lo que importa no es sólo —o fundamentalmente— la conducta de los jueces y de otros actores jurídicos, sino también el tipo de razones que justifican (y, en parte, también guían) esas conductas. Por lo demás, el discurso justificativo es incompatible con el emotivismo axiológico defendido por los realistas; dicho de otra manera, el enfoque del derecho como argumentación está comprometido con un objetivismo mínimo en materia de ética. El realismo jurídico supone una concepción en diversos sentidos más amplia que la del positivismo normativista (por ejemplo, en cuanto al sistema de fuentes) y una concepción dinámica e instrumental del derecho. Pero reduce el derecho a racionalidad instrumental y estratégica; excluye la deliberación racional sobre los fines (para los instrumentalistas no hay propiamente fines *internos* del derecho, sino tan sólo fines *externos*) y, por ello, es una concepción que niega la racionalidad práctica en el sentido estricto de la expresión.

El problema de las concepciones iusnaturalistas es, en cierto modo, el opuesto, a saber, la dificultad de justificar la noción de racionalidad práctica de la que se parte y de que ésta pueda ajustarse con la racionalidad interna del derecho: ello explica la tendencia a desentenderse del derecho en cuanto fenómeno social e histórico, o bien a presentarlo en forma mixtificada, ideológica. Uno de

los aspectos —quizás el más difícil— del enfoque del derecho como argumentación consiste en ofrecer una reconstrucción satisfactoria del razonamiento jurídico que dé cuenta de sus elementos morales y políticos; o, dicho de otra manera, dé las peculiaridades del razonamiento jurídico dentro de la unidad de la razón práctica.

Finalmente, el marxismo y las teorías críticas del derecho no pueden dar cuenta del discurso justificativo que presupone cierto grado de aceptación del derecho. El formalismo jurídico simplifica mucho las cosas, ve más orden del que realmente hay. Pero las tesis de la indeterminación radical del derecho, de la disolución del derecho en la política, etcétera, imposibilitan que se pueda dar cuenta del discurso *interno* del derecho, esto es, no dejan lugar para un discurso que no sea ni descriptivo, ni explicativo, ni puramente crítico. No cabe, por ello, hablar ni de método jurídico ni de argumentación en sentido estricto, sino únicamente de uso instrumental o retórico del derecho. Como decía, la visión del derecho como argumentación presupone cierto grado de aceptación del derecho, pero, naturalmente eso no supone la aceptación de cualquier sistema jurídico. Por eso, ese tipo de enfoque cobra especial relevancia en relación con el derecho del Estado constitucional y puede resultar irrelevante (cuando no, ideológico) en relación con otros tipos de sistemas jurídicos: no sólo en un derecho como el del nacional socialismo, sino, en general, en ordenamientos jurídicos que no recojan un sistema mínimo de derechos. El escepticismo con el que muchos autores "críticos" se refieren a los derechos fundamentales (siguiendo en cierto modo una tradición que co-

mienza con Marx) muestra su alejamiento de lo que hoy constituye una seña de identidad de la izquierda (las ideologías de izquierda son las que, en nuestros tiempo, sostienen con mayor énfasis la "lucha por el derecho") y, en cierto modo, sugieren que quizás haya algo de equivocado (pues incurriría en una especie de "contradicción pragmática") en una concepción que al mismo tiempo que promueve el compromiso con la práctica, renuncia a establecer criterios que puedan servir de guía.

Me parece que los deficits que acabo de señalar, y los cambios en los sistemas jurídicos provocados por el avance del Estado constitucional, es lo que explica que en los últimos tiempos (aproximadamente desde finales de los años 70 del siglo XX) se esté gestando una nueva concepción del derecho que no se deja ya definir a partir de los anteriores parámetros. Se sigue hablando de positivismo jurídico (inclusivo, crítico, neopositivismo, etcétera), al igual que de neorrealismo, neoiusnaturalismo, etcétera, pero las fronteras entre esas concepciones parecen haberse desvanecido considerablemente, en parte porque lo que ha terminado por prevalecer son las versiones más moderadas de cada una de esas concepciones. En este cambio de paradigma, la obra de Dworkin (a pesar de sus ambigüedades) ha sido quizá la más determinante, el punto de referencia a partir del cual se toma partido en amplios sectores de la teoría del derecho contemporánea. Y, de hecho, muchos otros autores procedentes de tradiciones filosóficas y jurídicas muy diversas entre sí (el positivismo jurídico, el realismo, la teoría crítica, la hermeneútica, el neomarxismo, etcétera) han defendido en los últimos

tiempos tesis que, en el fondo, no se diferencian mucho de las de Dworkin; pienso en autores como MacCormick, Alexy, Raz, Nino o Ferrajoli. Entre ellos existen, desde luego, diferencias que, en ocasiones, no son despreciables, pero me parece que a partir de sus obras pueden señalarse ciertos rasgos característicos de esa nueva concepción. Quizá ninguno de esos autores asuma todos los rasgos que ahora señalaré, pero sí la mayoría de los mismos que, por lo demás, están estrechamente ligados con el enfoque argumentativo del derecho. Serían los siguientes:

1. La importancia otorgada a los principios como ingrediente necesario —además de las reglas— para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico.

2. La tendencia a considerar las normas —reglas y principios— no tanto desde la perspectiva de su estructura lógica, cuanto a partir del papel que juegan en el razonamiento práctico.

3. La idea de que el derecho es una realidad dinámica y que consiste no tanto —o no tan sólo— en una serie de normas o de enunciados de diverso tipo, cuanto —o también— en una práctica social compleja que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etcétera.

4. Ligado a lo anterior, la importancia que se concede a la interpretación que es vista, más que como resultado, como un proceso racional y conformador del derecho.

5. El debilitamiento de la distinción entre lenguaje descriptivo y prescriptivo y, conectado con ello, la reivindicación del carácter práctico de la teoría y de la ciencia del derecho que no pueden reducirse ya a discursos meramente descriptivos.

6. El entendimiento de la validez en términos sustantivos y no meramente formales: para ser válida, una norma debe respetar los principios y derechos establecidos en la Constitución.

7. La idea de que la jurisdicción no puede verse en términos simplemente legalistas —de sujeción del juez a la ley— pues la ley debe ser interpretada de acuerdo con los principios constitucionales.

8. La tesis de que entre el derecho y la moral existe una conexión no sólo en cuanto al contenido, sino de tipo conceptual o intrínseco; incluso aunque se piense que la identificación del derecho se hace mediante algún criterio como el de la regla de reconocimiento hartiana, esa regla incorporaría criterios sustantivos de carácter moral y, además, la aceptación de la misma tendría necesariamente un carácter moral.

9. La tendencia a una integración entre las diversas esferas de la razón práctica: el derecho, la moral y la política.<sup>9</sup>

10. Como consecuencia de lo anterior, la idea de que la razón jurídica no es sólo razón instrumental, sino razón práctica (no sólo sobre medios, sino también sobre fines); la actividad del jurista no está guiada —o no está guiada exclusivamente— por el éxito, sino por la idea de corrección, por la pretensión de justicia.

11. El debilitamiento de las fronteras entre el derecho y el no derecho.

12. La importancia puesta en la necesidad de tratar de justificar racionalmente las decisiones —y,

<sup>9</sup> Raz, por supuesto, con su tesis del positivismo "excluyente" no suscribiría estas dos últimas tesis, como tampoco Ferrajoli.

por tanto, en el razonamiento jurídico— como característica esencial de una sociedad democrática.

13. Ligado a lo anterior, la convicción de que existen criterios objetivos (como el principio de universalidad o el de coherencia o integridad) que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones, aunque no se acepte la tesis de que existe una respuesta correcta para cada caso.

14. La consideración de que el derecho no es sólo un instrumento para lograr objetivos sociales, sino que incorpora valores morales y que esos valores no pertenecen simplemente a una determinada moral social, sino a una moral racionalmente fundamentada, lo que lleva también en cierto modo a relativizar la distinción entre moral positiva y moral crítica.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Ha escrito, por ejemplo, Nino al respecto: “pero tan importante como distinguir la moral positiva y la moral ideal es advertir sus puntos de contacto. Uno de esos puntos está dado por el hecho de que *sin la formulación de juicios acerca de una moral ideal no habría moral positiva.* (...)”

(...)

Pero también hay relaciones entre la moral ideal y la moral positiva que van en la otra dirección. Esto se advierte si centramos la atención en una esfera de la moral positiva que no está constituida por pautas substantivas de conducta, sino por la *práctica del discurso o argumentación moral* que contribuye a generar tales pautas y que constituye una técnica social para superar conflictos y facilitar la cooperación a través del consenso(...) tales juicios no se formulan en el vacío sino en el contexto de esta práctica social a la que subyacen criterios procedimentales y substantivos de validación, como la universalidad generabilidad y aceptabilidad de los juicios en condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento. Por supuesto que esta práctica del discurso moral con sus criterios subyacentes, práctica que no es moralmente justificable sin circularidad aunque su expansión sea causalmente explicable, es un producto histórico; se puede perfectamente dis-

## X. SOBRE EL PRAGMATISMO JURÍDICO

Antes he señalado que detrás de esta última concepción había presupuestos filosóficos muy diversos entre sí. Pero quizá tengan también algo en común; o, dicho probablemente en forma más exacta, lo que desde la perspectiva del derecho como argumentación viene a unificar a esos y a otros autores y permite utilizar muchas de sus aportaciones como si se tratara de una concepción unitaria del derecho es una filosofía de tipo pragmático. Me explicaré.

El pragmatismo en relación con el derecho parece suponer la aceptación de tesis como las siguientes (véase Posner 1990; Smith 1990):

1. La necesidad de considerar el derecho y los problemas jurídicos en relación con el contexto.

2. El tener en cuenta (si se quiere, una consecuencia de lo anterior) que las teorías, o las doctrinas, se elaboran con un propósito y van dirigidas a un determinado auditorio.

3. El rechazo de una concepción demasiado abstracta del derecho; no significa que se esté en contra de los conceptos o de las teorías, sino que unos y otras deben estar elaborados en el nivel de abstracción adecuado.

4. Una visión instrumental y finalista del derecho; el derecho es un instrumento para resolver (o prevenir, o tratar) conflictos, un medio para la obtención de fines sociales; lo que no tiene por qué

tinguir entre la actual práctica del discurso moral, de origen iluminista, y otras que están basadas en la autoridad divina o en la tradición" (Nino 1989, pp. 33-34). Agradezco a Victoria Roca por haberme hecho notar este elocuente pasaje de la obra de Carlos Nino.

excluir que exista algo así como “fines internos” del derecho.

5. La vinculación del derecho con ciertas necesidades prácticas de los hombres.

6. El énfasis que se pone en las consecuencias, en el futuro; eso tampoco excluye que se tome en consideración el pasado, pero sí que éste se valore por sí mismo, y no por su contribución a la obtención de ciertos resultados futuros.<sup>11</sup>

7. La verdad no consiste en la correspondencia de los enunciados con el mundo, sino en que esos enunciados resulten útiles; y de ahí la importancia del diálogo y del consenso como criterio de justificación.

8. La importancia de la práctica como medio de conocimiento: se aprende a argumentar argumentando, etcétera.

Entendido de esta manera tan amplia, tanto Ihering como Holmes, el realismo jurídico en general, Dworkin, las teorías críticas del derecho o el movimiento del análisis económico del derecho caerían dentro del pragmatismo. Se trata, por ello, de una noción muy amplia, que va más allá del “instrumentalismo pragmatista” que, en opinión de Summers, caracterizó a la corriente principal de la filosofía del derecho norteamericana desde finales del XIX. La diferencia fundamental estaría en que este pragmatismo amplio no está comprometido con el relativismo axiológico y no lleva tampoco a identificar corrección con eficiencia. Dicho de otra manera, es un pragmatismo compatible con la razón práctica entendida en su sentido fuerte y al que,

<sup>11</sup> Véase la argumentación de Smith (1990) justificando que Dworkin también sería un pragmatista.

por ello, no se aplicaría el sarcasmo de Chesterton dirigido contra el pragmatismo clásico: "si el pragmatismo tiene que ver con las necesidades humanas, una de las primeras necesidades del hombre es la de no ser pragmatista" (véase Menand, p. XII).

Lo que viene a significar todo esto es que el pragmatismo, así entendido, no puede considerarse como una filosofía más del derecho. Como Toulmin lo expresó en una ocasión:

La gente habla de las actitudes americanas hacia el derecho, como hacia muchas otras cosas, como unas actitudes caracterizadas por el pragmatismo. Y alguna gente, desde un punto de vista europeo, piensa que ese es un defecto del pensamiento americano y de la práctica americana. Piensa que los americanos son muy propensos al compromiso, que no tienen una comprensión suficiente de los principios. Pero yo creo que decir esto es malentender el significado del pragmatismo en la escena americana. El pragmatismo no es otra teoría más, para ser discutida por la intelligentsia, el pragmatismo es el nombre de una actitud mental en que el valor de la teoría se juzga por el grado en que esa teoría puede ponerse en práctica, en que cabe efectuar con ella cambios para el bien de los hombres (Toulmin 1992, pp. 353-355).

Otra manera, más o menos equivalente, de decir lo mismo sería ésta: El pragmatismo jurídico no es exactamente una teoría sobre el derecho, ni tampoco necesariamente una actitud hacia el derecho y hacia la teoría jurídica. "El pragmatismo

jurídico se entiende mejor como un tipo de exhortación acerca de la teoría: su función no es la de decir cosas que los juristas y los jueces no sepan, sino recordarles a los juristas y a los jueces lo que ya saben pero frecuentemente no practican" (Smith 1990, p. 2). Ese tipo de prédica, naturalmente, es tanto más importante cuanto más una cultura jurídica (la cultura jurídica interna) se olvida de actuar como debiera. En mi opinión, la teoría del derecho que se suele elaborar en los países latinos (tanto la dogmática como la teoría general) adolece precisamente de ese defecto: de falta de pragmatismo, de incapacidad para incidir en las prácticas jurídicas. De manera que bien puede decirse que, para nosotros, la primera necesidad de la teoría es la de tomarse el pragmatismo en serio.

Mario Losano escribió en una ocasión (Losano 1985) que en las ciencias humanas todo se ha dicho ya, por lo menos una vez. Si ello es así, el papel de la teoría del derecho no puede ser el de pretender elaborar algo verdaderamente original. De lo que se trata es más bien de contribuir a elaborar una concepción articulada del derecho que realmente pueda servir para mejorar las prácticas jurídicas y, con ello, las instituciones sociales

## XI. DERECHO, CONFLICTO Y ARGUMENTACIÓN

El pragmatismo, como se acaba de ver es, en un cierto nivel, la única filosofía del derecho posible; digamos el trasfondo último (la actitud meta-teórica) de cualquier teoría del derecho. Y si es compatible tanto con el neomarxismo como con la

teoría del discurso o con muchas filosofías de cuño analítico, ello se debe, simplemente, a que una y otras se mueven en planos distintos. Esa diferencia de planos es lo que permite también que, desde la perspectiva de lo que he llamado el enfoque argumentativo del derecho (y que no es exactamente una concepción del derecho, sino —digamos— un aspecto precisamente del pragmatismo jurídico), se pueda sacar provecho de muchas aportaciones pertenecientes a esas distintas tradiciones.

Así, no es posible construir una teoría de la argumentación jurídica que cumpla las funciones teóricas, prácticas y pedagógicas a las que antes se aludió, si se deja de lado un adecuado análisis estructural del derecho —si no se presupone, por ejemplo, una suficiente teoría de los enunciados jurídicos; si no se toma en consideración la vinculación de los procesos argumentativos con el comportamiento de los jueces y otros operadores jurídicos; las relaciones entre el razonamiento propiamente jurídico y el de naturaleza moral y política— y, en general, las relaciones entre el derecho y el mundo de los valores; los límites (formales) del razonamiento jurídico; o los elementos ideológicos y de poder que, por supuesto, se pueden hallar en el derecho y en el razonamiento jurídico.

Lo que el enfoque del derecho como argumentación trata de hacer es conectar todos esos elementos de análisis a partir de una concepción dinámica, instrumental y “comprometida” del derecho que arranca de la noción de conflicto.

El conflicto es, en efecto, el origen del derecho, lo que lleva a verlo como un instrumento, una téc-

nica (no necesariamente neutral), de tratamiento (lo que no siempre implica solución) de problemas de cierto tipo. Además, una característica del derecho contemporáneo, como se ha visto, es que las tomas de decisión en relación con los conflictos tienen que estar sustentadas por razones de cierto tipo, por argumentos. El derecho puede verse por ello (aunque esa no sea la única perspectiva posible) como una compleja institución volcada hacia la resolución (o el tratamiento) de conflictos por medios argumentativos y en las diversas instancias de la vida jurídica.

Así, argumenta, por supuesto, el juez que tiene que resolver un conflicto tomando una decisión y motivándola. Pero también el abogado que trata de persuadir al juez para que decida en un determinado sentido; o que asesora a un cliente para que emprenda un determinado curso de acción; o que negocia con otro abogado la manera de zanjar una disputa. Y el legislador que propone la elaboración de una ley para lograr tales y cuales finalidades, que defiende que tal artículo tenga este u otro contenido, etcétera. En realidad, no hay práctica jurídica que no consista, de manera muy relevante, en argumentar, incluidas las prácticas teóricas. ¿Acaso no puede verse la dogmática jurídica como una gran fábrica de argumentos puestos a disposición de quienes se ocupan de la creación, aplicación e interpretación del derecho? Y si la experiencia jurídica consiste de manera tan prominente en argumentar, ¿no parece inevitable que la teoría del derecho tenga que construirse en muy buena medida como una teoría de la argumentación jurídica?

## XII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ, Josep, "Sobre el constitucionalismo y la revisión constitucional", *Doxa* 24, 2001.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- , *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel 2001.
- , "La motivación del jurado" (en prensa), 2004.
- ATIYAH, P. S. y Summers, R.S., *Form and Substance in Anglo-American Law. A comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions*, Clarendon, Oxford.
- BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, en Alfonso Ruiz Miguel, Fernando Torres (eds.), Valencia, 1980.
- BONGIOVANNI, Giorgio, *Teorie 'costituzionalistiche' del diritto. Morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*, Bologna, Clueb, 2000.
- BULYGIN, Eugenio, *Prólogo a Hans Kelsen-Ulrich Klug, Normas jurídicas y análisis lógico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- , "Entrevista a Eugenio Bulygin" (por Ricardo Caracciolo), *Doxa* 14, 1993.
- BURTON, Steven J., *An Introduction to Law and Legal reasoning*, Little, Brown and Company, Boston-Toronto, 1985.
- CAMPBELL, Tom, "El sentido del positivismo jurídico", *Doxa* 25, 2002.
- CARRIÓ, Genaro R., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967.

- , *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971.
- , *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Abeledo-Perrot, 1987.
- , *Cómo fundar un recurso*, Abeledo-Perrot.
- COTERRELL, Roger, *Introducción a la sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1991.
- DELGADO PINTO, José, *Entrevista a José Delgado Pinto* (por Miguel Ángel Rodilla), *Doxa* 25, 2002.
- DEL VECCHIO, Giorgio, *Persona, Estado y derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957.
- FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1989.
- , *Derecho y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980.
- FRANK, Jerome, *Law and the Modern Mind*, Nueva York, Coward- McCann, 1930.
- FRIEDMAN, L.M., *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna, Il Mulino, 1975.
- FULLER, Lon L., *The Law in quest of itself*, The Foundation Press, Chicago, 1940.
- , *The Justification of Legal Decisions*, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Beiheft 7 (Neue Folge), 1972.
- GIANFORMAGGIO, Letizia, *In difesa del silogismo pratico, ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova*, Giuffrè, Milán, 1987.
- GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, "La escuela histórica del derecho", *Análes de la cátedra F. Suarez*, 19, 1979.

- HART, Herbert L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1983.
- , *Entrevista a H.L. A. Hart* (por Juan Ramón de Páramo), *Doxa* 7, 1990.
- , "Postscriptum", en *La decisión judicial. El debate Hart—Dworkin* (estudio preliminar de C. Rodríguez), Bogotá, Universidad de los Andes, 1997.
- HIERRO, Liborio, "¿Por qué ser positivista?", *Doxa* 25, 2002.
- HOLMES, Oliver W., *The Common Law* (ed. de M. DeWolfe), Harvard University Press, 1963.
- JORI, Mario, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milán, 1987.
- KENNEDY, Duncan, "Form and Substance in Private Law Adjudication", *Harvard Law Review*, 89, 1976.
- KENNEDY, Duncan, "Freedom and Constraint in Adjudication. A critical Phenomenology", *Journal of Legal Education*, 36 (cito por la trad. castellana de D. E.), 1986.
- , *A Critique of Adjudication*, Harvard University Press, 1997.
- LÓPEZ MEDINA y J. M. Pombo, con estudio preliminar de César Rodríguez y notas editoriales de D. E. López Medina: "Libertad y restricción en la decisión judicial", Bogotá, Universidad de los Andes, 1999.
- KRONMAN, Anthony T., *The Lost Lawyer. Failing Ideals of the Legal Profession*, Harvard University Press, 1993.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1964.
- LIFANTE, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, Madrid,

- Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- LOSANO, Mario, "La teoría pura del derecho: del logicismo al irracionalismo", *Doxa* 2, 1985.
- LLEWELLYN, Karl L., *The Common Law Tradition. Deciding Appeals*, Little, Boston-Toronto, Brown and Company, 1960.
- MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978.
- NEUMANN, Richard K., *Legal Reasoning and Legal Writing. Structure, Strategy and Style* (3a. ed.), Aspen, 1998.
- NIETO, A. y FERNÁNDEZ, T. R., *El derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Barcelona, Ariel, 1998.
- NINO, Carlos S., *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- , *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, 1996.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *El derecho como obstáculo para el cambio social*, México, Siglo XXI, 1975.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio, *El movimiento Critical Legal Stides*, Madrid, Tecnos, 1996.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio, "Teoría y práctica en la enseñanza del derecho", *La enseñanza del derecho*, Universidad Autónoma de Madrid, 2002.
- POSNER, Richard A., "A pragmatist Manifesto" en *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990.
- PRIETO SANCHIS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997.
- RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho* (trad. de W. Rocés), México, Fondo de Cultura Económica, 1951.

- , “Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes”, en varios autores, *Derecho injusto y derecho nulo* (introducción, trad. y selección de textos de J. M. Rodríguez Panigua), Madrid, Aguilar, 1971.
- ROSS, Alf, “Imperatives and Logic”, *Theoria*, 1941.
- , *Sobre el derecho y la justicia* (trad. de G. Carrió), Eudeba, Buenos Aires, 1963.
- , *Lógica de las normas* (ed. inglesa: *Directives and Norms*, 1967), Madrid, Tecnos, 1971.
- SÁNCHEZ DÍAZ, Felix F., *Decisión judicial y ciencia jurídica. La propuesta de Karl N. Llewellyn*, Granada, Comares, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, Coimbra, 1980.
- , *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Universidad Nacional de Colombia, 1998.
- SCARPELLI, Uberto, *Cos’ è il positivismo giuridico*, Milán, 1965.
- SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon, Oxford, 1991.
- SMITH, Steven D., “The pursuit of pragmatism”, *Yale Law Journal*, november 1990.
- SUMMERS, Robert S., *Lon L. Fuller*, Stanford University Press, 1984.
- , *Essays on the Nature of Law and Legal Reasoning*, Berlin, 1992.
- TOULMIN, Stephen E., *Entrevista a Stephen E. Toulmin* (por Manuel Atienza y Manuel Jiménez Redondo), *Doxa* 13, 1993.

- TWINING, William, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, University of Oklahoma Press, 1985.
- , *Globalization and Legal Theory*, Butterworths, 2000.
- VIGO, Rodolfo, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas Ross-Hart-Bobbio-Dworkin-Villey*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.
- VILLEY, Michel, *Compendio de filosofía del derecho*, 2 ts. (trad. de L. Horno), Pamplona, Eunsa, 1981.
- WASSERSTROM, Richard A., *The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford University Press, 1961.

El papel de la función judicial en el Estado de derecho . . . . .	87
Luigi FERRAJOLI	
I. Jurisdicción y Estado de derecho . . . .	87
II. El papel de la jurisdicción y el valor de la independencia . . . . .	95
III. El garantismo como respuesta estratégica a la crisis de la justicia y de la política . . . . .	100
IV. Una propuesta de reforma: la reserva de código . . . . .	105

## EL PAPEL DE LA FUNCIÓN JUDICIAL EN EL ESTADO DE DERECHO\*

Luigi Ferrajoli

### I. JURISDICCIÓN Y ESTADO DE DERECHO

Puede establecerse una correlación biunívoca entre Estado de derecho y jurisdicción. Si es verdad que el Estado de derecho consiste en la sujeción a la ley por parte de los poderes públicos, el espacio de la jurisdicción equivale al sistema de límites y vínculos legales impuestos a los poderes públicos y crece con el desarrollo de este sistema.

En el Estado paleoliberal del ochocientos, estos vínculos eran mínimos. Primero, porque el papel del Estado era mínimo: tutor y garante del orden público interno, a través del derecho y la jurisdicción penal, y de la certeza de los tratos comerciales a través del derecho y de la jurisdicción civil. En segundo lugar, porque durante mucho tiempo, el Estado y las otras entidades públicas, incluida la administración pública, no habían sido concebidos

\* Conferencia impartida en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación el 20 de mayo de 2003 en el Seminario "Estado de derecho y función judicial", coorganizado por el Instituto Tecnológico Autónomo de México y el referido órgano jurisdiccional. La traducción del italiano fue realizada por Daniela Bochicchio, en tanto que la revisión técnica de la traducción estuvo a cargo de Javier Ortiz Flores.

como posibles partes procesales y los actos legislativos y administrativos no se consideraban justificables. La jurisdicción civil y penal —una referida a la tutela de los derechos en las relaciones privadas y a la verificación y reparación de ilícitos civiles, y la otra referida a la verificación y al castigo de los ilícitos penales— estaba destinada únicamente a los ciudadanos, es decir, a la sociedad. Fue con mucha lentitud que se desarrolló, en el siglo XIX, un contencioso administrativo entre instituciones públicas y ciudadanos. Y no fue sino hasta la segunda mitad del siglo pasado cuando se desarrolló, en Europa, un contencioso legislativo, con la introducción del control de la constitucionalidad sobre la legislación ordinaria.

El progreso del Estado de derecho es entonces simultáneo y paralelo al desarrollo del papel de la jurisdicción. Por lo tanto, este desarrollo es un fenómeno común en todas las democracias avanzadas, ya que está relacionado con la expansión del papel del derecho como técnica de regulación de los poderes públicos, que se produjo con el crecimiento de la complejidad de los sistemas políticos y, por consiguiente, del paradigma del Estado de derecho. De hecho, se puede afirmar que, a toda expansión del principio de legalidad, a todo paso dado en la tarea de limitación y sujeción al derecho del poder, inevitablemente ha correspondido un aumento de los espacios de la jurisdicción. La jurisdicción interviene en presencia de violaciones del derecho y, por lo tanto, entre más se expande, con la imposición de obligaciones y prohibiciones a los poderes públicos, más se extiende el área de las posibles violaciones del derecho mismo: violaciones que, en las democracias avanzadas, ya no

son sólo las que cometen los ciudadanos comunes, sino que son también, y cada vez más, las que realizan los poderes públicos.

Se pueden señalar dos razones para esta expansión del papel del derecho y de la jurisdicción, ambas estructurales e irreversibles: el cambio de estructura del sistema jurídico ocurrido en la segunda mitad de nuestro siglo con su evolución de las formas del Estado legislativo de derecho a las formas del Estado constitucional de derecho, y el cambio de estructura del sistema político producido por el desarrollo del Estado social y, por lo tanto, de la intervención del Estado en la economía y en la sociedad.

El primer cambio —el de la estructura del sistema jurídico— en Europa ocurrió con la intervención e introducción de las constituciones rígidas, después de la Segunda Guerra Mundial: éstas incorporan principios y derechos fundamentales como límites y vínculos ya no sólo para el Poder Ejecutivo y Judicial, sino también para el Poder Legislativo. En el modelo tradicional, paleopositivista y jacobino, el Estado de derecho consistía básicamente en la primacía de la ley y la democracia en la omnipotencia de la mayoría y, por lo tanto, del Parlamento. El papel del juez como órgano sujeto sólo a la ley se configuraba, por consiguiente, como una mera función técnica de aplicación de la ley, cualquiera que fuese su contenido.

Este sistema cambia profundamente con las constituciones rígidas de la segunda posguerra, que completan el paradigma del Estado de derecho sometiendo también al legislador a la ley —a la ley constitucional, precisamente— y transformando así el viejo Estado de derecho en Estado

constitucional de derecho. Después de la derrota del nazismo y del fascismo, que fue el acontecimiento de la época, se descubrió que el consenso popular del que habían gozado hasta los sistemas autoritarios no garantizaba en lo absoluto la calidad de la democracia contra la degeneración del poder político. Se redescubre entonces el valor de la Constitución como conjunto de meta reglas impuestas a los titulares de los poderes públicos, aunque sean de mayoría, obligados por la misma a la recíproca separación y al respeto de los derechos fundamentales de todos, según la noción de "Constitución" formulada hace dos siglos por el artículo 16 de la Declaración de los derechos de 1789: *Tout société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution* (Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes está determinada, no tiene Constitución).

Se trata de una transformación radical de paradigma del derecho moderno: una especie de segunda revolución que cambia al mismo tiempo la naturaleza del derecho, la naturaleza de la política y la naturaleza de la democracia. Sobre el plano de la teoría del derecho, este cambio puede expresarse en la tesis de la subordinación de la misma ley al derecho y la consecuente disociación entre vigencia (o existencia) y validez de las normas. La primera revolución en la historia de la modernidad jurídica, la que se dio con el nacimiento del Estado moderno, se había expresado con la afirmación del principio de legalidad y con éste, el de la omnipotencia del legislador. Consecuencia de ello fue la identificación de la validez de la leyes, en oposi-

ción a las viejas concepciones del derecho natural, con su positividad, o sea con su emanación en las formas previstas en el ordenamiento. *Auctoritas non veritas facit legem*, había declarado Hobbes<sup>1</sup> invirtiendo la vieja máxima del derecho natural *veritas non auctoritas facit legem*: el derecho no es el que se considera (según el caso) ontológicamente verdadero o justo, se entienda lo que se entienda con estas expresiones, sino que es lo que se conviene como tal en la ley. Al principio de la omnipotencia del legislador le correspondía, por otro lado, la idea de la omnipotencia de la política —es decir, de la primacía de la política sobre el derecho, siendo la legislación competencia exclusiva de la política— y paralelamente, una vez que el legislador se volvió democrático en las formas de la representación parlamentaria, una concepción totalmente política y formal de la democracia, identificada con la voluntad de la mayoría.

Pues bien: la segunda revolución que se produce en la posguerra con las constituciones rígidas, equivale a una integración del Estado de derecho, es decir, a la sujeción a la ley por parte de todos los poderes, incluido el Legislativo, que se subordi-

<sup>1</sup> "Doctrinae quidem verae esse possunt; sed auctoritas, non veritas facit legem" Hobbes, T., *Leviatán*, (1651), trad. latina (1670), Opera philosophica quae latine scripsit omnia, a cargo de Molesworth, W. (1839-1845), reimpresso, Scientia Verlag, Aalen 1965, vol. III, capítulo XXVI, p. 202 (Existe versión al español de Sánchez Sarto, Manuel, *Leviatán o la materia, forma y poder de una República, eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001 [1940]. NE). T. Hobbes repite una máxima casi idéntica: "no es la sabiduría quien crea la ley, sino la autoridad", *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, (1665), traducido al italiano por N. Bobbio, "Dialogo fra un filosofo e uno studioso del diritto comune d'Inghilterra", *Opere politiche*, Utet, Turín 1959, I, p. 397.

na también al derecho y a la Constitución, ya no sólo en las formas y procedimientos de formación de las leyes, sino también en sus contenidos. Por consiguiente, en el Estado constitucional de derecho, el legislador no es omnipotente, en el sentido de que las leyes que él produce no son válidas sólo porque son vigentes, o sea producidas en las formas establecidas por las normas en relación con su producción, sino que lo son si, además, son coherentes con los principios constitucionales. Tampoco la política es ya omnipotente. Su relación con el derecho se invierte: también la política y la legislación que produce se subordinan al derecho. De manera que ya no es el derecho el que puede concebirse como instrumento de la política, sino que es la política la que debe ser asumida como instrumento para la actuación del derecho y de los principios y derechos fundamentales inscritos en ese proyecto, tanto jurídico como político, que es la Constitución. Si en el plano de la teoría del derecho el cambio de paradigma se manifiesta en la disociación entre vigencia y validez de las leyes, sobre el plano de la teoría política, éste se manifiesta en un cambio correspondiente en la naturaleza misma de la democracia: la democracia no consiste ya sólo en la dimensión política que le confiere la forma representativa y mayoritaria de la producción legislativa, que, a su vez, condiciona la vigencia de las leyes, sino también en la dimensión sustancial que le imponen los principios constitucionales, mismos que vinculan el contenido de las leyes, condicionando su validez sustancial a la garantía de los derechos fundamentales de todos.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Sobre este cambio de paradigma, remito a *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, (1989), III ed., Laterza, Ro-

Podemos entender el cambio de ubicación del juez frente a la ley que produce este nuevo paradigma: no sólo, como es obvio, de los tribunales constitucionales encargados del control de la constitucionalidad de las leyes, sino también de los jueces ordinarios que tienen el deber y el poder de activar dicho control. La sujeción a la ley y, ante todo, a la Constitución, de hecho, transforma al juez en garante de los derechos fundamentales, incluso contra el legislador, a través de la censura de la invalidez de las leyes que violan esos derechos. Esta censura es promovida por jueces ordinarios y es declarada por las cortes constitucionales. De hecho, ésta ya no es, como en el viejo paradigma paleoiuspositivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que sea su significado, sino sujeción a la ley sólo si es válida, es decir, si es coherente con la Constitución.<sup>3</sup> En el modelo constitucional garantista, la validez ya no es un dogma

ma-Bari 1996, capítulos XIII y VII (Existe versión al español de Andrés Ibáñez, Perfecto *et al*, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2000. NE

<sup>3</sup> Esta aclaración, sin duda, basta para redefinir el significado del principio de la sujeción del juez sólo a la ley, en concordancia con el cambio de paradigma del derecho positivo producido por las constituciones rígidas: en dos sentidos, primero, que esta sujeción es primordialmente una sujeción también a la ley constitucional y, segundo, es además una sujeción a la ley ordinaria sólo si ésta es considerada (por el juez) constitucionalmente válida. Por lo tanto, me parece totalmente inoportuna, si no por otra cosa por lo menos por los equívocos que puede generar, la propuesta de Enrico Scoditti, formulada en el ensayo de apertura del fascículo *Riforma costituzionale e giurisdizione*, de sustituir la formulación actual del artículo 101 de la Constitución: "los jueces están sujetos sólo a la ley" por la de "los jueces están sujetos sólo a la Constitución". De hecho, se correría el riesgo de volcar el principio de estricta legalidad penal que constituye el principio básico de todo el sistema garantista.

ligado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente ligada a la coherencia —remitida a la evaluación del juez— de sus significados con la Constitución. De ello se deriva que la interpretación judicial de la ley es también un juicio sobre la ley misma, donde el juez tiene la tarea de escoger sólo los significados válidos, o sea aquellos compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales que éstas establecen.

Hay, además, un segundo cambio del viejo modelo de Estado paleoliberal que se produce en el siglo pasado y que entraña asimismo una expansión del papel de la jurisdicción. Éste se refiere al sistema político y consiste en la ampliación de las funciones propias del "Estado social" inducida, por un lado, por el crecimiento de su papel interventor en la economía y, por el otro, por las nuevas prestaciones exigidas por los derechos sociales constitucionalizados: a la salud, a la educación, a la seguridad social, a la subsistencia y similares. Esta expansión masiva de las funciones del Estado ocurre, al no haber sido elaboradas las formas institucionales de un "Estado social de derecho", por una mera acumulación, fuera de las estructuras del viejo Estado liberal y en ausencia de garantías eficaces para los nuevos derechos y de mecanismos adecuados de control político y administrativo. El resultado fue una crisis de la legalidad en la esfera pública. Por una parte, un aumento descontrolado de la discrecionalidad de los poderes públicos; por la otra, una creciente ilegalidad de los mismos que se manifiesta, en todas las democracias avanzadas —en Italia, España, Francia y Japón, así como en los Estados Unidos de América y en los países de

América Latina— en el desarrollo de la corrupción, así como de procesos de dislocación del poder político a sedes invisibles que escapan al control político y jurisdiccional.

Queda claro que también este segundo fenómeno contribuyó a la expansión de la jurisdicción, a la que dio un nuevo papel: el de la defensa de la legalidad contra la criminalidad del poder. Éste es un papel central, dado que la defensa de la legalidad equivale a la defensa del principio del Estado de derecho, que es la sujeción a la ley por parte de todos los poderes públicos y que constituye a su vez una premisa esencial de la democracia. Esto significa también transparencia, controlabilidad y responsabilidad en el ejercicio de las funciones públicas, igualdad de todos ante la ley, ausencia de poderes invisibles, de dobles Estados, de dobles niveles de acción política y administrativa.

## II. EL PAPEL DE LA JURISDICCIÓN Y EL VALOR DE LA INDEPENDENCIA

Bajo ambos aspectos —el papel de garantía de los ciudadanos contra las leyes inválidas y el papel de garantía de la legalidad y de la transparencia de los poderes públicos contra sus actos ilícitos— la jurisdicción no sólo experimenta la expansión de su papel con respecto al viejo paradigma paleoliberal, sino que se configura también como un límite a la democracia política. Ya que, si “democracia” se entiende, según el modelo jacobino, en el sentido de omnipotencia de la mayoría y, por lo tanto, de los poderes político representativos, ésta encuentra un límite en el control judicial cuya legitimidad no es “democrática”, sino puramente “legal”.

Sin embargo, si entendemos la democracia también en el segundo sentido antes mencionado —en la dimensión que podemos denominar constitucional o “sustancial”, referente no a quién está capacitado para decidir (la mayoría), sino a qué no es lícito decidir (o no decidir) por parte de la mayoría, o incluso en la unanimidad— estos cambios de paradigma proporcionaron un fundamento nuevo para el papel del juez, “democrático” en este segundo sentido, no antitético sino complementario al de la democracia política.

Este ámbito de lo “no decidible” —el “qué” no es lícito decidir (o no decidir)— no es sino lo que en las constituciones democráticas se convino sustraer a la voluntad de la mayoría. En cualquier convención democrática hay dos cosas que se deben sustraer a las decisiones de la mayoría, porque son condiciones de la vida civil y razones del pacto de convivencia: antes que nada, la tutela de los derechos fundamentales, empezando por la vida y la libertad, que no pueden sacrificarse a ninguna voluntad de mayoría ni interés general o bien común; en segundo lugar, la sujeción de los poderes públicos a la ley, que es la garantía máxima contra el arbitrio y contra las violaciones de la misma voluntad de la mayoría que produjo la ley.

Es precisamente en estos dos valores, expresiones ambos del principio de igualdad, donde reside el carácter “democrático” de la jurisdicción como garantía, por un lado, de los derechos de todos y, por el otro, del ejercicio legal de los poderes públicos. Se trata de una dimensión de la democracia que se añade a la formal o política, expresada por el principio de mayoría, y que bien podríamos denominar, con una expresión desgastada, “sustan-

cial": ya que ésta se refiere no sólo a las formas, es decir, el "quién" o el "cómo" de las decisiones, determinadas precisamente por la regla de la mayoría, sino a su sustancia, es decir, el "qué" de las decisiones mismas, o sea su contenido o significado.

Con ello se refuerza, con respecto al paradigma paleopositivista y paleoliberal, el fundamento de la división de los poderes y de la independencia de los magistrados: un reforzamiento que proviene justamente del nuevo y doble papel que se asigna a la jurisdicción, de garantía de los derechos fundamentales de todos y, al mismo tiempo, de garantía de la legalidad de los poderes públicos; en una palabra, de su papel de garantía de lo que denominé el ámbito de lo no decidible (por ser inválido o por ser ilícito).<sup>4</sup>

En el modelo paleoliberal y paleopositivista de la jurisdicción como aplicación de la ley, y del juez como órgano rígidamente subordinado a la misma, el fundamento de la independencia de los jueces residía, de hecho, sólo en la legalidad de las decisiones judiciales, asegurada, a su vez, por la verdad jurídica y factual de sus premisas, aunque fuera sólo en sentido relativo y aproximado. De hecho, a diferencia de cualquier otra actividad jurídica, la actividad jurisdiccional en un Estado de derecho es una actividad tendencialmente cognoscitiva además de práctica y prescriptiva; o mejor dicho, es una actividad prescriptiva que necesita para justificarse de una motivación total o parcial-

<sup>4</sup> Remito de nuevo al citado *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, *op cit.* nota 2 pp. 546-559 y 895-909 (véase *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, pp. 537-549 y 855-868. NE.) y a "Il diritto come sistema di garanzie", "Ragion pratica", año I, núm. 1, 1993, pp. 143 -161.

mente cognitiva. Las leyes, los reglamentos, las disposiciones administrativas y los negocios privados, son actos exclusivamente preceptivos, ni verdaderos ni falsos, cuya validez jurídica depende sólo del respeto a las normas sobre su producción y cuya legitimación política depende, en la esfera privada, de la autonomía de sus autores y, en la pública, de su oportunidad y su apego a los intereses representados. Las sentencias, en cambio, exigen una motivación fundamentada sobre argumentos cognitivos en los hechos y recognitivos en el derecho, de cuya aceptación como "verdadera" dependerá tanto su validez o legitimación jurídica o interna o formal, como su justicia o legitimación política o externa o sustancial. Por lo tanto, la naturaleza cognitiva de la jurisdicción sirve, por un lado, para configurarla, a diferencia de la legislación y de la administración, como "aplicación" o "afirmación" de la ley. Por otro lado, ésta sirve para garantizar ese derecho fundamental tutelado específicamente en el proceso penal, que es la inmunidad de la persona no culpable ante castigos arbitrarios.

Esta naturaleza de la jurisdicción bastaría para explicar el carácter no consensual ni representativo de la legitimación de los jueces y para fundamentar la independencia frente a cualquier poder representativo de la mayoría. Justamente, porque la legitimidad del juicio reside en las garantías de la verificación imparcial de los hechos, ésta no puede depender del consenso de la mayoría que, desde luego, no vuelve verdadero lo que es falso ni viceversa. Por eso el carácter electivo de los magistrados o la dependencia del Ministerio Público frente al Ejecutivo, están en contradicción con la fuente

de legitimación de la jurisdicción. El sentido de la famosa frase “habrá un juez en Berlín” es que debe haber un juez capaz de absolver o condenar (y antes de eso, una acusación pública capaz de no iniciar o de iniciar una acción penal) en contra de la voluntad de todos, cuando faltan o existen las pruebas de su culpabilidad.

Ahora bien, las dos fuentes de legitimación de la jurisdicción que provienen de los cambios del sistema jurídico y político que he ilustrado —la garantía de los derechos fundamentales del ciudadano y el control de la legalidad sobre los poderes públicos— añaden otros dos fundamentos al principio de la independencia del Poder Judicial frente a los poderes de mayoría. Precisamente porque los derechos fundamentales, de acuerdo con una afortunada expresión de Ronald Dworkin, son derechos contra la mayoría,<sup>5</sup> también el Poder Judicial encargado de su tutela debe ser un poder virtualmente “contra la mayoría”. No se puede condenar o absolver a un ciudadano porque ello responde a los intereses o a la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable.

Por otro lado, como es obvio, el papel de control sobre las ilegalidades del poder, no sólo no es garantizado, sino que es obstaculizado por cualquier relación de dependencia directa o indirecta, de los

<sup>5</sup> Dworkin, R., *Taking Rights Seriously* (1977), traducido al italiano por Oriana, F., *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna 1982, pp. 274–278 (Existe versión en español de Gustavo Marta, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1993 [1989], reimpresso en Madrid, Editorial Planeta-De Agostini, 1993 [Obras Maestras del pensamiento contemporáneo, 40], pp. 289-296. NT).

magistrados respecto de otros poderes. Las investigaciones sobre corrupción de exponentes del poder público y económico serían inimaginables si los magistrados y, antes que ellos, el Ministerio Público, no fueran totalmente independientes.

La figura y la ubicación institucional del juez en la democracia constitucional, resultan aun más nítidamente caracterizadas por su exterioridad respecto del sistema político y por su alejamiento de los intereses particulares de los sujetos en cuestión. El juez no es precisamente un órgano del aparato de Estado. Respecto de los demás poderes del Estado, el juez es, si acaso, un contrapoder, en el doble sentido de que es el encargado del control de la legalidad sobre actos inválidos y sobre actos ilícitos y, por lo tanto, sobre los daños, provengan de quien provengan, a los derechos de los ciudadanos. Desde luego para ejercer semejante papel, el juez no debe tener ninguna relación de dependencia, ni directa ni indirecta, con ningún otro poder. Debe ser, para abreviar, independiente tanto de poderes externos, como de poderes internos respecto del orden judicial.

### III. EL GARANTISMO COMO RESPUESTA ESTRATÉGICA A LA CRISIS DE LA JUSTICIA Y DE LA POLÍTICA

Sobre la base de este papel y de esta ubicación del juez en el Estado constitucional de derecho, se puede hoy redefinir, sobre el plano teórico, un *actio finium regundorum* entre los poderes del Estado, capaz de identificar con relativa nitidez sus limitaciones y fronteras recíprocas. El primer paso en esta dirección lo sugiere el criterio, ya señala-

do, de acuerdo con el cual la jurisdicción se define y marca principalmente como verificación de las violaciones del derecho: de los actos inválidos y de los actos ilícitos.

La diferencia entre la jurisdicción y la administración puede reconocerse, con base en este criterio, en el hecho de que la primera es aplicación, mientras que la segunda es sólo respeto de la ley; donde "aplicación" quiere decir actividad vinculada al cumplimiento de obligaciones de ley, mientras que "respeto" significa actividad discrecional en la observación de los límites o prohibiciones impuestos por la ley misma. De aquí el carácter tendencialmente cognitivo de la primera y decisonal de la segunda. No hay jurisdicción si no recurren la verificación de un acto, ya sea inválido o ilícito, o bien, de una situación o de un estatus, y la aplicación de la ley a lo verificado. No hay política ni administración en ausencia de discrecionalidad, en el respeto de la ley —ya no digamos en su aplicación—.

Claro que si éste es el papel de la jurisdicción, no tiene sentido la alarma de quienes denuncian frente, al crecimiento de las intervenciones judiciales contra las violaciones de la ley por parte de los poderes públicos, el riesgo de la jurisdiccionalización de la política y de la politización de la justicia. De hecho, la jurisdicción no consiste en un control genérico de la legalidad para producir invasiones de campo en el ámbito de lo que es decidible en la política, ya que aquélla interviene sólo sobre lo que no es decidible por la política, es decir, sobre los actos inválidos y sobre los actos ilícitos. Ni tendría sentido, en este caso, acusar a la justicia de politización: si acaso, se debería inver-

tir la acusación y sostener que la justicia ha dejado de estar politizada y que los jueces han dejado de hacer política cuando empezaron a hacer su deber extendiendo su control hasta las ilegalidades del poder.

Desafortunadamente, el modelo aquí ilustrado de la jurisdicción como actividad cognitiva de aplicación de la ley es un modelo teórico (y normativo), desmentido (y violado) de hecho por los amplios espacios de discrecionalidad generados por el fuerte déficit de garantías de nuestro sistema judicial: de garantías penales, a causa de la inflación legislativa y de la indeterminación semántica de las clases de delitos que, en casi todos los ordenamientos, han abierto espacios incontrolables de discrecionalidad a la iniciativa penal, en contraste con el principio de estricta legalidad; de garantías procesales, a causa del tendencial desequilibrio que, en casi todos los sistemas procesales, refuerza el papel de la acusación en perjuicio de la defensa y el papel de las investigaciones preliminares respecto del debate. Resultan de ello invasiones de ámbitos y conflictos entre los poderes que, desde hace años, dividen en nuestro país [Italia] a la opinión pública de acuerdo con lógicas de polarización, envenenan el debate sobre la justicia, impiden la confrontación racional y amenazan con desacreditar en forma general a nuestras instituciones.

Hay entonces un segundo paso, más importante, que debe dar la reflexión teórica y, sobre todo, la práctica legislativa y judicial para otorgar efectividad a la frontera aquí señalada entre el poder de los jueces y los otros poderes públicos, si no queremos que éste se quede en el cielo de los princi-

pios. Y este paso es un reforzamiento decisivo de las garantías penales y procesales, apto para acentuar el carácter cognitivo del juicio y, actualmente, más esencial —como límite a la excesiva discrecionalidad del poder de los jueces y, al mismo tiempo, como fuente de legitimación de su independencia— precisamente por la ampliación que experimentaron, como hemos visto, el papel y los espacios de la jurisdicción. Pretendo decir que el garantismo, como conjunto de principios axiológicos racionalmente compartidos, es la única respuesta posible a la crisis que estamos viviendo y el único punto de encuentro entre jueces y políticos, entre derecha e izquierda, entre magistrados y abogados, de hecho, por un lado, las fuentes de legitimación del Poder Judicial se identifican completamente con el sistema de las garantías, es decir, de los límites y de los vínculos —el primero de los cuales es la estricta legalidad penal— dirigidos a reducir en la mayor medida posible el arbitrio de los jueces en la tutela de los derechos de los ciudadanos. Por otro lado, la estipulación de las garantías depende de la legislación que, por sí sola, puede asegurar las condiciones de la sujeción del juez a las leyes y proteger con ellas los espacios propios de la política.

Desafortunadamente, este segundo paso no ha sido dado, por culpa tanto de la magistratura como de la política, además de la cultura jurídica, que se distingue por su sustancial rebeldía. Justamente el papel nuevo y central adquirido en estos años por la justicia penal, destinado no a reducirse sino a expandirse con el crecimiento de la complejidad de la esfera pública, habría tenido que hacer que tanto la defensa de las garantías en la prácti-

ca judicial como su reivindicación sobre el plano legislativo fueran una elección estratégica para todos los jueces. Son las garantías, las que marcan la frágil frontera entre poderes judiciales propios y poderes judiciales impropios, más allá de la cual, el poder de los jueces amenaza con convertirse en lo que Condorcet denominaba "el poder más odioso",<sup>6</sup> en vez de ser instrumento de defensa de la legalidad y de tutela de los derechos.

Pero también, desde el punto de vista de la política y de los poderes políticos, el garantismo es la única respuesta posible a la crisis de legitimidad que afecta a la una y a los otros, y a los indebidos desbordamientos de la jurisdicción que nos aquejan. Las garantías penales y procesales son precisamente las técnicas que no sólo limitan los poderes de los jueces, sino que también los anclan a su función cognitiva. Hay una aparente paradoja en la validez política del principio de estricta legalidad penal. La legislación puede realizar la reserva absoluta de ley en materia penal, que está en las prerrogativas parlamentarias y, por lo tanto, de la mayoría de gobierno, siempre y cuando no sea sólo condicionante sino también condicionada: en otras palabras, siempre y cuando se subordine a la

<sup>6</sup> Condorcet, M., "Idées sur le despotisme", (1789), *Oeuvres de Condorcet*, Firmin Didot, París 1847, t. IX, pp. 155-156. "El despotismo de los tribunales" dice Condorcet, sólo puede evitarse "si los jueces están estrictamente obligados a seguir a la letra la ley" (ivi, p. 156), ya que "hay despotismo siempre que los hombres tienen patronos, es decir, cuando se someten a la voluntad arbitraria de otros hombres" (ivi, p. 147). Montesquieu, a su vez, había hablado de "el poder para juzgar, tan terrible entre los hombres" (De "l'esprit des lois", 1748, en *Oeuvres complètes*, Gallimard, París 1951, vol. II, XI, 6, p. 398).

obligación constitucional de la taxatividad de las clases de delitos. En cambio, los jueces, a su vez, estarán más dotados de poderes discrecionales tendencialmente invasores de la esfera de competencia de la política, entre más indeterminadas queden las clases de delito.

#### IV. UNA PROPUESTA DE REFORMA: LA RESERVA DE CÓDIGO

En la crisis que estamos viviendo, hay responsabilidad de la política, de la magistratura y también de la cultura jurídica, que brilla por su total ausencia. Ya que hoy la única respuesta a la crisis que estamos atravesando debería ser una respuesta en profundidad, no coyuntural: una reforma radical del sistema penal y procesal bajo el signo del paradigma del derecho penal mínimo; una reforma del Código Penal, que en Italia sigue siendo el fascista de 1930, dirigida a restablecer el orden en el sistema de los delitos y de las penas a través de una radical acción de despenalización y desencarcelamiento. Sin embargo, creo, ni siquiera una seria reforma de los códigos bastará para superar la crisis que afecta ya irreversiblemente al derecho penal. Lo demuestra la desoladora historia del nuevo código de procedimiento, que entró en vigor hace apenas unos años y modificado en la primera y previsible agudización de la emergencia mafiosa, por el decreto Martelli de 1992.

Es por eso que quiero aquí repetir una propuesta sobre la cual he insistido muchas veces: la introducción en la Constitución de una reserva reforzada de código contra las intervenciones excep-

cionales y ocasionales por parte del legislador ordinario.<sup>7</sup>

Las reformas de los códigos están destinadas al fracaso, como un inútil trabajo de Sísifo, si no son acompañadas por esta nueva y específica garantía: una metagarantía por así decirlo, dirigida a proteger las mismas garantías penales y procesales de la legislación de emergencia y, al mismo tiempo, frenar la inflación penal que ha hecho ya retroceder al derecho penal a una situación de sustancial descodificación, parecida a la premoderna, cuando el cúmulo de fuentes, la indeterminación de las leyes, la incertidumbre de las competencias y el predominio de las prácticas, habían generado en la cultura iluminista la exigencia del código como sistema claro, unitario y coherente de prohibiciones y castigos en tutela de las libertades de los ciudadanos contra el arbitrio de los jueces. Entonces la incertidumbre del derecho provenía de "aquella *juris prudentia* o sabiduría de jueces desordenados" de la que habló Thomas Hobbes hace tres siglos.<sup>8</sup> Hoy esta incertidumbre es causada por la legislación misma, tan incoherente y "desordenada", como para haber provocado esa declaración de bancarrota del derecho penal que

<sup>7</sup> He sostenido el principio de la reserva de código penal y procesal penal en "La giustizia penale nella crisi del sistema político", *Governó dei giudici*. La magistratura tra diritto e politica, a cargo de Bruti Liberati, E. et al., Feltrinelli, Milán 1996, pp. 81-82, y en "La pena in una società", *Questione giustizia*, 1996, 3-4, pp. 537-538.

<sup>8</sup> Hobbes, T., *Leviathan*, (1651), traducido al italiano por M. Vinciguerra, *Leviatano*, Laterza, Bari 1911, vol. I, XXVI, p. 222: "La ley es hecha no por la iurisprudencia o la sabiduría de jueces desordenados, sino por la razón de este hombre artificial que es el estado y sus órdenes" (véase *Leviatán* o la materia, forma y poder de una República, eclesiástica y civil, p. 222. NE).

pronunció la Corte Constitucional en la sentencia número 364 de 1988, que archivó como irreal el clásico principio penalista de la no excusabilidad de la *ignorantia legis*. Y como entonces la incertidumbre del derecho había generado en la cultura iluminista la exigencia del código como sistema claro, unitario y coherente de prohibiciones y castigos para la tutela de las libertades de los ciudadanos contra el arbitrio de los jueces, hoy esa misma y no menos urgente exigencia puede satisfacerse protegiendo al código del legislador y devolviendo al derecho penal su naturaleza de *extrema ratio*.

Esta reserva de código debería implicar que todas las normas en cuestión de delitos, penas y procesos deban estar contenidas en el Código Penal o procesal, y que ninguna pueda introducirse si no es a través de alguna modificación, que se aprobará con procedimientos legislativos agravados. Se trata de una medida indispensable para dar de nuevo credibilidad al derecho penal y regresarle a su naturaleza de *extrema ratio*. Por compleja y voluminosa que fuera, una nueva codificación, de acuerdo con el principio de "todo lo penal en los códigos, nada fuera de los códigos", lo sería mucho menos que la actual acumulación de leyes especiales; aunque fuera sólo porque la prohibición de la dispersión en materia de legislación penal obligaría al legislador a hacerse cargo, de vez en vez, de la unidad y de la coherencia del conjunto. Por otro lado, si es cierto que el derecho penal incide sobre las libertades de los ciudadanos, éste tiene una importancia casi constitucional, y no es tolerable que se deje diariamente expuesto a los humores contingentes de las ma-

yorías en el gobierno y a la sucesión de emergencias siempre nuevas.

Me doy cuenta de que proponer, hoy en día, una reforma garantista del sistema penal, puede parecer banal y también irreal. Pero creo que, precisamente en las situaciones de crisis, el llamado a los principios puede ser la solución más creíble, eficaz y racional; y también que en un momento de desorientación, de desconfianza general y al mismo tiempo de choque político sobre la justicia, el llamado al garantismo como conjunto de vínculos y reglas racionales y compartidas para la tutela de los derechos de todos al ejercicio del Poder Judicial, puede representar no sólo una elección estratégica, sino también el único terreno firme de encuentro entre derecha e izquierda, entre políticos y operadores, entre jueces y abogados. Puede ser el único terreno firme de confrontación y de encuentro.

Democracia, Estado de derecho y jurisdicción en la crisis del Estado nacional. . . . .	109
Luigi FERRAJOLI	
I. Democracia, Estado de derecho y crisis del Estado . . . . .	109
II. La globalización como vacío de derecho público internacional . . . . .	116
III. Redefinición del orden internacional. Instituciones de gobierno e institucio- nes de garantía . . . . .	121
IV. Una esfera pública internacional . . . .	126

# DEMOCRACIA, ESTADO DE DERECHO Y JURISDICCIÓN EN LA CRISIS DEL ESTADO NACIONAL\*

Luigi FERRAJOLI

## I. DEMOCRACIA, ESTADO DE DERECHO Y CRISIS DEL ESTADO

Comenzaré por un problema de fondo: el problema de los efectos que producen la crisis del Estado nacional y los procesos de globalización en la legitimación democrática del poder político, así como en las formas tradicionales del Estado de derecho y, por lo tanto, en el papel garantista de la jurisdicción.

El problema, o mejor dicho los dos problemas, tanto el de la democracia como el del Estado de derecho, son generados por una aporía. Sabemos que "crisis del Estado" significa básicamente crisis de la soberanía estatal, que se manifiesta en la

\* Conferencia impartida en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación el 22 de mayo de 2003 en el Seminario "Estado de derecho y función judicial", coorganizado por el Instituto Tecnológico Autónomo de México y el referido órgano jurisdiccional. La traducción del italiano fue realizada por Daniela Bochicchio, en tanto que la revisión técnica de la traducción estuvo a cargo de Javier Ortiz Flores.

dislocación de crecientes porciones de poderes y funciones públicas, tradicionalmente reservadas a los Estados, fuera de sus fronteras nacionales. En la época de la globalización, el futuro de cada país depende cada vez menos de la política interna y cada vez más de decisiones externas, tomadas en sedes políticas supranacionales o por poderes económicos globales. Esto se aplica incluso para los Estados europeos, que —más allá del carácter ciertamente progresista de su proceso de integración— han trasladado una parte importante de sus funciones públicas a una estructura institucional, como la Unión Europea, misma que, hasta que no sea dotada de una verdadera Constitución, se distingue por un grave déficit de representatividad democrática y de garantías constitucionales. Pero esto es aún más cierto en los países pobres, a los que Occidente, durante el siglo pasado, exportó el modelo institucional del Estado, junto con la ilusión de que éste basta para garantizar la autodeterminación y la independencia, y cuyo futuro, en cambio, depende cada vez más de decisiones tomadas en el centro del mundo: es decir, de acuerdo con las políticas elegidas, democráticamente, por las mayorías ricas y acomodadas de los países occidentales. El consenso mayoritario, la democracia política y la ciudadanía, que hasta ayer habían fungido en las democracias occidentales como factores de inclusión, de afirmación de la igualdad y de expansión de los derechos, están operando en el plano mundial como factores de exclusión: de las minorías marginadas en los países ricos y de la mayoría de los seres humanos en todo el planeta. De modo que ha desaparecido el nexo democracia-pueblo y poderes de decisión-Estado de dere-

cho, tradicionalmente mediado por la representación y por la primacía de la ley y de la política que da origen a dicha ley.

Debemos entonces preguntarnos lo siguiente: frente a este cambio de paradigma de la esfera pública y de la política, ¿podemos hablar aún de "democracia"? ¿En qué sentido y bajo qué condiciones? La relación Estado-democracia, ¿es una relación necesaria, de tal suerte que el debilitamiento del Estado produciría un debilitamiento de la democracia? ¿O es posible, en cambio, por lo menos en el plano teórico, redefinir las formas de la democracia para ponerla a la altura de lo que Jürgen Habermas denominó la "política interna del mundo"?<sup>1</sup> Y más específicamente: ¿existe acaso un nexo entre "demos", en el sentido comunitario del término —es decir, como "nación", o "cuerpo colectivo", o conjunto de individuos con una lengua, una cultura y valores comunes— y democracia? ¿Se puede tener democracia sin Estado?

<sup>1</sup> Es la pregunta de Bonanate, L., *2001: la política interna del mundo*, en "Teoría política", XVII, 2001, núm. 1, pp. 20–21. La expresión "política interior mundial" es empleada por J. Habermas: "Tras la finalización del equilibrio bipolar del terror parece abrirse, dice Habermas, a pesar de todos los retrocesos, la perspectiva de una "política interior mundial" (Weltinnenpolitik) (cfr. von Weizsäcker) en el campo de la política de seguridad internacional y de los derechos humanos". Cfr. von Weizsäcker, *Die Einbeziehung des Anderen* (1996), traducción italiana de Ceppa, L., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Feltrinelli, Milán 1998, p. 139. (Existe versión al español de Velasco Arroyo Juan Carlos y Vilar Roca, Gerard, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 104. NE). La expresión se retoma en Habermas, J., *Die postnationale Konstellation* (1998), traducción italiana de Ceppa, L., *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Feltrinelli, Milán 1999, pp. 26 y 90-101.

Luego viene el segundo problema, relacionado con el de la democracia, que se refiere al Estado de derecho y, más genéricamente, al derecho positivo mismo y a la jurisdicción. Frente a la crisis innegable e irreversible de los Estados nacionales y de su soberanía, al final del monopolio estatal sobre la producción jurídica, y frente al hecho de que la mayor parte de las normas vigentes en los distintos ordenamientos, empezando por el italiano, son de origen extraestatal (europeo o internacional), ¿podemos seguir hablando de un nexo indisoluble entre "Estado" y "derecho positivo"? ¿O entre "Estado" y "Estado de derecho"? ¿Acaso no debemos redefinir también el Estado de derecho, el principio de legalidad y el papel de la jurisdicción, para que estén a la altura de los nuevos poderes y de las nuevas fuentes de derecho? ¿Existe aún un juez en Berlín? Y de no ser así, ¿es posible que llegue a existir un juez en Berlín para los nuevos conflictos, los nuevos problemas y las nuevas violaciones? En resumen, ¿cuál es el futuro de la democracia política y del Estado de derecho desde la perspectiva de la actual crisis de su premisa, es decir, del Estado nacional como ordenamiento original, unitario, autosuficiente e independiente?

En el modelo occidental, el esquema de la democracia política es muy simple. En él, todos los poderes están directa o indirectamente sujetos a la ley. Todas las decisiones relevantes son directa o indirectamente tomadas sobre la base de la ley, y son legitimadas por la ley. Por eso la democracia política se realiza con el sufragio universal, o sea con la participación de todos los sujetos interesados en las decisiones legislativas, o por lo menos en la elección de los representantes competentes

para tomar dichas decisiones. Ésta es la manera en que la democracia puede configurarse como autogobierno, o sea como participación directa o indirecta de todos en el proceso de toma de decisiones que produce las normas destinadas a todos. Es igualmente simple el esquema tradicional del Estado de derecho y de la jurisdicción basado en el nexo entre Estado y derecho positivo que, hasta hace pocos años, ha sido uno de los postulados del positivismo jurídico y, por lo tanto, de la modernidad jurídica y de la ciencia del derecho.

Hoy, estos dos esquemas están en crisis. Ciertamente lo está el viejo sistema de la democracia representativa. Más allá de sus factores de vaciamiento interno —la crisis de los partidos y de la participación política, la cada vez más estrecha relación entre política y dinero y las degeneraciones videocráticas de la comunicación y del poder político— el principio de la representación se vuelve totalmente inadmisibile con la desaparición de la relación entre poder político y pueblo; en otras palabras, por el hecho de que las decisiones relevantes no corresponden ya a los poderes estatales, sino a poderes supraestatales o, peor, a poderes de otros Estados o, peor aún, a los poderes económicos del mercado: en todo caso, a poderes sustraídos a cualquier control popular, ni siquiera lejano o indirecto. Según el esquema tradicional, los representantes deberían coincidir con los gobernantes y los gobernantes con los representantes. Pero esto ya no es cierto. En un mundo de soberanías desiguales y de creciente interdependencia, no es en lo absoluto cierto que la elección de un presidente o de un Parlamento por parte de un pueblo, sea indiferente para el futuro de otros pueblos.

Indudablemente la elección de un presidente pacifista o belicista en Israel, tiene para los palestinos consecuencias no menos graves que para los mismos ciudadanos de Israel. De la misma manera, la elección de un presidente de los Estados Unidos de América ecologista o filo-nuclear, pacifista o belicista, ejerce efectos decisivos sobre la conservación del ambiente y sobre el futuro de la paz para todos los habitantes del planeta. En fin, ¿cuántos pueblos, además del de los Estados Unidos de América, pueden realizar la idea democrática del autogobierno?

Pero se ha vuelto igualmente insostenible el postulado del carácter totalmente estatal del derecho positivo, sobre el que se ha basado hasta hoy el paradigma del Estado de derecho y de la jurisdicción. Ninguno de nosotros podría hoy identificar el sistema de las fuentes con el sistema de las leyes estatales, de los reglamentos administrativos y de las normas de las autonomías locales. Es un hecho que, con los procesos que se están llevando a cabo de integración jurídica, europea y mundial, el sistema se ha complicado enormemente, con la añadidura de fuentes que entran a formar parte del ordenamiento estatal sin ni siquiera la mediación formal de la ley de ratificación. Como escribió Luigi Bonanate, ni los estados ni sus ciudadanos son ya destinatarios sólo de su derecho interno, sino que cada vez más de una "cerrada red normativa planetaria"<sup>2</sup> que se refiere a las materias más diversas —desde la producción de alimentos hasta la sanidad, de los transportes a las telecomunicaciones, de la tutela de la privacidad a la del

<sup>2</sup> Bonanate, L., *ibidem*, p. 7.

medio ambiente— y que en parte tiene carácter público, por estar constituida por tratados y acuerdos internacionales, pero que en gran medida tiene un origen privado, por ser producto del mercado y de las empresas multinacionales. Por consiguiente, son menos las posibilidades de control de los Estados sobre la economía, cada vez más autónoma en el mercado global. Hemos llegado al grado de que se ha invertido, sobre todo en los países más pobres, la relación entre esfera pública y esfera privada, entre Estado y mercado, entre política y economía. Ya no es la política la que gobierna a la economía, sino viceversa.<sup>3</sup> Los Estados ya no son capaces de garantizar la competencia entre las empresas, a la inversa, las empresas multinacionales ponen a los Estados en competencia pretendiendo menos impuestos, menores garantías a los derechos de los trabajadores, menos gasto social, menos límites y vínculos a los intereses del Estado, como condiciones para su inversión.

Por lo tanto, el dilema que se plantea a la teoría de la democracia, como dije al inicio, es radical. El debilitamiento irreversible del Estado nacional, ¿equivale (o por lo menos está destinado a equivaler) a un debilitamiento de la democracia política y del Estado de derecho?, ligados ambos a la sujeción de todos los poderes a la ley como expresión de la voluntad popular. O bien ¿es posible prefigurar, en forma paralela a la “política interna del mundo” de la que habla Habermas, una expansión hacia la política y el derecho internacional del

<sup>3</sup> Cfr., por último, Hertz, N., *The Silent Takeover. Global Capitalism and the Death of Democracy* (2001), traducción italiana de D. Bertucci, *La conquista silenziosa. Perché le multinazionali minacciano la democrazia*, Carocci, Roma 2001.

paradigma del Estado de derecho y de la democracia constitucional? Los nuevos sujetos que hoy operan en el escenario internacional sin legitimación democrática ni vínculos constitucionales —la Organización Mundial de Comercio, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la OTAN y la cerrada red de los poderes económicos transnacionales— ¿están destinados a permanecer fuera de las formas del Estado de derecho y de la democracia política? O ¿es posible, en cambio, suponer una transformación del paradigma de estas formas, más allá del viejo esquema estatalista?

## II. LA GLOBALIZACIÓN COMO VACÍO DE DERECHO PÚBLICO INTERNACIONAL

La crisis del Estado nacional y el déficit de democracia y de Estado de derecho que caracteriza a los nuevos poderes extra y supraestatales, nos obligan a tematizar, junto a la crisis del Estado, el orden (y el desorden) internacional; o mejor dicho, a redefinir al Estado dentro del nuevo orden internacional y redefinir el orden internacional sobre la base de la crisis del Estado. Y redefinir el orden internacional significa tomar conciencia de la ausencia de una esfera pública internacional a la altura de los nuevos poderes extra y supraestatales: entendiéndose por "esfera pública" al conjunto de las instituciones y funciones a cargo de la tutela de intereses generales,<sup>4</sup> como la paz, la seguridad y los derechos fundamentales, ya que forman el espacio

<sup>4</sup> Recordemos la clásica definición de Ulpiano: "Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem" (D 1.1.1.2).

y la premisa tanto de la política como de la democracia.

El efecto principal de la crisis del Estado sobre el plano internacional fue un vacío de derecho público, es decir, la falta de reglas, límites y vínculos para garantizar la paz y los derechos humanos frente a los nuevos poderes transnacionales, tanto públicos como privados, que desplazaron a los viejos poderes estatales o que, de cualquier forma, se sustrajeron a su papel de gobierno y control. Es más, creo que la misma globalización de la economía puede identificarse, sobre el plano jurídico, con este vacío de un derecho público internacional capaz de disciplinar a los grandes poderes económicos transnacionales: no un vacío de derecho, que no puede existir, sino un vacío de derecho público, inevitablemente llenado por el derecho privado, es decir, por un derecho de producción contractual que se sustituye a las formas tradicionales de la ley<sup>5</sup> y que refleja, por lo general, la ley del más fuerte. La consecuencia de esto es una anomia general y una regresión neoabsolutista tanto de las

<sup>5</sup> Como demostró Rosaria Ferrarese, a falta de instituciones a la altura de las nuevas relaciones, el derecho de la globalización se va modelando cada vez más, no en las formas públicas, generales y abstractas de la ley, sino en las privadas del contrato (Ferrarese, M. R. *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bolonia, Il Mulino, 2000. Sobre el derecho en la época de la globalización, *cfr.* también Rodotà, S., "Diritto, diritti, globalizzazione", *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2000, núm. 4, pp. 765-777; U. Allegretti, U., "Globalizzazione e sovranità nazionale", *Democrazia e diritto*, 1995, pp. 47 y ss.; *Id.*, "Costituzione e diritti cosmopolitici", en G. Gozzi (coord), *Democrazia, diritti, costituzione*, Bolonia, Il Mulino, 1997, pp. 53 y ss.; *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, Città Aperta Edizioni, 2002.

grandes potencias como de los grandes poderes económicos transnacionales: un neoabsolutismo regresivo que se manifiesta, por un lado, con el retorno de la guerra como instrumento de solución de las crisis internacionales y de gobierno político del mundo y, por el otro, con la ausencia de reglas abiertamente asumidas por el capitalismo globalizado actual, como una suerte de nueva *grund-norm*\* del nuevo orden económico internacional.

Por lo tanto, es la falta de una esfera pública internacional en el sentido antes definido, la gran laguna dramáticamente subrayada por las tragedias de estos años: las guerras, los muchos crímenes contra la humanidad, el crecimiento de las desigualdades, las devastaciones ambientales. A la crisis de los Estados, y por consiguiente del papel de las esferas públicas nacionales, no le correspondió la construcción de una esfera pública a la altura de los procesos de globalización que se están verificando. Faltan, o son muy débiles, no sólo las garantías de los derechos proclamados incluso solemnemente, o sea la previsión de las prohibiciones y de las obligaciones que a éstos corresponden, pero faltan sobre todo las instituciones internacionales encargadas de las funciones de garantía, es decir, de la protección de la paz, de la mediación de los conflictos, de la regulación del mercado y de la tutela de los derechos y de los bienes fundamentales de todos.

Ciertamente estas instituciones no podrán ser establecidas por el mercado. Al respecto, no podemos hacernos ninguna ilusión. Podemos estigmatizar como inmorales y quizás hasta criminales las

\* En alemán en el original, en el sentido de norma fundante NE.

agresiones contra la ecoesfera de las actividades industriales contaminantes, o bien, las elecciones de las casas farmacéuticas que quitan a millones de enfermos el acceso a fármacos esenciales. Pero es absurdo pretender que sean las empresas las que se hagan cargo en forma espontánea de la tutela del ambiente o de los derechos de todos a la salud. Incluso, admitiendo que las finalidades de la esfera pública —desde la paz hasta la seguridad y la tutela de los bienes y derechos fundamentales— estén en el interés vital de todos y, por lo tanto, también del mundo de los negocios, es obvio que aquéllas no pueden ser alcanzadas, por su naturaleza misma, con medios privados, sino solamente con medios públicos.

El sistema actual de relaciones internacionales carece casi por completo de estos medios. La Carta de la ONU de 1945 y la Declaración de 1948, que podemos considerar una especie de Constitución embrionaria del mundo, desafortunadamente se quedaron sólo en el papel. Prometen paz, seguridad, garantía de las libertades fundamentales y de los derechos sociales para todos los habitantes del planeta, pero faltan por completo las que podríamos denominar como sus leyes de actuación, es decir, las garantías de los derechos proclamados: la estipulación de las prohibiciones y de las obligaciones que les corresponden y la justiciabilidad de sus violaciones. Es como si un ordenamiento estatal estuviera integrado sólo por su Constitución y por unas cuantas instituciones sustancialmente carentes de poderes. El ordenamiento internacional no es más que un ordenamiento dotado sólo de la Constitución y poco más que eso: carente, en otras palabras, de instituciones

de garantía. En resumen, es un conjunto de promesas no cumplidas.

Se produjo así una singular involución de las instituciones internacionales. Las instituciones de tipo universalista —como la FAO, la OMS y los otros organismos de la ONU— nunca tuvieron poderes efectivos y corren el riesgo de ser cada vez más marginados. A su lado, en cambio, se desarrollaron instituciones de tipo particularista —la OTAN, la OMC, el G8— dotadas de enormes medios y poderes de intervención y de gobierno.

Esta polaridad se acentuó, precisamente, en la última década, cuando a la creciente globalización de la economía correspondió, en forma paradójica, una disolución de la ya débil esfera pública internacional. Tras la caída del muro de Berlín, en el nuevo mundo unipolar, repentinamente privado del enemigo y comprometido sólo a festejar los triunfos del libre mercado, se ignoraron, e incluso se agravaron todos los grandes problemas del planeta. Se hizo así más profunda la brecha entre países ricos y países pobres, se dejó el camino libre a la devastación del ambiente, se cerraron herméticamente nuestras fronteras a masas crecientes de muertos de hambre, sin hacerse cargo ni en lo más mínimo del odio y de la revuelta que, mientras tanto, se acumulaban contra el Occidente, ni de las amenazas a la paz y a la seguridad generadas por nuestra miopía. Finalmente, se suplió esta falta de previsión tan irresponsable y esta incapacidad de gobierno con la política de las armas y con el regreso de la guerra al escenario internacional. La guerra es la manifestación más dramática de la crisis del derecho: primero, en 1991, la marginación y la inversión del papel paci-

fista de la ONU, llamada a avalar la guerra del golfo en contraste con su Estatuto; luego, con la guerra de Kosovo, el relanzamiento de la OTAN y la expansión indefinida de sus poderes de intervención, mucho más allá de sus competencias estatutarias; finalmente, con la guerra en Afganistán y luego, en forma mucho más explícita y declarada con la última guerra contra Irak, la asunción directa por parte de Estados Unidos de América de funciones de policía internacional.

A la vieja pregunta de "¿habrá un juez en Berlín?" Deberíamos responder que no, que no hay ningún juez para semejantes abusos en ninguna parte de la Tierra y cuando no hay un juez en la Tierra, escribió Locke hace tres siglos, se vuelve legítimo el "llamado al cielo", es decir, el recurso a la rebelión y a la violencia.

### III. REDEFINICIÓN DEL ORDEN INTERNACIONAL. INSTITUCIONES DE GOBIERNO E INSTITUCIONES DE GARANTÍA

Éste es, precisamente, el enorme y dramático problema que actualmente tenemos frente a nosotros. De hecho, creo que este vacío de derecho público —en una sociedad global cada vez más frágil e interdependiente— no se puede sostener por mucho tiempo sin ir hacia un futuro de guerras, violencia y terrorismo que pondría en peligro la supervivencia de nuestras mismas democracias. Debemos preguntarnos si es realista la aspiración a la paz y a la seguridad en un mundo en que 800 millones de personas, o sea un sexto de la población, posee las cinco sextas partes del ingreso mundial; en el que menos de 300 millonarios en

dólares son más ricos que la mitad de la población mundial, es decir, tres mil millones de personas; en el que la proporción entre países ricos y países pobres, que era de 1 a 3 en 1820 y de 1 a 11 en 1913, se volvió de 1 a 72 en 1992.<sup>6</sup>

El efecto más vistoso de la globalización, en ausencia de una esfera pública mundial, es un crecimiento exponencial de la desigualdad, signo de un nuevo racismo que da por hecho la miseria, el hambre, las enfermedades y la muerte de millones de seres humanos sin valor. Es una desigualdad que no tiene precedentes en la historia. Hoy la humanidad es, en su conjunto, incomparablemente más rica que en el pasado. Pero, si se toman en cuenta las inmensas y crecientes masas de seres humanos, es también incomparablemente más pobre. Los hombres, sobre el plano jurídico, ciertamente son incomparablemente más iguales que en cualquier otra época, gracias a las innumerables

<sup>6</sup> Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas. Informe sobre desarrollo humano 1999. *La globalización*, Rosenberg y Sellier, Turín 1999, p. 55. La diferencia de ingreso entre la quinta parte de la población mundial que vive en los países más ricos y la quinta parte que vive en los países más pobres era de 30 a 1 en 1960, de 60 a 1 en 1990 y de 74 a 1 en 1997 (p. 19). Se presentan datos análogos en Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas. Informe sobre desarrollo humano 2001. 12. *Cómo usar las nuevas tecnologías*, Rosenberg y Sellier, Turín 2001: la diferencia de ingresos entre el 10% más rico de la población mundial y el 10% más pobre, era de 51.5 en 1970 y de 127.7 en 1997 (p. 36); en los años 1988-93, el 10% más rico de la población de los Estados Unidos de América (25 millones de personas) tuvo un ingreso superior al de casi la mitad (el 43%) de la población más pobre del mundo (aproximadamente 2 mil millones de personas) (p. 35). Cerca de 1,200 millones de personas viven con menos de un dólar al día y 2,800 millones, es decir casi la mitad de la población mundial, con menos de 2 dólares al día (p. 26).

cartas, constituciones y declaraciones de derechos. Pero en realidad, son también inmensamente más desiguales en lo concreto. El "tiempo de los derechos", para usar la expresión de Norberto Bobbio,<sup>7</sup> es también la época de su mayor violación masiva y de la más profunda e intolerable desigualdad.

De acuerdo con el Informe Anual sobre Desarrollo Humano y sobre la Globalización, aunque haya aumentado enormemente la producción de alimentos per capita, aproximadamente mil millones de personas carecen de acceso al agua y a la alimentación básica y esto produce 15 millones de muertes al año. Además, se estima que, no obstante el incremento global de la asistencia sanitaria, de la tasa de educación y de la expectativa de vida, así como la fuerte reducción, en conjunto, de los combustibles contaminantes, se ha duplicado y más el número de enfermos de SIDA, hay 850 millones de analfabetos, aproximadamente 3 millones de personas mueren cada año a causa de la contaminación atmosférica y más de 5 millones por contaminación del agua. Finalmente —y es el dato más aterrador— 17 millones de personas mueren cada año víctimas de enfermedades infecciosas y, más aun, víctimas del mercado, puesto que los fármacos "esenciales" que podrían curarlas, son patentados y, por lo tanto, demasiado costosos, o peor aún, ya no se producen porque se refieren a enfermedades en gran medida erradica-

<sup>7</sup> Es el título del conocido libro de Bobbio, N., *L'età dei diritti*, Turín, Einaudi, 1990. (Existe versión en español de Rafael de Asís Roig: *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991. NE).

das y que ya han desaparecido en los países occidentales.<sup>8</sup>

Desde luego que poner fin a esta gigantesca omisión de socorro no sólo es un deber impuesto por el derecho a la salud sancionado en los Pactos Internacionales de 1966, sino que es también una condición indispensable para garantizar la seguridad y la paz. La terrible aparición del terrorismo internacional, desde la tragedia del 11 de septiembre hasta la última tragedia de Riad en los días pasados, debería sonar como una señal de alarma. Aunque no haya ningún vínculo entre el terrorismo fanático y los graves problemas planetarios del hambre y la miseria, es justamente el cortocircuito entre terrorismo y consenso de los desheredados del planeta lo que debemos temer. Finalmente, es el mismo preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos el que establece, en forma realista, este vínculo evidente entre paz y derechos, entre violación de los derechos humanos y violencia: es "esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho", dice, "a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opre-

<sup>8</sup> Cfr. Tognoni, G., "I farmaci essenziali come indicatori di diritto", *Giornale italiano di farmacia clinica*, 12, 2, abril-junio 1998, pp. 116-122, donde recuerda que en 1977 la Organización Mundial de la Salud compiló una lista de "fármacos esenciales", que como tales eran de distribución obligatoria y para los que propuso la siguiente definición: "se definen como fármacos esenciales aquellos que satisfacen la necesidad sanitaria de la mayor parte de la población y que por lo tanto deben estar disponibles en todo momento en cantidades suficientes y en la forma farmacéutica adecuada". La lista contemplaba originalmente poco más de doscientos fármacos. En 1997, contenía poco menos de trescientos fármacos, casi todos de bajo costo.

sión". Es evidente, a fin de cuentas, que en un mundo cada vez más integrado, el desarrollo de las desigualdades y las violaciones de los derechos representan una amenaza creciente para la paz y para la seguridad de todos. Ello se debe a dos razones que convergen entre sí: porque las violaciones de los derechos, que son tanto más insostenibles entre más estén en contraste con sus proclamaciones solemnes, generan resistencia, rebelión y violencia; y porque sólo con la fuerza de las armas y, por lo tanto, con la guerra puede defenderse un mundo fundado sobre tal desigualdad de riqueza y condiciones de vida.

Sería urgente entonces que también las grandes potencias de la Tierra entendieran que el mundo está unido no únicamente por el mercado global, sino también por el carácter global e indivisible de la seguridad y de la paz, así como de la democracia y los derechos; y que no podemos hablar en forma realista de paz y seguridad a futuro, ni mucho menos de democracia y derechos humanos, si no se elimina o por lo menos disminuye, mediante una adecuada "política interna del mundo", la opresión, el hambre y la pobreza de miles de millones de seres humanos, que representan un clamoroso desmentido de las promesas contenidas en las muchas cartas constitucionales e internacionales.

Con el fin de proteger la paz y tutelar los derechos, lo que se requiere, por otro lado, no es tanto la democratización de la ONU, sino más bien la introducción de técnicas de garantía adecuadas. A este respecto, se debe efectuar una distinción esencial: la distinción entre instituciones de gobierno e instituciones de garantía. Las institucio-

nes del primer tipo, entre más representativas sean, más legitimadas estarán, y, por lo tanto, más cercanas al cuerpo electoral. Una democracia planetaria representativa basada en el clásico principio de un ciudadano un voto, aun sin tomar en cuenta los actuales procesos en que la representación política está volcada en los medios de comunicación masiva, no tendría ningún sentido. Pero sobre todo, ésta no sería pertinente para la naturaleza de las funciones de defensa de la paz y de los derechos humanos. Más que las funciones y las instituciones de gobierno, que se refieren a la esfera de la discrecionalidad política y, por lo tanto, deben seguir siendo competencia de los Estados nacionales y deben quedar a cargo de las formas de la democracia política, lo que habría que crear, a nivel internacional, son funciones e instituciones de garantía: en primer lugar, las de paz impuestas por la prohibición a la guerra; en segundo lugar, las de los derechos humanos, en sustitución y, de ser necesario, también en contra de los Estados.

#### IV. UNA ESFERA PÚBLICA INTERNACIONAL

Bajo el primer aspecto, el que se refiere a la paz, habría que instar, si no a un desarme generalizado como premisa para un monopolio internacional de la fuerza, por lo menos a un desarme de los sujetos privados, a través de rígidos acuerdos internacionales sobre la prohibición de la producción, comercio y posesión de armas. Las armas, dado que están destinadas a matar, deberían considerarse bienes ilícitos, mucho más que las sustancias estupefacientes, y, como éstas, deberían

prohibirse para la convivencia civil. Sin duda, se trataría de la medida de prevención más eficaz y segura en relación con el terrorismo y la criminalidad, además de las muchas guerras que asolan el planeta. Mientras tanto, sin embargo, para fines de tutelar la paz y la seguridad internacional, habría que proceder a la institución de la fuerza de policía internacional prevista en el capítulo VII de la Carta de la ONU: misma que, si hubiera sido creada después de la caída del muro de Berlín con la cooperación de las distintas policías nacionales, habría intervenido en todas las crisis de los años pasados con mucha mayor fuerza y credibilidad y sin las inútiles devastaciones ocasionadas por las guerras causadas por las dirigencias de países occidentales.

Pero lo más importante —y llego así a nuestro tema específico del papel de la jurisdicción en el paradigma del Estado de derecho expandido al derecho internacional— sería el establecimiento de jurisdicciones internacionales para la tutela de la paz y de los derechos humanos. Sería, en resumen, la institución de esos jueces en la tierra cuya falta justifica o, por lo menos, favorece el “llamado al cielo” del que habla Locke en las formas de la violencia y la rebelión. Desde esta perspectiva, habría que poner en operación, lo antes posible, la competencia de la Corte Penal Internacional también en relación con el crimen de la “guerra de agresión”, previsto en el inciso d) del artículo 2o. de su Estatuto, llegando rápidamente a su definición para delimitar rigurosamente la hipótesis de la “legítima defensa”, que hoy es peligrosamente invocada también a título preventivo en caso de simple sospecha de agresión.

De manera más general, se requiere, para la tutela de los derechos humanos la creación de una esfera pública internacional que incluya la creación o el reforzamiento de las que podemos llamar instituciones internacionales de garantía.

Bajo este aspecto, el acontecimiento más importante fue, sin duda, la entrada en funciones el primero de julio de 2002 de la Corte Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad que acabo de mencionar. Ésta representa, aunque en forma todavía embrionaria, un cambio de paradigma del derecho internacional, dado que ofrece finalmente garantía jurisdiccional contra los crímenes de lesa humanidad, para aquellos derechos fundamentales que hasta ahora sólo habían sido proclamados en múltiples pactos, acuerdos y declaraciones internacionales y, al mismo tiempo, somete concretamente a los poderes del Estado a la jurisdicción y, por lo tanto, al derecho. Es evidente la importancia histórica de tal acontecimiento. Del nacimiento de una jurisdicción penal internacional depende el paso de la sociedad internacional del Estado de naturaleza al Estado civil y la misma naturaleza jurídica del derecho internacional. Recordemos el mito de Orestes que celebran las Euménides de Esquilo: el derecho nace cuando Atenas pone fin a la espiral de la venganza de la sangre y establece en Atenas el Areópago para juzgar los delitos; y de la justicia doméstica se pasa a la justicia de la ciudad. La soberanía de los Estados, hasta ahora expresada por su impunidad en los crímenes contra la humanidad, es el equivalente internacional de la libertad salvaje del *homo homini lupus* de Hobbes. La consecuencia es el riesgo de una pérdida de sentido, a largo plazo,

de los mismos derechos consagrados como "universales" por las convenciones internacionales: mismas que están destinadas a ser simples declamaciones retóricas mientras permanezcan inefectivas, en estado de promesas incumplidas y no tomadas en serio. La institución de la Corte Penal Internacional, representa un primer paso hacia la creación de un orden internacional garante de la paz y de los derechos humanos. Después, dependerán del apoyo de la opinión pública internacional su eficiencia, su credibilidad e incluso su futura aceptación por parte de las potencias que hasta hoy, temiendo la incriminación de sus ciudadanos o gobernantes, se han rehusado a aprobarla: como los Estados Unidos de América, Rusia, China e Israel.

Sin embargo, son muchas más las instituciones de garantía que habría que introducir. La más importante, en vista de una tendencia al monopolio de la fuerza en la ONU, sería la ya mencionada fuerza policíaca internacional bajo la "dirección estratégica" del "Comité de Estado Mayor" previsto en el artículo 47 de la Carta. Luego habría que organizar, frente a los enormes problemas sociales del hambre y la miseria generados por una globalización sin reglas, instituciones encargadas de la satisfacción de los derechos sociales contemplados en los Pactos de 1966. Algunas de estas instituciones, como la FAO y la OMS, existen desde hace tiempo y se trataría sobre todo de dotarlas de los medios y poderes necesarios para el cumplimiento de sus funciones de erogación de prestaciones alimentarias y de salud. También habría que crear otras instituciones en materia de protección del medio ambiente, garantía de la educación, habitación y otros derechos vitales.

La tesis que intento sostener es, además, que la introducción de todas estas instituciones judiciales representa el cumplimiento de una obligación de la comunidad internacional. De hecho, estas instituciones no son más que las garantías del cambio de paradigma del derecho internacional que ya se produjo sobre el papel, en el plano normativo, con la prohibición de la guerra en la Carta de la ONU y con la estipulación de los derechos en la Declaración Universal de 1948 y en los Pactos de 1966. Estas garantías, si tomamos en serio las proclamaciones de los derechos y de la paz, son implicadas normativamente, en el sentido de que su ausencia es una laguna inaceptable y su introducción una obligación jurídica.

Por otro lado, es obvio que para desempeñar semejantes funciones de garantía —las funciones judiciales y aún más las de garantía primaria— deberá dotarse a la esfera pública internacional —y ésta sería la innovación más importante y decisiva— de una fiscalidad mundial, es decir, un poder supraestatal de fiscalización, encargado de reunir los recursos necesarios para financiar a las instituciones de garantía, que son la premisa indispensable para una política internacional de redistribución fundada en los derechos y no en los socorros. La propuesta de la Tobin tax sobre las transacciones internacionales que tomaron los movimientos denominados “no globales”, se orienta precisamente en esta dirección. Pero estaría aún más justificada, sobre la base de los principios elementales del derecho privado, la imposición de una indemnización, o mejor dicho una compensación adecuada, por el enriquecimiento indebido de empresas de los países más ricos por el uso y explo-

tación, cuando no incluso el daño, de los llamados "bienes comunes" de la humanidad: como las órbitas satelitales, las bandas del éter y los recursos minerales de los fondos oceánicos, que actualmente se utilizan a título gratuito como si fueran *res nullius* en lugar de "patrimonio de la humanidad", según lo establecen las convenciones internacionales que se refieren al mar y a los espacios extra-atmosféricos.<sup>9</sup>

Creo que la perspectiva de semejante expansión de las relaciones internacionales, del paradigma del Estado constitucional de derecho y de la jurisdicción —en resumen, la creación de una esfera pública mundial— representa hoy el principal reto que plantea la crisis del Estado a la razón jurídica y a la razón política. Esta perspectiva no sólo está implicada y, por lo tanto, normativamente im-

<sup>9</sup> El artículo 10. del Tratado sobre los espacios extra-atmosféricos del 27 de noviembre de 1967 califica dichos espacios como "propiedad de la humanidad entera", imponiendo que "su uso sea para el bien y en el interés de todos los países, cualquiera que sea su estado de desarrollo económico o científico". Del mismo modo, los artículos 136 al 140 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar del 10 de diciembre de 1982 afirman que "el Área (de alta mar) y sus recursos son patrimonio común de la humanidad", que "las actividades en el Área deben realizarse para beneficio de toda la humanidad, tomando en cuenta particularmente los intereses y las necesidades de los países en vías de desarrollo" y que se debe "asegurar la equitativa repartición de las ventajas que de ésta se derivan, sobre una base no discriminatoria". Sobre estas bases, se propuso una fiscalización internacional para la explotación de los recursos minerales de los fondos oceánicos (cfr. Marko, D. E., "A Kinder, Gentler Moon Treaty: a Critical Review of the Treaty and Proposed Alternative", *Journal of Natural Resources and Environmental Law*, 1992), así como para el uso de las órbitas satelitales alrededor de la tierra y de las bandas del éter (cfr. Franzoni, G., *También el cielo es de Dios. El crédito de los pobres*, Roma, EDUP, 2000, pp. 91-113).

puesta, si tomamos en serio el derecho, por el diseño de la Carta de la ONU y de las declaraciones y convenciones sobre los derechos humanos, sino que representa la única alternativa racional a un futuro de guerras, violencia y fundamentalismos. Aunque la actual anarquía internacional equivalga a la primacía de la ley del más fuerte, ésta no favorece, a largo plazo, ni siquiera al más fuerte, porque su resultado es la inseguridad y precariedad general. Como escribió Thomas Hobbes: "el más débil tiene la fuerza suficiente para matar al más fuerte, o mediante una maquinación secreta o aliándose con otros".<sup>10</sup>

Desafortunadamente, lo que está sucediendo no da espacio a ningún optimismo. Pero habría que, por lo menos, evitar la falacia en la que incurre gran parte de la filosofía política y jurídica "realista". En los procesos que se están verificando no hay nada de natural, ni de necesario, ni, por lo tanto, de inevitable. Estos procesos son fruto de elecciones políticas o, si se prefiere, de un vacío en la política, que es, a su vez, fruto de una elección; y si se quieren contrastar, es necesario que la política, y antes que ella la cultura jurídica y política, elabore garantías nuevas y específicas de un Estado de derecho internacional capaz de hacerles frente. Esto siempre ha sucedido en la historia de las instituciones. Por lo tanto, no confundamos problemas teóricos con problemas políticos. No

<sup>10</sup> Hobbes, T., *Leviatán*, con texto inglés de 1651, traducción italiana a cargo de R. Santi, Bompiani, Milán 2001, cap. XIII, 1, p. 203. (Existe versión al español de Sánchez Sarto, Manuel, *Leviatán o la materia, forma y poder de una República, eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001 [1940]. NE.

presentemos como utópico o irreal, ocultando las responsabilidades de la política, lo que simplemente no se quiere hacer porque va contra los intereses dominantes, que además son de muy corta duración y que es lo único que vuelve inverosímil su realización. Este tipo de "realismo" termina por legitimar y secundar como algo inevitable lo que es de cualquier modo obra de los hombres, y donde gran parte de la responsabilidad corresponde a los poderes económicos y políticos más fuertes. Específicamente, no tiene ningún sentido sostener que, siendo realista, el diseño universalista de la ONU es una utopía y de cualquier modo no ha tenido éxito, dado que sus pasados fracasos han demostrado su impotencia, debida quizás a una falta de medios y de poderes. La ONU no es una institución extraterrestre. Su actual impotencia, así como su futuro y con éste el futuro de la paz y de los derechos humanos, no dependen de su naturaleza, sino únicamente de la voluntad de las grandes potencias del Occidente, empezando por los Estados Unidos de América, y su disponibilidad a renunciar a su papel de incontrastable dominio militar, económico y político, así como a sujetarse al derecho internacional. Sería en interés de todos —no sólo del Sur del mundo, sino también del Occidente— rehabilitar a la ONU y reforzar sus funciones de garantía de la paz y de los derechos: si no por razones morales o jurídicas, por lo menos para la tutela de nuestra seguridad y supervivencia y, por lo tanto, de nuestros propios intereses.



## MANUEL ATIENZA

**P**rofesor catedrático en la Universidad de Alicante, ha sido profesor visitante en el Institut für Politikwissenschaften en Maguncia, Alemania, en Harvard Law School y en la Universidad de Cornell.

Autor de numerosas obras, entre las que destacan: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*; *Tras la justicia*; *El sentido del derecho y cuestiones judiciales*; en coautoría: *Marxismo y filosofía del derecho*; *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos e ilícitos atípicos*; *Sobre el abuso del derecho, el fraude de la ley y la desviación del poder*.

## LUIGI FERRAJOLI

**P**rofesor de Teoría del derecho en la Universidad de Roma III, Italia.

Ha publicado entre otros libros: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* y *Epistemología jurídica y garantismo*.