Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 46, 2023, pp. 209-224
https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.12

La dimensión política de «El Derecho como argumentación» de Manuel Atienza

The Political Dimension of «El Derecho como argumentación» by Manuel Atienza

Jesús Ibarra Cárdenas

Autor:
Jesús Ibarra Cárdenas
ITESO, México
jibarra@iteso.mx

Recibido: 10/06/2022
Aceptado: 10/09/2022

Citar como:
Ibarra Cárdenas, Jesús (2023). La dimensión política de «El Derecho como argumentación» de Manuel Atienza. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 209-224. https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.12

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

© 2023 Jesús Ibarra Cárdenas

Resumen

La propuesta teórica de Manuel Atienza, expresada en *El Derecho como argumentación,* contiene un factor potencial de transformación social de la práctica jurídica. Mediante categorías y conceptos de Hannah Arendt, el autor analiza la incidencia de las corrientes postpositivistas en el cambio político, específicamente la argumentación como forma de acción política en favor del Estado constitucional de Derecho.

Palabras clave: Derecho como argumentación; postpositivismo; Estado constitucional; Hanna Arendt; acción.

Abstract

Manuel Atienza's theoretical proposal, expressed in *El Derecho como argumentación*, contains a potential factor for the social transformation of legal practice. Through the categories and concepts of Hannah Arendt, the author analyzes the incidence of post-positivist currents in political change, specific argumentation as a form of political action in favor of the constitutional State of Law.

Keywords: Law as argumentation; post-positivism; constitutional rule of law; Hanna Arendt; action.

INTRODUCCIÓN

Manuel Atienza (MA) es el filosofó del Derecho prototipo, un profesor universitario que ha dedicado prácticamente toda su vida a la docencia y a la investigación. Su trabajo intelectual ha confrontado y nutrido el debate jurídico contemporáneo entorno a tres preguntas clásicas: ¿qué es el Derecho? referida a su ontología, ¿cómo conocerlo? que alude al tema epistemológico y ¿cuál sería una teoría del Derecho justo? cuestión que analiza el aspecto axiológico, de teoría de la justicia. El eje transversal que cruza su pensamiento es la apuesta por un conocimiento jurídico promotor de valores que se pueda llevar a la acción, el instrumento: la argumentación jurídica. De lectura clara y debate profundo, su obra ha cobrado una vigencia inusitada especialmente en cortes y tribunales latinoamericanos. Ineludible para quién busca un horizonte más allá del positivismo jurídico, pero sin descarrilar al Derecho como fenómeno de autoridad, ni disolver su fuerza coactiva en la deliberación moral.

Aunque el Derecho no es solo argumentación, sería equívoco reducir la teoría del Derecho a la teoría de la argumentación jurídica[1], la dimensión argumentativa es particularmente relevante para el cambio político en nuestras frágiles democracias, especialmente aquellas, como las latinoamericanas, que han ido incorporando elementos constitutivos de un Estado constitucional de Derecho. La relevancia de este cambio no sólo ha sido institucional, más importante aún, es que ha permeado significativamente en la cultura jurídica. Es decir, además de las modificaciones sustanciales a la estructura y operación de diversos regímenes jurídicos, también ha trascendido a los hábitos, prácticas y significantes de las personas (profesionales o no) involucrados en el fenómeno del Derecho.

El Derecho como argumentación se ha convertido en un factor subversivo, determinante para el cambio político de la región debido a su capacidad de incidencia en la cultura jurídica –interna y externa– en cuanto a que la argumentación no solo tiene incidencia en cómo piensan el Derecho los profesionales de la disciplina, sino también los no instruidos, pero que participan de la obligación política y han aumentado significativamente las esperanzas en el Derecho como factor de transformación social.

> …cuando hoy se habla de constitucionalismo o de «Estados constitucionales», se hace referencia a algo más, esto es, un ordenamiento jurídico constitucionalizado (el de algunos «Estados constitucionales» de algunos países occidentales) se caracteriza por poseer una Constitución densamente poblada de derechos y capaz de condicionar la legislación, la

1. En cuanto a la confusión de identificar Derecho y argumentación, en el libro *Curso de argumentación jurídica*, MA niega que alguna vez haya propuesta tal reducción, en este sentido señala que: «…De lo que quizás sea culpable es de haber escrito un libro con el título de «El Derecho como argumentación», que puede resultar –ha resultado– equivoco. Pues no solo hay lectores de solapas de libro, sino lectores de títulos que, habiendo hecho solo eso –por increíble que parezca–, se atreven a opinar y criticar (Atienza, 2013a, pág. 810).

jurisprudencia, la acción de los actores políticos o las relaciones sociales (Atienza, 2013b, p. 32).

En el mundo latino, «…el Estado constitucional opera como un ideal regulativo para el desarrollo del Derecho y de la cultura jurídica» (Atienza, 2017, p. 49). Sin embargo, no ha sido fácil la transición de un régimen jurídico positivista centrado en el modelo de imperio de la ley, a otro enfocado en cumplir las promesas y valores de un Estado constitucional de Derecho (básicamente la garantía de los derechos humanos y la democracia). En los países de la región, no se han logrado instaurar sus condiciones mínimas de operación, esto debido a diversos factores que, en conjunto, confluyen para mantener una marcada debilidad institucional[2]. Al final, el gobierno de los hombres termina por imponerse sobre el gobierno de las leyes, en favor de quienes cuentan con mayores recursos de todo tipo[3]. Esta debilidad institucional se expresa y reproduce sistemáticamente debido a la insultante y cínica desigualdad que configura de manera estructural a nuestras sociedades. Dicho de otra manera, especialmente en América Latina, nuestras sociedades aspiran a participar de la práctica de un Estado constitucional de Derecho, pero, al mismo tiempo, no hemos sido capaces, por un lado, de atemperar los niveles extremos de desigualdad traducidos en exclusión de los más desfavorecidos, así como de impunidad y privilegios para las elites económicas y políticas.

En lo que sigue, se analiza la dimensión política de la propuesta teórica –postpositivista– de MA en tres aspectos relevantes de su *Derecho como argumentación:* a) la argumentación del fenómeno jurídico como forma de acción política, b) su carácter dialógico abierto a la deliberación moral y, c) como propuesta teórica capaz de incidir en el fortalecimiento del modelo de Estado constitucional de Derecho.

UN DERECHO QUE SE PUEDE LLEVAR A LA ACCIÓN POLÍTICA

MA tiene claro el rol que debe jugar la disciplina que ha cultivado a lo largo de su vida académica: «…el objeto de cualquier filosofía del Derecho que merezca la pena: la transformación social» (Atienza, 2017, pág. 10). Se trata de un autor de toma de posición, de lucha de convicciones jurídicas, su perfil teórico se opone a la neutralidad valorativa, a la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral, con lo cual no se le puede leer desde el estrecho marco de los enunciados jurídicos y sus relaciones. Considera que el Derecho juega un papel imprescindible como factor de transformación, en el sentido de que ningún cambio social relevante ha ocurrido prescindiendo del Derecho.

2. En el sentido que ha analizado Oscar Vilhena: «…en sociedades con niveles extremos de desigualdad –donde los recursos y poder de las personas y los grupos son marcadamente desiguales–, el Estado tiende a ser menos capaz de proteger a los pobres y de lograr que los poderosos respondan ante la ley» (Vilhena, 2011, pág. 29).
3. Acerca de los problemas de vigencia y aplicación del Derecho en América Latina ver el texto de Francisco Laporta: «América Latina: problemas de vigencia y aplicación del Derecho» (Laporta, 2015).

«En el tipo de sociedades en las que vivimos no es posible conseguir ningún proyecto de emancipación humana (con independencia de su carácter más o menos modesto o ambicioso) al margen del Derecho» (Atienza, 2013b, pág. 11).

Este rasgo característico de la teoría del Derecho de MA –la transformación social como finalidad– es lo que separa de manera irreconciliable a su propuesta teórica, el constitucionalismo pospositivista, de otras corrientes en la filosofía del derecho, especialmente de la perspectiva hegemónica heredada, el positivismo normativista y, en la forma y los métodos de trabajar los procesos jurídicos, también de la teoría crítica. Las diferencias más significativas se pueden observar en el rol que juega la argumentación jurídica; marginal en los dos últimos paradigmas jurídicos mencionados y preponderante en los acercamientos postpositivistas.[4]

En este sentido, MA no habla sólo a otros filósofos del Derecho, sino, de manera especial a los operadores jurídicos, a los usuarios del Derecho, buscando incidir y promover cursos de acción comprometidos con la transformación de las sociedades desiguales e injustas en diversos sentidos, eso sí, y esto es importante destacarlo, siempre, sin abandonar los márgenes del Derecho, sin negar su carácter autoritativo, lo que significa respetar los límites establecidos que mantienen la práctica en el ámbito de lo jurídico[5].

En nuestros días y de manera ordinaria, las Cortes constitucionales resuelven multiplicidad de casos dotando de contenido a conceptos jurídica y moralmente indeterminados, ponderando ante una eventual colisión de los mismos o inaplicando reglas que les afectan, entre otras modalidades. El fallo no concluye el caso, además de que otras autoridades intervienen para su ejecución, la prensa –cada vez más–, las redes sociales, la comunidad académica y, desde luego abogadas y otras juezas, disienten, soportan, abren o cubren los flecos argumentativos que quedaron sueltos. De esta manera, el ascenso de la democracia y el proceso de constitucionalización del sistema jurídico abarcan espacios sociales e institucionales antes ajenos a la discusión jurídica, respondiendo de esta manera a la creciente demanda de justificación de las decisiones de la autoridad; «…las sociedades occidentales han sufrido un proceso de pérdida de legitimidad basada en la autoridad y en la tradición; en su lugar –como fuente de legitimidad– aparece el consentimiento de los afectados, la democracia. El proceso tiene lugar en todas las esferas de la vida, y explica el interés creciente por la argumentación» (Atienza, 2006, pág. 19).

4. Los factores que MA considera de mayor relevancia para explicar el auge de los aspectos argumentativos del Derecho son los siguientes: «…el predominio en el pasado inmediato de una cultura muy formalista, …un sentimiento de gran insatisfacción con respecto a la enseñanza del Derecho: casi exclusivamente memorística y …una demanda creciente de democratización (de necesidad de justificar con razones, y no apelando simplemente a la autoridad, las decisiones de los órganos públicos)» (Atienza, 2017, pág. 98).
5. Acerca del carácter autoritativo del Derecho, más específicamente en torno a la discusión sobre si los jueces crean Derecho ver «Los jueces crean Derecho, los principios jurídicos y la ponderación». (Atienza, 2020, pág. 117).

Abrir el debate haciendo presentes a los involucrados del fenómeno del Derecho, significa constituir una esfera pública jurídica, una *polis jurídica* que ha estado dispersa o incluso ausente en otros paradigmas como en el positivismo o en la teoría crítica. En otras palabras, *El Derecho como argumentación* pone a disposición de todos los involucrados, –vuelve común– el mundo jurídico celosamente gestionado por el positivismo de los especialistas en Derecho. De esta manera, es un llamado a la acción política, lleva implícito en sus postulados una exigencia no sólo moral, sino también de compromiso con el interés común, un interés en discutir la cosa pública en torno al Derecho. No alude únicamente a la descripción de los materiales jurídicos, exige razones acerca de sus implicaciones, de su relación con problemas sociales y políticos que compartimos y nos agobian, cuestión que va más allá de las problemáticas jurídicas definidas en los cerrados círculos académicos. Se trata del *sapere aude* kantiano que sacude a los participantes de la práctica social. «Necesitamos una idea suficientemente rica y compleja del Derecho para poder guiar la conducta de los diversos operadores jurídicos» (Atienza 2017, pág. 74).

Las implicaciones –políticas– de expandir o generar una esfera pública jurídica (la mencionada *polis jurídica*) tal y como se sigue de las teorías postpositivistas como la de MA, se puede explicar mediante el concepto de *acción* de Hanna Arendt que presenta en *La Condición Humana* (Arendt, 2016, cap. V y VI). Arendt entiende por *acción* el incursionar en el discurso en compañía de iguales para comenzar algo nuevo cuyos resultados no pueden ser anticipados. «Actuar, en su sentido más general, significa tomar la iniciativa, comenzar (como indica la palabra *archein,* 'comenzar', 'conducir' y finalmente 'gobernar'), poner algo en movimiento (que es el significado original del *agere* latino)» (Arendt, 2005, pág. 207). Su planteamiento no busca explicar cómo ocurre el actuar de las personas, sino más bien, determinar las condiciones bajo las cuales la *acción* se encuentra justificada de cara a definir decisiones colectivas. A través de la *acción* se logra la experiencia de la libertad ya que se manifiestan la singularidad de cada quién y la novedad que aporta frente a la pluralidad de los demás. El vehículo de la acción es la palabra, el discurso que cuestiona y deconstruye el *statu quo.* De esta manera, la manifestación de la persona ante sus semejantes (su aparición), la pluralidad de las mismas (no se puede actuar sin los otros) y su capacidad de empezar algo nuevo (la natalidad) son las propiedades de la *acción* necesarias para constituir el espacio público común (la *res pública*).[6] Así, la política expresada en la *acción*, consustancial a la pluralidad a la vida en común, es lo más propiamente humano de la condición humana.

6. De acuerdo con Arendt, en la vida de las personas –en la *vita activa*– hay tres actividades fundamentales; la labor, el trabajo y la acción, las cuales, a su vez, corresponden a tres condiciones de la vida humana; la vida, la mundanidad y la pluralidad. La *labor* es todo aquello que nos permite sobrevivir, es una actividad ligada a las necesidades que tenemos con seres vivos, tales como alimentación, cuidado de la salud, seguridad, entre otras. El *trabajo* crea y fabrica objetos que se usan, no que se consumen, nos permite construir un mundo estable y duradero A diferencia de la labor, el trabajo no es cíclico, tiene un principio y un fin. Por último, la *acción* es la actividad más elevada, es la forma no solo de estar en el

Visto bajo el prisma de la *acción* de Arendt, el impacto político de *El Derecho como argumentación* se encuentra en la capacidad que logra una comunidad jurídica –una *polis jurídica* inclusiva– de poner en crisis el principio de autoridad normativa, pero, al mismo tiempo, de dotarle de contenidos sustantivos que le mantengan vigente, con cierta estabilidad necesaria para brindar una estructura institucional a las prácticas jurídicas. En este contexto, un rasgo distintivo de las perspectivas postpositivistas es su apertura a problematizar en clave jurídica temas políticos y sociales que, bajo otras perspectivas, no serían relevantes o muy difíciles de formalizar y digerir en el plano jurídico. Dicho en otras palabras, no todo problema es un problema jurídico, pero cualquiera es susceptible de ser problematizado desde el Derecho.

LA DIELECTICA POLÍTICA DE 'EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN'

Además de mostrar que la argumentación es una forma de acción política, al activar y construir una *polis jurídica* mediante la cual se hace posible la irrupción de nuevos actores –antes lejanos– en las discusiones del mundo del Derecho, algo más que permite analizar el concepto arendtiano de *acción,* es la dialéctica que subyace a *El Derecho como argumentación*. Una dialéctica ausente en posiciones positivistas o también de teoría critica, la cual es posible sólo bajo una comprensión no sólo autoritativa, sino también valorativa del fenómeno jurídico, lo que permite conjugar aspectos políticos y morales en la argumentación jurídica,[7] es decir, comprender al Derecho no sólo como un conjunto de reglas, sino también de principios.

Algunas metáforas que cita MA dan cuenta de dicha dialéctica, por ejemplo, aquella de Ihering que compara el Derecho con la navegación o Carlos Nino que identifica al Derecho, retomando la idea original de Roscoe Pound, como «una gran actividad que transcurre en el tiempo y que puede parangonarse a la construcción de una catedral» (Atienza, 2017, p. 30), también la imagen de Mario Jori que cita Atienza (2019a, p. 68) «…cuando nos ocupamos del Derecho, también para describirlo, no es como contemplar un bloque de mármol, sino como cantar en un coro …no es algo que conozcamos, sino algo que hacemos, es algo en lo que participamos».

Resulta sumamente ilustrativa para comprender el elemento dialéctico de las posturas postpositivistas, la «novela encadena» (*chain novel*) que nos propone Dworkin, como representación de la «actividad interpretativa» que realizan los operadores jurídicos al

mundo sino de incidir en él, proporciona una identidad frente al resto de personas y es constitutiva de la pluralidad. Como las acciones tienen repercusiones para a los demás, es imperativo ser responsables (el precio de la libertad), lo que significa *pensar*, en el sentido de asumir las consecuencias de nuestras acciones.

7. En palabras de MA, «El Derecho no tiene solo una dimensión organizativa y autoritativa, sino también una finalista y valorativa, esta segunda, tiene que gozar de cierta prioridad frente a la primera, pues en otro caso se caería simplemente en el ritualismo, en conceder a los medios un papel preponderante frente a los fines» (Atienza, 2017, pág. 45).

momento de aplicar una norma jurídica de la que no son autores. En su libro *Law's Empire* compara el desarrollo del Derecho con la escritura de una novela colectiva, se trata de un proyecto común en el que un grupo de personas escribe una novela en serie; cada novelista de la cadena interpreta los capítulos que ha recibido para poder escribir uno nuevo, que luego agrega a lo que recibe el siguiente novelista y así sucesivamente. «Cada uno tiene la tarea de escribir su propio capítulo de forma tal que se construya la mejor novela posible» (Dworkin, 1986, pág. 229). Desde luego, en este ejercicio es necesario guardar fidelidad a los objetivos del texto original (de las normas y precedentes jurídicos), así como mantener la *coherencia* como principio rector en el desarrollo de las interpretaciones que modifiquen su sentido.

De esta manera, para que la dialéctica de *El Derecho como argumentación* se haga posible exige a los operadores jurídicos, especialmente a las y los jueces, mantener un equilibro (siempre inestable) entre dos elementos normativos del Derecho: reglas y principios. Ambos tipos de normas, son un rasgo identitario de las teorías postpositivistas las cuales sostienen que el Derecho no consiste únicamente en reglas, sino también en principios que manifiestan fines y valores que debe realizar. Articular ambos componentes remiten a un ejercicio de razonamiento práctico en dos niveles, en un primer nivel, se debe verificar si las reglas cumplen con su función instrumental de preservar los bienes jurídicos considerados valiosos en el ordenamiento jurídico, si no es así, entonces se desarrolla una *ponderación*[8] entre los principios involucrados para obtener una nueva regla coherente con el ordenamiento en su conjunto. Una vez que se cuenta con la regla adecuada, es posible pasar al siguiente nivel de razonamiento, el que consiste básicamente en aplicarla al caso mediante un silogismo subsuntivo[9].

Un esquema como el descrito básicamente introduce la razón práctica en el razonamiento jurídico, es decir, somete –en ciertos casos– a las reglas a una prueba de racionalidad para verificar si cumplen o no con los fines o los valores morales y políticos que debieran proteger. Desde luego, solo ciertas instancias deberían tener competencias para implicarlas, modificarlas o expulsarlas del ordenamiento jurídico (tribunales constitucionales, parlamentos), no obstante, su discusión, aplicación o seguimiento ordinario corresponde a otros actores vinculados al mundo jurídico. Así, instalados en

8. En opinión de MA «…el tema de la ponderación es uno de los que –parece– marcan la frontera entre una concepción positivista y una no positivista del Derecho» (Atienza, 2021, pág. 99). Sobre el tema resulta muy esclarecedor el debate de gran contraste, rico en conceptos y bastante animado entre Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado (Atienza, 2021).
9. Este tipo de razonamiento escalonado, en el que no se pueden aplicar directamente los principios, no es exclusivo del ámbito jurídico. Según explica Carlos Nino en el ámbito moral ha sido propuesto por el utilitarismo de reglas cuando, respondiendo a sus objetores, afirma que el principio de utilidad no debe aplicarse directamente a actos sino a reglas generales. También está presupuesto –escribe Nino–, por Rawls cuando sostiene que sus principios de justicia no se aplican a acciones o decisiones particulares sino a la estructura básica de la sociedad. De la misma forma en los juegos o deportes, ya que al practicarlos no se discuten los fundamentos («las reglas del juego» del primer nivel), sino los términos de su aplicación (segundo nivel). (Nino, 2000, págs. 66-67).

el postpositivismo la *polis jurídica* debe tomar precauciones ante dos extremos amenazantes para la práctica jurídica. Uno, el disolver en la moral o en la política el carácter autoritativo del derecho, específicamente al tomar decisiones con criterios o normas que no forman parte del Derecho, circunstancia válida en comprensiones iusnaturalistas o neoconstitucionalistas. El otro extremo, es un excesivo formalismo que no permita abrir la discusión y los procedimientos a las razones subyacentes a las reglas, es decir, a los fines y valores que le justifican su existencia en el orden jurídico.

En torno a si el razonamiento jurídico es independiente de la corrección moral, específicamente acerca de la tesis de la separación entre Derecho y moral como un rasgo distintivo de las doctrinas positivistas, la filosofía del derecho ha desplegado un amplio debate en los últimos años, no es este el lugar para referirse a él, sin embargo, sí para retomar la aguda defensa de MA del objetivismo en materia moral, como fundamento epistemológico del razonamiento jurídico. Frente las críticas provenientes de posturas escépticas o relativistas que abogan por una teoría descriptiva del Derecho al defender el no cognoscitivismo en materia moral, en sentido contrario, MA defiende que identificar el Derecho valido, interpretarlo, entre otras operaciones del razonamiento jurídico, en muchos casos requieren recurrir a juicios morales.

> …el Derecho no podría cumplir algunas de sus funciones características sin el recurso a la moral; y la existencia de un sistema jurídico es condición necesaria para que los individuos… puedan perseguir valores morales (como la autonomía). Este tipo de consideraciones son las que me han llevado a pensar que Derecho y Moral son –para emplear la terminología de Gustavo Bueno– «conceptos conjugados», lo que no quiere decir que, por cierto, que se trate de un mismo tipo de realidad o que el Derecho sea sencillamente un aspecto de la moralidad (Atienza y García Amado, 2021, pág. 236).

El objetivismo moral es un componente necesario para contar con *criterios de corrección* que permitan no solo estar en posibilidades de *pensar,* de criticar la práctica jurídica (especialmente la actividad de los órganos terminales de aplicación del Derecho), sino también para que «La dimensión autoritativa del Derecho no pueda anular (ni hacer menos) la otra dimensión: la valorativa» (Atienza, 2019b, pág. 318). Son cinco los argumentos que presenta MA en defensa del objetivismo moral (Atienza, 2017, pág. 193).

1) Frente a la crítica según la cual los juicios morales, al ser enunciados axiológicos, no pueden ser calificados de verdaderos o falsos y en consecuencia no es posible su tratamiento objetivo, MA responde que para ser objetivista no hace falta ser realista moral. Aunque ontológicamente no existan partículas morales, «morons» (para usar la feliz metáfora de Dworkin), aunque no exista un mundo moral como el mundo de las ideas de Platón, de cualquier forma, podemos apelar a la objetividad de los valores si el criterio de racionalidad es epistémico y se debe entender como correcto –incorrecto, no verdadero– falso como en las ciencias formales.

2) Ante la objeción de que solo es posible predicar objetividad de las normas emitidas por una autoridad o seguidas como pautas de moral social, pero no de los valores que son relativos y más bien reflejan preferencias subjetivas, MA defiende que ambas entidades son susceptibles de ser analizadas, de manera objetiva por cualquier persona que posea información completa y siga las reglas del discurso, e intersubjetivamente cuando quienes avalan los valores en cuestión es un grupo social con un contexto histórico y antropológico que dota de validez a su posición.
3) En torno a la critica que afirma la imposibilidad de la objetividad de los valores, ante el pluralismo de nuestras sociedades y por ello solo queda la tolerancia ante la diversidad de opiniones. MA muestra la confusión que supone renunciar a la objetividad sólo porque existen discrepancias; señala que en la ciencia también existen y no por ello se renuncia a contar con criterio de corrección objetivos. Los extremos inaceptables para las perspectivas postpositivistas, más bien serían el absolutismo y la indiferencia moral, el primero por su carácter incuestionable que frustra cualquier tipo de deliberación y el segundo por su renuncia a justificar o fundamentar nada. Un objetivismo mínimo en materia moral (que establezca, por ejemplo, un «coto vedado» de derechos según la propuesta de Ernesto Garzón,) es necesario para que la tolerancia justificada cumpla con su papel de estabilizar la diversidad de opiniones y pulsiones en sociedades plurales y estratificadas.
4) En cuanto a cuáles serían los criterios de fundamentación del objetivismo moral, son básicamente los que ofrece el discurso racional, la pretensión de corrección que aceptarían las personas razonables dispuestas a ajustar sus preferencias y perspectivas del mundo a partir de la fuerza del mejor argumento. Se trata de una racionalidad que permite una objetividad epistemológica, intersubjetiva, que no tiene un carácter ontológico. Las teorías promotoras del constructivismo ético ofrecen un amplío menú de herramientas instrumentales y conceptuales para facilitar la deliberación y los consensos. Además, nociones como el imperativo categórico kantiano o ideas como la dignidad, nos llevan a considerar «que cada persona es un fin en sí misma, lo que presupone que seamos capaces de adoptar una actitud impersonal …» (Atienza, 2017, pág. 214).
5) Finalmente, el objetivismo moral cumple una función necesaria para el Derecho, internamente para dotar de criterios de corrección a aquellos que desarrollan investigación, dogmática jurídica, así como a los operadores jurídicos cuando necesitan interpretar o motivar casos judiciales. Externamente, ante la necesidad de fundar objetivamente la creación del Derecho en el ámbito legislativo, como señala MA, «La racionalidad ética es uno de los componentes de la racionalidad legislativa» (Atienza, 2017, pág. 214).

De esta manera, mantener vigente el equilibrio entre los mandatos de la autoridad expresados en reglas y su correspondencia adecuada con los principios del ordenamiento jurídico, requiere asumir el compromiso con ciertos valores éticos y políticos que defender, es decir, un objetivismo mínimo que dote de contenido y estabilidad a la práctica jurídica. Así, *El Derecho como argumentación* asume a los participantes de la práctica social (que se desarrolla en la *polis jurídica*), como agentes libres en cuanto a que cuentan con la «capacidad de pensar» de la que nos habla Arendt, es decir, pensar no en términos de generar conocimiento, sino en cuanto a definir cursos de acción y hacerse responsables de sus consecuencias. En un sentido muy similar lo expresa MacCormic: «La idea de razón práctica humana no puede tener sentido a menos que postulemos una capacidad humana de autodominio o autogobierno al enfrentarse a dilemas y decisiones y al elaborar planes sobre qué hacer» (MacCormick, 2021, pág. 16).

Un planteamiento que complementa la defensa del objetivismo moral que hace MA –como un elemento constitutivo de *El Derecho como argumentación*–, es el de Hannah Arendt al analizar la «facultad de juzgar» que retoma de *La crítica del juicio* de Kant, en donde llama la atención sobre esa capacidad de la mente humana para explicar un tipo de «racionalidad especial» (en su opinión descubierta por Kant) que está influida por la racionalidad teórica (especialmente por el razonamiento lógico formal en sus versiones inductivo y deductivo), como también por la racionalidad práctica (propia del ámbito de la acción donde interviene la voluntad de los agentes), pero que, sin embargo, mantiene rasgos autónomos de ambas y por ello distintivos. «La diferencia decisiva entre *Crítica de la razón práctica* y la *Crítica del juicio* estriba en que las normas morales de la primera de ellas son válidas para todos los seres inteligibles, mientras que las reglas de la última… se ocupa de particulares, que, como tales, en consideración a lo universal, encierran algo contingente» (Arendt, 2003, pág 33).

La actividad de juzgar (en el sentido de Arendt), se despliega cuando se requiere de *saberes* que no provienen exclusivamente del uso teórico de la razón, ni tampoco de su uso práctico; sino que pertenecen a un espacio intermedio. Se trata de una racionalidad intersubjetiva, que traza una específica relación entre particular y universal, que supone el intercambio de juicios propios los cuales, sin ser incontestables, llevan una pretensión de validez universal. Esos *saberes* no operan motivados exclusivamente por la *verdad* o manteniendo la seguridad de partir de una premisa *universal* (moral); funcionan mediante el *sentido común* que vincula el uso teórico y práctico de la razón. Kant lo explica de la siguiente manera:

> Por muy completa que sea la teoría, salta a la vista que entre teoría y la práctica se requiere aún un término medio como enlace para el tránsito de la una hacia la otra, pues al concepto de entendimiento, concepto que contiene una regla, se tiene que añadir un acto de la facultad de juzgar por medio del cual el práctico distingue si algo cae bajo la regla o no. Y como, por otra parte, para la facultad de juzgar no siempre se pueden dar reglas conforme a las cuales tenga que regirse en la subsunción (porque se daría un *regressus in infinitum*), puede haber teóricos que nunca en su vida serán capaces de convertirse en prácticos, porque

> carecen de la facultad de juzgar; tal es el caso, por ejemplo, de médicos o juristas que han hecho bien sus estudios pero no saben cómo han de conducirse a la hora de dar un consejo. (Kant, 2006, pág. 3).

Es decir, se trata de juicios presentados por individuos particulares en el convencimiento de que deberían –ante al peso de sus méritos– ser compartidos por todos. En este contexto, «no se puede obligar a nadie a estar de acuerdo con los propios juicios […], sólo se puede 'solicitar' o 'cortejar' el acuerdo de los otros» (Arendt, 2003, pág. 133), recurriendo al sentido común (*sensus comunnis*)[10] en calidad de miembro de una comunidad, como parte de un sentir común, motivo por el cual: «Se solicita la aprobación de todos los demás, porque se tiene para ello un fundamento que es común a todos» (Arendt, 2003, pág. 134).

El Derecho como argumentación opera en este espacio de racionalidad intersubjetiva, en donde los participantes están constreñidos por las pautas que marcan los materiales jurídicos válidos y los precedentes establecidos, pero al mismo tiempo, frente a un caso particular, corresponde adaptar de la mejor manera posible (incluso con estándares de moralidad política) dichas pautas prestablecidas. Se trata de mantener dialécticamente un equilibrio, de adaptar la regulación establecida a las propiedades *particulares* del caso en cuestión par así mantener la vigencia y consolidación de los valores que subyacen al ordenamiento jurídico en cuestión. Por eso se trata de Derecho vivo, su identidad se define por la *acción* de sus participantes, es una práctica social.

EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN… DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

En el prólogo de *Fundamentos de derecho constitucional,* Carlos Nino narra una anécdota de cuando participó en 1986 en la discusión sobre la reforma constitucional argentina. En ese entonces fungía como coordinador del Consejo para la Consolidación de la Democracia. En el ejercicio de ese encargo tuvo discusiones con juristas, filósofos y politólogos y, en su opinión el enfoque de cada uno de ellos ignora a los otros, «y producen así una visión parcial, y a veces distorsionada, del fenómeno constitucional» (Nino, 2000, pág. VII).

10. Para Arendt, el *sentido común* es una clase de preentendimiento compartido por los miembros de una comunidad que los une en una forma de vida particular. Gracias al sentido común, los individuos pueden comunicarse y comprenderse entre sí; lo cual es la base potencial de validez de los futuros acuerdos políticos y jurídicos necesarios para una convivencia pacífica. En su visión, el sentido común es en realidad un sentido de comunidad por cuanto está adscrito a una comunidad histórica concreta como consecuencia de su actuar compartido. Por ello, el sentido común no pertenece a los individuos en calidad de seres aislados, sino en tanto que son miembros de una comunidad cultural y política concreta (Arendt, 2003, pág. 133).

> Los juristas lo encaran desde lo que Hart denomina el punto de «vista interno», que parte de ciertas premisas normativas, fundadas aparentemente en el derecho positivo, para llegar a conclusiones justificatorias. Los politólogos adoptan «el punto de vista externo» que toma en cuenta la interacción causal entre el funcionamiento institucional y otros procesos sociales. Los filósofos políticos se ocupan de los valores que justifican la adopción de ciertos mecanismos de decisión y de sus limitaciones en función de ciertos derechos, y cómo tales valores se reflejan o no en las instituciones vigentes (Nino, 2000, pág. VII).

La ausencia de interacción entre las disciplinas que menciona Nino no es el principal reto del que debe ocuparse *El Derecho como argumentación;* su enfoque centrado en la noción de problema, abre a la interdisciplina desde sus concepciones formal, material y pragmática, según las necesidades de argumentación que emergen en la práctica constitucional (Atienza, 2006, pág. 80). El reto, en los tiempos que corren, se encuentra en una cuestión política, en la aportación efectiva para la construcción de un Estado constitucional de Derecho[11], más importante aún, para su defensa ante un fenómeno cada vez más extendido: «…la tendencia de las poblaciones actuales a polarizarse en frentes antagónicos e irreconciliables que hace imposible la práctica de una política democrático-deliberativa bajo el paraguas de una constitución» (Aguiló, 2019, pág. 86).

En este sentido, las perspectivas postpositivistas pueden aportar no solo un mejor fundamento sino una mayor oportunidad para la democracia y la garantía de a los derechos humanos, especialmente frente a los cuatro males característicos de toda dominación política que analiza Josep Aguiló, lo cuales, en grados distintos, aquejan a países del mundo latino: arbitrariedad, autoritarismo, despotismo y exclusión social (Aguiló, 2019, pág. 87). En principio, el alcance de los acercamientos postpositivistas a los contextos jurídicos cotidianos es superior; *El Derecho como argumentación* no sustituye la realidad jurídica por otra meramente conceptual, por ejemplo, como lo hace el positivismo de raigambre analítica. Es la *experiencia* y no el análisis del lenguaje de los enunciados normativos el objeto de estudio del planteamiento de MA, se trata de una diferencia ontológica que llama a la *acción* de la comunidad jurídica y no exclusivamente a la articulación de un sistema de normas. A esto se refiere MA cuando caracteriza al Derecho como una práctica social.[12] Implica que el Derecho, en lugar de ser una realidad

11. Josep Aguiló presenta dos propiedades relevantes y definitorias de este modelo de organización política: «La primera es que los derechos cumplen esencialmente un papel de fundamentación dentro del sistema jurídico-político: fundamentan tanto la obligación política de los ciudadanos, esto es, el deber de obediencia (no en vano fundamentan la autoridad legítima), como los límites de dicho deber de obediencia (por cuanto fundamentan una idea de justicia que determina los contenidos necesarios e imposibles). La segunda es que la tradicional tensión entre autoridad y justicia se plantea de manera bien peculiar en el constitucionalismo de los derechos: pues tanto la autoridad legítima como la justicia encuentran su fundamento en los derechos de los gobernados». (Aguiló, 2019, pág. 86).
12. Los tres componentes de dicha práctica los describe MA de la siguiente manera: «1) una concepción dinámica del Derecho, lo que supone considerarlo no simplemente como un hecho social, sino –cabría decir– como un artefacto social (extremadamente complejo) inventado para cumplir ciertos propósitos; la distinción, dentro de esa realidad, de dos dimensiones, una organizativa o autoritativa y otra finalista o axiológica, y articuladas de tal forma que la segunda no puede reducirse a la primera, sino que,

que está ahí afuera, que solo hace falta describir y explicar, es una actividad en la que lo esencial son los fines y valores a perseguir, así como los instrumentos que han de usarse para ello. Tales fines y valores, así como la propia argumentación jurídica, están intrínsecamente conectadas con la práctica moral (Atienza, 2019, pág. 104).

Otra distinción de Hannah Arendt aporta un argumento poco considerado, pero que muestra con claridad la superioridad de los enfoques postpositivistas en favor de las instituciones del Estado constitucional, más importante aún, podría explicar el fondo de las objeciones al postpositivismo por parte de posturas positivistas. Se trata de la contraposición tajante que establece Arendt entre filosofía y política; en su opinión, ambas son experiencias radicalmente distintas. Se trata de la distinción clásica entre vida teórica centrada contemplación y que ocurre «con uno mismo» en soledad, en contraste con la política centrada en las relaciones humanas, que sucede en referencia con los otros, «juntos como iguales» en lo público. Aunque Arendt reconoce que pensar y actuar son acciones que no se pueden escindir, sí que son contradictorias, incluso hostiles. La filosofía solo puede darse al margen de la política es una experiencia intelectual, casi en silencio, que privilegia la observación y cuida no modificar el fenómeno observado para dar cuenta en toda su integridad, en su forma más pura. Por el contrario, la experiencia política es necesariamente ruidosa, transformadora, se preocupa por esquema de medios fines[13].

Poner la filosofía del derecho al servicio de la política, así sea para salvaguardar el Estado constitucional de Derecho, es algo que no cabe en el paradigma positivista estrictamente descriptivo, sería una anomalía metodológica para empezar. Así lo comenta Arendt: «…el conflicto entre la filosofía y la política, entre el filósofo y la *polis,* estalló no porque Sócrates hubiese deseado desempeñar un papel político, sino porque quiso convertir a la filosofía en algo relevante para la polis» (Arendt, 2018, p. 63).

De esta manera, el *giro argumentativo* en el Derecho tiene implicaciones más allá de las preferencias sobre la perspectiva de teoría a adoptar, se trata de cambios de calado, se podría decir de paradigma, en el sentido de que implica asumir un conjunto básico de creencias acerca del Derecho que guían la *acción* de acuerdo al rol de cada participante del fenómeno jurídico. Mientras que el positivismo jurídico asume una posición descriptiva del Derecho centrada en la autoridad, el pospositivismo postula una práctica performativa, en cuanto a que llama y confronta a los usuarios del Derecho a

más bien goza, de cierta preminencia; y 3) la necesaria vinculación entre práctica jurídica con valores morales objetivos o, si se quiere, con la idea de justicia». (Atienza, 2017, pág. 35).

13. Arendt atribuye a Platón la hostilidad de la filosofía hacia la política, comenta que en el comienzo de nuestra tradición de filosofía política «…se alza el desprecio de Platón hacia la política, su convicción de que los asuntos y acciones de los hombres (*ta ton anthropon prágmata*) no son merecedores de una gran seriedad y de que la única razón por la que el filósofo necesita preocuparse de ellos es el infortunado hecho de que la filosofía […] es materialmente imposible sin un arreglo medianamente razonable de todos los asuntos que conciernen a los hombres en la medida en que viven juntos». (Arendt, 2007, pág. 60).

defender y cuestionar razones mediante la argumentación. Dependiendo el rol de cada integrante, es el espacio para hacerse presente en esa práctica, no es lo mismo un juez, que un profesor o académico, tampoco un periodista que cubre la fuente judicial o un legislador. Pero todos, interactúan en el tema, la ley o el caso jurídico de que se trate con una actitud que asume un cierto objetivismo moral y un pragmatismo, pero como MA advierte, un pragmatismo bien entendido, que podríamos identificar más cercano al planteamiento de John Dewey y muy lejano del propuesto por Richar Rorty y otros autores posmodernos. Es decir, MA rechaza las versiones del pragmatismo que identifican lo justo con lo útil, más bien piensa que es posible reconocer lo justo mediante la práctica –argumentativa–, por vía de la experiencia.

A partir de lo dicho, MA presenta una definición de Derecho el cual identifica «… como el conjunto de las condiciones de vida de la sociedad que satisfacen los derechos fundamentales basados en la dignidad humana, aseguradas esas condiciones mediante la coacción externa por un poder ejercido de acuerdo con los requerimientos del Estado de Derecho» (Atienza 2017, pág. 46). A manera de síntesis comparativa, a continuación, se presenta un cuadro con las principales características distintivas de *El Derecho como argumentación,* más puntualmente del paradigma postpositivista frente al de la teoría crítica y el positivismo normativista. Desde luego, estas dos últimas perspectivas no se analizan con amplitud ni suficiencia en este escrito, sin embargo, en trazos muy gruesos son de utilidad para ordenar gráficamente sus características principales frente al postpositivismo.

Comprensión del Derecho	**Positivismo normativista**	**Postpositivismo**	**Teoría crítica**
Ontología	Sistema de reglas e instituciones	Práctica social. Reglas y principios.	Relaciones de poder que se instrumentan mediante el Derecho
Axiología	Separación entre Derecho, moral y política	Derecho, moral y política son «conceptos conjugados»	Escepticismo moral. El Derecho es un instrumento de dominación del poder
Epistemología	Escepticismo moral y objetivismo en las relaciones lógicas de las reglas	Objetivismo moral y en las relaciones lógicas de las disposiciones normativas	Escepticismo moral. Crítica y evidencia de relaciones de dominación
Metodología	Razonamiento lógico, análisis lógico del lenguaje	Razonamiento lógico condicionado por la justificación moral	Operador jurídico transformador, como defensor y activista
Fines	Previsibilidad, certeza, seguridad jurídica	Transformación social, promotora de la dignidad de las personas, los DH y la democracia	Transformación social basada en la emancipación de relaciones de dominación

Fuente: Elaboración propia.

CONSIDERACIONES FINALES

La dimensión política de *El Derecho como argumentación* de MA se puede observar en tres aspectos interrelacionados: a) la noción de *pensar* el Derecho más allá de las autoridades normativas que lo crean y atender, en su lugar, a la práctica social que desarrollan sus usuarios y operadores. Así, la argumentación se transforma en un instrumento de acción colectiva, que se despliega en una esfera pública jurídica, como una forma de acción política tendiente a cumplir fines y valores; b) su carácter dialógico abierto a la deliberación moral y política, pero, sin abandonar su origen e identidad autoritativa; c) como propuesta teórica con capacidad de incidir en las prácticas jurídicas que construyen un modelo de Estado constitucional de Derecho. Visto así, se comprende mejor el por qué «…la capacidad argumentativa de los ciudadanos es una condición necesaria para poder calificar a una sociedad de democrática» (Atienza, 2017, p. 69).

Frente a los embates del populismo y las ideologías que día a día incrementan su influencia en la vida pública, las perspectivas postpositivistas del Derecho, ante la exigencia de justificación de las decisiones, son un instrumento de resistencia para salvaguardar la democracia y la protección de los derechos de las personas. Por ello, *El Derecho como argumentación* de MA, aún le resta incursionar y rehabilitar, en la medida de lo posible, la crisis civilizatoria que marca los tiempos que corren.

BIBLIOGRAFÍA

Aguiló Regla, J., (2019). «En defensa del Estado constitucional de Derecho», *Doxa,* núm. 42, 85-100.

Arendt, H., (2003). *Conferencias sobre la filosofía política de Kant,* Barcelona: Paidós.

Arendt, H., (2005). *La condición humana,* Barcelona: Paidós Surcos 15.

Arendt, H., (2007). *Karl Marx y la tradición del pensamiento político occidental,* Madrid: Ediciones Encuentro.

Arendt, H., (2018). *La promesa de la política,* Barcelona: Paidos.

Atienza, M., (2006). *El Derecho como argumentación,* Barcelona: Ariel.

Atienza, M., (2013a). *Curso de argumentación jurídica,* Madrid: Trotta.

Atienza, M., (2013b). *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho,* Madrid: Pasos Perdidos.

Atienza, M., (2019a). *Comentarios e incitaciones. Una defensa del postpositivismo jurídico,* Madrid: Trotta.

Atienza, M., (2019b). «Epílogo. Positivismo y derechos: un debate. ¿Una visión postpositivista de los Derechos? Comentario a propósito de un libro de Bruno Celano», en Celano, B. *Los derechos en el Estado constitucional,* Lima: Palestra.

Atienza, M., (2020). *Una apología del Derecho y otros ensayos,* Madrid: Trotta.

Atienza, M. y García Amado, J., A., (2021). *Debates iusfilosóficos. Sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral,* Lima: Palestra.

Kant, I., (2006). «En torno al tópico: tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica», en *Teoría y práctica,* (ed. original de 1793), Madrid: Tecnos.

Dworkin, R. (1986). *Law's empire,* Cambridge, London: Harvard University Press.

Laporta, F. (2015). «América Latina: problemas de vigencia y aplicación del Derecho», en Carles Cruz, Carolina Fernández y Jordi Ferrer (eds.) *Seguridad Jurídica y Democracia en América Latina,* Barcelona: Marcial Pons.

MacCormick, N., (2021). *La razón práctica en el Derecho y la moral.* Lima: Palestra.

Nino, C., (2000). *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional,* Buenos Aires: Astrea.

Vilhena Vieira, O. (2011). «Desigualdad estructural y estado de derecho» en Rodríguez Garavito, C. (coord.). *El Derecho en América latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI,* Buenos Aires: Siglo veintiuno editores.