

¿PARA QUÉ SIRVE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA?*

Alfonso García Figueroa

Profesor titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario: 1. La dignidad de la teoría. Una analogía. 2. Teoría de la argumentación jurídica: un concepto histórico, un producto jusfilosófico y una asignatura crítica. 3. La TAJ para juristas: ponga un químico en su cocina. 3.1. Las objeciones de los juristas desde el infierno de la práctica. 3.2 Las objeciones de los teóricos desde «el cielo de los conceptos». 4. El expansionismo antipositivista de la TAJ. 4.1. El asalto de la TAJ a la metodología jurídica. 4.2 El asalto de la TAJ a la teoría de la legislación. 4.3 El asalto de la TAJ a la teoría del Derecho: el Derecho como argumentación. 4.4. El constructivismo ético: la moral como argumentación, a modo de conclusión. Notas. Bibliografía

1. LA DIGNIDAD DE LA TEORÍA. UNA ANALOGÍA

La respuesta a nuestra pregunta del título podría ser en principio simple y quizá plenamente satisfactoria a los ojos de algunos: la teoría de la argumentación jurídica no sirve para nada. Y bien pensado, no habría de ser tan de lamentar cuando la falta de utilidad es un indicio inequívoco del valor intrínseco que atribuimos a aquello que más apreciamos. ¿Para qué sirven mi familia, mis amigos, mi prójimo y la humanidad en general? Como sabemos, Kant nos diría que son fines en sí mismos y que, por tanto, no podemos reducirlos a «meros medios» porque reconocer dignidad a los seres humanos significa atribuirles un valor en sí que es distinto y excede al de su utilidad.

Análogamente, atribuir a la teoría *dignidad* —digámoslo así— supondría considerarla valiosa de por sí y no porque nos sirva para algo distinto de lo que busca: el conocimiento. En relación con ciertos bienes dotados de un valor intrínseco, son otras las cosas que suelen ponerse a su servicio y que por esta utilidad se justifican.

Frente a esta concepción puramente «contemplativa» de la teoría, se ha objetado que no es más que un ardid de la razón indolente o perezosa para legitimar y mantener un estado de cosas inaceptable (*e. g.* de Sousa Santos, 2003: 43 ss.). Desde esta perspectiva crítica, lo único que justifica una teoría es su impacto social. Esta objeción es relevante y nos obliga a matizar la dignidad de la teoría y por ello conviene

* Agradezco a Luis Prieto y a Marina Gascón sus inteligentes observaciones a lo largo de mi participación en este debate, en el bien entendido de que los posibles errores solo son de mi responsabilidad. También, agradezco a los dos evaluadores anónimos del texto sus observaciones de carácter fundamentalmente formal.

recordar —por seguir con la analogía— que el imperativo categórico kantiano prohíbe reducir a las personas a «meros medios», sí, pero ello no excluye *del todo* su instrumentalización. La prueba es que podemos servirnos de otros seres humanos para conseguir ciertos objetivos sin afectar su dignidad y así lo hacemos a diario. Por ejemplo, yo puedo utilizar como medio a un camarero para conseguir un café, pero no puedo hacerlo de tal modo que esa persona quede reducida a una cosa. Más allá de su aspecto económico, quizá no renunciamos al uso de fórmulas de cortesía como «por favor» o «gracias», innecesarias a efectos comunicativos, porque nos recuerdan en un plano simbólico la dignidad de los otros seres humanos que nos prestan un servicio y que nada tienen que ver con otras entidades. En suma, lo que el respeto a la dignidad excluye no es que podamos «usar» a las personas, sino que podamos reducir las a *puros* instrumentos, olvidando el valor intrínseco que les aporta su dignidad —y, por cierto, esta concepción de la dignidad tampoco nos compromete necesariamente con una visión absoluta de la dignidad que la excluya totalmente del juego de la ponderación (*vid.*, e. g., Alexy, 2014)—.

Pues bien, creo que la analogía se sostiene hasta cierto punto aun en las ciencias sociales cuando hablamos de la dignidad de la teoría y de la relevancia de su utilidad. Y también creo que se mantiene cuando exploramos la dignidad y la utilidad de la teoría de la argumentación jurídica. Aquí trataré de sostener que la teoría de la argumentación jurídica (en adelante, la TAJ) goza de un valor intrínseco, de dignidad epistemológica, y, además, que puede ser útil en la formación de los juristas sin que ello empañe en absoluto esa dignidad. Con todo, hay algo que convendría no olvidar en este contexto. En puridad, la TAJ es *teoría* y no mera *técnica* de la argumentación y, aunque la teoría aspira a menudo a sentar las bases para su propia aplicación y a pesar de que —como he indicado—, algunos identifiquen el valor de la teoría con su impacto social, el valor de una teoría nunca se puede calibrar plenamente

por su incidencia sobre la práctica. Por tanto, la pregunta por la utilidad de la TAJ, puede a su vez replantearse de dos modos complementarios a través de sendas cuestiones: la primera sería hasta qué punto la TAJ incorpora una técnica de la argumentación. La segunda sería hasta qué punto la TAJ puede, en cuanto teoría, aspirar a influir sobre la práctica de los juristas, alterando las propias bases de la cultura jurídica dominante. A continuación voy a concentrarme en esta segunda cuestión sin necesidad de cuestionar por ello el marco jurídico-político de los Estados constitucionales actuales. Creo que esta cuestión es más procedente y su resolución más prometedora al tiempo que preservamos la dignidad de la TAJ.

2. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: UN CONCEPTO HISTÓRICO, UN PRODUCTO JUSFILOSÓFICO Y UNA ASIGNATURA CRÍTICA

Cabría definir la TAJ como aquella parte de la filosofía del Derecho que se ocupa de describir, conceptualizar y guiar el discurso justificativo de los operadores jurídicos al tiempo que garantiza la legitimidad de la actividad jurisdiccional. Esta definición general establece cuatro funciones de la TAJ: empírica, conceptual, normativa y política. Su articulación requiere algunas precisiones.

En primer lugar, es obvio que la descripción de la argumentación jurídica no puede hacerse al margen de un esquema conceptual. Toda descripción presupone conceptos para la elaboración de modelos. Desde este punto de vista, los modelos descriptivos pueden ser elaborados en el marco de teorías más amplias como la teoría de los conflictos sociales, la teoría de la decisión o la teoría del control social (Wróblewski, 1992: 57). Sin embargo, la TAJ se singulariza respecto de esas teorías porque desarrolla un sistema de conceptos propio e

independiente. En consecuencia, los múltiples posibles modelos descriptivos de la argumentación jurídica quedan reducidos a un sistema de conceptos específico que se desarrolla en el marco de la tradición de la filosofía del Derecho.

Esta conclusión nos conduce a una segunda precisión, pues el concepto la TAJ presenta un carácter *histórico* en un sentido cercano al que hizo célebre entre nosotros Felipe González Vicén (1979). Es decir, la TAJ es una reflexión *situada* hasta tal punto que no resulta posible concebirla al margen de la coyuntura histórica en que florece. Como es sabido, a juicio de González Vicén son ejemplos de conceptos históricos los de *Estado*, *revolución* o *filosofía de la historia*. También lo era para él *filosofía del Derecho*. Por concentrarnos en un ejemplo, el siglo XVIII singularizó la revolución respecto a una mera *sedition* o una *rebellion*. Por ello, disponemos de un concepto de revolución a partir de cierto momento histórico y no antes, y lo mismo cabría decir del resto de conceptos históricos citados.

Análogamente, solo hay la TAJ a partir de una determinada coyuntura histórica y no antes ni fuera de ella, como lo demuestra que resulta difícil comprender el significado profundo de la TAJ con independencia del constitucionalismo contemporáneo del siglo XX que sirvió de marco a su nacimiento. Desde luego que existen contribuciones a TAJ *avant la lettre*; pero en un sentido estricto, la TAJ es producto de un modelo jurídico contemporáneo basado en un profundo cambio cultural, concretamente el tránsito desde una «cultura de la autoridad» hacia una «cultura de la justificación» (Barberis, 2012: 20). ¿Tiene sentido la TAJ fuera de esa cultura? ¿Fuera de un Estado constitucional? ¿Lo tiene en un Estado totalitario? ¿Bajo una teocracia? ¿En el medioevo? La respuesta es invariablemente negativa. El reconocimiento de este aspecto contextual no debe interpretarse como la resignada asunción de una carencia. Muy al contrario, una vez reconocidas las limitaciones de la teoría, cabe explorar cuál sea su alcance de manera

decidida sin temor a la recurrente objeción de etnocentrismo que suelen soportar este tipo de teorías. El mejor antídoto contra la objeción etnocéntrica es reconocer abiertamente su etnocentrismo. La aceptabilidad de la TAJ —como la aceptabilidad del Estado constitucional— depende hasta cierto punto de una *decisión* que no todos tienen que compartir. Una vez que la TAJ se interpreta en estos términos, la cuestión no es ya si la TAJ es aplicable universalmente o no —desde luego, no lo es en toda su extensión—, sino más bien si su éxito *sobreteoriza* con un efecto legitimador la parte de la realidad que conceptualiza —la aplicación del Derecho en los Estados constitucionales—. En otras palabras, la cuestión es si le prestamos a la TAJ una atención desmesurada que condenaría a otras teorías alternativas al agravio comparativo de una *subteorización* que arrastraría consigo a aquella parte de la realidad que la TAJ deja fuera de su foco (*cf.*, e. g., De Sousa Santos para las ciencias sociales en general). La *falta de atención* —por volver a otra analogía con las *mores*— es también una *actitud valorativa*, una *desatención*. Por eso, decía Jaime Balmes, «es bien notable que la urbanidad o su falta se apelliden también atención o desatención» (Balmes, 1963: 13). Prestar obsequiosamente demasiada atención a un modelo (*sobreteorizarlo*) o no hacerlo suficientemente con otro (*subteorizarlo*) presenta, junto a su obvia cara fáctica, otra valorativa de la que conviene ser consciente, si bien ello no tiene por qué ser un problema aquí, siempre que mantengamos la premisa de que, dentro de sus límites, la TAJ aspira a ser racional, pero no universal.

En tercer lugar, esta definición de la TAJ la vincula conceptualmente al Derecho. Esto es relativamente obvio porque la argumentación que interesa a la TAJ es la jurídica. Desde luego, existe una teoría de la argumentación general al margen del Derecho —*vid.*, para un elenco, Cantù y Testa (2006)—, pero la TAJ tiene como objeto el discurso jurídico y ha sido desarrollada —y esto ya no tendría por qué ser tan obvio— por filósofos del Derecho.

De hecho, en lo que sigue presupondré que el paradigma de la TAJ lo constituye la «teoría estándar» de la TAJ, por emplear la denominación de Manuel Atienza (1993: 132), que ha hecho fortuna entre nosotros a la hora de referir los modelos diseñados a finales de los ochenta por Neil MacCormick (1994) y Robert Alexy (1989). Para bien o para mal, el marco conceptual de los cultivadores de TAJ es, así pues, la jusfilosofía. Desde este punto de vista, interrogarse sobre la utilidad de la TAJ implica hacerlo sobre la utilidad de la jusfilosofía y sus métodos, y —por lo que luego veremos— este juicio tiende a extremarse y a hacerse más patente a causa de ciertas tendencias *imperialistas* de TAJ, que conducen a la asimilación de la teoría del Derecho y de buena parte de la filosofía del Derecho en su conjunto a una TAJ en sentido muy amplio.

Algunos interpretan este imperialismo de la TAJ como una tentación que debería evitarse (Barberis, 2014 *ad* Atienza 2013), pero la realidad es que la TAJ ha dado buenas razones para postularse como el corazón de la filosofía del Derecho de la actualidad. Aunque más adelante me referiré al asunto del imperialismo de la TAJ en un plano teórico, ahora tan solo desearía avanzar una cuestión de gran trascendencia práctica en la Universidad española porque en ese contexto el auge de la TAJ debería ser contemplado no tanto como una amenaza para la filosofía del Derecho, sino más bien como una esperanza si atendemos a la evolución que siguen nuestros planes de estudio de Derecho. No me parece ocioso recordar aquí que, en el reino de las ideas, la TAJ se postula como la legítima sucesora de la jusfilosofía precisamente cuando en la Universidad española la asignatura de filosofía del Derecho se halla en vías de extinción. Si el viejo plan de estudios de 1953 le concedía a la filosofía jurídica todo un curso completo, con Bolonia su docencia hubo reducirse a tres meses. Y si por un tiempo la asignatura mantuvo generalizadamente carácter «troncal» u obligatorio, ahora languidece con frecuencia en un rincón de la optatividad (como sucede, sin ir

más lejos, en la toledana Facultad de la Universidad de Castilla-La Mancha, donde yo trabajo) o directamente desaparece de los planes de estudio, como ha sucedido en la muy antigua Facultad de Derecho de Granada. Frente a este panorama desolador, la argumentación es reivindicada por todas partes como la herramienta básica del jurista, una herramienta que durante su formación debe aprender a manejar con destreza. Así pues, a efectos prácticos conviene considerar que el expansionismo de la TAJ bien podría salvar a la filosofía del Derecho de su definitiva extinción en la actual Universidad *alla bolognese*. Cosas de la vida, en fin: quizá deba la filosofía jurídica confiar su supervivencia a la misma disciplina que amenaza con engullirla.

En cuarto lugar, esta función redentora de la TAJ para la filosofía jurídica reviste especial importancia en la actual configuración de los planes de estudio, precisamente porque en estas circunstancias la TAJ se nos revela como uno de los últimos posibles reductos críticos en la formación del jurista. Aquí no está de más traer a colación el conocido diagnóstico *topográfico* —por llamarlo de alguna manera— emitido por Duncan Kennedy contra la configuración intrínsecamente conservadora de los planes de estudio de Derecho. A su juicio (Kennedy, 2012: 29 ss.), frente al *núcleo* de estudios jurídicos conformado fundamentalmente por el Derecho privado, las disciplinas críticas tienden sistemáticamente a ser arrumbadas en los planes hacia la *periferia*, una zona devaluada por una serie de connotaciones asociadas precisamente a esa condición *marginal*. Cualquier profesor de filosofía del Derecho, teoría política, historia del Derecho o Derecho eclesiástico conoce de cerca esa sensación que merece la pena recordar en las expresivas palabras de Kennedy al respecto:

«El núcleo es duro, la periferia es blanda. El núcleo es jurídico, la periferia es política. El núcleo es razón, la periferia es emoción. El núcleo está basado en la lógica limpia y antiemocional de la doctrina, mientras que los enfoques de la enseñanza clínica del Derecho, de los estudios interdisciplinarios, del proceso jurídico, de las

políticas y del Derecho público están basados en la pasión altruista. Lógica *versus* subjetividad. El núcleo es la realidad, es la manera como son las cosas. La periferia es el ideal, es la manera como nos gustaría que fueran las cosas. [...] El núcleo es nuestro ser real y la periferia es nuestro ser imaginario, nuestro ser ético imaginario. El núcleo es el derecho» (Kennedy, 2012: 30).

Sin embargo, más allá de su ubicación más o menos marginal en los planes de estudio, la TAJ ha sido considerada por muchos como una disciplina no ya poco crítica, sino más bien complaciente, precisamente por su confianza en la racionalidad dentro del marco del Estado constitucional. Bajo planteamientos como el de los *Critical Legal Studies* (CLS) —de los que Kennedy es, como sabemos, un connotado representante— o el Uso Alternativo del Derecho (UAD), impulsado en su día desde Italia, hay siempre en el Derecho una intrínseca injusticia que debe ser corregida *activamente* bien desde las aulas de Derecho (Barcellona, Hart y Mückenberger, 1977), bien desde los propios juzgados por sus titulares. Ahora bien, ¿cuán *activo* debe ser el juez? Creo que la respuesta correcta en este punto pasa por replantear la pregunta, ya que la cuestión no es *cuán* activo deba ser el juez, sino más bien *cómo* debe serlo. Y la cuestión no es cuantitativa, sino cualitativa, porque, por su propia naturaleza, el Estado constitucional fomenta necesariamente la *actividad* judicial al tiempo que rechaza el *activismo* judicial. En un contexto marcado por principios constitucionales de fuerte contenido moral que deben aplicarse en sociedades crecientemente pluralistas, es prioritario profundizar en criterios racionales que nos permitan en lo posible discriminar entre argumentos válidos y meras «distorsiones egocéntricas, que todos reconocemos, al menos en los demás» (Cohen, 1950: 250)¹.

Por tanto, el Estado constitucional requiere jueces *activos*, pero no *activistas*. La distinción *cualitativa* entre la actividad judicial y el activismo judicial (García Figueroa, 2009: 51) es esencial en el Estado constitucional y la

asegura la argumentación jurídica, cuyo soporte teórico debe ser una adecuada teoría de la argumentación jurídica, *i. e.*, racional. Desde este punto de vista, la TAJ podría ser definida también como la teoría que delimita la actividad judicial frente al activismo judicial y por eso cumple una función de naturaleza política nada desdeñable, que consiste en revestir la actividad jurisdiccional con «legitimidad argumentativa» (Alexy, 2003: 39) por oposición a la legitimidad democrática del legislativo. Se trata, en definitiva, de la función de garantía de TAJ en el sentido de que esta representa en última instancia uno de los pilares del Estado constitucional de Derecho. Por ello, la fuerte vinculación de la racionalidad de la TAJ al Estado constitucional comporta una reflexión ideológica mucho más amplia. Después de todo, la TAJ constituye un presupuesto lógico trascendental del Estado constitucional.

En otras culturas jurídicas —pensemos en la finesa (Garzón Valdés, 1997: 10)—, la TAJ ha representado algo así como un compromiso para resolver la tensión de la tradición marxista y crítica con la tradición analítica y racionalista, y hay quien resuelve el dilema ideológico con cierto pragmatismo; por ejemplo, Aleksander Pekzenik, quien reconoce que le parece que la confianza en la racionalidad del razonamiento jurídico «es profundamente conservadora», pero al mismo tiempo no puede «imaginar que generaciones y generaciones de personas [...] puedan haber sufrido algo así como un engaño colectivo» (Pekzenik, 2000: 7 y 12 ss.). Sin embargo, en el debate latinoamericano (lo que nos incluye a los latinos del sur de Europa) da la sensación de que esa tensión entre el «liberalismo analítico» (Alexy, 1995: 10) y las corrientes críticas no se resuelve de manera del todo pacífica. Que la aplicación de esa injusticia inherente al Derecho pretenda revestirse de racionalidad práctica como propone abiertamente la TAJ constituye para los críticos en general —CLS, UAD entre otros— no solo una falsa descripción de la aplicación del Derecho, sino sobre todo una inaceptable

legitimación de un orden radicalmente injusto. Desde este punto de vista, la estrecha vinculación de la TAJ al Estado constitucional arriba indicada explica la su susceptibilidad a esta objeción, reproche que, sin embargo, puede ser salvado acudiendo *selectivamente* al modelo de juez; activo, pero no precisamente *activista*; crítico, pero también racionalista, de Luigi Ferrajoli. Después de todo, su teoría se ha distinguido por armonizar y no oponer los dos términos que los críticos del estilo de CLS y UAD parecen considerar irreconciliables: razón y crítica. Creo firmemente que la teoría de Ferrajoli, quizá incompatible con la TAJ en sus detalles, es fundamental para la TAJ en los principios. Por ello —insisto— la invocación de sus argumentos debe ser selectiva.

Comencemos con lo que hay de incompatible con la TAJ en el garantismo de Ferrajoli. El racionalismo de Ferrajoli, su «spinozismo jurídico» (Vitale, 2001: 68), es todo o nada: O la lógica de los sistemas axiomáticos o la irracionalidad. Significativamente, Ferrajoli defiende enérgicamente la subsunción como método de aplicación del Derecho, pero rechaza mecanismos más flexibles como la ponderación. En este punto, el positivismo jurídico de Ferrajoli tiende al positivismo lógico (*vid.* Ferrajoli, 2012). Sin embargo, el mismo *spinozismo* jurídico de Ferrajoli, que le lleva a concebir el Derecho *more geometrico*, es incompatible con las tesis extincionistas del marxismo y con las tesis alternativistas ideológicamente próximas. Ferrajoli no solo no desea la muerte del Derecho, sino que a lo largo de su vasta obra ha teorizado su versión constitucionalizada, ha defendido su globalización y ha considerado los derechos fundamentales como un instrumento inmejorable para llevar hasta sus últimas consecuencias la función crítica que CLS y UAD entienden posible únicamente cuando nos situamos fuera del Derecho (*e. g.* Ferrajoli, 2003). La crítica, para Ferrajoli, dejó hace tiempo de ser una patología del Derecho para convertirse en parte de su fisiología en el Esta-

do constitucional (Ferrajoli, 2001: 853; *vid.*, sobre su evolución, Souza, 1998). Nada más transformador, pues, que el respeto escrupuloso, *lógico*, de los derechos fundamentales. ¿Es necesario defender la teoría de la subsunción y rechazar por tanto las presuntas *concesiones* de la TAJ a la irracionalidad para defender cabalmente los derechos fundamentales?

Aparentemente, Ferrajoli lo cree así, pero no parece que tenga que ser así necesariamente. La argumentación es parte esencial del Derecho, también de los derechos fundamentales. El sistema de derechos y libertades contempla márgenes para la argumentación y no parece realista negar que ello pueda y deba ser así. En cualquier caso, la aportación —quizá *malgré lui*— de la teoría de Ferrajoli a la TAJ consiste en el reconocimiento de que la racionalidad no es ajena al Derecho y que la crítica interna al Derecho es posible. Bajo este punto de vista, la TAJ nos debería ofrecer los instrumentos para formular una crítica interna al Derecho bajo el presupuesto de que únicamente podemos hacerlo bajo una racionalidad *limitada* no solo institucionalmente, sino también epistémicamente. Después de todo, la razón práctica no puede aspirar a ser una meta, porque su única meta consiste en mantenerse como una aspiración. A cambio de reconocer sus limitaciones, el cultivador de la TAJ, su estudioso y en especial el futuro jurista deben guardarse muy bien de incurrir en el *habitus principiorum*, el hábito de proclamar principios para no sentirse obligado por ellos (De Sousa Santos, 2005: 110) o de refugiarse con ánimo semejante en una razón indolente o perezosa que se limite a dictar con complacencia una teoría que eluda toda virtualidad práctica (De Sousa Santos, 2003). Una vez delimitado su alcance, la TAJ parece llamada a ser la materia que suceda a la filosofía jurídica no solo para salvar lo que de su espíritu crítico pueda quedar para aplicarlo al Estado constitucional, sino para reclamar que el tipo de reflexión que promueve deje de ser marginal, *periférica*.

3. LA TAJ PARA JURISTAS: PONGA UN QUÍMICO EN SU COCINA

La TAJ ha desarrollado así pues múltiples funciones: es descripción, sistematización, guía y garantía. Es decir, la TAJ pretende describir cómo justifican los operadores jurídicos sus decisiones —singularmente cómo justifican los jueces sus sentencias—; pretende sistematizar y racionalizar el razonamiento judicial —i. e., hacerlo conceptualmente inteligible—; pretende ser una guía que oriente a los jueces ante los casos difíciles y pretende garantizar un soporte teórico e ideológico a la legitimidad argumentativa de los jueces en el Estado constitucional.

Pues bien, los filósofos del Derecho están habituados a situar su discurso en un área fronteriza y por esa razón —advertía Bobbio (1964: 148)— la filosofía del Derecho es una materia que «los filósofos no conocen por falta de amor y los juristas no aman por falta de conocimiento». Si nos limitamos al ámbito de los juristas —que comprende a los filósofos del Derecho, a los «juristas filósofos» y no tanto a los «filósofos juristas», por seguir con otro célebre quiasmo de Bobbio (1990)—, la TAJ debería aspirar legítimamente a satisfacer las expectativas de dos auditorios fundamentales: el de los propios filósofos del Derecho guiados por un espíritu fundamentalmente teórico y el del resto de juristas guiados por un espíritu fundamentalmente práctico. Por ello, parecería aconsejable demandar a los teóricos de la TAJ el desarrollo adecuado de un *discurso esotérico* para los propios filósofos del Derecho y otro *exotérico* para los juristas (cfr. Bueno, 1995: 10). Sin embargo, todo parece indicar que la TAJ no ha logrado satisfacer plenamente ni a los unos y ni a los otros, de tal modo que las dudas sobre la utilidad de la TAJ han surgido —por así decir— tanto desde arriba como desde abajo; tanto desde la abstracción de la teoría y aun de la filosofía como desde la práctica del abogado (García Figueroa, 2014a: 97 ss.), por la que comenzaremos a continuación.

3.1. LAS OBJECIONES DE LOS JURISTAS DESDE EL INFIERNO DE LA PRÁCTICA

Por abajo, es natural que los juristas prácticos se pregunten por la utilidad de la TAJ en la práctica; allí donde —según las dramáticas palabras de Learned Hand— «un pleito debe ser temido más que cualquier cosa, salvo la enfermedad y la muerte» (Frank, 2001: 49). Al fin y al cabo, el conocimiento de la TAJ por parte de los juristas nunca ha sido condición necesaria ni suficiente para el ejercicio de su profesión. La TAJ no parece absolutamente necesaria, porque los juristas han desarrollado su trabajo eficazmente durante siglos sin conocimientos específicos de la TAJ; y tampoco parece suficiente, porque la aplicación del Derecho requiere una formación dogmática específica que la TAJ no *debe* suplantarse, entre otras cosas porque no *puede* hacerlo.

Por abundar en una analogía que he empleado anteriormente (García Figueroa, 2005: 61, y 89 ss., 92; y 2014a: 91), la relación entre los cultivadores de TAJ y los juristas prácticos en general se asemeja a la que media entre químicos y cocineros. A pesar de que su actividad involucra indudablemente reacciones químicas, durante siglos los cocineros han cumplido su labor brillantemente sin necesidad de conocimientos —explícitos— de química. Por otro lado, un cocinero que sustituyera sus ollas por tubos de ensayo, y sus fogones por laboratorios, estaría sacrificando algo importante de su propio arte. Sin embargo, la historia reciente de la gastronomía ha demostrado también que los conocimientos de química pueden servirle, y mucho, al cocinero innovador. Si puedo decirlo así, los juristas prácticos se han beneficiado hasta hoy de los Brillat-Savarin y los Grimod de la Reynière de la dogmática, pero siguen todavía a la espera de su propio Ferran Adrià.

Y como sucede a menudo, quizá nos enfrentemos ante todo a un problema de falta de comunicación entre TAJ y los juristas prácticos, cuyas causas deberían buscarse en los tres

elementos que la hacen posible: el emisor, el receptor y el propio objeto del mensaje de TAJ. En efecto, la primera causa obra en el emisor y se trata de la deficiente comunicación de los filósofos del Derecho con el resto de juristas. A pesar de la seriedad de algunas contribuciones (*cf.*, e. g., en el ámbito penal, Lopera, 2006; y Sánchez Lázaro, 2009) los logros de TAJ no han calado generalizadamente en la práctica jurídica española porque, en palabras de Alejandro Nieto (2000: 198), «quienes se llaman filósofos del Derecho no escriben para juristas sino para otros filósofos y de ello hacen gala», y, desde luego, como se ha apuntado en el amplio contexto de las ciencias sociales en general, «nadie comprendería [...] que los panaderos cocieran pan solo para otros panaderos» (Monedero, 2005: 35).

La segunda causa obra en el receptor y es consecuencia de su formación, por cuanto perpetúa un modelo de jurista que recela frente al pensamiento crítico y abstracto y a menudo ello les ha llevado en nuestro país a naufragar entre un jusnaturalismo ramplón e inconsecuente que excluye la crítica y un realismo paralizante que sufre aversión a lo abstracto. El civilista Javier Dualde expresaba así lo que podría constituir un verdadero axioma de este realismo jurídico: «Una abstracción es lo opuesto a una concreción. Como lo concreto es lo real, lo abstracto es lo irreal» (Dualde, 1933 *apud* Recaséns, 1965: 638). En estas condiciones, quizá tenga razón Francisco Laporta (2011:178) cuando escribe con su personal tremendismo que, *bajo el modelo vigente de jurista*, «un juez principialista [no formalista] es, sin duda, un peligro público». Pues bien, más allá de que la actividad de *todos los jueces* —principialistas o no— está sometida al riesgo de errores graves para los individuos y para la comunidad; es decir, más allá de que todo juez sea un «peligro público» por razones conceptuales, lo que debería importarnos es más bien cómo garantizar que cumplan mejor su función en un Estado constitucional. Desde este punto de vista, que la actividad del juez sea grave y presente riesgos no significa que

debamos prescindir de los «jueces principialistas». Solo significa que debemos prescindir de jueces *mal formados para aplicar principios* y para aplicar en general el nuevo Derecho que nos hemos querido dar. Significa, en otras palabras, que el modelo vigente de jurista no es sostenible en nuestro Derecho vigente y necesitamos transformar profundamente la formación del jurista en lugar de reforzarlo en su formalismo y su legalismo. Los riesgos de una Constitución de principios no se reducen dando un paso atrás, sino que deben afrontarse dando un paso adelante. Precisamente, uno de los medios para adecuar la formación del jurista al entorno constitucional actual sería acrecer en su currículum la dimensión filosófica y atemperar la puramente técnica (Dworkin, 2007). Creo firmemente que los juristas actuales necesitan más teoría del Derecho, más filosofía moral, más filosofía política y, desde luego, más TAJ. Esta transformación de la formación comportaría dos consecuencias valiosas para lo que aquí importa. La primera —y principal— sería que los juristas estarían en mejores condiciones para aplicar el Derecho actual y la segunda, que le TAJ les sería mucho más accesible y útil.

La tercera causa de incomunicación radica en la propia naturaleza del mensaje de la TAJ, pues su objeto de estudio último, la concreta decisión judicial, es tan particular que frente a ello tan solo puede ofrecer orientaciones muy generales. Se trata de lo que podríamos denominar la paradoja del casuismo. En su exploración de los límites de la racionalidad jurídica, Neil MacCormick era dado a hacerlo subrayando aquello que de común había en las estructuras respectivas del pensamiento especulativo, el práctico y el jurídico (e. g. MacCormick, 1994: 101 ss.). Nada hay en ello que trate de cuestionar la ley de Hume —que un epígono tan distinguido de la Ilustración escocesa como el *postpositivista* MacCormick respetó escrupulosamente—. Más bien MacCormick destacó que en esos tres campos (teórico, práctico, jurídico), las razones disponibles —razones *para creer* en unos casos

y *para actuar* en otros— pueden entrar en conflicto y necesitamos «razones de segundo orden (*principios*) para discriminar entre las razones de primer orden» (MacCormick, 1990: 13; cursivas mías). Esto significa que, si lo que anda buscando el jurista práctico en la TAJ es alivio ante el momento agónico de la decisión, probablemente no lo hallará y puede que ello agrave su desasosiego. Lejos de relevarle de su responsabilidad, la TAJ siempre le reclamará al juez un esfuerzo argumentativo suplementario en la sabia administración de esos «principios» y, con ese fin, le animará a cultivar ciertas virtudes:

«Buen juicio, en el sentido de capacidad de aprender de la experiencia y de extrapolar a partir de ella; altura de miras, en el sentido de capacidad de adoptar una perspectiva amplia, y no a corto plazo, de las acciones y los resultados; justicia, en el sentido de determinación firme de asegurar un adecuado equilibrio de valores en relación con los diferentes casos que haya que enjuiciar; y humanidad y compasión en el sentido de capacidad para hacerse cargo y comprender las experiencias de otras personas [...] Al menos una virtud de la voluntad debe estar por lo general unida a aquéllas, es decir, la virtud del valor (el valor para defender las propias convicciones)» (MacCormick, 1990:17).

Desde luego, nada de lo dicho hasta ahora tiene por qué invalidar la TAJ, pero sí debe llevar a sus cultivadores a hacer explícito el alcance real —mediato e inmediato— de la disciplina.

3.2. LAS OBJECIONES DE LOS TEÓRICOS DESDE «EL CIELO DE LOS CONCEPTOS»

Por *arriba*, desde la perspectiva de los teóricos y de los filósofos del Derecho, probablemente el escollo más importante para reconocerle virtualidad práctica a la TAJ sea, a su vez, una metateoría: el escepticismo o el irracionalismo práctico. Ronald Dworkin se empeñó en difuminar los niveles de discurso y así sostener que toda metaética implica una ética y que, por tanto, el escepticismo (externo) es inviable

porque una metaética escéptica no es otra cosa que una ética permisiva o irresponsable. Este argumento es muy controvertido (*e. g.* Laporta, 2015: 31 ss. y Ruiz Miguel, 2015: 52 ss.), pero no es necesario comprometernos con él para comprender algo paradójico: que el primer paso necesario para garantizar la *utilidad* de la TAJ consiste en que no renunciemos *en la práctica* a su presupuesto *trascendental* más importante: la racionalidad práctica —por más que reconozcamos que se trata de una racionalidad *limitada*—. Y ello no tanto porque, en su ausencia, la TAJ perdería aplicabilidad, sino más bien porque perdería su objeto de estudio. En estas circunstancias, el interés de la TAJ en el mantenimiento del presupuesto de la racionalidad del Derecho le confiere el aire de una empresa ideológica, pero no lo es, o al menos no lo es exclusivamente. Si la TAJ fuera una empresa ideológica, no serviría para administrar la actividad judicial sin caer en el activismo. Simplemente estaría sustituyendo el activismo por otro —peor, si cabe, por encubierto—.

Así pues, la posibilidad de racionalidad práctica es el eje de toda la TAJ. Ella puede ser más o menos aplicable al tráfico jurídico ordinario y su terminología puede adaptarse más o menos a los usos de los juristas, pero si caracterizamos la práctica jurídica como una práctica esencialmente irracional, entonces desde luego que la TAJ no servirá para nada. Por ejemplo, Alejandro Nieto ha afirmado que la argumentación jurídica es una «variante publicitaria» (Nieto, 2000: 193), en el sentido de que se rige por la lógica de las ventas en los mercados de masas (*cf.* Atienza, 2013: 47). Con este juicio, Nieto parece asimilar la argumentación jurídica a un ejercicio de *marketing*, lo cual a su vez vendría a reducir la teoría de la argumentación a una posible mercadotecnia dirigida a los juristas².

Pues bien, si la argumentación fuera *solo* cuestión de *marketing* (Nieto *ibid.*), de auto-ridad (*e. g.* Segura, 2015), de ideología (Barcellona, Hart y Mückenberger, 1977), de capricho o corazonada realista (el *hunch* rea-

lista), entonces no tendría sentido *describir* sus regularidades, *sistematizarlas conceptualmente* ni tratar de *guiarlas* racionalmente, y tampoco podría garantizar la «legitimidad argumentativa» de los jueces. En otras palabras, ninguna de las funciones de la TAJ arriba señaladas tendría sentido. Sin embargo, aquí se va a sostener, contrastando las posiciones más críticas al respecto, que la TAJ tiene un significado práctico precisamente en la medida en que sea buena teoría, porque la práctica solo es *inteligible* cuando es racional y la inteligibilidad es un requisito de la aplicabilidad. El auge de la TAJ es consecuencia de la perentoria necesidad práctica de la racionalidad.

En efecto, quien no se tome en serio que *lex est aliquid rationis* —en mayor o menor medida, sí, pero *siempre en alguna medida*— no podrá aceptar la TAJ. La racionalidad práctica se erige así su condición de posibilidad. En su día, ya Summers (1983: 146) advertía siete obstáculos fundamentales a la aceptación de la TAJ, singularmente a la aceptación de que cabe una aproximación racional a la aplicación del Derecho; pues, en efecto, para un escéptico frente a la TAJ lo que vale no son las *razones* jurídicas, sino:

1. Los votos (mayoritarismo)
2. La libertad individual (libertarismo)
3. Cualquier cosa (relativismo)
4. Las pulsiones psíquicas (freudianismo)
5. El razonamiento lógico-deductivo exclusivamente (deductivismo)
6. La ideología (determinismo sociológico)
7. Los resultados de la ciencia (cientifismo)

Nadie dice que se trate de objeciones irrelevantes a la hora de enfrentarse al problema de la naturaleza del razonamiento jurídico. Con todo, la toma en consideración de estas objeciones no debería *excluir* la posibilidad de un análisis racional del razonamiento jurídico. Quizá sí debiera, a cambio, servir para *modu-*

lar la fuerza y el alcance del enfoque racional de la decisión jurídica. En efecto, cuando más arriba señalaba que la TAJ se compromete con la racionalidad «en alguna medida», pretendía subrayar que la racionalidad admite graduación de su fuerza (razón fuerte o *racionalidad lógica* frente a razón débil o *razonabilidad*), precisamente para poder afrontar objeciones como las recién enumeradas. A su vez, es posible modular el alcance de la exigencia de esa racionalidad *más o menos fuerte* según sea el *ámbito* al que se aplique (razón en la *creación* del Derecho frente a razón en su *aplicación*), si bien, como veremos, la TAJ tiende a difuminar la separación de ambos ámbitos.

A este respecto, dos estudios resultan particularmente esclarecedores incluso muchos años después de su publicación. Me refiero a los de Bobbio (1985) y Pattaro (1985), que representan una lúcida reflexión sobre la presencia de una razón, en sentido débil o en sentido fuerte, ya sea en el Derecho o bien en la aplicación del Derecho respectivamente (García Figueroa, 2005: 69 ss.). Por resumirlo brevemente, las reflexiones de Bobbio y Pattaro venían a sugerir que la *teoría estándar* de la TAJ había atribuido una racionalidad débil al momento de la creación del Derecho y una racionalidad fuerte al momento de la aplicación. Si lo pensamos bien, se trataba de una conclusión acorde con el clima espiritual de la época, pero que quizá requiera revisión. Cuando Bobbio y Pattaro publican esos trabajos, el positivismo jurídico todavía resistía con energía en el continente y las teorías de la argumentación entraban en escena con fuerza. Por así decirlo, era natural que el Derecho tuviera *poca razón* y su aplicación aspirara a tener *mucha*; pero ese diagnóstico iba a ser superado en las décadas siguientes gracias a una evolución teórica ciertamente compleja que integraba un cierto cambio en la consciencia y la autocomprensión del jurista en su labor dentro de los modernos Estados constitucionales. Este cambio estaba sentando las bases del *imperialismo* de la TAJ, a cuyos detalles me referiré más adelante, y en este contexto conviene estudiarlo.

En cualquier caso, en el modelo de la TAJ ni la razón de la argumentación era tan fuerte ni la razón del Derecho tan débil. La racionalidad en sede de argumentación busca un compromiso, un virtuoso punto medio. La razón del Derecho se refuerza en la medida en que la TAJ se irá haciendo con los dominios de la teoría del Derecho para alumbrar un modelo claramente antipositivista del Derecho.

4. EL EXPANSIONISMO ANTIPOSITIVISTA DE LA TAJ

Como he avanzado, la vocación imperialista de la TAJ la ha llevado a expandirse más y más hasta postularse como la justa heredera de la filosofía del Derecho en su conjunto bajo la divisa del «Derecho como argumentación», pero este expansionismo en la filosofía jurídica se ha consumado a través de tres asaltos, por seguir con la imagen algo belicosa del imperialismo argumentativo: el asalto a la metodología jurídica, a la ciencia de la legislación y a la teoría del Derecho. A ello habría que añadir el asalto que la perspectiva argumentativa dirigió a la razón práctica kantiana, volviéndola discursiva. Este último asalto no es obra de TAJ, sino de las huestes de dos grandes de la filosofía moral, John Rawls por el flanco anglófono y Jürgen Habermas por el continental europeo. Con todo, este asalto también es relevante aquí porque ha contribuido al imperialismo de la TAJ en el ámbito jurídico y ha permitido articular coherentemente las tres teorías del Derecho que constituyen la base del neoconstitucionalismo actual: Alexy, Dworkin y Nino (*vid.* para una caracterización general del movimiento, Prieto, 2013: Cap. I).

4.1. EL ASALTO DE LA TAJ A LA METODOLOGÍA JURÍDICA

Ante todo, con su enérgico compromiso con la racionalidad jurídica, la TAJ se había convertido en la heredera natural de la *meto-*

dología jurídica (*vid.* Atienza, 1993: 49,132; y García Amado, 1986). Prueba de ello es que ambos sintagmas —«teoría de la argumentación jurídica» y «metodología jurídica»— se han empleado indistintamente y que la preferencia por una u otra denominación se ha llegado a considerar una pura «cuestión de moda» (Krawietz, 1998: 171). Desde este punto de vista, la TAJ se había convertido en una teoría general de la racionalidad jurídica que no se limitaba ni mucho menos al ámbito de la interpretación. Aspiraba a abarcar todo el fenómeno jurídico. Cuando la teoría de la argumentación jurídica afronta la *vexata quaestio* de la racionalidad del Derecho, se involucra en cuestiones epistemológicas (¿cómo conocemos el Derecho?), cuestiones lógicas (¿es posible la lógica del Derecho? y si es así, ¿hasta dónde?), cuestiones propiamente justéóricas (¿es el Derecho una expresión de racionalidad, como sugiere el jusnaturalismo, y no solo de fuerza y reconocimiento social, como sugiere el juspositivismo?), cuestiones metaéticas (¿qué racionalidad práctica presupone la aplicación del Derecho?), cuestiones de ética normativa (¿de acuerdo con qué criterios morales deben los jueces guiar su discreción?) y cuestiones de filosofía política (¿hasta qué punto está legitimado el juez en su papel contramayoritario dentro del Estado democrático?).

4.2. EL ASALTO DE LA TAJ A LA TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN

En los últimos años, diversos autores (*e. g.* Atienza, 1997; Galiana, 2008; Marcilla, 2005; Zapatero, 2009) han discutido en nuestro país si la TAJ podría extenderse al ámbito de la legislación y si, por tanto, procedería una teoría de la argumentación legislativa que permitiera reforzar el control de racionalidad de las leyes incluso en un plano ético (según una «concepción maximalista de la ciencia de la legislación»). La extensión de TAJ al momento de la legislación tiende a reforzar así la racionalidad del momento de creación del Derecho y, por cierto, a fijar una visión no positivista del De-

recho (García Figueroa, 2014b), como vamos a ver a continuación.

4.3. EL ASALTO DE LA TAJ A LA TEORÍA DEL DERECHO: EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN

La concepción del «Derecho como argumentación» promovió la consideración del Derecho como una práctica argumentativa. La argumentación había ganado importancia en buena medida gracias a la nueva autocomprensión que de su labor tienen los juristas, más y más conscientes de la relevancia de los principios constitucionales y de las exigencias de justicia que estos imponen al discurso jurídico. En efecto, seguramente el embate del no positivismo principialista (García Figueroa, 1998) ha provocado que hoy hayamos arribado a la concepción del «Derecho como argumentación». Dejábamos así de hablar del Derecho como un *sistema axiomático de normas* (Alchourrón y Bulygin, 1987) para contemplarlo pragmáticamente más bien como un conjunto de *actos de habla regulativos*, como un *sistema de procedimientos*, e incluso, más abiertamente, como un *sistema de argumentos*. Había que contemplar el Derecho «desde su lado activo», el de la argumentación, y no meramente «desde el lado pasivo», el del sistema jurídico, imprimiendo a la teoría del Derecho dos giros sucesivos: un *giro neorrealista*, que privilegia el momento de la aplicación a la hora de identificar el Derecho, y un *giro neojusnaturalista*, que vincula esa aplicación del Derecho al razonamiento moral (me remito a García Figueroa, 2000). Estas sucesivas vueltas de tuerca se aprecian con singular intensidad en lo que Lifante ha denominado el «giro interpretativo» de Ronald Dworkin (Lifante, 2015: 161). Con su pujanza, la TAJ estaba devorando a su propia teoría madre, la teoría del Derecho. La teoría del Derecho se estaba transformando en teoría de la adjudicación (en contra, Raz, 1983:211).

Y significativamente, la teoría de la argumentación iba haciéndose con la teoría del

Derecho a medida que el positivismo jurídico entraba en declive. Poco a poco vimos cómo el positivismo jurídico, incluso en su versiones más debilitadas (*soft*, inclusivas, incorporacionistas —Escudero (2004)—, fue retrocediendo ante el embate del «tsunami principialista» —según la apocalíptica expresión de Pedro Mercado (2015: 2653)— tanto en la cultura jurídica anglófona (Dworkin) como en la no anglófona (Alexy).

La argumentación jurídica, que en la teoría positivista era un ejercicio de discreción marginal e incluso irracional, se transformó así en el núcleo del Derecho y en expresión de la más alta razón, la razón práctica. En cierto modo, el positivismo jurídico tenía razones para indignarse por un descuido imperdonable. Era como si el Derecho natural, expulsado por los juspositivistas por la puerta del sistema jurídico, ahora hubiera vuelto a meterse en el concepto de Derecho por una ventana que ellos mismos dejaron entreabierta: la discreción judicial. Y por si fuera poco, volvió para quedarse y apoderarse de la casa. Así pues, bajo la concepción del Derecho como argumentación, la TAJ extendió la razón (fuerte) de la decisión judicial a la teoría del Derecho, de tal manera que la teoría del Derecho positivista quedaría así desplazada por la teoría de la argumentación antipositivista como paso previo a la consolidación del modelo neoconstitucionalista de Derecho.

Si lo pensamos por un momento, a finales de los años setenta nada permitía presagiar esta evolución. Para la filosofía del Derecho, la teoría de la argumentación jurídica comenzó siendo algo así como una disciplina accesorio con respecto a la teoría del Derecho. En el nuevo prólogo que Neil MacCormick escribe a *Legal Reasoning and Legal Theory*, el autor contempla su propio texto de 1978 como un volumen de compañía (*companion volume*) para *The Concept of Law* de H.L.A. Hart (MacCormick, 1994: xiv). En cierto sentido, la teoría de la argumentación jurídica se mostraba relativamente contenida en sus aspiraciones y subordinada en sus funciones frente a la teoría

del Derecho positivista. Después de todo, la argumentación comenzaba allí donde terminaba el sistema jurídico identificado a la manera positivista. Ciertamente, la argumentación era una actividad que el juspositivismo no solo aceptaba, sino que también presuponía con la tesis de la discreción judicial, que reconocía discreción al juez en los casos difíciles. Guiar esa discreción con racionalidad era, en efecto, el objetivo más inmediato de la teoría de la argumentación jurídica. Significativamente, un positivista tan representativo como Kelsen en principio no parecía confiar mucho en esa racionalidad —en ese escepticismo metaético, el positivismo *jurídico* se aproxima a uno de sus parientes, el positivismo *lógico*—, pero en cualquier caso la teoría del Derecho positivista podía mantenerse neutral frente al alcance de la racionalidad de esa guía para la discrecionalidad. Sin embargo, una vez admitida la discrecionalidad y que su ejercicio correspondía al juez, la argumentación se presenta en la concepción positivista hartiana como una actividad *marginal, intersticial*. Su naturaleza marginal no era solamente *cuantitativa* —la discreción opera *excepcionalmente* en el marco positivista— sino también *cualitativa* —la discreción judicial es una patología del sistema cuyo ejercicio siempre es sospechoso de irracionalidad por sus connotaciones morales. En suma, existía una especie de clara distribución de competencias y funciones entre la gran teoría del Derecho positivista clásica —que nos definía un ordenamiento jurídico imponente— y la teoría de la argumentación jurídica —que nos decía cómo argumentamos y cómo deberíamos hacerlo en los estrechos intersticios de una discrecionalidad reconocida a regañadientes por el positivismo jurídico y francamente negada por cierto formalismo jurídico, que en este punto se separaba de aquél—.

Sin embargo, como sabemos, otra obra de capital importancia irrumpió al tiempo que la de McCormick en el año 1978. Me refiero a *Theorie der juristischen Argumentation*, cuyo autor es Robert Alexy. A diferencia del trabajo de McCormick, la obra de Alexy era antipo-

sitivista *in nuce*. Ciertamente, hubo quien advirtió un cierto déficit de antipositivismo en los planteamientos de Alexy:

«Mientras la teoría del Derecho de Alexy incorpora una dimensión positivista en el sentido de un canon de materiales jurídicos autoritativos, su teoría de la argumentación jurídica es decididamente antipositivista en su insistencia en que el razonamiento práctico como tal desempeña un papel central para establecer el sentido más razonable de tales materiales, muestre o no tal razonamiento gozar del pedigrí de alguna disposición o regla de autoridad dada positivamente. Sin embargo, existe una cuestión real en cuanto a que la comprensión por parte de Alexy de su propio proyecto sea suficientemente antipositivista» (Richards, 1989: 303).

El tiempo confirmó, no obstante, que la disposición de la obra de Alexy era antipositivista y se manifestaba en múltiples aspectos. Ya en aquella obra, la tesis de que la argumentación jurídica es un caso especial de argumentación moral (*Sonderfallthese*) resultaba de por sí un verdadero giro copernicano. El juspositivismo podría llegar a aceptar que en el ejercicio marginal de la discreción judicial el juez ejerciera excepcionalmente un razonamiento moral. Pero la tesis del caso especial cambiaba la perspectiva radicalmente al sostener que argumentar jurídicamente es *ante todo* desarrollar una argumentación moral, pero sometida a límites. Esos límites son nada menos que la ley, el precedente y la dogmática. Que la ley (el sistema de fuentes clásico) no solo pierda su prioridad a la hora de guiar el razonamiento jurídico, sino que quede degradada a un simple «límite» —casi un molesto guijarro en el camino del razonamiento práctico general— es, si lo pensamos con detenimiento, una idea a primera vista contraintuitiva y, desde luego, revolucionaria. Curiosamente, Alexy (1989: 42) había criticado la tópica de Viehweg porque esta no se atenía a la jerarquía de fuentes e igualaba en valor todos los tópicos (*i. e.* todos los lugares comunes al alcance del aplicador). Pero al menos Viehweg pensaba que la Ley era el «tópico de partida» (*vid.* García Amado, 1987: 174). Pensaba que era, por así decir, un

tópico cualificado. Con su *Teoría de la argumentación jurídica*, Alexy da el verdadero golpe de timón para lanzarse al abordaje de la teoría del Derecho en su conjunto en obras posteriores como *El concepto y la validez del Derecho* (Alexy, 1994) entre otros trabajos. Desde este punto de vista la teoría de la argumentación jurídica, desarticuló en su conjunto la estructura de la filosofía del Derecho tradicional. En consecuencia, cuando actualmente nos preguntamos por la utilidad de la teoría de la argumentación resulta prácticamente inevitable replantearnos el papel de la filosofía y la teoría del Derecho actual en su conjunto.

4.4. EL ASALTO ARGUMENTATIVO A LA RAZÓN PRÁCTICA: LA MORAL COMO ARGUMENTACIÓN, A MODO DE CONCLUSIÓN

Mucho se ha hablado del «Derecho como argumentación» implícito en el neoconstitucionalismo actual, pero en nada quedaría si no concibiéramos asimismo la *moral como argumentación* (García Figueroa, 2014c: 328 ss.). El «Derecho como argumentación» transforma la teoría del Derecho en teoría de la adjudicación, y la *moral como argumentación* de autores como Rawls, Habermas, Nino o el propio Alexy transforma la filosofía moral kantiana en constructivismo ético, en discurso. Mediante la tesis del caso especial, *el Derecho como argumentación* aproxima el Derecho a la moral porque ya no es posible hablar de Derecho (*i. e. interpretarlo*) sin formular juicios morales. Mediante su naturaleza procedimental, formal, la *moral como argumentación* aproxima la moral al Derecho, porque solo siguiendo un procedimiento reglado —*juridificado*— cabe esperar llegar a soluciones correctas de acuerdo con el constructivismo kantiano (Rawls 1980) y no olvidemos que la filosofía kantiana ya era de por sí profundamente jurídicista (permítaseme una remisión a García Figueroa, 2003: 191 ss.).

La moral como argumentación del constructivismo kantiano, de la ética discursiva,

evita tanto el relativismo moral como el fundamentalismo moral en línea con la TAJ, que se empeña, tal y como hemos visto, en situar el discurso sobre los asuntos jurídicos en un punto medio que evite caer en dos falacias extremas: la «falacia irracionalista» y la «falacia hiperracionalista» (Wróblewski, 1992: 306). En la primera, de tintes relativistas, habría incurrido el realismo jurídico de Alf Ross, mientras que en la segunda, de tintes fundamentalistas, lo habría hecho la tesis de la única respuesta correcta de Ronald Dworkin (MacCormick, 1994: 265). Para la primera, en la aplicación del Derecho solo existen ideologías; para la segunda, solo cabe una racionalidad absoluta³. Si interpreto bien a Wróblewski, para él esta búsqueda del punto medio constituye a su vez una *ideología*, la «ideología de la decisión judicial legal y racional» (Wróblewski, 1992: 305 ss.). Sin embargo, que la racionalidad constituya una *opción ideológica* entre otras no deja de ser paradójico. Después de todo, la racionalidad parece intrínsecamente vinculada a una pretensión de necesidad y objetividad e invocamos la racionalidad precisamente para limitar a la ideología. Desde este punto de vista, lo que perentoriamente requiere la racionalidad práctica es cualificarse para poder ser evaluada. ¿Qué racionalidad práctica cabe entonces esperar de la TAJ? La respuesta es, en efecto, la ética discursiva, cuyo lema bien podría ser, precisamente, la «moral como argumentación».

Como es sabido, la racionalidad práctica que asume la TAJ se nos aparece como un método, como un procedimiento que aspira a una regulación objetiva de la intersubjetividad. Como bien señala Robert Alexy (1995: 102), «puede así afirmarse que el resultado del procedimiento discursivo no es ni meramente relativo ni meramente objetivo. Es relativo en la medida en que está condicionado por las particularidades de los participantes y es objetivo en la medida en que depende de reglas. De este modo la teoría del discurso evita tanto las debilidades de las teorías morales relativistas como las de las objetivistas». El tránsito del monólogo kantiano al diálogo haberma-

siano en la búsqueda de verdades morales y jurídicas se refleja incluso en los propios usos lingüísticos de los especialistas, entre quienes significativamente ha ido cayendo en desuso el sintagma «razonamiento jurídico» en beneficio de «argumentación jurídica» (García Amado, 1999: 137). Y ciertamente, podemos *razonar* íntimamente; pero *argumentar* es algo que hacemos siempre con alguien más, para alguien más. No basta con *discurrir* para elaborar un *discurso* y solo un discurso racional puede aspirar a ser verdaderamente *convinciente*. Pues bien, merced a esta convergencia de Derecho y moral en la *argumentación*, esta deviene el *locus* donde se sustancian los problemas prácticos en general (García Figueroa, 2009: 42 ss.), de ahí su idoneidad para erigirse en núcleo de una disciplina como la filosofía jurídica.

Y esta búsqueda del medio virtuoso de la TAJ por la vía del procedimentalismo no debería extrañarnos en el mundo pluralista en que vivimos. El Derecho que aplicamos también se mueve entre la razón y la violencia. Nada nuevo bajo el sol, después de todo: Precisamente, los griegos llamaban *oikumene* a ese territorio intermedio entre los dioses y las bestias donde nos ha tocado vivir y donde debemos aplicar nuestras teorías. No olvidemos que la superación del caos de los dioses preolímpicos no suponía abandonar totalmente los condiciona-

mientos de la irracionalidad humana ya en el Olimpo. Y sin embargo, creo que cualquiera de nosotros se sentiría menos intimidado en presencia de Zeus que ante un Cíclope o un Hecatonquiros. Análogamente, es mucho más sobrecogedor enfrentarse al caótico *pannomion* (Bentham, 2004: 8) sin más que al ordenamiento jurídico, por más que la racionalidad que se le prejuzga no sea absoluta, y es en la confianza de que debemos esforzarnos por apurar la racionalidad a la hora de aplicar ese Derecho en que la TAJ cuenta con su mayor apoyo.

La argumentación práctica es, en suma, el punto de conexión entre Derecho, moral y política, que impulsa el neoconstitucionalismo a partir de tres filósofos fundamentales que conforman su ADN: Alexy, Dworkin y Nino (García Figueroa, 2009: 201 ss.). Por eso, ha sido una cuestión esencial perfilar el tipo de racionalidad práctica que rige la argumentación práctica general y la jurídica en particular en los actuales Estados constitucionales, donde la TAJ, un concepto histórico inseparable de la jusfilosofía, surge con el fin de proporcionarnos una descripción, una sistematización, una guía y un fundamento legitimador de la jurisdicción en el Estado constitucional sobre la base de una concepción fuerte pero limitada de la razón práctica.

NOTAS

1. Cohen ilustra con desenfado estas distorsiones egocéntricas de una misma realidad con una conjugación de «verbos irregulares» que propuso Bertrand Russell en un programa radiofónico más o menos así: «Yo soy firme. Tú eres obstinado. Él es cabezota» o «Yo exhalo un misterioso y sutil aroma de Oriente. Tú exageras. Ella apesta».
2. Desde luego que hay teorías de la argumentación que contemplan la argumentación como una técnica retórica tendente a captar la adhesión de un auditorio (Perelman). Sin embargo, con ser importante, la función meramente persuasiva de la argumentación en Perelman, desde luego no excluye, sino que presupone también una argumentación basada en la racionalidad cuando aspira no solo a persuadir un auditorio particular, sino a convencer a un hipotético auditorio universal formado por todos los seres de razón.
3. Pero es precisamente este tipo de amigable componenda por parte de la TAJ, esta búsqueda de la *virtus in medio*, lo que parece incomodar a Ferrajoli casi temperamentalmente (a manera de ilustración me remito a Ferrajoli, 2011: 60, en réplica a García Figueroa, 2011: 130 ss.).

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos E. y Eugenio BULYGIN ([1971] 1987): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* Buenos Aires: Astrea.
- ALEXY, Robert ([1978] 1989): *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, Madrid: CEC.
- (1994): *El concepto y la validez del derecho*, trad. J.M. Seña, Barcelona: Gedisa.
- (1995): *Recht, Vernunft, Diskurs*, Fráncfort del Meno: Suhrkamp.
- (2003): «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», trad. A. García Figueroa, en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, Madrid, 31-47.
- (2014): «La dignidad y el juicio de proporcionalidad», trad. A. García Figueroa, en *Parlamento y Constitución*, 16, 9-27.
- Aristóteles (1980): *Argumentos sofisticos*, trad. F. De P. Samaranch, Madrid: Aguilar.
- (1999): Aristóteles, *Retórica*, edición bilingüe de Antonio Tovar, Madrid: CEPC.
- ATIENZA, Manuel (1991): *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid: CEC.
- (1997): *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid: Civitas.
- (2013) *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta.
- BALMES, Jaime (1963): *El criterio*, Barcelona: Mateu.
- BARBERIS, Mauro (2012): *Stato costituzionale*, Módena: Mucchi Editore.
- (2014): «¿Imperialismo de la argumentación? Comentarios al *Curso de argumentación jurídica* de Manuel Atienza», *Doxa* 37, 325-335.
- BARCELLONA, Pietro, Dieter HART y Ulrich MÜCKENBERGER (1977): *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, trad. [del italiano] de C. Lasarte, Madrid: Civitas.
- BENTHAM, Jeremy (2004): *Nomografía o el arte de redactar leyes*, trad. C. Pabón, Madrid: CEPC.
- BOBBIO, Norberto (1964): «L'insegnamento di Gioele Solari», en *id.*, *Italia civile. Ritratti e testimonianze*, Manduria-Bari-Perugia: Lacaita, 145-155.
- (1990): «Naturaleza y función de la filosofía del Derecho», en *id.*, *Contribución a la teoría del Derecho*, trad. C. Gardini, Gedisa, Barcelona.
- BUENO, Gustavo (1995): *¿Qué es la filosofía?*, Oviedo: Pentalfa.
- CALSAMIGLIA, Albert (1986): *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona: Ariel.
- CANTÚ, Paola y Italo TESTA (2006): *Teorie dell'argomentazione. Un'introduzione alle logiche del dialogo*, Milán: Mondadori.
- COHEN, Felix S. (1950): «Field Theory and Judicial Logic», *The Yale Law Journal*, 59, 238-272.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura (2003): *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Bilbao: Desclée de Brower.
- (ed.) (2005): B. de Sousa Santos, *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Madrid: Trotta.
- DUALDE, Joaquín (1933): *Una Revolución en la Lógica del Derecho (Concepto de la interpretación del Derecho Privado)*, Barcelona: Bosch.
- DWORKIN, Ronald (2007): «¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?», trad. L. García Jaramillo, *Estudios de Derecho*, LXIV (144), 14-36.
- ESCUADERO ALDAY, Rafael (2004): *Los Calificativos del Positivismo Jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid: Civitas.
- FERRAJOLI, Luigi (1991): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P.A. Ibáñez et al., Madrid: Trotta.
- (2003): «Pasado y futuro del Estado de Derecho», trad. Pilar Allegue, en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 13-29.
- (2011): «El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo», en *Doxa*, 34, 311-361.
- (2012):, *Un debate sobre el constitucionalismo*, Madrid: Marcial Pons.
- FRANK, Jerome (2001): *Derecho e incertidumbre* (1951), trad. Carlos Bidegain, México DF: Fontamara.
- GALIANA SAURA, Ángeles (2008): *La Ley: Entre la razón y la experimentación*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1986): «Del método jurídico a las teorías de la argumentación», *Anuario de Filosofía del Derecho*, III, 151-182.
- (1987): «Tópica, Derecho y método jurídico», *Doxa*, 4, 161-188.
- (1999): «Retórica, argumentación y derecho», *Isegoría*, 21, 131-147.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1964): «Prólogo» a Th. Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, trad. L. Díez-Picazo, Madrid: Taurus.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (1998): *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Robert Alexy y Ronald Dworkin*, Madrid: CEPC.

— (2000): «Haciendo justicia desde el lado activo del Derecho. Teoría de la argumentación y teoría del Derecho», en A. Squella (dir.), *Sobre el razonamiento jurídico*, monográfico de la *Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* (Universidad de Valparaíso, Chile), 193-218.

— (2003): A. García Figueroa, «Kant y Alexy: reglas, principios y unidad del discurso práctico. Una lectura actual de la filosofía jurídica kantiana», en A. Castro, F. Contreras, F. Llano, J. M. Panea (eds.), *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos del bicentenario de su muerte*, Sevilla: Innovación Lagares, 191-210.

— (2005): «Una primera aproximación a la teoría de la argumentación jurídica», en M. Gascón y A. García Figueroa *La argumentación en el Derecho*, Lima: Palestra, 49-99.

— (2009): *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid: Trotta.

— (2011): «Neoconstitucionalismo: Dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli», *Doxa*, 34, 121-137.

— (2014a): «La teoría de la argumentación. Funciones, fines y expectativas», en M. Gascón (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia: Tirant lo Blanch, 75-110.

— (2014b): «Legislación y neoconstitucionalismo», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49, 311-332. Existe una versión más amplia en E. Arana (ed.), *Algunos problemas actuales de técnica legislativa*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, 19-58.

— (2014c): «¿Qué justicia hacer? El constructivismo ético o la moral como argumentación», en M. Gascón Abellán, *Argumentación jurídica*, Valencia: Tirant lo Blanch, 317-341.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1997): «Introducción» a A. Aarnio *et al.* (comps.), *La normatividad del Derecho*, Barcelona: Gedisa, 9-13.

GASCÓN ABELLÁN, Marina (coord.) (2015): *Argumentación jurídica*, Valencia: Tirant lo Blanch.

GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso GARCÍA FIGUEROA (2005): *La argumentación en el Derecho*, Lima: Palestra.

GONZÁLEZ VICÉN, Felipe (1979): «La filosofía del Derecho como concepto histórico», *Estudios de Filosofía del Derecho*, La Laguna: Facultad de Derecho, 207-257.

HERMIDA, Cristina y José Antonio SANTOS (coords.) (2015): *Una filosofía del Derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Madrid: Congreso de los Diputados-Universidad Rey Juan Carlos.

KENNEDY, Duncan (2012): *La enseñanza del Derecho como forma de acción política*, trad. T. Arijón, Buenos Aires: Siglo XXI.

KRAWIETZ, Werner (1988): «Derecho y racionalidad en la moderna teoría del Derecho», trad. C. de Santiago, en E. Garzón Valdés (comp.), *Derecho y filosofía*, Barcelona-Caracas: Alfa, 153-173.

LAPORTA, Francisco (2011): «Sobre Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo», en *Doxa*, 34, 167-181 (ahora en L. Ferrajoli *et al.* (2012): *Un debate sobre el constitucionalismo*, Madrid: Marcial Pons).

— (2015): «El ensayo “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It” de 1996 y la teoría ética de Dworkin», en J. M. Saucá (ed.): *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo*, Madrid: CEPC, 21-38.

LEGAS LACAMBRA, Luis (1975): *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch.

LIFANTE, Isabel (2015): «El Derecho como práctica interpretativa», en J. M. Saucá (ed.): *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo*, Madrid: CEPC, 161-180.

LOPERA MESA, Gloria P. (2006): *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid: CEPC.

MACCORMICK, D. Neil (1990): «Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico», trad. M. Atienza y J. Ruiz Manero, en J. Betegón y J. R. de Páramo (eds.), *Derecho y moral*, Barcelona: Ariel, 9-22.

— (1994): D.N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978), Oxford: Oxford University Press, edición con prólogo revisado.

MARCILLA, Gema (2005): *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Madrid: CEPC.

MERCADO, Pedro (2015): «¿Qué puede hacer la economía por la teoría de la legislación? Razones económicas y calidad de la ley», en C. Hermida y J. A. Santos (coords.), *Una filosofía del Derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Madrid: Congreso de los Diputados-Universidad Rey Juan Carlos, 2649-2670.

MONEDERO, Juan Carlos (2005): «Conciencia de frontera: la teoría crítica posmoderna de Boaventura de Sousa Santos», en B. De Sousa Santos (ed.), *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Madrid: Trotta, 15-93.

NIETO, Alejandro (2000): *El arbitrio judicial*, Barcelona: Ariel.

PECZENIK, Alekander (2000): *Derecho y razón*, trad. E. Garzón Valdés, México DF: Fontamara.

- PRIETO, Luis (2013): *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid: Trotta.
- RAWLS, John ([1980] 1999): «Kantian Constructivism in Moral Theory», en S. Freeman (ed.), *Collected Papers: John Rawls*, Cambridge Massachusetts: Harvard University Press, 303-358.
- RAZ, Joseph (1983): «The Problem about the Nature of Law», *University of Western Ontario Law Review*, 21 (2), 203-218.
- RECASÉNS SICHES, Luis ([1959] 1965): *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México DF: Porrúa.
- RICHARDS, David A. (1989): «Robert Alexy, A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification», *Ratio Juris*, 2 (3), 304-323.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (1988): *Aplicación del Derecho y lógica de la argumentación jurídica*, Madrid: Civitas.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (2002): *Una filosofía del derecho en modelos históricos*, Madrid: Trotta.
- (2015): A. Ruiz Miguel, «Dworkin y el limbo de la Metaética», en J. M. Sauca (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo*, Madrid: CEPC, 39-71.
- SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando G. (2009): *Una teoría de la argumentación jurídico-penal. Un segundo desarrollo de la mano de algunos problemas de miedo insuperable*, Granada: Comares.
- SAUCA, José María (ed.) (2015):, *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo*, Madrid: CEPC.
- SEGURA, Manuel 2011: M. Segura, «Argumentación, justificación y principio de autoridad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXVII, 233-246.
- SHKLAR, Judith (1968): *Legalismo*, trad. Isabel Giménez Bustamante, Buenos Aires: Omeba.
- SOUZA, M. Lourdes (1998): «Del uso alternativo del Derecho al garantismo: una evolución paradójica», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XV, 233-256.
- SUMMERS Robert S. (1983): «Comments on «The Foundation of Legal Reasoning», en W. Krawietz y R. Alexy (eds.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, Berlín: Duncker & Humblot, 145-157.
- VITALE, Ermanno (2001): «¿Teoría general del Derecho o fundación de una república óptima?», en L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Debate con Luca Bacelli *et al.*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid: Trotta, 63-74.
- VON WRIGHT, Georg Henrik (1979): *Explicación y comprensión*, trad. de Luis Vega Reñón, Madrid: Alianza.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy (1992): *The Judicial Application of Law*, Z. Bankowski y N. MacCormick (eds.), Dordrecht, Kluwer,
- ZAPATERO, Virgilio (2009): *El Arte de Legislar*, Cizur Menor: Aranzadi.

Fecha recepción: 11 de junio de 2016

Fecha aceptación: 10 de noviembre de 2016