

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

# EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN

Manuel ATIENZA

## I. INTRODUCCIÓN

### LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y SU AUGE ACTUAL

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

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

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

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

jetos y que debe desarrollarse conforme a ciertas reglas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## II. FACTORES QUE EXPLICAN EL FENÓMENO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### IV. EL FORMALISMO JURÍDICO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## V. EL POSITIVISMO NORMATIVISTA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## VI. EL REALISMO JURÍDICO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## VII. EL IUSNATURALISMO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Legaz, para el cual el sentido “yusnaturalista” de la obra de Radbruch resultaba “bastante atenuado”.<sup>7</sup>

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### VIII. EL ESCÉPTICISMO JURÍDICO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## IX. LO QUE QUEDA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. La importancia otorgada a los principios como ingrediente necesario —además de las reglas— para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico.
2. La tendencia a considerar las normas —reglas y principios— no tanto desde la perspectiva de su estructura lógica, cuanto a partir del papel que juegan en el razonamiento práctico.
3. La idea de que el derecho es una realidad dinámica y que consiste no tanto —o no tan sólo— en una serie de normas o de enunciados de diverso tipo, cuanto —o también— en una práctica social compleja que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etcétera.
4. Ligado a lo anterior, la importancia que se concede a la interpretación que es vista, más que como resultado, como un proceso racional y conformador del derecho.
5. El debilitamiento de la distinción entre lenguaje descriptivo y prescriptivo y, conectado con ello, la reivindicación del carácter práctico de la teoría y de la ciencia del derecho que no pueden reducirse ya a discursos meramente descriptivos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

## X. SOBRE EL PRAGMATISMO JURÍDICO

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

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

1. La necesidad de considerar el derecho y los problemas jurídicos en relación con el contexto.
2. El tener en cuenta (si se quiere, una consecuencia de lo anterior) que las teorías, o las doctrinas, se elaboran con un propósito y van dirigidas a un determinado auditorio.
3. El rechazo de una concepción demasiado abstracta del derecho; no significa que se esté en contra de los conceptos o de las teorías, sino que unos y otras deben estar elaborados en el nivel de abstracción adecuado.
4. Una visión instrumental y finalista del derecho; el derecho es un instrumento para resolver (o prevenir, o tratar) conflictos, un medio para la obtención de fines sociales; lo que no tiene por qué

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

excluir que exista algo así como "fines internos" del derecho.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## XI. DERECHO, CONFLICTO Y ARGUMENTACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

## XII. BIBLIOGRAFÍA

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

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

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

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

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

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