

¿NECESITA EL “MUNDO LATINO” UNA CONCEPCIÓN ARGUMENTATIVA DEL DERECHO?

*Pedro da Silva Moreira**

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. UNA “CONCEPCIÓN ARGUMENTATIVA” PARA EL DERECHO DEL MUNDO LATINO: LA PROPUESTA DE MANUEL ATIENZA. 1.1. La objetividad moral y la centralidad de los derechos fundamentales. 1.2. La emancipación social y las implicaciones de una “filosofía de los derechos”. 2. ¿QUÉ FILOSOFÍA DEL DERECHO PARA *MI* MUNDO LATINO? 2.1. El mundo latino de la “cordialidad”: la dificultad de la democracia en Brasil. 2.2. ¿Necesitamos una filosofía del derecho menos “formalista” y más argumentativa? CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Tras leer el artículo de Manuel ATIENZA – “*Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca*”² – creo que deberíamos considerarlo en primer lugar una invitación. Y creo, desde luego, que hay razones sustanciales para aceptarla. Con independencia del problema filosófico de fondo, en relación con la posibilidad misma de una filosofía del derecho de carácter regional, quizás merezca la pena tomar en serio la siguiente pregunta: *¿qué tipo de filosofía del derecho debería orientar nuestras prácticas?* Y eso, por consiguiente, significa pensar en cómo tornar la filosofía del derecho una herramienta adecuada para hacer frente a los problemas que se suelen identificar en la realidad de este nuestro “mundo latino”.

La razón para aceptar la invitación de ATIENZA tiene poco que ver con la idea – tal vez interesante, pero teóricamente trivial – de iniciar algo así como un *club* de juristas latinos, que presuntamente reunirían rasgos similares en la manera de *hacer* filosofía del derecho. El sentido de su invitación es claramente otro. ATIENZA hace hincapié en lo que es, a su modo de ver, algo que falta a los juristas involucrados en “nuestra tradición”: la

* Doctorando en Filosofía del Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, España. Becario del Ministerio de Educación de Brasil, CAPES, Proceso: BEX 1801-15-5.

² MANUEL ATIENZA, “Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca”, *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 37 (2014), pp. 299-318.

comprensión de que el Derecho es una *práctica social*, una empresa y que, por lo tanto, esa práctica se mueve de acuerdo con el entendimiento que tenemos de ella. Ante todo, su escrito es casi un *manifiesto*: una categórica invitación a que los juristas latinos asumamos una perspectiva *comprometida*, es decir, una postura *normativa* ante el Derecho, de tal modo que la labor del *jusfilósofo* sea relevante para hacer avanzar la práctica.

Si así se entiende la invitación, no veo dificultades en aceptarla. El Derecho me parece que es más que un sistema de normas; o, por lo menos, es un sistema de normas *practicado*. Y esta práctica – que se manifiesta colectivamente – descansa sobre determinados valores y realiza determinados valores. Es cierto que esa sencilla aseveración podría dar lugar a una interminable disputa teórica (en la que no pretendo ingresar), pero me gustaría dar por sentado que *acepto* ver el Derecho como práctica social y, con ello, *acepto* pensar el tipo de filosofía jurídica que valdría la pena realizar en el “mundo latino”.

Pues bien. Sentada esa premisa, ahora estamos en posición de poner en tela de juicio lo que es, a mi modo de ver, el punto sustancialmente interesante del escrito de ATIENZA: no su invitación, sino más bien su *propuesta*. ATIENZA va más allá de una preocupación meramente conceptual o metodológica y nos dice de qué modo, a partir de qué valores y con qué objetivos deberíamos comprender el Derecho. Nótese bien: no cualquier Derecho, sino el Derecho del Estado Constitucional y, en particular, el Derecho de los Estados Constitucionales del mundo latino. En resumen: ATIENZA elabora el eje de un proyecto de filosofía del derecho para el mundo latino. Así que la pregunta verdaderamente importante, y que constituye el objeto de esta ponencia, es: “¿debemos formar parte de este proyecto?”

Con el objetivo de tomar en serio esa pregunta y, por supuesto, la propuesta de ATIENZA, creo que ya no resulta superfluo el problema de los diversos mundos que caben en la expresión “mundo latino”. A menos que se pudiera imaginar que en Francia el Derecho es practicado de igual modo que en Brasil, no debemos pasar por alto las diferencias – a lo mejor significativas – que existen en las distintas latitudes del universo latino. Si la idea es pensar el Derecho como práctica y, con ello, dirigir la filosofía del derecho hacia la “mejora” de esa práctica, me parece fundamental que empecemos por señalar cuales son los problemas a los que una filosofía jurídica de corte *normativo* deberá enfrentarse. En palabras sencillas, si quiero construir una *jusfilosofía* orientada hacia un

contexto socio-cultural específico, debo intentar delimitar, con anterioridad, cuáles son los rasgos más elementales de ese contexto.

Teniendo en cuenta este horizonte y con la intención de responder si deberíamos suscribir el proyecto de ATIENZA, voy a dividir esta exposición en dos momentos. En el primero, intentaré trazar más o menos lo que entiendo que representa el núcleo de la propuesta de ATIENZA, además de señalar cuáles son, en mi opinión, sus principales implicaciones. En un segundo momento, y acudiendo a algunos de los clásicos del pensamiento sociológico brasileño, voy a tratar de evaluar si esa propuesta resulta adecuada como *filosofía del derecho* capaz de mejorar *mi* mundo latino (Brasil), la sociedad de la que formo parte y que – tal vez – corresponda a sólo *uno* entre todos los “mundos latinos” posibles.

1. UNA “CONCEPCIÓN ARGUMENTATIVA” PARA EL DERECHO DEL MUNDO LATINO: LA PROPUESTA DE MANUEL ATIENZA

Las tesis recogidas en “*Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca*” no pueden considerarse novedosas para el que sigue con interés lo que ha escrito Manuel ATIENZA. Lo que se lee ahí no deja de ser un resumen de posiciones suyas ya bastante conocidas. El propio proyecto de una filosofía jurídica del mundo latino, según nos cuenta ATIENZA, se viene dibujando hace ya algún tiempo e incluso aparece, si bien con menor profundización, en la edición n. 30 (2007) de la Revista DOXA³. De tal modo que lo que voy a mencionar aquí, en relación con el contenido de esa propuesta, puede sonar bastante obvio no sólo a quienes comparten la forma *argumentativa* de comprender el Derecho, sino también a quienes con frecuencia ponen de manifiesto sus discrepancias respecto de esa idea.

Conviene subrayar, antes de pasar al análisis de los rasgos de su proyecto, algo que me parece bastante importante para ATIENZA, una advertencia que a menudo se halla en sus escritos más recientes. Hay un esfuerzo por demostrar que su intención es construir un modo de comprender y manejar el Derecho que se aleje tanto del *formalismo* como

³ MANUEL ATIENZA, “Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino”, *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007), pp. 661-663.

del *neoconstitucionalismo*. Se trata, por tanto, de superar definitivamente el *formalismo* y de evitar, a la vez, el abandono de la forma, del procedimiento, esto es, el abandono de la *dimensión autoritativa del derecho*. Si entendí bien lo que quiere decir ATIENZA, su idea es poner el acento en la *dimensión axiológica* del Derecho, y darle alguna prevalencia en la práctica, sin que para ello sea necesario ignorar la autoridad de los materiales jurídicos positivos – de las normas jurídicas.

Vayamos a la *propuesta* de ATIENZA. A su modo de ver, la filosofía jurídica del mundo latino debería conjugar básicamente tres elementos: (1) el método analítico, (2) la objetividad moral, (3) y la implantación social. Esa estructura sería heredera de los rasgos más importantes de tres de las grandes tradiciones del pensamiento jurídico: el positivismo jurídico (que se vincula estrechamente a la filosofía analítica) el jusnaturalismo (que, si bien no con exclusividad, supone un cognitivismo ético) y la teoría crítica del Derecho (cuya preocupación por la transformación social no puede ser despreciada). Una filosofía del derecho con esa arquitectura podría calificarse como *argumentativa*, es decir, centrada en la dimensión argumentativa del Derecho y, según ese proyecto, ideal para la realidad del mundo latino.

Voy a detenerme, en cambio, tan sólo en los dos últimos ingredientes de la propuesta de ATIENZA – la *objetividad de la moral* y la *implantación social*. Es que la importancia del método analítico parece estar fuera de duda. No creo que pueda imaginarse el avance de la práctica sin que antes haya un esfuerzo con el fin de entenderla, sin una capacidad de distinguir sus componentes lingüísticos y de estudiar las relaciones que se establecen entre ellos⁴. Por eso, y por el evidente hecho de que ATIENZA reconoce la función indispensable del método analítico (lo que él nos pide es que vayamos más allá...), me centraré en los aspectos que considero definitivamente controvertidos y que, dependiendo del modo como se los entienda, pueden jugar un papel poco prometedor en la práctica del Derecho en el mundo latino.

⁴ Si bien se trata de un argumento situado en un contexto de discusión y desacuerdo propiamente con MANUEL ATIENZA (y me parece que ATIENZA ya no dirige o dirigiría un reproche significativo a esto), PIERLUIGI CHIASSONI ha resumido bien la importancia del positivismo metodológico incluso con relación a la argumentación práctica racional: el positivismo jurídico “ha sido uno de los principales bastiones de la racionalidad respecto del derecho, de la racionalidad teórica entendida como conocimiento racional del derecho positivo, basado en la experiencia. Pero también, de forma indirecta, de la racionalidad práctica, ya que la argumentación práctica racional – en la valoración, en la crítica y en la reforma del derecho – exige un conocimiento previo, empírico y racional del derecho tal como es en un momento dado”. PIERLUIGI CHIASSONI, “Carta abierta a un maestro del (neo) constitucionalismo”, *Analisi e diritto*, 2010, pp. 287-295, p. 292.

1.1. La objetividad moral y la centralidad de los derechos fundamentales

En mi opinión, la pieza más importante en el diseño teórico de ATIENZA es la objetividad moral. No tiene sentido, a su juicio, hablar de justificación de la decisión judicial, pensar las decisiones en términos de *corrección*⁵ y tampoco elaborar una teoría de la argumentación si no se reconoce un mínimo de objetividad moral. Ese *mínimo*, que en verdad es definitorio para comprender lo que dice ATIENZA, tiene que ver con la idea de *pretensión de corrección*. Los juicios morales incorporan una pretensión de corrección, pero esta pretensión de corrección, precisamente por el hecho de representar nada más que una *pretensión*, es falible y, así pues, abierta a la crítica; se modifica ante una argumentación moral “superior”, que demuestre – otra vez de modo falible – su corrección⁶.

Por esa razón, un malentendido común consistiría en formular objeciones dirigidas hacia una objetividad en sentido *fuerte*, que implicaría necesariamente una reflexión en términos de *verdad o falsedad* de los juicios morales. No es así que ATIENZA plantea las cosas. Su propósito es sostener la posibilidad de que los juicios morales y también las decisiones judiciales (considerada la tesis de la unidad del razonamiento práctico, que él hace suya) puedan fundamentarse racionalmente. Si no fuera posible hablar de decisiones correctas o incorrectas, ya no sería posible hablar, vistas así las cosas, de *racionalidad* de la decisión.

Ahora bien, si el argumento se agotara aquí, me parece que su relevancia sería escasa y mi afirmación sobre la centralidad de la objetividad moral en el pensamiento de ATIENZA quedaría sin sentido. La sencilla tesis de que los juicios morales pueden justificarse, de que incorporan una pretensión de corrección, quizás sea teóricamente discutible, pero su relevancia en la práctica del Derecho me suena aún más discutible. Que un abogado, al enjuiciar una demanda, *pretenda* que su argumentación sea correcta (e incluso *moralmente* correcta) y que el juez, al decidirla, también *pretenda* que su fallo sea correcto, es algo que a lo mejor anima una discusión conceptual en torno a las

⁵ Con respecto a la idea de corrección y de los distintos sentidos en que se la aplica, véase FLAVIA CARBONELL BELLOLIO, “Sobre la idea de decisión judicial correcta”, *Analisi e diritto*, 2015, pp. 11-46. Más allá de representar un ejemplo en sí mismo de la importancia del método analítico para hacer *avanzar* la práctica (creo que plantearse la pregunta *¿de qué estamos hablando cuando hablamos de eso?* es fundamental), el trabajo propone una tipología de la *corrección* que puede resultar útil para entendimiento de esa idea en los trabajos del propio ATIENZA.

⁶ MANUEL ATIENZA, “Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino”, cit., p. 302. ATIENZA subraya que “los juicios morales incorporan una pretensión de corrección, no de verdad absoluta” (cit., p. 315).

relaciones entre Derecho y moral, pero en definitiva dice muy poco con respecto a los criterios para considerar *correcto* un enunciado. Aunque esos criterios correspondieran a las reglas del discurso⁷, tal y como ALEXY ha expuesto en su *Teoría de la Argumentación Jurídica*⁸, creo que la capacidad orientadora de esa idea sigue siendo bastante reducida.

De ahí que la importancia de la objetividad moral para una *concepción argumentativa del Derecho* no radica solamente en la posibilidad de justificar moralmente una decisión (como si eso fuera todo), sino más bien en la posibilidad de justificarla moralmente *con arreglo a los derechos fundamentales*. Si la pretensión de corrección es relevante, tal y como la entiende ATIENZA, es porque implica la posibilidad de formular juicios correctos – justificados racionalmente – sobre los derechos fundamentales⁹. Por ello, lo que convierte la objetividad moral (aunque mínima) un ingrediente definitorio del proyecto de ATIENZA para la filosofía jurídica del mundo latino es su conexión con el significado del Estado Constitucional¹⁰, es su vinculación a los derechos fundamentales.

Ello me parece bastante claro cuando ATIENZA (en un famoso trabajo con RUIZ MANERO) sugiere, de modo tajante, que dejemos atrás el positivismo jurídico¹¹. Lo justifica de distintas formas, pero la principal, por lo menos en mi lectura, radica en el argumento de que el positivismo sería una teoría incapaz de dar cuenta de los valores del Estado Constitucional, dado que la dimensión *valorativa* de las normas sería, según los

⁷ ATIENZA dice claramente que los criterios de corrección “son los que determina el procedimiento de la discusión racional”. Vid. MANUEL ATIENZA, “Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino”, cit., p. 315.

⁸ Para ALEXY, “una norma es correcta sólo si puede ser el resultado de un procedimiento definido a través de las reglas del discurso”. Vid. ROBERT ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Trad. Manuel Atienza y Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 291. Se trata, por tanto, de una concepción procedimental de la corrección. Así como sostiene ATIENZA, ALEXY también afirma que “el juicio sobre la corrección de una decisión tiene siempre un carácter provisional” (cit., p. 279).

⁹ En mi opinión, al fin y al cabo ATIENZA acaba utilizando la palabra “corrección” en un sentido “axiológico”, en cuanto “ajuste de tipo evaluativo entre una norma y un criterio moral” (Flavia CARBONELL BELLOLIO, “Sobre la idea de decisión judicial correcta”, cit., p. 41). Este criterio moral, en su caso, correspondería a la “justificación” sobre la base de una “moral justificada”, que es la moral constitucional, la moral de los derechos fundamentales.

¹⁰ El Estado Constitucional posee, a juicio de ATIENZA, los siguientes rasgos esenciales: (1) la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales; (2) derechos fundamentales “que limitan o condicionan (también en cuanto al contenido) la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho”; (3) mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes. Y añade: “el ideal del Estado Constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón”. Vid. MANUEL ATIENZA, *El Derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2012, p. 17.

¹¹ MANUEL ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomía*, n. 27 (Octubre, 2007), pp. 07-28.

autores, un aspecto “descuidado” por los positivistas¹². Una teoría *argumentativa* tendría precisamente la función de, ante todo, poner el acento en la dimensión valorativa del Derecho y, más allá de todo, orientar la práctica hacia el adecuado manejo de los derechos fundamentales, de la dimensión *moral* de nuestras constituciones.

Esos derechos fundamentales, por su parte, tendrían su fundamento en la moral: no en una moral más, sino más bien en *la moral* – “universal y crítica, racionalmente fundamentada”¹³. Me parece, en consecuencia, que el esquema teórico de ATIENZA sienta sus bases precisamente en esa moral racional y crítica que las constituciones de los Estados Constitucionales, sobre todo las del mundo latino, han incorporado. La concepción argumentativa del Derecho da por sentada, presupone la *racionalidad* de la moral contenida en los derechos fundamentales y, por consiguiente, sostiene la *racionalidad* de los juicios elaborados sobre la base de esos derechos. En palabras sencillas: no es que la centralidad de los derechos fundamentales corresponda a la centralidad de un conjunto de valores convencionales. Según ATIENZA, esos valores son moralmente objetivos, aunque ello signifique decir apenas que son racionalmente fundamentados.

Si esto es así, y si seguimos la línea de pensamiento de ATIENZA, llegaremos a su concepción sobre lo que *debería ser* la actividad del jurista en el Estado Constitucional y, así, al eje de su propuesta de filosofía jurídica para el mundo latino. La función del jurista (entendido como jurista práctico) consiste, por tanto, en *maximizar los valores de la práctica*. ¿De qué valores estamos hablando? Pues, de los valores recogidos en nuestras constituciones, o sea, de los derechos fundamentales¹⁴. El jurista del Estado Constitucional debe *hacer avanzar* la empresa moral plasmada en las constituciones, debe contribuir a la mejora de la práctica a través de la argumentación racional a la luz de esos valores fundamentales, debe aceptar lo que le ha regalado la Constitución: una herramienta para decidir *casi siempre* de modo justo, sin que para ello sea necesario

¹² MANUEL ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, cit., p. 23.

¹³ MANUEL ATIENZA, *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid, Ed. Trotta, 2013, p. 29.

¹⁴ “(...) la mejor interpretación (aquella, pues, por la que tendría que optar el intérprete) es la que (sin vulnerar el elemento autoritativo del Derecho: sin ir en contra el Derecho establecido) nos permite desarrollar al máximo los derechos fundamentales, entendidos de acuerdo con una determinada filosofía moral y política: la que mejor permita dar cuenta de nuestras Constituciones (o de cada una de ellas)”. MANUEL ATIENZA, *Podemos hacer más: otra forma de pensar el Derecho*, Madrid, Pasos Perdidos, 2013, p. 93. ATIENZA viene a decir lo mismo, acudiendo a DWORKIN, también cuando contesta las críticas de FERRAJOLI a su “constitucionalismo principialista”. Vid. MANUEL ATIENZA, “Dos versiones del constitucionalismo”, *DOXA*, Cuadernos de filosofía del derecho, 34 (2011), pp. 73-88, p. 82.

salirse del Derecho¹⁵. Aquí, la objetividad moral, como la ve ATIENZA, parece jugar un papel sustancial. Si esos derechos corresponden a una moral crítica y racionalmente fundamentada, y si la tarea del jurista consiste en maximizarlos por medio de juicios también fundamentados, se ha – para usar una expresión muy en boga en los trabajos de y sobre Robert ALEXY – institucionalizado la razón¹⁶.

Para resumir, y si entendí bien el pensamiento de ATIENZA, la filosofía jurídica del mundo latino *debe ser* una filosofía de inspiración *constitucionalista*: un modo de comprender el Derecho que supone la objetividad moral de los derechos fundamentales y que, por consiguiente, demanda del jurista un *compromiso* con la realización, con la *maximización* de esos derechos en la realidad. Si el Derecho es entendido como un instrumento para lograr finalidades y si esas finalidades corresponden a los valores recogidos en las constituciones¹⁷, una filosofía de corte normativo, centrada así en la *mejora* de la práctica, es, al fin y al cabo, una filosofía jurídica esencialmente *al servicio de los derechos*.

1.2. La emancipación social y las implicaciones de una filosofía “de los derechos”

Como ya se ha expuesto, el último ingrediente de la propuesta de ATIENZA para el mundo latino es la “implantación social”. Parece ajustado concluir que esa implantación social corresponde más bien a la idea de “emancipación social” y que se conecta con la realización de esta empresa moral que es el *constitucionalismo*. Es el propio ATIENZA el que expresamente reconoce la necesidad de, dentro de este programa de filosofía del derecho de corte *argumentativo*, asumir también un compromiso “con un proyecto político-ético de emancipación humana”¹⁸. Pues bien, creo que este es precisamente el punto que nos permite reflexionar – críticamente – sobre las implicaciones de esta propuesta de filosofía del derecho.

¹⁵ “Nuestros Derechos – los Derechos del Estado Constitucional – incorporan, en mi opinión, muchos recursos de los que puede (debe) valerse el jurista que opera en ellos para lograr casi siempre una respuesta correcta: una respuesta justa y conforme con el Derecho. Pero eso no quiere decir que todo valga, esto es, que no haya límites”. MANUEL ATIENZA, “Carta sobre la ponderación”, en M. ATIENZA y J.A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2012, p. 97.

¹⁶ Vid. MATTHIAS KLATT (ed.), *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*, New York, Oxford University Press, 2012.

¹⁷ Creo que esa conclusión puede derivarse del listado de características definitorias de la idea del “Derecho como argumentación”. Vid., MANUEL ATIENZA, *Curso de Argumentación Jurídica*, cit., pp. 55-56.

¹⁸ MANUEL ATIENZA, “Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino”, cit., p. 315.

No nos encontramos ante una teoría de la participación política o, por ejemplo, ante una teoría de la democracia deliberativa¹⁹. Nos hallamos ante una teoría de la argumentación jurídica y, en particular, ante una propuesta de filosofía *del derecho* para el mundo latino. Así que la noción de “emancipación humana” – aquí – no parece depender de una teoría de la democracia o bien de la participación política de los miembros de una determinada comunidad. El ideal de “emancipación social”, teniendo en cuenta el tipo de propuesta que estamos estudiando, descansa sobre la *fuerza*, sobre el *valor* de la realización de los derechos fundamentales en el mundo latino.

Tanto es así que ATIENZA asevera, en su obra “*Podemos hacer más*”, que el Derecho del Estado Constitucional, con su conjunto de valores moralmente justificados, es “uno de los instrumentos más potentes con el que cuentan [los ciudadanos] para llevar a cabo la ingente tarea de civilizar el mundo”²⁰. Si esto es así, este tipo de planteamiento da lugar a una pregunta muy importante: si los derechos fundamentales descansan sobre una moral objetiva y si los juristas deberían comprometerse con la realización de esos derechos, ¿quiénes serían los agentes civilizatorios? Mi hipótesis es que todo este proyecto implica un necesario desplazamiento de poder hacia la jurisdicción, que pasa a asumir, en consecuencia, esa función emancipadora y civilizatoria.

Ahora bien, me parece que para no asumir esa suerte de desplazamiento de poder político (o con el fin de hacerla aceptable y justificarla) ATIENZA insiste en la relevancia de la objetividad moral. Pero me temo que toda esa discusión sobre la objetividad o no de la moral, que corresponde más bien al ámbito de la metaética, sea en realidad muy poco relevante para el Derecho. Y ello es así al menos por dos razones. La primera es más evidente y difícilmente rechazable. La controversia en torno a los derechos fundamentales, si estamos mirando hacia el interior de la práctica, radica precisamente en la discusión acerca del significado y alcance de principios como la *libertad* y la *igualdad* en aras de crear una norma específica o de decidir judicialmente una demanda. El *hecho del desacuerdo* es lo que convierte esos derechos en objeto de *discusión* moral y política,

¹⁹ Piénsese, por ejemplo, en la idea de democracia deliberativa en la obra de HABERMAS y en la centralidad de la participación de los miembros de la comunidad en un discurso racional, dirigido hacia una especie de consenso ideal, que se deriva de su teoría. Conviene subrayar, pese a la controvertida noción de “consenso ideal”, el escepticismo de HABERMAS respecto de la teoría de los principios, además de su crítica al “principio monológico”, referente al juez, dotado de poderes cognitivos especiales, que alcanza *la moralidad constitucional* por medio de un ejercicio filosófico solitario. Vid. JÜRGEN HABERMAS, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Trad. Willian Rehg. Cambridge, The MIT Press, 1996, p. 222.

²⁰ MANUEL ATIENZA, *Podemos hacer más: otra forma de pensar el Derecho*, cit, p. 60.

abriéndose, en cierto modo, un sustancial espacio de deliberación con el fin de atribuirles un sentido determinado.

La segunda razón tiene que ver con el hecho de que, con independencia de cuál sea la posición que uno conserva en términos metaéticos, no disponemos de un método para acceder al contenido preciso de los derechos fundamentales. A grandes rasgos, cuando se trata de argumentar y decidir sobre temas moralmente controvertidos, como es el tema del aborto o el de la eutanasia, la objetividad de la moral no suministra ningún criterio *ex ante* que sea capaz de zanjar las discrepancias respecto de lo que requieren, para los casos en discusión, los valores morales plasmados en nuestras constituciones. Puede que dos juristas diferentes asuman posturas metaéticas idénticas y lleguen a resultados profundamente distintos cuando estén llamados a posicionarse – con arreglo a los derechos fundamentales – sobre un problema moral y político cualquiera²¹. Por lo tanto, suponer la objetividad de la moral no implica acuerdo alguno acerca de cómo deberíamos comprender su contenido.

Si esto es así, no hay razón para pensar que los jueces del Estado Constitucional deban *aceptar* la objetividad de la moral. Según ha señalado MORESO, “sea cual fuere la posición del juez acerca de la naturaleza de la moralidad, si es que tiene alguna posición (...), lo que él hará es tratar de argumentar a favor de una interpretación del contenido de la moralidad (...)”²². MORESO no es un escéptico en términos morales. Al contrario, sitúa la relevancia de la objetividad moral, por ejemplo, en el momento de elegir el catálogo de derechos²³ y esgrime argumentos para demostrar que una postura objetivista no es incompatible con el *hecho del desacuerdo* o con el pluralismo de los planes de vida²⁴. Si MORESO lleva razón en el debate metaético es algo que no estoy en posición de responder. Lo que sí me parece acertado es su afirmación sobre la irrelevancia de la objetividad

²¹ Véase, por ejemplo, el pensamiento de ROBERT P. GEORGE, en *Conscience and its enemies: confronting the dogmas of liberal secularism*, Wilimington/Delaware, ISI books, 2013. Este autor rechaza tesis no cognitivistas y relativistas en materia moral; en cambio, su razonamiento moral alcanza resultados marcadamente diferentes de los defendidos por Manuel ATIENZA.

²² JOSÉ JUAN MORESO, “Acerca del neoconstitucionalismo”, en JOSÉ JUAN MORESO, *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid, 2009 (pp. 223-233), p. 231.

²³ JOSÉ JUAN MORESO, “Acerca del neoconstitucionalismo”, cit., p. 234.

²⁴ JOSÉ JUAN MORESO, “El reino de los derechos y la objetividad de la moral”, en JOSÉ JUAN MORESO, *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid, 2009 (pp. 69-93), p. 93. Además de ello, MORESO señala: “El reino de los derechos debe encontrarse en el continente más amplio de una moralidad objetiva”. (p. 92). Es ahí, según el autor, en este “territorio objetivo” de la moralidad, que deben descansar nuestros diseños institucionales.

moral desde una perspectiva *interna*, cuando uno debe definir qué cuenta – concretamente – como una acción conforme a los principios o valores constitucionales.

Dicho eso, aunque aceptemos que nuestros derechos fundamentales descansan sobre una moral objetiva y aunque planteemos nuestros argumentos cultivando la más sincera *pretensión* de que sean *correctos*, alguien tendrá que decidir qué es lo que vale – jurídicamente – como concepción vinculante de la moralidad. Y este es un hecho irremediable. Así que lo que toda esta discusión requiere, a la postre, no es una posición en términos metaéticos – si uno es relativista u objetivista en asuntos morales –, sino una posición sobre *quién debe* tener la autoridad para tomar la decisión sobre el alcance y contenido de nuestros derechos²⁵. Si puedo decirlo de otro modo, la cuestión es esta: entre la argumentación moral del legislador y la argumentación moral del juez (o del juez constitucional), ¿cuál es la que debe valer y por qué?²⁶

Esta es una pregunta que no veo *directamente* planteada en la concepción *argumentativa* del Derecho. Pero eso no quiere decir que no se haya dado una respuesta. Lo que no hay es una respuesta *desde* la perspectiva autoritativa del Derecho (procedimental, formal o de diseño institucional). Es la centralidad de los derechos fundamentales la que indica un claro desplazamiento de poder político hacia la jurisdicción. La teoría de ATIENZA, al *prescribir* el compromiso de los juristas prácticos con la realización de los derechos fundamentales (el ámbito de “justicia” de la Constitución) y al fiarse en una objetividad moral *irrelevante* para guiar la decisión judicial, reconoce a los jueces una capacidad argumentativa que no reconoce a los legisladores. Nótese bien: no se trata de una argumentación conectada con el evidente deber judicial de fundamentación con arreglo al Derecho. Es más: se reconoce al juez la capacidad de acceder a la moralidad de los principios constitucionales con el fin de que los resultados sean siempre (o casi siempre) *justos*.

No estamos hablando aquí de una contingencia de la jurisdicción constitucional, que, al interpretar una Constitución de principios, se hallaría ante la necesidad de dar forma concreta a esos principios. Estamos hablando de cómo el jurista práctico en general

²⁵ WALDRON concluye algo semejante al plantear la “irrelevancia de la objetividad moral”. Vid. JEREMY WALDRON, *Law and Disagreement*, New York, Clarendon Press, 1999, pp. 186-187.

²⁶ Me parece que la contestación a esta pregunta nos remite a la discusión sobre los distintos diseños institucionales y su justificación en el seno del constitucionalismo. Vid. JUAN CARLOS BAYÓN, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Miguel CARBONELL y Leonardo GARCÍA J. (ed.), *El canon neoconstitucional*, Madrid: Editorial Trotta, UNAM, 2010, (pp. 285-354).

(incluyéndose la figura del juez ordinario) debería, según ATIENZA, entender su actividad en el Estado Constitucional. Tampoco estamos hablando del recurso a los principios tan solo ante la ausencia de una regla jurídica aplicable o cuando la regla sea indeterminada y su interpretación requiera algún desarrollo del significado de los principios subyacentes. Si la tarea del juez es decidir *correctamente*, y si eso significa justificar la decisión con arreglo a la moralidad de los derechos fundamentales, tiene el juez también – y sobre todo – el poder de redefinir la solución legislativa que no le parezca la solución *correcta* a la luz de esta misma moralidad.

A ese fin sirve la ponderación. En su texto “*A vueltas con la ponderación*”, ATIENZA justifica su uso precisamente ahí donde haya una “laguna axiológica”, o sea, cuando la respuesta legislativa no resulte adecuada²⁷. La ponderación sirve para corregir esa respuesta y remplazarla por una que contribuya “a un máximo desarrollo de los valores que configuran la práctica jurídica”²⁸. En ese texto, que generó un debate muy sugerente con GARCÍA AMADO, ATIENZA entiende adecuado el uso de la ponderación para resolver el famoso “caso Gürtel”, que envolvió escuchas autorizadas por el juez Baltazar Garzón y que después fueron declaradas ilegales²⁹. A su modo de ver, un juicio de ponderación indicaría que la solución más adecuada sería considerar legales esas escuchas.

No quiero detenerme en este ejemplo, pero me interesa subrayar dos detalles. (1) Al menos en “*A vueltas con la ponderación*”, ATIENZA se dedica a demostrar que la decisión de declarar ilegales las escuchas constituye una prueba “de las consecuencias indeseables del formalismo”³⁰; pero no en razón de una interpretación equivocada, de alguna suerte de *literalismo* o por no identificarse otras soluciones dentro del espacio de significado de las palabras del legislador, sino más bien en razón de un *incorrecto* balance de los principios o valores en juego: el deber de persecución del delito debería prevalecer, dadas las circunstancias, sobre el derecho a la defensa. (2) GARCÍA AMADO formuló una acertada crítica acerca de un punto muy interesante. No es la ponderación la que

²⁷ MANUEL ATIENZA, “*A vueltas con la ponderación*”, en M. ATIENZA y J.A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2012 (pp. 09-37), p. 28.

²⁸ MANUEL ATIENZA, “Contestación a la carta de Juan Antonio García Amado”, en: M. ATIENZA y J.A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, cit. (pp. 133-138), p. 137.

²⁹ La controversia versa, básicamente, sobre la aplicación del art. 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que, en las palabras de ATIENZA (“*A vueltas con la ponderación*”, cit., p. 12), “establece que las comunicaciones de los internos con el abogado defensor no pueden ser suspendidas o intervenidas `salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo`”.

³⁰ MANUEL ATIENZA, “*A vueltas con la ponderación*”, cit., p. 32.

determina la *incorrección* de la solución del legislador. Si está justificado ponderar cuando hay una “laguna axiológica”, la decisión de sustituir la ponderación legislativa por la ponderación del juez se toma no después de poner los principios en la balanza, sino antes, o sea, en el momento en que se decide que hay una “laguna axiológica”³¹.

Creo que todo ello justifica ciertos recelos con respecto a la propuesta de ATIENZA. ¿La concepción argumentativa da cuenta adecuadamente de la dimensión autoritativa del Derecho? ATIENZA afirma que está respetada la autoridad del legislador y que las ponderaciones de los tribunales deben ser más restringidas, ya que el legislador “sólo tiene como límite la Constitución”³². ¿Sigue teniendo sentido esa afirmación? Esa es una idea sólida, a mi juicio, cuando el juez ordinario tiene como límite la legislación. En cambio, si el juez está autorizado a razonar como ATIENZA piensa que él debe razonar, acudiendo a la moralidad constitucional, ¿aún se podría hablar de jerarquía, como si la legislación verdaderamente limitara la actividad del juez? A lo mejor no puedan darse respuestas finales a esas preguntas, pero me parece que ellas desvelan por lo menos una cosa: la propuesta de ATIENZA quizás no implique sólo otorgar *alguna* prevalencia a la dimensión valorativa del Derecho, sino una prevalencia *excesiva*. Si es excesiva o no, eso también dependerá de la cultura jurídico-política que acoge la propuesta. Vayamos a ella.

2. ¿QUÉ FILOSOFÍA DEL DERECHO PARA MI MUNDO LATINO?

En primer lugar, y si aún no ha quedado claro, por “*mi mundo latino*” me refiero a Brasil. Es verdad que incluso dentro de Brasil, considerado su vastísimo territorio, puede que haya más de un mundo latino. Y seguramente hay más de un mundo latino. Por ello, es tan difícil hablar de Brasil como *unidad*. Yo podría tener en mente mi lugar de nacimiento, Río de Janeiro; o la ciudad de Porto Alegre, más al Sur, donde desarrollé los estudios de Derecho, desde el grado hasta la maestría. Y si quisiera ir más lejos, podría imaginar otro “mundo latino”, muy distinto a esos dos centros urbanos. Podría pensar, a modo de ilustración, en la provincia de Coruripe, en el pequeño Estado de Alagoas, donde está la historia de parte de mi familia y donde, aun en los días de hoy, podrían observarse

³¹ “Nunca se pondera para perder”. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, “Sobre ponderaciones. Debatido con Manuel Atienza”, en M. ATIENZA y J.A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Palestra/Temis, Lima/Bogotá, 2012 (pp. 39-85), p. 76.

³² MANUEL ATIENZA, “A vueltas con la ponderación”, cit., p. 31.

rasgos *sociales, económicos y políticos* muy alejados de las promesas del Estado Constitucional.

Pero como todo *localismo* encuentra su límite y como nuestros análisis dependen, en larga medida, de distintas formas de generalización, voy a intentar poner el acento en algunos aspectos que considero muy marcados en nuestra sociedad y que, quizás, traduzcan lo que hay de *unidad* en Brasil. Evitaré hacer estipulaciones exclusivamente por mi cuenta. Mis comentarios y conclusiones descansan sobre mi interpretación acerca de lo que han dicho algunos *intérpretes* clásicos de la sociedad brasileña. Desde luego, registro la obviedad de que ellos pueden haber interpretado mal nuestra sociedad (de lo que dudo), o que yo mismo tal vez haya entendido mal sus ideas (lo que ya no es tan difícil). De todos modos, se trata de pensamiento, del modo de comprensión de una realidad y de pensar lo que sería más o menos adecuado a esa realidad. Que todo ello sea un proceso potencialmente arriesgado y controvertido es bastante evidente; pero también me parece bastante evidente el hecho de que merece la pena intentarlo.

2.1. El mundo latino de la “cordialidad”: la dificultad de la democracia en Brasil

Sergio BUARQUE DE HOLANDA es el autor de un clásico del pensamiento sociológico brasileño – “*Raízes do Brasil*”³³ –, un pequeño e imponente libro publicado originalmente en 1936. Dentro de esta obra, se hizo famoso un capítulo en particular, de pocas páginas y que lleva un título muy sugerente: “*O homem cordial*”. La primera impresión, si uno se centra demasiado en el significado intuitivo de la palabra “cordial”, es pensar que el autor se refiere a la *amabilidad* y *simpatía* del pueblo brasileño. El diccionario de la Real Academia Española, por ejemplo, define el adjetivo “cordial” como “virtud para fortalecer el corazón”. Un *hombre cordial* sería un hombre simplemente afectuoso. Sin embargo, y aunque la *amabilidad* pueda caracterizar una virtud del brasileño, la palabra “cordial” tiene un sentido más refinado en la obra de BUARQUE DE HOLANDA.

La amabilidad, la generosidad y el trato amigable sin duda pueden entenderse como virtudes, o sea, representan virtudes derivadas de una idea de civilidad, de educación e incluso de reconocimiento hacia el otro. Pero esa cordialidad, según

³³ SERGIO BUARQUE DE HOLANDA, *Raízes do Brasil*, 26 ed. São Paulo, Companhia das Letras, 2004.

BUARQUE DE HOLANDA, se manifiesta por razones distintas en el modo de vida del brasileño. Somos cordiales no necesariamente porque aprendemos que la *amabilidade* es una manera adecuada y civilizada de relacionarse en comunidad. Somos cordiales porque proyectamos nuestras relaciones domésticas hacia el espacio público y ahí nos vinculamos de modo íntimo y emotivo³⁴.

La idea de una vida ritualista, en la que nos ocupamos con formalidades y nos conectamos al otro con cortesía, es bastante ajena a nuestra comprensión. Afirma BUARQUE DE HOLANDA: “en la civilidad hay siempre algo de coercitivo, que puede expresarse en mandatos y sentencias”³⁵. Nuestra cordialidad no es, por tanto, la cordialidad de la civilidad, entendida casi como una especie de rito que lleva como finalidad el respeto al lugar ocupado por nuestro *igual* o, por lo menos, una clara delimitación de espacios. El brasileño concibe la vida en sociedad de manera bastante peculiar: nuestra “ética” de convivencia implica la expectativa de la *amistad* y, con ello, todo lo que se podría entender como perteneciente al ámbito de lo privado se traslada al ámbito de lo público (en cierta medida, al espacio de la *forma*).

BUARQUE DE HOLANDA hace referencia al ejemplo de un comerciante norteamericano que, al instituir su negocio en Brasil, se daría cuenta de que para conquistar un cliente habría que establecer con él una relación de amistad³⁶. Esa dinámica, en verdad, se constata en la realidad de los negocios, de la política, de la administración, de la universidad. De hecho, el brasileño posee una intrínseca dificultad en asimilar con claridad la frontera entre su espacio de influencia personal – en el que se comunica a través de categorías inherentes a la afectuosidad – y el ámbito de lo público, entendido aquí simplemente en cuanto *rua* (*calle*), o sea, cualquier ambiente que se halle más allá de los límites de la *casa*³⁷.

Pero, como sabemos, la *casa* debería encontrar su frontera más marcada, más acentuada, precisamente en la esfera de los negocios públicos. La *cordialidad* inherente a la *casa*, y que a menudo se traslada a la vecindad o al comercio, es algo que existe precisamente para distinguir; o sea, constituye una huella que sólo tiene sentido, incluso

³⁴ SERGIO BUARQUE DE HOLANDA, *Raízes do Brasil*, cit., p. 147.

³⁵ Traducción libre del original: “na civilidade há qualquer coisa de coercitivo – ela pode exprimir-se em mandamentos e sentenças”. SERGIO BUARQUE DE HOLANDA, *Raízes do Brasil*, cit., p. 147.

³⁶ SERGIO BUARQUE DE HOLANDA, *Raízes do Brasil*, cit., p. 149.

³⁷ La distinción entre *casa* y *rua* la tomo de ROBERTO DAMATTA, en *Carnaval, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*, 6ed., Rio de Janeiro, Rocco, 1997, p. 90.

como categoría lingüística, con el fin de establecer una *diferencia*, cualquier cosa de singular y doméstico que sea propio de una *casa determinada* y de ninguna más. Cuando esa forma de entendimiento se desplaza al ámbito de lo público, porque ni siquiera se reconoce adecuadamente la frontera, nace la imposibilidad de la *igualdad* – porque la igualdad general y abstracta implica precisamente el abandono de lo que “me distingue”, de lo que me vuelve “especial”.

De ahí que, en una sociedad donde prevalece el *hombre cordial*, hay una agravada dificultad para aceptar “principios supraindividuales de organización”³⁸. El modo de interacción de los individuos es tendencialmente indiferente a la ley general, de tal manera que cada ciudadano afirma su posición en la sociedad no con arreglo a un elemento formal (como lo es la ley general), sino al poner de relieve características que establezcan una *distinción* en relación con los demás ciudadanos³⁹. Por esa razón, asevera BUARQUE DE HOLANDA, “la ideología impersonal del liberalismo democrático nunca se ha convertido en un hecho natural entre nosotros”⁴⁰. La *autoridad* y la *jerarquía* son, a la luz de nuestra *cordialidad*, elementos puramente incómodos y nuestra idea de *gobernante* alude, una vez más, a la familiaridad, a la relación directa y personal.

Me parece que ha sido Raymundo FAORO, en “*Os Donos do Poder*” quien ha puesto de relieve con mayor detenimiento este culto nuestro a la personalidad. El libro de FAORO trata de los orígenes de un Estado *patrimonialista*⁴¹, cuyo control quedaría en manos de un estamento político privilegiado, correspondiendo exclusivamente al Estado la conducción de la sociedad. Y es precisamente en este contexto en el que FAORO subraya la conexión directa entre el “jefe” – el presidente, el gobernador, el alcalde – y *su* pueblo. Es el soberano el que conduce. Y el soberano habla *directamente* al pueblo⁴², sin intermediarios, porque ahí se estableció un lenguaje familiar, propio de la *casa*, en la que todos se sienten más o menos especiales. Tanto es así que es común oír (y no estoy hablando de épocas lejanas, sino de los días de hoy) algo como “esta casa/coche/trabajo

³⁸ SERGIO BUARQUE DE HOLANDA, *Raízes do Brasil*, cit., p. 155.

³⁹ SERGIO BUARQUE DE HOLANDA, *Raízes do Brasil*, cit., p. 155.

⁴⁰ Traducción libre del original: “Na verdade, a ideologia impessoal do liberalismo democrático jamais se naturalizou entre nós”. SERGIO BUARQUE DE HOLANDA, *Raízes do Brasil*, cit., p. 160.

⁴¹ “A realidade histórica brasileira demonstrou (...) a persistência secular da estrutura patrimonial, resistindo, galhardamente, inviolavelmente, à repetição, em fase progressiva, da experiência capitalista”. RAYMUNDO FAORO, *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*, 3ed., Rio de Janeiro, Globo, 2001, p. 869.

⁴² RAYMUNDO FAORO, *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*, cit., p. 875.

me la dio fulano (el líder político)”. El gobernante es un amigo y todo lo que tenemos es fruto de su bondad⁴³.

Una manera bastante ilustrativa de entender este nuestro “mundo latino de la cordialidad” – y que pone de manifiesto la *actualidad* de las ideas precedentes – es acudir a una pregunta común de la vida cotidiana de los brasileños y que corresponde al título de un célebre ensayo de Roberto DAMATTA: “¿sabes con quién estás hablando?”⁴⁴. La pregunta en sí misma denuncia su sentido: quien la plantea, lo hace para distinguirse de otra persona, para aclarar que, en aquella relación, hay un superior. Uno puede imaginar que se trata sólo de afirmar una posición social, de recordar al otro cuál es “su lugar”. Eso es verdad, pero la tesis de DAMATTA va más allá: el “¿sabe con quién estás hablando?” es invocado por cualquier persona, con independencia de la posición social y en el contexto de innumerables situaciones. La importancia sociológica de esta pregunta radica en la constatación de que, al fin y al cabo, todo acaba por trasladarse al dominio de las relaciones personales⁴⁵, precisamente en actividades en las que debería imperar la *generalidad*.

DA MATTA acude a una distinción que me suena muy interesante. En nuestra sociedad, habría *individuos* y *personas*. A las *personas*, les reservamos la cordialidad subyacente a la relación personal. A los *individuos*, en cambio, les reservamos la ley⁴⁶. Solamente los individuos frecuentan las comisarías de policía, los tribunales, las interminables colas del sistema de sanidad pública y de toda la máquina burocrática. Ser *individuo*, añade DAMATTA, es “revelarse no perteneciente a cualquier sector”⁴⁷, como alguien que no posee un familiar o un “padrino” para protegerle. Estamos siempre buscando *personalizar* la ley: ajustarla a una calidad *personal*, que nos liberte del peso de la condición de individuo y que nos lleve a un nivel de mayor dignidad en este nuestro “sistema de personas”⁴⁸.

⁴³ RAYMUNDO FAORO, *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*, cit., p. 875.

⁴⁴ El ensayo se halla en ROBERTO DAMATTA, *Carnaval, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*, cit., pp. 179-248.

⁴⁵ ROBERTO DAMATTA, *Carnaval, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*, cit., 195.

⁴⁶ ROBERTO DAMATTA, *Carnaval, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*, cit., p. 218.

⁴⁷ ROBERTO DAMATTA, *Carnaval, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*, cit., p. 236.

⁴⁸ ROBERTO DAMATTA, *Carnaval, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*, cit., 232.

Quizás sea por todo ello que Sergio BUARQUE DE HOLANDA escribió: “la democracia en Brasil ha sido siempre un lamentable malentendido”⁴⁹. Una acepción mínima del término “democracia” la vincula a la idea de *procedimiento* – un procedimiento por el que todos los ciudadanos tienen derecho a participar y que produce como resultado un conjunto de decisiones colectivamente vinculantes. Pero eso presupone, ante todo, la plasmación de valores morales y políticos que constituyan la base de esa noción de que existe – y debe existir – *algo* que vincula a todos, al mismo tiempo y en la misma medida. Sin embargo, nada parece ser más ininteligible para el brasileño. La idea de igualdad formal es, entre nosotros, rápidamente reemplazada (no complementada) por la prevalencia difusa y confusa de lo que a nosotros nos gusta y nos conecta con nuestro modo de ser *cordial*: la igualdad “material” (y que a veces no es más que un privilegio) o cualquier suerte de particularismo que nos identifique en cuanto *personas*, en su concreción y circunstancia, y no en la calidad de *individuos*.

2.2. ¿Necesitamos una filosofía del derecho menos “formalista” y más argumentativa?

Si todo lo anterior es correcto, si no se trata de una caricatura del pasado, sino de una cordialidad aún viva en nuestra cultura, si *mi* mundo latino es de hecho un mundo cuya tendencia es siempre convertir la ley general en algo más o menos particularizado y cuya principal dificultad consiste, precisamente en razón de ello, en la construcción de un espacio público común, ajeno al sentimiento doméstico propio de la *casa*; si todo eso es así, ¿es verdad que necesitamos una filosofía jurídica del *argumento*, del *valor*, de los *derechos*? ¿Es verdad que lo que falta al mundo latino (o por lo menos a *mi* mundo latino) son juristas comprometidos más con el *valor* y menos con la *forma*? Me pregunto si lleva razón Manuel ATIENZA y si su propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino sirve a la realidad de *mi* mundo latino; me pregunto, con sinceridad, si nuestro pecado es, como parece creer ATIENZA, poner demasiado acento en la dimensión autoritativa del derecho y despreciar o dar poca atención a la dimensión valorativa del Derecho. ¿Es ese el pecado del *hombre cordial*?

⁴⁹ Traducción libre del original: “A democracia no Brasil sempre foi um lamentável mal-entendido”. SERGIO BUARQUE DE HOLANDA, *Raízes do Brasil*, cit., p. 160.

Uno podría afirmar que deberíamos aceptar la propuesta de ATIENZA porque nuestras prácticas serían demasiado “formalistas”. El propio ATIENZA escribió una especie de decálogo, en el que nos indica algunas estrategias para desenmascarar a un formalista⁵⁰. Lo que se expone ahí, y él mismo lo reconoce en la introducción a ese guía, es la *forma* como “dolencia”, como vicio: una suerte de apego a la literalidad de los textos y a la oscuridad de la erudición; cierta tendencia a incurrir en contradicción y el recurso (equivocadamente concebido) a un supuesto rigor lógico. El “formalista” de ATIENZA es de hecho un mal jurista o, en particular, un mal juez. Su actitud ante el Derecho es básicamente autorreferente y la manera con la que venera la lógica y la certeza, además de su tono categórico y rebuscado al manejar el vocabulario, pone de manifiesto, a mi juicio, un jurista que no ha entendido bien ni la dimensión valorativa del Derecho ni tampoco su dimensión autoritativa.

Ese culto a la forma, es verdad, también constituye un elemento de la comunicación – sobre todo jurídica – en *mi* mundo latino. El *hombre cordial* es asimismo un hombre seducido por la belleza de las palabras que poco o nada orientan, por las doctrinas extranjeras cargadas de falsa complejidad o de verdadera oscuridad. MACHADO DE ASSIS, uno de los grandes de nuestra literatura, lo deja magníficamente claro en “*Teoria do Medalhão*”, un pequeño (y actual) texto publicado en un periódico de 1881⁵¹. Se trata de un curioso diálogo entre padre e hijo, en el que el padre aconseja a su hijo cómo tener éxito en la vida: nada de originalidad, nada de ideas propias y espontáneas; es conveniente aprisionar el espíritu leyendo compendios de retórica o determinados discursos y, como la soledad es “oficina de ideas”, no vale la pena salir a caminar sin compañía. Es importante, añade el padre, el empleo de “aforismos jurídicos”, de palabras en latín y, por supuesto, el recurso a la metafísica. Y decreta: “condeno la aplicación, aplaudo la denominación”⁵².

Ahora bien, ese aplauso a la denominación, a la etiqueta y al adorno, esa falta de preocupación con la aplicabilidad de las fórmulas y teorías novedosas, y que a menudo nos conduce a la oscuridad, todo ello no deriva de un excesivo respeto a la dimensión autoritativa del Derecho o de un permanente sentimiento de vinculación a las normas

⁵⁰ MANUEL ATIENZA, “Cómo desenmascarar a un formalista”, *Isonomía*, n. 34 (Abril, 2011), pp. 199-201.

⁵¹ El cuento puede encontrarse en MACHADO DE ASSIS, *Papéis Avulsos*, S.1., Lombaerts & C., 1882. Disponible en www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000230.pdf. Último acceso en 01.04.2016.

⁵² En el original, MACHADO DE ASSIS escribe lo siguiente: “condeno a aplicação, louvo a denominação”.

generales y abstractas. Según BUARQUE DE HOLANDA, nuestros hombres de ideas han estado siempre mucho más interesados en el rasgo artístico de las palabras que en su valor en la práctica⁵³. Eso, por supuesto, se manifiesta de modo más acentuado en el Derecho. La confianza en un sistema de palabras, aunque ese sistema pudiera estar lejos de la realidad, parece haber sido siempre un trazo del jurista de *mi* mundo latino: quizás, en su momento, una confianza excesiva en un sistema de códigos; quizás, en nuestros días, una confianza desmesurada en las palabras de la Constitución.

Pero todo ello – y deseo poner un acento especial en este punto – sin que hubiéramos desarrollado la confianza en la *autoridad* de las leyes y tampoco en la *autoridad* de la Constitución. Es decir: los juristas de *mi* mundo latino siguieron *cordiales* en lo que atañe a los valores formales de legalidad, autoridad, igualdad ante la ley y jerarquía, mientras mantuvieron su vinculación a la belleza de las formas, de las teorías y de las promesas (a veces vanas) de las palabras. Eso, a mi juicio, explica la muy cordial acogida – entre nosotros – de la teoría de los principios y, en particular, del mecanismo de la ponderación. Con independencia de su idoneidad teórica, los principios y la ponderación sí implican una flexibilización a la idea del imperio de la ley. Si nosotros nunca incorporamos con naturalidad los valores del imperio de la ley, me parece natural que una teoría que convierta la aparente rigurosidad en algo más dúctil sea celebrada en *mi* mundo latino. Y creo que podemos ir más allá: además de recibirla en un suelo de *cordialidad*, nuestra mirada hacia ella es la mirada del “formalista” que venera un objeto precisamente por su forma. Por ello, al momento de dar cuenta de la teoría y de sus mecanismos, *aplaudimos la denominación y condenamos la aplicación*.

Volvamos, entonces, a la pregunta fundamental: ¿debemos formar parte del proyecto de filosofía del derecho para el mundo latino propuesto por Manuel ATIENZA? Si la intención de ATIENZA es utilizar una filosofía de corte argumentativo para ayudarnos a superar este “formalismo” en cuanto *vicio*, poniéndose de relieve el deber de fundamentación, el lugar adecuado de la lógica, el estudio de las falacias e incluso la importancia de tener en cuenta las razones subyacentes de las normas, creo que deberíamos aceptar la propuesta. Sin embargo, el proyecto de ATIENZA no se destina esencialmente a este fin. El combate al “formalismo” como *vicio* me parece, por así decirlo, solamente un efecto colateral del proyecto. La base de la propuesta es la tensión

⁵³ SERGIO BUARQUE DE HOLANDA, *Raíces do Brasil*, cit., pp. 163-165.

entre la dimensión autoritativa (que poco tiene que ver con el formalismo en cuanto *vicio*) y la dimensión valorativa del Derecho. El *valor* no está para sanar el lenguaje oscuro o el literalismo. El *valor* está para contraponerse a la *forma*, al procedimiento, a la autoridad.

Para ATIENZA, está claro que la “mejora de la práctica” supone una filosofía jurídica al servicio de los derechos, además de juristas comprometidos con la realización de la justicia plasmada en esos derechos, o sea, juristas comprometidos más con el *valor* y menos con la *forma*. A mi juicio, ese proyecto no es adecuado a *mi* mundo latino precisamente por dos razones. La primera estriba en el hecho de que esa propuesta ya es, desde hace algún tiempo, el modo dominante de comprender el Derecho entre nosotros. De manera muy breve, me referí aquí a la ponderación de principios, pues se trata de una técnica ampliamente aceptada en la doctrina y en nuestros tribunales. Pero no solamente porque se la considera una técnica simplemente útil, sino más bien porque ella forma parte de una comprensión del Derecho que hace hincapié en la centralidad de los derechos fundamentales, con el fin de alcanzar esencialmente lo que quiere ATIENZA: decisiones moralmente justificadas, es decir, decisiones justificadas a la luz de los derechos fundamentales; y, a la postre, decisiones *casi siempre* justas.

La segunda razón por la que pienso que no debemos aceptar esta propuesta es la más importante. Me parece que, por lo que respecta a las características de *mi* mundo latino, el proyecto de ATIENZA fracasa justo en el modo de concebir la “mejora de la práctica”. En el mundo latino de la *cordialidad*, si bien es esencial la práctica argumentativa, no lo es una concepción argumentativa del Derecho, tal y como la entiende ATIENZA. Y ello porque esa filosofía implica, al parecer de modo necesario, cierta prevalencia de la dimensión valorativa del Derecho frente a la dimensión autoritativa del Derecho. Este tipo de *jusfilosofía* prescribe un trato más o menos dúctil a la ley y al procedimiento, en nombre del valor de los derechos, precisamente en un mundo donde la ley y el procedimiento no constituyen valores suficientemente plasmados y arraigados en la cultura de la sociedad y, en particular, en la cultura jurídica.

CONCLUSIÓN

Estoy convencido de que hay que tener en cuenta esos elementos si uno desea dibujar un proyecto de filosofía del derecho para esta región – Brasil o cualquier otra que pueda identificarse con la imagen de la *cordialidad*. Si es verdad que es posible idear una

filosofía del derecho regional, que sirva para enfrentarse a problemas muy marcados en un contexto determinado, también es verdad que esa posibilidad está condicionada a una adecuada descripción sociopolítica de este mismo contexto. Si no nos dedicamos a entender nuestro contexto – y creo que el análisis precedente constituye algo en realidad aún muy embrionario – los esfuerzos para pensar una filosofía jurídica regional pierden mucho de su sentido y relevancia. Es que si no es así, si no tomamos en serio las peculiaridades de cada uno de nuestros *distintos* mundos latinos, ¿de qué estamos hablando finalmente cuando pensamos en una filosofía del derecho *argumentativa* y centrada en la maximización de los valores de la práctica, de los derechos fundamentales?

Estamos hablando, me permito decirlo así, de algo como un *sueño*. Y, para ilustrar lo que digo, también me permito acudir a una cita de un renombrado profesor de Derecho en Brasil – Luís Roberto BARROSO – y que hoy, no por casualidad, es juez de nuestra Corte Suprema. Al comentar la importancia del “constitucionalismo democrático” como el *ideal* que nos queda, BARROSO añade lo siguiente⁵⁴:

Ya no existen ideologías muy amplias a disposición. La revolución no ha venido. No vivimos en un mundo sin países, sin miseria, sin violencia. La desigualdad abismal, en el ámbito doméstico y en el ámbito internacional, sigue siendo un estigma al proceso civilizatorio y a la condición humana.

Al leer a este influyente jurista brasileño, pienso que ATIENZA comparte el mismo *sueño* y la misma pretensión de civilizar el mundo por medio de una filosofía jurídica centrada en los derechos y en la Constitución. Y creo que BARROSO, como jurista práctico y comprometido, ha comprendido bien la tarea que nos propone ATIENZA y la intenta llevar a cabo. En su calidad de juez y de académico, ha expuesto que una de las funciones del juez (y del juez constitucional en particular) es “empujar la historia”, es – por ello – asumir una postura “iluminista”⁵⁵. Me parece que eso es perfectamente compatible con la idea de “hacer avanzar la práctica” sobre la base de los derechos.

⁵⁴ Traducción libre. Vid. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 400.

⁵⁵ Vid. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas* (ponencia). Disponible en <http://s.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. Véase también la manifestación de BARROSO en el ámbito del Supremo Tribunal Federal (ADI 4650-DF, Relator: Min. Luiz Fux, 17.09.2015, p. 10). Una de las justificaciones de su decisión sobre la financiación de campañas electorales descansa sobre la función “iluminista” de la jurisdicción constitucional.

Es innegable que ello supone un desplazamiento sustancial de poder político hacia la jurisdicción. Creo (y ahora no estoy en posición de justificar esa creencia), que eso ha generado en Brasil un fenómeno interesante: el *personalismo* que antes era propio de la política, lo que se suele llamar *culto a la personalidad*, quizás se haya trasladado a la jurisdicción. No sé en qué medida ello pueda ser deseable. Sin embargo, y con independencia de este comentario, me gustaría finalizar recordando una frase de ATIENZA con la que estoy totalmente de acuerdo: “la capacidad argumentativa de los ciudadanos es una condición necesaria para poder calificar a una sociedad de democrática”⁵⁶.

Pues bien. A mi juicio, no hay otra forma de reconocer la importancia de esa capacidad argumentativa sino por medio del refuerzo de los procedimientos de deliberación pública y, en consecuencia, de cierta *deferencia* a los resultados logrados en la arena parlamentaria, que parece ser, en realidad, el espacio de legítima representación argumentativa de los ciudadanos. La propuesta *jusfilosófica* de ATIENZA, en cambio, acaba por poner el acento en la capacidad argumentativa *de los jueces* y, sobre la base de esa premisa, justifica el desplazamiento de poder político hacia la jurisdicción. Una filosofía del derecho así entendida sienta sus bases no en el apoyo a la capacidad argumentativa de los ciudadanos, sino más bien en la continua *desconfianza* con respecto a los resultados de la deliberación política de los ciudadanos y de sus representantes.

Todo ello es aún más preocupante si estamos hablando de *mi* mundo latino, del mundo latino de la *cordialidad*. Si entendí bien las lecciones de algunos de los intérpretes de la sociedad brasileña, nuestra enfermedad radica precisamente en la ausencia de vinculación a las normas generales y abstractas, a las leyes aprobadas en deliberación pública y que deberían aplicarse a todos. Somos *particularistas*, *personalistas* y tendencialmente indiferentes al imperio de la ley. Así que la propuesta de ATIENZA no constituye un antídoto a la enfermedad que padecemos nosotros. Al contrario, puede que sea – ella misma –, al hacer una entusiasmada apuesta en favor de la dimensión valorativa del Derecho, un ingrediente más en el incremento de esta *cordialidad* nuestra. Y me parece que esto es perjudicial para el propio *sueño* de ATIENZA. Si somos *cordiales* en relación con la *autoridad* de las leyes, ¿por qué no seremos *cordiales* en la aplicación y garantía de los derechos fundamentales?

⁵⁶ MANUEL ATIENZA, “Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino”, cit., p. 317.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Trad. Manuel Atienza y Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- ATIENZA, Manuel “A vueltas con la ponderación”, en M. ATIENZA y J.A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2012 (pp. 09-37).
- ATIENZA, Manuel, “Dos versiones del constitucionalismo”, *DOXA*, Cuadernos de filosofía del derecho, 34 (2011), pp. 73-88.
- ATIENZA, Manuel, “Carta sobre la ponderación”, en M. ATIENZA y J.A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2012.
- ATIENZA, Manuel, “Cómo desenmascarar a un formalista”, *Isonomía*, n. 34 (Abril, 2011), pp. 199-201.
- ATIENZA, Manuel, “Contestación a la carta de Juan Antonio García Amado”, en: M. ATIENZA y J.A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, cit. (pp. 133-138).
- ATIENZA, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid, Ed. Trotta, 2013.
- ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2012.
- ATIENZA, Manuel, *Podemos hacer más: otra forma de pensar el Derecho*, Madrid, Pasos Perdidos, 2013.
- ATIENZA, Manuel, “Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca”, *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 37 (2014), pp. 299-318.
- ATIENZA, Manuel, “Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino”, *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007), pp. 661-663.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, J., “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomía*, n. 27 (Octubre, 2007), pp. 07-28.
- BARROSO, Luís Roberto, *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas* (ponencia). Disponible en <http://s.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>.
- BARROSO, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo, Saraiva, 2009.
- BAYÓN, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Miguel CARBONELL y Leonardo GARCÍA J. (ed.), *El canon neoconstitucional*, Madrid: Editorial Trotta, UNAM, 2010, (pp. 285-354).
- BELLOLIO, Flavia Carbonell, “Sobre la idea de decisión judicial correcta”, *Analisi e diritto*, 2015, pp. 11-46.
- BUARQUE DE HOLANDA, Sergio, *Raízes do Brasil*, 26 ed. São Paulo, Companhia das Letras, 2004.
- CHIASSONI, Pierluigi, “Carta abierta a un maestro del (neo) constitucionalismo”, *Analisi e diritto*, 2010, pp. 287-295.
- DAMATTA, Roberto, *Carnaval, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*, 6ed., Rio de Janeiro, Rocco, 1997.

FAORO, Raymundo *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*, 3ed., Rio de Janeiro, Globo, 2001.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio “Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza”, en M. ATIENZA y J.A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Palestra/Temis, Lima/Bogotá, 2012 (pp. 39-85).

GEORGE, Robert P., *Conscience and its enemies: confronting the dogmas of liberal secularism*, Wilimington/Delaware, ISI books, 2013.

HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Trad. Willian Rehg. Cambrigde, The MIT Press, 1996.

KLATT, Matthias (ed.), *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*, New York, Oxford University Press, 2012.

MACHADO DE ASSIS, *Papéis Avulsos*, S.1., Lombaerts & C., 1882. Disponible en www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000230.pdf.

MORESO, José Juan, “Acerca del neoconstitucionalismo”, en José Juan MORESO, *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid, 2009 (pp. 223-233).

MORESO, José Juan, “El reino de los derechos y la objetividad de la moral”, en José Juan MORESO, *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid, 2009 (pp. 69-93).

WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, New York, Clarendon Press, 1999.