

APUNTALANDO HACIA UN NORTE JURÍDICO: LA IMPORTANCIA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN EL SIGLO XXI

Entrevista a Manuel Atienza Rodríguez**

Entiempos de tensión entre la globalización y el regionalismo, es necesario tener un norte claro respecto a los temas que rodean el quehacer jurídico. La ética, la justicia y la argumentación son algunos elementos que estructuran un paradigma jurídico contemporáneo, "post positivista" o "neo constitucional"; el cual afirma concebir una respuesta correcta con el objeto de solucionar adecuadamente las controversias intersubjetivas que puedan presentarse.

Aprovechando la visita del profesor Manuel Atienza por la distinción de Doctor Honoris Causa conferida por la Pontificia Universidad Católica del Perú, THEMIS-Revista de Derecho tuvo la oportunidad de conversar sobre los desafíos de la Filosofía del Derecho en la actualidad dentro del esquema del Estado Constitucional.

* La presente entrevista fue realizada por Patricio Ato del Avellanal y Juan Luis Balarezo, miembros de THEMIS.

** Catedrático del Departamento de Filosofía del Derecho en la Universidad de Alicante. Miembro y Vicepresidente del Comité Ejecutivo de la Asociación Mundial de Filosofía Jurídica y Social. Director de la revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Doctor Honoris Causa por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. ¿Cómo decidió dedicarse a la Filosofía del Derecho? ¿Cuáles fueron sus motivaciones primarias y cómo las contempla hoy en día?

Yo, en principio, no pensaba estudiar Derecho. Probablemente le pase a mucha gente porque el Derecho es algo que exige bastante madurez. Normalmente una persona muy joven realmente no sabe lo que es el Derecho. Creo que empecé a estudiar en la universidad cuando tenía diecisiete años. Creo que a algunos les acaba por gustar lo que es el Derecho, pero diría que es bien difícil que alguien pueda tener una vocación por el Derecho cuando empieza sus estudios si ocurre como pasa en España que se empieza a una edad muy joven. En Estados Unidos, por ejemplo, se empieza a una edad más tardía; bueno, puede cambiar.

Mis intereses en aquella época eran más bien filosóficos e incluso periodísticos. He querido estudiar periodismo y, de hecho, luego lo estudié. En cierto modo diría que estaba un poco predeterminado a ocuparme de la Filosofía del Derecho –de lo que por otro lado estoy muy contento. Realmente creo que nunca me he arrepentido y creo que es una buena combinación de lo que es, diríamos, la importancia práctica que tiene el Derecho y el análisis teórico.

2. ¿Qué papel juega la Filosofía del Derecho en la globalización? Es decir, en un contexto en el cual los sistemas jurídicos se acercan más entre ellos, ¿de qué nos serviría la Filosofía del Derecho?

Yo diría que tendría que jugar un papel fundamental pero no sé si lo terminará de jugar o no. Pero para intentar entender el fenómeno de la globalización y el Derecho y poder manejarse en un contexto en donde juegan diversos sistemas jurídicos, lo más importante que el jurista tendría que tener es una formación precisamente en los aspectos generales del Derecho, que es de lo que se ocupa la Teoría del Derecho. O sea que, lo que importa no son tanto los contenidos porque los contenidos, como sabemos, están cambiando incesantemente, sino las estructuras más generales, las técnicas de argumentación, etc. Y también por lo que hace más a los contenidos, diríamos los grandes principios del Derecho.

3. ¿Qué opina usted sobre la postulación de una manera global de concebir el Derecho?

Soy completamente escéptico respecto al llamado Proceso de Boloña¹; particularmente, tal como se ha producido en España. En mi opinión, va a producir un descenso en la calidad de los estudios jurídicos, sobre todo del pregrado. Probablemente la “salvación” tendría que venir de los posgrados. No sé si va a ocurrir. En realidad es un proceso que está lleno de contradicciones: por un lado, se supone que efectivamente el objetivo es volver más homogéneos los estudios de Derecho, pero lo que se ha hecho en España es que se cambiaron todos los planes de estudio de cada una de las facultades de Derecho; que no hay ningún elemento común, o sea que cada una de las facultades ha podido hacer sus planes de estudio sin ningún límite ni exigencia de que tenga que haber algunos mínimos comunes y el resultado que hoy tenemos es que los planes de estudios de las diversas facultades de Derecho en España son más heterogéneos de lo que lo eran antes, lo cual es una medida discutible, de cara a lo que hoy presuntamente tendríamos que conseguir.

El Derecho es una disciplina distinta a otras disciplinas. Imaginemos la Matemática o la Biología. Naturalmente, si uno estudia Matemática en España, pues es lo mismo que si lo estuviese estudiando en Alemania o en Rusia o en los Estados Unidos. El Derecho, no. Hay una famosa clasificación tradicional: “el Derecho es una ciencia de cada pueblo”². Hoy en buena medida lo sigue siendo. Naturalmente, hay algunos elementos comunes de lo que se llama el Derecho Transnacional, pero todavía sigue pivotando fuertemente sobre un fenómeno que es nacional. O sea que si uno estudia el Derecho Civil español, pues es muy distinto del Derecho Civil del *Common Law* en Inglaterra y lo mismo con el Derecho Penal.

Entonces, yo creo que efectivamente no se tuvieron en cuenta estas circunstancias que son fundamentales. Bueno, en algunos países sí que lo tuvieron en cuenta: Alemania no está dentro del proceso de Boloña. Por lo que sé, tampoco está Francia, ni Inglaterra, ni creo que Polonia. Italia estuvo pero dio marcha atrás. En mi opinión esto del Proceso de Boloña, por lo que se refiere a Derecho, es más que nada un programa publicitario. Creo que incluso los rectores y muchas autoridades universitarias en España han perdido de vista sencillamente lo que son objetivos sustantivos y lo único que les interesa es una cuestión de *marketing*.

¹ Para mayor información sobre el Proceso de Boloña, revisar <http://www.queesbolonia.es/>

² Autores como Hegel (*Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*. Ditzingen: Reclam, 1986) y Savigny (*System des heutigen römischen Rechts*, I, & 7, Scientia Verlag, Aalen, 1981 Bd. 1, p. 14) postulan esta idea del Derecho.

4. Teniendo en cuenta el debate sobre los distintos paradigmas jurídicos, ¿hasta qué punto es posible alcanzar la justicia por medio del Derecho?

Bueno, ese es el reto que tiene un jurista. Ese debe ser el lema, el Principio que tiene que orientar, por ejemplo, la labor de un juez. Nuestros derechos, los derechos del Estado Constitucional, tienen una serie de características importantes: tenemos una Constitución densa en Principios y en Derechos Fundamentales. La Constitución es norma obligatoria, esto da a los jueces una gran maniobrabilidad para lograr esto y yo diría que casi siempre es posible lograrlo. Una solución justa sin infringir el Derecho positivo. Probablemente haya algunos casos residuales en los que no.

El trabajo del jurista y del juez es éste y por eso no es lo mismo discutir un problema desde el punto de vista jurídico o argumentarlo, que desde un punto de vista moral. Algunos diríamos que no tendría este límite. Por eso también diríamos que los jueces tienen que ser conscientes de que ellos tienen ciertos límites, que no se trata sencillamente de lograr la justicia de cualquier manera. No puede ser de cualquier manera. Tiene que ser a través del Derecho porque, precisamente, el que sea a través del Derecho, es la forma de satisfacer valores muy importantes que son los que de manera concisa solemos llamar los del Estado de Derecho, *rule of law*, etc.

5. Según su visión del Derecho, ¿cabría hablar dentro de la resolución de controversias de una única respuesta correcta en el marco de los Derechos del Estado Constitucional?

La única respuesta correcta, efectivamente, es lo que uno debe pretender. Así es, por ejemplo, como lo ven algunos autores como Alexy³, que me parece que tiene razón. En cierto modo también Dworkin⁴, dado que ve las cosas de una manera muy parecida. Es una idea regulativa, diríamos, en sentido kantiano⁵. Bueno, se puede lograr casi siempre. Por ejemplo, si se trata de aplicar una ley de inmigración, una cuestión que se está discutiendo en los diarios: Estados Unidos tipifica como delito sencillamente el haber ingresado de

manera ilegal. Por cierto, en España y en Europa tenemos normas parecidas de expulsión de los extranjeros. El juez que tenga que aplicar esa norma, pues difícilmente podrá conseguir una solución justa de acuerdo con el Derecho porque el Derecho en ese caso es sencillamente injusto, pero diría que estas son más bien cuestiones excepcionales. Entonces, teniendo en cuenta esta amplitud que hoy tienen los sistemas jurídicos del Estado Constitucional, diría que casi siempre es posible esa respuesta correcta.

6. La doctrina alemana sobre la "Verhältnismässigkeit"⁶ es la que señala al Principio de Proporcionalidad como instrumento idóneo para la ponderación de derechos, dado que esta objetiva el análisis. ¿Cuán conveniente resulta que un juez pueda evitar la ponderación tomando como premisa esta misma en sentido estricto?

La ponderación se supone que es el procedimiento argumentativo que tiene que manejar un juez cuando no tiene a su disposición reglas específicas, sino que tiene Principios. A propósito entonces de la ponderación, digamos de la proporcionalidad, donde aparece esta famosa doctrina de Alexy que muchos Tribunales Constitucionales y Supremos siguen, sobre todo en Latinoamérica⁷; lo que viene a decir Alexy es algo relativamente trivial. Decir que tiene razón porque en el fondo la idea de proporcionalidad, lo que quiere decir, es que los beneficios que se obtienen, los beneficios para los Derechos Fundamentales por la adopción de una medida, no tienen que ser superiores al coste. Por esto también en términos de sacrificio de otros derechos. Entonces, naturalmente, esta es una idea elemental de justicia.

Ahora, en la doctrina de Alexy hay también una especie de propósito de matematizar esa idea. Entonces, él formula lo que llama la "fórmula del peso"⁸ y piensa que se puede llevar a cabo un cálculo. Creo que este es un uso metafórico y equívoco de la matemática, que realmente no aporta nada en términos de rigor, y tiene riesgos de hacer pensar a la gente y a los juristas que basta con seguir una fórmula para que la solución esté justificada. Y no, me parece que hay que tener

³ ALEXY, Robert. "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica". En: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho 5. 1988. pp. 139-151.

⁴ DWORKIN, Ronald. "Los Derechos en serio". Barcelona: Ariel. 1989.

⁵ KANT, Immanuel. "Crítica del juicio". Madrid: Espasa-Calpe. 2007.

⁶ Sobre el Principio de Proporcionalidad en la doctrina alemana, revisar: HIRSCHBERG, Lothar. "Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit". Göttingen: Schwarz. 1981.

⁷ ALEXY, Robert. Op cit. Loc cit.

⁸ ALEXY, Robert. "On Balancing and Subsumption. A structural comparison" En: Ratio Juris 10. 2003. pp. 433-449.

en cuenta el peso abstracto de los Principios. Debemos ver esas ideas de Alexy, haciendo abstracción del caso concreto: ¿hasta qué punto me parece que la vida es muy importante? ¿Debemos darle mucho peso o no? ¿O menos peso que la libertad? Y luego, en el caso concreto, dadas estas circunstancias, en este caso: ¿tiene la vida más importancia o menos que, imaginemos, la autonomía? Y luego, lo que viene a decir Alexy: ¿hasta qué punto estamos seguros, si vamos a tomar esta medida, se va a producir la satisfacción de tal interés o de tal bien?

Bueno, esto está bien, pero debemos tomarlo de manera instrumental y pragmática. Y no pensar que verdaderamente hemos descubierto una especie de fórmula, de piedra filosofal, que resuelva las cuestiones. Creo que es muy importante insistir en que la ponderación no es un procedimiento arbitrario. Es un procedimiento racional en el sentido de que, efectivamente, hay criterios de racionalidad para controlarla; pero por cierto, no son los criterios de la racionalidad matemática. Son criterios más débiles.

7. ¿En qué medida las directrices deben verse como únicos mandatos de optimización?

Esto es una cuestión teórica que tiene también que ver con la manera de entender los principios hoy en día. Por ejemplo, por parte de Alexy, tiene que ver con lo que hablamos sobre la ponderación. Alexy dice que todos los principios son mandatos de optimización⁹. Son normas que dicen: “debes de hacer esto en la medida de las posibilidades que te ofrecen las normas y las posibilidades fácticas que tienen”. Otros, en un artículo que escribí con un colega de Alicante, Juan Ruiz Manero, sostienen que hay dos tipos de Principios¹⁰, unos Principios podemos verlos en términos de mandatos de optimización. Por ejemplo, la Constitución española se refiere al Principio de que todos los españoles deberían de disfrutar de una vivienda digna. Bueno, esto parece que es distinto a cuando hablábamos del Principio de Igualdad ante la Ley, porque una vivienda digna quiere decir que el Estado debe de implementar políticas económicas para lograr eso. Mientras que el Principio de Igualdad ante la Ley parece que tiene otra naturaleza y que si a uno le tratan de alguna manera contraria al Principio, pues puede establecer una reclamación, plantear algún recurso de amparo. Eso es un poco de lo que hay en el trasfondo.

Entonces, Alexy ve todos los Principios de la misma manera: como mandatos de optimización. Lo que se discute es si es preferible hacer una articulación y decir: “algunos Principios tienen esa estructura, pero otros Principios quizás tienen una estructura diferente”. De nuevo también, esta distinción luego desde el punto de vista práctico puede ser más o menos relevante por lo siguiente: como suele ocurrir en las teorías, Alexy parte de que todos los Principios son iguales. Sí, pero luego cuando uno observa cómo entiende él la ponderación, en realidad, está introduciendo la distinción entre los diversos tipos de Principios a través de lo que él llama el “peso abstracto de los principios”¹¹. O sea que si tú dices: “todos los Principios son mandatos de optimización”, sí, pero luego, para referirnos a los dos anteriores, el Principio de Igualdad ante la Ley tiene un mayor peso abstracto. Bueno, pues eso es aproximadamente lo mismo que quiere decirse cuando, del otro lado, se dice: “distingamos estos dos tipos de Principios”.

8. ¿Por qué sería menester en la actualidad seguir la visión de autores como Robert Alexy o Ronald Dworkin, los cuales proclaman al Derecho como una práctica social?

Primero, mi consejo a cualquier jurista o cualquier estudiante de Derecho es que no considere que uno deba seguir tal o cual doctrina. Yo invitaría más bien a ser pragmático instrumental y más bien diría tomar aquello que le resulte conveniente o útil de cada una de las teorías que se ofrece en el mercado de las ideas. A veces lo que ocurre es que si uno ha prestado juramento a tal doctrina, entonces se siente obligado a seguir a esa doctrina en todos sus elementos cuando alguno de ellos lo pueden llevar a cosas absurdas o cosas indeseables para él. Así que yo diría que debemos ver las doctrinas, las teorías del Derecho, como lo que son: como artefactos que están bien en la medida en que nos permitan satisfacer los objetivos a partir de cada caso.

Ahora, en el debate contemporáneo, una de las grandes discusiones se cifra entre los autores positivistas y los no positivistas o, podríamos decir, los “*post positivistas*”. Esto lo menciono para indicar que no ser positivista no sería decir volver a la idea del Derecho Natural. Aunque aquí también dependería de qué es lo que uno entiende por Derecho Natural. Tampoco habría que empeñarse mucho por ser “*anti iusnaturalista*”

⁹ ALEXY, Robert. “Teoría de los Derechos Fundamentales”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. p. 161

¹⁰ ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. “Sobre Principios y Reglas” En: “Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho”. 10. 1991. pp. 101-120.

¹¹ ALEXY, Robert. Op cit.

o por sustancializar los términos. Depende de cómo lo entendamos. Creo que la gran diferencia entre los autores positivistas de hoy en día y los "post positivistas" es que los primeros tienden a ver el Derecho únicamente como sistema, como un conjunto de normas o algo que está ahí. Entonces, el jurista teórico lo que tiene que hacer es dar cuenta de esto. Y lo que viene a decir Alexy, Dworkin y otra serie de autores, creo que siempre ha estado, por cierto, en la misma tradición que viene de muy lejos. Por ejemplo, sin ir muy lejos, los realistas tenían una idea parecida de esto: es que el Derecho es más bien una actividad práctica, diríamos, es una empresa y debemos fijarnos sobre todo en los fines de satisfacer esta empresa y que entonces, en el sistema jurídico, las normas son materiales, los materiales que hay que manejar para esto.

En ese sentido diríamos que es un punto de vista más funcional, más dinámico, del Derecho y creo que en ese sentido es preferible. Pero, por ejemplo, si uno dice: "la visión más adecuada del Derecho sería la "post positivista" o "neoconstitucionalista", tampoco quiere decir eso, por lo tanto, que nos olvidemos de todos los positivistas de la tradición positivista, porque en esa han elaborado y se siguen elaborando, por cierto, muchas distinciones, análisis conceptuales que son de gran interés.

9. ¿Cómo creería usted que se puede superar al positivismo jurídico sin tener que recurrir al mismo como medio de reafirmación en una nueva visión del Derecho?

Yo escribí hace algunos pocos años con un colega de Alicante, Juan Ruiz Manero, un artículo que titulamos: "Dejemos atrás al Positivismo jurídico"¹² y lo que ahí sostuvimos fundamentalmente es que no es tanto que los positivistas cometan algún tipo de error teórico –generalmente, las teorías positivistas más elaboradas como la de Hart no lo cometen¹³– sino que la visión positivista del Derecho no permitía dar cuenta de cuestiones muy importantes y no le suministraba al jurista

práctico los instrumentos adecuados para poder enfrentarse a los problemas y poder manejarse en el Derecho adecuadamente, desde un punto de vista más pragmático.

10. Nuestra universidad lidera un proyecto de normas de conducta profesional del abogado, que incluye parámetros de comportamiento frente a su cliente y a la sociedad. En el contexto de la regulación profesional, ¿se puede hablar de una ética objetiva y exigible moralmente?

Una ética tendría ser moralmente exigible sino algo no marcharía bien. Hoy está, digamos, muy en boga ocuparse de los problemas de las éticas profesionales, de la ética aplicada, en el campo del Derecho: la ética judicial, la ética de los abogados. En parte, es por darse cuenta de que únicamente con instrumentos jurídicos, digamos, con el Derecho Positivo no se pueden resolver todos los problemas. Por ejemplo, la idea de lo que significa ser un buen juez o ser un buen abogado no es sencillamente el no transgredir las normas jurídicas, sino que hay algo más –podemos decir el "juez excelente", el "abogado excelente"– sencillamente el que no comete delitos y no es susceptible de que se vayan contra él por una cuestión de responsabilidad civil o algo por el estilo, sino que muestra una excelencia que es aquello a lo que apuntan los códigos profesionales. Entonces, en ese sentido, es una cuestión importante.

En el caso de los abogados, un problema es cuáles son los límites que puede manejar el abogado cuando trata de defender los intereses de un cliente. Por cierto, naturalmente, un abogado tendrá que defender esos intereses a diferencia del punto de vista del juez, que a él le pedimos independencia. Al abogado no le puedes pedir independencia, pero sí le puedes pedir que defienda los intereses dentro de ciertos límites. Algunas cosas no debería poder hacerlas como por ejemplo el problema del conflicto de intereses, entre otros.

¹² ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. "Dejemos atrás al Positivismo Jurídico". En: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho 27. 2007. pp. 7-28.

¹³ HART, Herbert. "Positivism and the Separation of Law and Morals". En: Harvard Law Review 71. 1958. pp. 593-629.