

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

MIGRACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Contenido

CARLOS RAMOS NUÑEZ <i>Presentación</i>	15
Migración y derechos fundamentales	
LUIGI FERRAJOLI <i>Políticas contra los migrantes y crisis de la civilización jurídica</i>	29
FELIPE GONZÁLEZ MORALES <i>Los estándares internacionales sobre derechos humanos de la niñez migrante y la opinión consultiva de la Corte Interamericana</i>	53
GABRIEL GUALANO DE GODOY <i>Comunidade e seus outros - Comunidad y sus otros</i>	77
JAVIER DE LUCAS <i>Sobre migraciones y Constitución: Extranjeros e inmigrantes en la Constitución española de 1978</i>	99
MARÍA CONCEPCIÓN TORRES DÍAZ <i>El derecho de asilo en los casos de trata con fines de explotación sexual: análisis jurisprudencial desde una visión sensible al género</i>	113
ISABEL BERGANZA SETIÉN <i>Las personas venezolanas en Perú: entre la perspectiva de los derechos humanos y la seguridad</i>	165
JOSÉ KOEHLIN <i>Migración venezolana al Perú</i>	189
CARMEN PÉREZ GONZÁLEZ <i>Migraciones y Constitución española</i>	211

Discurso

- GABRIEL GUALANO DE GODOY
Premio Regional de Sentencias sobre Acceso a la Justicia para Personas Migrantes y Refugiadas en las Américas..... 233

Entrevista

- JAVIER ADRIÁN
Entrevista al profesor Manuel Atienza..... 241

Miscelánea

- CLAUDIO NASH ROJAS
La violencia sexual contra las mujeres ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El largo camino desde la invisibilización a una protección integral..... 269

- MARTHA CECILIA PAZ
Propuesta para una nueva jurisprudencia. Colombia frente al caso Artavia..... 305

- CARMEN MONTESINOS PADILLA
Estabilidad presupuestaria, déficit público y medidas anti crisis. El impacto de la política económica europea en la doctrina del Tribunal Constitucional español en materia de derechos sociales..... 335

- JOSÉ VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE
Algunos sentidos de derrotabilidad..... 365

- LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ
Rol del Tribunal Constitucional peruano en materia laboral y previsional..... 393

Jurisprudencia comentada

- OMAR CAIRO ROLDÁN
La cuestión de confianza y el Tribunal Constitucional. Comentario a la STC 0006-2018-PI/TC..... 421

- NADIA IRIARTE PAMO
Derechos de los migrantes. Comentario a la STC 02744-2015-PA/TC..... 431

MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE
La violencia contra las mujeres. Un problema de relevancia constitucional.
Comentario a la STC 05121-2015-PA/TC..... 443

SUSANA TÁVARA ESPINOSA
El criterio jurisprudencial en materia de intereses moratorios en la
jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
Comentario a la STC 04532-2013-PA/TC..... 453

Reseñas

NATALINA STAMILE
La letra de la ley. Historia de las constituciones del Perú..... 461

MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE
Jurisprudencia relevante del Tribunal de Garantías Constitucionales..... 467

CAMILO SUÁREZ LÓPEZ DE CASTILLA
El hábeas corpus en la actualidad. Posibilidades y límites..... 473

Entrevista al profesor Manuel Atienza*

 JAVIER ADRIÁN**

El derecho de hoy, el de los Estados constitucionales, es uno que está en permanentes cambios. No solo ha cambiado el concepto de derecho, sino las formas de interpretarlo y de argumentarlo, además del rol que desempeñan los jueces. Precisamente, una de las áreas del derecho que se encarga de analizar, criticar y reflexionar sobre estos cambios es la filosofía del derecho. Pero no solo tiene dichas tareas, sino también la tarea de proponer cambios sustanciales en nuestras sociedades, sobre todo en las latinoamericanas, tan caracterizadas, por ejemplo, por la desigualdad o por la falta de reconocimiento de ciertas comunidades o grupos sociales.

Es debido a esta importancia de la filosofía del derecho en el cambio social, entre otros temas, que conversamos con el profesor Manuel Atienza, uno de los más destacados filósofos en habla hispana. La entrevista la hemos estructurado del siguiente modo: I. Teoría del derecho: argumentación jurídica; II. Teoría del derecho: razonamiento judicial; III. Teoría del derecho: positivismo jurídico; IV. Derechos humanos; V. Filosofía política; y, VI. Enseñanza del derecho. Agradecemos al profesor Manuel Atienza por esta entrevista.

241

I. TEORÍA DEL DERECHO: ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1. Empezando por el tema de argumentación jurídica, se ha sostenido que los trabajos sobre argumentación jurídica de Robert Alexy y Neil MacCormick forman parte de lo que se conoce como la Teoría estándar de la argumentación jurídica. Llama la atención que estos autores

* Realizada en Lima, en diciembre de 2017.

**Magíster en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y especialista Universitario en Argumentación Jurídica en la Universidad de Alicante. Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú.

hayan coincidido en ideas esenciales de dicha teoría pese a pertenecer a familias jurídicas distintas como son el *common law* y el *civil law*. ¿Cuáles son esos elementos de coincidencia entre ambos autores?

Manuel Atienza (MA): Los dos autores escriben sus obras de referencia a finales de los años 70 y toman en cuenta, naturalmente, los anteriores desarrollos teóricos. Yo creo haber sido el primero en hablar de precursores y de representantes de la teoría estándar. Los precursores, como Chaïm Perelman, Theodor Viehweg y Stephen Toulmin, entre otros, se caracterizaron por contraponer la lógica deductiva a «nuevos» métodos que ellos propugnaban: la retórica, la tópica o la lógica informal. Pero lo plantearon en términos de oposición, y ellos optaron por una concepción no lógico-deductiva del razonamiento jurídico y, en general, del razonamiento práctico. Sin embargo, tanto Alexy como MacCormick, quienes construyen la teoría estándar, lo que proponen son teorías integradoras que tratan de combinar el razonamiento lógico deductivo con un tipo de razonamiento que iría mas allá, que en cierto modo viene a coincidir (aproximadamente) con lo que los precursores planteaban y se conecta también con un movimiento que había tenido lugar a finales de los 60, que se llamó «la recuperación de la razón práctica». Una de las aportaciones fundamentales de los autores de la teoría estándar de la argumentación jurídica, es la necesidad de distinguir entre la justificación interna y la justificación externa. La idea es que en los casos fáciles todo lo que se necesita para justificar una decisión, para argumentarla adecuadamente, es manejar la lógica y el silogismo judicial, que ahora se bautiza con el nombre de justificación interna. Mientras que en los casos difíciles no es que eso desaparezca, sino que, además de la justificación interna, se necesita la argumentación externa, es decir, las razones de por qué se establecen la premisa normativa y la premisa fáctica de una determinada manera. Esos razonamientos son los que se dice que ya no pueden ser exclusivamente razonamientos lógico-deductivos. Ahí es donde ingresan esos criterios de racionalidad práctica.

242

2. Teniendo en cuenta que ambas familias jurídicas difieren, por ejemplo, en la importancia de la argumentación oral o escrita, ¿cuál de estas considera usted que es el mejor tipo de argumentación?

MA: Las diferencias entre esas dos tradiciones no tienen solo que ver con la

mayor o menor importancia de la argumentación oral o escrita. Lo que está detrás de los planteamientos de MacCormick es un sistema de *common law*; concretamente el *common law* de Escocia, que tampoco es exactamente igual que el *common law* inglés. Por el contrario, la tradición jurídica de Alexy es la alemana, en donde tiene un gran peso la argumentación de la dogmática jurídica. Lo interesante del caso es que, a pesar de todas esas diferencias, los puntos en común son muchos y el planteamiento teórico de uno y otro autor, muy parecidos; seguramente porque sociedades con un grado de desarrollo semejante tienen también sistemas jurídicos funcionalmente equivalentes y necesitan de teorías jurídicas muy parecidas entre sí. Hay algunas diferencias; por ejemplo, el precedente tiene más fuerza en los sistemas de *common law*; pero nosotros no podemos prescindir tampoco del precedente como vemos que ocurre, de una manera particularmente patente, en el caso de las cortes constitucionales.

3. Pero quizás la argumentación escrita podría generar más predictibilidad

MA: Claro, pero la argumentación en el *common law* también es en muy buena medida escrita. O sea, en lo que se centran autores como MacCormick es en la argumentación de los Tribunales Supremos o Constitucionales, que es escrita. La Corte Suprema de los Estados Unidos, que tiene que resolver lo que podríamos considerar como los casos más difíciles en ese país, motiva sus decisiones por escrito. Otra cosa es que haya también un tipo de argumentación (descuidada por lo que he llamado la teoría estándar de la argumentación jurídica) que merecería atención y que, efectivamente, se produce oralmente: el alegato de un abogado ante un jurado o el interrogatorio de un testigo. Y sobre ello, por cierto, no conviene olvidar la tradición más antigua en el estudio de la argumentación jurídica: la retórica, que se basaba fundamentalmente en la oralidad.

4. Hablando de argumentación oral, cabe mencionar que en el Perú actualmente se está implementando progresivamente un nuevo Código Procesal Penal, el que tiene, entre otras características, una mayor incidencia de la argumentación oral. Se piensa que esto genera inmediatez, puesto que el juez tiene una directa relación con las partes, con los medios probatorios y que podría hacer un juicio más certero respecto a lo que va a decidir. El problema o, si se quiere, la debilidad

de la argumentación oral es que es muy rápida e inmediata. ¿Qué se requiere para argumentar mejor de modo oral?

MA: Lo primero que quiero decir es que en Perú, y no solamente aquí sino en casi todos los países latinoamericanos, se ha producido en los últimos tiempos un fenómeno de asunción del sistema de la oralidad de manera completamente acrítica e ideologizada; es lo que Taruffo ha llamado el mito de la oralidad. Parte de un supuesto que, sencillamente, es falso: que la oralidad, la argumentación oral, es siempre preferible a la escritura, a la argumentación escrita. Pero no es así. La oralidad tiene algunas ventajas, como la rapidez y la inmediatez; pero también inconvenientes muy serios: las argumentaciones más reflexivas suelen tener una forma escrita. O sea, la escritura contribuye a un juicio más reflexivo. La construcción de este mito está llevando, me parece, a consecuencias muy negativas. Yo creo que convendría mucho promover investigaciones empíricas, serias, para conocer qué es lo que realmente está ocurriendo. Porque con frecuencia, cuando preguntas a los jueces y a los profesionales del derecho, su opinión al respecto, ellos suelen mostrarse muy entusiastas: los juicios son ahora mucho más rápidos, te dicen, de manera que ahora se pueden resolver muchos más casos que antes. Pero, claro, el problema es que ese no puede ser el único parámetro para medir la calidad de la justicia. Lo que habría más bien que preguntarse es: ¿Pero se están resolviendo mejor los casos? Y ahí es donde puede venir muy bien recordar algo bien conocido por toda la tradición retórica. Los elementos menos racionales, más emotivos, de la argumentación, son más fáciles de vehiculizar a través de la argumentación oral. La argumentación escrita exige una mucha mayor reflexión, y esa es, por cierto, la razón de que Perelman y Olbrecht-Tyteca pusieran a su célebre libro el título de «Nueva» retórica: querían evitar la mala fama que arrastraba la retórica debido precisamente a la oralidad. En resumen, que lo sensato, me parece a mí, sería articular, combinar adecuadamente, elementos de escritura y elementos de oralidad. No es que yo sea enemigo de la oralidad, sino que la oralidad tiene tanto ventajas como desventajas.

244

5. Algunas teorías de la argumentación jurídica como la de Perelman o Viehweg comparten la crítica a la lógica en el sentido que resulta insuficiente para dar cuenta de una argumentación jurídica correcta. Esto ha llevado a propuestas que buscan optimizar la retórica o la tópica, por ejemplo. Más allá de la importancia de tales aportes pareciera que

hoy se ha descuidado profundizar también los estudios de la lógica y su rol en la argumentación jurídica. ¿Qué piensa usted sobre ello en particular?

MA: No es que se haya descuidado, sino que quizás esas dos tradiciones en el estudio de los argumentos han ido por caminos paralelos y se han cruzado pocas veces. Pero hay muchos estudios sobre argumentación desde una perspectiva estrictamente lógica; y, por cierto, un peruano, Francisco Miro Quesada, es uno de los precursores en la utilización de la lógica deductiva moderna, la lógica matemática, en el campo del derecho. En Latinoamérica hay autores muy importantes en lo que se refiere a la lógica jurídica; quizás los más importantes de todos hayan sido los argentinos Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, cuyo libro sobre los sistemas normativos puede ser considerado como el mejor ejemplo de aplicación de los instrumentos lógicos al derecho. Lo que pasa es que, como antes decía, los precursores de las teorías de la argumentación jurídica cometieron el error de contraponer la lógica a la tópica o a la retórica, en lugar de ver ambas tradiciones en el estudio de los argumentos como lo que realmente son: complementarias. Un ejemplo de esa manera complementaria, equilibrada, de ver las cosas nos la encontramos, por ejemplo, en Aristóteles: para él, los argumentos lógicos formaban parte de las pruebas retóricas, pero en la retórica había más que lógica. Algo, yo diría, bastante obvio pero que, unos y otros, tienden a olvidar: en la argumentación jurídica (en el estudio del derecho) necesitamos de la lógica, pero también de otras tradiciones en el estudio de los argumentos.

6. En el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica, existen hoy muchos trabajos que apuntan sobre todo a cómo mejorar la argumentación jurídica en materia constitucional, de familia, etc. y a profundizar en el tema de contenidos jurídicos, pero quizás no existe esa misma atención a la argumentación sobre hechos. ¿Qué piensa al respecto?

MA: En algunos de los primeros libros que escribí sobre argumentación, concretamente uno que se llamó *Las razones del derecho*, publicado en 1991, ya señalaba ese déficit. En ese momento no había estudios sobre argumentación en materia de hechos. Pero ahora las cosas ya no son así: no es que haya algunos, sino que hay muchos. Es más, ahora se ha

convertido en una especie de moda. Yo creo incluso que se ha exagerado su importancia, en el sentido de que lo que se puede decir o aprender al respecto (en un curso sobre la materia) no es demasiado. Quiero decir, el tema es de enorme importancia práctica, pero los elementos teóricos uno los puede aprender con relativa facilidad. Por ejemplo, no me parece que haya mucha teoría relevante en relación con el estándar de prueba; por mucho que se escriba sobre ello, lo que me parece que queda son algunas cosas más bien de sentido común.

7. ¿Cuál cree que es la situación actual de los estudios de argumentación jurídica en España y en Latinoamérica?

MA: Bueno, creo que atravesamos un momento en el que existe un gran interés en estos estudios. Pero quizás nos falte ponernos de acuerdo en algunos esquemas básicos, necesarios para que pueda darse un desarrollo útil. No creo que sea una buena idea que cuando uno empieza a estudiar algo sobre argumentación, en seguida quiera elaborar una nueva teoría argumentativa del derecho o cosas por el estilo. Aunque pueda parecer extraño que lo diga, yo creo que los afanes de originalidad no son buenos, o por lo menos no siempre. En el campo de la argumentación jurídica estamos, en mi opinión, en una fase de construcción en la que, por así decirlo, ya disponemos de los ladrillos, de los materiales, y de lo que se trata es de ver cómo ensamblarlos adecuadamente. Por otro lado, como antes decía respecto a la argumentación en materia de hechos, los cursos de argumentación jurídica, en general, no tendrían que centrarse, como muchas veces ocurre, casi exclusivamente en la teoría, sino, mucho más, en la práctica de la argumentación. No se puede aprender a argumentar simplemente estudiando un tratado teórico de argumentación jurídica (aunque, naturalmente, puede ayudar), sino argumentando. Este es un campo en que no pueden disociarse la teoría y la práctica.

8. ¿Y cómo aprecia el desarrollo en Latinoamérica?

MA: Pues ahora hay cursos de argumentación jurídica en muchas facultades y en muchos centros, lo cual es un fenómeno nuevo y, en términos generales, positivo. Yo creo que para nosotros tendría que ser una materia muy importante del currículum; más importante que en otras culturas, porque nosotros venimos de una tradición donde no se han considerado, prácticamente nunca, los aspectos argumentativos del

derecho. Necesitamos llenar ese vacío y ver la argumentación jurídica como una disciplina transversal a los estudios jurídicos. Pero también sin exagerar aquí las cosas. Como antes decía, no debemos exagerar la importancia de la argumentación en materia de prueba ni tampoco de la argumentación en general. Porque el derecho no es solo argumentación. Ese es un ingrediente, una perspectiva, muy importante pero, ojo, no idealicemos el derecho pensando que la práctica jurídica es algo así como un gran diálogo en el que todos –todos los juristas– participan en condiciones de libertad y de igualdad irrestrictas. La argumentación –que no es solo argumentación según el modelo del discurso racional– es un importante componente del derecho. Pero el derecho no es solo eso.

II. TEORÍA DEL DERECHO: RAZONAMIENTO JUDICIAL

9. Pasando ahora al segundo tema que es el de razonamiento judicial, y teniendo en cuenta un poco lo antes mencionado, se podría afirmar que ser un buen argumentador, no necesariamente garantiza hacer justicia. ¿Cuál es su opinión sobre la relación que existe entre argumentación y ética?

247

MA: Si la argumentación la vemos como el conocimiento y el manejo de una serie de técnicas, y así es como tradicionalmente se ha concebido, entonces, eso no garantiza que con el manejo adecuado de la argumentación las soluciones vayan a ser más justas. Es el ejemplo clásico de los sofistas. Y son también los riesgos de la argumentación oral: se puede manejar la técnica y utilizarla con malos propósitos, para defender la injusticia. Por esa razón, como antes decía, en la formación de los juristas no podemos poner solo la argumentación; la ética, la filosofía moral, tiene que jugar también un papel. En otras palabras, para ser un buen jurista se necesita tener un buen conocimiento del derecho vigente, pero también dominar las técnicas, los métodos para manejar el derecho, que en buena medida son argumentativos, y poseer una formación de tipo político moral, para saber qué es lo que uno tiene que hacer con todo lo anterior. El último libro que he escrito, titulado *Filosofía del derecho y transformación social*, va por ahí. El anterior se tituló *Curso de argumentación jurídica*, y ahora trato de mostrar cuál debe ser la concepción del derecho que tiene que estar en el trasfondo de la argumentación jurídica y que tiene que ser una concepción vinculada a la filosofía moral y política.

10. En cierta forma, esta última parte de su respuesta tiene que ver con las cualidades que deben caracterizar a un buen jurista en general y a los jueces en particular. Al respecto, sería importante conocer ¿por qué usted considera que Perfecto Andrés Ibáñez representa lo más aproximado a un ideal de juez?

MA: Pues precisamente este juez, y gran amigo mío, se acaba de jubilar como magistrado del Tribunal Supremo en España, y ahora se le va a hacer un homenaje en un número de una revista que él dirigió desde su fundación: *Jueces para la democracia*. Mi participación en esa revista la he titulado «El juez perfecto», jugando, como se ve, con su nombre. Yo creo que él tiene, y en un grado muy elevado, todas las cualidades que debe tener un buen juez: Es un jurista serio, que conoce el derecho y ha estudiado a fondo todos los casos sobre los cuales ha tenido que intervenir. Posee además, una gran formación teórica, y esto es muy importante: en el derecho, la práctica y la teoría están indisolublemente unidas. Y tiene, y ha tenido siempre, un compromiso ético y político muy claro. Él ha sido, en estas últimas décadas, la principal referencia de la izquierda judicial en España. Fundador de la revista a la que antes me refería y de la asociación del mismo nombre: *Jueces para la democracia*. De manera que en él se aúnan las capacidades técnicas con la cultura jurídica ampliamente entendida y con el compromiso moral y político.

248

11. ¿Usted cree que en el ámbito jurídico, especialmente el de los jueces constitucionales, existe hoy una sobrevaloración de las decisiones de los Tribunales Constitucionales? Al parecer, buena cantidad de los estudios jurídicos en el ámbito académico, tienden a repetir, acriticamente, las ideas expuestas en las sentencias de los Tribunales Constitucionales.

MA: Uno de los mayores cambios que ha tenido lugar en todos nuestros sistemas jurídicos, es esto que llamamos la constitucionalización de los derechos. Lo que significa, la aparición de Constituciones en las que hay una tabla de derechos que, además, sirve como filtro para el resto de las normas del ordenamiento jurídico; y también, la creación de la institución del Tribunal Constitucional como un órgano contramayoritario, que tiene el extraordinario poder de resolver una ley votada por la representación de la voluntad popular que, sin embargo, no es derecho vigente porque

va en contra de la Constitución. Entonces, como consecuencia lógica de lo anterior, las decisiones de los tribunales constitucionales tienen una importancia y un impacto social extraordinarios y es comprensible, por ello, que esa influencia se advierta también en la academia. Pero conviene no perder de vista que, aunque los tribunales constitucionales tengan la última palabra en nuestros sistemas, eso no quiere decir que sean infalibles. En ocasiones se equivocan y los juristas teóricos deben, en consecuencia, tener una actitud crítica al respecto.

12. Recuerdo un trabajo suyo en el que analizaba la argumentación en casos difíciles, específicamente el caso GRAPO (Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre) resuelto por el Tribunal Constitucional español. Ante las variadas respuestas de la justicia ordinaria, este Alto Tribunal resolvió que si los presos llegaban a colocarse en estado de inconsciencia resultaba legítimo ordenar su alimentación forzosa con suero. Jurídicamente el caso estaba resuelto, pues mereció el pronunciamiento de la máxima instancia jurisdiccional en la protección de los derechos, pero usted, luego de analizar los argumentos del Tribunal Constitucional, contraargumenta y elabora un razonamiento que va en sentido contrario a dicha decisión jurisdiccional.

249

MA: Bueno, hay una cierta propensión a cometer el error consistente en identificar lo que son las respuestas finales con las respuestas correctas. Y son cosas distintas. En un Estado de derecho, en un sistema jurídico bien organizado en general, tiene que haber respuestas últimas. Nuestros sistemas están organizados de manera jerarquizada, piramidal, y tendrá que haber un órgano como el Tribunal Constitucional, o en otros sistemas, la Corte Suprema, que diga la última palabra: obedece a una razón de seguridad jurídica. Pues el derecho no es en esto como la filosofía, en donde los problemas pueden quedar abiertos; es más, esa apertura es incluso una de las características de los problemas filosóficos. En el derecho las cosas no son así. Alguien tiene que decir la última palabra, pero la última palabra no quiere decir la palabra correcta. No necesariamente. Por eso es que aunque uno reconozca naturalmente que lo que dijo el Tribunal Constitucional en tal materia es la decisión vinculante desde el punto de vista jurídico, puede estar equivocada; y no sólo por razones, digamos, de moralidad política, sino estrictamente jurídicas. Por eso es que tiene pleno sentido que los dogmáticos o teóricos del derecho escriban un artículo comentando y

discutiendo, por ejemplo, una decisión de un Tribunal Constitucional o Supremo. Es más, ese es un aspecto importante del cometido de los juristas teóricos, pues abre una vía para el cambio –la mejora– del derecho, desde dentro del propio derecho.

13. ¿Se podría afirmar que en los casos judiciales siempre hay una única respuesta correcta?

MA: Sí. Creo que en esto, y en muchas otras cosas, Dworkin tenía razón y que se ha interpretado, en general, bastante mal su tesis al respecto. En principio, parece una tesis muy radical, lo que lleva a muchos a enfrentarse con ella, pues –vienen a decir–, ¿cómo es posible, cómo va a haber, una única respuesta correcta si los jueces muchas veces discrepan entre sí, y de ahí la existencia de diversas instancias judiciales? Ahora bien, para empezar, Dworkin está hablando de una única respuesta correcta en relación con los casos que se les presentan a los jueces, no en general, o sea, no está diciendo, por ejemplo, que la respuesta legislativa a un cierto problema sea una determinada ley con tales contenidos normativos. Y cuando un caso ingresa en el sistema judicial eso quiere decir que, salvo algunas pocas excepciones, se trata de una cuestión bivalente: la ley en cuestión será constitucional o no, el acusado, culpable o inocente, etcétera. Hay una respuesta que es la correcta; pero una entre dos: no caben más alternativas. Por otro lado, decir que una es la correcta, no quiere decir que la otra se base en un cúmulo de disparates; lo que quiere decirse es que en favor de la respuesta correcta pueden aducirse –o se han aducido– mejores razones que en favor de la otra. Pero esto es algo que, yo creo, cuando se entiende bien, aceptaría la mayor parte de los juristas prácticos. Si uno le pregunta a un juez: ¿A lo largo de tu experiencia, te has encontrado alguna vez –o con qué frecuencia– con casos en los que al final, después de haber estudiado, deliberado, etc., no sabías cuál de las dos era la correcta? Yo creo que la contestación que la mayor parte nos va a dar, es que eso ocurre muy raramente. Nos van a decir que en un cierto número de casos les costó mucho llegar a la conclusión de que tal respuesta era la correcta. Pero al final había una que era mejor que la otra. Bueno, yo creo que eso es todo lo que la tesis de Dworkin significa: algo bastante trivial, pero esencial. De todas formas, para ser bien cautos –así entiendo yo la tesis de Dworkin–, convine introducir en lo anterior un adverbio: «casi». O sea, lo que viene a decir la tesis es que casi siempre hay una única respuesta correcta; y

se deja abierta la posibilidad de que puedan presentarse situaciones tan complejas, tan equilibradas, que no haya forma de decantarse por una de las dos opciones. Pero esas situaciones de empate son, y creo que casi todo el mundo estará de acuerdo con esto, ciertamente muy raras.

14. En textos como los de Gustavo Zagrebelsky, se habla del derecho «dúctil», de aquella característica flexible del derecho en el Estado constitucional. Dicho autor también considera que el derecho está unido con la moral. A fin de que esto se entienda mejor en el ámbito judicial, puede explicarnos ¿de qué tipo de moral se está hablando en este contexto?, ¿se trata de una moral individual o subjetiva, de una social o mayoritaria o de una crítica o ideal? Sería importante explicar a los jueces si tal conexión entre derecho y moral se da en todo tipo de casos o predominantemente en los casos difíciles o extremadamente difíciles.

MA: Ese libro de Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, ha tenido mucho éxito. A mí me parece, sin embargo, desde el punto de vista teórico, extremadamente débil. Creo que hay en él buenas intuiciones pero no hay ninguna construcción teóricamente relevante. La mejor explicación sobre cuál es la conexión entre el derecho y la moral, yo creo que uno la puede encontrar en Dworkin o en Nino. La idea –esto es lo que defendió Nino– es la siguiente. Las razones jurídicas por sí mismas no son razones justificativas. Detrás de las razones jurídicas tiene que haber –hay– razones morales. Esto se ve con claridad en relación con los casos difíciles. Así, por ejemplo, si el juez tiene que resolver una cuestión que tenga que ver con conceptos tales como los de libertad, igualdad o dignidad humana, parece cosa obvia que no va a poder manejarlos adecuadamente prescindiendo de teorías morales: son nociones introducidas en el derecho, pero de carácter manifiestamente moral. Pero incluso en los casos fáciles se da una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Si se parte del esquema silogístico, uno siempre podrá preguntarle al juez por qué utiliza como premisa normativa de su razonamiento una norma válida de su sistema y no otra posible norma. El juez podría recurrir aquí a la regla de reconocimiento de Hart y contestar algo así como: esa regla obliga a usar como premisas normativas la Constitución y las normas conformes con la Constitución. Pero de nuevo cabría preguntarle: ¿y por qué consideras que debes obedecer la regla de reconocimiento? Y la respuesta final no puede ser más que moral. De manera que siempre hay

un componente moral en el razonamiento judicial. Lo que pasa es que muchas veces, sobre todo en los casos fáciles, no lo vemos, porque no se hace explícito, dado que existe un consenso, o sea, no se pone en discusión la obligación de seguir esa regla.

15. ¿Por componente moral estamos atendiendo a esa moral ideal?

MA: Por componente moral estamos entendiendo la razón moral última que puede dar el juez para someterse al sistema jurídico y utilizar las normas de su sistema. Ese es un juicio de tipo moral que normalmente comparten los otros jueces y la comunidad jurídica y, en ese sentido, forma parte de la moral social. Pero, a su vez, la justificación de esa moral social tendrá que basarse en razones de lo que suele llamarse una moral crítica, reflexiva. Lo que pasa es que muchas veces los jueces no se han hecho esa pregunta; creen que basta con basarse en el derecho y, si acaso, en la moral social, en la moral aceptada. Pero no es así. Pensemos en supuestos de casos difíciles como el de la huelga de hambre, el aborto, la eutanasia... Por un lado, el juez, para resolver esos problemas, debe tener en cuenta la moral social: a la hora de interpretar una expresión poco clara, es importante contar con las opiniones que tenga la gente al respecto. Pero la cosa no se queda ahí. Y si el juez basa explícitamente su argumento en ese tipo de moral, es obvio que lo hace porque, en ese caso, considera que la moral social (lo que piensa la opinión pública) es la moral justificada. Lo que, por cierto, no siempre ocurre. Pensemos en el caso de la presunción de inocencia. Al menos muchos jueces tienen una concepción *garantista* del derecho penal, lo que les lleva a interpretar esa institución de una manera que choca con lo que son las opiniones dominantes entre la gente. La mayoría de la población, o una parte muy considerable de la misma, no comparte el sentido que la presunción de inocencia tiene en el contexto del *garantismo* penal. No son partidarios, en definitiva, de un derecho penal mínimo, sino más bien de un derecho penal máximo. De manera que, en conclusión, las razones morales del razonamiento jurídico, en último término, son razones de la moral justificada.

252

III. TEORÍA DEL DERECHO: POSITIVISMO JURÍDICO

16. Ya en otros ámbitos de la teoría del derecho, hace unos 20 o 25 años atrás, en el debate español sobre el positivismo jurídico y algunas formas de atacarlo o también quizás de rescatarlo, se desplazó de alguna

forma el debate típico entre iusnaturalismo y positivismo jurídico, dirigiéndolo de nuevo hacia un debate sobre qué tipo de positivismo jurídico podría existir o sobre el no positivismo jurídico, entre otros. Algunos, siguiendo a Raz, defendían las tesis del positivismo jurídico excluyente de la moral. Otros, defendían las tesis del positivismo jurídico incluyente, en el sentido de que, contingentemente, hay una relación entre derecho y moral. Hay un texto de Juan Etcheverry y Pedro Serna, titulado El caballo de Troya del positivismo jurídico, en el que se plantea que si bien el positivismo jurídico incluyente plantea posiciones interesantes, hoy en día en España ya no hay tanto debate. En el Perú, nunca se desarrolló tal debate o en todo caso, no se desarrolló de un modo destacado. Por ello, nos gustaría saber ¿cuál es su opinión sobre el positivismo jurídico? o en todo caso ¿a qué se refiere con la afirmación de que ya estamos en una etapa en la que debemos dejar atrás el positivismo jurídico que ha muerto de éxito o aquella otra afirmación, realizada junto a Juan Ruiz Manero, de que nos encontramos en una etapa post positivista?

MA: Pues, por lo que se refiere a los juristas peruanos, yo creo que si no han tenido ese debate, podrían tranquilamente evitárselo y no perderían nada con ello. Es un debate muy escolástico y que tiene mucho que ver con el seguidismo en relación con ciertas posiciones de autores anglosajones. Muchos creen que lo que nosotros, en el mundo latino, tenemos que hacer es hacernos eco y comentar las discusiones de los autores anglosajones, pero a mí eso me parece equivocado. Discutiendo de esa manera se suele llegar a resultados que no son muy interesantes. Entre otras cosas porque, algo que suele quedar fuera de la discusión, lo esencial en todo esto me parece que es la perspectiva histórica: esa es la clave para entender el positivismo jurídico. Y eso es lo que tuvo en cuenta un filósofo español en los años 50 y 60 del siglo pasado, Felipe González Vicén, que, en mi opinión, escribió textos fundamentales sobre el asunto, pero que casi nadie ha leído. La idea general es que, si el positivismo jurídico fue la manera hegemónica de entender el derecho en los siglos XIX y XX, eso es una consecuencia de un cambio que había tenido lugar en el derecho a finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX: la «positivización» del derecho y la codificación. Una vez que existieron ordenamientos jurídicos con sistemas de fuentes bien establecidos, desapareció, en buena medida, la necesidad de acudir

al derecho natural. Otro texto también de gran importancia, y que no ha solido tenerse en cuenta en esa discusión, se debe a un autor argentino, Genaro Carrió. En 1970 escribió un librito que significa realmente lo que luego se ha llamado el positivismo jurídico incluyente; o sea, su tesis fue que los principios en el sentido en el que los entiende Dworkin pueden formar parte de un sistema jurídico, si es que la regla de reconocimiento los incorpora (como ocurre hoy con todos nuestros sistemas). Creo que deberíamos hacer una reflexión muy autocrítica sobre el seguidismo de los autores anglosajones al que antes me refería. No quiero decir con ello que debemos encerrarnos en nosotros mismos y permanecer ajenos a todo lo que venga de fuera, de otra cultura que no sea la nuestra. Hay autores importantes y con los que hay que dialogar aunque, en relación con el positivismo jurídico, lo que dice, por ejemplo, uno de ellos, Joseph Raz, resulta verdaderamente extraño. Su positivismo jurídico excluyente se basa en la distinción entre el derecho y el razonamiento jurídico, es decir que, según él, en la identificación del derecho, la moral no puede jugar ningún papel, pero en el razonamiento jurídico resulta que sí. Y esto es algo que – lo poníamos de manifiesto Juan Ruiz Manero y yo en el trabajo al que antes te referías– choca, y con razón, con las intuiciones de los juristas. Dicho de otra manera, es una construcción artificiosa, y no sé hasta qué punto está justificada la atención que se ha prestado a la misma. Me parece que no lo está: no veo que se pueda separar el derecho y el razonamiento jurídico de esa manera radical.

Volviendo a la perspectiva histórica. Yo creo que, así como el positivismo jurídico surge por un cambio en la configuración de los sistemas jurídicos, el final del positivismo jurídico tiene que ver con otro cambio en la configuración de los derechos: el fenómeno de la constitucionalización al que antes me he referido. Para decirlo con la metáfora que usó Habermas: «la moral ha emigrado al interior de los derechos», es decir, ahora, la Constitución forma parte del derecho (sus normas tienen carácter obligatorio) y la Constitución incorpora elementos de tipo moral. En nuestros días, las fronteras del derecho son muy poco nítidas, y si uno se empeña en seguir la tesis positivista de la separación estricta (conceptual o metodológica) entre el derecho y la moral, el riesgo es que no puede dar cuenta de muchos fenómenos jurídicos. A mí me parece que el positivismo jurídico es, sobre todo, una concepción excesivamente pobre del derecho,

que no permite dar cuenta de toda la complejidad de nuestros sistemas jurídicos. Por lo demás, es obvio que los positivistas tenían y tienen razón al considerar que el derecho es un fenómeno social e histórico, o sea, que no existe algo así como un derecho natural. Pero es equivocado pensar que el jurista tiene que optar entre ser partidario del positivismo jurídico o del derecho natural. En mi opinión, una concepción adecuada del derecho en nuestros días no tiene que ser ni una cosa ni la otra. Y, a falta de un nombre mejor, yo diría que esa concepción que necesitamos es el post-positivismo. El tipo de teoría jurídica que uno puede encontrar en autores como Dworkin, Nino, Alexy o MacCormick.

17. En algunos de sus textos se aprecia el desarrollo progresivo de la idea del derecho entendido como argumentación. Primero se esboza en *Las razones del derecho*, luego se consolida en *El derecho como argumentación* y quizás, luego, se expresa de modo más didáctico en su *Curso de argumentación jurídica*. Nos gustaría saber ¿en qué consiste su tesis del derecho como argumentación?, pues, de un lado, podría dar a entender que el derecho de hoy es básicamente argumentación, descuidando otros elementos que componen el derecho, con lo que se aprecia un lado instrumental del derecho o, de otro lado, aludiría a la relevancia que tiene para la legitimidad de los jueces o de quienes argumentan.

255

MA: Efectivamente, lo que yo defiendo es esto último, no lo primero; aunque el título «El derecho como argumentación» puede haber resultado equívoco. No pienso, ni lo he pensado nunca, naturalmente, que el derecho sea solo argumentación. La idea que quería expresar con ese título es que, si vemos el derecho como argumentación, podemos entender muchos aspectos interesantes del derecho. Podemos manejarnos mejor en la práctica del derecho, etcétera. Pero reducir el derecho a argumentación no sería más que una deformación ideológica, asumir un punto de vista reduccionista, teóricamente equivocado y con malas consecuencias en la práctica.

IV. DERECHOS HUMANOS

18. En relación al tema de los derechos humanos, usted ha revelado que hoy en día es importante el concepto de los derechos humanos, así como su enseñanza, desarrollo y protección ¿Cómo entiende usted los derechos humanos?

MA: El próximo libro que escriba es posible que tenga como objeto los derechos humanos. De momento he escrito algo así como un avance del mismo: diez ideas sobre los derechos humanos, que espero poder desarrollar luego. Los derechos humanos constituyen una vía de penetración de la moral en el derecho y esa es una de las grandes transformaciones que se han producido en nuestros ordenamientos. Esa, y la importancia creciente de la argumentación jurídica. Los más jóvenes es posible que no lo perciban, porque para ellos los derechos humanos siempre han constituido un elemento central del derecho. Pero no siempre ha sido así. Cuando yo empecé a estudiar derecho, a finales de los años sesenta, casi nadie hablaba de los derechos humanos. Es más, en la España de la época, ese discurso era, por así decirlo, sospechoso: señal de que no se era un verdadero jurista y se introducía la política en el derecho. Pero las cosas han cambiado. En un famoso artículo, Bobbio habló de que vivíamos ahora en la «era de los derechos», una etapa histórica que, de alguna manera, se inicia con la modernidad, pero que adquiere su auge en las últimas décadas. Y con esto se introducen en el derecho también muchos problemas. Por ejemplo, problemas que tienen que ver con el concepto y la fundamentación de los derechos; hay casos claros de esos derechos, pero también casos que estarían en lo que se suele llamar la zona de penumbra: y la fundamentación que demos a los derechos permite, precisamente, resolver esos casos de la penumbra. También hay problemas en relación a cómo lograr que los derechos tengan una realización práctica; esto último es particularmente urgente, sobre todo, en relación con los derechos sociales.

256

19. ¿Tiene sentido seguir hablando hoy de la universalidad y del carácter objetivo de la dignidad, teniendo en cuenta las diferentes culturas, por ejemplo la del Medio Oriente?

MA: Ese es uno de los problemas de fundamentación más complejos y más decisivos a propósito de los derechos humanos. En mi opinión, uno no puede ser más universalista que objetivista, pero esto hay que aclararlo. No todos los derechos que tenemos son derechos humanos; los derechos humanos son solo aquellos que tienen un carácter muy básico y cuyo núcleo es precisamente la dignidad. Ahora bien, el concepto de dignidad tiene un carácter universal y consiste, en lo que Kant señaló, en una de las formulaciones del imperativo categórico: en la exigencia de no instrumentalizar a otro ser humano. Y esa no es una idea, una exigencia,

que valga solo para una cultura, por ejemplo, la occidental, y no para otras. Es una exigencia completamente universal, con independencia que se haya formulado en el contexto de una u otra cultura. Si prescindimos de la universalidad, el concepto de derechos humanos se desvanece.

20. Ciertamente se puede asumir que los derechos humanos son un concepto histórico, pudiendo incluso rastrearse su origen, pero esta afirmación ¿no se contrapone con aquella otra de que los derechos humanos son universales y por tanto válidos en todo tiempo y lugar?

MA: No, porque cuando se dice que el concepto de derechos humanos tiene un carácter histórico, hay que distinguir aquí dos aspectos. Una cosa es que sea histórico, en el sentido de que esa idea haya surgido con la modernidad y dentro de un cierto contexto. Y otra cosa es que su justificación sea de carácter histórico; o sea, no cabe pensar que la justificación de los derechos humanos depende del contexto social y de la época histórica. Son cosas distintas; es la diferencia que va entre explicar y justificar. Los derechos humanos se explican históricamente, pero su justificación no puede basarse en la historia. No tendría sentido, por ejemplo, decir que la revolución de los esclavos que organizó Espartaco no estaba justificada, porque en esa época la esclavitud formaba parte de la organización social de la antigua Roma.

257

V. FILOSOFÍA POLÍTICA

21. Permítame preguntarle ahora con respecto a algunos temas de filosofía política, ¿usted se considera un liberal?

MA: Más que un liberal, políticamente yo me considero un socialista. Lo que pasa es que el socialismo, bien entendido, significa recoger la herencia liberal y llevarla más allá. Hay una frase muy famosa de un socialista español, Indalecio Prieto. Él decía que era «socialista a fuer de liberal», y la frase me parece muy acertada. Por otro lado, la palabra «liberal» se entiende de maneras distintas en Europa y en América. Para nosotros, los liberales son los conservadores moderados, no los «liberales igualitaristas». De manera que, por ejemplo, el equivalente al partido demócrata en Estados Unidos no son los partidos liberales europeos, sino los partidos socialistas o socialdemócratas. Ahora bien, en América Latina, se ha adoptado el uso estadounidense, lo que, en mi opinión, genera confusión

y cierta deformación ideológica. Al seguir ese uso, al desterrar o considerar como un tabú la expresión «socialista», es como si se quisiera ignorar un elemento fundamental del progreso de los últimos tiempos, el que supuso precisamente el socialismo. Si no fuera por el socialismo, hoy no tendríamos derechos sociales y muchas otras cosas. De manera que yo soy socialista, partidario del socialismo democrático, que es una concepción que integra al liberalismo, lo que de valioso tuvo el liberalismo, pues conviene no olvidar que el «neoliberalismo» de nuestros tiempos significa, en muchos aspectos, volver al liberalismo de antaño, al *laissez faire, laissez passer*, que tanto sufrimiento supuso para tanta gente. La buena tradición liberal, para entendernos, es la de John Stuart Mill quien, precisamente, pensó que liberalismo y socialismo no eran antitéticos.

22. En el ámbito de la filosofía política hay diferentes autores «liberales» en diferentes grados. No se podría equiparar a Nozick con su libertarianismo respecto a Rawls con su liberalismo igualitarista. Además, el liberalismo ha triunfado en cierta medida porque se ha incorporado en las Constituciones. En los Estados constitucionales, muchas de las disposiciones constitucionales tienen herencia liberal. Esta protección de la libertad individual en el sentido de una libertad muchas veces negativa, en que el Estado no debe interferir en las decisiones de la vida del ciudadano, debiendo dejar que este tome las decisiones que así lo estime y que adopte la concepción de vida buena que cada uno elija. Allí, el Estado debe ser neutral en cuanto al modo de vida de los ciudadanos. Pero resulta que en los tiempos actuales, por ejemplo en Latinoamérica, aparecen sociedades claramente fragmentadas, donde hay una abismal diferencia entre estructuras sociales y donde hay personas que no están incluidas de alguna forma en ese denominado contrato social, que debe servir para todos, lo que ha generado diferentes tesis que atacan al liberalismo. Los comunitaristas dicen que hay que preocuparse más en la comunidad, en que hay valores compartidos, y también una tendencia que hoy está algo de moda es el republicanismo, que en alguna de las versiones de Pocock o Skinner refieren que es importante entender las ideas en su contexto histórico y que, por ejemplo, cuando se discutía en los inicios del constitucionalismo estadounidense no eran las posturas liberales las que predominaban, sino las posturas republicanas en las que se

apostaba por las virtudes ciudadanas o de cómo hacer que el ciudadano participe más en política, pero, con el paso del tiempo, tales tesis republicanas quedaron relegadas. Por ello, dichos autores apuestan por el renacimiento de tales tesis republicanas. ¿Cuál es su opinión sobre el republicanismo?

MA: Creo que, básicamente, es una cuestión de moda y que parte del éxito tiene que ver con el olvido de la tradición socialista. O sea, lo que pueda haber de positivo en el republicanismo, en mi opinión, es lo que uno puede encontrar en el socialismo democrático. No creo que sea casual que todos o casi todos los republicanistas sean estadounidenses. Pero insisto, en nuestra tradición, la crítica al liberalismo (el preocuparse por el bien común, la lucha contra la exclusión, el cultivo de las virtudes públicas) la llevó a cabo el socialismo. A mí me parece bastante curioso que se piense que en Cicerón (quien, naturalmente, defendió la esclavitud: era propietario de esclavos; por cierto, como los redactores de la Constitución de los Estados Unidos) o incluso en Maquiavelo, puedan encontrarse mejores guías para pensar cómo deberíamos organizar nuestras sociedades que, pongamos, en Marx o en John Stuart Mill. Por lo demás, creo que el republicanismo en ocasiones aparece ligado al populismo que, en mi opinión, es uno de los grandes males políticos que se ciernen sobre nuestras sociedades.

23. Esa tradición socialista democrática ¿por quienes estaría representada en Europa? Rawls sostiene que existen cuatro roles que la filosofía política puede cumplir como parte de la cultura pública de una sociedad: identificar los términos del conflicto político divisivo, orientar a que una sociedad evalúe las instituciones frente al conflicto, reconciliar a la sociedad ante el conflicto, así como proponer una utopía realizable que permita un mejor futuro para nuestra sociedad. Al respecto, ¿usted cree que en Europa dicho socialismo democrático se constituye en una utopía realizable?

MA: Me parece que estamos olvidando cosas básicas que tendrían que formar parte de nuestra tradición de filosofía política. Me refiero al socialismo y, claro está, el autor clave en esta tradición (no el único) es Marx. Yo nunca he sido marxista, pero la obra de Marx me ha interesado y me sigue interesando. Es importante, por otro lado, darse cuenta de que en la tradición marxista no está solo la versión autoritaria y despótica, el llamado

«marxismo-leninismo»; sino también, el socialismo democrático. Por otro lado, si tomamos en cuenta los dos grandes modelos que siguieron los países desarrollados después de la segunda guerra mundial, el estadounidense y el europeo, yo creo que este segundo es manifiestamente superior; o sea, promueve un tipo de sociedad más civilizada, más igualitaria, con más derechos y donde la gente, los individuos, pueden tener existencias más satisfactorias. Piénsese, simplemente, en que en los Estados Unidos sigue sin haber un derecho universal a la salud, consecuencia, sin duda, del tipo de liberalismo ahí imperante y que en muchos sitios –de manera en mi opinión incomprensible–, toman como modelo. En Europa, ese derecho se aseguró por primera vez en Inglaterra (lo hicieron los laboristas, los socialistas) y, por ejemplo en España, se introduce el seguro obligatorio de enfermedad, incluso ya durante los últimos años del franquismo, esto es, antes de la democracia. Y el problema es que, en los últimos tiempos, por incomprensible que resulte, da la impresión de que lo que se va imponiendo (o se ha impuesto), a través de la globalización, es el liberalismo individualista: el llamado neoliberalismo que está destruyendo nuestras sociedades. Es una verdad de Perogrullo: si no conseguimos reducir la desigualdad extrema, no tendremos sociedades decentes. Es imposible lograr sociedades integradas, donde la gente no se sienta excluida, participe en la vida pública, etcétera, si los derechos sociales no están mínimamente garantizados. Lo que nos falta, por lo tanto, es esencialmente igualdad; y mucho más, naturalmente, si uno piensa en Latinoamérica que, como se sabe, es la región del mundo más desigualitaria.

260

24. ¿Esto requeriría de un Estado más bien fuerte en la promoción de virtudes cívicas, tolerancia. etc.?

MA: Para que aparezcan las virtudes cívicas se necesita que las personas tengan satisfechas sus necesidades básicas. No digo que no sea importante también educar a la gente. Pero lo fundamental, en esto uno no puede ser sino marxista, son las condiciones de existencia, o sea, la organización económico-social. ¿Qué virtud se va a poder transmitir a alguien que vive en la indigencia, en la exclusión, que se da cuenta de que no puede llevar a sus hijos a una escuela decente y que no puede alimentarlos adecuadamente? Como es obvio, su principal preocupación no puede ser otra que la de asegurarse un bienestar básico. Y, por cierto, un bienestar que debe ser sostenido en el tiempo y para todos.

25. Pero, para darle a esas personas que no tienen nada, ¿habría que quizás quitarle algo a aquellos que tienen mucho?

MA: Obviamente, pero la manera pacífica y civilizada de hacerlo consiste en introducir algo que se ha inventado hace ya bastante tiempo: un sistema impositivo progresista que, por cierto, es una de las más tradicionales reivindicaciones del socialismo.

26. ¿Ello nos llevaría a privilegiar el bienestar general por sobre los derechos individuales? ¿No sería esta una postura utilitarista?

MA: Pues claro que lo es. ¿Pero qué objeción racional puede ponerse frente a una política de ese tipo? ¿Acaso hay algo de malo en tratar de lograr el bienestar general? Y por supuesto que eso no supone ir contra ningún derecho individual. Los países con un sistema impositivo más progresista (donde los más ricos pagan más) son también aquellos en donde existen más derechos civiles y políticos. Por algo será.

27. Los autores liberales estarían poco dispuestos a aceptar, tal vez el propio Rawls, que se sacrifiquen los derechos individuales por el bienestar general.

MA: Depende de qué tipo de autor liberal se trate. Pero recordemos que uno de los principios de Rawls es el de diferencia; o sea, que las desigualdades solo están justificadas, según él, si benefician a los peor situados, que es otra forma de decir: si se garantiza cierto bienestar general. La teoría de la justicia de Rawls viene a corresponderse, no con la práctica política estadounidense, sino más bien con la europea (al menos, la de antes de la globalización). Insisto una vez más: el bienestar general, o sea, en el que todos vean satisfechas sus necesidades básicas es la exigencia más obvia del principio de dignidad humana. Y la dignidad es de alguna forma previa para poder hablar de libertad o de igualdad. O sea, los llamados derechos sociales son, cabría decir, más fundamentales que los otros, pero en realidad no se excluyen entre sí, sino que todos ellos forman una unidad. Como decía Kant, la dignidad, la libertad y la igualdad (las tres ideas centrales de las diversas formulaciones del imperativo categórico) se integran en una misma ley moral.

VI. ENSEÑANZA DEL DERECHO

28. ¿Cuál cree usted que es el rol que desempeñan las universidades en las sociedades actuales en la enseñanza del Derecho?

MA: Pues creo que es un rol que se está volviendo bastante problemático. Soy más bien pesimista en relación con lo que está pasando con las universidades en general y con la universidad española en particular. En el caso español, la introducción del neoliberalismo en la universidad se ha venido a llamar el Plan Bolonia y su consecuencia fundamental es la destrucción de la institución: la universidad española quizás no fuera excelente, pero al menos tenía algunas cosas positivas. Ahora, de lo que se trata es de introducir la lógica empresarial en la universidad, de manera, que casi parece que hay que preguntarle a las empresas para que nos digan qué y cómo se debe enseñar. No es que no haya que formar a los estudiantes para que puedan al final de sus estudios lograr un empleo. Pero la universidad debe cumplir también otras funciones, y una de ellas tendría que ser la de crítica social, a la que parece haberse renunciado prácticamente del todo. A mí me sorprende cada vez más la llamativa falta de espíritu crítico que uno encuentra hoy en la universidad española, tanto entre los estudiantes como entre los profesores. Digamos que aquí se ha producido, para utilizar la terminología de Habermas, una completa colonización del mundo de la vida, de un aspecto del mismo, por parte del sistema económico-administrativo. Y esto es particularmente grave en un momento en el que se necesitaría introducir cambios drásticos en el mundo, si no queremos renunciar sin más a que haya un futuro. Y me temo que para ese cambio no se puede contar mucho con la universidad, por lo menos si continúa la dinámica de los últimos tiempos.

262

29. ¿Por qué en algunos de sus textos, por ejemplo, en Las razones del derecho, incide en el sentido de que la enseñanza del derecho debe ser más práctica?

MA: Porque el derecho es algo práctico, un tipo de praxis social. Y ese elemento se capta muy bien desde una perspectiva argumentativa. Cuando se realiza un curso de argumentación jurídica, el objetivo no puede ser, simplemente, el de enseñar teoría de la argumentación jurídica, sino enseñar a argumentar; la teoría es un elemento auxiliar. En ese sentido,

el derecho se asemeja a la medicina. El médico no es un químico o un biólogo, sino alguien que debe movilizar conocimiento de una variedad de tipos para curar o prevenir una enfermedad. Y lo mismo pasa con el jurista: lo que se le pide es que, a partir de una serie de conocimientos que, en realidad, son muy variados, sea capaz de encontrar soluciones a lo que llamamos problemas jurídicos: cómo decidir un caso y fundamentarlo, cómo redactar una demanda para lograr un fallo favorable a los intereses de un cliente, cómo configurar una ley para resolver tal problema social, etcétera. Para nosotros es tal la importancia de la práctica que ni siquiera puede plantearse, si se va al fondo del asunto, la distinción entre teoría y práctica. Por ejemplo, yo diría que la filosofía del derecho es, en realidad, una práctica teórica, y que una filosofía del derecho que no sirva de alguna manera para la práctica, carece de valor.

30. La enseñanza del derecho en las escuelas norteamericanas, más vinculadas al método del caso, ¿debería ser de mayor fomento y aplicación en las escuelas de derecho latinoamericanas o del modelo continental?

MA: Sí. Pero lo que está ocurriendo, me parece, es que lo estamos aplicando (me refiero al famoso método socrático) mal. Por ejemplo, en España, mi impresión es que la necesidad de que la enseñanza del derecho sea más práctica se ha confundido con una especie de pragmatismo de corto vuelo. Muchos no advierten que para poder ser un buen jurista práctico (no un «practicón» del tres al cuarto) se necesita contar con una buena formación en teoría del derecho. O sea, dado que el material jurídico está cambiando constantemente, con lo que debería contar sobre todo un estudiante del derecho es con una red conceptual (lo que normalmente llamamos una teoría) que le permita comprender y manejar el material normativo. Y un aspecto fundamental de todo ello es la argumentación. De manera que el estudiante que sale de una Facultad de Derecho tiene, obviamente, que conocer los contenidos básicos del sistema jurídico que vaya a tener que utilizar. Pero sobre todo, tiene que haber aprendido a usar esos contenidos y los que constantemente se van generando para resolver problemas. Por lo demás, el método socrático (y conviene recordar que Sócrates no fue un profesor de Harvard, sino un filósofo griego) es muy difícil de utilizar: no solo porque requiere ciertas habilidades por parte de profesores y estudiantes, sino también, yo diría que sobre todo, porque exige mucho

trabajo, mucha preparación previa a la clase por parte de profesores y estudiantes.

31. ¿Cree que hay razones para asumir que el oficio de profesor universitario sigue mereciendo la pena?

MA: Esperemos que sí. Pero tampoco en esto soy muy optimista. Enseñar algo es muy difícil, uno tiene que ser consciente de ello, aunque al mismo tiempo, como es lógico, un profesor no puede dejar de pensar que puede lograrlo. Bueno, de vez en cuando te encuentras con que alguna cosa que has dicho en una clase, que has escrito en un libro, alguien lo ha recogido y le ha servido para algo útil. Puede pasar y a veces pasa. Pero uno tiene que esforzarse por ejercer la profesión tratando de enseñar algo, de mejorar algún aspecto del mundo, aunque quizás no se vaya a producir ese resultado y, en todo caso, aunque él no pueda llegar a conocerlo. Forma parte de la deontología del profesor.

32. ¿Qué autores han influido en mayor medida en su formación filosófica?

264

MA: En cuanto a mi formación filosófica, puedo contestar refiriéndome a los tres cuadros que tengo en la habitación de mi casa en la que trabajo: un cuadro famoso de la escuela de Atenas, en la que aparecen los autores más clásicos: Sócrates, Platón, Aristóteles, algunos estoicos...; también tengo un retrato de un joven Kant; y otro de Marx (en este caso, no del joven Marx). Creo que son los filósofos que para mí han sido más determinantes. Y por lo que se refiere a los juristas, pondría en primer lugar a von Ihering; creo que él ha sido el más importante de los dos últimos siglos y el iniciador, en cierto modo, del post-positivismo. Y entre los contemporáneos, quienes más me han influido son Nino, Dworkin, Alexy y MacCormick. Pero, claro, hay muchísimos otros a los que les debo mucho.

33. Es curioso que un texto tan importante de MacCormick como es *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978), no se haya traducido al español, ¿sabe usted por qué?

MA: Pues creo que por pura casualidad, por mala suerte. El azar juega un papel fundamental para explicar muchas cosas. Y la verdad es que se han traducido al castellano, en las últimas décadas, muchísimas obras cuyo valor es considerablemente menor que el de ese libro. De todas formas,

ahora se va a publicar pronto en Palestra un libro de MacCormick sobre argumentación jurídica de una etapa posterior y que, en cierto modo, es un desarrollo de las tesis contenidas en aquel.

34. Y de MacCormick ¿qué ha influido en usted?

MA: Muchas cosas. Estudié a fondo su libro de 1978 *Legal Reasoning and Legal Theory*, que es uno de los mejores que se han escrito en las últimas décadas sobre argumentación jurídica, si no el mejor. En algunos aspectos yo diría que es incluso mejor que el de Alexy de la misma fecha, aunque las tesis que defienden uno y otro autor son muy parecidas. Lo que yo destacaría sobre todo del libro de MacCormick es su claridad, su elegancia y su vinculación con la práctica. Pero he leído también muchas otras cosas de MacCormick y nunca me ha decepcionado. Todo lo que ha escrito es muy bueno.

35. Hay una traducción italiana del libro de MacCormick: Ragionamento giuridico e teoria del diritto. Una de las ideas principales del libro es que detrás de toda forma de razonar jurídicamente hay teoría del derecho que es indesligable de esta.

MA: Sí. Como antes decía, Alexy y MacCormick tienen concepciones muy semejantes de la argumentación jurídica, pero su método de exposición es bastante distinto. Alexy parte de una teoría filosófica general (básicamente, la teoría del discurso habermasiana) que de alguna forma aplica al derecho. Y MacCormick, podríamos decir, va construyendo una teoría (o va utilizando elementos teóricos) a medida que va planteando y solucionando problemas jurídicos de carácter argumentativo. Pero es obvio, como lo indica ya el título, que para MacCormick la argumentación jurídica no puede separarse de la teoría del derecho.

36. Dado que los filósofos griegos han tenido mucha influencia en usted. ¿Hay algún autor griego que sea su preferido?, ¿por qué?

MA: En primer lugar, yo no soy ningún especialista en la filosofía griega. Pero me gusta leer a los clásicos. Los diálogos de Platón me fascinan y me han fascinado desde que los descubrí. En ese sentido, por la vinculación de Platón con la literatura, siempre me sentí más inclinado hacia este que hacia Aristóteles. Pero ya no sé si es así en los últimos tiempos. La *Retórica* de Aristóteles es el libro que más veces he leído en mi vida.

37. En uno de sus libros vi que usted había revisado con mucha atención el texto de I.F. Stone sobre El juicio de Sócrates ¿qué le pareció?

MA: Desde hace muchos años, yo empiezo mi curso de Filosofía del derecho con la *Apología de Sócrates*. Y creo que no hay mejor manera de introducir a los estudiantes para comprender lo que significa la filosofía y el derecho. Pienso, y la experiencia me lo confirma, que nadie con un mínimo de inteligencia y de sensibilidad puede dejar de sentirse tocado tras la experiencia de esa lectura. Entre otras cosas, uno aprende ahí en qué consiste la técnica del interrogatorio y encuentra planteado el que quizás sea el principal problema de la filosofía del derecho: ¿Por qué debe obedecerse el derecho? ¿Debe obedecerse? Hay mucho escrito sobre Sócrates, pero yo guardo un recuerdo muy especial del libro de Stone, quizás por el momento en que lo leí: me permitió entender muchas cosas.

38. Para ir terminando, de sus libros ¿cuál de ellos le trajo más satisfacciones personales?

266

MA: Creo haber tenido suerte en mi vida profesional. A decir verdad, he trabajado muchísimo, pero aparte de eso, he tenido la fortuna de trabajar en la Universidad en una época en la que se han tenido muchos medios y en que la filosofía del derecho ha tenido un gran auge, en buena medida por el interés que en los últimos tiempos ha surgido por esta materia en muchos países latinoamericanos. He escrito bastante y mucha gente ha leído esos textos, lo que resulta muy satisfactorio.

39. ¿Cuál le gustó más?

MA: Quizás los dos últimos: el *Curso de argumentación jurídica y Filosofía del derecho y transformación social*. El primero es una síntesis y una sistematización de mucho trabajo anterior. Creo que puede ser de utilidad para los juristas, en el sentido de que puede contribuir a completar su formación. Y en el otro, lo que presento es algo así como la concepción del derecho que, en mi opinión, da sentido al enfoque argumentativo. O sea, el uso de los instrumentos argumentativos tiene que estar encaminado a mejorar el sistema jurídico y el sistema social. Como antes ya he dicho, el estudio filosófico del derecho no puede desconectarse de la transformación social.