

Atienza y el postpositivismo discursivo

Atienza and the Discursive Postpositivism

Alí Lozada*

Autor:

Alí Lozada*
Universidad de O'Higgins, Chile
alilozada@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-9206-3647> Universidad
de O'Higgins, Chile
alilozada@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-9206-3647>

Recibido: 10/06/2022

Aceptado: 10/09/2022

Citar como:

Lozada Prado, Alí (2023). Atienza y el postpositivismo discursivo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 273-295. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.16>

Financiación:

Este trabajo se enmarcó en el proyecto ANID/ CONICYT FONDECYT Postdoctoral N° 3180579 – 2018 (Gobierno de Chile), «Modelos de argumentación jurídica con principios formales y reglas de origen judicial (Precedente y jurisprudencia): una reconstrucción teórica basada en el caso chileno».

Licencia:

Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).



© 2023 Alí Lozada

Resumen

En el presente trabajo, se aborda el pensamiento de Manuel Atienza a partir sus discrepancias principales, a pesar de su esencial coincidencia, con el *postpositivismo discursivo*, modelo teórico que comparten autores como Carlos Nino y Robert Alexy. De esta manera, se obtienen algunas conclusiones sobre el pensamiento postpositivista del autor español.

Palabras clave: Alexy, Atienza, autonomía, constitucionalismo discursivo, derechos, derechos sociales, dignidad, Estado constitucional, objetivismo moral, Nino, normas de fin, ponderación, principios jurídicos, tesis del caso especial.

Abstract

In the present work, the thought of Manuel Atienza is approached based on its main discrepancies, despite its essential coincidence, with discursive postpositivism, a theoretical model shared by authors such as Carlos Nino and Robert Alexy. In this way, some conclusions are obtained about the postpositivist thought of the Spanish author.

Keywords: Alexy, Atienza, autonomy, discursive constitutionalism, rights, social rights, dignity, constitutional State, moral objectivism, Nino, goal norms, balancing, legal principles, thesis of the special case.

En el presente trabajo exploro las principales discrepancias de Manuel Atienza con el que llamaré *postpositivismo discursivo*. En mi tesis doctoral, dirigida por el propio Atienza y por Juan Ruiz Manero (Lozada, 2016a), intenté reconstruir ese modelo de postpositivismo a partir de dos de sus exponentes, Robert Alexy y Carlos Nino. Basándome en esa investigación, (1)

* Agradezco a José Fonseca y Catherine Ricaurte por los aportes recibidos en la realización de este texto.

conceptualizaré el postpositivismo jurídico en relación con el Estado constitucional y el constitucionalismo, para luego (2) presentar una reconstrucción de las tesis centrales del postpositivismo discursivo; tras ello, (3) abordaré las principales divergencias de Atienza con esa concepción del Derecho; y finalmente, (4) extraeré algunas conclusiones sobre el pensamiento postpositivista del autor español

1. EL POSTPOSITIVISMO O CONSTITUCIONALISMO ARGUMENTATIVO

En la praxis jurídica de nuestro tiempo, la expresión «constitucionalismo» se ha extendido profusamente en el lenguaje de los juristas, aunque presenta cierta ambigüedad. De los muchos significados que se le adscriben, hay dos que nos interesa distinguir aquí (Atienza, 2007, pp. 115s).

De acuerdo con el primero, el *constitucionalismo* viene a ser una determinada arquitectura institucional, usualmente llamada *Estado constitucional*, resultante de procesos históricos ligados principalmente a la tradición político-institucional estadounidense y a la europea de inspiración kelseniana (Bayón, 2004, p. 64). Sus rasgos principales serían estos tres: la limitación del poder normativo del legislador democrático por los *derechos fundamentales*, la *rigidez de la constitución* y la *justicia constitucional* (Ibíd., p. 69).

En una segunda acepción, por *constitucionalismo* se entiende la *teoría del Derecho* apta para dar cuenta de las mencionadas características del Estado constitucional (Prieto Sanchís, 2003, p. 123). En efecto, como sostiene Atienza (Atienza, 2008, pp. 144s; y 2007, pp. 115ss), frente a la novedad histórica del Estado constitucional, cabe adoptar las siguientes posturas teóricas: (1) ignorar o negar el mencionado fenómeno y, en consecuencia, optar por seguir construyendo la teoría del Derecho de la misma forma que en el pasado, como lo hacen autores como Ricardo Guastini o Paolo Comanducci; (2) reconocer la existencia de los cambios que el Estado constitucional entraña, pero negar que ello exija la introducción de un nuevo paradigma teórico, cual es la postura de autores como Francisco Laporta (véase Atienza y Laporta, 2008, p. 53); y (3) sostener que sí es preciso construir una nueva teoría a partir de los referidos cambios institucionales: una teoría constitucionalista. A su vez, las teorías de este último tipo, continuando con el esquema de Atienza, serían de dos clases: (3.1) las que «consideran que la nueva teoría puede –y debe– elaborarse sin abandonar la horma del positivismo jurídico (sino reformando –o desarrollando– el propio paradigma del positivismo jurídico)» (Atienza, 2007, pp. 115ss.); y (3.2) las que, «por el contrario, consideran que el positivismo (en cualquiera de sus múltiples formas) no ofrece una base teórica adecuada para dar cuenta de esos fenómenos: el constitucionalismo contemporáneo obligaría a ir ‘más allá’ del positivismo jurídico» (Ídem).

Habría, entonces, dos modelos de constitucionalismo. El primero viene a ser una actualización del paradigma positivista normativista, centrado exclusivamente en la dimensión *autoritativa* del Derecho, y cuyo exponente más destacado es Luigi Ferrajoli;

quien propone denominar a su concepción *neopositivismo*, *positivismo crítico*, o –como él prefiere– *constitucionalismo normativo o garantista* (Ferrajoli, 2011, p. 20). El segundo modelo de constitucionalismo lo suscribirían autores como Ronald Dworkin, Carlos Nino, Robert Alexy, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, Josep Aguiló, el último Neil MacCormick, entre otros. La peculiaridad de esta corriente estribaría en la idea de que el Derecho se halla atravesado por dos dimensiones: la *autoritativa* y la *valorativa* (Atienza, 2007, p. 125). Es decir, mientras que Ferrajoli teoriza sobre el Derecho del Estado constitucional a partir de la tesis de la separación entre Derecho y moral, los autores recientemente aludidos lo hacen desde la tesis inversa, la de la conexión necesaria entre Derecho y moral. A esta segunda forma de constitucionalismo también podría denominarse *no positivismo*, *postpositivismo*¹ o –como ha sugerido Ferrajoli (2011, p. 20)– *constitucionalismo principialista*² o *argumentativo*.

Una vez identificados los anteriores dos conceptos de constitucionalismo, aquí me referiré al primero con el término «Estado constitucional», y reservaré el uso de «constitucionalismo» para el segundo: para toda teoría del Derecho que, ante el carácter históricamente novedoso del Estado constitucional, defienda la necesidad de construir una teoría jurídica también nueva que, o bien, «refuerce» el positivismo jurídico tradicional, como pretende el *neopositivismo* o *constitucionalismo garantista* de Ferrajoli (Ferrajoli, 2011, p. 24), o bien, lo «deje atrás»³, como pretende el *postpositivismo* o *constitucionalismo argumentativo* de los autores arriba mencionados.

Varios constitucionalistas argumentativos han criticado el constitucionalismo garantista de Ferrajoli y han concluido que se trata de una teoría no apta para dar cuenta del Derecho propio del Estado constitucional de manera plena. Para Atienza, por ejemplo, el constitucionalismo ferrajoliano es «insuficiente» porque «implica una visión excesivamente simple del Derecho»: «se queda a mitad de camino: da el paso del ‘paleopositivismo’ al ‘positivismo crítico’, pero la reducción del Derecho a un fenómeno de autoridad y el relativismo (o no objetivismo) ético hacen que su teoría se quede corta [...] Lo que se echa en falta en su obra es, sobre todo, una teoría moral que se integre con (y reequilibre) sus planteamientos jurídicos y políticos» (Atienza, 2009, p. 85). Ruiz Manero, por su parte, considera que el pensamiento de Ferrajoli padece de «unilateralidad», por cuanto niega «que nuestras normas y nuestras instituciones están atravesadas por tensiones internas que obedecen a que dichas normas e instituciones tratan de realizar valores que se encuentran, a su vez, en tensión entre sí. Y de que este tratar de realizar valores que se encuentran en tensión entre sí no es ningún defecto

1. Albert Casalmiglia fue uno de los primeros en proponer el término «postpositivismo» para referirse a «las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política» (Casalmiglia, 1998, p. 209).

2. Aunque hay autores que se identifican con la etiqueta de «principialista», como Ruiz Manero (véase Ferrajoli y Ruiz Manero, 2012, *passim.*), quizá no todos los autores postpositivistas lo harían.

3. Sobre esta expresión, véase Atienza y Ruiz Manero, 2006a; y Aguiló, Atienza y Ruiz Manero, 2007, p. 16.

a superar de nuestros entramados institucionales, sino que obedece a que nuestros sistemas de valores están, a su vez, cruzados también por tensiones internas, pues la conciliación entre los valores que los integran, en la medida en que es posible, no es, desde luego, asunto sencillo» (Ruiz Manero, 2012, p. 100). Y, en sentido análogo, Aguiló ha sostenido que el constitucionalismo de Ferrajoli es «imposible», vale decir, «impracticable porque su asunción desemboca en sinsentidos prácticos» (Aguiló, 2011, p. 57) «pues se queda con ‘lo peor de cada cosa’: es **relativista** (él dirá que no cognoscitivista) respecto de cuáles son los derechos y los principios justificados (respecto de qué proteger) y es **absolutista** respecto de la técnica de protección elegida (reglas cerradas a la deliberación e inmodificables)» (Ibíd. p. 71, el énfasis aparece en el original). Si bien se observa, las referidas críticas de la insuficiencia, unilateralidad e imposibilidad del constitucionalismo ferrajoliano apuntan en contra de los dos rasgos primordiales de aquella concepción: el *positivismo normativista* y el *no objetivismo ético*. Por lo que, para caracterizar el constitucionalismo argumentativista, es útil preguntarse, ¿a partir de qué tesis teóricas este busca superar aquellos dos rasgos?

En mi opinión, el postpositivismo puede caracterizarse de manera general a partir de tres tesis básicas. La *primera tesis* elabora una versión particular de la tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral: hay una *conexión necesaria entre la argumentación jurídica y la argumentación moral*⁴. Esta necesita de una *segunda tesis*, la del *objetivismo moral basado en derechos*, según la cual, los derechos humanos son los valores más básicos de la moralidad; sin tal objetivismo, la conexión argumentativa entre Derecho y moral se frustraría. Y, de las dos anteriores, surge una *tercera tesis*, la de la *focalidad jurídico-moral de los derechos fundamentales*: en la argumentación jurídico-moral, las razones con mayor potencia justificativa vienen dadas por los derechos *fundamentales*, debido a su conexión argumentativa necesaria con los derechos *humanos* en cuanto derechos morales⁵.

4. De ahí que el positivismo sea un constitucionalismo *argumentativo*: la imagen del Derecho es la de una práctica institucionalizada en que se abordan problemas susceptibles de ser solucionados dando razones y con sujeción a ciertos criterios de racionalidad. No es casualidad, entonces, que varios de los autores postpositivistas hayan elaborado su propia teoría de la argumentación jurídica, como es el caso de Alexy, MacCormick o Atienza. Podría objetarse, sin embargo, que autores como Dworkin o Nino no serían constitucionalistas argumentativos porque no llegaron a formular una teoría de la argumentación, ni se adscribieron explícitamente a alguna. Sin embargo, de manera bastante convincente, Ma. Lourdes Santos (Santos, 2008, p. 4) ha defendido que en la teoría de Dworkin es posible identificar algunas tesis y posiciones centrales de una teoría de la argumentación y que aquella suscita algunos problemas que afectan a una teoría de ese tipo. En mi opinión, algo muy similar cabe afirmar acerca de Nino, como se mostrará más adelante.

5. En Lozada, 2020, desarrollo una crítica a Ferrajoli por carecer de una tesis como esta.

2. EL POSTPOSITIVISMO *DISCURSIVO*

A su vez, el postpositivismo *discursivo* se puede caracterizar según la manera en que él especifica las ya mencionadas tres tesis del postpositivismo en general. De manera muy apretada, aquella concepción del Derecho se reconstruiría como sigue (tomo, con algunas variaciones, las conclusiones que formulé en Lozada, 2016a):

2.1. Primera tesis del postpositivismo (*la de la conexión necesaria entre la argumentación jurídica y la argumentación moral*)

En el postpositivismo discursivo, esta tesis se compone de las dos siguientes subtesis:

2.1.1. Subtesis de la *dimensión argumentativa* de la *praxis* jurídica

El Derecho es una práctica social (Nino) o una serie de procedimientos reales (Alexy), los sujetos que allí operan adoptan el punto interno de la *praxis* –enfoque normativo (Nino) o perspectiva del participante (Alexy)– el que también debe ser el punto de vista primordial para el iusfilósofo: se pone la mira en el aspecto interno de la práctica jurídica (Nino) o corrección jurídica (Alexy), aspecto interno que tiene primacía lógica frente al aspecto externo de la *praxis* (Nino), vale decir, esta incorpora una pretensión de corrección jurídica (Alexy).

2.1.2. Subtesis de la *conexión argumentativo-discursiva necesaria* entre Derecho y moral

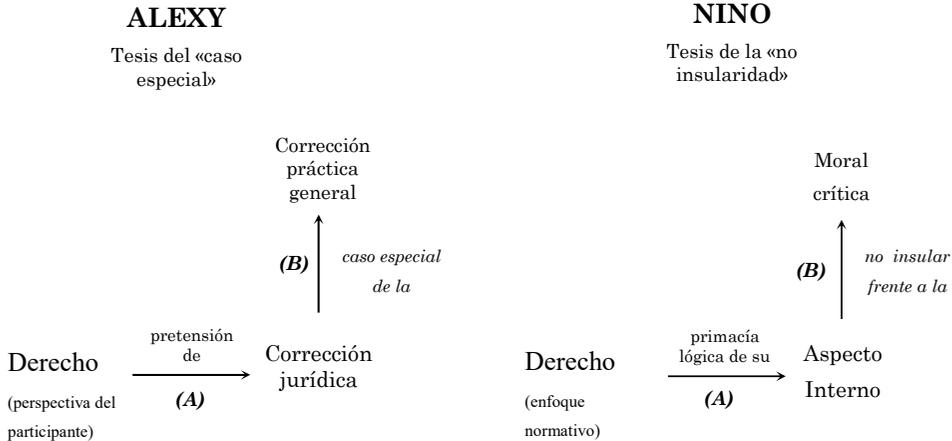
El enfoque metaético *discursivo* –que se caracterizará más adelante– constituye el punto arquimediano con apoyo en el cual se construye la tesis de la conexión necesaria entre el discurso jurídico y el discurso moral: la «tesis de la no insularidad» (Nino) o «tesis del caso especial» (Alexy); pues desde aquella óptica se puede constatar el nexo entre el punto de vista interno del Derecho y el punto de vista interno de la moral (Nino), es decir, entre la corrección jurídica y la corrección práctica general (Alexy)⁶.

6. Lo anterior puede desarrollarse, a su vez, a través de las siguientes cuatro subtesis subordinadas a esta segunda subtesis:

La de la vinculación *conceptual necesaria* entre orden jurídico y punto de vista moral: El orden jurídico lleva analíticamente incorporado el punto de vista moral, es decir, la pretensión de corrección práctica general (Alexy) o primacía lógica de la moral crítica frente al aspecto externo del discurso jurídico (Nino).

La de los *dos momentos básicos* de la argumentación jurídica: la justificación jurídica transcurre, básicamente, a través de dos momentos: el de la fundamentación de una *praxis* jurídica determinada y el de la fundamentación de acciones y decisiones al interior de dicha práctica. En el primer momento, se justifica (o no) una determinada práctica jurídica a la luz de criterios moralmente óptimos (la moral ideal, según Nino), es decir, propios de la corrección de primer orden (la corrección práctica general,

El siguiente diagrama muestra la simetría de las concepciones de Alexy y Nino en cuanto su manera discursiva de entender la primera tesis del postpositivismo.



2.2. Segunda tesis del postpositivismo (la del objetivismo moral basado en derechos)

En el postpositivismo discursivo, esta tesis se compone de las cinco subtesis siguientes, las cuatro primeras son de carácter *metaético* y la última, de índole *ético-normativo*:

en el caso de Alexy). Justificada así la práctica jurídica, en el segundo momento se tiene que operar argumentativamente dentro de ella ajustando las acciones y decisiones al punto de vista interno de esa práctica (Nino), vale decir, a la corrección jurídica (Alexy): el uno y la otra –huelga decir– han sido validados en el primer momento de justificación moral del Derecho; ambos expresan una opción del tipo «segundo mejor» (Nino) o, lo que es igual, dan lugar a una corrección de segundo orden (Alexy).

La de la vinculación *conceptual* necesaria entre normas y decisiones jurídicas, por un lado, y moral, por otro: por lo que respecta a las normas y decisiones jurídicas, estas no solo que necesariamente incorporan el punto de vista moral, sino que también guardan un nexo analíticamente necesario con la moral misma –corrección práctica general (Alexy) o moral crítica (Nino)–, por lo que en el seno del Derecho –corrección jurídica (Alexy) o punto de vista interno del Derecho (Nino)– operan razones de dos tipos: las que son propias del discurso jurídico –criterios institucionales (Alexy) o razones relativas al origen de las directivas (Nino)– y las que no lo son –criterios práctico generales (Alexy) o razones atinentes al contenido de las directivas (Nino)–. Cuando los mencionados dos tipos de razones entran en conflicto y, en el balance, resultan desplazadas las razones que no son propias del discurso jurídico, entonces las normas o decisiones jurídicas de que se trate, si bien no pierden su validez, esta se degrada: devienen normas defectuosas (Alexy) o subóptimas (Nino).

La de la vinculación *normativa* necesaria entre normas y decisiones jurídicas, por un lado, y moral, por otro: en el balance de razones descrito en el párrafo anterior, las razones propias del razonamiento jurídico pueden resultar desplazadas si las normas o razones jurídicas de que se trate supusieran un grado superlativo de injusticia –*mal absoluto* (Nino) o *extrema injusticia* (Alexy)–, por lo que ellas devendrían jurídicamente inválidas. Esto implica la existencia de un nexo normativamente necesario entre dichas normas o decisiones y la moral.

2.2.1. Subtesis de la *estructura del discurso moral como punto arquimediano*

El puente entre el ser y el deber ser, que sirve como punto de apoyo para la fundamentación de los valores y principios morales, está dado por los criterios procedimentales constitutivos que se hallan presupuestos en toda discusión sobre cuestiones prácticas. Un diálogo idealmente configurado –discurso ideal (Alexy) o moral crítica (Nino)– es aquel que cumple plenamente los referidos criterios –reglas del discurso racional (Alexy) o rasgos formales del discurso moral (Nino)–; un diálogo efectivamente realizado –discurso real (Alexy) o praxis moral positiva (Nino)–, en cambio, no las cumple de manera plena, sin embargo, respecto de ese diálogo efectivizado no deja de tener primacía lógica la moral crítica (Nino), vale decir, dicho diálogo no deja de entrañar una pretensión de corrección práctica general (Alexy). De aquí surgen las siguientes dos subtesis.

2.2.2. Subtesis *ontológica*: el concepto de validez normativa

Esta sostiene que la corrección (Alexy) o verdad moral (Nino) se constituye en virtud de la aceptación contrafáctica que, respecto de un determinado juicio práctico, resultaría de un diálogo idealmente configurado.

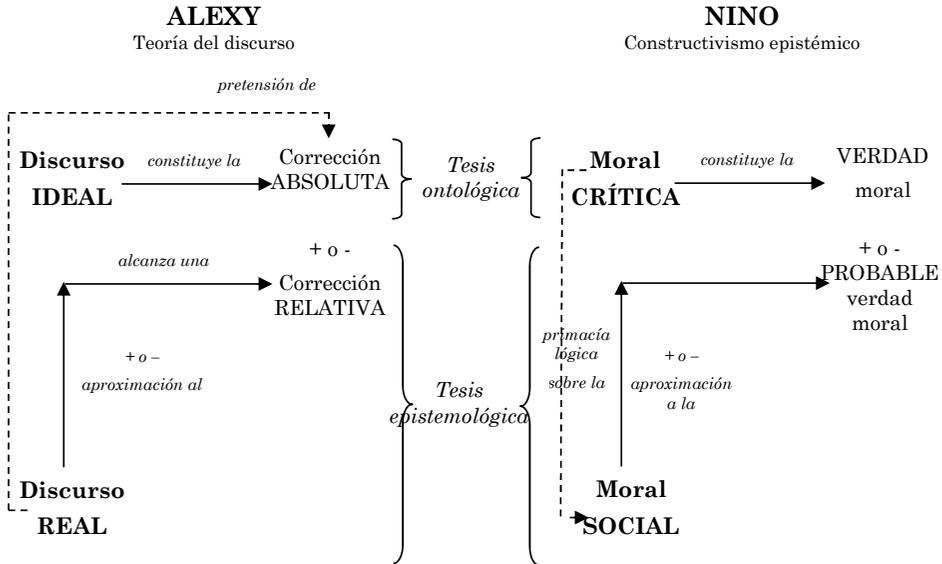
2.2.3. Subtesis *epistemológica*: el conocimiento de la validez normativa

Esta –vinculada estrechamente con la anterior– manifiesta que, superado un umbral mínimo, a mayor isomorfismo entre (a) las condiciones formales de un diálogo efectivamente realizado, por un lado, y (b) las exigencias formales de un diálogo idealmente configurado, por otro, habrá mayor seguridad epistémica de que el resultado que arroje el diálogo efectivamente realizado sea la respuesta verdadera (Nino), o bien, habrá mayor corrección relativa por aproximarse –aquel resultado– a la corrección absoluta (Alexy).

2.2.4. Subtesis del *carácter residual de la reflexión monológica*

Lo anterior confiere un carácter privilegiado al diálogo racional frente al razonamiento monológico (en Nino más que en Alexy), lo que, si bien no suprime la relevancia de este último, le confiere a este un rol residual en el esclarecimiento de cuestiones prácticas.

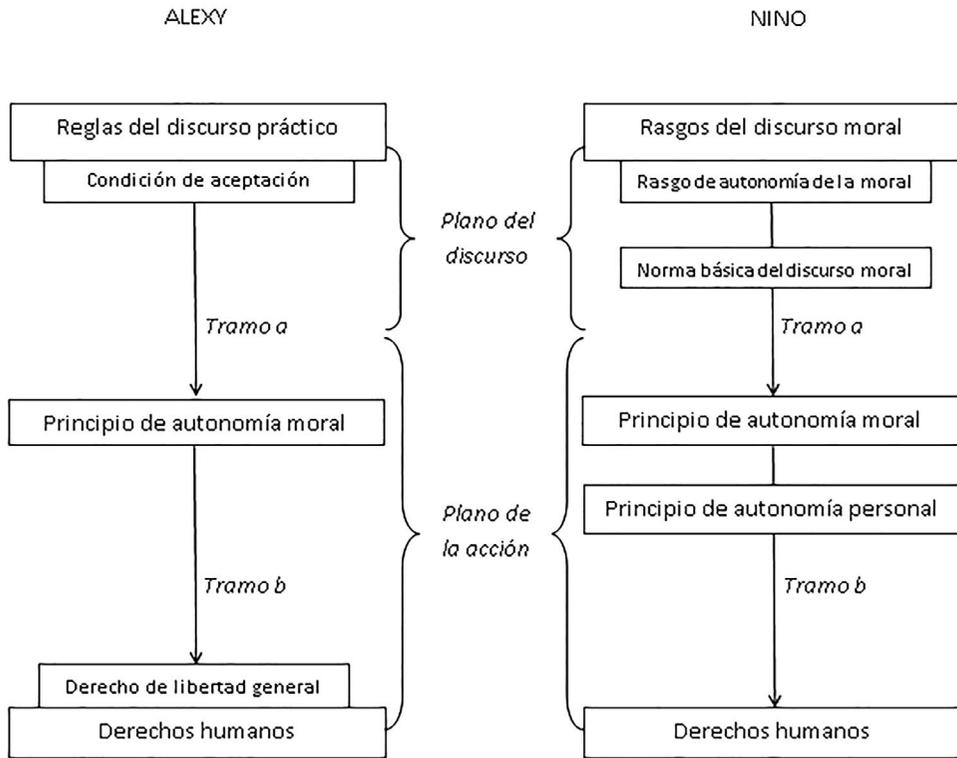
En el siguiente diagrama, se aprecia la simetría entre las concepciones metaéticas de Alexy y Nino, sintetizada en las cuatro tesis anteriores.



2.2.5. Subtesis ético-normativa de la focalidad de los derechos humanos

Esta se articula a partir de las siguientes dos subtesis subordinadas a ella:

La de la *derivación del contenido de los derechos humanos a partir del valor de la autonomía*: el contenido de los derechos humanos –en cuanto derechos morales– está dado por aquellos bienes básicos para el fomento del valor de la autonomía, conforme al principio de autonomía personal (Nino) o al argumento de la autonomía (Alexy). El proceso de derivación del contenido de los derechos arranca de los presupuestos del discurso moral y comprende dos tramos. Por lo que respecta al primero (a), que supone el salto del plano del discurso al plano de la acción: según Nino, el principio de autonomía personal, al igual que la autonomía en general, se cimienta en la norma básica del discurso moral y esta, a su vez, en el rasgo de autonomía de la moral. Según Alexy, en cambio, el argumento de la autonomía erige el principio de autonomía moral, cimentado en la condición de aceptación del discurso práctico general. En cuanto al segundo tramo (b), según Nino, partiendo del principio de autonomía personal, la derivación de los derechos humanos es directa; mientras que, según Alexy, a partir del principio de autonomía moral, tal derivación se produce con la mediación del derecho de libertad general. Esta simetría entre las concepciones ético-normativas de los dos autores puede apreciarse en el siguiente esquema:



La de la *distribución discursiva igualitaria de los derechos humanos*: los bienes básicos en que consisten los derechos humanos han de distribuirse conforme al principio de inviolabilidad (Nino) o al argumento del consenso (Alexy); vale decir, la distribución debe ser igualitaria.

En consecuencia, la ética normativa del postpositivismo discursivo es liberal igualitaria: el contenido de los derechos deriva de la autonomía, pero esta debe distribuirse con algún criterio de igualdad.

2.3. Tercera tesis del postpositivismo (la de la focalidad jurídico-moral de los derechos fundamentales)

En el postpositivismo discursivo, esta tesis se compone de las dos siguientes subtesis:

2.3.1. Subtesis de la *conexión argumentativo-discursiva necesaria* entre derechos fundamentales y derechos humanos

Esta es una consecuencia lógica de las subtesis 2.1.2 y 2.2.5: los derechos fundamentales, es decir, los reconocidos en los documentos jurídicos (como las constituciones o convenciones internacionales) guardan una conexión necesaria con los derechos humanos en cuanto derechos morales, en el sentido de que la corrección jurídica de los derechos fundamentales es un «caso especial» de la corrección práctica general (Alexy), o bien, el aspecto interno del discurso jurídico sobre tales derechos es «no insular» respecto del aspecto interno del discurso moral, es decir, la moral crítica (Nino).

2.3.2. Subtesis de la prioridad *conceptual y axiológica* de los derechos fundamentales

Dicha prioridad se da respecto de los deberes jurídicos; por ejemplo, tiene sentido afirmar que estamos prohibidos de matar a otros porque ellos son titulares del derecho a la vida, pero no que los demás son titulares del derecho a la vida porque nos está prohibido matarlos. De ahí que debe distinguirse entre dos aspectos de los derechos fundamentales: como bienes o valores morales (que vienen a ser el polo *axiológico* de la argumentación con derechos fundamentales) y como posiciones normativas correlativas a los deberes jurídicos que buscan proteger aquellos bienes o valores morales (el polo *deontológico* de aquella argumentación). En el polo axiológico de los derechos fundamentales reside la *justificación moral* de tales deberes (el polo deontológico de aquellos derechos); o dicho a la inversa, estos son la *crystalización normativa* de aquel polo axiológico. Alexy desarrolla esta idea mediante la distinción entre *principios y reglas*, como luego se verá. Y Nino lo hace a través de la diferenciación entre lo que *deber ser o hacerse* (*ought to; sollen*) y los *deberes u obligaciones* (*duty; pflicht*).

3. LAS PRINCIPALES DIVERGENCIAS DE ATIENZA

El postpositivismo de Atienza coincide esencial y ampliamente con el postpositivismo discursivo, es decir, con la particular concepción de Alexy y Nino acerca de las tres tesis generales del postpositivismo. Sin embargo, en relación con cada una de ellas, es posible identificar algunas divergencias sobre aspectos que el mismo Atienza considera secundarios. Veamos cuáles parecen ser las más relevantes.

3.1. Acerca de cómo entender la conexión necesaria entre la argumentación jurídica y la argumentación moral

Como ya se dijo, la concepción que sobre esa *conexión necesaria* teje el postpositivismo discursivo puede sintetizarse en la «tesis del caso especial» de Alexy o «tesis de la no insularidad» de Nino. A decir del autor argentino, esta última es coincidente con la primera (Nino, 1993, p. 35), por lo que nos concentraremos en la tesis alexyana.

Ya en su *Teoría de la argumentación jurídica*, publicada por primera vez en 1978, Alexy formuló la tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, con base en estas tres razones: «(1) en que las discusiones jurídicas se refieren a cuestiones prácticas, es decir, a cuestiones sobre lo que hay que hacer u omitir, o sobre lo que puede ser hecho u omitido, y (2) estas cuestiones son discutidas desde el punto de vista de la pretensión de corrección. Se trata de un caso especial, porque la discusión jurídica (3) tiene lugar bajo condiciones de limitación» (Alexy, 2007, p. 207): «No se refiere a lo que es absolutamente correcto, sino a lo que es correcto en el esquema y con las bases de un orden jurídico válidamente imperante. Lo que es correcto en un sistema jurídico depende esencialmente de lo que es fijado autoritativa o institucionalmente y de lo que encaja con ello. No debe contradecir lo autoritativo y debe ser coherente con el conjunto. Para expresarlo brevemente podría decirse que la argumentación jurídica ha de estar vinculada a las leyes y a los precedentes y tiene que observar el sistema de Derecho elaborado por la dogmática jurídica» (Alexy, 1999, p. 25).

En *Las razones del Derecho*, obra que salió a la luz en 1991, Atienza dio cuenta de las críticas que, hasta entonces, había recibido la tesis del caso especial y las organizó en torno a tres aspectos: el conceptual, el alcance práctico de la teoría y su significado ideológico (Atienza, 2005, pp. 19ss.). Recientemente, Atienza ha reevaluado las críticas a la teoría de la argumentación de Alexy y ha concluido que, con posterioridad a 1978, el autor alemán ha ido superando muchas de las insuficiencias iniciales de su obra mediante desarrollos teóricos muy importantes sobre los principios, los derechos, la ponderación, la naturaleza dual del Derecho, etc., si bien reconoce que desde el comienzo Alexy ha sostenido la idea de que el Derecho debe contemplarse en el marco más amplio de la razón práctica (Atienza, 2019, p. 25).

No obstante, Atienza cree que en aquellas críticas hay un punto que no puede dejarse de lado; para él, la tesis del caso especial tiene el inconveniente fundamental de que uniformiza demasiado la argumentación jurídica, idealizándola:

Yo no creo que, en rigor, la argumentación jurídica (si bajo este concepto se incluye –como, me parece, debe hacerse– no solo la argumentación de los jueces y de la dogmática, sino también, por ejemplo, la de los legisladores o la de los abogados) sea un caso especial de la argumentación práctica general. La argumentación jurídica (entendida en ese sentido amplio) es una práctica compleja en la que concurren diversos tipos de argumentaciones, de diálogos, y en donde, dependiendo del contexto de que se trate, puede prevalecer una u otra de esas formas de razonamiento. (Atienza, 2019, 26)

Y es que, para Atienza, la tesis de la única respuesta correcta, que Alexy entiende como un ideal regulativo, se aplica

al caso de la argumentación judicial, hasta cierto punto al de la argumentación dogmática, pero no a la argumentación legislativa o a la de los abogados. En el caso de la argumentación legislativa, porque no parece tener sentido (o casi nunca lo tiene) pretender que una determinada ley (su texto articulado) sea la única respuesta correcta para el problema que trata de resolver la ley en cuestión; o sea, los problemas que hacen que surja la necesidad de una argumentación legislativa son más abiertos (y complejos) que los de orden judicial y no tienen la estructura binaria de estos últimos, estructura que, naturalmente, favorece el que pueda hablarse de única respuesta correcta. Y en relación con la de los abogados, porque estos (por razones institucionales obvias) no persiguen alcanzar la respuesta correcta, sino la respuesta favorable a los intereses de una parte. (Atienza, 2019, p. 27)

Pues bien, en efecto, la tesis de la única respuesta correcta es, para Alexy, solamente una idea regulativa. Esto, porque si bien la corrección radica en la aceptación contrafáctica que, respecto de un determinado juicio práctico, resultaría de un discurso ideal –véase subtesis ontológica 2.2.2 *supra*– no se puede asegurar que haya «una única respuesta correcta para cada cuestión práctica», precisamente porque, para dicho autor, «la teoría del discurso tiene una concepción *absolutamente procedimental de la corrección*» (Alexy, 1999, pp. 302ss., cursiva en el original). A partir de ese ideal regulativo, sin embargo, es posible que los diálogos reales puedan aspirar a una corrección *relativa* en la medida en que las condiciones efectivamente realizadas se acerquen a las establecidas por las reglas del discurso práctico general: a mayor isomorfismo entre tales condiciones, mayores probabilidades habrá de alcanzar la respuesta correcta –si acaso la hubiere– a la cuestión práctica de que se trate –véase subtesis epistemológica 2.2.3 *supra*–. Aquel isomorfismo regulativo que ha de darse entre lo ideal y lo real es el criterio que, según Alexy, ha de guiar la «institucionalización de la razón en el Derecho»:

el sistema jurídico de un Estado democrático constitucional es un intento de institucionalizar la razón práctica. [...] Esta justifica la existencia del sistema jurídico como tal y de sus estructuras básicas; tiene que estar presente en los procedimientos de formación de la opinión –y voluntad– democrática y debe ser empleada en la argumentación jurídica para satisfacer la pretensión de corrección que de ella surge. Los argumentos prácticos generales tienen que estar inmersos en todas las instituciones [como el proceso judicial... Tales argumentos] pueden ser insertados, integrados y especificados tanto como se quiera, siempre y cuando continúen conservando lo que es esencial para ese tipo de argumentos: su carácter libre y no institucional. Esa no es la única razón a favor de la tesis del caso especial, pero quizás sea la última. (Alexy, 1999, p. 34)

Esto permite apreciar hasta qué punto la tesis del caso especial está emparentada con la concepción deliberativa de la democracia de Alexy y Nino; recuérdese que para este último la democracia es un «sucedáneo del discurso moral» porque aspira a cumplir las condiciones de este en la medida que las condiciones institucionales lo permitan: parafraseando y de manera tosca, podríamos decir que, según la tesis del caso especial,

la argumentación jurídica viene a ser algo así como un sucedáneo de la argumentación práctica racional.

Frente a críticas como la de Atienza sobre la inadecuación de la tesis del caso especial para la argumentación de los abogados, Alexy ha reconocido que los procesos judiciales tienen rasgos «que a primera vista parecen incompatibles con cualquier conexión entre ellos y los discursos», como «las motivaciones reales de los participantes, quienes a menudo (si no generalmente) pretenden conseguir un juicio favorable y no correcto y justo»; sin embargo, defiende que «las partes presentan argumentos que pretenden ser correctos, incluso aunque subjetivamente sólo estén persiguiendo sus propios intereses» (Ibíd., p. 24). Esto, sin embargo, no ha satisfecho a Atienza: «Por un lado, porque esa actitud (... hacer como si...) iría en contra de la regla [del discurso práctico general] que exige sinceridad. Y, por otro lado, porque no todas las argumentaciones de los abogados tienen como destinatarios a los jueces (aunque, como a veces se dice, todos sus argumentos –incluidos los que tienen como marco un proceso de negociación– se produzcan a la sombra de la jurisdicción): los procesos de negociación, mediación, etc., en que frecuentemente se ven envueltos los abogados, o los interrogatorios a testigos en el contexto de un juicio, constituyen también instancias de la argumentación jurídica» (Atienza, 2019, p. 27).

En mi opinión, la crítica de Atienza da en el blanco: hay tipos de argumentación en el Derecho que no pueden verse como especies del género *discurso práctico general*. Sin embargo, me parece que Alexy atisba algún tipo de relación entre aquellas formas de argumentar y el referido *discurso*. Me parece que esa relación es doble: En primer lugar, como también ha sostenido Atienza,

el diálogo racional (el diálogo práctico general) permite justificar la existencia de esas otras formas de argumentación: el discurso predominantemente estratégico de los abogados, de los legisladores, de los negociadores..., aunque estas últimas formas no sean especies de ese género. [...A]lgunas de las reglas que rigen estos tipos de argumentación contradicen las del discurso práctico racional; no son casos especiales, sino casos –prácticas– que, simplemente, pueden encontrar una justificación en el discurso práctico general. Y la distinción de esos dos planos normativos me parece esencial: las normas del discurso práctico general permiten justificar la práctica argumentativa de los abogados en la que, por ejemplo, no rige (o rige con muchísimas limitaciones) el principio de sinceridad. (Atienza, 2019, pp. 26ss.; 2005, pp. 199s.)

Esta sería una relación de carácter justificativo. Pero habría otra de índole institucional, entrelazada con la anterior, relativa a la imbricación mayor o menor que, en la práctica del Derecho, tengan los diversos tipos de diálogo jurídico con el diálogo propio de los jueces, del que sí cabe decir que es un caso especial del diálogo racional. Una mayor vertebración institucional entre aquellos diálogos y el judicial conllevaría mayores exigencias estructurales para los diálogos no judiciales. Así, por ejemplo, las restricciones serán mayores si se trata de la argumentación de un abogado frente a los jueces, que la de un negociador: la «sombra de la jurisdicción» no les cubre en el mismo grado. Creo que Alexy mira en esta dirección cuando distingue la negociación y el proceso judicial

desde el punto de vista de las partes en conflicto: el presentar las demandas como justas (planteando así una pretensión de corrección) y no como pretensiones egoístas puede ser, en el marco de la negociación, meramente una «condición de éxito», mientras que, en el del proceso judicial, es también una «condición del juego» –si bien, precisaría yo, el juego aisladamente considerado del litigante no sea el de la búsqueda de la respuesta correcta– porque el juez debe decidir cuál de las pretensiones en conflicto es la correcta (Alexy, 2007, 318); esto muestra que para interpretar los procesos judiciales en términos de teoría del discurso habría que tomar conjuntamente todos los elementos –todas las formas de argumentar jurídicamente– que componen su complejidad (Alexy, 1999, 25s.). Lo que no significa –como, sin embargo, sostiene equivocadamente el mismo Alexy–, que todas las formas de argumentación jurídica sean casos especiales de la argumentación práctica general.

3.2. Acerca de cómo entender el objetivismo moral basado en derechos

Según se explicó arriba, como apoyo a su primera tesis –la de la conexión argumentativa necesaria entre Derecho y moral–, el postpositivismo se adscribe, en el plano metaético, a un cierto tipo de objetivismo moral y, en el campo ético-normativo, defiende una concepción moral cuya piedra angular son los derechos humanos (véase, subtesis 2.2.5 *supra*).

El objetivismo propio del postpositivismo discursivo consiste en un programa de fundamentación de la moral *procedimentalista kantiano*: el punto de partida son los presupuestos esenciales de la discusión moral en cuanto práctica social, de donde se sigue –como tesis ontológica– que la corrección o verdad moral se *constituye* en virtud de la aceptación contrafáctica que, respecto de un determinado juicio práctico, resultaría de un diálogo idealmente configurado. De ahí que pueda inferirse –como tesis epistemológica– el isomorfismo regulativo: a mayor *isomorfismo* entre (a) las condiciones formales de un diálogo efectivamente realizado, por un lado, y (b) las exigencias formales de un diálogo idealmente configurado, por otro, habrá mayor seguridad epistémica de que el resultado que arroje el diálogo efectivamente realizado sea correcto o verdadero (véanse las subtesis 2.2.1, 2.2.2 y 2.2.3 *supra*).

El puente entre esta metaética discursiva y los derechos humanos como cimientos de la moralidad viene dado, en el postpositivismo discursivo, por el valor de la autonomía. En la versión de Nino –algo más desarrollada que la de Alexy en este punto–, aquel puente se formula principalmente a partir de dos principios derivados –por la vía del argumento pragmático-trascendental– de los rasgos formales del *procedimiento* de la discusión moral: el principio de *autonomía personal* y el de *inviolabilidad*⁷.

7. Dejo aquí de lado, un tercer principio formulado por Nino, el de dignidad. En mi opinión, este parece ser un corolario del principio de autonomía personal.

El primero proscribe interferir en la libre adopción de ideales de excelencia humana (moral autoreferente) y en la elección individual de planes de vida basados en dichos ideales (Nino, 2005, p. 41s.). Este principio –aclara Nino– «es parte de la autonomía en el sentido de Kant [la tercera formulación del principio categórico], y que se manifiesta en la libre elección no sólo de pautas que hacen a la moral autorreferente, sino también de cualquier otra pauta moral intersubjetiva» (Ibíd., p. 230).

Mientras que el de la autonomía personal es un principio que permite inferir el «contenido» de algunos derechos individuales básicos –«permite identificar dentro de ciertos márgenes de indeterminación, aquellos *bienes* sobre los que versan los derechos»–, el principio de inviolabilidad otorga a los derechos su «función» –la de «atrincherar» «los bienes sobre los que versan los derechos [...] contra medidas que persigan el beneficio de otros o del conjunto social o de entidades supraindividuales»– (Ibíd., p. 223). Este segundo principio, en su primera formulación, proscribe imponer a las personas, contra su voluntad, sacrificios y privaciones que no redunden en su propio beneficio (Ibíd., p. 139); sin embargo, Nino observa que esta formulación «no se apoya en derechos prioritarios que puedan determinar qué es un sacrificio», por lo que esa formulación usa un «concepto vacío de sacrificio» y, por tanto, considera es necesaria una segunda formulación que «defin[a] la noción de sacrificio en *términos relativos*: alguien sacrifica a otro para su propio beneficio cuando restringe la autonomía del otro de forma que el último acaba con menos autonomía de la que disfruta el primero» (Nino, 1991, 215). De esta manera, el principio de inviolabilidad es un «principio de distribución» que limita la satisfacción del principio de autonomía personal (Nino, 1991, 164). Nino advierte que su principio de inviolabilidad es subsumible en la segunda formulación del imperativo categórico kantiano (el imperativo de la dignidad, que prescribe tratarse a uno mismo y a lo demás siempre como un fin y nunca solo como un medio), aunque para el autor argentino este es más general que el principio de inviolabilidad, puesto que pueden concebirse formas de tratar a otro solo como un medio que no consistan, sin embargo, en imponerle sacrificios o privaciones; pero prefiere no asumir –sin más– el imperativo kantiano porque los casos que quedarían fuera de su principio de inviolabilidad «no parecen responder a convicciones que haya que respetar» (Nino, 2005, p. 239). De aquí parece seguirse que la medida de la vulneración de la dignidad en sentido kantiano es el grado de afectación relativa a la autonomía personal, vale decir, sin la referencia a esta, la dignidad es vacua; es este último principio el que dota de contenido a los derechos humanos, no el de inviolabilidad. Lo que se debe a que, en el programa de Nino (y, *mutatis mutandis*, en el de Alexy), el principio primario es el de la autonomía personal –lo que tornaría en cierto modo prioritaria a la autonomía kantiana respecto de las otras formulaciones del imperativo categórico–, en el sentido de que este deriva inmediatamente de uno de los rasgos formales del discurso, el de la autonomía de la moral, según el cual dicho discurso «*está dirigido a obtener una convergencia en acciones y actitudes, a través de una aceptación libre por parte de los individuos, de principios para guiar sus acciones y sus actitudes frente a acciones de terceros*» (Nino, 2005, p.108). Aquí

se ve cómo, en el postpositivismo discursivo, el procedimentalismo kantiano se vincula de manera íntima con el liberalismo, específicamente, con el liberalismo igualitario.

Pues bien, Atienza adhiere al procedimentalismo kantiano como una de las vías para fundamentar la moral y los derechos, pero lo problematiza y propone complementarlo con una vía sustantiva de fundamentación basada en el principio de dignidad:

El procedimentalismo no puede ser nuestra única vía de acceso al conocimiento moral. Es cierto [...] que para hablar de objetividad moral no se precisa una referencia externa, no hay un análogo moral del mundo externo. Pero de la misma manera que hay tipos de creencias de las que no podemos prescindir, como, por ejemplo, la existencia de un mundo externo, también hay ideas sobre cómo debemos vivir que son objetivas, en el sentido de que se nos imponen, no las hemos construido nosotros. [...] Y una de esas ideas parece que sería la de dignidad, o sea, el que consideremos que cada persona es un fin en sí misma, lo que presupone que seamos capaces de adoptar una actitud impersonal, esto es, que todas las razones de una persona no derivan de sus propios intereses y compromisos efectivos, que no hay solo razones relativas al agente. [...] Pues bien, esa idea de que cada persona tiene valor para sí misma, una idea que no podemos dejar de tener [...] tiene manifiestamente consecuencias sustantivas desde el punto de vista moral. O si se quiere decirlo de otra manera, la segunda formulación del imperativo categórico, el imperativo de los fines, que es el principio más fundamental de la moral, no es puramente formal, sino que tiene un carácter sustantivo, con independencia de que se vea como un mandato negativo o (también) positivo. (Atienza, 2017, pp. 213s.)

Para Atienza, el núcleo del principio de dignidad, y de la ética, «reside en el derecho y la obligación que tiene cada individuo de desarrollarse a sí mismo como persona (un desarrollo que admite una pluralidad de formas, de maneras de vivir, aunque no cualquier forma de vida pueda considerarse aceptable) y, al mismo tiempo, la obligación, en relación con los demás, de contribuir a su libre (e igual) desarrollo» (Atienza, 2022, p. 158). Así entendido, en opinión del autor español, el principio de dignidad reconoce los principios de autonomía personal y de inviolabilidad de Nino, pero dentro de ciertos límites que vendrían dados por los siguientes tres principios. El principio de las necesidades básicas: «todos los seres humanos tienen ciertas necesidades elementales que gozan de prioridad frente a las necesidades que no sean básicas de los otros seres humanos (o, dicho de otra manera, el derecho a una existencia digna)». El principio de cooperación: «el desarrollo máximo y deseable del ser humano del ser humano exige una cooperación activa por parte de los demás y, en particular, por parte de las instituciones sociales (estatales o no)». Y el principio de solidaridad: «cualquier ser humano solo tiene derecho a un grado de desarrollo y goce de bienes que no imposibilite a los demás alcanzar un grado de desarrollo equivalente». De este modo, Atienza busca complementar la fundamentación liberal igualitaria de los derechos de corte liberal igualitario (como las de Nino y Alexy) con una fundamentación basada en la tradición socialista democrática.

Vista así, «en su sentido más profundo» —escribe Atienza— «la dignidad humana contiene también el principio (o el imperativo) de universalidad —igualdad— y de autonomía y, por ello, puede considerarse que expresa el conjunto de la racionalidad práctica, la

ley moral. Tiene sentido, en consecuencia, decir que es el fundamento de todos los derechos»; para Atienza, este lugar de cierto privilegio que tiene la dignidad «se debe, sobre todo, a que puede ser una manera eficaz de priorizar los derechos sociales, de mostrar que garantizar a todos los seres humanos una existencia digna es presupuesto necesario para que tengan sentido todos los demás derechos», «en contraste con las fundamentaciones académicas más influyentes de los derechos humanos en las que el foco suele ponerse en los derechos civiles y políticos». Aunque «garantizar a todos una existencia digna es también una consecuencia del principio de igualdad y una manera, la única manera, de hacer posible un desarrollo autónomo de los seres humanos» (Atienza, 2022, pp. 158s. y 163).

Manteniendo la centralidad de la autonomía personal, en un trabajo de 1990, Nino defendió que, bien entendida, esa autonomía implicaba valorar la creatividad del individuo al plasmar su vida de una forma u otra con los recursos disponibles y no la mera elección con abstracción de los recursos disponibles, lo que

sugiere que, efectivamente, debemos igualar a los individuos en la dimensión de sus capacidades, lo que implica satisfacer ciertas necesidades básicas. Esto permite, efectivamente, asignar un lugar central a las necesidades categóricas en una concepción liberal de la sociedad, ya que la distribución pública de recursos debe atender a los prerrequisitos para la formación libre de preferencias satisfacibles en algún grado y no tomar en cuenta la satisfacción de preferencias libremente formadas en algún grado. (Nino, 1990, p. 32)

Esto, en opinión de Nino, confirma que «la autonomía es parte de una concepción más amplia del bien personal y que, en consecuencia, cuando promovemos aquella no estamos siendo neutrales frente a diversas concepciones del bien» (Nino, 1990, p. 32);

esa concepción no es otra que la vieja noción de *auto-realización* [valor que sería un presupuesto de la práctica del discurso moral (Nino, 1988, p. 375)] que se relaciona con la alusión que hace Frankfurt al florecimiento y que ha sido muchas veces desvirtuada hacia direcciones perfeccionistas por no advertir que ella no es equivalente a realización personal sino a realización autónoma, o sea, a una realización de la que es autor el propio individuo concernido. En el centro de esta concepción del bien personal, está la idea de capacidades rescatada ahora por Amartya Sen. El individuo se auto-realiza en la medida en que actualiza en forma plena y equilibrada sus diversas capacidades. Hay una indefinida variedad de alternativas de desarrollar en plenitud algunas de las capacidades sin obliterar completamente las restantes y lo que se valora es la creatividad de los individuos en la exploración de estas alternativas. (Nino, 1990, p. 31)

De esta manera,

mientras que los terceros, incluyendo el Estado, deben atender a la satisfacción de las necesidades de los individuos, o sea, a una maximización igualitaria de sus capacidades, sólo compete a cada individuo el ejercicio de esas capacidades en cualquiera de las múltiples alternativas que ellas ofrecen (por supuesto siempre que no afecten a igualdad en las capacidades de que gozan otros individuos). Si bien el ejercicio que los individuos puedan hacer de sus capacidades resulta muchas veces insuficiente o desequilibrado, cualquier

intervención de terceros para ayudarlo a superar esas deficiencias, frustraría el bien de la auto-realización. (Ibíd., p. 32)

Por otro lado, según Nino, «el reconocimiento de necesidades básicas como dato moral relevante para la distribución igualitaria sirve de escudo de protección del individuo frente a las decisiones y preferencias de otros» (Ibíd., p. 33), lo que refuerza la interrelación entre el principio de autonomía personal y el de inviolabilidad. Así, «el concepto de necesidades básicas [...] haría de puente –al permitir su satisfacción simultánea– entre las dos ideas básicas del liberalismo: la de que los fines de los individuos deben ser respetados [autonomía kantiana] y la de que todo individuo es un fin en sí mismo [dignidad kantiana]» (Ibíd., p. 34).

En este punto, solo me planteo un conjunto de interrogantes cuya resolución podría contribuir al desarrollo del postpositivismo en el futuro: ¿Qué distancia hay entre la concepción de la autonomía personal de Nino, basada en el bien de la auto-realización, las capacidades y las necesidades básicas, y la concepción de la dignidad como fuente última de los derechos humanos que Atienza propone? La posible equivalencia esencial entre ambas elaboraciones, ¿es una manifestación de que las tres formulaciones del imperativo kantiano componen una misma ley moral? ¿Estaba en la mente de Rawls esa posible equivalencia cuando sostuvo que el socialismo democrático satisface los dos principios de la justicia como equidad (Rawls, 2001)? ¿Son ambas elaboraciones –las de Nino y Atienza– convergentes en cuanto a incorporar –implícita o explícitamente– elementos sustantivos en el programa procedimental (discursivo) de fundamentación de la ética?

3.3. Acerca de cómo entender la focalidad jurídico-moral de los derechos fundamentales

Arriba se dijo (véase, subtesis 2.3.2 *supra*) que esa *focalidad* consiste básicamente en que los derechos fundamentales tienen prioridad conceptual y axiológica respecto de los deberes jurídicos, lo que es una consecuencia de las dos primeras tesis del postpositivismo. La tesis de la focalidad ha sido elaborada por Alexy –algo más refinadamente que por Nino– mediante la distinción entre *principios* y *reglas*: las primeras son *mandatos definitivos* mientras que los segundos, *mandatos de optimización* o *mandatos prima facie* (Alexy, 2002b, pp. 86s. y 99). A partir de esta clasificación de las normas jurídicas, el autor alemán da cuenta de la estructura de los derechos fundamentales: diferencia entre las *razones* para derechos subjetivos y los derechos subjetivos como *posiciones y relaciones jurídicas*. Y con ello distingue entre las razones para derechos fundamentales y los derechos fundamentales como posiciones y relaciones jurídicas. Sobre las primeras desarrolla muy poco⁸. Se centra más bien en los segundos y los reconstruye con base en Hohfeld; y afirma que las disposiciones relativas a los derechos fundamentales así entendidos

8. Véase Alexy 1993, p. 28.

positivizan tanto reglas como principios. Por ello, un «derecho fundamental como un todo es un haz de posiciones definitivas y *prima facie* vinculadas recíprocamente en las tres formas» siguientes: relaciones de precisión, relaciones medio/fin y relaciones de ponderación. De manera que «dentro del marco de la pregunta acerca de qué pertenece a un derecho fundamental como un todo, se plantean todos los problemas de la interpretación de los derechos fundamentales». (Alexy, 2002b, pp. 129ss., 180 y 249ss.)

En la teoría de los principios de Atienza y Ruiz Manero, como se sabe, se distingue entre dos tipos de principios: los *principios en sentido estricto* y las *directrices*. Vistas *estructuralmente*, estas dos «piezas del Derecho» tienen en común que configuran el caso o condición de aplicación de manera abierta, pero se diferencian respecto de la configuración del modelo de conducta prescrito: en los principios en sentido estricto, esa configuración es cerrada, ellos son *normas de acción*, exigen un *cumplimiento pleno*, o se cumplen o no se cumplen; mientras que en las directrices aquella configuración es abierta, ellas son *normas de fin*, exigen la realización de un estado de cosas en la mayor medida posible, admiten *modalidades graduables de cumplimiento*. Vistas, en cambio, como *razones para la acción*, la diferencia está en que los principios en sentido estricto son razones de *corrección*, mientras que las directrices son razones de tipo utilitario (Atienza y Ruiz Manero, 2006b, pp. 28ss.). Pues bien, aquí me interesa recalcar en la crítica que los dos autores españoles dirigen a Alexy en relación con la distinción estructural entre los dos tipos de principios que acabamos de caracterizar. La crítica sostiene que la tesis de los *principios como mandatos de optimización* es «distorsionadora en relación con los principios en sentido estricto, pero perfectamente adecuada para dar cuenta de las directrices» (Ibíd., pp. 31 y 33s.). En efecto, para los mencionados autores,

de los principios en sentido estricto cabe decir que son mandatos de optimización únicamente en el sentido de que, al estar configuradas de forma abierta sus condiciones de aplicación, la determinación de su prevalencia o no en un caso individual determinado exige su ponderación, en relación con los factores relevantes para el caso presente, con principios y reglas que jueguen en sentido contrario, pero una vez determinado que en ese caso prevalece el principio, este exige un cumplimiento pleno. Las directrices, por el contrario, al estipular la obligatoriedad de utilizar medios idóneos para perseguir un determinado fin, dejan también abierto el modelo de conducta prescrito: las directrices sí pueden, en efecto, ser cumplidas en diversos grados. (Atienza y Ruiz Manero, 1991, pp. 110, cursivas fuera del original)

Como muestra la cita, para Atienza y Ruiz Manero, hay un sentido en el que los principios en sentido estricto pueden ser considerados mandatos de optimización, pero otro en el que no, pues este sería adecuado solo para las directrices. Mi opinión es que el concepto alexyano de *mandato de optimización* se refiere exclusivamente al primer sentido, no al segundo. Me explicaré.

Con posterioridad a la primera formulación de su teoría de los principios, el autor alemán precisó que los principios son *mandatos a optimizar* (Alexy, 2003, pp. 108s.). Lo que dejó en claro que los principios son los objetos de la optimización y que, en consecuencia, no son estos los que mandan optimizar. Esto es coherente con que, desde

la *Teoría de los derechos fundamentales*, se estableció una equivalencia de significado entre la «optimización» de los principios y la máxima de proporcionalidad (Alexy, 2002b, pp. 111). Por lo que podría decirse que los principios son *mandatos a proporcionalizar*, y por tanto, *mandatos a ponderar*. Alexy también ha sido claro al señalar que las tres submáximas de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación) en modo alguno tienen que ver con alcanzar un «punto máximo», sino que operan como criterios «negativos» (Alexy, 2002a, pp. 27ss., 92s.; 2002b, pp. 62ss., 77, 112s.)⁹. Por tanto, en este sentido de «optimización», como sostienen Atienza y Ruiz Manero, los principios en sentido estricto son optimizables, proporcionalizables, ponderables. Y, a mi juicio, lo son todos los principios jurídicos, incluidas las directrices: esa es la consecuencia ineludible de que ellos tengan un aspecto valorativo intrínseco que los conecta con bienes o valores jurídico-morales. Es ese aspecto valorativo (moral) el que centralmente entra en juego cuando se «pesan» los principios, es ese aspecto el que posibilita que sus afectaciones admitan grados, cosa que, por cierto, permite explicar su carácter *prima facie* en contraste con el carácter perentorio de las reglas.

Atienza, sin embargo, ha escrito recientemente que –tras reevaluar la crítica a la que nos venimos refiriendo– sigue pensando que la caracterización de las directrices como mandatos de optimización es inconveniente porque da «al menos la apariencia de configurar un tipo de racionalidad economicista (el análisis costes-beneficios) que no parece encajar bien con la pretensión de Alexy de construir una teoría de la argumentación jurídica basada en la noción de discurso» (Atienza, 2019, p. 32). Sin embargo, en opinión del autor español, esta divergencia tiene que ver «más que nada [con] una cuestión de presentación» (Atienza, 2022, p. XXV). En efecto, creo que es así porque el sentido de «optimización» en Alexy es enteramente compatible con las directrices, como ya se ha mostrado. Más bien, me parece que una deficiencia de la teoría de Alexy es que carece de la distinción entre principios en sentido estricto y directrices (Lozada, 2016b) y, en general, la distinción entre normas de acción y normas de fin (Cruz Parceró, 2007), como también ha criticado hace muy poco Atienza: «el análisis de Alexy [de los derechos fundamentales] se enriquecería notablemente si incorporara (o subrayara más de lo que lo hace) la categoría de norma de fin en su tratamiento de los derechos sociales (prestacionales)» (Atienza, 2022, p. XXXI). Pero esa es una deficiencia relativa, no al aspecto valorativo (moral) de los principios, sino a su aspecto de guía de conducta (deóntico): tiene que ver, no con su carácter de mandatos *a optimizar* en el sentido estrictamente alexyano (la dimensión axiológica de las directrices también es objeto del examen de proporcionalidad y de la ponderación, como hemos dicho), sino con que las directrices deberían ser caracterizadas como mandatos *de* «optimización» en el sentido –ya no alexyano sino en aquel– del que partía la crítica de Atienza y Ruiz Manero, es decir, como normas cuya dimensión deontológica configura un modelo de conducta consistente en la realización de ciertos estados de cosas en la mayor medida posible.

9. Estos puntos los desarrollé en Lozada, 2022, p. 427.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES

Atienza esencialmente coincide con el postpositivismo discursivo, pero sus divergencias señalan líneas de desarrollo muy importantes respecto de cada una de las tres tesis del postpositivismo en general:

En primer lugar, la construcción del vínculo argumentativo necesario entre Derecho y moral debe ser menos idealista que el envuelto en la tesis del caso especial, en el sentido de que no todos los tipos de discurso jurídico deben procurar ser sucedáneos del discurso ideal, como sí ocurre con el discurso judicial, en cuyo núcleo está la pretensión de corrección y la idea regulativa de la única respuesta correcta; el carácter autoritativo del Derecho conlleva la aceptación –realista– de que ciertos discursos no tienen aquella pretensión, como ocurre con el del abogado litigante, del mediador o del legislador; lo relevante, eso sí, es que ellos puedan ser justificados contrafácticamente en un discurso ideal.

En segundo lugar, el programa procedimental de fundamentación de los derechos humanos podría complementarse con –o incorporar– elementos sustantivos como el valor de la dignidad humana; de modo que la autonomía no sea el único pilar sobre el que descansen tales derechos. De esta manera, la fundamentación liberal igualitaria de aquellos se vería complementada con una proveniente de la tradición socialista democrática. Al fin y al cabo, en su sentido más profundo, la dignidad compone junto con la autonomía y la igualdad una misma ley moral.

Y, en tercer lugar, la teoría postpositivista debe incorporar a las normas de fin (reglas de fin y directrices) y, correlativamente, ocuparse del que Atienza ha llamado razonamiento finalista o adecuado (Atienza, 2013, 184), el propio de aquel tipo de normas: la subsunción y la ponderación no agotan el campo del razonamiento con normas jurídicas.

La incorporación de estos tres desarrollos en el modelo postpositivista es necesaria entre otras cosas, para dar cuenta de mejor manera de los derechos sociales en el Estado constitucional, especialmente, en contextos de gran desigualdad estructural: (i) no es en el discurso judicial donde centralmente se decide sobre tales derechos, dado el carácter principalmente prestacional de estos, sino en discursos relativos a la adopción de leyes y de políticas públicas, cuyo paradigma no es ni puede ser el del discurso ideal, por lo que allí la tesis del caso especial y el ideal de la única respuesta correcta no son definitorios del juego argumentativo; además, (ii) con base en el principio de dignidad de la persona asumido como la fuente última de los derechos, lo que implica la adopción de la categoría de necesidades básicas, la fundamentación de los derechos sociales se vuelve más robusta; y finalmente, (iii) dado que, como se dijo, el contexto ordinario para la protección de esos derechos –predominantemente prestacionales– son los de la legislación y las políticas públicas, el tipo de argumentación correspondiente es el razonamiento adecuado, propio de las normas de fin.

El postpositivismo de Atienza muestra así una especial vocación por la justicia social; y dibuja un programa para teorizarla en el contexto del Derecho del Estado constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ, Josep (2011), «El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, pp. 55-71.
- ALEXY, Robert (1993), «Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional» (1992; trad. de Larrañaga, P.), en *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México.
- ALEXY, Robert (1999), «La tesis del caso especial» (1999; trad. de Lifante, I.), en *Isegoría*, 21, pp.23-35.
- ALEXY, Robert (2002a), «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales» (2002; trad. de Bernal Pulido, C.), en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22.
- ALEXY, Robert (2002b), *Teoría de los derechos fundamentales* [1985], trad. de E. Garzón Valdés (rev. por R. Zimmerling), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ALEXY, Robert (2003), «Sobre la estructura de los principios jurídicos» [2000], trad. de C. Bernal, en R. Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 93-139.
- ALEXY, Robert (2007), *Teoría de la argumentación jurídica* (1978; trad. de Atienza, M. y Espejo, I.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ATIENZA, Manuel (2005), *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica* (2003), UNAM, México.
- ATIENZA, Manuel (2007), «Argumentación y constitucional», en J. Aguiló, M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Fragmentos para una teoría de la constitución*, Iustel, Madrid.
- ATIENZA, Manuel (2008), «Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico», en *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- ATIENZA, Manuel (2009), «Sobre Ferrajoli», en Ferrajoli, L., Moreso, J., Atienza, M., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, pp. 85.
- ATIENZA, Manuel (2013), *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid.
- ATIENZA, Manuel (2017), *Filosofía del derecho y Transformación social*, Trotta, Madrid.
- ATIENZA, Manuel (2019), *Comentarios e incitaciones. Una defensa del postpositivismo jurídico*, Trotta, Madrid.
- ATIENZA, Manuel (2022), *Sobre la dignidad humana*, Trotta, Madrid.
- ATIENZA, Manuel y LAPORTA, Francisco (2008), «Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta», en *El Cronista*, pp. 46-55.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (1991), Sobre principios y reglas, en *Doxa*, No. 10, 101-120.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2006a), «Dejemos atrás el positivismo jurídico», en Ramos Pascua J. A. y Rodilla González M. Á. (Eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 765-780.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2006b), *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona.

- BAYÓN, Juan (2004), «Derechos y democracia: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- CASALMIGLIA, A. (1998), «Postpositivismo», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21, pp. 209-220.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio (2007), «El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos», Trotta, Madrid.
- FERRAJOLI, Luigi (2011), «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, pp. 15-53.
- FERRAJOLI, Luigi & RUIZ MANERO, Juan (2012), *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid.
- LOZADA, Alí (2016a), *Derechos y constitucionalismo discursivo*, tesis doctoral [Tesis de doctorado, Universidad de Alicante]. Repositorio Institucional Alicante. <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/54935>
- LOZADA, Alí (2016b), «El postpositivismo de la «optimización»: sobre el concepto de principio jurídico de R. Alexy», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* No. 39, 227-252. DOI: 10.14198/DOXA2016.39.12
- LOZADA, Alí (2020), «Los derechos planos de Luigi Ferrajoli», en L. Ferrajoli et alii, *Il dovere essere del diritto. Un dibattito teorico sui diritti illegittimo a partire da Kelsen*, a cura di P. Di Lucia e L. Passerini Glazel, Giappichelli editore, Torino, pp. 305-314.
- LOZADA, Alí (2022), «Principios formales y sentido común jurídico. Sobre la presunción de constitucionalidad de la ley», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* No. 45, 411-443. DOI: 10.14198/DOXA2016.39.12
- NINO, Carlos (1988), «Liberalismo «versus» comunitarismo», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 1, septiembre-diciembre.
- NINO, Carlos (1990), «Autonomía y Necesidades básicas», en *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*, 7.
- NINO, Carlos (1991), *The Ethics of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford.
- NINO, Carlos (1993), «Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico», en *Ragion Pratica*, No. 1.
- NINO, Carlos (2005), «Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación» (1984), segunda edición ampliada y revisada, Astrea, Buenos Aires.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2003) «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», en Miguel Carbonell (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, pp.123-158.
- Rawls, John (2001), *Justice as Fairness. A Restatement*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.) – London.
- RUIZ MANERO, Juan (2012), «Cuatro manifestaciones de unilateralismo en la obra de Luigi Ferrajoli», en *Isonomía*, n.37.
- SANTOS PÉREZ, María (2008, julio-diciembre), «Apuntes para una Teoría de la Argumentación Jurídica en el Marco del Nuevo Constitucionalismo», en *Letras jurídicas*, Vol. 18, 1-12.

