



**VNiVERSiDAD  
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

**TRABAJO FIN DE GRADO**

**GRADO EN DERECHO**

**Departamento de Historia del Derecho y Filosofía Jurídica**

**Moral y Política**

**Área de Filosofía del Derecho**

**Curso 2017/2018**

**ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: DOS  
VISIONES DIFERENTES  
(Manuel Atienza y García Amado)**

**José Carlos Lozano Rosco**

**María Lourdes Santos Pérez**

**Junio 2018**

**TRABAJO FIN DE GRADO**

**GRADO EN DERECHO**

**Departamento de Historia del Derecho y Filosofía Jurídica**

**Moral y Política**

**Área de Filosofía del Derecho**

**ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: DOS  
VISIONES DIFERENTES  
(Manuel Atienza y García Amado)**

**LEGAL ARGUMENTATION: TWO  
DIFFERENT VISIONS  
(Manuel Atienza y García Amado)**

**Nombre del estudiante: José Carlos Lozano Rosco  
e-mail del estudiante: jclr@usal.es**

**Tutora: María Lourdes Santos Pérez**

## RESUMEN

Este trabajo es una aproximación al actual estado del debate en torno a las teorías de la argumentación jurídica a través de las posturas de dos iusfilósofos españoles (Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado) que, además de ser relevantes, mantienen visiones dispares.

El trabajo consiste en su mayoría en una reconstrucción y sistematización del debate ocurrido en las redes entre los dos filósofos, utilizando para la caracterización de sus posiciones material exclusivamente accesible en la red, en concreto a partir del material proveniente de los blogs de sendos autores.

En una primera parte, se explica el planteamiento general de cada uno de los filósofos sobre la argumentación jurídica. En su segunda parte, se abordan sus perspectivas concretas sobre los siguientes temas clave: la vieja disputa entre iuspositivismo e iusnaturalismo, el tratamiento de las lagunas, la discrecionalidad judicial y, por último, la existencia de valores morales objetivos.

**PALABRAS CLAVE:** Manuel Atienza argumentación jurídica García Amado

## ABSTRACT

This work is an approximation to the current state of debate within the theories of legal argumentation through the positions of two Spanish philosophers (Manuel Atienza and Juan Antonio García Amado) who, in addition to being relevant, maintain diverse viewpoints.

This work mostly consists of a reconstruction and systematization of the debate between the two philosophers that took place in the networks, using for the characterization of their positions, material exclusively found in the network, specifically material from the blogs of both authors.

The first part explains the general approach of each of the philosophers on legal argumentation.

The second part addresses its specific positions in the following key issues: the old dispute between legal positivism and natural law, the treatment of gaps, judicial discretion and, finally, the existence of objective moral values.

**KEYWORDS:** Manuel Atienza legal argumentation García Amado

Argumentación Jurídica: Dos visiones diferentes

ÍNDICE

	Página
1. Planteamiento General sobre la argumentación jurídica.....	4
a) Manuel Atienza.....	4
b) Juan Antonio García Amado.....	9
2. Iusnaturalismo versus positivismo jurídico.....	20
3. Lagunas del Derecho.....	30
4. Discrecionalidad judicial.....	34
5. Existencia de valores morales objetivos.....	38
6. Conclusiones.....	42
 Bibliografía.....	 44

# PLANTEAMIENTO GENERAL SOBRE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

En este apartado presentaré las posiciones de ambos autores:

## MANUEL ATIENZA

La aproximación que hace Atienza es global, tratando de desarrollar una Teoría de la Argumentación que exponga, por una parte, cual es el concepto de argumentación y sus concepciones (parte general) y, por otra, que fin cumple y como se debe desarrollar en la práctica (parte especial).

La Teoría de la Argumentación de Atienza se asienta firmemente en tres presupuestos básicos:

- El “pragmatismo filosófico”, entendida la expresión en un sentido amplio, y que supone la primacía de la práctica: La teoría filosófica está al servicio de la realidad práctica y de nada sirve que se desarrolle una teoría doctrinalmente perfecta si no cuenta con las herramientas adecuadas para ser útil en la práctica.
- Un segundo elemento muy importante, el “objetivismo ético”. Se parte de la base de que existe un contenido ético mínimo, por lo que cabe discutir sobre cuáles son los valores morales últimos, que no serían valores derivados simplemente de preferencias personales o colectivas. Existen valores morales que informan y ordenan los ordenamientos jurídicos y que por tanto deben presidir la práctica a la hora de aplicar el Derecho.
- El “elemento valorativo”. El Derecho no solo tiene un sustrato autoritativo, es decir, no solo deriva de que es una autoridad la que lo crea y aplica, sino que también tiene un componente valorativo, en el sentido de que en la práctica jurídica no solo es importante la aplicación de las normas derivadas de la autoridad, sino que se persigue que se cumplan una serie de fines y valores. Fines

y valores que se relacionan íntimamente con la idea de “objetivismo ético”, ya que solo conociendo esos valores morales últimos se puede precisar si el resultado de la práctica es acorde con ellos o no.

El Derecho se puede ver en buena medida como una práctica que consiste en tomar decisiones y dar razones (argumentos) que refuercen aquellas, pero es necesario fijar una serie de conceptos y nociones para tomar conciencia de esa dimensión argumentativa. Para ello Atienza se sirve de la distinción clásica que se establece en cada uno de los segmentos o disciplinas dogmáticas del Derecho: la distinción entre parte **general** y parte **especial**.

La **parte general** está destinada a esclarecer qué es la argumentación jurídica. Para cumplir este objetivo se distingue, en primer lugar, entre *concepto* y *concepciones*. El concepto de argumentación está compuesto por los rasgos comunes que ésta presenta, ya sea analizada desde una dimensión jurídica, psicológica, lógica, lingüística o simplemente desde la perspectiva de la gente común y corriente. El concepto establece así que *“los razonamientos son siempre relativos al lenguaje; presuponen algún problema, alguna cuestión para la que el razonamiento sirve como respuesta; pueden verse como una actividad (la actividad de razonar) o como el resultado de la misma; y permiten ser evaluados según diversos criterios”*.<sup>1</sup> El concepto, por tanto, sienta las bases sobre la que articular la discusión, posibilitando diferentes visiones e interpretaciones.

Las concepciones son las diversas interpretaciones que se pueden hacer de esos elementos comunes que establece el concepto de argumentación. Los diferentes enfoques se pueden dividir en: formal, material y pragmático (retórico o dialéctico). Las tres perspectivas están presentes en los diferentes campos en los que se desarrolla la argumentación, aunque cada una de ellas tiene una mayor o menor presencia dependiendo del ámbito del Derecho en el que se desarrolle:

- Desde una **perspectiva formal** la argumentación toma una perspectiva finalista en el sentido de que lo importante es el resultado de la argumentación, haciendo abstracción del contenido de corrección de los enunciados y primando las reglas de inferencia. De esta manera, esta

---

<sup>1</sup> ATIENZA RODRIGUEZ, M., “El giro argumentativo en la teoría del Derecho contemporánea”, <http://lamiradadepeitho.blogspot.com.es>, 2014, p.19

perspectiva aporta esquemas (ya sean de carácter deductivo o no) de los argumentos. En ella podemos encontrar las tres formas características del razonamiento judicial: la subsunción, la adecuación (para una regla de acción) y la ponderación (para principios o reglas de fin). Además, dentro de estas formas generales de razonamiento se encuadran otras técnicas que a veces se basan en la lógica (argumento a para, a contrario, a fortiori...) y otras no (argumento de coherencia, psicológico, histórico...). Y, por último, si nos centramos en discernir si un determinado hecho ha acontecido o no, las formas de razonamiento características son aquellas basadas en las relaciones de causalidad.

- Desde una **perspectiva material** lo fundamental de los argumentos no es su resultado o la forma de los enunciados sino su contenido de verdad, es decir, su corrección material. Por esa razón los criterios de corrección no pueden basarse en un carácter únicamente formal, tienen que ser adecuados para determinar si un concreto enunciado o argumento es verdadero o no. Para determinar cuándo y en qué condiciones un argumento tiene mayor peso sobre otro se clasifican los distintos tipos de razones. Hay muchas formas de hacer esa clasificación: razones teóricas (para creer algo) y razones prácticas (para actuar); razones de primer nivel o de segundo nivel; razones perentorias (las reglas jurídicas) y no perentorias (los principios). También se pueden clasificar como definitivas o concluyentes (razones que prevalecen sobre las otras razones, pero solo dadas unas determinadas circunstancias) y razones absolutas (prevalecen siempre sin importar las circunstancias). Además, podemos distinguir entre alcance y fuerza como cualidades de un razonamiento: así, los principios, por ejemplo, tienen mayor alcance que las reglas, pero su fuerza es menor.

Se distinguen “tres tipos fundamentales de razones justificativas (Summers 1978): independientes del contenido (autoritativas o formales); dependientes de contenido (razones materiales o sustantivas) que, a su vez,

*pueden últimamente subdistinguirse en razones de corrección y razones de fin; y razones institucionales.*”<sup>2</sup>

○ Desde una perspectiva pragmática el razonamiento es considerado como una actividad, es decir, el desarrollo de una serie de actos del lenguaje tendentes a la consecución de un objetivo que puede ser el de persuadir a un auditorio (retórica) o bien el de tratar con otro u otros para lograr un acuerdo con respecto a un determinado problema teórico o práctico (dialéctica). Desde el punto de vista de los criterios de evaluación o de corrección de los argumentos, la retórica se evalúa en función de la capacidad persuasiva de los argumentos, mientras que en el campo de la dialéctica lo que prima es la adecuación de los argumentos a una serie de reglas de procedimiento, como aquellas que rigen el procedimiento judicial.

Tantos los sistemas retóricos como los dialécticos son muy importantes para la argumentación judicial y, aunque están presentes casi en todos los ámbitos, a veces no es fácil distinguir unos de otros. Así por ejemplo, los modelos dialécticos son indispensables para la formación de sistemas que facilitan la tarea de saber cómo se ha de argumentar defendiendo una determinada tesis, las objeciones que podría hacer frente, etc. Sin embargo, en las sentencias judiciales los elementos dialécticos quedan prácticamente disueltos.

De gran importancia para la construcción de los diferentes discursos jurídicos argumentativos como las sentencias o las demandas son los esquemas retóricos (*“que distingues las diferentes partes del discurso: inventio, dispositio, elocutio, memoria y actio”*<sup>3</sup>)

En su Teoría de la Argumentación Atienza incluye una **parte especial** que se ocupa de contestar tres preguntas que tienen especial incidencia en la práctica del

---

<sup>2</sup>ATIENZA RODRIGUEZ, M., “El giro argumentativo en..., op., cit., p. 22

<sup>3</sup>ATIENZA RODRIGUEZ, M., “El giro argumentativo en..., op., cit., p. 22

Derecho: cómo se analiza una argumentación jurídica, cómo se evalúa y, por último, cómo se argumenta.

En cuanto a la primera pregunta, se propone un sistema de análisis en el cual se usan una serie de diagramas de flechas que señalan las diferentes partes en la que está estructurada la argumentación, los diferentes actos que se llevan a cabo al argumentar y las razones de ello.

En relación con la segunda pregunta, el sistema de evaluación de los argumentos depende de la instancia jurídica a la que se refiera ya que, según Atienza, la idea de la única solución posible puede aplicarse a la argumentación judicial de tipo justificativo, pero no podría sostenerse en relación con la argumentación de los abogados o la argumentación legislativa. Propone una serie de criterios que dan cuenta de la imparcialidad de los argumentos: *“coherencia, universalidad, adecuación de las consecuencias, moral social, moral justificada y razonabilidad.”*<sup>4</sup>

Por último, para contestar a la pregunta de cómo argumentar se distinguen una serie de pasos o etapas que pueden llevarse a cabo en el proceso argumentativo de un problema jurídico: *“identificación y análisis del problema; propuesta de una solución; comprobación y revisión; redacción de un texto (en donde, a su vez, cabe distinguir entre la organización -en partes- del discurso y su organización)”*<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup>ATIENZA RODRIGUEZ, M., “El giro argumentativo en..., op., cit., p. 22

<sup>5</sup>ATIENZA RODRIGUEZ, M., “El giro argumentativo en..., op., cit., p. 23

## JUÁN ANTONIO GARCÍA AMADO

El planteamiento de García Amado es mucho menos sistemático y global que el de Atienza. Los presupuestos en los que basa su concepción se adecuan a lo que podemos llamar positivismo contemporáneo, alejado de las posiciones postpositivistas de Atienza. De esta forma los puntos esenciales sobre los que se asienta su visión sobre la argumentación jurídica son los siguientes:

- En primer lugar, un firme empeño por separar Derecho y moral. Aunque ambas nociones pueden ir de la mano y a menudo se entrelazan, es de vital importancia para la utilidad práctica de las Teorías de la Argumentación, y en definitiva de cualquier disciplina jurídica, distinguir claramente entre ellas. En este sentido sería igual de poco efectivo afirmar que la norma jurídica no es norma jurídica por ser inmoral, como decir que una noción moral no es moral por ser antijurídica. Una comparación utilizada por el propio Amado es la de que no sería muy útil confundir el amor con la Filosofía o la bioquímica con la medicina, aunque mantengan evidentes relaciones.

- En segundo lugar, el rechazo a la metafísica como fundamentación de los sistemas normativos. El Derecho no se fundamenta en nociones inmateriales de interpretaciones etéreas, sino que se fundamenta en el mundo de lo empírico y de las interrelaciones sociales. De la misma manera que la idea de la bipartición del ser humano en cuerpo y alma para el positivismo filosófico no es aceptable por mezclar un componente empírico con otro metafísico basado en el misterio y la fe, tampoco es aceptable la idea de que el Derecho tenga un cuerpo empírico y un alma moral objetiva. Cosa distinta es que en la práctica del cuerpo del Derecho existan otras fuerzas que intenten gobernarlo desde diferentes ideologías o ideas de lo que es bueno o malo, o de cómo debe ser una sociedad. Pero cada cosa es lo que es y lo que realmente sabemos es lo que todos podemos captar, es decir, la parte empírica, y ese es el núcleo desde donde debemos todos organizarnos.

- En tercer lugar, la impronta democrática. Un rasgo común entre todos los grandes positivistas jurídicos de nuestra era, empezando por Kelsen, es el de ser unos importantes y eruditos teóricos de la democracia. Cada uno de estos autores es escéptico sobre la existencia de una moral única y verdadera, y vienen a afirmar que aún en el caso de que ésta existiera no podría ser conocida por nosotros. De tal forma que, ante la presencia de una razón práctica común a todos, éstos autores abrazan el sistema político que supone el mal menor, es decir, la democracia, ya que es el que produce normas jurídicas que contravienen las ideas del menor número de ciudadanos, si bien rechazando la idea de que la mayoría pueda ser poseedora de una verdad absoluta por lo que se garantiza el respeto de las minorías. El Derecho creado en un estado democrático de Derecho a través de los cauces democráticos del propio sistema es el mejor de los derechos posibles como guía o pauta de una vida en común.

- Por último, se basa en la inevitabilidad de la discrecionalidad judicial. Aunque se parta de la base de que las normas producidas en el Estado de Derecho (las normas jurídico-positivas) son el único Derecho que existe, eso no quiere decir que el sistema jurídico que esas normas conforman sea perfectamente coherente y sin laguna alguna. El juez tiene que lidiar en el ejercicio de su función con normas llenas de vaguedad, de contradicciones y de lagunas. Por esa razón, en su obligación de juzgar y dictar sentencia, tiene inevitablemente que usar un componente valorativo, discrecional. Aquí es donde tiene cabida la argumentación jurídica que, desde una visión positivista, tiene la función de trazar pautas para poder controlar el razonamiento judicial y, sobre todo, para evitar en la medida de lo posible que la discrecionalidad judicial se convierta en impune e incontrolable arbitrariedad.

Estos son los presupuestos más importantes a partir de los cuales se forma la visión positivista de la argumentación jurídica, pero tal y como el propio García Amado reconoce, las herramientas que proporciona la argumentación jurídica pueden ser apropiadas tanto para una visión positivista como para un enfoque iusnaturalista. La teoría

de la argumentación (coincidente prácticamente en todas sus formas y visiones) se puede resumir como:

- I. Es una teoría dialógica o discursiva de la realidad. Esto quiere decir que no es posible descubrir el contenido de la decisión racional a través de algún género de razón monológica, ya sea a través de la reflexión o el estudio individual. Sin embargo, es mediante el discurso y el diálogo entre argumentos y argumentantes donde se puede llegar a conformar el contenido de la decisión racional.
  
- II. Es una teoría consensualista de la racionalidad. Es racional aquella decisión que sea apta para llegar al consenso entre los argumentantes, pero también de cualquier otro argumentante que tenga interés y razones suficientes para cuestionarse sobre el asunto, aportando argumentos y razones a esos argumentos y valorando también los argumentos ajenos. Sin ese componente de consenso y de intención de llegar a una posición común consensuada, no hay racionalidad.
  
- III. Es una teoría procedimental de la razonabilidad. Aunque haya intención de consenso general y además se produzca un diálogo, no será racional aquella decisión tomada sin el cumplimiento de una serie de reglas que todo participante debe cumplir: las reglas de la argumentación racional. Esas reglas serían algo así como el “*derecho procesal de la argumentación racional*”<sup>6</sup>. Pueden resumirse en que ningún argumentante legitimado se quede privado de su derecho a argumentar con igual libertad e igualdad que el resto de los argumentantes; también en que deben ser tomados en consideración dichos argumentos con igual respeto y consideración inicial. Y además se entiende que los argumentos deben estar basados en la lógica común, es decir que se lleven a cabo las inferencias correctamente, evitando las falacias lógicas, así como también el uso de un lenguaje compartido sin que se utilice un lenguaje privado o ad hoc. Si

---

<sup>6</sup>GARCÍA AMADO, J.A, “El Derecho es un misterio. ¿Qué es la teoría de la argumentación judicial?”, <http://garciamado.blogspot.com.es>, 2009, p. 4

un diálogo basado en dichas reglas llega a un consenso, esa decisión será racional.

IV. Es una teoría formal, no material, de la racionalidad. Como consecuencia de todo lo anterior, el contenido de la argumentación no puede estar preestablecido, no puede saberse antes de que se lleve a cabo el diálogo y se llegue al consenso. Es el contenido de ese consenso el que precisamente configura la decisión, por lo que también se dice que la teoría de la argumentación jurídica es una teoría de tipo constructivista.

Una vez repasado lo que para Amado son los presupuestos filosóficos de la Teoría de la Argumentación, el siguiente punto que sustenta su visión es el de la idea de utilidad práctica de la argumentación como patrón de análisis y crítica de las decisiones jurídicas. La inutilidad práctica que para Amado tiene la visión iusnaturalista de Atienza es una de las críticas de mayor alcance que aquel hace a éste en la pelea doctrinal que mantienen.

La importancia que el proceso tiene para el buen desarrollo de la argumentación jurídica es capital. Hay que distinguir entre la **argumentación que se desarrolla en el proceso y la argumentación del juez** en la sentencia.

Si tomamos en consideración la argumentación de las partes en el proceso bajo el prisma de la teoría de la argumentación, debemos ver las garantías procesales como garantías de los “*derechos argumentativos*”<sup>7</sup> de las partes, es decir que estas deben encontrarse en el proceso en una situación que sea propicia para el desarrollo correcto de los argumentos y, por lo tanto, del desarrollo de la dialéctica necesaria para llegar a la solución racional: en una situación de igualdad, con plena libertad para expresar sus argumentos y contraargumentos, con igualdad de armas...

El juez por su parte ha de formarse una idea de los hechos y de las normas aplicables que no sea puramente de su cosecha, sino que sea el resultado de esa lucha dialéctica entre las partes. De esta manera el proceso, aunque consciente de que los argumentos de parte son parciales, ha de convertir el enfrentamiento entre los

---

<sup>7</sup> GARCÍA AMADO, J.A, “El Derecho es un misterio...”, op., cit., p. 5

contendientes en una lucha dialéctica. Para explicar este concepto del proceso, Amado usa la siguiente analogía: Todos podemos entender la diferencia entre una pelea callejera y una pelea de boxeo. En la primera cualquier estratagema es válida para derrotar al oponente, ya sean armas blancas, de fuego, uso de mobiliario urbano. Sin embargo, una pelea de boxeo está regida por reglas, se desarrolla en un cuadrilátero, solo pueden usarse los puños guanteados y hay un límite de tiempo y un árbitro. Pues bien, el proceso debe convertir el enfrentamiento callejero de las partes en un enfrentamiento dialéctico ordenado y racional que sienta las bases para que posteriormente el juez decida con la mayor objetividad posible.

Por tanto, el juez actúa como un observador imparcial que debe hacer abstracción de componentes personales y dejar de lado su ideología, sus fobias y sus filias, para que de este modo pueda decidir racionalmente y además argumentar su decisión para que cualquier observador pueda entender que esa es una decisión que él también pudiera haber tomado. Para asegurarse de esta imparcialidad el derecho procesal establece figuras como la abstención y la recusación. La obligación de motivación es clave y supone, por lo que a la argumentación le interesa, fundamentalmente dos consecuencias. Por una parte, el juez debe argumentar su decisión a través de argumentos, pero no cualquier argumento si no que éstos deben cumplir una serie de requisitos para que sean considerados válidos y, además, deben ser convincentes para que cualquier observador informado pueda claramente sacar en conclusión que el juez ha actuado guiado por razones admisibles y no por puras motivaciones personales y subjetivas.

La otra consecuencia fundamental para el ámbito de la argumentación jurídica es la de que esa decisión debe estar íntimamente conectada a las razones y argumentos que se han esgrimido en el juicio, debe ser congruente con los mismos y además debe ser exhaustiva cuando se toman éstos en consideración. De esta manera el juez queda obligado a demostrar que su decisión se ha formado sobre la base de esos argumentos y no por su cuenta y riesgo. Todo ello, sin embargo, no excluye la discrecionalidad del juez sino que intenta evitar que la decisión judicial se lleve a cabo a través de razones puramente personales de aquel sin tener en cuenta los datos, las pruebas y los argumentos presentados a lo largo del proceso. Ello no quiere decir que no pueda profundizar ni ir más allá de lo alegado, sino que tiene que atenerse a lo expuesto en el juicio como criterio básico de su decisión.

Lo anteriormente expuesto bien puede servir tanto para una visión iusnaturalista de la argumentación jurídica como para una perspectiva positivista de la misma. Según Amado, la diferencia fundamental es el objetivo que para una y otra tiene el proceso.

Para la primera, el modelo de racionalidad argumentativa es una herramienta para llegar a la solución correcta, para discernir si la solución es la más racional posible, algo que Amado critica porque entraña la idea de que hay una única solución correcta vinculada a una especie de jerarquía suprema y vaga de principios morales.

Para el positivismo este esquema de racionalidad sirve, en primer lugar, para discernir si una decisión es válida o no en la medida que se adecue a esos criterios de racionalidad. De manera que lo que ve el positivista en este modelo de racionalidad es el establecimiento de unos criterios mínimos que presiden el proceso y la sentencia y que, por tanto, allanan un terreno de juego en el que es posible un debate crítico racional y objetivo sobre las decisiones judiciales.

Los argumentos con los que se justifican las decisiones según el proceso de racionalidad argumentativa deben cumplir una serie de criterios, que podemos llamar requisitos formales: **a)** no deben tener inferencias erróneas, **b)** deben ser completos, en el sentido de que todas sus premisas no evidentes deben ser convenientemente explicadas, **c)** deben ser pertinentes, es decir, tienen que tratar sobre el verdadero contenido de las premisas del juicio del que se quiere dar razón.

- a) Cuando se dice que los argumentos deben ser correctamente inferidos se refiere a que al igual que en la vida cotidiana no entendemos como una razón racionalmente justificada aquella que no deriva lógicamente de las premisas esgrimidas tampoco se considerará como justificada racionalmente la decisión judicial que no siga correctamente los procesos de inferencia. Por supuesto, la exigencia de la aplicación correcta del proceso lógico no es condición suficiente para que el fallo se dé por bueno, pero es una condición necesaria para que así sea. Sin respeto a la lógica no hay argumentación que tenga sentido.

Se distinguen aquí dos tipos de justificación: la justificación externa y la justificación interna. La primera comprende la razonabilidad de las premisas y de su contenido material, así como la razonabilidad de la elección de esas premisas para derivar de ellas el fallo. Valga decir aquí como adelanto que es precisamente en el contenido de la justificación externa donde las distintas Teorías de la Argumentación divergen más acusadamente ya que para las de tipo iusnaturalistas la elección de premisas puramente morales es totalmente válida y justificada mientras que para las teorías positivistas ello es inaceptable. La justificación interna hace referencia a la validez lógica de las derivaciones que se hacen de las premisas para llegar a la conclusión, es decir, a la corrección lógica de la inferencia.

- b) La decisión final que está contenida en el fallo está basada en una serie de premisas que la sustentan. El fallo se presenta como una derivación lógica de las premisas que están contenidas en la motivación. Para que ese proceso no pueda tildarse de sospechoso ha de seguir lo que Amado llama la regla de exhaustividad argumentativa y que se enuncia así: *“toda afirmación relevante para la configuración de una premisa de la decisión final y cuyo contenido no sea perfectamente evidente debe estar basada en razones explícitas, tantas y tan convincentes como sea posible. En otros términos, el razonamiento judicial mostrado en la motivación no debe ser entimemático en nada que no sea evidente, no puede haber premisas o subpremisas ocultas.”*<sup>8</sup>

De esta forma, cada vez que el juez que resuelve el caso haga una afirmación relevante para su resolución cuyo contenido no sea evidente e indiscutible, debe anticiparse mediante argumentos a las preguntas que un observador imparcial pudiera hacer para descartar arbitrariedad o capricho. De esta manera si un observador que lee la sentencia preguntase al juez “y usted porque lo sabe”, o “porque cree que esto o lo otro es así,

---

<sup>8</sup> GARCÍA AMADO, J.A, “El Derecho es un misterio...”, op., cit., p. 8

como usted mantiene”, el juez que se guíe por un modelo de racionalidad argumentativa estaría respondiendo a estas preguntas de antemano y su razonamiento, su convicción sobre los hechos y sus interpretaciones quedarían fuera de toda sospecha de arbitrariedad.

- c) El argumento debe ser pertinente. La elección de un argumento solamente puede estar justificada cuando ese argumento en cuestión es relevante para el caso que se ha puesto a debate. Aquí se puede aplicar la misma regla que se usa en la comunicación común cuando alguien esgrime un argumento que no tiene relación con lo discutido: eso a qué viene. Según Amado si aplicáramos “el eso a qué viene” al leer sentencias, nos encontraríamos con que muchas utilizan el aparato retórico que consiste en invocar verdades evidentes o gratas para el público como sustento de decisiones con las que no tienen ninguna relación. Utilizando esta artimaña se intenta instrumentalizar el consenso que se tiene sobre un asunto para tratar subrepticamente de utilizarlo como base para afirmar otro hecho no relacionado que es el que verdaderamente tiene relevancia en el caso.

Amado pone aquí el ejemplo de una sentencia del Tribunal Constitucional sobre un recurso de amparo de un ciudadano al que le han sancionado administrativamente por los ruidos producidos en un local que regenta. El recurso se basa en la posible ilegalidad de la sanción al estar basada en un reglamento sin base legal, lo cual contraviene el principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución española. El tribunal desestima el recurso de amparo y fundamenta su decisión en el atentado que supone el exceso de ruido para muchos derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad y a la salud. Este argumento es cierto y preciso, pero no es pertinente en este caso porque no era estos derechos los objeto de amparo, sino el principio de legalidad por el cual no se puede sancionar a un ciudadano en base a reglamentos carentes de base legal. Según Amado, los argumentos pertinentes en esa sentencia eran escasos y muy endeble, pero la sentencia fue vista como un triunfo de los derechos fundamentales.

Recapitulando, a los argumentos se les exige que no contengan falacias lógicas, que sean pertinentes y que sigan la regla de exhaustividad. Pero en el Derecho también existen una serie de argumentos de uso común que son generalmente aceptados y que dan soporte a las decisiones del juez cuando valora las pruebas y, particularmente, cuando elige entre las distintas interpretaciones de las normas. El mejor ejemplo son los llamados cánones de la interpretación. Se establecen así una serie de argumentos de carácter reglado, ya sea a través de una norma o de manera convencional, que permiten distinguir entre argumentos **admisibles** e **inadmisibles**.

El juez puede esgrimir como argumento para la elección de una determinada interpretación de la norma que es esa la interpretación que le permite fallar la decisión que más le gusta a él, sin embargo, este argumento no es válido y es considerado por tanto inadmisibile. Aquellos argumentos que son comúnmente entendidos como admisibles tienen dos características esenciales: su habitualidad y su relación con algún valor o propiedad que se considera importante para el sistema jurídico.

En cuanto a su habitualidad, es considerado un argumento como habitual cuando es usado con frecuencia en la práctica. Y por contraposición se consideran inoportunos aquellos que no gozan de esa consolidación en la práctica jurídica. Aquí Amado habla del riesgo de que los argumentos se conviertan en tópicos en el sentido de Theodor Viehweg. Cuanto más usado es un argumento, más fácil es que con su sola mención provoque una actitud favorable y por tanto una disposición al acuerdo. Es lo que ocurre cuando un político justifica una determinada medida en el interés social o en la equidad que la medida supuestamente fomenta, de manera que con su sola mención ya predispone a una visión positiva de su decisión, independientemente de que el argumento no se desarrolle más y no se demuestre esa relación entre la medida tomada y el interés que clama proteger o promover.

Esto mismo, según Amado, ocurre en la argumentación judicial y especialmente con el uso de los cánones de interpretación. Cuanto más usado es un determinado tópico más probable es que se esté usando mal, en el sentido de la regla de exhaustividad explicada anteriormente. Esta crítica se relaciona con la idea que tiene Amado sobre la importancia de mitigar la discrecionalidad judicial con un correcto uso de la argumentación y el hecho de que, según él, actualmente sea cada vez más común que los

jueces se basen en principios etéreos y de difícil concreción, como el principio de justicia, para justificar sus decisiones, dejando un gran margen de maniobra para el juzgador, que prácticamente tiene vía libre para fallar según su propio criterio individual en vez del que se puede extraer de las normas.

Pero además de ser habituales, para que un argumento sea admisible tiene que estar ligado con algún valor fundamental del sistema jurídico o con alguno de los principios que se consideran inspiradores del Estado Constitucional. Muestra de ello es el criterio interpretativo de la voluntad del legislador por el cual se interpreta la norma según la voluntad o la intención con la que se creó la norma. Este es el canon de interpretación subjetiva y se considera admisible ya que apela a la voluntad de la autoridad normativa legítima. Es relevante para mostrar como los argumentos son fluidos y van cambiando según las circunstancias históricas, como lo sucedido en Alemania antes y después de la Segunda Guerra Mundial. Antes de la guerra se desarrollaba en Alemania un fuerte debate doctrinal sobre la importancia del canon de interpretación subjetiva y el canon de interpretación objetiva, con cierta ventaja del primero de ellos. Durante el nazismo, donde el máximo inspirador de toda la legislación era el Führer, se legislaron algunas normas que siguieron en vigor en los años cincuenta y sesenta. Por tanto tras la guerra, acogerse a la voluntad del legislador para interpretar las normas era acogerse a la más ilegítima de las autoridades por lo que el canon de interpretación subjetiva perdió legitimidad y cayó en un relativo desuso.

Podemos poner como ejemplo también el canon teleológico-objetivo, que está ligado con la conexión que debe haber entre las decisiones judiciales y las necesidades sociales del presente y el sentir general. Se aprecia también en el argumento sistemático, que tiene su base en la coherencia lingüística y lógica como elemento fundamental de un sistema jurídico ordenado.

Por último, Juan Antonio García Amado apunta a lo que a su parecer son las dos principales carencias de que adolece la Teoría de la Argumentación y que sirven también de crítica a las visiones más iusnaturalistas de la misma:

1. Hay una falta de herramientas manejables y precisas que sirvan para el análisis de las sentencias y de los argumentos de las

sentencias. Faltan normas para el correcto uso de los argumentos y una relación de los más utilizados. Esto, según Amado, es consecuencia de la visión iusnaturalista de la argumentación por la que lo importante son los elementos de justicia material, con lo que acaba importando más el contenido del fallo, su justicia y su relación con los valores morales, supuestamente constitucionalizados, que un mejor modo de argumentar o la valoración de las pruebas. La teoría de la argumentación habría ido perdiendo con ello la racionalidad argumentativa.

2. La segunda de las carencias tiene que ver con el poco peso que la argumentación da a los hechos del caso, a la demostración de las premisas fácticas. Esto probablemente tiene que ver con el principio de libre valoración de la prueba y también con el hecho de que las normas son más claras o por lo menos más fácilmente calificables que los hechos, que sucedieron en el pasado y que cada parte los reconstruye como mejor les conviene.

## IUSNATURALISMO VERSUS POSITIVISMO JURÍDICO

Me parece de interés señalar esquemáticamente las grandes líneas que caracterizan a ambas corrientes para luego entrar en las particulares posiciones de los dos iusfilosofos sobre la vieja disputa entre iusnaturalismo y positivismo.

La corriente iusnaturalista se puede resumir en dos grandes tesis:

- Una visión de la filosofía ética que defiende la existencia de principios morales y de justicia que son universales y además son cognoscibles.
- La idea de que el Derecho no puede ser considerado como tal si contradice esos principios morales y de justicia.

Generalmente no será considerado iusnaturalista aquel que rechazase una de estas ideas incluso aunque sea partidario de la otra. Si bien es cierto que los iusnaturalistas defienden estas dos tesis fundamentales, no están tan de acuerdo en el origen de esos principios morales que constituyen el llamado Derecho Natural.

Así bien, podemos encontrarnos con la tesis del iusnaturalismo teológico, cuyo gran representante fue Santo Tomás de Aquino, y que defiende que el Derecho Natural es la parte del orden universal establecido por Dios que es cognoscible por los hombres.

Otro ejemplo es el del iusnaturalismo racionalista, expuesto por autores como Spinoza o Kant, y que sostiene que el Derecho Natural no proviene de Dios sino de la naturaleza y puede ser conocido por el hombre a través de la razón. Los sistemas de Derecho natural que los autores racionalistas intentaron detallar se basaban en unas cuantas normas primordiales que se consideraban evidentes para el entendimiento humano y de las cuales se deducían todo el resto del ordenamiento.

El positivismo como corriente de la filosofía del Derecho es más difícil de esquematizar, ya que bajo esa denominación se han encuadrado a muy diversos autores de distinta índole y que en muchas ocasiones sostienen posiciones contrarias. Las principales tesis que se le han atribuido al positivismo son:

- *Escepticismo ético.* La negación de que existan esos valores morales y universales cognoscibles por los hombres. Esta tesis es defendida por

autores como Hans Kelsen para el que los únicos juicios en los que se puede determinar la autenticidad o falsedad racionalmente (exceptuando los juicios analíticos para los cuales es la lógica interna lo que decide su veracidad) son aquellos que tienen un contenido empírico. El contenido moral no entra en esa categoría y por lo tanto es subjetivo y limitado. Las valoraciones son productos de los estados emocionales de los que las expresan.

Sin embargo, no todos los positivistas se atienen a esta crítica y autores como Bentham y Austin, considerados los fundadores del positivismo moderno, defienden la posibilidad de justificar racionalmente un principio moral, el “principio de utilidad” (consistente en que una decisión es moralmente loable cuando promueve la felicidad del mayor número de personas).

- *Positivismos ideológico.* Todo el Derecho positivo es de obligado cumplimiento e, independientemente de la moral, cualquier norma por el hecho de ser positiva debe ser obedecida por los ciudadanos y aplicada por los jueces, sin excepciones. De tal manera que los jueces adoptan una posición neutra y se encargan de decidir exclusivamente en base al Derecho vigente. Sin embargo, según Carlos Santiago Nino, eso es una posición ilusoria por lo que es difícil encontrar grandes autores que se adhieran completamente a esta posición.

Si se sigue esta tesis hasta sus últimas consecuencias, las decisiones de los jueces estarían basadas en proposiciones únicamente fácticas. Sin embargo, un principio básico del razonamiento práctico es el de que las decisiones no pueden justificarse únicamente con proposiciones descriptivas, deben utilizarse o bien deseos e intereses o bien valoraciones, y además si hay una razón moralmente relevante, ésta excluye en importancia a las razones basadas en deseos e intereses. Por ejemplo, si quiero justificar mi decisión de ir a Oxford a estudiar, no me bastara con decir que es un sitio excelente para el estudio de la filosofía, sino que debo justificar esa decisión expresando mi deseo de estudiar filosofía. Ahora

bien, si la decisión de ir a Oxford me impide cumplir con la obligación de cuidar a un pariente (lo cual sería un elemento moralmente relevante), no es suficiente para justificar la decisión el que exprese mi deseo o interés de estudiar filosofía.

La mayoría de los autores positivistas admiten en cierto grado el elemento valorativo en la justificación de las decisiones. Por ejemplo, Amado, a pesar de ser un positivista ortodoxo, acepta el elemento valorativo de toda argumentación, aunque lo considera una consecuencia de la práctica y no parte esencial del Derecho.

- *Formalismo jurídico.* Se le ha atribuido al positivismo la idea de que el Derecho solo está formado por normas creadas por los organismos legislativos y no por normas consuetudinarias ni por la jurisprudencia. Además defiende que el ordenamiento constituye un sistema completo exento de lagunas en el que no encontramos contradicciones entre normas ni reglas vagas o ambiguas. El formalismo jurídico viene habitualmente asociado con el positivismo ideológico, y se deriva consecuentemente de este último: si los jueces solo deben atender al derecho positivo, este ha de ser perfecto y completo y no sujeto a ningún tipo de posible ambigüedad.

Los mayores representantes del positivismo no se adecuan tampoco al formalismo jurídico, y autores como Kelsen admiten explícitamente que las normas consuetudinarias y la jurisprudencia forman parte del Derecho positivo. Así mismo, otros autores como Hart, esclarecieron el problema de las lagunas y de las vaguedades y contradicciones de las normas asumiendo, por tanto, que el sistema jurídico no es un sistema completo y sin fallos. García Amado no podemos encuadrarlo en esta categoría, entre otras varias razones, porque acepta y defiende que existen lagunas en el Derecho.

- *El positivismo metodológico o conceptual.* Autores como Bobbio, Hart o Kelsen entran dentro de esta categoría. La tesis principal es que el

concepto de Derecho, es decir, lo que definimos como Derecho, debe estar formado por elementos fácticos, dejando de lado los valorativos. Esta tesis no está reñida con otras ideas, como por ejemplo la de que, si una norma es demasiado injusta, aunque se considere Derecho, puede ser inaplicable. Un positivista podría defender ambas tesis y no entraría en contradicción.

Una vez señaladas las líneas básicas de estas dos importantes corrientes, vamos a ver cuáles son las perspectivas de los dos autores sobre el asunto:

En primer lugar, Manuel Atienza rechaza que la clásica distinción entre iusnaturalismo y positivismo jurídico tenga sentido en los tiempos modernos como herramienta de clasificación de los iusfilósofos y de juristas en general, al ser en muchos aspectos una falsa contraposición. Él mismo no se considera en ninguna de esas dos corrientes, y al mismo tiempo no está dispuesto a prescindir de las contribuciones de autores considerados iuspositivistas que a su parecer tienen un gran valor, remarcando a modo de ejemplo que muchas de las categorías que Hart introdujo siguen siendo de utilidad. Tampoco está dispuesto a no tener en cuenta a otros autores considerados iusnaturalistas, poniendo otro ejemplo del siglo XX: “para entender el concepto de fondo del Derecho, Fuller es esencial”.

Dice Atienza en una dialogo con García Amado publicado en el Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo que, si se ha mostrado particularmente duro con los positivistas, *“se debe a la importancia que tienen (que tenéis) hoy en nuestra cultura jurídica y a la necesidad, en consecuencia, de criticar una teoría del Derecho que, sobre todo en el Estado constitucional, se ha constituido en una especie de obstáculo epistemológico para el desarrollo de una concepción del Derecho que esté a la altura de las exigencias del presente”*<sup>9</sup>

El positivismo jurídico, en opinión de Atienza, no es tanto una visión falsa del Derecho sino más bien una concepción pobre del mismo y, por ese motivo, incapaz de reflejar el contenido de nuestros Derechos y de servir como faro para los operadores jurídicos. La escasa visión de la que el positivismo adolece proviene de que éste reduce

---

<sup>9</sup> ATIENZA RODRIGUEZ, M. y GARCÍA AMADO, J.A., “Diálogos jurídicos” *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, 2016, p. 229.

el Derecho a un fenómeno autoritativo y a que está empeñado en imponer límites firmes entre lo que es Derecho y lo que no es Derecho (entre el Derecho y la moral, por ejemplo), retorciendo como consecuencia la realidad de las cosas.

García Amado, por su parte, está de acuerdo con Atienza en que la contraposición entre iusnaturalismo e iuspositivismo no es solo simple sino simplista y que, en la realidad compleja de las cosas, es ineficaz e inútil. En su opinión, si bien todavía se pueden reconocer una serie de tesis básicas que están presentes en los diversos autores positivistas, la diversidad de doctrinas que pueden ser llamadas antipositivistas no deben ser tildadas de iusnaturalistas, por lo menos si nos acogemos a un concepto exacto e históricamente preciso de iusnaturalismo. Dice Amado que él no categoriza a Atienza como iusnaturalista (aunque en numerosas ocasiones se refiera a él como tal poco después en ese mismo diálogo) como tampoco lo hace con otros ilustres autores no positivistas como Alexy. Se puede decir que los iusnaturalistas son aquellos que creen en la existencia del Derecho Natural y que éste forma parte fundamental del sistema jurídico, ya esté reflejado o no en las normas positivas del ordenamiento.

Aunque la simple contraposición iusnaturalismo y positivismo jurídico no le parece acertada, Amado cree que es de utilidad llevar a cabo algunas contraposiciones teóricas básicas, sin perjuicio de que se puedan calibrar y matizar. Así pues, es importante la diferenciación entre iuspositivismo e iusmoralismo. Todos los que entran en la categoría de iusnaturalismo son a su vez iusmoralistas, sin embargo, no todos los iusmoralistas son iusnaturalistas.

Las señas de identidad del positivismo que defiende Amado descansan esencialmente en dos tesis: aquella que defiende la separación conceptual entre Derecho y moral (lo que antes hemos definido como positivismo metodológico), y aquella que afirma que el Derecho es un fenómeno autoritativo, la tesis de las fuentes sociales del Derecho (consecuencia del escepticismo ético que rechaza la existencia del Derecho Natural).

En cuanto a la primera, se puede observar y analizar el Derecho y la moral como dos objetos diferenciados, a pesar de que estén relacionados en la realidad de los hechos de muy diversas maneras. Son, conceptualmente hablando, dos entidades distintas, diferenciadas y de independiente existencia. Es habitual en los escritos de Amado que utilice el ejemplo de la diferencia entre acto sexual y el sentimiento amoroso para ilustrar

esta afirmación. Dos personas pueden practicar sexo y además desarrollar un sentimiento de amor, pero también cabe la posibilidad de que esas dos personas practiquen sexo sin que medie amor, e incluso que medie amor entre ellos pero que no lleguen a tener relaciones sexuales. Eso no impide que una relación sexual sin amor sea una relación sexual, ni que el amor sea amor si no hay sexo.

En cuanto a la tesis de las fuentes sociales del Derecho, ésta afirma que el Derecho es un fenómeno histórico y que no existe nada más allá fuera del Derecho positivo que, de por sí e independientemente, sea Derecho. El Derecho siempre nace y proviene de actos positivos en el seno de las sociedades, de aquel que tenga suficiente autoridad para crear Derecho en esa sociedad. En nuestro tiempo, entre esas autoridades están los legisladores que crean las leyes o los jueces que con sus sentencias crean jurisprudencia.

Sin embargo, Amado entiende que el iusmoralismo rechaza esas tesis. En cuanto a la primera, los iusmoralistas defienden que el sistema jurídico o la norma jurídica que tiene un contenido claramente inmoral no es Derecho y, por tanto, no es obligado su cumplimiento. De manera, que, aunque el sistema jurídico obligue al cumplimiento de sus propias leyes, éstas no lo son si no cumplen con un mínimo requisito de justicia o de moral. Esas pautas morales o normas de justicia vienen dadas por una serie de normas que son objetivas para todos, y además debe ser necesariamente cognoscibles.

En cuanto al rechazo de la segunda de las tesis, la de las fuentes sociales del Derecho, es una consecuencia del rechazo de la primera. Si existen unas normas morales universales y objetivas por las cuales se determina que es Derecho y que no lo es, el Derecho no depende de las acciones sociales positivas, sino que es el producto de la aplicación de esas pautas morales universales, sin perjuicio de que en unas sociedades se refleje ese patrón de justicia de mejor o peor manera que en otras.

Amado reconoce la crítica de que el positivismo supone una visión pobre del Derecho. Pero al mismo tiempo defiende que un positivista no tiene por qué obviar la importancia de los problemas morales, sociales, políticos, económicos que están relacionados con el Derecho. Incluso apunta que un iuspositivista puede ser un objetivista moral, de igual forma que un cosmólogo puede ser religioso. El problema es si es más provechoso en el plano intelectual decir que una norma injusta no es Derecho, o diferenciar cada cosa y distinguir qué es qué sin perjuicio de la relación que puedan

mantener los objetos. Por eso Amado no cree que el positivismo suponga un obstáculo epistemológico para tener una visión sobre el Derecho a la altura de las circunstancias.

Manuel Atienza, por su parte, no cree que el concepto de iusmoralismo presentado por Amado sea correcto, y lo defiende con el siguiente razonamiento: *“si a mí me consideras un iusmoralista (y en esa misma clase englobas también a autores como Dworkin o como Alexy), entonces yo te diría que ninguno de ellos niega (desde luego, yo no lo niego) la tesis de las fuentes sociales del Derecho, o sea, que el Derecho es un fenómeno social e histórico.”*<sup>10</sup>

No obstante, Atienza matiza la tesis de las fuentes sociales del Derecho. El Derecho no se termina en el reconocimiento de su faceta autoritativa, que es indudable (sin autoridades de sociedades concretas y de momentos históricos no podría existir el Derecho), sino que tiene claramente también una faceta valorativa. Si se obvia esa faceta valorativa no es posible entender el modo en el que funciona el Derecho, ni tampoco categorías básicas como la de los derechos fundamentales. Que se apele a los valores no significa que uno se pierda por los campos etéreos de la metafísica, sino que es precisamente con los valores la forma en la que se puede tratar con la realidad del Derecho.

En cuanto a la afirmación de que los iusmoralista no separan el Derecho de la moral, Atienza responde que el positivismo es excesivamente simplista y que él no tiene ningún reparo en reconocer que puede existir Derecho injusto. Así, le parecen injustas las leyes fundamentales del franquismo y ciertas reformas del sistema laboral, siendo ejemplos de Derecho injusto, pero que a su vez es Derecho.

Dice que el Derecho no es exactamente lo mismo que la moral y hay ciertas perspectivas doctrinales desde las que se debe distinguir entre los dos. Sin embargo, no es posible distinguirlos cuando se quiere identificar qué es Derecho en algunos casos, especialmente dentro de nuestro sistema constitucional. Al igual que tampoco es posible cuando se argumenta jurídicamente ya que el argumento que justifica siempre tiene una dimensión moral. Para reflejar su visión utiliza el concepto de Gustavo Bueno de los

---

<sup>10</sup> ATIENZA RODRIGUEZ, M. y GARCÍA AMADO, J.A., “Diálogos jur ..., op., cit., p. 232

llamados “conceptos conjugados”, es decir, dos cosas que son diferentes entre sí, pero que al mismo tiempo no pueden entenderse la una separada de la otra.

García Amado acepta que los sistemas jurídicos de los Estados Constitucionales actuales son el reflejo de una serie de concepciones morales. Si esas concepciones morales son conocidas y explicadas, tanto mejor será el conocimiento de que tengamos de los Derechos del Estado Constitucional, de igual forma que si entendiéramos y conociéramos la moral de la que es reflejo el Estado franquista, podríamos entender mejor su funcionamiento. Sin embargo, no por eso se pueden identificar mejor esos sistemas jurídicos como tal, al igual que tampoco sería de ayuda para identificar mejor las normas. Si el Derecho puede ser injusto sin perder la condición de Derecho, esté Derecho se identifica como tal no por las pautas morales sino en función de otras pautas diferentes. La moral que da base a los sistemas jurídicos no tienen importancia a la hora de identificar el Derecho.

También acepta Amado el fragmento valorativo que toda argumentación jurídica de tipo justificativo posee. Sin embargo, esto es a consecuencia de la propia práctica del Derecho no porque los valores sean la materia prima del Derecho. Cuando una persona dispara una escopeta siempre hay un componente moral en su acción, ya sea porque dispara a alguien o porque trata de no herir a un ser humano (por ejemplo, está cazando). Pero ese componente moral no forma parte de la escopeta, sino de la acción de la persona que dispara. Así, en la práctica jurídica también encontramos un componente moral, pero eso no quiere decir que este componga lo esencial del Derecho.

Para Amado *“la teoría positivista no excluye ni es incompatible con la teoría moral, con la teoría de la justicia, con la ciencia política, con el análisis del Derecho, etc. Los positivistas pensamos que todas esas teorías se construirían mejor y más coherentemente si se distinguen cada objeto, sin perjuicio de que los objetos en la práctica se entremezclen.”*<sup>11</sup>

En cuanto a lo que se refiere a la incidencia directa de estas ideas (positivismo-iusnaturalismo) en la argumentación jurídica, Atienza critica a Amado que su teoría es excesivamente descriptiva y que al no incluir los principios morales en la esfera del Derecho reduce el componente valorativo a ser meramente el resultado de la práctica de

---

<sup>11</sup> ATIENZA RODRIGUEZ, M. y GARCÍA AMADO, J.A., “Diálogos jur ..., op., cit., p. 235

la argumentación y sin entender que forma parte de la argumentación misma. Esto le impide orientar la argumentación a la promoción de los valores constitucionales y los derechos fundamentales.

Para Atienza el Derecho es fundamentalmente práctica y no únicamente la práctica judicial y de la abogacía, sino que también contiene otros procesos como el de la producción legislativa. En esa práctica, la argumentación está sujeta a una serie de principios y valores que sirven de guía de corrección a los operadores, como una especie de guía para la práctica. La teoría de la argumentación debe servir a los operadores para llegar a las soluciones de los problemas que se encuentran en la práctica, utilizando para ello una guía que oriente las soluciones para que promuevan de la mejor manera los principios del Estado Constitucional y los derechos fundamentales.

Amado le critica que esos criterios de validez de la práctica, esas guías a las que la práctica de la argumentación ha de ceñirse son, al menos en parte, independientes del Derecho y que sin embargo, en su opinión, rigen y pueden determinar la validez material del resultado de la argumentación.

Atienza sostiene que no es que esos criterios de corrección de la práctica sean independientes, sino que forman parte de la misma práctica (Derecho). No es exactamente que ésta esté subordinada a una serie de principios y valores, sino que esos principios y valores forman parte de la práctica misma y no son, por tanto, independiente de los criterios de validez de las normas, ya que esas normas constituyen las premisas de los razonamientos de tipo justificativo de los jueces. Y los jueces no pueden llevar a cabo un proceso argumentativo correcto si no manejan los criterios de validez que están dentro del propio sistema. El problema de si el resultado de un argumento, por ejemplo una sentencia que no siga esa guía moral, se considera Derecho o no, lo trataré en el apartado que trata sobre la discrecionalidad.

Para concluir me parece de interés remarcar que, aunque ambos coinciden en desterrar la contraposición iusnaturalismo-positivismo por ser ineficaz, es precisamente sobre las diferencias importantes que presentan ambas corrientes sobre las que principalmente se basa el debate doctrinal que mantienen. Huelga decir que después de haberse desmarcado de dichas categorías, ambos utilizan continuamente los términos de positivismo e iusnaturalismo para referirse a la persona o a las ideas del otro.



## LAGUNAS DEL DERECHO

Una de las discrepancias fundamentales que se derivan de las distintas concepciones del Derecho que tienen Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado y que atañen a la materia de argumentación jurídica es la existencia o no de lagunas jurídicas. El problema de las lagunas es una consecuencia de las distintas posiciones que tienen sobre lo que es Derecho, cuales son los elementos que lo componen y, sobre todo, cual es la visión más correcta para la práctica.

Me parece de utilidad comenzar estableciendo que son las lagunas, y para ello utilizaré lo que en palabras de Manuel Atienza es su clasificación positivista.

Podemos decir de manera algo genérica que una laguna jurídica es una falta de contenido en el Derecho que provoca que para una determinada situación no exista una solución establecida. Cuando un juez se encuentra con un caso del que no encuentra solución, tiene una serie de recursos para salvar la situación.

En primer lugar, puede crear una solución normativa que no existía. Para ello no puede hacer uso de su discrecionalidad sin más, sino que debe argumentar su decisión adecuadamente. Para ello se puede servir de uno de los argumentos usuales a su disposición.

La analogía es uno de esos argumentos que puede utilizar. Consiste en aplicar una norma que tenga un supuesto de hecho similar al caso para el que no se encuentra solución. Así, el art. 4.1 del Código Civil dice: *“Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”*. Identificamos por tanto dos requisitos: que la norma regule un supuesto de hecho semejante y que haya entre los dos supuestos identidad de razón. La identidad de razón se basa en que la finalidad de la norma jurídica que aplicamos analógicamente se cumpla para el caso en el que la queremos aplicar.

Para saber cuál es la finalidad de la norma se usa el argumento teleológico. Éste tiene a su vez diferentes vertientes: argumento objetivo-teleológico y argumento subjetivo-teleológico.

1. El argumento subjetivo-teleológico es el que se basa en la finalidad que pretendía el autor de la norma en el momento de concebirla.
2. El argumento objetivo-teleológico, por su parte, es el que identifica la finalidad de la norma no ya con la pretendida por el autor sino con la finalidad para que el legislador de nuestro tiempo concebiría la norma si fuera él quien la creara. Esto quiere decir que hay que tener en cuenta las necesidades y los presupuestos de la sociedad actual.

En este punto divergen tangencialmente los resultados de las distintas posiciones de ambos filósofos.

Otra de las técnicas argumentativas de las que dispone el juez para salvar una posible laguna son los argumentos *a fortiori* o a mayor razón que se distinguen a su vez en: *a maiore ad minus* y *a minore ad maius*:

- *a maiore ad minus*: si está permitido o más grande también por lógica debe estarlo lo más pequeño

- *a minore ad maius*: si está prohibido lo más pequeño también, por lógica debe estarlo lo más grande.

Una laguna axiológica es aquella que se genera cuando habiendo una norma aplicable al caso, se considera que el resultado es completamente injusto. Es decir, nos encontramos ante un resultado “injusto” del sistema jurídico.

Atienza reconoce, en un primer momento, que asumió como buena aquella crítica que se le hacía a la tesis tradicional que negaba la existencia de lagunas en el derecho, argumentando que el juez tiene obligación de solucionar todos los casos que se le presentan y por tanto no hay laguna que deje un problema sin solución. La crítica replicaba que ese argumento equivalía a afirmar que los pantalones no pueden tener agujeros porque hay sastres encargados de remendarlos.

Sin embargo, después de asumir como buena esa crítica, Atienza se dio cuenta de que aquellos que estaban más acertados, a pesar de que sus argumentos no fuesen los más eficaces, eran los juristas tradicionales. Si el Derecho fuese un conjunto de normas y de enunciados, parece claro que pueden aparecer lagunas, no puede haber casos para los que no haya ninguna solución en las normas. Pero si vemos el Derecho como una actividad dirigida a la práctica, tiene todo el sentido negar la existencia de lagunas. Expresado de otra forma, se puede decir que existen lagunas en Derecho en el nivel de las normas y de los enunciados, pero no se puede considerar así cuando tenemos en cuenta todo el Derecho (añadiendo no solo los principios sino también las herramientas que se usan para aplicarlos a resolver problemas jurídicos).

Desde la posición de Manuel Atienza, de carácter postpositivistas, el resultado injusto de una norma puede ser salvado por el juez aplicando los principios ya sean explícitos o implícitos del Derecho. Esa es la razón por la que nunca existiría una laguna, siempre tendríamos el caso cubierto por los principios superiores que lo ordenan todo y no se produciría el fenómeno de derrotabilidad de las normas porque en realidad lo que se está haciendo es aplicar los valores superiores, es decir, aplicando el criterio de *lex superior*.

La posición de García Amado al respecto, más positivista, es la de que el resultado puede ser moralmente injusto para el juez que dirime el caso, pero éste no puede derrotar la norma desde fuera del sistema, se debe valer de los mecanismos del sistema para llegar a la solución más justa. En el caso de que el resultado sea injusto por contradecir algún principio que esté dentro del sistema, el juez puede derrotar la norma valiéndose únicamente de los principios del propio sistema, de aquellos que están positivados.

Amado dice que, para Atienza, el hecho de que no haya lagunas no proviene de la práctica del Derecho sino de que en la práctica que el postula no solo se aplican las reglas (ya que en el sistema de reglas no hay lagunas) sino también se aplican los principios. Por lo tanto, si no es la práctica de fallar las sentencias lo que hace que no haya lagunas, es que la existencia de un sistema jurídico formado por reglas y principios es un sistema completo, sin fallos ni agujeros. Además, si no importa cuantas lagunas haya en las reglas, éstas siempre se pueden salvar con los principios, se saca en conclusión que el sistema que es completo es el sistema de los principios. Por lo que un sistema jurídico que no

contenga ninguna regla y solo contenga principios será un sistema perfectamente completo carente de lagunas.

Parece en un principio que Atienza tiene claro que los principios morales, es decir, aquellas reglas de carácter general y universal con un contenido moral y que pueden o no estar contenidos en las normas, no son verdaderos de forma inequívoca y que por tanto no entran automáticamente en la esfera del Derecho.

Sin embargo, inmediatamente después, reconoce que está tendiendo a pensar que podría ser aceptable en algún sentido el realismo moral. Los partidarios del realismo moral defienden que existen una serie de normas y de reglas de carácter moral que actúan como principios rectores universales y verdaderos, y que además no solo existen, sino que son perfectamente cognoscibles por nosotros. Admitiendo esta posibilidad parece que Atienza está de acuerdo en que, al menos en parte, existe un catálogo de principios verdaderos, acercándose así a la idea del Derecho Natural.

Es de especial relevancia en este caso la posición de Manuel Atienza ya que bajo su concepción de la argumentación un juez, basándose en toda una serie de principios no ya constitucionales sino implícitos en la Constitución y el ordenamiento, podría argumentar una gama de finalidades completamente diferente a la que se podría llegar sin esos principios implícitos.

Esto, por supuesto, no afecta solo a las lagunas, sino que afecta a toda interpretación que se haga del ordenamiento y a su argumentación. Basándose en toda una serie de principios que según García Amado no son parte del Derecho se podría cambiar el sentido de las normas para incluso, en algunos casos, contradecir el tenor literal de las mismas.

Desde la perspectiva de García Amado sobre la argumentación, solo cabe la interpretación de las normas en su sentido explícito o implícito e incluso teniendo en cuenta los principios presentes en el ordenamiento que pueden ser utilizados para derrotar las normas que resulten en una situación injusta por contradecir el Derecho, pero nunca servirse de aquellos valores o principios que no estén claramente positivados. Desde su perspectiva, la visión de Atienza abre el camino a una discrecionalidad incontrolada que puede llevar con facilidad a la arbitrariedad, asunto que trataré en el siguiente apartado.

## DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Comenzaré con la idea que tiene Amado sobre la discrecionalidad de las decisiones judiciales y el papel que juega en ellas la teoría de la argumentación.

Como se explicaba en el planteamiento general de Amado en la primera parte del trabajo, para que un argumento pueda justificar adecuadamente una decisión judicial debe cumplir una serie de requisitos formales: no pueden contener inferencias falsas, debe cumplir la regla de exhaustividad (todas las premisas no obvias deben ser debidamente explicadas), y tienen que ser pertinentes.

Además, deben ser argumentos admisibles, es decir, deben cumplir con los requisitos de habitualidad en su uso y demostrar su relación con algún principio básico. En este punto, que podemos llamar justificación externa de los argumentos, difieren tangencialmente las visiones de iusmoralistas y positivistas porque mientras que para los primeros usar, por ejemplo, para la interpretación o la elección de una norma un argumento basado en el principio de justicia es perfectamente admisible, para los positivistas es incomprensible e inaceptable por no basarse en el Derecho positivado y sí en un principio vago que puede usarse para justificar prácticamente cualquier interpretación o decisión con el solo hecho de mencionarlo.

Por tanto, para Amado, los iusmoralistas utilizan el proceso racional de argumentación para llegar a esa solución correcta que viene dictada por los principios y valores morales presentes en el Derecho. Toda la dialéctica, el intercambio de opiniones y de argumentos, en definitiva, todo el proceso dialógico que supone la teoría de la argumentación, se encamina hacia la demostración de cuál es la decisión que la razón y la justicia exigen para cada caso.

Los iusmoralistas, según García Amado, aceptan y utilizan muchos argumentos para llegar a esa solución (el fin de la norma, la intención del legislador, las necesidades sociales...) pero existe un argumento que está por encima de todos los otros: la justicia de la solución. Por ello todos esos argumentos se consideran y deben contar para la correcta argumentación, pero solo en principio ya que el argumento de justicia siempre tiene más peso, siempre tiene la última palabra. Por tanto, por mucho que una decisión este perfectamente construida con una pluralidad de argumentos, e incluso en detrimento de

cómo se pueda o deba interpretar la norma positiva, es el argumento de justicia el que prima. Además, la toma de decisión no es producto de la discrecionalidad del juez, sino que la solución ya estaba presente en los principios y valores del ordenamiento, lo único que hace el juez al aplicar correctamente las herramientas de la razón práctica es descubrir la solución, con tintes además de ser la solución única y correcta.

Los positivistas, en cambio, utilizan la argumentación racional para analizar críticamente las sentencias, con el objetivo de diferenciar cuando son fruto de la discrecionalidad o cuando provienen de un acto de arbitrariedad. El juez con sus argumentos no demuestra que sea su decisión plenamente justa o correcta, no expone el hallazgo de la única solución correcta. En todo caso, lo que hace el juez al argumentar correctamente es demostrar que, con las herramientas que el ordenamiento le permite utilizar, ha llegado a la solución que le parece más correcta. Además, nos hace testigos de sus argumentos y trata de convencernos de que es un juez imparcial y que no se ha dejado llevar por su ideología o intereses.

Por eso, dice Amado, para el positivista es mucho más fácil que para el iusmoralista declarar que una sentencia es racionalmente correcta, aunque discrepe completamente con ella. Porque para el positivista, al contrario que para los iusmoralistas, la verdad no es unidireccional y no se llega a ella por un solo camino.

Aunque Atienza en ningún momento defiende que haya una única solución correcta para cada caso (aunque menciona que cree que casi siempre la hay), sí entiende que en el Derecho y en su práctica se encuentran una serie de valores y de principios morales no necesariamente positivados que deben guiar a los operadores del Derecho en sus argumentos. Esta guía promueve que las soluciones que se encuentren a los problemas que plantea la práctica sean lo más congruente posible con los valores del Estado constitucional y los derechos fundamentales.

Pero, ¿qué ocurre cuando la decisión judicial no se adecua correctamente a esos valores que sirven de guía y que actúan como criterios de corrección? Esta es la cuestión de si puede o no existir Derecho injusto o, más concretamente en el caso que estamos tratando, de si pueden o no existir decisiones judiciales injustas y válidas al mismo tiempo.

Según la visión positivista de Amado, y como consecuencia de no reconocer esos valores morales no positivados como Derecho, pueden darse tres situaciones: una sentencia justa y válida, una sentencia injusta y válida e incluso una decisión judicial que siendo justa es invalida por no atender al Derecho positivo. La justicia o no de una sentencia no determina su identificación como Derecho y, por tanto, aun siendo injusta sigue siendo Derecho.

Atienza, por su parte, opina que es posible que exista Derecho injusto en el sentido de que no cumplen con los valores morales que él entiende dentro del propio Derecho. Existen muchas normas legisladas que resultan poco congruentes con la promoción de esos valores y también sentencias que no contribuyen al avance de los mismos. De la misma manera que no todos los diagnósticos médicos son acertados ni todas las operaciones a corazón abierto perfectas.

Sin embargo, Atienza también señala que un Derecho que deja completamente de lado la idea de justicia y que caiga en la arbitrariedad no es ya propiamente un Derecho, de igual forma que no podríamos decir que Mengele ejerciera de médico en Auschwitz. De cualquier forma, en el Estado Constitucional esto tiene cada vez menos sentido porque los mecanismos de impugnación de una norma o decisión por no respetar los principios rectores se encuentran dentro del propio sistema.

Una crítica importante que Amado hace a la visión de Atienza es la del peligro de la arbitrariedad y del poco control sobre la misma que supone su perspectiva. Esa arbitrariedad no solo proviene de los deseos e intereses de los jueces que acaban por tomar las decisiones que más les benefician personalmente, utilizando como justificación el comodín del argumento de justicia. La arbitrariedad también adquiere otra forma si acaso más peligrosa cuando se mezcla con la deformación ideológica. Puede darse el caso de que el juez esté tan convencido de que un determinado modelo es el ideal, de que una determinada ideología es la moralmente correcta, que entienda que eso forma parte del componente moral del Derecho y que, por tanto, está posibilitado para tomar esa decisión incluso en contra de las propias normas positivas, lo que nos puede llevar a una perniciosa situación de activismo judicial.

Atienza piensa que esos riesgos no se combaten obligando a los jueces a permanecer o a retroceder al esquema legalista, formalista. Reconociendo que efectivamente es uno de los mayores riesgos que supone su visión, defiende, sin embargo,

que lo que de verdad hace falta es un esfuerzo por construir una teoría no formalista porque la letra de la ley pone límite a la interpretación del Derecho, pero no siempre hacia donde ha de dirigirse esa interpretación. Atienza ha intentado poner ejemplos de cómo evitar esos escollos en su *Curso de argumentación jurídica* (Atienza 2013) sin perjuicio de que acepte que todavía falta desarrollar completamente las teorías de la argumentación, quedando bastante trabajo teórico por hacer.

Como se ha visto, ambos actores otorgan al juez distinto grado de discrecionalidad.

Por una parte, Amado otorga al juez un amplio espectro de posibilidades en su toma de decisiones, aunque siempre dentro del Derecho positivo. Para él la argumentación no es solo una herramienta para que el juez de razones con corrección y cumpliendo con el proceso de racionalidad argumentativa, sino que también es un instrumento de análisis de sus decisiones, una forma de controlar que la discrecionalidad no derive en arbitrariedad

Para Atienza, sin embargo, el grado de discrecionalidad que el juez posee es mucho más reducido ya que tiene que atender en su proceso argumentativo a una guía moral que le orienta hacia la consecución de los principios del Estado Constitucional y los derechos fundamentales. El hecho de eliminar en buena medida la discrecionalidad da al juez, paradójicamente, más capacidad para tomar decisiones cuestionables a la luz de los canones interpretativos de corte positivista (tenor literal de la norma, interpretación teleológica...), justificando su decisión en el argumento de justicia y en la promoción de los valores constitucionales.

## **LA EXISTENCIA DE VALORES MORALES OBJETIVOS**

Como hemos visto a lo largo de todo el trabajo, las cuestiones de las que derivan todas las disputas y las distintas posiciones que mantienen ambos iusfilósofos con respecto a la argumentación jurídica pueden subsumirse en dos: Hasta qué punto la moral entra en la esfera del Derecho y cuáles son las consecuencias que se originan cuando las normas o las decisiones del Derecho no se adecuan a los valores morales.

Para Manuel Atienza, la dimensión moral forma parte del Derecho, lo que acarrea como consecuencia que la argumentación también deba regirse por las normas morales, tanto en sus conclusiones como en la propia forma de argumentar, sirviendo ésta de guía para proceder correctamente conforme a Derecho.

El hecho de que el resultado de una argumentación no promueva o no se guíe adecuadamente por esos valores no tiene por qué conllevar de forma automática la expulsión de esa decisión de la esfera del Derecho por antijurídica, con la consecuencia de no resultar obligatoria. Sin embargo, Atienza sostiene que debe al menos cumplir unos mínimos y que si una decisión o una norma deja completamente de lado la idea de justicia no puede considerarse Derecho y, por tanto, no es de obligado cumplimiento.

Por otra parte, para García Amado los valores morales no positivados no forman parte del Derecho y, aun cuando si están íntimamente relacionados con él, no deben ser el principio rector de la argumentación, como tampoco deben suponer un criterio de validez o de corrección de aquellas decisiones que resultan de la argumentación. La argumentación se presenta, por tanto, como un eje para la correcta justificación razonada de las decisiones y, además, como forma objetiva para analizar las sentencias y distinguir si son el resultado de la discrecionalidad racional del juez o el fruto de sus intereses e inclinaciones.

Al no reconocer los valores morales como Derecho, las decisiones que derivan de argumentos que no tienen en cuenta dicha guía moral no se convierten en antijurídicos, pudiendo existir sin ningún género de dudas Derecho injusto sin perder por ello su obligatoriedad. La moral no es un criterio de identificación del Derecho.

Resumidas sus posiciones sobre las dos cuestiones principales asalta una pregunta cuya respuesta es fundamental para la congruencia de sus opiniones: ¿existen, por tanto, una serie de valores morales objetivos que además sean cognoscibles por los hombres?

En primer lugar, Amado, desde su perspectiva positivista, no se considera objetivista y, como el mismo dice, si se considerara como tal nada le impediría decir que una determinada decisión es al mismo tiempo completamente jurídica y moralmente errada. El problema es que el objetivista moral piensa que existen una serie de valores morales verdaderos que son universalmente válidos, y además piensan que son cognoscibles y que pueden ser demostradas racionalmente.

Dos individuos que se consideren objetivistas pueden perfectamente no estar de acuerdo en absoluto sobre el contenido de la moral verdadera que el otro profesa.

La Constitución al establecer, por ejemplo, los derechos fundamentales está imponiendo un límite jurídico a la acción de las personas. Esos derechos tienen obviamente un trasfondo moral que se puede pensar que es la moral objetivamente verdadera. Pero poco importa si se piensa que es una moral histórica o una moral social positiva.

Pero además de consagrar principios y límites genéricos (respeto a la vida, a la libertad...), la Constitución también defiende el pluralismo. Pongamos como ejemplo un caso difícil como el de la prostitución o la pornografía. La Constitución no ofrece una solución expresa y clara y en ella podemos encontrar muchos valores y principios que están relacionados con el asunto. Cada uno de los objetivistas pensará que su moral es la moral de la Constitución, y la interpretará de forma que justifique sus convicciones morales.

Bajo su punto de vista, el objetivista moral no está autorizado, especialmente en casos difíciles, para hacer pasar su moral por la solución constitucionalmente correcta. Si fuera de esa manera, la Constitución no sería la de todos sino la de unos pocos de los ciudadanos con convicciones morales fuertes, o incluso para un grupo dentro de las objetivistas morales. Esa situación sería contraria al pluralismo que consagra la propia Constitución.

Si además el objetivista moral es un magistrado constitucional, cuando pondera los principios va a obtener como resultado aquel que corrobore sus propias convicciones.

Por su parte, a Atienza sí lo podemos considerar objetivista moral y, aunque declara que no todos los valores morales entran sin más en la esfera del Derecho, dice que cada vez se siente más cerca del realismo moral en el sentido de la existencia de ciertos mínimos morales universalmente válidos y de la conveniencia de aplicar las herramientas de las ciencias naturales para concretar dichos valores.

En cuanto a la cuestión de la incompatibilidad del objetivismo moral con la pluralidad consagrada en la Constitución, Atienza explica que es cierto que las constituciones no defienden una determinada visión de la moralidad, pero sí establecen unos mínimos morales. Por poner un ejemplo, al que es racista no se le permite discriminar por razones de raza, y tampoco hay plena libertad de expresión ya que no se puede ofender las convicciones religiosas de los demás.

Es decir, hay un núcleo que podemos denominar el coto vedado de los derechos en el que no debemos ser tolerantes. Sin una intolerancia mínima no se puede obtener verdadera tolerancia y pluralismo. Por lo que es precisamente a través del objetivismo y no del relativismo moral como se llega a la verdadera tolerancia y al verdadero pluralismo.

En cuanto al riesgo que supone la existencia de un juzgador objetivista es, efectivamente, cierto. Sin embargo, es un riesgo todavía más agravado para el no objetivista ya que éste tiende a creer que no hace juicios morales cuando argumenta una decisión y por tanto es más peligroso porque no es ni siquiera consciente de esa necesidad.

Por último, se plantea la cuestión de si los derechos humanos constituyen los valores morales objetivos de los que estamos hablando.

Desde la perspectiva de García Amado, si presentamos los derechos humanos como criterio para analizar y juzgar el Derecho, es absolutamente necesario que se establezcan cuáles son esos derechos y cuál es el contenido específico de cada derecho. *“Así pues, el problema ontológico y epistemológico subsiste en todo su alcance. Para afrontarlo hay que enfrentarse con la objeción histórica (...) y con la objeción comparativa (...)”*<sup>12</sup> La objeción histórica se refiere al hecho de que derechos como la igualdad entre géneros, que son tan obvios hoy en día, no se han reconocido hasta hace

---

<sup>12</sup> ATIENZA RODRIGUEZ, M. y GARCÍA AMADO, J.A., “Diálogos jur ..., op., cit., p. 249

poco. La objeción comparativa es el fenómeno de que Estados actuales que dicen defender los derechos humanos hacen reservas sobre alguno de ellos.

Para Manuel Atienza, los derechos humanos se identifican esencialmente con esos criterios morales objetivos en dos sentidos: porque sirven para decidir si un Derecho es justo o no, y además porque para su justificación es necesaria una ética objetivista. Falta, por supuesto, desarrollar una teoría completa que fundamente esos derechos y que sirva, además, para esclarecer el alcance y el contenido de los derechos fundamentales (que son los derechos humanos positivados).

Establecer claramente cuáles son esos derechos es una tarea muy compleja y, en cierto modo, todos los casos difíciles que se producen en el Derecho están relacionados con ellos.

En cuanto a la objeción histórica, no es un problema para la justificación de los derechos. Más bien hace necesaria una explicación, pero justificar y explicar son actividades esencialmente distintas.

## CONCLUSIONES

En primer lugar, me gustaría señalar que es muy interesante el debate que se suscita entre las distintas teorías de la argumentación jurídica y que trae a colación las claves de la vieja discusión entre iusnaturalismo e iuspositivismo. No pretendo hacer aquí ningún esbozo de teoría sino únicamente indicar cuales han sido mis descubrimientos e inquietudes al realizar el trabajo.

Mi principal descubrimiento ha sido entender que, en mi opinión, no es posible llevar a cabo un razonamiento de tipo justificativo sin entrar necesariamente en el terreno de la valoración. Como consecuencia directa la valoración no es un elemento externo de la argumentación sino que es, necesariamente, por ser inherente a ella, parte esencial de la argumentación misma.

Incluso cuando se justifica una decisión argumentando que un determinado hecho está tipificado por una determinada norma también existe un elemento valorativo, no solamente en la elección de esa norma y no de otra, sino en la propia norma, que contiene una determinada idea de justicia o de utilidad social. Si se elige una concreta norma no solo se está atendiendo a los hechos empíricos del caso, sino también se está eligiendo entre opciones morales.

Cuando una realidad compleja se junta con un ordenamiento complejo, la capacidad de elección de los operadores jurídicos se multiplica y, por tanto, tan peligroso o más me parece aquel que, consciente de que ha de valorar, retuerce el proceso racional de valoración para adecuarla a su moral o a sus intereses, como aquel que ignora que argumentar es valorar, ya que, sin saberlo, está haciendo lo mismo que el anterior.

Por esa razón me parece de mucha utilidad que se desarrolle completamente lo que Atienza llama una teoría ética de los derechos humanos, que puede arrojar luz sobre el contenido mínimo de tales derechos y su alcance. Sin embargo, creo que debe atenerse al mínimo moral, a lo que, con independencia de que lo definamos como la moral objetiva, como moral histórica o como moral social positiva, constituye la base de nuestra sociedad y que permite que exista verdadero pluralismo, libertad y tolerancia.

Ahora bien, soy consciente de que cualquier teoría tiene el riesgo de ser utilizada para los intereses de una ideología o de una opción determinada. Sin embargo creo que, dadas las circunstancias y teniendo en cuenta que los jueces y en general los operadores jurídicos continuamente están valorando y eligiendo entre opciones, esa teoría de mínimos puede arrojar luz y proponer unos interesantes esquemas de elección moral. Además de servir como esquema para argumentar también serviría como forma de análisis de las sentencias para utilidad, por ejemplo, de instancias superiores que tengan que dirimir sobre la impugnación de resoluciones judiciales.

Me parece también de suma importancia lo que García Amado señala como una de las carencias de las teorías de la argumentación jurídica: la falta de una completa teoría de los hechos empíricos.

Para valorar sobre las consecuencias de los hechos primero hay que entrar a valorar cuales son los hechos. Los datos empíricos son en muchas ocasiones escasos y los testimonios son habitualmente de parte, por lo que su credibilidad es dudosa. Por ello creo que al igual que las matemáticas son muy útiles para despejar incógnitas con datos escasos, se pueden desarrollar ciertos esquemas o dispositivos lógicos que ayuden a despejar las incógnitas de los hechos, lo que no solo aportaría más seguridad al juez sino también más seguridad jurídica sirviendo, a la postre, como método de análisis de las sentencias.

Creo que la combinación de estas dos posturas podría aportar más certidumbre y predictibilidad jurídicas, a la vez que un mejor cumplimiento de los mínimos morales necesarios para una verdadera sociedad libre y plural.

## BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA RODRIGUEZ, M., “El giro argumentativo en la teoría del Derecho contemporánea”, <http://lamiradadepeitho.blogspot.com.es>, 2014
- ATIENZA RODRIGUEZ, M., “La enseñanza de la argumentación jurídica en el Estado constitucional”, <http://lamiradadepeitho.blogspot.com.es>, 2014
- ATIENZA RODRIGUEZ, M., “Robert Alexy y el giro argumentativo en la teoría del derecho contemporánea”, 2015
- ATIENZA RODRIGUEZ, M. y GARCÍA AMADO, J.A., “Diálogos jurídicos” *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, 2016
- NINO, C.S., “Introducción al análisis del Derecho”, 2003
- GARCÍA AMADO, J.A., “Teoría de la argumentación jurídica para dummies”, <http://garciamado.blogspot.com.es>, 2008
- GARCÍA AMADO, J.A., “El Derecho es un misterio. ¿Qué es la teoría de la argumentación jurídica?”, <http://garciamado.blogspot.com.es>, 2009
- GARCÍA AMADO, J.A., “Teorías de la argumentación jurídica: contexto y variantes”, <http://garciamado.blogspot.com.es>, 2013
- GARCÍA AMADO, J.A., “Todo lo que usted siempre quiso saber sobre la (teoría de) la argumentación jurídica y nunca se atrevió a preguntar”, <http://garciamado.blogspot.com.es>, 2011
- GARCÍA AMADO, J.A., “Argumentación, argumentos y hechos en el Derecho”, <http://garciamado.blogspot.com.es>, 2012