



© **Cadernos de Direito Actual** N° 24. Núm. Ordinario (2024), pp. 90-106  
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

## ¿Necesita el mundo latino una concepción argumentativa del Derecho?<sup>1</sup>

*Does the Latin world need an argumentative conception of Law?*

**Pedro da Silva Moreira<sup>2</sup>**

*Instituto Mises Brasil*

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Una concepción argumentativa para el derecho del mundo latino: la propuesta de Manuel Atienza. 2.1. La objetividad de la moral y la centralidad de los derechos fundamentales. 2.2. La emancipación social y las implicaciones de una filosofía de los derechos. 3. ¿Qué filosofía del derecho para mi mundo latino? 3.1. El mundo latino de la "cordialidad": la dificultad de la legalidad en Brasil. 3.2. ¿Necesitamos una filosofía del derecho menos formalista y más argumentativa? 4. Conclusión. 5. Bibliografía.

**Resumen:** En algunos de sus textos, Manuel Atienza defiende la necesidad de construcción de una filosofía del derecho para el mundo latino. Se trataría de una filosofía del derecho normativa, de naturaleza argumentativa y dirigida hacia el avance de la práctica por medio de lo que podríamos denominar "empresa de los derechos". Mi objetivo con este texto consiste en poner en tela de juicio esta concepción argumentativa, que es en realidad dominante en una parte del mundo latino. En "mi" mundo latino, Brasil, cuyo rasgo sociológico fundamental es la "cordialidad" (que implica una dificultad con la legalidad y con la dimensión autoritativa del Derecho), el acento en la dimensión valorativa del derecho resulta, a mi juicio, contraindicada: menoscaba no solo la autoridad de las leyes, sino también y, en particular, la autoridad de los derechos fundamentales.

**Palabras clave:** filosofía del derecho, mundo latino, argumentación, formalismo, autoridad.

**Abstract:** In some of his writings, Manuel Atienza advocates for the need to structure a philosophy of law tailored to the Latin world. This would be a normative philosophy of law, inherently argumentative and aimed at enhancing practice through the "pursuit of rights." My goal in this article is to question this argumentative approach, which is prevalent in a significant part of the Latin world. I focus on Brazil, characterized by a fundamental sociological trait of "cordiality" (which presents

---

<sup>1</sup>Una primera versión de este texto ha sido presentada, como ponencia, en el I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino (Alicante, España, 2016).

<sup>2</sup>Doctor en Filosofía del Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Maestro en Derecho por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Profesor de los cursos de posgrado del Instituto Mises Brasil (IMB). Contacto: [psmoreira@gmail.com](mailto:psmoreira@gmail.com).

challenges to legal adherence), emphasizing the evaluative dimension of law is, in my view, ill-advised. This is because it potentially undermines not only the authority of laws, but also, and especially, the authority of fundamental rights.

**Keywords:** philosophy of law, Latin world, legal argumentation, legal formalism, authority.

## 1. INTRODUCCIÓN

Tras leer el artículo de Manuel Atienza – “Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca”<sup>3</sup> – creo que deberíamos considerarlo en primer lugar una invitación. Y creo, desde luego, haber razones sustanciales para aceptarla. Con independencia del problema filosófico de fondo, en relación con la posibilidad misma de una filosofía del derecho de carácter regional, quizás merezca la pena tomar en serio la siguiente pregunta: ¿qué tipo de filosofía del derecho debería orientar nuestras prácticas? Y eso, por consiguiente, significa pensar en cómo tornar la filosofía del derecho una herramienta adecuada al manejo y enfrentamiento de los problemas que se suele identificar en la realidad de este nuestro “mundo latino”.

La razón para aceptar la invitación de Atienza tiene poco que ver con la idea – tal vez interesante, pero teóricamente trivial – de iniciar algo así como un club de juristas latinos, que presuntamente reunirían rasgos similares en la manera de hacer filosofía del derecho. El sentido de su invitación es claramente otro. Atienza hace hincapié en lo que es, a su modo de ver, algo que falta a los juristas involucrados en “nuestra tradición”: la comprensión de que el Derecho es una práctica social, una empresa y que, por lo tanto, esa práctica se mueve de acuerdo con el entendimiento que tenemos de ella. Ante todo, su escrito es casi un manifiesto: una categórica invitación a que los juristas latinos asumamos una perspectiva comprometida, es decir, una postura normativa ante el Derecho, de tal modo que la labor del jusfilósofo sea relevante para hacer avanzar la práctica.

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

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

Con el objetivo de tomar en serio esa pregunta y, por supuesto, la propuesta de Atienza, creo que ya no resulta superfluo el problema de los diversos mundos que caben en la expresión “mundo latino”. A menos que se pudiera imaginar que en Francia el Derecho es practicado al igual que en Brasil, no debemos pasar por alto las diferencias – a lo mejor significativas – que existen en las distintas latitudes del universo latino. Si la idea es pensar el Derecho como práctica y, con ello, dirigir la

---

<sup>3</sup>ATIENZA, M. “Una filosofía del derecho para el mundo latino: Otra vuelta de tuerca”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37, 2014, pp. 299-318.

filosofía del derecho hacia la “mejora” de esa práctica, me parece fundamental que empecemos por señalar cuales son los problemas a los que una filosofía jurídica de corte normativo deberá enfrentarse. En palabras sencillas, si quiero construir una jusfilosofía orientada hacia un contexto socio-cultural específico, debo intentar delimitar, con anterioridad, cuáles son los rasgos más elementales de ese contexto.

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

## **2. UNA CONCEPCIÓN ARGUMENTATIVA PARA EL DERECHO DEL MUNDO LATINO: LA PROPUESTA DE MANUEL ATIENZA**

Las tesis recogidas en “Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca” no pueden considerarse novedosas para el que sigue con interés lo que ha escrito Manuel Atienza. Lo que se lee ahí no deja de ser un resumen de posiciones tuyas ya bastante conocidas. El propio proyecto de una filosofía jurídica del mundo latino, según nos cuenta Atienza, se viene dibujando hace ya algún tiempo e incluso aparece, si bien con menor profundización, en la edición n. 30 (2007) de la Revista *DOXA*<sup>4</sup>. De tal modo que lo que voy a mencionar aquí, en relación con el contenido de esa propuesta, puede sonar bastante obvio no sólo a quienes comparten la forma argumentativa de comprender el Derecho, sino también a quienes con frecuencia ponen de manifiesto sus discrepancias respecto de esa idea.

Conviene subrayar, antes de pasar al análisis de los rasgos de su proyecto, algo que me parece bastante importante para Atienza, una advertencia que a menudo se halla en sus escritos más recientes. Hay un esfuerzo por demostrar que su intención es construir un modo de comprender y manejar el Derecho que se aleje tanto del formalismo como del neoconstitucionalismo. Se trata, por tanto, de superar definitivamente el formalismo y de evitar, a la vez, el abandono de la forma, del procedimiento, esto es, el abandono de la dimensión autoritativa del derecho. Si entendí bien lo que quiere decir el autor, su idea es poner el acento en la dimensión axiológica del Derecho, y darle a ella alguna prevalencia en la práctica, sin que para ello sea necesario ignorar la autoridad de los materiales jurídicos positivos – de las normas jurídicas.

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

Voy a detenerme, en cambio, tan sólo en los dos últimos ingredientes de la propuesta de Atienza – la objetividad de la moral y la implantación social. Es que la importancia del método analítico parece estar fuera de duda. No creo que pueda imaginarse el avance de la práctica sin que antes haya un esfuerzo con el fin de

---

<sup>4</sup>ATIENZA, M. “Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino”, *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30, 2007, pp. 661-663.

entenderla, sin una capacidad de distinguir sus componentes lingüísticos y de estudiar las relaciones que se establecen entre ellos<sup>5</sup>. Por eso, y por el evidente hecho de que Atienza reconoce la función indispensable del método analítico (lo que él nos pide es que vayamos más allá...), me centraré en los aspectos que considero definitivamente controvertidos y que, a depender del modo como se los entienda, pueden jugar un papel poco prometedor en la práctica del Derecho en el mundo latino.

### 2.1. LA OBJETIVIDAD DE LA MORAL Y LA CENTRALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En mi opinión, la pieza más importante en el diseño teórico de Atienza es la objetividad moral. No tiene sentido, a su juicio, hablar de justificación de la decisión judicial, pensar las decisiones en términos de corrección<sup>6</sup> y tampoco elaborar una teoría de la argumentación si no se reconoce un mínimo de objetividad moral. Ese mínimo, que en verdad es definitorio para comprender lo que dice Atienza, tiene que ver con la idea de pretensión de corrección. Los juicios morales incorporan una pretensión de corrección, pero esta pretensión de corrección, precisamente por el hecho de representar nada más que una pretensión, es falible y, así pues, abierta a la crítica; se modifica ante una argumentación moral "superior", que demuestre – otra vez de modo falible – su corrección<sup>7</sup>.

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

Ahora bien, si el argumento se agotara aquí, me parece que su relevancia sería escasa y mi afirmación sobre la centralidad de la objetividad moral en el pensamiento de Atienza quedaría sin sentido. La sencilla tesis de que los juicios morales pueden justificarse, de que incorporan una pretensión de corrección, quizás sea teóricamente discutible, pero su relevancia en la práctica del Derecho me suena aún más discutible. Que un abogado, al enjuiciar una demanda, pretenda que su argumentación sea correcta, es decir, justificada moralmente y que el juez, al decidirla, también pretenda que su fallo sea correcto, es algo que a lo mejor anima una discusión conceptual en torno a las relaciones entre Derecho y moral, pero en definitiva dice muy poco con respecto a los criterios para considerar correcto un

---

<sup>5</sup>Una cosa es entender el método analítico en Derecho como una especie de ciencia de las distinciones, que incluso se relaciona con la dogmática. Su importancia es, creo, indudable. Otra cosa, bastante distinta, es entender el método analítico como la manera conceptualmente adecuada de comprender el Derecho, descriptiva y neutral. Aquí, suscribirlo ya no resulta tan sencillo. Véase, sobre ello, POSTEMA, Gerald J. "Jurisprudence: the sociable science", *Virginia Law Review*, v. 101, 2015, pp. 869-901.

<sup>6</sup>Con respecto a la idea de corrección y de los distintos sentidos en que se la aplica, véase CARBONELL B., F. "Sobre la idea de decisión judicial correcta", *Analisi e diritto*, 2015, pp. 11-46. Más allá de representar un ejemplo en sí mismo de la importancia del método analítico para hacer avanzar la práctica (creo que plantearse la pregunta ¿de qué estamos hablando cuando hablamos de eso? es fundamental), el trabajo propone una tipología de la corrección que puede resultar útil al entendimiento de esa idea en los trabajos del propio Atienza.

<sup>7</sup>ATIENZA, M. "Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino" (...), *Ob. Cit.*, p. 302. Atienza subraya que los juicios morales no incorporan una pretensión de verdad absoluta, sino una pretensión de corrección.

enunciado. Aunque esos criterios correspondieran a las reglas del discurso<sup>8</sup>, tal y como Alexy ha expuesto en su Teoría de la Argumentación Jurídica<sup>9 10</sup>, creo que la capacidad orientadora de esa idea sigue siendo bastante reducida.

De ahí que la importancia de la objetividad moral para el derecho argumentativo no radica solamente en la posibilidad de justificar moralmente una decisión (como si eso fuera todo), sino más bien en la posibilidad de justificarla moralmente con arreglo a los derechos fundamentales. Si la pretensión de corrección es relevante, tal y como la entiende Atienza, es porque implica la posibilidad de formularse juicios correctos – justificados racionalmente – sobre los derechos fundamentales<sup>11 12</sup>. Por ello, lo que convierte la objetividad moral (aunque mínima) un ingrediente definitorio del proyecto de Atienza para la filosofía jurídica del mundo latino es su conexión con el significado del Estado Constitucional<sup>13</sup>, es su vinculación a los derechos fundamentales.

Ello me parece bastante claro cuando Atienza (en un famoso trabajo con Ruiz Manero) sugiere, de modo tajante, que dejemos atrás el positivismo jurídico<sup>14</sup>. Lo justifica de distintas formas, pero la principal, por lo menos en mi lectura, radica en el argumento de que el positivismo sería una teoría incapaz de dar cuenta de los valores del Estado Constitucional, dado que la dimensión valorativa de las normas sería, según los autores, un aspecto “descuidado” por los positivistas<sup>15</sup>. Una teoría argumentativa tendría precisamente la función de, ante todo, poner el acento en la dimensión valorativa del Derecho y, más allá de todo, orientar la práctica hacia el adecuado manejo de los derechos fundamentales, de la dimensión moral de nuestras constituciones.

Esos derechos fundamentales, por su parte, tendrían su fundamento en la moral: no en una moral más, sino más bien en la moral – “universal y crítica, racionalmente fundamentada”<sup>16</sup>. Me parece, en consecuencia, que el esquema teórico de Atienza sienta sus bases precisamente en esa moral racional y crítica que las constituciones de los Estados Constitucionales, sobre todo las del mundo latino, han incorporado. La teoría argumentativa del Derecho da por sentada, presupone la racionalidad de la moral contenida en los derechos fundamentales y, por consiguiente, sostiene la racionalidad de los juicios elaborados sobre la base de esos derechos. En palabras sencillas: no es que la centralidad de los derechos fundamentales corresponda a la centralidad de un conjunto de valores

---

<sup>8</sup>Atienza dice claramente que los criterios de corrección “son los que determina el procedimiento de la discusión racional”. In: ATIENZA, M. “Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino” (...), Ob. Cit., p. 315.

<sup>9</sup>Para Alexy, “una norma es correcta sólo si puede ser el resultado de un procedimiento definido a través de las reglas del discurso”. In: ALEXY, R. *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Trad. Manuel Atienza y Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 291.

<sup>10</sup>Se trata, por tanto, de una concepción procedimental de la corrección. Además de ello, el juicio sobre la corrección de la decisión es siempre provisional.

<sup>11</sup>En mi opinión, al fin y al cabo, Atienza acaba utilizando la palabra “corrección” en un sentido “axiológico”, en cuanto “ajuste de tipo evaluativo entre una norma y un criterio moral” In: CARBONELL, B., F. “Sobre la idea de decisión judicial correcta” (...), Ob. Cit., p. 41.

<sup>12</sup>Este criterio moral, en su caso, correspondería a la “justificación” sobre la base de una “moral justificada”, que es la moral constitucional, la moral de los derechos fundamentales.

<sup>13</sup>El Estado Constitucional posee, a juicio de Atienza, los siguientes rasgos esenciales: (1) la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales; (2) derechos fundamentales “que limitan o condicionan (también en cuanto al contenido) la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho”; (3) mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes. Y añade: “el ideal del Estado Constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón”. In: ATIENZA, M. *El Derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2012, p. 17.

<sup>14</sup>ATIENZA, M. & RUIZ MANERO, J. “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomía*, n. 27, Octubre de 2007, pp. 07-28.

<sup>15</sup>ATIENZA, M. & RUIZ MANERO, J. “Dejemos atrás el positivismo jurídico” (...), Ob. Cit., p. 23.

<sup>16</sup>ATIENZA, M. *Curso de Argumentación Jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 29.

convencionales. Según Atienza, esos valores son moralmente objetivos, aunque ello signifique decir apenas que son racionalmente fundamentados.

Si esto es así, y si seguimos la línea de pensamiento de Atienza, llegaremos a su concepción sobre lo que debería ser la actividad del jurista en el Estado Constitucional y, así, al eje de su propuesta de filosofía jurídica para el mundo latino. La función del jurista (entendido como jurista práctico) consiste, por tanto, en maximizar los valores de la práctica. ¿De qué valores estamos hablando? Pues, de los valores recogidos en nuestras constituciones, o sea, de los derechos fundamentales. El jurista del Estado Constitucional debe hacer avanzar la empresa moral plasmada en las constituciones, debe contribuir a la mejora de la práctica a través de la argumentación racional a la luz de esos valores fundamentales, debe aceptar lo que le ha regalado la Constitución<sup>17</sup> <sup>18</sup>: una herramienta para decidir casi siempre de modo justo, sin que para ello sea necesario salirse del Derecho<sup>19</sup>. Aquí, la objetividad moral, como la ve Atienza, parece jugar un papel sustancial. Si esos derechos corresponden a una moral crítica y racionalmente fundamentada, y si la tarea del jurista consiste en maximizarlos por medio de juicios también fundamentados, se ha – para usar una expresión muy en boga en los trabajos de y sobre Robert Alexy – institucionalizado la razón<sup>20</sup>.

Para resumir, y si entendí bien el pensamiento de Atienza, la filosofía jurídica del mundo latino debe ser una filosofía de inspiración constitucionalista: un modo de comprender el Derecho que supone la objetividad moral de los derechos fundamentales y que, por consiguiente, demanda del jurista un compromiso con la realización, con la maximización de esos derechos en la realidad. Si el Derecho es entendido como un instrumento para lograr finalidades y si esas finalidades corresponden a los valores recogidos en las constituciones<sup>21</sup>, una filosofía de corte normativo, centrada así en la mejora de la práctica, es, al fin y al cabo, una filosofía jurídica esencialmente al servicio de los derechos.

## 2.2. LA EMANCIPACIÓN SOCIAL Y LAS IMPLICACIONES DE UNA FILOSOFÍA DE LOS DERECHOS

Como ya se ha expuesto, el último ingrediente de la propuesta de Atienza para el mundo latino es la implantación social. Puesto que esa idea no viene desarrollada con detenimiento en la obra de Atienza (por lo menos no pude encontrar algo específico a ese respecto), parece ajustado concluir que esa “implantación social” corresponde más bien a la idea de “emancipación social” y que se conecta a la realización de esta empresa moral que es el constitucionalismo. Es el propio

<sup>17</sup>(...) la mejor interpretación (aquella, pues, por la que tendría que optar el intérprete) es la que (sin vulnerar el elemento autoritativo del Derecho: sin ir en contra el Derecho establecido) nos permite desarrollar al máximo los derechos fundamentales, entendidos de acuerdo con una determinada filosofía moral y política: la que mejor permita dar cuenta de nuestras Constituciones (o de cada una de ellas)”. In: ATIENZA, M. *Podemos hacer más: otra forma de pensar el Derecho*, Pasos Perdidos, Madrid, 2013, p. 93.

<sup>18</sup>Atienza viene a decir lo mismo, acudiendo a Dworkin, también cuando contesta las críticas de Ferrajoli a su “constitucionalismo principialista”. In: ATIENZA, M. “Dos versiones del constitucionalismo”, *DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho*, 34, 2011 (pp. 73-88), p. 82.

<sup>19</sup>“Nuestros Derechos – los Derechos del Estado Constitucional – incorporan, en mi opinión, muchos recursos de los que puede (debe) valerse el jurista que opera en ellos para lograr casi siempre una respuesta correcta: una respuesta justa y conforme con el Derecho. Pero eso no quiere decir que todo valga, esto es, que no haya límites”. In: ATIENZA, M. & GARCÍA AMADO, J.A. *Un debate sobre la ponderación*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá 2012, p. 97

<sup>20</sup>KLATT, M (ed.). *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, New York, 2012.

<sup>21</sup>Creo que esa conclusión puede derivarse del listado de características definitorias de la idea del “Derecho como argumentación”. In: ATIENZA, M. *Curso de Argumentación Jurídica (...)*, Ob. Cit., pp. 55-56.

Atienza quien expresamente reconoce la necesidad de, dentro de este programa de filosofía del derecho de corte argumentativo, asumirse también un compromiso “con un proyecto político-ético de emancipación humana”<sup>22</sup>. Pues bien, creo que este es precisamente el punto que nos permite reflexionar – críticamente – sobre las implicaciones de esta propuesta de filosofía del derecho.

Vayamos, entonces, a las últimas líneas del escrito de Atienza que ha justificado este trabajo. Allí se dice lo siguiente: “la capacidad argumentativa de los ciudadanos es una condición necesaria para poder calificar a una sociedad de democrática”<sup>23</sup>. Yo no podría estar más de acuerdo con esta frase; y me imagino que nadie que tome efectivamente en serio el valor de la participación en la democracia podría estar realmente en contra de este planteamiento.

El problema es que no nos encontramos ante una teoría de la participación política o, por ejemplo, ante una teoría de la democracia deliberativa<sup>24</sup> <sup>25</sup>. Nos hallamos ante una teoría de la argumentación jurídica y, en particular, ante una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino. Así que la noción de “emancipación humana” – aquí – no parece depender de una teoría de la democracia o bien de la participación política de los miembros de una determinada comunidad (pensemos en una de las comunidades de nuestro mundo latino). El ideal de “emancipación social”, teniendo en cuenta el tipo de propuesta que estamos estudiando, descansa sobre la fuerza, sobre el valor de la realización de los derechos fundamentales en el mundo latino. Se trata de una emancipación dependiente de los derechos y ese sería un argumento más en favor de que nos comprometiéramos con la realización de los valores de la práctica.

Es obvio que uno siempre va a decir que es consciente del valor ineludible de la participación política en el proceso de “emancipación social”. ¿Quién no lo es? Lo que me parece fuera de duda – y Atienza lo pone de manifiesto con bastante claridad en su obra “Podemos hacer más” – es que el Derecho del Estado Constitucional, con su conjunto de valores moralmente justificados, es (en sus propias palabras) “uno de los instrumentos más potentes con el que cuentan [los ciudadanos] para llevar a cabo la ingente tarea de civilizar el mundo”<sup>26</sup>. Si esto es así, este tipo de planteamiento da lugar a una pregunta muy importante: si los derechos fundamentales descansan sobre una moral objetiva y si los juristas deberían comprometerse con la realización de esos derechos, ¿quiénes serían los agentes civilizatorios?

Mi hipótesis, que por supuesto no es originariamente mía, pero la hago mía en este momento, es que la “emancipación social” a través de los derechos, con el trasfondo de la filosofía argumentativa desarrollada por Atienza, necesariamente depende del papel activo de los juristas, sobre todo de los jueces y más aún de los jueces constitucionales. Si de lo que se trata es de convencer a los jueces de que deben entender su actividad como una práctica social destinada a maximizar los derechos fundamentales (que son los valores de la práctica), ello implica una

---

<sup>22</sup>ATIENZA, M. “Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino” (...), Ob. Cit., p.315.

<sup>23</sup>ATIENZA, M. “Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino” (...), Ob. Cit., p. 317.

<sup>24</sup>Piénsese, por ejemplo, en la idea de democracia deliberativa en la obra de Habermas y en la centralidad de la participación de los miembros de la comunidad en un discurso racional, dirigido hacia una especie de consenso ideal, que se deriva de su teoría. Conviene subrayar, pese a la controvertida noción de “consenso ideal”, el escepticismo de Habermas respecto de la teoría de los principios, además de su crítica al “principio monológico”, referente al juez, dotado de poderes cognitivos especiales, que alcanza *la moralidad constitucional* por medio de un ejercicio filosófico solitario. In: HABERMAS, J. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, (Trad. Willian Rehg), The MIT Press, Cambridge, 1996, p. 222.

<sup>25</sup>Por ello, resulta, a mi juicio, muy difícil ver con claridad una estrecha vinculación entre la afirmación de Atienza sobre la capacidad argumentativa de los ciudadanos y las implicaciones de su filosofía argumentativa.

<sup>26</sup>ATIENZA, M. *Podemos hacer más: otra forma de pensar el Derecho* (...), Ob. Cit., p. 60.

ineludible transferencia de poder político a ese conjunto de jueces, cuya principal misión será definir, en concreto, el contenido de esos derechos, comúnmente formulados de manera muy abstracta, como principios de elevada carga moral.

Ahora bien, me parece que para no asumir esa suerte de desplazamiento de poder político (o con el fin de amenizarla y justificarla) Atienza insiste en la relevancia de la objetividad moral. Pero me temo que toda esa discusión sobre la objetividad o no de la moral, sobre la posibilidad de conocer o no el contenido de la moral, sea muy poco relevante para el Derecho, y aún menos relevante para el Derecho entendido como práctica social. Uno puede aceptar que los derechos recogidos en nuestras constituciones (pensemos en la igualdad y en la libertad, por ejemplo) estén moralmente justificados, y – creo – uno podría incluso comprender esos derechos como algo absolutamente verdadero. La controversia en torno a los derechos del Estado Constitucional, en cambio, no reside ahí, no radica en la dimensión de justificación moral de esos derechos. Lo controvertido está exactamente cuando empezamos a discutir lo qué es la libertad o la igualdad en aras de decidir un caso específico con arreglo a esos derechos.

Estoy pensando, por ejemplo, en jusfilósofos más conservadores que aceptan todos los principios plasmados en nuestras constituciones, pero que discrepan de los filósofos de orientación más progresista en temas como el aborto o la eutanasia. Lo interesante es que estos jusfilósofos normalmente hablan en términos de verdades morales, no aceptan tesis no cognitivistas, pero niegan que estas cuestiones puedan decidirse por un conjunto de jueces, esencialmente porque – en el ámbito de la decisión judicial – la objetividad moral no sería relevante<sup>27</sup>. No estoy seguro, pero quizás estas cuestiones (como el aborto o la eutanasia) sean de hecho moral y políticamente discutibles y quizás los que están en contra o a favor disputen argumentos moralmente defendibles dentro del espacio semántico de los derechos fundamentales; a menos, claro, que la “moral justificada”, con anterioridad a la discusión, diga algo más acerca del contenido de los valores constitucionales<sup>28</sup>  
<sup>29</sup>.

Dicho eso, aunque una respuesta correcta exista, aunque aceptemos la existencia de una moralidad objetiva, universal y crítica, y aunque aceptemos que nuestros derechos fundamentales se justifican sobre la base de esa moralidad, lo que

---

<sup>27</sup>Véase, por ejemplo, GEORGE, R. P. *Conscience and its enemies: confronting the dogmas of liberal secularism*, ISI books, Wilimington/Delaware, 2013.

<sup>28</sup>Atienza afirma, al hablar de John Finnis, que este autor, a base de una versión aristotélico-tomista del derecho natural, acaba defendiendo tesis “extremadamente conservadoras a propósito de temas tales como el aborto, la eutanasia, el matrimonio entre personas del mismo sexo o el trato a los inmigrantes”. In: ATIENZA, M. “Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino” (...), Ob. Cit., p. 313.

<sup>29</sup>Pues bien, si el término *extremadamente conservadoras* es una opinión política y moral de Atienza, no habría nada que comentar acerca de su observación, si bien yo eliminaría la palabra “extremadamente” por lo menos en relación con los dos primeros temas (aborto y eutanasia). Lo que me preocupa, en cambio, es la hipótesis de que una posición, por ejemplo, contraria al aborto, quede *necesariamente* fuera del ámbito de una “moral justificada” y objetiva, tal y como la sostiene Atienza, que debería imponerse por la vía del Derecho. No creo en absoluto que la propuesta de Atienza presuponga la objetividad (que ya no sería mínima) de una moral *de corte progresista*. Si esto fuera así, me temo que estaríamos fulminando la democracia misma y *naturalizando* lo que no es más que una perspectiva moral sobre los temas que a lo mejor dividen nuestras sociedades y justifican la participación en el debate público. Sin embargo, queda claro – por lo menos – que Atienza no considera moralmente justificadas las tesis conservadoras de John Finnis y que existe, al menos entre estos dos filósofos, un desacuerdo *fuerte* en términos morales y políticos. De ahí que me parece que Atienza tendría que suscribir una de estas dos alternativas: o bien la objetividad moral ya no es tan mínima y las tesis conservadoras (las de Finnis) no representan, con anterioridad al discurso, una lectura *justificada* de los derechos fundamentales; o bien el desacuerdo sobre la *corrección* de esas tesis y la falibilidad de un juicio moral sobre ellas convierten, a la postre, la *objetividad moral* en un ingrediente poco o nada relevante para el Derecho.



es cierto es que no disponemos de un método para acudir al contenido de esta moralidad. Nuestros juicios morales acerca de los derechos, por lo mejor fundamentados que estén, son juicios (y eso es reconocido por Atienza con tranquilidad) falibles. Si las cosas son así, todo ello implica que distintos jueces pueden llegar a distintas soluciones acudiendo al mismo conjunto de derechos moralmente justificados. La sencilla idea de la "objetividad moral" o mismo de la "pretensión de corrección" no orienta la actividad de los jueces en la práctica, en el sentido específico de que no suministran criterios para que sepamos cuál de las decisiones (suponiendo la hipótesis, claramente factible, de distintas soluciones) está de acuerdo con la "moral justificada"<sup>30</sup>.

A mi juicio, ello implica un claro desplazamiento de poder hacia la jurisdicción, puesto que, si las respuestas judiciales moralmente justificadas pueden (y en general eso sí sucede) reflejar el mismo desacuerdo moral y político de la discusión pública, entonces alguien habrá que tomar la decisión y ese alguien, en nuestro mundo latino, normalmente es la jurisdicción constitucional. Este desplazamiento puede estar justificado por distintas razones, que no quiero presentar y tampoco discutir aquí. Hay, con todo, una consecuencia más que – creo – no debería despreciarse, y que tiene relación con la propia forma de entender la actividad judicial. Si el juez del mundo latino entiende su actividad en términos de justificación moral, y si la encuentra a través de un razonamiento a la luz de los derechos fundamentales; y si, a la vez, es verdad que la "moralidad" de esos derechos no suministra criterios que permitan zanjar el desacuerdo sobre su alcance y significado, de ahí se sigue – a mi juicio – que el juez del mundo latino ya no se somete a límite alguno<sup>31</sup>.

Quizás yo deba suavizar un poco esa conclusión en consideración al hecho de que Atienza, por repetidas veces, ha subrayado la importancia del elemento autoritativo del Derecho. Y a lo mejor la conclusión de que el juez ya no está sometido a límite alguno no corresponda a la realidad, sea – es probable – una afirmación muy apresurada. Sin embargo, creo que no sería desmesurado señalar que la propuesta de Atienza, su propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino, implica por lo menos lo siguiente: (1) pone el acento en la centralidad de los derechos fundamentales en el razonamiento judicial; (2) vincula la mejora de la práctica al compromiso con la realización de los derechos fundamentales; (3) atribuye al juez (y al jurista práctico en general) la función de maximizar los valores de la práctica, aunque esos valores sean controvertidos en su contenido y alcance. Y todo ello implica, a mi modo de ver, dar sustancial (no suave) prevalencia a la dimensión valorativa del Derecho, a su dimensión de justicia, a la dimensión moral de la Constitución.

Con ese conjunto de implicaciones en mente y con una idea más clara, aunque obviamente discutible, de la propuesta de Atienza para el mundo latino, pienso que ya nos encontramos en posición de hacer frente a la pregunta que es la razón de toda esta reflexión: *¿Debemos formar parte de este proyecto?*

---

<sup>30</sup>Piénsese, por ejemplo, en una norma constitucional que uno considere injusta. Supóngase que una de las constituciones del mundo latino defina que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer, excluyéndose la unión entre parejas del mismo sexo. ¿Estaríamos ante una hipótesis de norma constitucional contraria a la "moral justificada"? ¿Qué papel juega la "moral justificada" en la aplicación de esta norma? Si no juega ningún papel, si estamos dispuestos a afirmar que, aunque la "moral justificada" diga "x", la Constitución dice "z" y que, por lo tanto, vale lo que dice la Constitución, no acabo de ver la utilidad o los límites que una "moral justificada" podría imponer al razonamiento jurídico. A no ser que aceptáramos que solamente las constituciones pudieran contrariar la "moral justificada", lo que me suena bastante extraño, ya que, en tesis, es la propia Constitución que recoge principios morales de esta misma "moral justificada".

<sup>31</sup>Waldron concluye algo semejante al sostener la "irrelevancia de la objetividad moral". WALDRON, J. *Law and Disagreement*, Clarendon Press, New York, 1999, pp. 186-187.

### 3. ¿QUÉ FILOSOFÍA DEL DERECHO PARA MI MUNDO LATINO?

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

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

#### 3.1. EL MUNDO LATINO DE LA "CORDIALIDAD": LA DIFICULTAD DE LA LEGALIDAD EN BRASIL

Sergio Buarque de Holanda es el autor de un clásico del pensamiento sociológico brasileño – "Raíces do Brasil"<sup>32</sup> –, un pequeño e imponente libro publicado originalmente en 1936. Dentro de esta obra, se hizo famoso un capítulo en particular, de pocas páginas y que lleva un título muy sugerente: "O homem cordial". La primera impresión, si uno se centra demasiado en el significado intuitivo de la palabra "cordial", es pensar que el autor se refiere a la amabilidad y simpatía del pueblo brasileño. El diccionario de la Real Academia Española, por ejemplo, define el adjetivo "cordial" como "virtud para fortalecer el corazón". Un hombre cordial sería un hombre simplemente afectuoso. Sin embargo, y aunque la amabilidad pueda caracterizar una virtud del brasileño, la palabra "cordial" tiene un sentido más refinado en la obra de Buarque de Holanda.

La amabilidad, la generosidad y el trato amigable sin duda pueden entenderse como virtudes, o sea, representan virtudes derivadas de una idea de civilidad, de educación e incluso de reconocimiento hacia el otro. Pero esa cordialidad, según Buarque de Holanda, se manifiesta por razones distintas en el modo de vida del brasileño. Somos cordiales no necesariamente porque aprendemos que la amabilidad es una manera adecuada y civilizada de relacionarse en comunidad. Somos cordiales porque proyectamos nuestras relaciones domésticas hacia el espacio público y ahí nos vinculamos de modo íntimo y emotivo<sup>33</sup>.

La idea de una vida ritualista, en la que nos ocupamos con formalidades y nos conectamos al otro con cortesía, es bastante ajena a nuestra comprensión. Afirma Buarque de Holanda: "en la civilidad hay siempre algo de coercitivo, que

<sup>32</sup>DE HOLANDA, S. B. *Raíces do Brasil*, 26ª ed., Companhia das Letras, São Paulo, 2004.

<sup>33</sup>DE HOLANDA, S. B. *Raíces do Brasil (...)*, Ob. Cit., p. 147.

puede expresarse en mandatos y sentencias”<sup>34</sup>. Nuestra cordialidad no es, por tanto, la cordialidad de la civilidad, entendida casi como una especie de rito que lleva como finalidad el respeto al lugar ocupado por nuestro igual o, por lo menos, una clara delimitación de espacios. El brasileño concibe la vida en sociedad de manera bastante peculiar: nuestra “ética” de convivencia implica la expectativa de la amistad y, con ello, todo lo que se podría entender como perteneciente al ámbito de lo privado se traslada al ámbito de lo público (en cierta medida, al espacio de la forma).

Buarque de Holanda hace referencia al ejemplo de un comerciante norteamericano que, al instituir su negocio en Brasil, se daría cuenta de que para conquistar un cliente habría que establecer con él una relación de amistad<sup>35</sup>. Esa dinámica, en verdad, se constata en la realidad de los negocios, de la política, de la administración, de la universidad. De hecho, el brasileño posee una intrínseca dificultad en asimilar con claridad la frontera entre su espacio de influencia personal – en el que se comunica a través de categorías inherentes a la afectuosidad – y el ámbito de lo público, entendido aquí simplemente en cuanto “rua” (calle), o sea, cualquier ambiente que se halle más allá de los límites de la casa<sup>36</sup>.

Pero, como sabemos, la casa debería encontrar su frontera más marcada, más acentuada, precisamente en la esfera de los negocios públicos. La cordialidad inherente a la casa, y que a menudo se traslada a la vecindad o al comercio, es algo que existe precisamente para distinguir; o sea, constituye una huella que sólo tiene sentido, incluso como categoría lingüística, con el fin de establecer una diferencia, cualquier cosa de singular y doméstico que sea propio de una casa determinada y de ninguna más. Cuando esa forma de entendimiento se desplaza al ámbito de lo público, porque ni siquiera se reconoce adecuadamente la frontera, nace la imposibilidad de la igualdad – porque la igualdad general y abstracta implica precisamente el abandono de lo que “me distingue”, de lo que me vuelve “especial”.

De ahí que, en una sociedad donde prevalece el hombre cordial, hay una agravada dificultad en aceptarse “principios supraindividuales de organización”<sup>37</sup>. El modo de interacción de los individuos es tendencialmente indiferente a la ley general, de tal manera que cada ciudadano afirma su posición en la sociedad no con arreglo a un elemento formal (como lo es la ley general), sino al poner de relieve características que establezcan una distinción en relación con los demás ciudadanos<sup>38</sup>. Por esa razón, asevera Buarque de Holanda, “la ideología impersonal del liberalismo democrático nunca se ha convertido en un hecho natural entre nosotros”<sup>39</sup>. La autoridad y la jerarquía son, a la luz de nuestra cordialidad, elementos puramente incómodos y nuestra idea de gobernante alude, una vez más, a la familiaridad, a la relación directa y personal.

Me parece que ha sido Raymundo Faoro, en “Os Donos do Poder” quien ha puesto de relieve con mayor detenimiento este nuestro culto a la personalidad. El libro de Faoro trata de los orígenes de un Estado patrimonialista<sup>40</sup>, cuyo comando quedaría en manos de un estamento político privilegiado, correspondiendo exclusivamente al Estado la conducción de la sociedad. Y es precisamente en este contexto que Faoro subraya la conexión directa entre el “jefe” – el presidente, el

---

<sup>34</sup>Traducción libre del original: “na civilidade há qualquer coisa de coercitivo – ela pode exprimir-se em mandamentos e sentenças”. DE HOLANDA, S.B. *Raízes do Brasil* (...), Ob. Cit., p. 147.

<sup>35</sup>DE HOLANDA, S. B. *Raízes do Brasil* (...), Ob. Cit., p. 149.

<sup>36</sup>La distinción entre *casa* y *rua* la tomo de DAMATTA, R. *Carnaval, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*, 6ª ed., Rocco, Rio de Janeiro, 1997, p. 90.

<sup>37</sup>Traducción libre del original: “Na verdade, a ideologia impessoal do liberalismo democrático jamais se naturalizou entre nós”. DE HOLANDA, S.B. *Raízes do Brasil* (...), Ob. Cit., p. 155.

<sup>38</sup>DE HOLANDA, S. B. *Raízes do Brasil* (...), Ob. Cit., p. 155

<sup>39</sup>DE HOLANDA, S. B. *Raízes do Brasil* (...), Ob. Cit., p. 160.

<sup>40</sup>“A realidade histórica brasileira demonstrou (...) a persistência secular da estrutura patrimonial, resistindo, galhardamente, invariavelmente, à repetição, em fase progressiva, da experiência capitalista”. In: FAORO, R. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*, 3ed., Globo, Rio de Janeiro, 2001, p. 869.

governador, el alcaide – y su pueblo. Es el soberano el que conduce. Y el soberano habla directamente al pueblo<sup>41</sup>, sin intermediarios, porque ahí se estableció un lenguaje familiar, propio de la casa, en la que todos se sienten más o menos especiales. Tanto es así que es común oírse (y no estoy hablando de épocas lejanas, sino de los días de hoy) algo como “esta casa/coche/trabajo me la dio fulano (el líder político)”. El gobernante es un amigo y todo lo que tenemos es fruto de su bondad<sup>42</sup>.

Una manera bastante ilustrativa de entender este nuestro “mundo latino de la cordialidad” es acudir a una pregunta común en el cotidiano de los brasileños y que corresponde al título de un célebre ensayo de Roberto DaMatta: “¿sabes con quién estás hablando?”<sup>43</sup>. La pregunta en sí misma denuncia su sentido: quien la plantea, lo hace para distinguirse de otra persona, para aclarar que, en aquella relación, hay un superior. Uno puede imaginar que se trata sólo de afirmar una posición social, de recordar al otro cuál es “su lugar”. Eso es verdad, pero la tesis de DaMatta va más allá: el “¿sabes con quién estás hablando?” es invocado por cualquier persona, con independencia de la posición social y en el contexto de innumerables situaciones. La importancia sociológica de esta pregunta radica en la constatación de que, al fin y al cabo, todo acaba por trasladarse al dominio de las relaciones personales<sup>44</sup>, precisamente en actividades en las que debería imperar la generalidad.

DaMatta acude a una distinción que me suena muy interesante. En nuestra sociedad, habría individuos y personas. A las personas, les reservamos la cordialidad subyacente a la relación personal. A los individuos, en cambio, les reservamos la ley<sup>45</sup>. Solamente los individuos frecuentan las comisarías de policía, los tribunales, las interminables colas del sistema de sanidad pública y de toda la máquina burocrática. Ser individuo, añade DaMatta, es “revelarse no perteneciente a cualquier sector”<sup>46</sup>, como alguien que no posee un familiar o un “padrino” para protegerle. Estamos siempre buscando personalizar la ley: ajustarla a una calidad personal, que nos liberte del peso de la condición de individuo y que nos lleve a un nivel de mayor dignidad en este nuestro “sistema de personas”<sup>47</sup>.

Quizás sea por todo ello que Sergio Buarque de Holanda escribió: “la democracia en Brasil ha sido siempre un lamentable malentendido”<sup>48</sup>. Una acepción mínima del término “democracia” la vincula a la idea de procedimiento – un procedimiento por el que todos los ciudadanos tienen derecho a participar y que produce como resultado un conjunto de decisiones colectivamente vinculantes. Pero eso presupone, ante todo, la plasmación de valores morales y políticos que constituyan la base de esa noción de que existe – y debe existir – algo que vincula a todos, al mismo tiempo y en la misma medida. Sin embargo, nada parece ser más ininteligible al brasileño. La idea de igualdad formal es, entre nosotros, rápidamente remplazada (no complementada) por la prevalencia difusa y confusa de lo que a nosotros nos gusta y nos conecta con nuestro modo de ser cordial: la igualdad “material” (y que a veces no es más que un privilegio) o cualquier suerte de

<sup>41</sup>FAORO, R. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro (...)*, Ob. Cit., p. 875.

<sup>42</sup>FAORO, R. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro (...)*, Ob. cit., p. 875.

<sup>43</sup>El ensayo se halla en DAMATTA, R. *Carnaval, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro (...)*, Ob. Cit., pp. 179-248.

<sup>44</sup>DAMATTA, R. *Carnaval, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro (...)*, Ob. Cit., 195.

<sup>45</sup>DAMATTA, R. *Carnaval, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro (...)*, Ob. Cit., p. 218.

<sup>46</sup>DAMATTA, R. *Carnaval, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro (...)*, Ob. Cit., p. 236.

<sup>47</sup>DAMATTA, R. *Carnaval, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro (...)*, Ob. Cit., p. 232.

<sup>48</sup>Traducción libre del original: “A democracia no Brasil sempre foi um lamentável malentendido”. DE HOLANDA, S. B. *Raízes do Brasil (...)*, Ob. Cit., p. 160.

particularismo que nos identifique en cuanto personas, en su concreción y circunstancia, y no en la calidad de individuos.

### 3.2. ¿NECESITAMOS UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO MENOS FORMALISTA Y MÁS ARGUMENTATIVA?

Si todo lo anterior es correcto, si mi mundo latino es de hecho el mundo latino de la cordialidad, cuya tendencia es siempre convertir la ley general en algo más o menos particularizado y cuya principal dificultad consiste, precisamente en razón de ello, en la construcción de un espacio público común, ajeno al sentimiento doméstico propio de la casa; si todo eso es así, ¿es verdad que necesitamos una filosofía jurídica del argumento, del valor, de los derechos? ¿Es verdad que lo que falta al mundo latino (o por lo menos a mi mundo latino) son juristas comprometidos más con el valor y menos con la forma? Me pregunto si lleva la razón Manuel Atienza y si su propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino sirve a la realidad de mi mundo latino; me pregunto, con sinceridad, si nuestro pecado es, como parece creer Atienza, poner demasiado acento en la dimensión autoritativa del derecho y despreciar o dar poca atención a la dimensión valorativa del Derecho. ¿Es ese el pecado del hombre cordial?

Uno podría afirmar que deberíamos aceptar la propuesta de Atienza porque nuestras prácticas serían demasiado "formalistas". El propio Atienza escribió una especie de decálogo, en el que nos indica algunas estrategias para desenmascarar a un formalista<sup>49</sup>. Lo que se expone ahí, y él mismo lo reconoce en la introducción a ese guía, es la forma como "dolencia", como vicio: una suerte de apego a la literalidad de los textos y a la oscuridad de la erudición; cierta tendencia a incurrir en contradicción y el recurso (equivocadamente concebido) a un supuesto rigor lógico. El "formalista" de Atienza es de hecho un mal jurista o, en particular, un mal juez. Su actitud ante el Derecho es básicamente autorreferente y la manera con la que venera la lógica y la certeza, además de su tono categórico y rebuscado al manejar el vernáculo, pone de manifiesto, a mi juicio, un jurista que no ha entendido bien ni la dimensión valorativa del Derecho y tampoco su dimensión autoritativa.

Ese culto a la forma, es verdad, también constituye un elemento de la comunicación – sobre todo jurídica – en mi mundo latino. El hombre cordial es asimismo un hombre seducido por la belleza de las palabras que poco o nada orientan, por las doctrinas extranjeras cargadas de falsa complejidad o de verdadera oscuridad. Machado de Assis, uno de los grandes de nuestra literatura, lo deja magníficamente claro en "Teoria do Medalhão", un pequeño texto publicado en un periódico de 1881<sup>50</sup>. Se trata de un curioso diálogo entre padre e hijo, en el que el padre aconseja su hijo a como tener éxito en la vida: nada de originalidad, nada de ideas propias y espontáneas; es conveniente aprisionar el espíritu leyendo compendios de retórica o determinados discursos y, como la soledad es "oficina de ideas", no vale la pena salir a caminar sin compañía. Es importante, añade el padre, el empleo de "aforismos jurídicos", de palabras en latín y, por supuesto, el recurso a la metafísica. Y decreta: "condeno la aplicación, aplaudo la denominación"<sup>51</sup>.

Ahora bien, ese aplauso a la denominación, a la etiqueta y al adorno, esa falta de preocupación con la aplicabilidad de las fórmulas y teorías novedosas, y que a menudo nos conduce a la oscuridad, todo ello no deriva de un excesivo respeto a la dimensión autoritativa del Derecho o de un permanente sentimiento de vinculación a las normas generales y abstractas. Según Buarque de Holanda, nuestros hombres de ideas han estado siempre mucho más interesados en el rasgo artístico de las

<sup>49</sup>ATIENZA, M. "Cómo desenmascarar a un formalista", *Isonomía*, n. 34, Abril de 2011, pp. 199-201.

<sup>50</sup>El cuento puede encontrarse en MACHADO DE ASSIS, *Papéis Avulsos*, S.1., Lombaerts & C., 1882, disponible en: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000230.pdf>, Último acceso en: 29.11.2023.

<sup>51</sup>En el original, MACHADO DE ASSIS escribe: "condeno a aplicação, louvo a denominação".

palabras que en su valor en la práctica<sup>52</sup>. Eso, por supuesto, se manifiesta de modo más acentuado en el Derecho. La confianza en un sistema de palabras, aunque ese sistema pudiera estar lejos de la realidad, parece haber sido siempre un trazo del jurista de mi mundo latino: quizás, en su momento, una confianza excesiva en un sistema de códigos; quizás, en nuestros días, una confianza desmesurada en las palabras de la Constitución.

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

Volvamos, entonces, a la pregunta fundamental: *¿debemos formar parte del proyecto de filosofía del derecho para el mundo latino propuesto por Manuel Atienza?* Si la intención de Atienza es utilizar una filosofía de corte argumentativo para ayudarnos a superar este “formalismo” en cuanto vicio, poniéndose de relieve el deber fundamentación, el lugar adecuado de la lógica, el estudio de las falacias e incluso la importancia de tener en cuenta las razones subyacentes de las normas, creo que deberíamos aceptar la propuesta. Sin embargo, el proyecto de Atienza no se destina esencialmente a este fin. El combate al “formalismo” como vicio me parece, por así decirlo, solamente un efecto colateral del proyecto. La base de la propuesta no es la contraposición entre la forma como vicio y la forma como virtud, sino más bien la contraposición entre la forma como virtud (la dimensión autoritativa del Derecho) y los valores que la práctica debe realizar, esto es, los valores de los derechos fundamentales.

Para Atienza, está claro que la “mejora de la práctica” supone una filosofía jurídica al servicio de los derechos, además de juristas comprometidos con la realización de la justicia plasmada en esos derechos, o sea, juristas comprometidos más con el valor y menos con la forma. A mi juicio, la propuesta de Atienza no es adecuada a mi mundo latino precisamente por dos razones. La primera estriba en el hecho de que su propuesta ya es, desde hace algún tiempo, el modo dominante de comprender el Derecho entre nosotros. De modo muy breve, me referí aquí a la ponderación de principios, pues se trata de una técnica ampliamente aceptada en la doctrina y en nuestros los tribunales. Pero no solamente porque se la considera una técnica simplemente útil, sino más bien porque ella forma parte de una comprensión del Derecho que hace hincapié en la centralidad de los derechos fundamentales, con el fin de alcanzar esencialmente lo que quiere Atienza: decisiones moralmente justificadas, es decir, decisiones justificadas a la luz de los derechos fundamentales; y, a la postre, decisiones casi siempre justas<sup>53</sup>.

La segunda razón por la que pienso que no debemos aceptar esta propuesta es la más importante. Me parece que, por lo que respecta a las características de mi

<sup>52</sup>DE HOLANDA, S. B. *Raíces do Brasil (...)*, Ob. Cit., pp. 163-165.

<sup>53</sup>Sobre esa concepción del Derecho (el “constitucionalismo de los derechos”), véase el capítulo II de MOREIRA, P. S. *Deferencia al legislador: la vinculación del juez a la ley en el Estado Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2019.

mundo latino, el proyecto de Atienza fracasa justo en el modo de concebir la “mejora de la práctica”. En el mundo latino de la cordialidad, si bien es esencial la práctica argumentativa, no lo es una filosofía del derecho argumentativa tal y como la entiende Atienza. Y ello porque esa filosofía implica, al parecer de modo necesario, cierta prevalencia de la dimensión valorativa del Derecho frente a la dimensión autoritativa del Derecho. Este tipo de jusfilosofía prescribe un trato más o menos dúctil a la ley y al procedimiento, en nombre del valor de los derechos, precisamente en un mundo donde la ley y el procedimiento no constituyen valores suficientemente plasmados y arraigados en la cultura de la sociedad y, en particular, en la cultura jurídica.

#### **4. CONCLUSIÓN**

Estoy convencido de que hay que tener en cuenta esos elementos si uno desea dibujar un proyecto de filosofía del derecho para esta región – Brasil o cualquier otra que pueda identificarse con la imagen de la cordialidad. Si es verdad que es posible idear una filosofía del derecho regional, que sirva al enfrentamiento de problemas muy marcados en un contexto determinado, también es verdad que esa posibilidad está condicionada a una adecuada descripción sociopolítica de este mismo contexto. Si no nos dedicamos a entender nuestro contexto – y creo que el análisis precedente constituye algo en realidad aún muy embrionario – los esfuerzos para pensar una filosofía jurídica regional pierden mucho de su sentido y relevancia. Es que si no es así, si no tomamos en serio las peculiaridades de cada uno de nuestros distintos mundos latinos, ¿de qué, al final, estamos hablando cuando pensamos en una filosofía del derecho argumentativa y centrada en la maximización de los valores de la práctica, de los derechos fundamentales?

Estamos hablando, me permito decirlo así, de algo como un sueño o una utopía. Y, para ilustrar lo que digo, también me permito acudir a una cita de un renombrado profesor de Derecho en Brasil – Luís Roberto Barroso – y que hoy, no por casualidad, es juez de nuestra Corte Suprema. Al comentar la importancia del “constitucionalismo democrático” como el ideal que nos queda, Barroso añade lo siguiente<sup>54</sup>:

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

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

Es innegable que ello supone un desplazamiento sustancial de poder político hacia la jurisdicción. Creo (y ahora no estoy en posición de justificar esa creencia), que eso ha generado en Brasil un fenómeno interesante: el personalismo que antes era propio de la política, lo que se suele llamar culto a la personalidad, quizás se haya trasladado a la jurisdicción. No sé en qué medida ello pueda ser deseable. Sin embargo, y con independencia de este comentario, me gustaría finalizar

---

<sup>54</sup>Traducción libre. BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, Saraiva, São Paulo, 2009, p. 400

rememorando una frase de Atienza con la que estoy totalmente de acuerdo: "la capacidad argumentativa de los ciudadanos es una condición necesaria para poder calificar a una sociedad de democrática".

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

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

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R. *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Trad. Manuel Atienza y Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- ATIENZA, M. "Carta sobre la ponderación", en ATIENZA, M. y GARCÍA AMADO, J.A. *Un debate sobre la ponderación*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2012.
- \_\_\_\_\_. "Cómo desenmascarar a un formalista", *Isonomía*, n. 34, Abril de 2011.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid, Ed. Trotta, 2013.
- \_\_\_\_\_. y RUIZ MANERO, J. "Dejemos atrás el positivismo jurídico", *Isonomía*, n. 27, Octubre de 2007.
- \_\_\_\_\_. "Dos versiones del constitucionalismo", *DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho*, 34, 2011.
- \_\_\_\_\_. *El Derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Podemos hacer más: otra forma de pensar el Derecho*, Madrid, Pasos Perdidos, 2013.
- \_\_\_\_\_. "Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca", *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37, 2014.
- \_\_\_\_\_. "Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino", *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, 2007.
- BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo, Saraiva, 2009.
- CARBONELL B., F. "Sobre la idea de decisión judicial correcta", *Análisi e diritto*, 2015.
- DAMATTA, R. *Carnaval, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Rocco, 1997.
- DE HOLANDA, S. B. *Raízes do Brasil*, 26 ed., São Paulo, Companhia das Letras, 2004.
- FAORO, R. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Globo, 2001.



- GEORGE, R. P. *Conscience and its enemies: confronting the dogmas of liberal secularism*, Wilimington/Delaware, ISI books, 2013.
- HABERMAS, J. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Trad. Willian Rehg. Cambrigde, The MIT Press, 1996.
- MACHADO DE ASSIS, *Papéis Avulsos*, S.1., Lombaerts & C., 1882, disponible en <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000230.pdf>.
- MOREIRA, P. S. *Deferencia al legislador: la vinculación del juez a la ley en el Estado Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2019.
- KLATT, M (ed.). *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*, New York, Oxford University Press, 2012.
- POSTEMA, Gerald J. "Jurisprudence: the sociable science", *Virginia Law Review*, v. 101, 2015.
- WALDRON, J. *Law and Disagreement*, New York, Clarendon Press, 1999.