

EL PROFESOR MANUEL ATIENZA (Crónica, comentario y entrevista)

LEANDRO MARTÍN PARRARELLA

I. INTRODUCCIÓN

Desde mediados del mes de agosto de 1993 y hasta principios de setiembre del mismo año, el profesor Manuel Atienza visitó la República Argentina con el propósito de brindar una serie de conferencias y un seminario. Aquellas se ofrecieron en las ciudades de Buenos Aires y Mar del Plata, y en Córdoba se realizó el seminario.

Desafortunadamente, sólo tuve la oportunidad de asistir a las conferencias que se efectuaron en Buenos Aires. El motivo de este trabajo, en una de sus partes, será el de reflejar las tesis y puntos de vista de Atienza expuestos en ellas. Por ello, adelante que en las mismas se referirá a los temas siguientes, a saber:

- la libertad de expresión;
- el dilema de los jueces de sentenciar ante una cuestión moral; y
- el derecho a la vida¹.

Posteriormente, el conferencista tuvo la gentileza de concederme una entrevista, en la que se exployó sobre diversos temas, referidos a los puntos tratados en sus conferencias.

¹ Estos temas los ha desarrollado en su reciente libro *Tras la Justicia*, editado por Ariel (Barcelona), y en el que presenta una introducción al Derecho sobre la base de varios casos judiciales y un caso legislativo.

Al llegar a este momento, estoy en condiciones de plantear el objeto del presente trabajo. Estructuralmente, el mismo se compondrá de cuatro partes. Debe advertir el lector, antes de introducirse en cada una de ellas, que la secuencia no tiene relación cronológica con el hecho de haber asistido, primero, a las conferencias, y luego haber entrevistado al profesor Atienza. De este modo, en la primera parte, se transcribirá la respuesta que da Atienza acerca de sus inicios en la Filosofía del Derecho. Luego, habrá una crónica sucinta de las conferencias a las que, en su momento, asistí. Es por ese motivo que sólo se plantearán (como ya dije) las tesis y puntos de vista de Atienza, de un modo descriptivo, y sin otro contenido que lo expresado por el conferencista. Después, haré un breve comentario a las conferencias. Y finalmente, el lector accederá al texto de la entrevista.

Antes de adentrarme en el desarrollo de este trabajo, es mi deber aclarar que la primera, segunda y cuarta partes fueron leídas y revisadas por el profesor Atienza. En cambio, la tercera parte (en la que efectúo los comentarios) no ha estado en las manos del entrevistado. Por lo tanto, me coloco como único responsable frente a las críticas que pudieran surgir de su lectura. Como, quizá, sea el conferencista el principal interesado en plantearlas (dado que no pudo acceder a ésta, la versión final, por su regreso a España), considero que si bien esta parte puede llegar a jugar en contra de la unidad del trabajo, el profesor Atienza debe tener la última palabra. Por esa razón, la entrevista culmina esta exposición.

No me queda más que agradecer al profesor Manuel Atienza haberse brindado cordialmente a ser entrevistado y a revisar los borradores. El mismo agradecimiento corresponde que se lo brinde a los profesores Martín Diego Farrell, Eugenio Bulygin, y Gustavo Lázaro Lipkín, quienes han aportado sus ideas esclarecedoras para un mejor planteo del trabajo.

II. EL PROFESOR MANUEL ATIENZA

LyE: —¿Cuándo comenzó a transitar el camino de la Filosofía del Derecho y debido a qué motivaciones?

M.A. —Terminé mis estudios de Licenciatura en Derecho en 1973, en la Universidad de Oviedo, España. En ese momento pude conseguir una beca y la designación de profe-

sor ayudante para empezar a hacer Filosofía del Derecho. Por diversos azares, mi tema de tesis de doctorado, cuyo tema era inicialmente "La Filosofía del Derecho en Latinoamérica", cambió, ya que noté que, entre todos los países del continente, la que más se destacaba era Argentina, por lo que reubiqué el tema de la tesis, el que finalmente fue *La Filosofía del Derecho argentina en la actualidad*, editada posteriormente por Editorial Depalma.

Entre 1973 y 1976 elaboré mi tesis doctoral, consiguiendo una beca en 1975 para visitar Argentina, conocer a los autores de los que me estaba ocupando, y recabar más material. Eso fue lo que más determinó mi vocación iusfilosófica y mis trabajos posteriores. Acabé la tesis un año después, y la leí en 1976. Desde entonces he seguido manteniendo contactos frecuentes con los exponentes de la Filosofía del Derecho argentina de las tendencias analítica y crítica. Diría que mi labor más importante fue la de servir de nexo entre ésta y la española, ya que, hasta mi viaje del '75, prácticamente no se conocía a nadie en la península, con excepción de (Carlos) Cossio. Después de él, a nadie más. En concreto, creo haber sido el primer lector español de *Normative Systems*² de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, y considero a esta obra la más importante de este siglo después de *El Concepto de Derecho*, de Herbert Hart. La situación a la que me enfrenté en el momento de encarar la tesis contrasta mucho con la actual, pues existe un intercambio constante entre Argentina y España, y la influencia de los autores analíticos argentinos en mi país es considerable.

A mi vuelta a España, continué mi carrera académica siendo profesor en las universidades de Oviedo, Valencia, Autónoma de Madrid, Alcalá de Henares, Palma de Mallorca, y, desde hace diez años, en la de Alicante, con breves interrupciones. Las mismas se deben a que he desempeñado tareas catedráticas en Alemania (un año), Milán y Harvard. En la actualidad, soy director de la revista *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, que edita la Universidad de Alicante y el Centro de Estudios Constitucionales (Madrid).

LJE: —¿Qué autores lo impresionaron por sus teorías? ¿Adhiere, total o parcialmente, a alguna de ellas? A lo mejor,

² N. del R.: Existe traducción al castellano, realizada por los mismos autores. *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Astrea, Buenos Aires, 1975.

ha tomado de cada autor lo que considera que es su mejor o más apropiada exposición. En tal caso, ¿qué partes y de qué autores?

M.A. —A lo largo del tiempo (ya llevo veinte años trabajando en Filosofía del Derecho) no han sido exactamente los mismos autores; es decir que no hay constancias importantes. A mi llegada a Argentina, traía una doble formación. De filosofía analítica, por un lado. Había estudiado Lógica en la Universidad de Oviedo, y me mantenía en contacto con lo poco que había de Filosofía analítica del Derecho en España, que era, básicamente, *El Derecho como Lenguaje*, de Juan Ramón Capella. Por otro lado, mi otra formación es de tipo sociológico, no marxista, porque nunca me he considerado tal, pero diría en la inspiración, en la tradición de pensamiento de la preocupación social, de tratar de conectar las teorías del Derecho con cuestiones sociales.

Respecto a la influencia de autores extranjeros, aparte de los argentinos, está dada por Kelsen, Hart, Ross y Bobbio que me siguen pareciendo los cuatro nombres más importantes en Filosofía del Derecho. Y la que tuve de autores españoles está dada por dos autores: Elías Díaz y Juan Ramón Capella. El primero significó el tránsito del viejo iusnaturalismo a la irrupción de las nuevas corrientes. Fui su ayudante de cátedra y luego su adjunto. Hizo una gran apertura de la Filosofía del Derecho. Mientras que a Capella lo considero el autor más creativo de la generación anterior a la mía.

III. CRÓNICA DE LAS CONFERENCIAS

En este apartado se expondrá el contenido de las conferencias que el profesor Atienza brindó en la ciudad de Buenos Aires.

1) *La libertad de expresión*

En 1985, la revista *Tiempo* anunció la llegada de cazadores de criminales de guerra nazi para atrapar al ex-jefe de los SS, León Degrelle. Este, a su vez, en una entrevista había negado la participación del Dr. Mengele en las ejecuciones masivas de judíos que se efectuaron en el campo de concentración de Auschwitz, e incluso había puesto en tela de juicio la existencia de campos de concentración.

Al leer estas declaraciones, Violeta Friedmann, ciudadana española, nieta de judíos exterminados en Auschwitz, inició una demanda contra Degrelle, el periódico y sus redactores por haber atentado contra su honor. En primera instancia, se rechazó la petición de reparación por aducirse falta de legitimación activa y por no existir daño evidente. Este mismo fallo fue confirmado en segunda instancia y por el Tribunal Supremo de Madrid.

Luogo de las tres sentencias adversas, se recurrió, mediante un amparo, al Tribunal Constitucional. Se adujo que se veían violentados dos derechos que la Constitución española protege, a saber, el de igualdad y el de tutela judicial. Así, llegaba a la máxima instancia española un caso en el que se ponían en juego dos principios, el de la libertad de expresión y el del derecho al honor. Y uno debía primar por sobre el otro.

Antes de decidir sobre la cuestión de fondo, consideró que la recurrente tenía suficiente legitimación como para incoar la demanda, porque, si bien no tenía un derecho subjetivo para hacerlo, sí poseía un interés legítimo (primera argumentación). Pero el Tribunal falló de un modo que Atienza llamaría "antiformalista", puesto que no se basó en reglas, sino en principios. Asimismo, encontró que la parte actora no había sido excluida de su derecho a la tutela judicial (también de manera antiformalista), pasando a referirse directamente al fondo de la cuestión (segundo argumento). (Es deber mencionar que estos dos argumentos fueron utilizados por las instancias anteriores para desestimar la acción.)

El Derecho que el Tribunal debería haber aplicado en ese caso tornaba dificultosa la posibilidad de lograr una sentencia a favor de la demanda que presentó Violeta Friedmann. Mas, el Tribunal Constitucional se basó en un tercer argumento, por el que falla a favor de la demandante. La razón fue que en los casos en que la libertad de expresión atenta contra individuos, debido a la discriminación o a la xenofobia de la que se encuentran impregnados los dichos, el principio del derecho al honor debe prevalecer por sobre el de la libertad de expresión.

El profesor Atienza, al igual que otros juristas españoles, critica este fallo por considerarlo una decisión equivocada. Sin embargo, la sociedad lega en Derecho lo apoyó.

El catedrático lo considera así, pues este fallo vino a trastrócar la jurisprudencia que sobre libertad de expresión existía hasta ese momento en España. Se hizo primar al derecho al honor por sobre la libertad antes mencionada, por lo que se podrían generar, con posterioridad, situaciones en las que comenzaría a prevalecer el principio del derecho al honor y no las reglas que lo tutelan de abusos a la libertad de expresión.

2) *Sentenciar ante un dilema moral: el caso de los insumisos*³

En marzo de 1992, el juez español Calvo Cabello, en contra de lo que establecía la regla, absolvió a un insumiso, en vez de condenarlo a dos años, cuatro meses y un día de prisión, como debería haber hecho.

La sociedad española adhirió al fallo, mientras se generaban críticas por parte de los juristas (como en el caso comentado anteriormente). El profesor Atienza dio las razones por las que el juez Calvo Cabello falló a favor de la absolución del insumiso. Estas eran:

I.- El deber de cumplir el servicio social sustitutorio (ya que se negaba a realizar el servicio militar) es un deber *per se*, puesto que no existe un bien jurídico protegido por el mismo. El no realizar el servicio social no es perjudicial para la sociedad como puede llegar a ser la desertión del servicio militar.

II.- La actitud del insumiso se debe a una conciencia auténtica del mismo.

III.- Además es coherente con sus principios éticos.

IV.- Su comportamiento respecto del proceso era supererogatorio, porque aceptaba la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión, la que no pensaba recurrir.

V.- Pertenecía a un grupo de desobediencia civil que actúa de modo pacífico, sin violencia.

VI.- El juez se enfrentaba a un conflicto entre la conciencia y la ley, la persona y el Estado.

Por las seis razones enumeradas anteriormente, más el hecho de que el caso configuraba un supuesto de estado de necesidad el juez decidió dejar libre, sin culpa ni cargo al insumiso, dejando de aplicar la regla pertinente.

³ Se considera insumiso a aquella persona que no oñe objeto el servicio militar, sino que también se niega a realizar la prestación social sustitutoria.

En este caso, a diferencia del anterior, el profesor Atienza apoya el fallo. Basa su posición por medio de contra-argumentos, que utiliza para rebatir los fundamentos de los que critican la sentencia. Estos son:

a) *Argumento de la universalidad*: Los contrarios a la decisión tomada alegaron, en su momento, que, tamaña decisión permitiría absolver a un universo mucho mayor que el del grupo de insumisos en cuestión, y podría ser aplicado en otros casos. El fundamento está dado porque consideran que la *ratio decidendi* es que "la conciencia prima sobre la ley".

Atienza contesta con que la *ratio* que mencionan los que critican el fallo es incompleta, pues la misma no sólo es la sexta razón de la sentencia, sino también las cinco anteriores. Con ello, se amplía la misma, restringiéndose su próxima aplicación para los casos que cumplan con los seis fundamentos de la sentencia, y no únicamente con el último.

b) *Argumento de las consecuencias*: Los críticos hablan de tres consecuencias negativas. La primera es que el fallo produciría una cierta desconfianza en el sistema, pues se pondría en peligro el gobierno de las leyes para pasar a uno de jueces. Atienza contesta señalando que el argumento del juez Calvo Cabello pretende ser jurídico, ya que parte de un principio, como es el de autonomía del individuo, y le da contenido al mismo.

La segunda consecuencia negativa es la de que este fallo implica la politización de la Justicia, a lo que Atienza refuta, mostrando que si el fallo hubiese sido de acuerdo a lo que prescribía la regla, es decir, una sentencia condenando al insumiso, existía también un compromiso político por parte del juez, en tal caso.

Por último, la tercera consecuencia era la de provocar una erosión del ejército español, al permitir la negativa del insumiso con respecto al deber de realizar su deber. A esto, Atienza contesta expresando que si existe erosión, es la de un determinado modelo de ejército, pero no al ejército como tal.

c) *Argumento de la coherencia*: La crítica se basa en que se está atentando contra el principio de legalidad y el de división de poderes. Esto se debe a que no se aplica la regla correspondiente, y a que el Poder Judicial estaría invadiendo ámbito de exclusiva competencia de los otros dos, como ser la creación de normas (el juez dejó de aplicar una norma vigente y puso en su lugar una nueva).

La respuesta de Atienza es que la decisión podría considerarse correcta porque utilizaba argumentos jurídicos, y principalmente porque se basaba en otro principio, que es el de la autonomía del individuo. Por lo tanto, prevalecía éste por encima de los dos previamente mencionados. Aparte, el profesor Atienza señala que la norma que castiga la insumisión es incoherente de por sí, ya que otros delitos de igual o mayor gravedad son castigados con penas inferiores; es decir, la norma aplicable iría en contra del principio de proporcionalidad de las penas.

d) *Argumento de la corrección*: Se critica el fallo como incorrecto desde dos puntos de vista, uno formal y otro material. La perspectiva formal sostiene que el juez aplicó mal el criterio que él mismo estableció. Mientras que el punto de vista material se basa en la incorrección del criterio aplicado por el juez.

Como complemento de estas dos posturas, Atienza desarrolló la cuestión de los casos "fáciles" y "difíciles", añadiendo los casos "trágicos", que sería un pequeño grupo de casos en los que el juez se encuentra ante varias respuestas correctas, y adoptar una de ellas implica sacrificar principios importantes del sistema jurídico.

3) *El derecho a la vida*

Cuando el profesor Atienza comenzó a referirse a este tema, hizo una breve reseña histórica al respecto. Así, distinguiendo entre quienes estaban a favor y en contra del derecho al suicidio, inició su recorrida con Aristóteles, quien negaba tal derecho por ser contrario a la unidad e integridad de la polis, partiendo de una concepción no individualista de la Moral. Continuó mencionando las posturas favorables de los estoicos y los epicúreos. Por supuesto, hizo mención de las teorías de autores cristianos como San Agustín y Santo Tomás. El primero señaló, en su momento, que el suicidio era un acto ilícito, y que sólo podía no serlo si existía un mandato divino al respecto. Mientras que Santo Tomás sostuvo que era un delito, un pecado contra uno mismo, contra la sociedad y contra Dios. Siglos después, la respuesta a esta postura llegó con *Ensayo sobre el Suicidio*, de David Hume. Este autor sostenía que el suicidio no era un acto ilícito, demostrándose su concepción individualista de la Ética. Afirmaba que el individuo tiene un deber para con la sociedad, más cuando su existencia en este mundo se torna inútil, puede ejercer su

derecho al suicidio. Finalmente, el catedrático se refirió a la postura de Immanuel Kant, para el cual, el suicidio iría en contra del imperativo categórico. El suicida incurriría en una suerte de contradicción, en cuanto con el suicidio viene a negarse a sí mismo como sujeto moral, es decir, se trata como un instrumento, no como un fin. Atienza sostuvo que, en su opinión, pueda sostenerse una ética de impronta básicamente kantiana, pero que, sin embargo, no considere ilícito al suicidio, al menos en ciertas circunstancias⁴.

Luego de esta introducción, el profesor Atienza comienza a analizar el caso de un grupo terrorista, los GRAPO. Este comando había sido neutralizado, juzgado y condenado, e inició una huelga de hambre en protesta de la política del gobierno español que trataba de dispersarlos en distintos centros penitenciarios para facilitar así su posible reinserción social. Así, al mes y medio, los síntomas de debilitación se hicieron más graves, por lo que se puso a decisión de los jueces de Vigilancia si la Administración Penitenciaria podía alimentar a los huelguistas en contra de su voluntad. Las posturas al respecto fueron dos, a la que Atienza añadió una tercera, a saber: los jueces de tinte conservador resolvieron a favor de la obligación de alimentar si existe riesgo para su salud; los enrolados en el progresismo sostuvieron la necesidad de alimentar a los terroristas una vez que éstos hubieran perdido el conocimiento; y la postura de Atienza es la de no alimentar en ningún caso.

Los jueces que adoptaron la primera decisión se basaron en el Derecho natural, en argumentos abstractos y constitucionales. Algunos mencionaron que los GRAPO realizaron un "abuso de derecho fundamental", pues la huelga de hambre no buscaba el suicidio, sino el cambio de las políticas gubernamentales con respecto a ellos. Por lo tanto, no había un fin lícito en dicha huelga.

La postura progresista fundamentó su decisión en el hecho de que, en estado de inconciencia, no hay voluntad, por lo que no se presenta un conflicto entre la vida de los GRAPO y la autonomía de decidir de los mismos.

Finalmente, lo que propone Atienza se afirma en tres argumentos: a) el paternalismo injustificado que significa alimentar a individuos que fueron libres en el momento de deci-

⁴ N. del R.: Tales circunstancias estarían dadas por el hecho de la "no necesidad" de la existencia del individuo en este mundo.

dir comenzar la huelga de hambre; b) el hecho de que nos enfrentamos a un derecho multifacético, que implica tanto el derecho a vivir, como el derecho a morir; y c) la idea, sostenida por Dworkin, de que "tener un derecho" significa algo así como tener un "tiempo" en la mano, de manera que en Derecho no puede limitarse simplemente porque su ejercicio frustre o dificulte la realización de objetivos gubernamentales.

Por último, el caso llegó al Tribunal Constitucional de España, que adoptó la primera de las posturas señaladas. Su fallo se basó en tres razones: la primera, que el derecho a la vida no implica el de morir; la segunda, que se perseguía un fin no lícito; y la tercera, la existencia de una relación especial de sujeción entre los reos y la Administración Penitenciaria.

La respuesta de Atienza a estos fundamentos es la siguiente: respecto del tercero, menciona que el hecho de que se encuentren privados de ciertos derechos, como el de la libertad de locomoción, no conlleva necesariamente al "descenso" de categoría del individuo.

Con referencia al segundo fundamento, el catedrático desecha la posibilidad de hablarse de "abuso de derecho fundamental", porque en su opinión, ello implica una concepción inaceptable de lo que significa "tener un derecho fundamental o básico".

Finalmente, respecto del primer argumento, Atienza realza diferencias. La primera, basándose en Hohfeld. En un abanico de tres posibilidades, considera que el derecho a la vida puede verse como una libertad positiva, como una libertad negativa, o como un simple privilegio. En su opinión, el derecho a la vida debería configurarse como una libertad positiva, lo que significa que el Estado debe poner los medios que permitan a los individuos mantener su vida, pero no puede obligarse a vivir. No consiente en tomarlo como una libertad negativa, ya que se plantearía como un deber jurídico que no puede ser incumplido. Asimismo, tampoco lo considera un simple privilegio, ya que sería una ventaja especial o peculiar.

Luego efectúa una segunda diferenciación en base a lo que puede significar inalienabilidad del derecho a la vida, aceptando que el mismo en cuanto tal sí que es inalienable, pero no así —no siempre— su ejercicio. Es decir, se puede sostener al mismo tiempo que se tiene derecho a morir, aunque uno no pueda, *v. gr.*, disponer de su vida a favor de terceros.

IV. COMENTARIO A LAS CONFERENCIAS

El planteo de este comentario no será el de un detallado análisis de lo dicho por el conferencista, respecto de sus tesis (críticas o no a los casos que estudia e interpreta). Sólo me referiré a aspectos puntuales de las mismas en los momentos que crea necesario abundar en ellos.

El contenido de los dichos del profesor Manuel Atienza señalan, desde mi punto de vista, la influencia que ha tenido la teoría de Ronald Dworkin en el pensamiento de varios autores contemporáneos prestigiosos. Sólo he mencionado el vocablo "influencia", sin incorporarle un contenido valioso o disvalioso. Podría adelantar que considero que el conferencista estaría interesado en llegar a una meta distinta a la que arriba el autor de *Los Derechos en Serio y El Imperio de la Justicia*⁶ partiendo de situaciones similares o idénticas.

La crítica que desliza Dworkin⁷ en sus dos obras, está dirigida a lo que denomina el "positivismo legal". Esta tesis, dice Dworkin, es conservadora y se contenta con resolver cuestiones tales como conocer qué encierran conceptos como obligación, deber, derecho, y cuándo deben ser utilizados, ignorándolos simplemente, dado que esta corriente del positivismo los considera como mitos inventados por los abogados, "como resultado de una funesta mezcla de motivos conscientes y subconscientes"⁸.

Para ello, retoma la estrategia teórica de su predecesor, Herbert L. A. Hart, y, en especial, las tesis de este último sobre la existencia de "pautas o criterios de conducta separados" que trabaja en el capítulo 7 de *El Concepto de Derecho*, su distinción entre "verse obligado a..." y "tener una obligación de...", y, por último, la utilización de la regla de reconocimiento como alternativa a las posturas que entienden que una regla menor del sistema depende de su derivación de otra superior, incorporando el criterio subordinado para darle validez a prácticas que después serán cristalizadas en sentencias⁹.

⁶ Dworkin, Ronald: *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona, España, 1984 (*Taking Rights Seriously*, Londres, 1977, trad. Marta Guastavini); *El Imperio de la Justicia*, Gedisa, Barcelona, España, 1988 (*Law's Empire*, Cambridge, 1986, trad. Claudia Ferrari).

⁷ Dworkin, *Los Derechos...* cit., p. 82.

⁹ Hart, Herbert L. A., *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, trad. Genaro R. Carriz. (*The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961).

Estas tres estrategias son iteradas por su discípulo (Dworkin), de modo tal que, a la primera la llama estándares. De igual manera, a la segunda dice, respectivamente, "tener por norma..." y "tomar por norma o costumbre...", implicando la primera un hábito, y la segunda una regla. Finalmente, y respecto de la tercera tesis del profesor Hart, presenta su concepción sobre la discreción, donde elimina su sentido fuerte, sosteniendo que alguna dimensión de la moralidad es la pauta que el juez toma por norma (regla) para aplicar en los casos difíciles. (Todo este desarrollo se puede encontrar en "El modelo de las normas [I]").

Por lo tanto, para Dworkin, la existencia de estándares normativos que no son normas complementan el sistema jurídico sí, y sólo sí, no hay reglas sociales identificables por la regla de reconocimiento, que hagan a la decisión del caso en términos que no impliquen la clausura del caso o su decisión conservadora.

La incorporación de principios no reconocibles por la regla social compleja no les quita status normativo. Así, el paso de la existencia del principio moral incorporado al Derecho está garantizado, no por un tener por norma (hábito), sino por un tomar por norma o costumbre. Hace referencia a que el juez "debe", "tiene que" fallar de acuerdo al principio.

Por ende, según Dworkin, el concepto de Derecho hartiano es insuficiente para ofrecer una correcta descripción sistémica del Derecho. Por ello concluye que toda tesis positivista es tautológica, circular, no da cuenta de otra dimensión fundamentatoria del discurso jurídico, oscurece deliberadamente los derechos de los ciudadanos, es sociológica.

La solución que propone a este supuesto problema es la de incorporar dichos principios explicando el derecho como una unión de reglas primarias, secundarias (la regla de reconocimiento de Hart entre ellas) y principios jurídicos que no son normas. De este modo, la moralidad íntegra (siempre según Dworkin) el concepto de Derecho.

Por lo tanto, entre los estándares que no funcionan como normas encontramos a la directriz política (que propone un objetivo a ser alcanzado), y al principio propiamente dicho (en el sentido de exigencia de la justicia, la equidad o alguna dimensión de la moralidad). A ambos tipos de principios los

* Dworkin, R., *Los Derechos...* cit., ps. 61 y sigs.

diferencia de las normas jurídicas, puesto que estas últimas son aplicables a la manera de disyuntivas. Es decir, son atinentes al caso, o no lo son. En cambio, los principios discurren en una sola dirección, sin exigir una decisión particular; no se establece cuándo deben ser aplicados. Dworkin, de este modo afirma que si se presenta un caso en el que es susceptible su aplicación, los jueces deben tenerlo en cuenta como criterio para decidir. Lo que distingue a los principios de las normas jurídicas es que éstas no poseen una dimensión que sí tienen los primeros: la dimensión del peso o importancia. Esto implica que, en los casos en que dos o más principios entren en conflicto, la resolución del caso deberá tomarse teniendo en cuenta el peso relativo de cada uno de ellos. Y luego de la decisión, los principios que intervinieron en la disputa continúan existiendo.

Esto no ocurre en el ámbito de las normas jurídicas, ya que, ante un conflicto entre ellas, una deberá dejar de existir, puesto que no es válida. Pueden existir distintos niveles entre las normas, pero una controversia entre ellas significa instantáneamente la validez de sólo una de ellas.

Así, Dworkin llega a preguntarse qué postura toma el juez ante los casos difíciles: ¿decide tomando a los principios como considera a las normas?; ¿o falla aplicando principios extra-jurídicos? Esto lo lleva a la segunda tesis expresada anteriormente. Y de aquí parte su crítica a la discreción.

Piensa que el término discreción puede ser considerado desde tres perspectivas: dos débiles y una fuerte. Discreción en un primer sentido débil implica que la decisión debe ser tomada con discernimiento por parte del órgano decisor. El segundo sentido débil conlleva la facultad de que ese órgano sea el último en decidir, sin una nueva revisión posible. Estos dos sentidos se consideran débiles puesto que se encuentran limitados por normas. En cambio, cuando Dworkin plantea el sentido fuerte de la palabra discreción, dice que el juez no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión. Es decir, ni hay normas que limitan a la discreción, ni hay autoridad superior que imponga los límites.

Para Dworkin, los positivistas, en algunos casos (dificiles) utilizan la discreción en sentido fuerte, y no sólo en el primer sentido débil (juicio), como argumentan éstos. De ello sigue que, en esas circunstancias, el juez estaría creando normas y aplicándolas retroactivamente. Por lo tanto, concluye

que la estrategia de Hart, para soslayar tal situación (sólo aplicable cuando el sistema contiene alguna regla que prohíba la retroactividad) es falsa por dos motivos: el primero, que los jueces no son el órgano competente para hacerlo y el segundo, que nada puede ser y no ser al mismo tiempo cuando se permite la retroactividad y se la prohíbe a la vez.

Tal cosa sólo puede soslayarse, si los positivistas reconocieran que en los casos difíciles aplican de algún modo los principios, considerados como estándares que no son normas y pertenecen a alguna dimensión de la moralidad.

De lo sintetizado hasta aquí, se sigue que para Dworkin no existe la distinción positivista entre el Derecho que es y el que debe ser o entre Derecho y Moral. Su visión es que es correcta la tesis de Hart, hasta tanto se aplique la norma sin que ello represente una solución conservadora o de clausura del caso, lo que resulta incompatible con una tesis de derechos⁹.

De ahora en más, me abocaré a cuestiones puntuales en cada uno de los fallos a los que el conferencista se refirió.

Partamos de la base de que Atienza critica dos de los tres fallos: los referidos al derecho de expresión y al derecho a la vida; y concuerda con la decisión del juez Calvo Cabello respecto a los insumisos. Mi postura con referencia a los mismos es que las tres decisiones judiciales analizadas por Atienza pueden ser mejor enfocadas desde otro punto de vista. Con esto quiero decir que coincido con el conferencista en criticar los dos fallos del Tribunal Constitucional español que presenté, pero tal vez no plenamente con el contenido de las críticas. Respecto al dilema de los jueces de fallar ante una cuestión moral, lo trataré luego de señalar las diferencias y similitudes que, humildemente, tengo con el profesor Atienza.

En el caso "Violeta Friedmann", considero que el Tribunal Constitucional encontró un conflicto de principios que no era tal. Con esto quiero significar que, lo que señala Dworkin en "El modelo de las normas (I)" no sucede. Esto es, no existen dos principios que compitan en peso e importancia, y que obligue al decisor a optar por uno de ellos. Las expresiones de Degrelle, en este caso, fueron negando la participación

⁹ Dworkin, Ronald, "La justicia y los derechos", en *Los Derechos en Serie*, Capítulo VI.

de Mengele en ejecuciones masivas, y luego, la existencia misma de los campos de concentración donde se efectuaron las mismas. No hubo expresión alguna de xenofobia o discriminación. Y si la hubiera habido, ¿habría conflicto de dos principios (el de la libertad de expresión y el de derecho al honor)?, tampoco. La decisión, en este caso, sí habría sido la apropiada, dado que se habría configurado un daño, el que debería ser reparado.

Por lo tanto, haber dejado de lado la legislación que correspondía aplicar al caso, en el que no se produjo perjuicio alguno, y decidir en función de principios que informan normas que lo tienen como respuesta, hizo, como expresó Atienza: "trastocar la jurisprudencia" que, al respecto, existía en España. Considero que no sólo este caso implicaría un cambio en el modo de decidir, sino directamente uno en la regla misma.

El caso de los GRAPO señala otra crítica de Atienza a las decisiones del Tribunal Constitucional de España. Aquí, se dirige al contenido de la sentencia misma, el cual, sin duda alguna, es conservador. Pensar que el derecho a la vida no implica el de morir, significa encontrar un texto jurídico que prescriba, v. gr., "todo hombre tiene derecho a vivir, mientras el Estado o las propias condiciones naturales lo permitan". Como no existe una norma jurídica de este tipo, el derecho de vivir tiene ínsito el de morir. Sino, como indica W. N. Hohfeld¹⁰, todo derecho tiene como correlato un deber. Es decir, si uno se suicida, va en contra de la obligación, según Hohfeld, que es correlato del derecho de vivir.

Es por este motivo que este caso es uno en el que se plantea una postura paternalista del Estado. Atienza la califica de "injustificada", considerando justificado, v. gr., que el Estado obligue al conductor y acompañantes de un automóvil a utilizar el cinturón de seguridad. Para Atienza, el calificativo de "justificado" conlleva la obligación del Estado de permitir que los individuos ejerciten su derecho de vivir. Me inclino a pensar que la actitud del policía que multa a un conductor por no cumplir con esta obligación es también injustificada, ya que el individuo (adulto) que viaja en un automóvil conoce, o debería conocer, los riesgos de no ajustarse el cinturón de seguridad. Por consiguiente, si decide no ponérselo, la su-

¹⁰ Hohfeld, Wesley N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, México, 1962 (*Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning*, Connecticut, 1913).

ya fue una decisión libre, e ir en contra de la misma castigándola, implica una postura paternalista injustificada, y podría llegar a considerarse una medida conservadora del mismo modo. Entonces, todas las medidas paternalistas, desde mi punto de vista, serían injustificadas.

No obstante esta diferencia respecto de uno de los argumentos del conferencista respecto al derecho a morir de los GRAPO, con la respectiva obligación de no alimentarlos, no conlleva una diferencia referida a las críticas que esta sentencia despierta. Así, coincido de un modo completo con la distinción entre derecho moral (al que llamaría ventaja) y Derecho jurídico que se plantea como respuesta al segundo fundamento de la decisión del Tribunal Constitucional.

Ahora corresponde que exponga mi crítica a las decisiones del juez Calvo Cabello respecto al caso del insumiso, y también a los fundamentos que da Atienza para aprobarla. Pero antes voy a sintetizar lo que, a mi entender, traen implícitamente las críticas del conferencista a las dos sentencias anteriormente tratadas.

Como dije al comenzar esta tercera parte, creo que existe una influencia de Ronald Dworkin sobre valiosos autores actuales. Y pienso que el profesor Atienza la ha experimentado. Como consecuencia, y según lo que puedo verificar, el conferencista intenta dar solución a los problemas que plantea el norteamericano de modo diferente a éste. De esta forma escinde (o trata de hacerlo) los derechos morales de los jurídicos, como correspondientes a diversos órdenes normativos. Dworkin, en cambio, plantea su equivalencia en *Los Derechos en Serie*¹¹.

Sin embargo, y mi crítica apunta hacia ese punto en este fallo, si bien (según propias palabras de Atienza) adopta un modelo diferenciador de reglas y principios jurídicos como el de Dworkin, creo que no logra demostrar las distintas posturas de los autores.

Yendo al fallo que Atienza aprueba, y al que considero equivocado, si se tiene presente la *ratio decidendi* del mismo que sostiene el conferencista, ésta consiste en la creación de una nueva regla. Por lo tanto, si se dice que el juez Calvo Cabello falló según las seis razones expuestas y el hecho de enfrentarse (el insumiso) ante un estado de necesidad, y por

¹¹ Dworkin, R., *op. cit.*, ps. 276 y sigs.

esos motivos lo absolvió —estando vigente una legislación que imponía penas de prisión— nos encontramos ante dos posibles soluciones, desde mi óptica personal. Considerar que el juez ha creado una nueva regla de aplicación retroactiva, lo que Dworkin critica al referirse a la discreción judicial en "El modelo de normas (I)", o sostener que Calvo Cabello decidió en función a principios.

Y aquí volvemos a la cuestión de si existía o no un conflicto entre principios. Considero como en el primer caso que no es así. Lo que Atienza señala es que en este caso particular, la regla jurídica iría en contra del principio de proporcionalidad de las penas, por lo que este último debería prevalecer. Pero si esto fuera así, implicaría otorgarle a la norma jurídica un contenido de verdad. Y no coincido con esta posibilidad.

Quizá, la decisión del juez Calvo Cabello, que consideró al insumiso en una situación de estado de necesidad, haya sido paternalista (e injustificada). El insumiso aceptaba la imposición de la pena, y era libre de hacerlo en ese momento, pues actuaba en consonancia con sus principios éticos. Puede pensarse que no quiso aplicar la norma jurídica vigente por no causar un daño. Pero si el que lo iba a sufrir, estaba de acuerdo con ello, ¿por qué debería dejar de aplicársele?

Llegado este punto se plantea una duda, cuyo análisis y respuesta tentativa exceden los límites del trabajo. Lo único posible es plantear el problema. El mismo estaría dado por la dicotomía que sigue: o el juez puede crear normas jurídicas retroactivas¹², o considera que falló de acuerdo a principios (que en este caso no serían aplicables ni competirían entre sí, desde mi punto de vista).

Es por todo este desarrollo, y a modo de reflexión final de este comentario, que creo que el profesor Atienza, como dije al inicio, trata de llegar a objetivos distintos de los que plantea Dworkin, partiendo de un mismo punto. Así, creo observar que, por su formación (por él reconocida y señalada en la segunda parte de este trabajo), se situaría en una franja intermedia entre el positivismo de Hart y el neo-iusnaturalismo de Dworkin.

¹² N. del R.: En este caso no puede decirse que el juez convalidó una costumbre que se consideraba regla por el grueso de la población, por más que ésta apoyara la decisión en esta situación particular, y por cierto, muy especial.

Ya nada me queda por agregar, sino mi entera responsabilidad por lo que aquí queda expresado. Por ello, corresponde ahora que el lector conozca el pensamiento del profesor Manuel Atienza.

V. ENTREVISTA AL PROFESOR MANUEL ATIENZA

LyE: —Mencionó al comenzar su ciclo de conferencias que Argentina es la primera potencia en Filosofía del Derecho. ¿En qué fundamenta su afirmación, que nos enorgullece por otro lado?

M.A. —Primero, en un juicio personal. Mi visita a Argentina me permitió conocer a autores que me impresionaron mucho, que me parecen importantes, y que traté de incorporarlos a mi pensamiento. Dentro de la Filosofía Analítica había, y sigue habiendo, dos grupos. Uno era el de los partidarios del análisis formal, de la utilización de la Lógica. De ahí, los nombres más importantes son Alchourrón y Bulygin. Son autores clásicos del siglo xx en Filosofía del Derecho. Considero que Alchourrón es la máxima autoridad mundial en Lógica Deontica, pues se constata en congresos de la materia, en donde se ve que cuando habla, los demás callan. Verdaderamente se le reconoce autoridad.

Por lo que se refiere a la Analítica a partir del lenguaje, no debo dejar de mencionar a Genaro Carrió, autor de algunas obras, diría, realmente maestras de Teoría del Derecho en esa tendencia. Tiene un impecable estilo literario, mostrando una mayor sensibilidad hacia las cuestiones sociales, de derechos humanos, ética, entre otros temas. Otros autores que considero importantes son Vernengo y Ernesto Garzón Valdez, que vive en Alemania desde 1974, con el que mantengo frecuente contacto.

Y en los últimos quince años, Nino ha ido afirmándose. Me parece que su libro *Ética y Derechos Humanos* marca la dirección más interesante de ética jurídica. Este autor ha hecho algo que otros no han logrado en Filosofía del Derecho, que es elaborar tanto una teoría del Derecho, como una teoría ética y una teoría política. Por otro lado, ha evolucionado desde el paradigma analítico hacia una concepción que está próxima, según veo, a la de Habermas, pero la metodología es analítica, lo que le da mayor claridad. Hoy me siento particu-

larmente próximo a sus tesis. Lo único que, quizá, podría reprochársele es el hecho de no haber integrado la tradición marxista, en un sentido amplio.

Con todo, todos estos autores forman, en su conjunto, un cuerpo de Filosofía del Derecho que, creo, no tiene parangón en el ámbito internacional.

LyE: —También se refirió a Hart como punto de inflexión entre un "antes de Hart", donde ubicó a Kelsen, y un "después de Hart", en donde se encuentran Alchourrón y Bulygin. ¿Por qué? ¿Qué opinión le merecen los desarrollos teóricos de los autores mencionados?

*M.A. —*Como ya mencioné, las teorías más importantes de este siglo serían la de Kelsen, la de Ross, la de Hart, la de Bobbio, y luego, la de Alchourrón y Bulygin. Pero seguramente, si tuviera que elegir un libro del siglo XX, quizás *El Concepto de Derecho*, de Hart, me parece la obra más "redonda", el libro más clásico desde su estructura, la amplitud de los temas que trata. Lamentablemente, Hart ha fallecido en diciembre pasado¹³. A diferencia de *Normative Systems*, que desarrolla unilateralmente un tema, en Hart no hay sólo una teoría del Derecho (vista desde la óptica social), sino también una teoría de la Justicia.

Sobre Kelsen, recuerdo una frase de Juan Ramón Capella que escribió en un homenaje a este autor. Decía que "si los demás vemos más allá de Kelsen, es porque estamos montados sobre sus hombros". Es un autor clásico, es imprescindible en la Filosofía del Derecho. Por cierto, el hecho de que Gioja lo tomase como la referencia fundamental, y adoptase una obra de Kelsen como libro de texto durante muchos años para los estudiantes de Derecho en la Universidad de Buenos Aires, tiene muchísimo que ver con el desarrollo posterior y el esplendor de la Filosofía del Derecho en Argentina.

Diríamos que hoy nadie es kelseniano, o, por lo menos, nadie lo es en un sentido estricto. Pero no se puede prescindir de él. Esto es lo que define a un autor como clásico. Kelsen es interesante incluso cuando se equivoca. Diría que en todas —o en casi todas— las cuestiones del Derecho se equivocó. Pero aún así es un punto de referencia inevitable.

LyE: —Reglas y principios no son lo mismo. ¿Cómo los diferenciaría?

¹³ N. del R.: El entrevistado se refiere a diciembre de 1993.

M.A. —Con Juan Ruiz Manero estamos empeñados con un proyecto de desarrollar una Teoría General del Derecho, donde uno de los capítulos concluidos se refiere a este tema. Proponemos una triple diferenciación entre reglas y principios, dentro del género común de las normas. Dentro de los principios manejamos la distinción dworkiana entre principios en sentido estricto, es decir, pautas de carácter fundamentalmente moral, y directrices, lo que él llama *polícías*, que son objetivos de tipo social, económico, etcétera.

La primera diferenciación está dada por un punto de vista estructural. Así, lo que caracteriza a los principios, en relación con las reglas, es que las condiciones de aplicación de aquellos están dados en forma abierta. Mientras que las reglas tienen condiciones cerradas. Esto significa que, por ejemplo, las condiciones de aplicación del principio de igualdad del artículo 10 de la Constitución española implica la posibilidad de utilizarlo en casos de discriminación, entre otros. En tanto que, a su vez, existen reglas que prohíben la discriminación en las que se detallan en qué situaciones el juez deberá aplicarlas.

La segunda perspectiva es de tipo funcional, donde se ve a las normas como razones para la acción. Vistas así, consideramos que las reglas son razones perentorias e independientes de contenido, lo que quiere decir que dan una razón de primer orden para hacer algo (lo que establece la regla), y además una de segundo orden, para no introducir en el balance de razones otro tipo de consideraciones. Es decir, esta clase de razones es, como dice Raz, excluyente. Mientras que los principios son sencillamente razones de primer orden, dan una razón en favor de una decisión, pero esa decisión debe ser ponderada en favor de otras provenientes de otros principios.

Finalmente, desde el punto de vista de las conexiones sociales y con el poder, la diferencia estaría en que las reglas acotan espacios de poder, intereses para los individuos. Nos permiten que desarrollemos nuestros planes de vida, sin considerar los de los demás. Por lo que se refiere a las directrices, estas marcan la deseabilidad de conseguir intereses sociales; y los principios son, básicamente, restricciones a la persecución de los mismos.

LyE. —*En las dos primeras conferencias, Ud. deslizó la idea de que las sentencias dictadas partiendo de principios, eran apoyadas por la mayoría lega de la sociedad española, y criticadas por los juristas. ¿Qué motivo justificaría tal situación?*

M.A. —No necesariamente, pero a veces ocurre: en los casos difíciles, los principios juegan un papel muy importante. Sin embargo, la decisión de un caso no puede hacerse únicamente de acuerdo a ellos, sino que su utilización da lugar a reglas. Cuando se tiene la *ratio decidendi*, se tiene la regla. En ese momento, tendríamos la operación última de subseunción. Pero, en el caso de los principios, la situación se amplía en cuanto a que hay dos pasos. No sólo está el problema de la subseunción, sino que previamente está el de la configuración de la regla, que luego va a funcionar como premisa mayor, a partir de los principios.

Apoyarse en consideraciones de tipo moral, a través de los principios, pone generalmente en riesgo al principio de seguridad jurídica. Eso hace que muchas veces los juristas prefieran decisiones, digamos, injustas o menos correctas, con tal de no poner en riesgo este principio. Probablemente, los legos son más libres en cuanto se sienten menos vinculados por ese aspecto. No quiero decir que sea mejor siempre tomar decisiones más libres o poner en riesgo la seguridad jurídica. Digo que este principio, como todos en el Derecho, no tiene un carácter absoluto, por lo que debe ponderarse en relación con otros valores o principios en presencia, y a veces puede estar justificada una cierta merma de la seguridad jurídica, si a cambio se logran valores importantes, como la autonomía, la igualdad, etcétera.

LyE: —Cuando se refirió al caso del insumiso, proporcionó una clasificación ampliada de los tipos de casos, agregando a los "fáciles" y "difíciles", la categoría de "trágicos". ¿Cómo son estas categorías? ¿Existe algún dilema para el juez en estos casos? ¿En cuáles? ¿Qué debe realizar entonces?

M.A. —Una de las discusiones de la Teoría del Derecho actual es, precisamente, la cuestión que planteó Dworkin, de si existe una única respuesta correcta para cada caso jurídico. Este autor sostiene que así es, que un juez Hércules sería capaz de hallar esa decisión correcta, o debería hacerlo. En cambio, otros autores, diría la mayoría, piensan lo contrario; que habría, para un mismo problema jurídico, diversas decisiones acertadas. Esto es, fallos justificables en términos de ordenamiento jurídico. Pero queda fuera de esta discusión la posibilidad de que existan otros casos en donde no haya ninguna respuesta correcta.

Quiero decir que la distinción habitual entre casos "fáciles", en donde hay una única respuesta correcta, y casos "difí-

ciles", donde hay más de una respuesta correcta, debería enriquecerse añadiendo un nuevo miembro. En mi opinión, en el Derecho, al menos de vez en cuando, nos encontramos con situaciones en donde no hay ninguna respuesta correcta, en el sentido de que, cualquiera sea la decisión a tomar, el juez está sacrificando principios o valores fundamentales del sistema jurídico, y a eso es a lo que llamo caso "trágico".

El caso de los insumisos en España pone a los jueces en un dilema. No ante una simple alternativa, en donde se trata simplemente de optar, sino ante un dilema en donde los dos cuernos (absolver o condenar) plantean problemas morales. Concretamente, implica vulnerar algún principio básico del ordenamiento jurídico español.

No quiero decir que sean frecuentes estas situaciones. Si lo fuesen, significaría que el sistema está en una situación absolutamente inestable, caótica, que va a dejar de existir, o que va a cambiar. Considero que en estos casos no sirven ya las pautas de racionalidad jurídico-formal en sentido estricto, y hay que utilizar otras pautas, que llamaría, de razonabilidad, en donde juegue un papel el razonamiento de tipo ético y la noción de consenso.

LyE: —Por último. En la última conferencia surgió una polémica: ¿se puede hablar de derechos morales y derechos jurídicos? ¿Se puede tomar una postura positivista si se afirma la existencia de los primeros?

M.A. — Mi respuesta es que sí a las dos. Se puede hablar de "derechos morales", y creo que no entraña ningún tipo de dificultad ni de confusión. Si uno es cuidadoso en mostrar, como trato de hacer, que cuando uno habla de derechos morales, la noción de Derecho está referida a un sistema moral, con principios y normas morales, sin confundirse con el Derecho positivo. Por ejemplo, en una dictadura, los ciudadanos tienen el Derecho moral a expresarse libremente. No quiero decir, naturalmente, que esos ciudadanos puedan ir a un juez y hacer valer su pretensión. Lo único que quiero decir es que esta conducta está justificada desde el punto de vista de las normas y principios. En este sentido, como la distinción permite seguir separando el Derecho de la Moral, y se supone que ésta es la característica fundamental del positivismo jurídico, creo que no hay ninguna dificultad para ser positivista jurídico y hablar también de derechos morales. Claro, siempre y cuando sea un positivista metodológico, y no uno ideológico.