

Manuel Atienza. 2017.
Filosofía del derecho y transformación social.
Trotta

Felipe de la Mata Pizaña (México)*
Arturo Ramos Sobarzo (México)**

Seremos capaces de bailar por nuestra cuenta.
Seremos capaces de bailar.
Seremos capaces de pensar por nuestra cuenta.
Seremos capaces de pensar.
“El fin de la infancia”, Café Tacuba

*Acerca del autor y algunas influencias
en la justicia electoral*

Al margen de las muchas simpatías y críticas que genera su pensamiento, Manuel Atienza es, indudablemente, una de las figuras más influyentes en el campo de la filosofía y la teoría del derecho en español, no solo en su país, sino en toda Iberoamérica.

Su nombre se vincula con la argumentación jurídica como disciplina; su quehacer académico le ha otorgado a esta verdaderas condiciones de una disciplina jurídica independiente. Así, desde tierra alicantina, su pensamiento ha dejado profunda huella en esta materia mediante el impor-

* Magistrado de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Doctor en Derecho por la Universidad Castilla La Mancha. Abogado por la Escuela Libre de Derecho. Autor jurídico. fdelamata.pizana@te.gob.mx.

** Abogado por la Escuela Libre de Derecho. Estudió Derecho Constitucional en la Universidad de Pisa. Catedrático de Derecho Electoral. Autor de *La constitucionalidad de las candidaturas independientes*. arturo.ramos@te.gob.mx.

tante máster de la Universidad de Alicante que lleva el mismo nombre que su obra *Curso de argumentación jurídica*, editada por Trotta, la cual está dirigida a los estudiantes de ese posgrado. Dicho máster, el gran proyecto de Atienza, ha significado una fama extendida y acumulada a lo largo de varios años. Son ya muchas generaciones las que lo han cursado.

En esa línea, su obra ha tenido particular resonancia en algunos temas de la justicia electoral mexicana. Textos suyos tuvieron una repercusión primordial como guías conceptuales, específicamente su libro *Ílícitos atípicos*, en el cual se formulan conceptos como fraude a la ley y abuso de derecho, que fueron importantes para resolver los problemas de la doble afiliación. En efecto, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) determinó que aquellas personas morales que tenían la intención de constituirse como partidos políticos no podían registrar a una misma persona en dos o más organizaciones políticas, porque tales instituciones estaban cumpliendo artificialmente con el número mínimo de personas para satisfacer el requisito legal.¹

Ello se consideró un abuso de derecho y un fraude a la ley, pues a partir de un acto claramente lícito (participar en la política mediante la asociación para crear un partido) se estaba llevando a cabo un ilícito de forma atípica, ya que se acreditaba artificialmente el requisito del número mínimo de afiliados. Se consideró que, además de incumplir con el número efectivo de afiliados (pues, en realidad, eran las mismas cédulas o credenciales para votar compartidas entre diversas personas morales que aspiraban a ser partidos), era impracticable que un ciudadano o una ciudadana pudiera ejercer sus derechos políticos en dos entidades, porque, además del posible incumplimiento de normas partidarias, el tiempo de la vida moderna no haría del todo viable ese propósito. Tampoco habría congruencia en que el ideario político se compartiera con más de una organización. Este asunto representó una complejidad especial si se considera que se trataba de determinar los alcances de un derecho político.

¹ Un ejemplo de ello es la sentencia SUP-JDC-90/2002.

De esta manera, los conceptos fraude a la ley y abuso de derecho fueron utilizados con el propósito de resolver un determinado conflicto, en este caso, de carácter político-electoral. La determinación final fue que la afiliación de una persona solo se contaría una vez; la manifestada posteriormente sería la que prevalecería.

Por otro lado, a partir de Atienza se conoce de una mejor forma el modelo argumentativo de Toulmin; de ahí que no fuera raro que, en un periodo importante, la Sala Superior empleara dicho esquema en la hechura de sentencias del Tribunal Electoral como una manera de impartir justicia.

Así, es palpable una clara referencia de cómo es posible que determinada obra de la teoría o filosofía del derecho² tenga importantes implicaciones prácticas. Desde el TEPJF, es pertinente destacar este fenómeno el día de hoy, sobre todo por el gran postulado que involucra la obra reseñada.

Como se verá a continuación, la enorme pretensión del libro resulta idónea si se tiene en cuenta que se han cumplido 100 años de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, un texto fundamental que, por demás, aspiraba a lograr una profunda transformación social.

Por otra parte, una huella reconocible en este medio relativa a un tema importante para Atienza ha sido la ética judicial. Con la autoría de Rodolfo Luis Vigo y Manuel Atienza, a la elaboración del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial (aspecto que es abordado en el capítulo noveno del libro) le siguieron diversos países en la publicación de sus códigos deontológicos. El Tribunal Electoral emitió en su momento su código de ética, el cual resultaba particularmente importante si se considera que se deben maximizar principios como el de imparcialidad y el de independencia en un ámbito tan complejo y difícil como la materia electoral.

Son muchas las aportaciones e incidencias de Atienza y, al margen de estar de acuerdo o no con todas ellas, es innegable el notable impacto que han tenido en la justicia electoral nacional.

² No se tratarán en estas páginas las profundas diferencias que autores como Norberto Bobbio han vertido al respecto.

Acerca de la obra reseñada

El último libro de Atienza, *Filosofía del derecho y transformación social*, es una ambiciosa obra que pretende establecer la nada fácil empresa de sentar las bases de una nueva corriente iusfilosófica. Una vez terminada esta titánica apuesta, junto con la consolidación de la argumentación jurídica como disciplina, será un importante legado del autor para analizar. De hecho, como él mismo lo afirma, esta obra es un tanto la continuación de *Curso de argumentación jurídica*.

En tal sentido, el libro establece como mira una nueva ruta en que se puede ubicar la filosofía del derecho. Su apuesta se dirige a hacer del derecho un verdadero artefacto de cambio o transformación social. En esa tesitura, su definición de teoría del derecho no se circunscribe, desde luego, ni al positivismo ni al realismo jurídico o a los *critical legal studies*, y mucho menos al iusnaturalismo, aunque se nutre de alguna forma de todos ellos. Así, el libro pretende inaugurar y consolidar con posterioridad un llamado postpositivismo. En todo caso, es el resultado de una teoría sintética en el mejor sentido hegeliano (tesis, antítesis y síntesis), es decir, busca aprovechar los avances de estas posturas teóricas con el afán de tener una filosofía que abarque y explique el fenómeno jurídico.

En efecto, el libro hace una referencia contemporánea y sitúa la necesidad de direccionar a la filosofía del derecho más allá del positivismo (sobre todo, del de carácter metodológico), es decir, allende las fronteras de la discusión interna que implica el derecho como un sistema acabado de normas.

El postpositivismo pretende ser el siguiente tomo de una enciclopedia llamada filosofía del derecho; no es casualidad que se nutra y utilice avances, hasta cierto punto, del iusnaturalismo, el positivismo y el realismo. Cabe señalar que el autor, en diversas ocasiones, es muy enfático al decir que su propuesta para nada es un sincretismo filosófico, aspecto que de suyo resultaría simplemente contradictorio; sin embargo, pretende recuperar los avances que, de uno u otro modo, han implicado tales corrientes iusfilosóficas.

De esa manera, como afirma el autor, la relación derecho-moral a las maneras de Carlos Nino y las aportaciones de Herbert Lionel Adolphus Hart en cuanto a la noción de validez son aspectos insoslayables que ninguna teoría puede echar por la borda. Acepta la clara frontera metodológica entre derecho y moral, pero no por ello deja de haber una discusión de valores en los temas jurídicos; de ahí que apueste por un objetivismo mínimo, es decir, una serie de valores mínimamente aceptados por una comunidad. Asimismo, afirma que la discusión del positivismo es importantísima y necesaria, pero insuficiente si queremos ver el fenómeno jurídico como un todo, es decir, de una forma más completa.

Si bien la inauguración de una corriente filosófica necesita diversos cultivadores y obras, este libro no es tímido en cuanto a tratar de rastrear algunos elementos teóricos del pasado y de cifrar determinadas características como el alcance ontológico, es decir, de una realidad más palpable, ideada y alcanzable por medio del derecho. De ahí que se afirme que en la obra de Rudolf von Ihering se encuentran aspectos relativos a esta idea del derecho.

En ese sentido, resulta interesante cómo, en todo caso, la filosofía del derecho se compone de ideas más que de conceptos, pues las primeras resultan ser líneas generales de “actuación” que guían al resto de las disciplinas jurídicas, mientras que los conceptos se caracterizan por un contenido de mayor rigor y especificidad.

Por ello, su teoría, o más bien la postura filosófica que propone, es entender el derecho como una práctica social, como un artefacto que puede cambiar la realidad social. En México se encuentra de alguna forma esa visión en la obra del ministro José Ramón Cossío, concretamente en el libro *Cambio social y cambio jurídico*.

Por otra parte, una apuesta fundamental de esta teoría consiste en que su pretensión se constituye en ser una filosofía para el mundo latino, lo cual comprende a Iberoamérica completa, pero, además, a Italia. Esta característica indudablemente será de las más controvertidas porque, como su mismo autor se pregunta, ¿hasta dónde puede estar una filosofía ca-

racterizada por una determinada región del mundo? Esto, sobre todo, si las filosofías tienen un ánimo de generalidad aplicable a cualquier sistema jurídico particular.

No es casualidad que establezca un manifiesto al estilo de los llamados ismos de vanguardia, es decir, aquellas corrientes literarias o artísticas que asumían una manera de ver el arte y que se afirmaban en contra de una determinada corriente antecesora; por ejemplo, en literatura, al creacionismo de Huidobro, o al dadaísmo, al surrealismo y demás. De ahí también que no sea casualidad la reivindicación de cierto marxismo como compromiso de cambiar la realidad.

Volviendo al plano del aspecto regional de su teoría, Atienza se cuestiona si es válida una teoría referida a una serie de países con una cultura general y jurídica más o menos similar, y concluye que sí, toda vez que se cuenta con autores de estatura³ que pueden generarla, además de una rica tradición jurídica. Sostiene que incluso autores como Ronald Dworkin, cuando desarrollan su teoría, tienen en mente un predominio de autores estadounidenses principalmente; por ende, es válido que las tradiciones teóricas jurídicas en lengua española, portuguesa o italiana, vistas en conjunto, generen sus propios postulados.

En esa tesitura, cabe señalar que, en una reciente visita de Owen Fiss a México, el profesor de la Universidad de Yale afirmaba una marcada tendencia común entre los constitucionalistas y teóricos norteamericanos de repensar principalmente a partir de sus autores y problemas, algo en lo que coincide Bruce Ackerman, profesor de esa misma institución. Sus discusiones se llevan a cabo casi siempre a partir de sus problemas. Un claro ejemplo es el último libro de Fiss relativo al terrorismo y los derechos humanos.⁴

³ Afirma que esos autores son Norberto Bobbio, de Italia; Carlos Vaz Ferreira, de Uruguay, y Carlos Nino, de Argentina.

⁴ Se trata del libro *Una guerra sin igual. La Constitución en tiempos del terrorismo*, publicado en 2017 en español por Marcial Pons.

Así, es importante mencionar que, en cuanto a la instalación de una escuela con una determinada ubicación geográfica, los escandinavos y su realismo no se propusieron hacer su propia teoría, sino que simplemente lo hicieron, aunque, claro está, sin tener una intención de delimitar su explicación a sus países. En todo caso, esta apuesta de Atienza resulta interesante en la medida en que ayudaría a pensar en los problemas propios.

De esta forma, si la aportación de las bases de una nueva corriente filosófica se cierne sobre el llamado mundo latino, la igualdad —o, más bien, la desigualdad—, indudablemente, deberá ser un tema fundamental por estudiar.

En esa línea, el arrojado de Atienza para establecer una filosofía del mundo latino tiene un ojo puesto, un tanto desafiante, en el predominio de la filosofía del derecho anglosajona, principalmente. En el fondo, pretende encontrar una filosofía que atienda esos problemas y vicisitudes.

Por otro lado, si el postulado postpositivista que pretende el autor se refiere a una filosofía del derecho que transforme la realidad, ello involucra en gran medida a todos los operadores jurídicos: jueces, fiscales, abogados postulantes, funcionarios públicos, letrados o secretarios de estudio y cuenta, etcétera.

Así, este libro hace esfuerzos importantes por situar las coordenadas de una teoría que tienen, en un buen trecho, una conexión con la actividad judicial. En esa órbita, el postulado atienzano claramente encuentra sintonía con la visión iusfilosófica de pensadores como Ronald Dworkin, Robert Alexy y Carlos Nino, sus preferidos. Son los dos primeros quienes han tenido una influencia clave en la jurisdicción mexicana y, concretamente, en la justicia electoral federal, la cual encuentra en la Sala Superior del TEPJF el órgano que dirime, en última instancia, las controversias de la materia electoral.

En todo caso, su obra puede establecerse como una continuación del llamado constitucionalismo contemporáneo de esos tres autores, a quienes no podría tachárseles de simplemente positivistas o neoiusnaturalistas,

según corresponda. Es de notar que la rigurosa ubicación de Luigi Ferrajoli se encuentre en el positivismo, con todo y su postulado del garantismo máximo de los derechos fundamentales.

Por otro lado, son interesantes las críticas al neoconstitucionalismo que vierte Atienza al situarse claramente lejano de la escuela genovesa o, como él mismo refiere, respecto de algunos iusfilósofos de la Universidad de Génova. Sus principales críticas acerca del neoconstitucionalismo se refieren, sobre todo, a su laxitud y falta de rigor metodológico al decantarse simplemente en un postulado sinónimo de más constitución y menos ley, además de hacer prevalecer principios-ponderación sobre normas-silogismo. Atienza afirma que, desde luego, la ponderación es una herramienta fundamental hoy en día (de ahí la importancia de Alexy, por ejemplo), pero, en todo caso, hay una graduación en su utilización; así, no en todos los casos es necesario, dice el alicantino. Incluso afirma que los casos fáciles, es decir, los conflictos que se resuelven con el silogismo, son parte todavía de la realidad jurídica actual, sin que ello implique hacer a un lado la importancia de los principios constitucionales y la ponderación.

Paralelamente, critica a los pensadores y las instituciones latinoamericanas de no percatarse de las notables diferencias entre el constitucionalismo de Dworkin, Nino e incluso Gustavo Zagrebelsky con el neoconstitucionalismo de Paolo Comanducci, Susanna Pozzolo y Miguel Carbonell. Meter a todos ellos en el mismo costal parece no atender con rigor las bases y los parámetros de una y otra postura. Peor aún, cuando los propios tribunales constitucionales latinoamericanos se asumen al mismo tiempo como ferrajolianos y neoconstitucionalistas.

Finalmente, esta ambiciosa empresa de establecer las bases de una nueva corriente filosófica debe preocuparse por atender con mayor ahínco sus diferencias con la sociología del derecho, debido a que si el gran postulado y objetivo del postpositivismo es la transformación social, indudablemente hay ciertas coordenadas que se interrelacionan de manera notable con esa disciplina.

De hecho, cuando el autor afirma que el postpositivismo tendrá que abreviar de otros saberes, precisamente la sociología del derecho o la antropología jurídica pueden aportar muchísimo, pero se vuelve necesario establecer una base teórica que explique las diferencias de esas disciplinas que, al margen de la especificidad de que gozan, también buscan la transformación social.

De alguna manera, sostiene que su teoría es de tipo jurídico, pues mediante el derecho se pueden cambiar las cosas; sin embargo, algo de ello se encuentra en Max Weber, pues, como acepta Atienza, fue de los pocos sociólogos que reconocía la importancia y trascendencia del derecho en una sociedad determinada, algo que los marxistas no le otorgaban.

En esa misma línea, el libro resulta parco en cuanto a establecer las diferencias entre su teoría y los *critical legal studies*, sobre todo porque estos reúnen una multiplicidad de autores y temas. Atienza únicamente refiere que estos, haciendo honor a su nombre, solo critican o denuncian y no hay propuestas para esa transformación, en tanto que el postpositivismo sí buscaría transformar la realidad por medio del derecho. Se podría profundizar en esta idea y acabar de levantar el anclaje de un barco llamado postpositivismo. En ese sentido, está un poco ausente un autor tan importante como John Rawls, por ejemplo.

Cabe mencionar que la antropología jurídica en materia indígena ha tenido una importancia palpable al haberse considerado, en la justicia electoral, dictámenes o peritajes en esa materia para entender la cosmovisión de las comunidades indígenas en México. Esto es un claro ejemplo del tipo de problemas que la sociología jurídica debe atender en los países, sobre todo, latinoamericanos.

Conclusiones de un juez constitucional y la posible transformación social

Como juez constitucional electoral, considero que la obra de Atienza ha tenido una influencia notable en relación con aspectos abordados en el li-

bro, como la distinción entre *idea* y *concepto*, además de temas que ya he mencionado, como un concepto moderno de los ilícitos atípicos, tales como fraude a la ley o abuso de derecho. Esa doctrina, traducida en la resolución de un conflicto, ha trascendido y, por tanto, cambia cierta realidad.

Paralelamente, el establecimiento de ciertos aspectos de la ética judicial puede implicar algunos cambios de conducta de los integrantes del estamento judicial.

Aún más fundamental, la argumentación jurídica como principal herramienta de los jueces implica una forma más tajante de transformar la realidad, como lo postulan autores como Dworkin y Ferrajoli, y no otros como Jeremy Waldron, por ejemplo.

En ese sentido, tal ideario (ahora sí la idea y no tanto el concepto) debe obligarnos a repensar cómo hacer, desde la trinchera de jueces constitucionales, que los procesos electorales sean mejores y más democráticos, cómo expandir y hacer valer los derechos políticos y otros derechos humanos vinculados. Nunca como ahora resulta tan importante esa reflexión, pues parecería que, en determinados aspectos de la vida social, la práctica jurídica tiene cuentas pendientes en nuestros países.

En México, como en otros países latinoamericanos, de una u otra forma, el postulado del profesor de Alicante encontrará una buena recepción porque hay ciertas condiciones que lo facilitan, así como una importante comunidad jurídica familiarizada con su figura y su pensamiento. Adicionalmente, la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos tiene por objetivo fundamental hacer que estos prevalezcan por encima de cualquier otro aspecto en la vida del Estado constitucional.

De esta manera, si el objetivo principal de dicha reforma fue cambiar un determinado *statu quo* en favor de los derechos humanos, ello resulta coincidente con las premisas básicas del más reciente Atienza. Si el déficit del Estado social y democrático de derecho ha sido un buen cúmulo de derechos humanos y ello se quiere cambiar para mejorar, nunca resulta más idónea una base teórica que dé fundamento a ello, no solo desde una

perspectiva jurídica, sino incluso política, si es que le añadimos el componente del desencanto social que prevalece en muchos países, es decir, ya sea el “que se vayan todos de Argentina”, las manifestaciones en México o la tremenda problemática de Cataluña de hace poco tiempo.

Así, como lo afirmara Dworkin, la aportación que puede brindar el derecho a la sociedad es fundamental, e incluso entenderla en términos de una moral política que mejore las condiciones sociales.

Como lo he afirmado, el tema de la igualdad o desigualdad será de primer orden, a partir del cual los aspectos libertarios y los derechos económicos, políticos y sociales centrarán la agenda de la discusión pública. El derecho tiene mucho que decir a partir de sus filósofos y también por parte de los jueces.

En ese sentido, recomiendo notablemente este libro que, además de abordar la filosofía del derecho, mucho convoca a los practicantes y operadores jurídicos. Nunca como ahora esta obra teórica podrá ser de interés para la praxis cotidiana del derecho.