

Escritos polémicos

Diálogos sobre Derecho, argumentación y democracia

Manuel Atienza



5
Palestra2

Publicación
editada
en el Perú
por Palestra Editores



Cultura Chimú (entre los años 1000 y 1460 d.C.)

ESCRITOS POLÉMICOS
Diálogos sobre Derecho, argumentación y democracia

MANUEL ATIENZA

ESCRITOS
POLÉMICOS

Diálogos sobre Derecho,
argumentación y democracia



PALESTRA

Lima — 2021

ESCRITOS POLÉMICOS
Diálogos sobre Derecho, argumentación y democracia
Manuel Atienza

Primera edición Digital, septiembre 2021

© 2021: Manuel Atienza

© 2021: PALESTRA EDITORES S.A.C.

Plaza de la Bandera 125 - Lima 21 - Perú

Telf. (+511) 6378902 - 6378903

palestra@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com

Diagramación y Digitalización:
Gabriela Zabarburú Gamarra

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2021-10479

ISBN Digital: 978-612-325-2182

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, bajo ninguna forma o medio, electrónico o impreso, incluyendo fotocopiado, grabado o almacenado en algún sistema informático, sin el consentimiento por escrito de los titulares del Copyright.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

Capítulo I

SOBRE EL ESTADO DE DERECHO

Imperio de la ley y constitucionalismo

Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta

Capítulo II

SOBRE EL POSITIVISMO JURÍDICO

Sobre constitucionalismo, positivismo jurídico y iusnaturalismo

Contribución a la mesa redonda

Carta a un amigo iuspositivista

Réplica a Pierluigi Chiassoni

Capítulo III

SOBRE LA TEORÍA ESTÁNDAR DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Crítica de la crítica crítica

Contra Enrique P. Haba y consortes

Entre callar y no callar: decir lo justo

Capítulo IV

SOBRE LA FILOSOFÍA HERMENÉUTICA

Entrevista de André Rufino do Vale

Comentario a un comentario

Capítulo V

SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

La gestación de la ley española

Dos falacias sobre la gestación por sustitución

Capítulo VI

SOBRE LA TRANSICIÓN ESPAÑOLA

A propósito de la transición española

En el aniversario de la Constitución de 1978

Capítulo VII

SOBRE EL NEOCONSTITUCIONALISMO

Mejor abandonemos el neoconstitucionalismo (con comillas o sin ellas)

Capítulo VIII

SOBRE EL DERECHO A DECIDIR

Sobre un derecho inexistente

A propósito de «Democracia y derecho a decidir» de Josep M. Vilajosana

PRESENTACIÓN

Mi amigo Pedro Grández me ha animado a que reúna algunos de mis trabajos de los últimos tiempos para componer con ellos un volumen (“con cierto grado de organicidad” —me aclara—), que se publicaría (junto con otros libros) con motivo del 25 aniversario de Palestra. Lo que se me ha ocurrido —y espero haber acertado en la elección— es juntar varios escritos, más o menos de los últimos 15 años, que tienen como común denominador su carácter polémico. Y aprovecho para agradecerle a quien tanto ha hecho para desarrollar la cultura jurídica en el Perú las sugerencias que amablemente me ha formulado para modificar el título que en un comienzo había yo pensado para el libro: “Escritos a la contra”. Este nuevo, “Escritos polémicos”, me parece más exacto que el otro y espero, por ello, que sea también más del agrado del fundador y director de Palestra.

Quizás no sea tan fácil, por lo demás, precisar qué es lo que debe entenderse por “escritos polémicos”. La polémica es un tipo de diálogo que, se diría, comparte algunos rasgos de lo que Josep Aguiló llama “disputa” y “controversia”. La disputa sería (en esa clasificación, que incluye otros dos miembros: el debate racional y el consensual) un tipo de debate conflictivo (en el que no se busca el acuerdo, sino derrotar al adversario) y actoral (en el sentido de que la subjetividad de cada interviniente juega un papel destacado); mientras que la controversia sería también un diálogo conflictivo, pero temático. Ahora bien, esa distinción no deja de ser relativa: la famosa “Controversia de Valladolid” (sobre si los españoles tenían o no justo título para apoderarse de las nuevas tierras descubiertas y para someter a las poblaciones indígenas) podría considerarse precisamente como una controversia si el acento se pone en el tema de discusión; pero contendría también muchos aspectos de lo que Aguiló llama una disputa, si nos

centráramos en las posiciones adoptadas respectivamente por Bartolomé de las Casas y por Ginés de Sepúlveda. Además, lo que yo entiendo por “polémica” en este libro no deja de contener también muchos elementos del diálogo racional (que Aguiló caracteriza por ser un debate cooperativo y temático; el consensual sería cooperativo y actoral). Y, en fin, en otras tipologías, como la de Marcelo Dascal, las polémicas integran una gran variedad de diálogos, entre los cuales destaca lo que este autor llama discusiones, disputas y controversias; la polémica, en definitiva, sería un género más bien que una especie de diálogo.

Sea como fuere, los escritos polémicos que se recogen en este libro se pueden caracterizar, en mi opinión, por los siguientes rasgos: Tratan sobre un tema controvertido y, por ello, presuponen de alguna forma la imposibilidad de alcanzar un consenso pleno entre las partes, lo que no excluye algunos acuerdos parciales, pero que serán siempre sobre cuestiones no centrales: típicamente, acuerdos para evitar o superar malentendidos. La subjetividad de los actores es muy relevante, y de ahí la frecuencia con que aparecen argumentos *ad hominem*, que no hay por qué considerar necesariamente como falacias: que lo sean o no depende esencialmente del contexto, de las circunstancias en las que se desarrolla la discusión. El acento se pone en buena medida en detectar y criticar los errores de la otra parte, pero ese componente destructivo (escribir a la contra) tiene que ser complementado con otro que cabría llamar constructivo: tiene que ir acompañado de argumentos en favor de la tesis que se defiende, o sea, en una polémica —tal y como yo entiendo el género— no se puede perseguir únicamente destruir las tesis del adversario. Como consecuencia, en cierto modo, de lo anterior, las polémicas se prestan a ejercitar un sentido del humor que, de todas formas, tiene que ser contenido: para salir vencedor en un debate de ese tipo conviene no ser hiriente. En el transcurso de una polémica cabe hacer alguna que otra excepción a las reglas de la discusión racional, pero eso no quiere decir que no haya reglas del juego limpio que cumplir; o sea, no todo vale.

Pues bien, la primera de esas polémicas versa sobre el Estado de Derecho y tiene la forma de un diálogo con Francisco Laporta. El origen se encuentra en la publicación de un importante libro de Laporta (*El imperio de la ley. Una visión actual*, Ed. Trotta, 2008) y el diálogo completo apareció, en octubre del 2008, en el número 0 de la revista *El Cronista del Estado Social y Democrático De Derecho*. A diferencia de lo que ocurre con las otras polémicas, aquí he

incluido el texto de las intervenciones del otro participante, de Laporta, porque son relativamente breves y porque, sin ellas, me parece que no podría comprenderse el sentido de la discusión (muy de guante blanco, por lo demás).

La segunda, sobre el positivismo jurídico, tuvo lugar un año después y el adversario teórico fue esta vez Pierluigi Chiassoni, uno de los más connotados integrantes de la llamada “escuela de Génova”. Lo que había dado ocasión para ello fue una mesa redonda que se celebró en Turín, en 2009, en el contexto del homenaje que se le hizo a Norberto Bobbio cuando se cumplía el centenario de su nacimiento. Incluyo lo que fue mi intervención en aquella mesa (que versaba sobre el constitucionalismo, el positivismo jurídico y el iusnaturalismo); la carta que le escribí a Pierluigi contestando a las críticas que él me había dirigido antes por escrito; y una nueva réplica en la que contestaba a su nueva intervención en la polémica. Creo que la lectura de esos textos puede hacerse con cierta independencia de los de Chiassoni pero, en todo caso, el lector que lo desee puede acceder con cierta facilidad a estos últimos, pues la polémica se publicó en la revista *Analisi E Diritto*, en 2010, con el título de “Debate sobre el positivismo jurídico. Un intercambio epistolar. Con un comentario de Álvaro Núñez Vaquero”.

De 2010 es mi polémica con Enrique P. Haba sobre la teoría estándar de la argumentación jurídica y que registró algunos grados más de temperatura en relación con el clima en el que se desarrollaron las dos anteriores. El origen en este caso había sido un artículo de Haba, bastante incendiario titulado “Razones para no creer en la actual Teoría (ilusionista) de la Argumentación”. A ello siguió mi contestación, “Crítica de la crítica crítica. Contra Enrique Haba y consortes”, una nueva intervención de Haba, “Callar o no callar... That is the question! (Entre ‘crítica crítica’ y las críticas poco críticas)” a la que yo repliqué, “Entre callar y no callar: Decir lo justo”, y un último comentario de Haba, “Avatares de lo ‘racional’ y lo ‘razonable’”. Todo ello, junto con las intervenciones de Óscar Sarlo y Juan Antonio García Amado (y otra más de Haba) formó parte de una sección de la revista *Doxa*, titulada “Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica”, que apareció publicada en el número 33, correspondiente a 2010. En este libro incluyo únicamente mis dos textos, pero, de nuevo, el lector puede acceder con comodidad al resto de la polémica, si bien creo que lo que yo digo ahí se entiende por sí mismo.

En septiembre de 2015, con motivo de una serie de cursos y de conferencias que había dado en diversas universidades brasileñas, André Rufino do Vale me hizo una entrevista que se publicó en la revista *Consultor Jurídico* (CONJUR) en la que mostraba ciertas reticencias ante el excesivo peso que el paradigma hermenéutico había adquirido en la iusfilosofía brasileña. A ello le siguió el comentario crítico de dos conocidos juristas brasileños de inspiración hermenéutica: Lenio Streck y Rafael de Oliveira. Y mi réplica, también publicada en la misma revista, se tituló “Comentario a un comentario”. Se trata en este caso de una polémica sobre el valor de la hermenéutica y de la filosofía analítica, que repercute en la manera de entender la argumentación jurídica. En la página de *CONJUR* puede encontrarse el texto de mis contendientes.

La polémica que me enfrentó con el profesor de Derecho constitucional Octavio Salazar se refiere a una cuestión muy específica: la justificación o no de la institución de la gestación por sustitución, un tema sumamente controvertido en los últimos tiempos y sobre el que ya había escrito algo con anterioridad. Se inicia con un artículo que publiqué en el diario *El País* el 4 de mayo de 2017, “La gestación por sustitución”, que mereció una crítica de Salazar, “Cedo mi cuerpo libremente para que lo usen los demás. Pueden hacer conmigo lo que quieran” (en *El País* de 20 de mayo), y a la que yo contesté con “Dos falacias sobre la gestación por sustitución” (en *El País* de 21 de junio).

Un año después (se cumplía el 40 aniversario de la Constitución española), participé en una mesa redonda en la Universidad Carlos III de Madrid en la que se debatió acerca de la transición española. Y también, siempre en 2018, en otra mesa redonda (en este caso, organizada por mi universidad de Alicante) en torno a las virtudes y defectos de la Constitución de 1978; este último texto se publicó en *Claves de Razón Práctica*, nº 263 (2019): “El 40 aniversario de la Constitución”. Con quien polemiqué en ambas ocasiones —podría decirse— fue con un estado de opinión entonces muy difundido en lo que cabría considerar como la izquierda populista en España, y favorable a terminar con lo que se llamó “el régimen del 78”.

Alfonso García Figueroa es, si no el único, al menos uno de los pocos filósofos del Derecho españoles que se adscriben al neoconstitucionalismo. En el número 1 de la revista *I-Latina*, correspondiente a 2019, escribió un artículo, “En defensa del ‘neoconstitucionalismo’ y del neoconstitucionalismo”, en el que criticaba mi postura en relación con esa concepción del Derecho. Mi

réplica, aparecida en el mismo número de la revista, se tituló “Mejor abandonemos el neoconstitucionalismo (con comillas o sin ellas)”.

La última de las polémicas concierne al llamado *procés* catalán. En la revista *Eunomía*, en el nº 19 correspondiente a octubre 2020-marzo 2021, Josep M. Vilajosana publicó un texto titulado “Democracia y derecho a decidir”. Mi rechazo a las tesis sostenidas por el iusfilósofo catalán apareció en ese mismo número: “Sobre un derecho inexistente. A propósito de ‘Democracia y derecho a decidir’ de Josep M. Vilajosana”.

Finalmente, aprovecho la ocasión que me brinda esta presentación para felicitar a Pedro Grández por su admirable labor al frente de la editorial Palestra. Y para agradecerle a Julia Castro por su valiosa ayuda en la organización de este libro.

CAPÍTULO I
SOBRE EL ESTADO
DE DERECHO