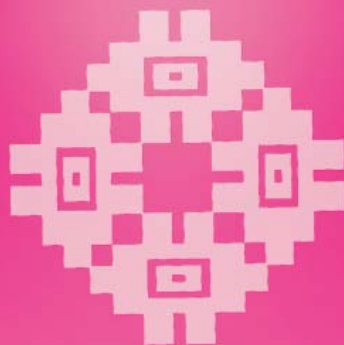




JUSTICIA CONSTITUCIONAL. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*
Año III, N.º 5, enero - junio, Lima, 2007

Entrevista

- Entrevista al Profesor Manuel Atienza Rodríguez

Entrevista al profesor Manuel Atienza Rodríguez

Profesor César Landa: Buenas tardes Profesor Manuel Atienza. La primera pregunta que le quisiera formular está vinculada con el auge de las actuales teorías de la argumentación. ¿Qué entiende usted por Constitución? ¿A qué se debe el auge de la argumentación jurídica?

Profesor Manuel Atienza: Existen varias nociones de Constitución. Diría algunos más débiles, en el sentido de ser menos exigentes; y otras más exigentes. Cuando uno habla de Estado constitucional estamos pensando en una Constitución exigente, en el sentido de que implica no sólo una norma que organiza la distribución de los poderes, sino también, y de manera muy importante, incluye una declaración de derechos. Además hay una cierta rigidez y un sistema de protección de los mismos a través de un sistema constitucional del tipo que sea: tipo Estados Unidos o de tipo europeo. Entonces diríamos que el Estado constitucional sería el Estado de Derecho más desarrollado que los modelos que conocemos a partir de la segunda guerra mundial. Por ejemplo, el concepto de Constitución de Kelsen es claramente más exigente. También me preguntaba si cuanto más se desarrolla el modelo constitucional más protagonismo tendrán las decisiones judiciales. Yo creo que esto es un hecho en el desarrollo contemporáneo de todos nuestros sistemas jurídicos. El papel de los Tribunales particularmente el de los Tribunales Constitucionales tiende a aumentar. Esto algunos lo han visto como un peligro, como una amenaza al principio de separación de poderes. Creo que lo que ocurre es que este mayor poder de los jueces es ineliminable por diversas razones. Una de ellas es que si aceptamos, como parece inevitable, la conveniencia de tener Constituciones del tipo contemporáneo y que consisten en una buena medida en principios, la aplicación de los principios no puede ser igual al que el de las reglas. Supone necesariamente conceder a los jueces un mayor poder de los que tendrían en el sistema del paradigma más legalista. Entonces el debate debe centrarse en la necesidad del desarrollo de los sistemas jurídicos y este aumento del poder de la judicatura. En términos generales lo que tenemos que plantearnos es cuáles son los mecanismos que debemos introducir o desarrollar para controlar también el poder de los jueces, como ocurre con todos los demás poderes. Pues debe ser un poder controlado y el instrumento que tenemos para ello es la obligación de motivar las decisiones judiciales. Por eso creo que tendemos a circuns-

cribir este desarrollo de los sistemas jurídicos con el desarrollo también de la argumentación.

Profesor César Landa: Lo cierto es que el modelo de Estado constitucional en la actualidad se presenta como una superación del tradicional Estado de Derecho, según ha dicho Gustavo Zagrebelsky, haciendo alusión a un verdadero cambio genético respecto del modelo del Estado basado en la ley. ¿Cuál es su opinión sobre el actual desarrollo de la teoría del Derecho en el marco del constitucionalismo contemporáneo? ¿Debería construirse una argumentación jurídica constitucional que responda a la naturaleza contemporánea de la Constitución basada en una *ratio* y una *emotio*?

Profesor Manuel Atienza: Frente al nuevo paradigma del constitucionalismo podemos distinguir una serie posiciones. Unas son las que no prestan mayor atención al fenómeno y entonces siguen haciendo teoría del Derecho como si, efectivamente, no hubiese ocurrido este cambio tan importante. Otras sí son consientes de los cambios, pero piensan que puede teorizarse dichos cambios con las concepciones tradicionales del positivismo de tipo metodológico, introduciendo quizás algunas precisiones pero que no hacen, diríamos, a las cuestiones de fondo. La escuela genovesa, hablamos de Ricardo Guastini o Paolo Comanducci, de manera muy característica, defienden esta posición y critican por cierto a autores como Zagrebelsky, porque ellos ven en lo que denominan neoconstitucionalismo, muchos peligros desde el punto de vista ideológico, de imprecisión conceptual. Una tercera posición sería la que aquellos que, como Luigi Ferrajoli, piensan que se necesita una nueva teoría, pero una nueva teoría que tenga cambios sustanciales con respecto a la anterior. Pero enfatizan en que esa nueva teoría debe seguir siendo positivista. Para él, el constitucionalismo es el desarrollo completo del positivismo jurídico. Entonces traza una distinción entre el paleopositivismo –esa idea de positivismo legalista– y el positivismo crítico. La cuarta posición es la de quienes piensan que se necesita una nueva teoría, pero que esta teoría ya no puede desarrollar bajo los paradigmas del positivismo jurídico. Se trata de ir más allá del positivismo jurídico; por eso se habla del postpositivismo o directamente del constitucionalismo. Precisamente escribí con Ruiz Manero un artículo que titulamos “dejemos atrás el positivismo jurídico”. Este “dejar atrás” no quiere decir que lo que han producido los positivistas carezca de valor; pero haciendo un símil con Gonzalo Vicente (que fue un profesor de Derecho español de la época franquista seguramente el único realmente interesante) podría decirse que el constitucionalismo contemporáneo

ha crucificado al positivismo jurídico en la cruz de la Constitución. Entonces ya no se puede ser positivista jurídico y no tanto porque el positivismo sea una teoría por decirlo equivocada, sino porque es una teoría que no es fructífera, no permite guiar el comportamiento de los operadores jurídicos. Luego me preguntabas sobre la *ratio* y la *emotio*. Cuando uno se plantea el problema de cuáles son las cualidades que debe tener un buen juez, el modelo del buen juez obviamente es que conozca los contenidos del Derecho que tenga que aplicar; tiene que tener capacidad intelectual, básicamente una capacidad argumentativa. Tiene que tener buenas actitudes, diríamos las emociones adecuadas, tradicionalmente llamadas virtudes, rasgos de carácter que hacen que aumenten las probabilidades de dictar resoluciones adecuadas.

Profesor César Landa: Ciertamente que la argumentación jurídica, por ejemplo en el modelo presentado por Robert Alexy, es en muchos tramos, una teoría “descriptiva” de lo que ha desarrollado el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en algunas de sus decisiones. ¿Ello implica que los Tribunales Constitucionales, en tanto supremos intérpretes de la Constitución, se encuentren obligados a formular una teoría propia de argumentación jurídica a través de sus decisiones o es la dogmática la que deberá proveer ella?

Profesor Manuel Atienza: Las dos teorías más importantes de los últimos tiempos sería la de Robert Alexy y la de Neil McCormick. Tienen la misma característica: son descriptivas, pero al mismo tiempo tienen la pretensión de ir un poco más allá, es decir, hacer una reconstrucción más allá de lo que hacen los Tribunales. Pero los teóricos del Derecho deben ser modestos porque aquí no tiene sentido pensar que uno vaya a desarrollar una teoría original en el sentido estricto de la expresión. Es imposible una buena teoría del Derecho en ese sentido. Ahora, el problema que se plantea es un poco el de la división del trabajo. Los *teóricos* hacen un cosa y los *prácticos*, los jueces, otra. Pero yo creo que esta división es muy relativa y depende del contexto, depende de las diversas culturas jurídicas. Por ejemplo, en el caso del pensamiento jurídico de los Estados Unidos muchos de los principales pensadores han sido también jueces, y muchas de sus reflexiones a veces es difícil separarla. Yo diría que un juez no debe plantearse en sus sentencias el desarrollar una teoría del Derecho, una dogmática. Aunque sí debe usarla y a lo mejor implícitamente la está creando. Las fronteras pueden ser muy fluidas, por ejemplo el caso del profesor Holmes puede servir. Tenemos al Holmes autor de sentencias, o más bien al de los votos disidentes y al Holmes autor de obras propia-

mente teóricas. Aunque es verdad, qué duda cabe, que toda su experiencia como juez la aprovechó a la hora de construir la teoría. Probablemente, los jueces constitucionales adquieren una experiencia muy importante que luego se vuelca a la doctrina.

Profesor César Landa: Si bien la argumentación, por ejemplo aquella de los Tribunales Constitucionales, se encuentra dirigida a justificar decisiones, es decir, a mostrar las razones que permiten considerar la decisión como algo aceptable, ¿basta sólo con lograr la aceptabilidad de la decisión?, ¿basta sólo con persuadir? O es que ¿existe un componente ético del cual no pueden desligarse los jueces constitucionales?

Profesor Manuel Atienza: Los jueces deben esforzarse por conseguir aceptación o la máxima aceptación posible. Digamos es una cuestión naturalmente gradual, su función principal es dictar resoluciones justas y a veces una resolución justa, por los motivos que sean, sabemos que puede ser una decisión que va a ser mal acogida. También diría aquí mal acogida de manera inmediata, pero también hay sorpresas; yo diría que la racionalidad y el éxito se obtienen a mediano o largo plazo. El ejemplo de Holmes es muy significativo. Holmes fue famoso por sus votos disidentes. Se convirtieron luego en opiniones generalizadas al cabo de un cierto tiempo. En ese sentido a mí no me cabe ninguna duda de que un buen juez debe ser capaz de tomar decisiones procurando lograr la mayor aceptabilidad posible, pero decisiones que él considere justas y que asuman el riesgo de no ser aceptadas.

Profesor César Landa: Y este extremo de si existe un componente ético que vincule al juez a resolver causas dramáticas o difíciles?

Profesor Manuel Atienza: Sí, sin duda yo precisamente he sido uno de los dos redactores del Código Modelo de Ética Judicial Iberoamericano. Allí hemos desarrollado el aspecto normativo de los principios, poníamos una definición de cómo entender esto de la independencia judicial, la razón de motivar, alguna indicación de las virtudes adecuadas. Me parece que es un elemento muy importante. De hecho en los últimos tiempos en nuestros países se están redactando códigos deontológicos. Pero tendría por cierto que difundirse más a propósito de los profesores de la Universidad; a veces creemos que no necesitamos códigos deontológicos, pero las cosas no son así.

Profesor César Landa: Actualmente, en muchos sistemas del *Civil law* existe también preocupación por incorporar “formalmente” el derecho de precedentes en un intento por proporcionar predictibilidad y seguridad jurídica a los sistemas jurídicos. ¿Qué elementos deberían tomarse en cuenta a la hora de incorporar la técnica del precedente en los sistemas de tradición jurídica romano-germánica?

Profesor Manuel Atienza: Respecto del precedente lo que me parece probablemente más importante es una obviedad, pero es una obviedad que lo dice Taruffo y pienso que tiene razón: para que puedan funcionar los precedentes tienen que ser muy pocos, porque si no sería imposible de poder manejarlo. Por eso le hacen la crítica a la situación italiana; la Corte de Casación, que ve miles y miles de casos, sencillamente no puede funcionar. En ese sentido conocer el manejo de los precedentes en el ámbito anglosajón debería ser parte también de nuestra educación jurídica, porque como sabemos, efectivamente, ya se ha incorporado en los sistemas de fuentes y en nuestro funcionamiento del Derecho. Eso tiene que ver con la teoría de la argumentación jurídica. Yo creo que un sistema que da más importancia al precedente implica también un sistema en donde la argumentación es más importante, porque en los sistemas de *Common law* la motivación de las sentencias comienza antes que en los sistemas de Derecho legislado. No es una razón de tipo político sino que es una exigencia interna del sistema; solamente si se conocen bien, si se identifican con facilidad, los casos pueden funcionar como precedentes.

