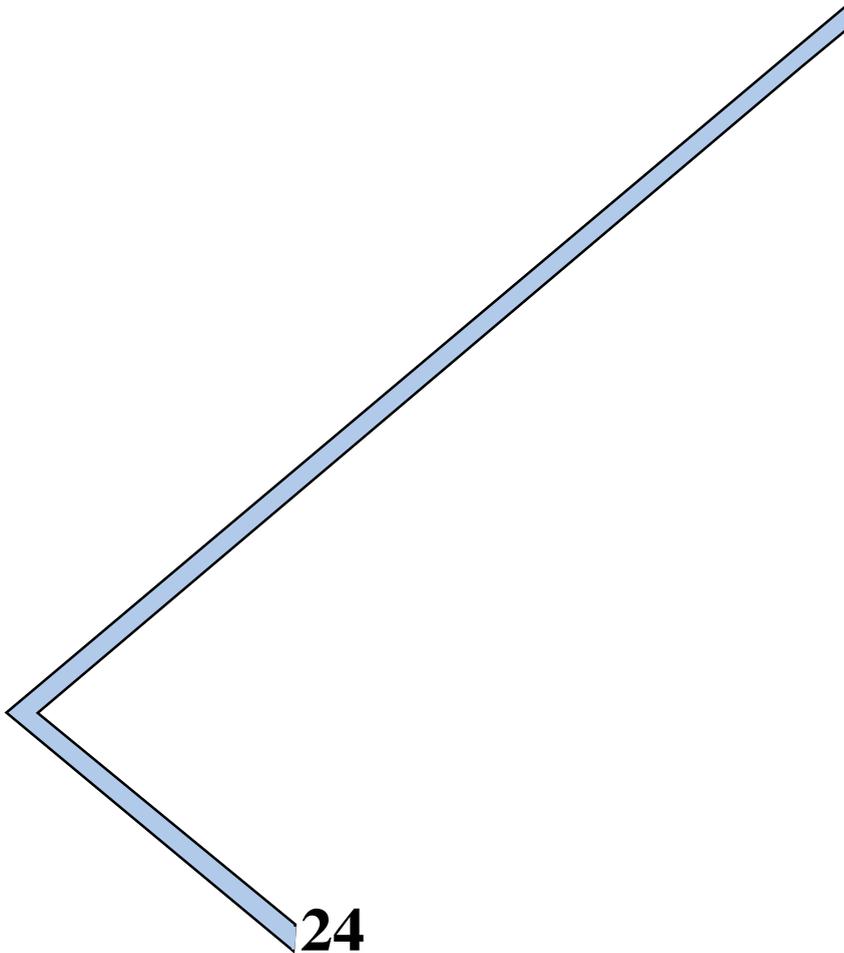


D

O

X

A



D

O

X

A

CUADERNOS DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

<http://cervantesvirtual.com/portal/doxa>

Seminario de Filosofía
del Derecho de la
Universidad de
Alicante

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante

Alicante, 2001

P R E S E N T A C I Ó N

Abrimos este número de DOXA con una nota sobre la producción iusfilosófica de Enrique Marí, colaborador frecuente en nuestra revista y fallecido recientemente en Argentina, en julio de 2001. Christian Curtis hace una breve, atinada y sentida reseña de los muchos trabajos de Marí de contenido iusfilosófico (ese no fue su único campo de reflexión) en la que señala como núcleo de sus preocupaciones teóricas en este terreno «su interés por desnudar las determinaciones económicas y políticas del proyecto y de las categorías jurídicas de la modernidad, y su persistencia hasta nuestros días». Quienes hacemos DOXA estamos, con respecto a Marí, en una categoría distinta a la de «quienes compartimos su enseñanza» y «quienes no llegaron a conocerlo», que Curtis traza al final de su nota, pero nos sentimos concernidos por lo que la muerte de Marí significa para unos y otros: nos será difícil acostumbrarnos a su ausencia y nos queda el consuelo de revisar sus escritos.

La primera de las tres secciones monográficas de este número lleva como título **Sobre el razonamiento jurídico**. Se inicia con un trabajo de Juan Carlos Bayón (¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?) en el que se analizan a fondo la noción de derrotabilidad y los diversos argumentos que se han dado en los últimos tiempos a favor de la derrotabilidad del razonamiento jurídico. En su opinión, ninguno de ellos (el más fuerte es el de la derrotabilidad de las normas) prueba que el razonamiento jurídico no pueda reconstruirse en forma deductiva. La tesis fundamental de Bayón es que hay un sentido en el que se puede afirmar que el razonamiento jurídico es derrotable, pero no se basa en la posibilidad de que las normas jurídicas sean a su vez derrotables y, sobre todo, no pone en tela de juicio el carácter subsuntivo de la justificación jurídica.

En el trabajo que le sigue (En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas), Ángeles Ródenas vincula, como también lo había hecho Bayón, la noción de indeterminación a la de derrotabilidad. Para ello, distingue diversos sentidos de indeterminación y de derrotabilidad; conecta el análisis de los mismos con los dos aspectos fundamentales que pueden encontrarse en la aplicación judicial del Derecho: la interpretación y la discrecionalidad; y defiende, entre otras, la tesis de que la discrecionalidad sólo entra en juego en los problemas de indeterminación del Derecho debidos a la derrotabilidad radical de las normas jurídicas (cuando, de acuerdo con el Derecho, hay razones para basar la respuesta a un problema de indeterminación en criterios extrajurídicos).

Juan Antonio García Amado empieza exponiendo, en Sobre el argumento a contrario en la aplicación del Derecho, tres concepciones básicas del Derecho que condicionan la manera de entender la interpretación y aplicación del Derecho y, por tanto, el argumento a contrario: la concepción lingüística (a la que se adhiere), la intencionalista y la material. Pasa luego revista crítica a algunos equívocos y confusiones en relación con ese argumento y que se explican a partir de las anteriores concepciones. Y concluye sosteniendo dos tesis básicas: el argumento a contrario sólo es válido como sustento de una solución cuando se apoya en una norma de estructura bicondicional; dicho argumento es tributario de la previa interpretación, pero no es en sí mismo interpretativo.

Finalmente, en La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero desarrollan la tesis de que el elemento institucional del Derecho es un ingrediente fundamental del razonamiento jurídico justificativo y tratan así de llenar una laguna existente en trabajos anteriores de ambos autores en los que se daba cuenta de ese tipo de razonamiento esencialmente a partir de la distinción entre reglas y principios. Lo que aquí defienden es, en esencia, la necesidad de introducir una nueva categoría de normas: las normas institucionales y, en particular, los principios institucionales, que se contraponen a los de carácter substantivo; eso les permite matizar su tesis de que los principios en sentido estricto tienen prioridad sobre las directrices.

*El trabajo de Pablo Navarro, Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico, abre la segunda sección monográfica del número relativa a las **Tendencias en la teoría del Derecho contemporánea**. Parte de la existencia de una tensión interna en el programa del positivismo jurídico que puede enunciarse así: las tesis centrales –la de las fuentes sociales y la de la separación entre Derecho y moral– son inadecuadas para dar cuenta de la complejidad de nuestras prácticas jurídicas, pero el intento de superarlas (desde dentro) lleva a adoptar tesis incompatibles con la doctrina posi-*

tivista. En su trabajo, Navarro argumenta en contra de esta «tesis de la autodestrucción» y concluye que la misma muestra que «la tentación de decir “algo más sustantivo” acerca de la validez jurídica y la existencia de las normas debe ser firmemente resistida por un positivista conceptual».

«Desenmascarar a Dworkin» es el objetivo perseguido por Enrique Haba, en *Rehabilitación del no-saber en la actual teoría del Derecho. El bluff Dworkin*. En un tono de indignación que bordea la violencia verbal, Haba sostiene que Dworkin no ha agregado prácticamente nada a la teoría del Derecho; que sus ideas constituyen una versión más del mito básico de la única respuesta; que incurre en un realismo ingenuo; y que su éxito obedece esencialmente a un fenómeno de moda.

En ¿Qué pasa actualmente en la teoría del Derecho alemana? Un breve bosquejo general, Minor Salas presenta una visión de conjunto de los principales temas, corrientes y autores de la teoría del Derecho alemana. Para ello, divide su trabajo en dos partes. En la primera realiza un esbozo histórico de la teoría del Derecho alemana de la posguerra y distingue tres estadios: el renacimiento del Derecho natural (fase metafísica), el dominio de las teorías analíticas (fase escéptica) y el dominio de las teorías éticas (fase axiológica); cuando se abandona la fase metafísica es cuando se produce el giro desde la «filosofía del Derecho» a la «teoría del Derecho». En la segunda parte, Salas analiza las principales corrientes de la teoría del Derecho actual: el realismo sociológico, las teorías discursivas, la concepción sistémica y «otras corrientes», en las que incluye el neo-institucionalismo, la analítica, la retórica, la hermenéutica, el postmodernismo y el análisis económico del Derecho.

El trabajo que cierra la sección, Cinco apuntes sobre Derecho y postmodernidad, se refiere más a las tendencias existentes en el Derecho que en la teoría del Derecho. Según Andrés García Inda, en la sociedad postmoderna la revalorización del Derecho parece coexistir con una crisis de su capacidad regulativa (dada la complejidad de las sociedades contemporáneas). En realidad, lo que caracteriza a la postmodernidad es, en su opinión, una situación de tensión, lo que le lleva a definir el Derecho contemporáneo a través de cinco características (cinco valores): la multiplicidad, la flexibilidad, la levedad, la rigidez y la paradoja. García Inda aclara que no considera a esos valores como ideas que tengan que aceptarse, sino como datos de los que hay que partir para poder desarrollar un espíritu crítico frente a la realidad actual.

Finalmente, la tercera sección monográfica está dedicada a **Problemas de filosofía moral y política**. El primero de ellos es el del perfeccionismo moral, sobre el que versa el trabajo de José Luis Colomer: Autonomía y gobierno. Sobre la posibilidad de un perfeccionismo liberal. Tradicional-

mente, el perfeccionismo político –como es sabido– ha sido una concepción contrapuesta a la filosofía política de corte liberal. En los últimos tiempos, sin embargo, autores como Raz, Sher o Wall han defendido un perfeccionismo liberal que trata de presentarse como una alternativa al paradigma predominante en la filosofía política liberal contemporánea. Colomer centra su análisis no en el aspecto crítico, sino en la propuesta constructiva de ese perfeccionismo liberal. Su conclusión es que el rechazo al perfeccionismo se basa en que éste traslada al Estado el juicio acerca de cuándo una vida autónoma es disvaliosa y cuándo, por tanto, estaría justificada la interferencia estatal; pero esa tesis es incompatible con la autonomía personal que el perfeccionismo liberal dice tomar en serio.

El centro del trabajo de Hugo Seleme (El problema de la estabilidad) es la obra de John Rawls y, más en particular, las críticas que Brian Barry ha dirigido a la concepción rawlsiana de la justicia como imparcialidad en «Liberalismo político». Seleme muestra que se trata de críticas internas a la teoría que no ponen en cuestión sus presupuestos y sus categorías. Y llega a una conclusión cautelosa: «Teoría de la justicia» contenía ciertos defectos internos relacionados con el problema de la estabilidad y «Liberalismo político», al intentar subsanarlos a través del recurso a la noción de «consenso superpuesto», no ha incurrido en defectos semejantes.

También el artículo que le sigue, La dicotomía público/privado y el liberalismo político de J. Rawls, de Isabel Turégano, se centra en la obra «Liberalismo político» del autor norteamericano. El problema que se plantea Turégano es éste: ¿hasta qué punto puede dirigírsele a Rawls la crítica usual del feminismo de que el liberalismo moral y político, al separar la esfera de lo público y de lo privado, contribuye a perpetuar la discriminación en este segundo ámbito? En su contestación (esencialmente favorable a Rawls), la autora analiza la cuestión tomando en consideración especialmente tres aspectos de aquella crítica: la teoría política universalista, la primacía de lo justo, y la relación entre lo público universal y la sociedad civil.

Marcelo Neves (Justicia y diferencia en una sociedad global compleja) estudia la relación entre justicia y diferencia no en los términos del debate esencialmente norteamericano entre liberalismo y comunitarismo, sino desde el punto de vista de la teoría de sistemas de inspiración luhmaniana, lo que le lleva a entender la justicia esencialmente como igualdad compleja. En las partes finales de su trabajo, Neves trata del Estado democrático de Derecho como modelo procedimental más adecuado para la realización de la justicia en la sociedad global de hoy; discute acerca de la pérdida de significado de ese modelo de organización social; y se plantea la viabilidad

práctica de construir instituciones jurídicas y políticas globales que puedan servir como alternativa.

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces? es la pregunta que Jorge Malem se plantea en el artículo, precisamente de ese título, que cierra la sección. En su análisis, Malem distingue dos modelos de juez, según que la actividad judicial se desarrolle en un contexto en el que el juez no necesita fundamentar sus decisiones o, por el contrario, se le exige que lo haga. En el primer contexto, parece claro que una mala persona no podría ser (técnicamente) un buen juez. Pero tampoco en el segundo contexto la respuesta es afirmativa, a pesar de que, en un principio, pudiera parecerlo así: una mala persona, entendiendo por tal alguien que rechaza los valores del Estado constitucional, no podría ser –concluye Malem– un buen técnico como juez.

La sección de Artículos de tema libre se inicia con el de Bruno Celano, Justicia procedimental pura y teoría del Derecho. Parte, como dato obvio, de la tendencia del Derecho a procedimentalizar cuestiones sustantivas y, a partir de ahí, estudia un aspecto particular de la relación que se da entre Derecho y pensamiento jurídico, por un lado, y la idea de una justicia de carácter procedimental, por el otro. La conclusión última de Celano parece ser ésta: hay un sentido en el cual el Derecho transforma todo problema de justicia procedimental imperfecta en un problema de justicia procedimental pura y, al mismo tiempo, el modo de pensar jurídico introduce, en relación con la aplicación de cualquier regla, una indecibilidad de principio, ya que la distinción entre validez e invalidez se sustrae, en último término, al Derecho.

En Sobre la constitución del Estado constitucional, Josep Aguiló hace una presentación de la doctrina estándar de las fuentes del Derecho, y muestra que la constitución es el punto de conexión entre el «problema interno» y el «problema externo» de esa doctrina. Luego identifica tres conceptos de constitución (la constitución del positivismo normativista, la constitución formal y la constitución del constitucionalismo político) y señala que todos ellos son necesarios para dar cuenta de los Estados constitucionales. Y termina exponiendo dos modelos de relación entre constitución regulativa y orden jurídico, que conforman dos concepciones de la constitución como fuente del Derecho.

Francisco Laporta reivindica, en El ámbito de la Constitución, el papel de las leyes en la composición del sistema jurídico, frente al expansionismo constitucional que parece caracterizar a amplios sectores de la cultura jurídica contemporánea. El problema radica en cómo fijar los límites de contenido y alcance de la constitución. Ahora bien, el contenido característico de una constitución parece ser el de proteger de las incursiones de la mayo-

ría el ámbito de un «coto vedado» de derechos fundamentales; pero con eso se produce una fractura entre la democracia y el constitucionalismo. Laporta considera que ese argumento de la «objeción democrática» tiene una gran fuerza, y fundamenta una reivindicación de competencias para el legislador; pero eso no quita para que, en su opinión, haya algunos derechos individuales y algunos procedimientos políticos que deben quedar fuera del juego democrático, precisamente para garantizar la naturaleza democrática del sistema.

El trabajo de José Luis Díez Ripollés, Presupuestos de un modelo racional de legislación penal, supone también una reivindicación del papel de la legislación en nuestros sistemas jurídicos. Díez Ripollés analiza el problema de la «crisis de la ley» teniendo a la vista esencialmente la ley penal. Confronta la racionalidad legislativa y la judicial y llega a la conclusión de que no está justificada la preferencia otorgada a la segunda. Discute acerca de la legitimación del control de constitucionalidad de las leyes. Y finalmente se centra, en los últimos apartados, en el desarrollo de un modelo de racionalidad legislativa penal. La idea de fondo es desplazar la reflexión jurídico-penal del momento de la aplicación al de la producción lo que, claro está, exige contar con criterios racionales de la legislación.

En Principio de legalidad y causas de justificación, José Juan Moreso estudia uno de los aspectos del principio de legalidad, la exigencia de taxatividad, y lo pone en conexión con las causas de justificación en el Derecho penal. El problema radica en que el principio de taxatividad exige que las leyes penales contengan únicamente términos descriptivos y precisos pero, sin embargo, las causas de justificación penales están descritas muchas veces mediante términos valorativos e imprecisos. Moreso señala la existencia de tres posibles soluciones al problema, las analiza, y defiende la que consiste en «atemperar el alcance del principio de taxatividad respecto de las causas de justificación».

Ricardo Guarinoni analiza, en su trabajo titulado Después, más alto y excepcional. Criterios de solución de incompatibilidades normativas, cuáles son las relaciones entre los criterios clásicos de resolución de antinomias (el jerárquico, el temporal y el material) con vistas a poder elegir más racionalmente entre las soluciones posibles. Las conclusiones a las que llega (su modelo de solución de antinomias) son estas tres: el criterio jerárquico prevalece sobre los otros dos; el criterio material prevalece sobre el temporal y cede ante el jerárquico; el criterio temporal sólo adquiere relevancia cuando es el único criterio de preferencia.

Pablo Larrañaga, en Responsabilidad de rol y directrices, centra su análisis en la noción de responsabilidad en cuanto deberes propios de un cargo o rol social. En su opinión, se trata de deberes que se caracterizan,

por un lado, porque están relacionados con la consecución de objetivos y, por otro lado, porque tienen un componente de deliberación que no existe en otros tipos de deberes. Las normas con las que se regulan esos deberes son las directrices, y eso le lleva a dedicar la última parte de su trabajo a dilucidar esta última noción. En particular, Larrañaga subraya que las directrices tienen no sólo una dimensión de peso (como el resto de los principios), sino también de oportunidad; y una dimensión de eficiencia, dada la necesidad de optimizar los recursos (escasos) disponibles.

Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica es el título del trabajo de Santiago Sastre dedicado al «eterno problema» del estatuto epistemológico de la ciencia del Derecho. Sastre comienza por profundizar en lo que significa concebir el Derecho como un objeto del que se ocupa la ciencia jurídica. Subraya luego que la epistemología actual ha flexibilizado notablemente la noción de ciencia y que la ciencia designa una forma de organizar el saber, pero no un cierto objeto de estudio, de manera que no hay objetos científicos o no científicos, sino discursos que se ajustan o no a los criterios de la ciencia. Y termina señalando que en el debate juega un papel destacado la emotividad del término «ciencia», cuando lo que de verdad debería importar es la utilidad práctica de la dogmática jurídica.

Finalmente, la sección se cierra con un artículo de Ricardo Guibourg sobre La certeza de los criterios. Guibourg entiende por «criterios» las disposiciones para establecer preferencias, construir creencias o apoyar actitudes (a partir de creencias). Esos criterios pueden ordenarse de menor a mayor aceptabilidad social, con lo que resultarían estos niveles de certeza: preferencia; principios y valores; moral; Derecho; predicción; descripción; deducción. Si en lugar de la aceptabilidad social se tuviera en cuenta el criterio de la aceptación individual, nos encontraríamos con que el punto más alto de certeza se encuentra en la preferencia, desciende hacia la moral y vuelve a elevarse a partir del Derecho. El problema surge cuando los criterios característicos de ciertos niveles se extrapolan a otros, lo que crea diversas perplejidades. Guibourg analiza sucintamente el caso del Derecho y se muestra más bien escéptico en cuanto a la posibilidad de superarlas.

La sección de *Notas* es en este número relativamente breve. En la primera de ellas, La racionalidad en el pensamiento y en la acción, Matti Sintonen se plantea (y ofrece una cierta respuesta a) las siguientes cuestiones en torno a la racionalidad: ¿Por qué es una noción relevante? ¿Qué significa ser racional? ¿En qué ámbito se sitúa la noción de racionalidad (la racionalidad se suele predicar de los individuos, pero también de entidades impersonales como el mercado o de la naturaleza)? ¿Hasta qué punto somos seres racionales? ¿Existe una noción de racionalidad que sea a la vez única, universal e interesante?

En El «Derecho como argumentación» y el Derecho para la argumentación, Alfonso García Figuerola responde a las objeciones que Isabel Lifante (en el anterior número de DOXA) había dirigido al artículo de aquel titulado La tesis del caso especial y el positivismo jurídico, publicado también en esta revista. Además, García Figuerola reconstruye, a efectos polémicos, las tesis de fondo sobre el Derecho que estarían implícitas en la crítica de Lifante. Y matiza en cierto modo su planteamiento inicial de tipo positivista y crítico con respecto a la tesis del caso especial; su propuesta consiste en «mantener en lo fundamental una teoría del Derecho positivista y al mismo tiempo reconocer el progresivo afianzamiento en los Estados constitucionales del momento de la aplicación del Derecho, así como de su dimensión justificativa» o, dicho en otra forma, en «una armonización de la teoría alexiana...con la tradición positivista».

En la última de las Notas, La ciudad como forma del pensamiento, María José González Ordovás señala cómo ha evolucionado el sistema urbanístico español, subrayando la contraposición que aquí se produce entre el Derecho válido y el Derecho eficaz; y pone de manifiesto las dificultades existentes para articular la participación del ciudadano en la actuación urbanística.

En la **Entrevista** a Robert Alexy que le hace Manuel Atienza, el autor alemán responde a una serie de cuestiones relativas a temas tales como su evaluación del positivismo jurídico y del constitucionalismo contemporáneo, sus afinidades y diferencias con Dworkin y con Habermas, su concepción de los principios como mandatos de optimización, su visión de la filosofía del Derecho alemana, su interpretación de la teoría del discurso o sus opiniones sobre los grandes filósofos del Derecho del siglo XX. El resultado viene a ser una síntesis de la concepción del Derecho de uno de los iusfilósofos más relevantes e influyentes de las últimas décadas.

Finalmente, la sección de **Bibliografía**, dedicada en este número a la filosofía del Derecho en España en el año 2000, ha sido coordinada en esta ocasión por Patricia Fernández-Pacheco.