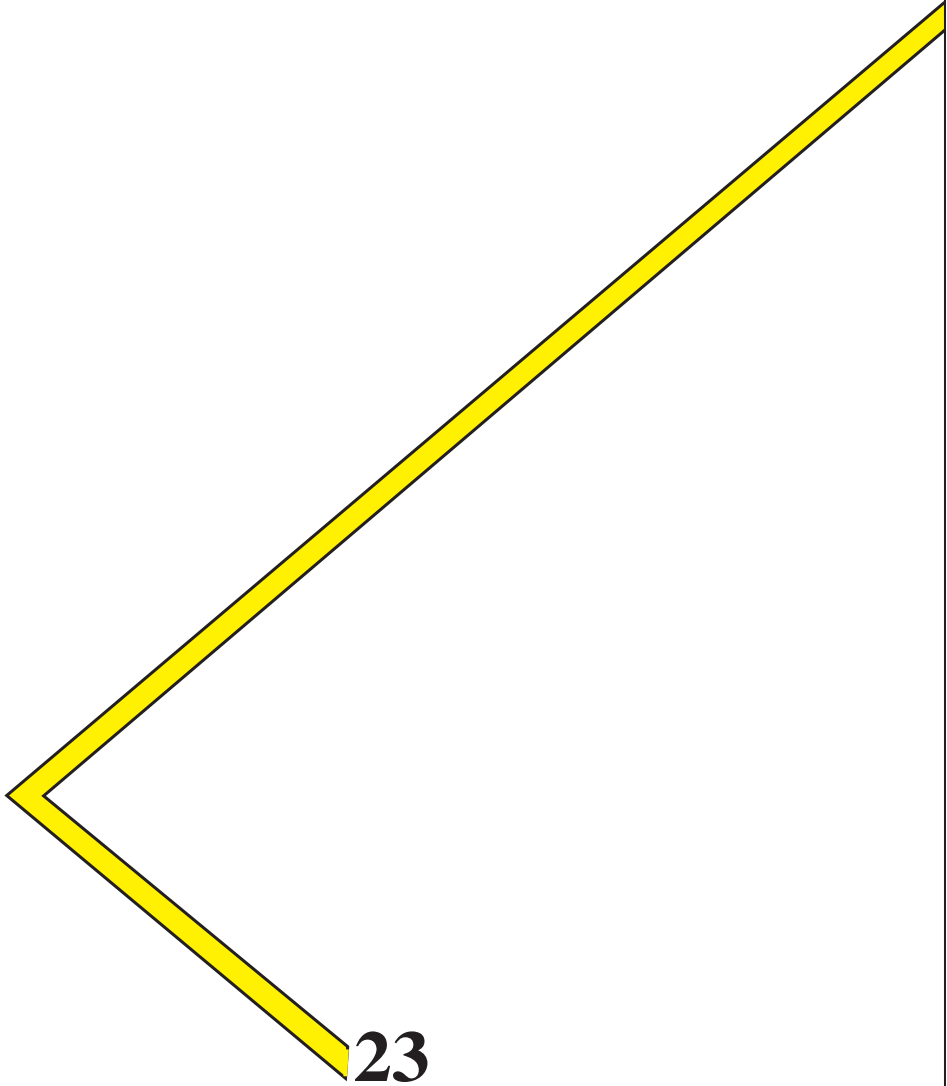


D

O

X

A



23



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, 2000

A la memoria de Albert Calsamiglia (1949-2000)



P R E S E N T A C I Ó N

***P**ara los que hacemos DOXA, el año 2000 será, inevitable y tristemente, el de la muerte de Albert Calsamiglia. Él había sido uno de los fundadores y de sus principales impulsores: publicó con frecuencia en sus páginas, animó a otros a que lo hicieran, sugirió qué temas merecían ser tratados y contribuyó, en definitiva, a configurar las señas de identidad de la revista; hasta el mismo nombre de «Doxa» fue una idea suya (siguiendo la atinada sugerencia de su esposa Silvia). Albert Calsamiglia ha sido, sin duda, uno de los filósofos del Derecho españoles más relevantes de la segunda mitad del siglo XX, y todos los que pertenecemos a ese gremio tenemos mucho que agradecerle: dedicar a su memoria este número 23 de DOXA es una manera de reconocer sus méritos profesionales.*

Sin embargo, para los que hemos sido no solo sus compañeros de profesión, sino también sus amigos, el recuerdo de Albert va unido a muchas otras cosas que no tienen, o no tienen del todo, una connotación profesional: cuando se es, como él lo fue, un filósofo vocacional, las virtudes humanas tienden a ser también virtudes filosóficas. Albert fue una persona generosa, abierta hacia los demás y hacia las nuevas ideas, y supo por ello realizar una obra propia, pero también animar y ayudar a otros a que realizaran la suya. Fue solidario, tenaz y (en el buen sentido) leal, y quizás por ello el último de sus trabajos, que tanto empeño puso en terminar antes de su prematura muerte, lleva como título «Cuestiones de lealtad». Fue siempre extraordinariamente amable y alegre, y esa cortesía y alegría de vivir no la perdió ni siquiera en los últimos meses, cuando la muerte estaba ya anunciada en su rostro, que siguió siendo franco y cordial para los demás. Su serenidad ante la muerte, basada sin duda en una convicción filosófica, es un ejemplo que no vamos a olvidar.

* * *

Teoría del Derecho y Tribunal Constitucional fue el título del «V Congreso Hispano-Italiano de Teoría del Derecho», organizado por el Área de filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante (Alicante, 21-23 de octubre de 1999). Los trabajos que integran la sección homónima en este número de DOXA (con excepción del de Alexy, incluido aquí por razones de coherencia temática) se corresponden con otras tantas ponencias o participaciones en mesas redondas presentadas en aquella ocasión.

En Una defensa de la rigidez constitucional, Víctor Ferreres sostiene una tesis que podría sintetizarse así: La rigidez constitucional (el que la Constitución no pueda modificarse como las leyes ordinarias) se justifica usualmente por el valor de la estabilidad. Pero el problema es que ese argumento, válido en relación con la parte de la Constitución que establece la estructura y las relaciones de los diversos órganos del Estado, no parece sin más aplicable en materia de derechos y libertades. En opinión del autor, la rigidez constitucional (o cierto grado de rigidez) en esta materia tiene justificación si la Constitución expresa los derechos y libertades en términos relativamente abstractos, de manera que no dé lugar a que se produzca un divorcio entre el contenido de esos derechos y el consenso mayoritario existente en la sociedad; en ese tipo de Constitución, el control judicial de la ley parece también justificado: la rigidez de la Constitución abstracta es un medio para garantizar y preservar la práctica argumentativa consistente en dar y pedir razones en defensa de la ley.

Pablo de Lora (La posibilidad del constitucional thayeriano) se plantea el problema de cómo justificar que un órgano que no tiene carácter representativo, el tribunal constitucional, tenga sin embargo el poder de determinar el ámbito y el contenido de los derechos básicos de los individuos. Su respuesta es que tal cosa solo puede ser aceptable si el tribunal en cuestión está diseñado de tal manera que en la toma de decisiones se respete la «regla de Thayer», la cual exige la unanimidad para que una ley pueda anularse por considerarse contraria a la Constitución.

El trabajo de Marisa Iglesias (Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional) está estrechamente ligado a los dos anteriores. Iglesias plantea el problema de la justificación política y moral de la justicia constitucional que surge como consecuencia del carácter abstracto y controvertido del lenguaje constitucional (especialmente, las cláusulas relativas a derechos fundamentales). En su opinión, esa característica del lenguaje constitucional (particularmente la existencia de lo que Gallie llamó «conceptos esencialmente controvertidos») no tiene por

qué llevar a un «escepticismo semántico»: la interpretación de la Constitución no es una operación puramente subjetiva, sino que existen ciertos criterios objetivos, y ello es un argumento poderoso en contra de la «objeción democrática».

En *Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional*, José Juan Moreso parte también de la peculiaridad de la interpretación constitucional debida a la presencia de conceptos esencialmente controvertidos, y defiende la tesis (lo que suele llamarse «el positivismo jurídico inclusivo») de que la identificación del Derecho aplicable por los jueces presupone el uso de pautas morales. El autor se centra básicamente en discutir dos argumentos que se suelen presentar contra esa tesis: el de la controversia, según el cual no cabría ofrecer respuestas objetivas a cuestiones que envuelven la utilización de conceptos controvertidos (por ejemplo, el de trato degradante); y el de la autoridad, debido fundamentalmente a Raz, y que viene a decir que solo se puede dar cuenta de la autoridad del Derecho si este puede identificarse sin recurrir a nociones morales.

En *Democracia sin derechos*. En torno al Kelsen democrático, Anna Pintore, tras criticar la vinculación kelseniana entre relativismo y democracia (para justificar ésta es irrelevante la cuestión metaética de la objetividad o no de los valores), analiza el modelo de democracia defendido por Kelsen. Anclado en el horizonte del *Rechtstaat* decimonónico, Kelsen no elaboró una teoría de la democracia constitucional sobre cómo conciliar soberanía popular (democracia) y constitución (derechos), problema central del constitucionalismo actual: en Kelsen estaría ausente el lado de los derechos, y su sugerencia de evitar en las constituciones vagos conceptos valorativos resulta ingenua. No obstante, según Pintore, en Kelsen estaría implícito un modelo de «democracia constitucional sin derechos» cuya deferencia hacia el legislador democrático «puede desempeñar una función de saludable contrapeso frente a los modelos de democracias saturadas de derechos actualmente predominantes».

Alfonso Ruíz Miguel (Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional) defiende la tesis de que la justicia constitucional en el modelo americano y en el europeo no presentan diferencias que puedan considerarse cualitativas. Para mostrarlo, efectúa un análisis comparativo a partir de los tres criterios que suelen usarse para caracterizar la «jurisdicción»: el que se trate de un procedimiento de aplicación y no de creación de Derecho; dirigido a resolver controversias de carácter concreto; y en el cual sus órganos y las decisiones emanadas de ellos están en una situación de independencia e imparcialidad.

El centro del trabajo de Luis Prieto, Tribunal constitucional y positivismo jurídico, es el carácter bifronte que presentan las Constituciones basa-

das en principios y en los derechos fundamentales: por un lado, suponen un incremento en la indeterminación del Derecho y en la discrecionalidad de los jueces, que ya no estarían sometidos estrictamente al imperio de la ley; pero, por otro lado, los principios ofrecen también pautas normativas allí donde antes no existía más que discrecionalidad política. La insuficiencia del positivismo jurídico en relación con esta nueva situación la ve Prieto en el hecho de que la aplicación de los principios reclama una teoría de la argumentación judicial, pero el positivismo se ha caracterizado por ser «una teoría del Derecho sin teoría de la argumentación».

Finalmente, el artículo de Robert Alexy (Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal) analiza críticamente una famosa sentencia del tribunal constitucional alemán que consideró conforme a la Constitución la condena, por la muerte de personas que trataban de pasar el muro de Berlín, de un guardia fronterizo y de varios altos funcionarios de la Antigua RDA. En la argumentación del tribunal tiene gran importancia la utilización de la llamada «fórmula de Radbruch», según la cual «el Derecho extremadamente injusto no es Derecho». Alexy considera que la decisión es correcta en cuanto al resultado (salvo en lo que se refiere a la culpabilidad), pero no en cuanto a la fundamentación.

La segunda sección monográfica de este número, Funcionalismo, teoría de sistemas y Derecho penal, recoge básicamente las actas del II Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal que bajo aquel título se celebró en la Universidad de León el 8 y 9 de junio de 2000.

Juan Antonio García Amado (¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal) examina críticamente la concepción de Jakobs y otros autores que han tratado de construir una teoría del Derecho penal basada en el funcionalismo luhmanniano. Por un lado, García Amado considera que el resultado obtenido no es una teoría penal que pueda considerarse plena y coherentemente funcional. Por otro lado, esos autores habrían mezclado en sus escritos diversos niveles de discurso (el externo propio de la teoría de sistemas y el interno característico de la dogmática y de la teoría del Derecho), lo que les lleva a utilizar un lenguaje equívoco.

También es básicamente crítica la valoración que Evaristo Prieto efectúa de la orientación de una parte de la dogmática penal actual hacia la teoría de sistemas. En su trabajo Teoría de sistemas, funciones del Derecho y control social. Perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal, Prieto centra sus objeciones en estos tres aspectos: es dudoso que las tesis de Luhmann hayan sido acogidas con fidelidad en la ciencia penal; algunas de las propuestas funcionales de la prevención general positiva de la

pena (protección de la integridad del ordenamiento jurídico, refuerzo de la conciencia normativa) no pueden considerarse estrictamente sistémicas; los planteamientos de Luhmann, en definitiva, no son aptos para construir, a partir de ellos, una teoría del control tan exigente como la que ofrece el enfoque de la prevención general positiva.

El trabajo de Enrique Peñaranda, Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito, se centra en la concepción de Günther Jakobs (que es el paradigma del funcionalismo en la dogmática penal). Peñaranda muestra cuáles son los rasgos característicos de esa concepción: básicamente, considerar que el fundamento del Derecho penal es garantizar la identidad normativa, la constitución misma de la sociedad. Analiza las críticas que con mayor frecuencia se han dirigido a Jakobs: su teoría de la pena lleva a una instrumentalización de la persona, ya que no habría límites frente a la necesidad de la prevención general positiva. Y matiza el alcance de esas críticas que, en opinión de Peñaranda, no suelen tomar en consideración los últimos escritos de Jakobs que, en relación con la pena, apuntan a una síntesis entre las finalidades preventivas y las consideraciones deontológicas.

La sección se acaba con un trabajo inédito del propio Jakobs, Sobre la génesis de la obligación jurídica. Las tesis fundamentales que ahí se contienen, las resume su autor como sigue: «La obligación jurídica no es un concepto que pertenezca al espíritu subjetivo, sino al espíritu objetivo. Por ello, no puede deducirse de un contrato entre individuos, sino que solo se genera una obligación cuando a una persona -y precisamente por ello se es persona- se le impone conforme al entendimiento general un cometido que es de interés común. El entendimiento general de que la tarea debe soportarse por la persona no puede ser sustituido por la mera coacción. En la actualidad puede decirse que lo que genera las obligaciones es la economía».

La sección de artículos de tema libre empieza con el trabajo de Liborio Hierro, ¿Qué derechos tenemos? Hierro define los derechos humanos como «aquellas libertades, inmunidades, pretensiones y potestades que corresponden a todo ser humano como condición necesaria para realizarse como sujeto moral y cuya satisfacción es condición necesaria y suficiente para justificar la existencia, el origen y el contenido de un sistema jurídico». Considera que el fundamento (el fundamento moral) de los derechos humanos es la concepción moral de la persona como agente autónomo. Y a partir de ahí establece como derechos subjetivos básicos los de libertad, igualdad y seguridad, que analiza con gran detalle. Una de las consecuencias de su planteamiento es que no se puede cerrar la nómina de los derechos

morales básicos: «los derechos...se expanden al mismo ritmo que se expande la riqueza material y cultural de una sociedad».

Al texto de Hierro le sigue uno de Ricardo García Manrique (En torno a la libertad, la igualdad y la seguridad como derechos humanos básicos. Acotaciones a Liborio Hierro) en el que se comentan algunas de las tesis sostenidas por aquél. En particular, García Manrique se refiere a los tres aspectos siguientes: la forma de plantear la pregunta acerca de cuál es el núcleo duro de los derechos humanos; la definición de los derechos humanos; la identificación de los tres derechos humanos más importantes, la determinación del contenido de cada uno de ellos y la fijación de unas reglas que permitan ordenarlos entre sí.

En Una fundamentación de la democracia, Ulises Schmill trata de establecer las ideas subyacentes que permitan la comprensión como un todo significativo de la institución de la democracia, en cuanto forma de Estado, sin adoptar ninguna posición valorativa al respecto. Su tesis central es que, frente a la opinión de autores como Kelsen que creyeron encontrar la fundamentación conceptual de la democracia en el concepto de libertad política, la clave conceptual de la democracia estaría en la igualdad, en la noción de igualdad política, de la cual se deriva el principio de la mayoría. Schmill matiza, no obstante, que las nociones de libertad y de igualdad están estrechamente relacionadas.

Rodolfo Vázquez analiza, en Teorías y principios normativos en bioética, las diversas propuestas que los filósofos suelen ofrecer a la pregunta de qué tipo de moral y qué principios morales deben usarse para resolver los problemas prácticos que se plantean, por ejemplo, en un comité de ética hospitalaria. Vázquez hace una distinción según se trate de un filósofo «modesto» (que se limita al oficio de técnico en su disciplina); un filósofo «ambicioso» que aboga por alguna concepción generalista de la ética (deontologismo, utilitarismo...) o bien particularista (ética del cuidado, de la virtud, casuística...); o un filósofo de «la tercera vía» que apela a un «equilibrio reflexivo» entre principios generales y convicciones particulares, o bien reconoce (aquí es donde él se sitúa) la primacía de los principios, pero con un valor únicamente prima facie.

El trabajo de Rafael Hernández Marín, El proceso de creación de Derecho, está dividido en dos partes. En la primera muestra qué etapas o aspectos del proceso de creación de derecho son relevantes para la conversión de un documento en Derecho y cuáles no, así como qué es lo que ocurre en esas etapas. En la segunda parte expone las dificultades que existen para identificar un documento como Derecho y algunas consecuencias que se derivan de dichas dificultades.

En La deducción normativa, escrito por Txetxu Ausín y Lorenzo Peña, los autores presentan un sistema de lógica deóntica que, en su opinión, resulta adecuado para el razonamiento jurídico. Una de las características de ese sistema es que se aleja del paradigma modal clásico, lo que permite evitar el problema de las paradojas deónticas y representar adecuadamente los imperativos contrarios a deber y las obligaciones de mal menor. Otra es que se trata de una lógica paraconsistente, lo que facilita afrontar el problema de los conflictos y de las contradicciones normativas.

Proposiciones de Derecho. ¿Es realmente ininteligible la teoría de Dworkin? es el título del trabajo de Pablo Bonorino dedicado a discutir algunas objeciones que ciertos filósofos analíticos han dirigido a Dworkin: la falta de distinción entre las «normas» y las «proposiciones normativas»; y, en consecuencia, el haber elaborado una noción de «proposición de Derecho» (clave en su crítica al positivismo jurídico) como una categoría ininteligible, puesto que tendría propiedades (carácter prescriptivo y valor de verdad) que son incompatibles. Bonorino sostiene que hay razones para rechazar esas críticas, que se basan en la toma en consideración de las tesis semánticas subyacentes a la propuesta interpretativa de Dworkin.

En Praxis y normatividad como criterio de científicidad de la «ciencia jurídica», Jesus Vega aborda la vieja discusión de si la dogmática jurídica es o no una verdadera ciencia. Su respuesta es que no lo es y que tampoco puede llegar a serlo, porque se trata de «una disciplina cuyo ámbito de racionalidad se agota...en la escala inmanente de las relaciones jurídico-normativas». En su opinión, la actual teoría del Derecho parte de la convicción contraria, porque asume que la normatividad jurídica constituye un criterio suficiente de científicidad. La crítica que Vega presenta de esta última postura se inspira básicamente en la filosofía de la ciencia de Gustavo Bueno.

Enrique Haba ofrece la siguiente síntesis de su trabajo Semiótica ilusionista y semiótica desencantadora. Mitomanías de la Razón «constructivista»: ¿Racionalidad de los juristas o racionalidad de los iusemióticos?: «La mayor parte de los estudios que suelen ubicarse bajo el rubro Semiótica Jurídica se preocupan por constuir o re-construir unos 'sistemas'; son víctimas, así, de fantasías racionalistas respecto al derecho y a las conductas sociales en general. A diferencia de ese tipo, esencialmente ilusionista, existen también, aunque minoritarios, estudios semióticos que sacan a luz cómo son y qué ocultan los discursos jurídicos en la práctica. Tales estudios no andan a la caza de sistemas, no confunden una racionalidad del propio semiótico con las formas de pensar que cultivan los juristas mismos. La Semiótica Jurídica realista recurre simplemente a 'ideas para tener en cuenta' y es esencialmente des-fabuladora».

En el último de los artículos de la sección, Tecla Mazzaresse (Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente) parte de la escasa atención que los lingüistas han dedicado a la noción de «significado literal», que contrasta con la importancia que le atribuyen los juristas teóricos y prácticos. A fin de explicar esa divergencia, la autora analiza cuáles son las críticas y reservas principales formuladas por los lingüistas a propósito de esa noción; muestra la diversidad de usos que tienen los términos «literal» e «interpretación» en el lenguaje de los juristas; y concluye señalando que la razón por la que los juristas siguen recurriendo a la interpretación literal no es otra que la defensa del valor de la seguridad jurídica.

La sección de Notas es, en esta ocasión, considerablemente extensa y, como suele ocurrir, marcadamente heterogénea en cuanto a los temas tratados.

Se abre con un ensayo de Gabriel Bello, Rorty y el pragmatismo, que constituye, en esencia, el texto de una conferencia organizada por el Aula de Cultura «Jorge Juan» de la Universidad de Alicante, como parte del ciclo «Diez filósofos del siglo XX». El trabajo tiene dos partes. En la primera, Bello muestra cuál es el contexto en el que se gesta y desarrolla la obra de Rorty: el cruce del pragmatismo americano con el neopositivismo y la filosofía analítica de origen europeo. En la segunda, sugiere que el núcleo teórico de la misma puede sintetizarse así: compromiso axiológico; antifundamentalismo filosófico; método pragmático-conversacional contingente; articulación del espacio conversacional en torno a la separación público/privado y a la defensa de un etnocentrismo abierto.

Domingo Araya, en Algunos símbolos de nuestra crisis, analiza la crisis del hombre contemporáneo a través de cuatro novelas que considera paradigmáticas: Crimen y castigo, de Dostoievski; 1984, de Orwell; El señor de las moscas, de Golding; y El extranjero, de Camus. Todas ellas tienen en común que «las ideas de justicia y de racionalidad son desconocidas y usurpadas mediante la transgresión de los límites».

Frente a la objeción que suele dirigirse a la teoría moral por su presunta falta de relevancia práctica, María Teresa López de la Vieja (Ética y modelo de los principios) defiende básicamente estas tres tesis: los principios morales (entendidos como principios prima facie) son suficientemente flexibles como para responder a las demandas de aplicabilidad; las teorías morales, aun siendo teorías relevantes para la práctica, tienen siempre una aplicabilidad restringida; el mayor ajuste entre principios y casos prácticos nunca podrá sustituir a la iniciativa y a la decisión de los mismos agentes.

En Sobre la función promocional del Derecho. Un análisis conceptual, Juan A. Pérez Lledó presenta cuatro técnicas jurídicas promocionales: el

premio puro, con finalidad retributiva, de reconocimiento de conductas o trayectorias vitales especialmente virtuosas; la promesa de premio, que a la anterior función añade la de motivación, suministrando «razones operativas para la acción»; el incentivo puro, que sólo tiene esta finalidad motivadora; y la facilitación, que suministra medios (materiales o jurídicos) para posibilitar o facilitar una conducta, sin por ello motivarla directamente (sólo aporta «razones auxiliares») ni reconocerla.

La crítica que María Concepción Gimeno Presa (Teoría y doctrina de la interpretación jurídica en la propuesta de Riccardo Guastini) dirige a la concepción de la interpretación jurídica de Guastini se basa en la idea de que el iusfilósofo italiano no es fiel a la propia distinción que él establece entre el discurso descriptivo y el prescriptivo. Eso le lleva a sugerir también que el propio criterio de demarcación establecido por Guastini podría considerarse inapropiado.

En Una crítica a un crítico del «no positivismo», Isabel Lifante presenta un comentario al artículo de Alfonso García Figueroa La tesis del caso especial y el positivismo jurídico, publicado en el anterior número de DOXA. Lifante pone de manifiesto algunos de los problemas en los que, en su opinión, incurren algunas de las críticas dirigidas por García Figueroa contra la llamada concepción «no positivista» del Derecho; en particular, la pretendida confusión entre teoría del Derecho y teoría de la función judicial, o entre pertenencia y aplicabilidad, y el carácter ideológico de la teoría.

Ricardo Guarinoni (Algunas reglas de clausura) plantea la cuestión de si sería posible clausurar un sistema jurídico con normas que no tengan como contenido permisiones, y llega a una conclusión negativa. En su opinión, las razones para rechazar esa posibilidad son tanto lógicas como pragmáticas: un sistema con esas reglas de clausura sería lógicamente inconsistente e incapaz de guiar la conducta de los destinatarios.

En Sobre el sentido del Derecho. Carta a Tomás-Ramón Fernández, Manuel Atienza comenta, en un estilo epistolar, el libro escrito conjuntamente por Alejandro Nieto y Tomás-Ramón Fernández, El Derecho y el revés, así como un libro posterior de Nieto, El arbitrio judicial que, según Atienza, viene a representar algo así como «la revuelta contra el formalismo» de los juristas españoles contemporáneos. En su Respuesta a Manuel Atienza, Tomás-Ramón Fernández aclara de qué forma debe entenderse su alegato (en su diálogo epistolar con Nieto) en favor de la técnica jurídica; precisa su postura en favor de la tesis de la única respuesta correcta; e insiste en la importancia de tener en cuenta el «escenario procesal» para poder entender cómo funciona el Derecho.

Finalmente, en la Entrevista que Manuel Atienza le hace a Robert S. Summers, este último traza un recorrido por su formación intelectual en los Estados Unidos y en Europa, deteniéndose especialmente en su etapa de estudiante con Hart; sintetiza las tesis de sus obras principales; y contesta a diversas cuestiones sobre la situación de la teoría del Derecho en la actualidad.

Este número se completa, como es habitual, con la sección de resúmenes de bibliografía iusfilosófica española, coordinada en esta ocasión (correspondiente al año 1999) por Ángeles Ródenas. Esta sección está ahora disponible a través de internet, en el portal de DOXA, cuya dirección es: <http://cervantesvirtual.com/portal/doxa>

Los editores de DOXA deseamos, por último, felicitar a la Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso con ocasión de su trigésimo aniversario, del cual damos cuenta en una nota informativa incluida al final de este número.