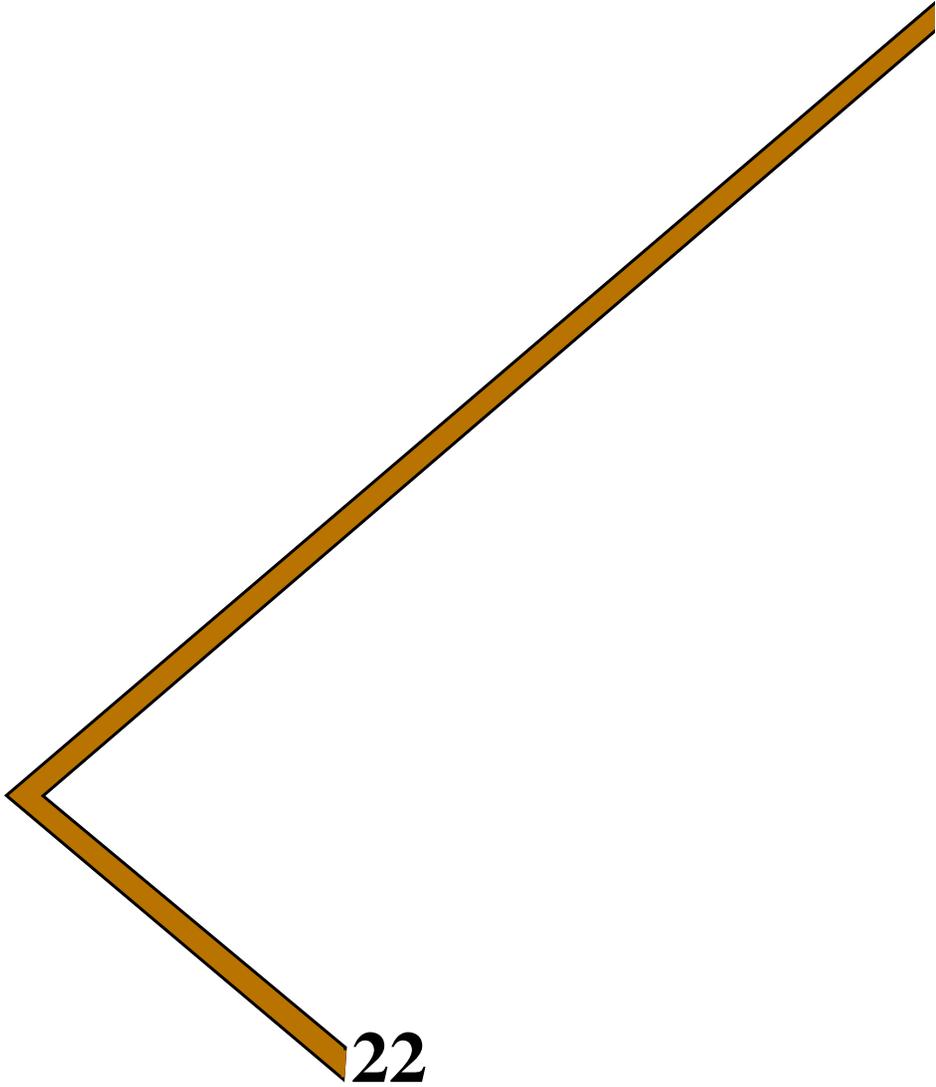


D

O

X

A



22

Seminario de Filosofía
del Derecho de la
Universidad de
Alicante

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

Alicante, 1999

P R E S E N T A C I Ó N

La aparición de este número 22 de DOXA viene a coincidir con el inicio del portal del mismo nombre en la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes de la Universidad de Alicante (<http://cervantesvirtual.com/portal/doxa>). DOXA surgió, en 1984, en un momento de renovación de la filosofía del Derecho en España y con la vocación de servir como vehículo de comunicación e intercambio entre los filósofos del Derecho latinoamericanos y los de Europa latina. Fieles a ese espíritu, ofrecemos ahora un conjunto de servicios de documentación que consideramos de interés para la comunidad de filósofos del Derecho que se expresan en lengua española. El lector (o el internauta) podrá encontrar en la anterior dirección, entre otras cosas, la bibliografía correspondiente a la filosofía del Derecho en España en 1998 (coordinada en esta ocasión por Pablo Larrañaga), y la edición digital de los primeros números de DOXA.

El estudio de Aleksander Peczenik y Jaap Hage que, en este número, abre la sección **Sobre el razonamiento jurídico**, y que lleva como título Conocimiento jurídico, ¿sobre qué?, no concierne solo a la ontología y a la epistemología jurídicas, sino que conecta estas cuestiones con la del razonamiento jurídico. Los autores parten de una teoría del Derecho convencionalista-institucionalista, de acuerdo con la cual el Derecho consiste en una mezcla de entidades convencionales e institucionales: la existencia de entidades convencionales (por ejemplo, de ciertas normas) depende de las creencias de una parte significativamente extensa de la población; y las entidades institucionales existen porque son la conclusión de cierta regla que existe en una comunidad. Ahora bien, esta teoría tiene que ser corregida, de manera que se pueda incorporar a ella la idea de que el Derecho debe ser coherente. Y esto es lo que les lleva a sostener que, de alguna forma, los

procedimientos de justificación del Derecho, la argumentación jurídica, contribuye a conformar lo que el Derecho es: el Derecho es «lo que la mejor teoría de todo [la más coherente] dice que es», y los procedimientos argumentativos están concebidos para obtener esta teoría más coherente.

En su trabajo Precomprensiones, racionalidad y métodos, en las resoluciones judiciales, Enrique P. Haba se propone traer a la memoria una obra de Joseph Esser de 1970 (Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung), donde «los temas centrales hacia los que tantea Dworkin fueron examinados en un nivel de agudeza y de matizaciones infinitamente superior». Este juicio está encaminado, sin embargo, más a denostar la obra de Dworkin (como prototipo de la teoría del Derecho dominante) que a ensalzar la de Esser. Haba presenta, en efecto, varios reparos a la obra del autor alemán: Esser no habría distinguido siempre con nitidez el plano del ser y el del deber ser, no logra tampoco proporcionar unos criterios firmes para hallar racionalidad en los procedimientos interpretativos, e incurre en el «error clave» de embarcarse en la búsqueda de un fundamento global de la interpretación que cree encontrar en unas precomprensiones «racionales».

Fernando Atria se ocupa en su contribución (Del Derecho y el razonamiento jurídico) de un problema que se le plantea a la teoría positivista del Derecho y que consiste en que no es capaz de dar una explicación adecuada del razonamiento jurídico que no suponga una distorsión del mismo. En su opinión, existe una tensión entre la teoría del Derecho y la del razonamiento jurídico, que se debe, al menos en parte, a una diferencia de perspectiva: la primera se plantea preguntas del tipo ¿qué es el Derecho? o ¿cuándo puede decirse que un sistema jurídico existe?, respecto de las cuales, la distinción entre el Derecho que es y el que debe ser resulta clara; pero la segunda trata de otras cuestiones, ¿cómo funciona el Derecho?, ¿cómo se aplica el Derecho?, donde esa claridad deja de existir. Atria muestra las dificultades que, para armonizar estas dos perspectivas, se encuentran en las obras de «los autores positivistas más sofisticados» como Hart, MacCormick o Raz.

Finalmente, Hugo Zuleta (Análisis lógico-semántico de las normas jurídicas: las normas como contextos no extensionales en el razonamiento jurídico) se plantea el problema de que cuando se conciben las normas como condicionales materiales surge la dificultad de que no se puede reflejar de manera adecuada el modo de razonar de los juristas. La reconstrucción de ciertas formas de razonamiento jurídico requiere, en su opinión, utilizar las herramientas de la lógica cuantificacional; sólo de esta forma se puede detectar dónde residen las dificultades y cuál es el camino para su solución.

*La siguiente sección de la revista recoge, bajo el título de **Problemas de Teoría del Derecho**, una serie de ponencias y de intervenciones en mesas*

redondas que se presentaron en el IV Congreso Hispano-Italiano de Teoría del Derecho, celebrado en Almagro a comienzos de octubre de 1998. Arranca con un trabajo de Claudio Luzzati (Más allá de Kelsen. Monismo y pluralismo en el Derecho internacional) en el que se examinan los dos aspectos que parecen estar en discusión a propósito de la teoría internacjonalista de Kelsen: la reducción del Derecho a un conjunto de técnicas coercitivas, y la visión monista del Derecho, de acuerdo con la cual el ordenamiento estatal sería un ordenamiento parcial sometido al ordenamiento internacional. Luzzati se ocupa, sobre todo, de la segunda cuestión, lo que le lleva a analizar las razones por las cuales la epistemología jurídica neokantiana de Kelsen resulta inadecuada, y a explorar las posibles alternativas a las posiciones del jurista de Praga.

Isabel Lifante (Interpretación y modelos de Derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica) se ocupa de uno de los problemas más discutidos en la teoría de la interpretación contemporánea y que tiene como protagonistas, por un lado, a Dworkin y, por otro, a Raz y a Marmor. Lifante parte de que los argumentos de estos dos últimos (los intencionalistas) se basan en la noción de autoridad, muestra la problemática que plantea el «escurridizo concepto de “intención”», y llega a la conclusión de que sus tesis difícilmente pueden calificarse de «intencionalistas» respecto a la interpretación jurídica; además, en opinión de la autora, los intencionalistas parten de un modelo de Derecho que no es adecuado para caracterizar la interpretación jurídica

El trabajo de Alfonso García Figueroa (La tesis del caso especial y el positivismo jurídico) se conecta estrechamente con el de Fernando Atria, aunque las orientaciones de ambos trabajos son, en cierto modo, opuestas. García Figueroa parte de que lo que caracteriza a la «teoría estándar de la argumentación jurídica» (cuyo núcleo lo constituyen las obras de Alexy y de MacCormick) es la tesis del caso especial, esto es, el sostener que el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general. Ahora bien, a esta tesis subyace una teoría no positivista, o antipositivista, del Derecho que el autor juzga problemática: por un lado, produce una disolución del concepto de Derecho y de la función judicial, y, por otro lado, se basa en la confusión de las nociones de pertenencia y aplicabilidad, causada por la adopción de la perspectiva interna, esto es, la perspectiva del participante.

En Modelos teóricos del Estado de Derecho, Rafael de Asís pretende dar cuenta de las diferentes concepciones que se han elaborado sobre el Estado de Derecho, diferenciando dos perspectivas de análisis, la analítica y la histórica. La perspectiva analítica parte del significado de los términos que componen la expresión «Estado de Derecho», y permite diferenciar dos ti-

pos de construcciones: las sistemáticas y las no sistemáticas. La perspectiva histórica analiza la expresión de acuerdo con el significado que tiene en sus primeras formulaciones.

Alberto Puppo se ocupa (en Los rostros de la ciencia jurídica entre aceptación, descripción e inscripción del Derecho) del papel de los juristas teóricos en la identificación de un ordenamiento jurídico y en la determinación de su contenido. En su exposición empieza reconstruyendo el concepto de punto de vista interno y de aceptación. Pasa luego a mostrar las peculiaridades del punto de vista del jurista y de su discurso. Distingue además entre diversos sujetos y objetos del discurso jurídico. Y concluye sosteniendo la tesis de que la ciencia jurídica, más que a describir (como el sociólogo) o a prescribir (como el legislador), se dedica a escribir el Derecho.

En Validez, aplicabilidad y nulidad. Un análisis comparativo de la teoría del Derecho y la dogmática jurídica, José Luis Pérez Triviño estudia el problema de las normas irregulares, centrándose en las que son inválidas, vigentes y obligatorias para determinados órganos. El autor entiende que la solución dada por Kelsen al problema, basada en la teoría de la cláusula alternativa tácita, es insatisfactoria, pues en realidad, lo que hace es diluir el problema de las normas irregulares. En su lugar, propone partir de la distinción entre validez y aplicabilidad, y considerar que las normas irregulares son inválidas pero aplicables. De esta forma se pueden explicar satisfactoriamente algunos casos que ha discutido la dogmática jurídica: las leyes estatales que afectan a competencias de una Comunidad Autónoma y el saneamiento del contrato anulable.

Constructivismo y teoría del Derecho es la contribución de Vittorio Villa a una de las mesas redondas de aquel Congreso, organizada en torno a la pregunta «¿Qué teoría del Derecho?». La respuesta de Villa es una teoría constructivista dirigida a operar una reconversión, sobre todo, epistemológica, de algunos presupuestos comunes de las teorías jurídicas analíticas contemporáneas. El constructivismo que él defiende trata de situarse a mitad de camino entre el realismo y el relativismo y se caracteriza por la nota del pluralismo de los esquemas conceptuales y de los vínculos de la actividad cognoscitiva (de manera que no hay una proliferación incontrolada de las diversas «lecturas interpretativas»). La asunción de esa concepción tendría como resultado la crítica a las concepciones objetualistas y relativistas del Derecho.

El tema de la otra mesa redonda del Congreso de Almagro fue «Racionalidad y crisis de la ley». La intervención de Perfecto Andrés Ibáñez (que lleva ese mismo título) se centra en la distinta relación del juez con la ley que supone el modelo liberal, por un lado, y el modelo del Estado constitucional de Derecho, por el otro. El autor considera que, dentro de este últi-

mo modelo, se produce un notable reforzamiento del papel del juez que obedece a la nueva fisiología del ordenamiento y que, en ese sentido, es irreversible; sin embargo, hay también una «judicialización» patológica a la que habría que hacer frente. Ahora bien, el hecho de que conviva pacíficamente la preocupación por la crisis de la racionalidad legal que genera ese judicialismo con la renuncia a utilizar los medios aptos para que el juez pueda realizar adecuadamente su función constitucional hace pensar que muchas veces lo que no se acepta es ese modelo constitucional de juez.

Michele Taruffo (en *Racionalidad y crisis de la ley procesal*) aborda la problemática desde la vertiente procesalista. Para ello, distingue dos nociones distintas de «racionalidad de la ley procesal». Determina en qué consiste la crisis de la ley procesal a partir de esas dos nociones. Señala algunas de las causas de la crisis. Y sugiere estos tres remedios: cambiar la cultura procesalista, en el sentido de superar actitudes obsoletas y formalistas legadas por la dogmática tradicional; recuperar y reformular los valores fundamentales y los principios generales del proceso; y redefinir de una manera sistemática los instrumentos de tutela personal.

Finalmente, la última intervención de esa mesa redonda es la de Francisco Laporta: *Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley*. El autor parte de tres sentidos distintos de «ley» que se conectan con otras tantas ideas de racionalidad: la ley como el peldaño inmediatamente inferior a la constitución, ligado a la racionalidad deductivo-formal; la ley como expresión de la voluntad general, conectada con la racionalidad decisoria; y la ley como norma general y abstracta que apela a la noción de racionalidad como universalidad. Los fenómenos de crisis de la ley se producen en relación con los tres planos y abren una serie de interrogantes que tienen que ver con las dificultades de decidibilidad de las decisiones del poder; con los déficit de democracia, de legitimidad de origen, y con la dificultad de que la relación instrumental medio-fin pueda extenderse sin más de la realidad natural a la de las interacciones humanas.

La máquina y la norma. Dos modelos de Constitución, de Michel Troper; abre la sección de **Artículos**. El autor sostiene que existen dos maneras de concebir las constituciones que llevan a plantear de manera distinta su redacción, interpretación y análisis. No se trata de representaciones históricas o de clases en las que encajar cada constitución concreta, sino de modelos dotados de valor heurístico. Según el modelo normativo, la constitución sería un tipo de norma, cuya eficacia está asegurada porque las autoridades se someten a reglas obligatorias. El modelo mecanicista, por el contrario, trata de que sea la organización misma del sistema la que determine ciertos comportamientos a los que los gobernantes no pueden sustraerse.

En Lagunas axiológicas y relevancia normativa, Jorge Luis Rodríguez arranca de la distinción entre lagunas normativas y lagunas axiológicas trazada por Alchourrón y Bulygin y precisa el segundo de estos conceptos a partir de la noción de relevancia normativa. El autor traza una distinción entre dos nociones (descriptivas) de relevancia normativa paralela a la distinción entre los conceptos (descriptivos) de permisión positiva y negativa. Y termina vinculando la noción de laguna axiológica con el problema de la derrotabilidad de las normas jurídicas.

Carlos Alarcón Cabrera empieza su trabajo Dos conceptos de validez recordando la tesis del último Kelsen sobre la imposibilidad de llevar a cabo inferencias normativas. Examina luego la propuesta según la cual la tesis kelseniana tendría una excepción en el caso de las reglas hipotético-constitutivas. Y muestra que para contestar a la pregunta de ¿en qué sentido es deónticamente válida una norma inferida de otra norma deónticamente válida? hay que separar el concepto de «validez semántica» de los enunciados deónticos (validez como verdad), del concepto de «validez sintáctica» de los status deónticos (validez como existencia).

Antonio Peña Freire (Reglas de competencia y existencia de las normas jurídicas), tras efectuar un análisis de diversas concepciones de las reglas de competencia, plantea la conexión entre ese tipo de normas y las condiciones de validez y existencia de las normas jurídicas de la siguiente forma: la existencia de las normas de una cierta clase la determina la regla que confiere poder a un órgano para crear normas de esa clase y las normas de procedimiento que son constitutivas de ese órgano; el resto de las normas (de procedimiento, de competencia, de reserva o de contenido) condicionan la validez de la norma en cuestión, pero no su existencia.

En Derecho y las reglas del mercado, Pedro Francés Gómez muestra algunas de las virtualidades que tiene la teoría de juegos al ofrecer un modelo del mercado como juego cooperativo. En su opinión, ese enfoque permite mostrar la naturaleza política de la regulación legal de los mercados y su uso como instrumento para promover fines de política económica. El autor sostiene que este tipo de regulación puede gozar de mayor legitimidad social que las intervenciones directamente redistributivas.

Inspirándose básicamente en la filosofía de Gustavo Bueno, Xacobe Bastida (Los asuntos de la filosofía del Derecho) contrapone dos maneras de entender la filosofía del Derecho que se relacionan, esencialmente, con la adopción de una perspectiva emic (interna) o etic (externa) sobre el Derecho. La primera concibe el Derecho como un conjunto de preceptos socialmente vinculantes cuya obligatoriedad no es puesta en duda; la segunda, como un producto cultural, cuyo sentido está en función de los demás elementos de la sociedad. El autor entiende que la perspectiva genuina-

mente filosófica es la segunda (la externa) pero, a su juicio, el rumbo actual de la filosofía del Derecho tiende a eliminarla.

El resto de los trabajos de la sección plantean, en cierto modo, cuestiones de ética jurídica. El de Thomas Gutmann (Contradicciones de la concepción comunitarista del Derecho) se dirige a criticar las posiciones comunitaristas integracionistas (frente a las participativas), que dirigen su atención, antes que a la protección de los derechos y libertades individuales, a la protección de la integridad de los vínculos comunitarios. Gutmann muestra que ese comunitarismo incurre en contradicciones básicas y se basa en presupuestos descriptivamente inadecuados y normativamente poco convincentes. Por ello, entiende que no puede erigirse en alternativa a la fundamentación postconvencional de la ética y al Estado de Derecho liberal.

En La ética de los derechos, Francesco Viola se plantea la cuestión de si los derechos constituyen o pueden constituir una ética completa y auto-suficiente, esto es, si cabe aceptar que la cuestión fundamental de la ética no sea la de establecer si una acción es buena o debida, sino la de si se tiene o no el derecho a realizarla. La respuesta que da es negativa, en cuanto las pretensiones de esa ética deben pasarse por la criba del razonamiento práctico y de la decisión común. El autor entiende que el verdadero problema ético de nuestro tiempo no es ya el reconocimiento de derechos (que ha pasado a ser un hecho), sino la forma de llevarlos a la práctica.

Gianluigi Palombella (Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría) toma como base para su estudio de los derechos «fundamentales» (que, a diferencia de los derechos «humanos», son relativos a un ordenamiento jurídico) la definición (o las definiciones) de derecho subjetivo. A partir de ahí, muestra de qué manera se pueden individualizar, entre los derechos subjetivos, a los derechos fundamentales; qué papel funcional específico desempeñan en el ordenamiento de un Derecho constitucional; qué se puede decir respecto a su existencia y a su protección y tutela efectivas; y qué relación mantienen con la democracia. Respecto a esta última cuestión, cabe destacar la tesis del autor de que «la clave para comprender los derechos fundamentales no es la democracia, sino la estructura del Estado de Derecho».

El trabajo de Ángel Puyol (Ética, derechos y racionamiento sanitario) pertenece al campo de lo que suele llamarse ética aplicada. El problema del que se ocupa es el de la justificación de los límites a la atención sanitaria por razones económicas. Los partidarios de establecer esos límites suelen esgrimir con frecuencia principios utilitaristas que, en opinión del autor, resultan inaceptables porque llevan a considerar el derecho a la atención sanitaria como un derecho colectivo y no como un derecho indivi-

dual. Puyol rechaza también las tesis neoliberales que reconocen el carácter individual del derecho, pero llevan a que el criterio de acceso al sistema sanitario dependa de la capacidad individual de pago. Y entiende que el camino a seguir es el marcado por la teoría de la justicia distributiva de Dworkin, a pesar de que la propuesta de este último se centra demasiado en la idea de responsabilidad individual.

Finalmente, François Ost y Mark van Hoecke (Del contrato a la transmisión. Sobre la responsabilidad hacia las generaciones futuras) plantean que la protección del medio ambiente requiere una toma en consideración del futuro en los planos ético, jurídico y político, a lo cual se oponen estos dos obstáculos: uno es la tendencia de la modernidad a pensar los problemas de la justicia en términos «contractualistas», de manera que sólo se reconocen obligaciones entre sujetos aproximadamente iguales y que mantienen entre sí relaciones de reciprocidad; otro es la «miopía temporal» de nuestra era que hace tabla rasa del pasado y es incapaz de proyectarnos en un futuro con sentido. La propuesta de los autores consiste en partir de conceptos como «responsabilidad» y «traspaso de una herencia» y de principios como la «igualdad entre generaciones», en lugar de las nociones de «contrato» y «reciprocidad».

En el trabajo que abre la sección *Notas* (Explicar y comprender. En torno a la filosofía del Derecho de Paul Ricoeur), Giuseppe Zaccaria sitúa en el centro de la obra del pensador francés una «dialéctica sutil» entre explicación y comprensión, en cuanto dimensiones complementarias, y no polos de una relación de exclusión. Pone luego de manifiesto el desplazamiento que se ha producido en el interés filosófico de Ricoeur desde el plano de la teoría del texto, de la acción y de la historia hacia lo jurídico. Y resalta cómo al ocuparse del problema de la aplicación de las normas jurídicas aparece de nuevo la dialéctica en cuestión, ahora bajo la forma de contraposición entre interpretación y argumentación.

Javier Sádaba (Guerra y lógica moral) se pregunta, a propósito de la intervención armada de la OTAN en la antigua Yugoslavia, qué ha dicho la teoría ética en relación con la guerra. Expone al respecto varios dilemas lógico-morales (doble efecto, conflicto de deberes, estado de necesidad, deberes prima facie) que, en su opinión, se pueden reducir a un único esquema de tipo general. Y termina con una crítica moral (y radical) a la actuación de Occidente en ese conflicto.

Finalmente, Josep Aguiló (Nota sobre «Presunciones» de Daniel Mendonca) presenta un comentario a un artículo de Mendonca publicado en el anterior número de DOXA. Aguiló entiende —en contra de lo sugerido por el autor paraguayo— que para dar cuenta de las presunciones en el Derecho es necesario echar mano de la distinción entre reglas y principios, y

que las llamadas «presunciones iuris et de iure» requieren un tratamiento diferenciado respecto de las otras presunciones y, en particular, recurrir a la noción de «norma constitutiva».

La **Entrevista** que Manuel Atienza hace a Aleksander Peczenik cierra este número de la revista. De las respuestas de este último, quizás merezca la pena destacar las que se refieren al tema de la argumentación jurídica. Peczenik considera que el primer tema de la filosofía jurídica es el razonamiento jurídico y el estatus de la dogmática jurídica; explica la importancia que tiene la idea del razonamiento derrotable en cuanto modelo abstracto de cómo los humanos pensamos de hecho; sostiene que las razones jurídicas son una subclase de las razones morales en el nivel de la justificación última, pero que el razonamiento jurídico alcanza raramente ese nivel de justificación; y considera que su principal contribución a la filosofía del Derecho es el análisis de las analogías y diferencias entre el razonamiento jurídico y el teórico.