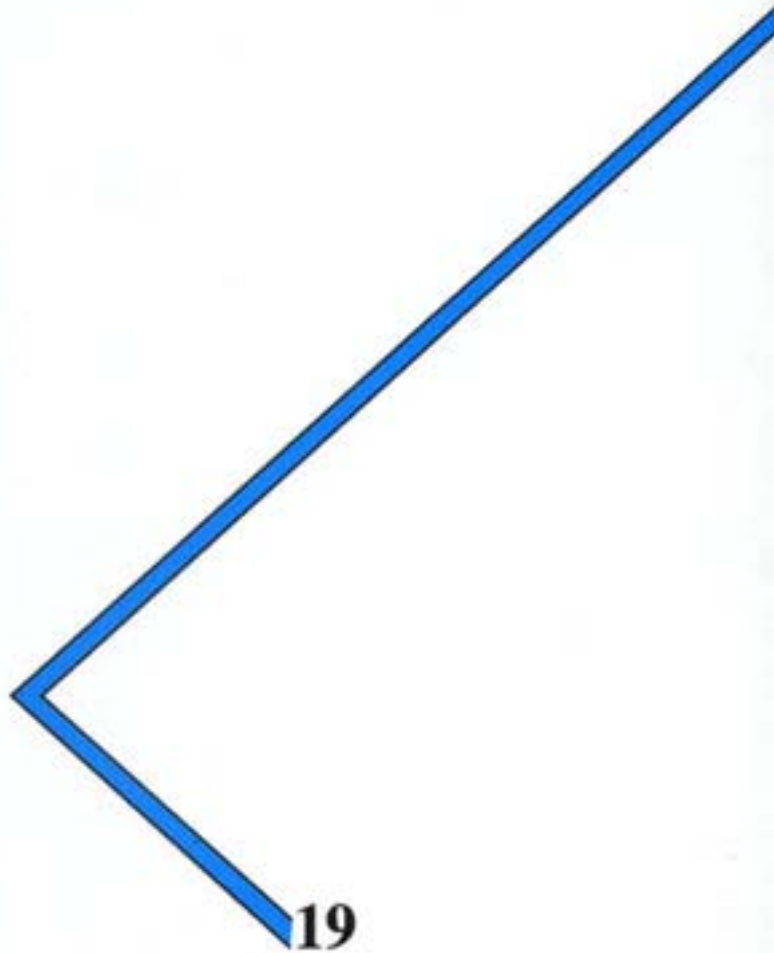


D O X A



19

CUADERNOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO

SeminariodeFilosofía
delDerechodela
Universidadde
Alicante

CentrodeEstudiosConstitucionales

Alicante,1996

P R E S E N T A C I Ó N

Este número 19 de DOXA, en que la revista vuelve a editarse como anuario, quiere ser un homenaje a la memoria de Carlos E. Alchourrón, el gran lógico y filósofo del Derecho argentino, muerto en Buenos Aires a comienzos de 1996. Quienes conocimos a Carlos y fuimos sus amigos guardaremos siempre de él el recuerdo de su poderosa inteligencia, de su pasión y honestidad intelectual, pero también de los rasgos de bondad, ingenuidad y afabilidad que le caracterizaron como persona. En la sección Carlos E. Alchourrón, que abre nuestro número, Roberto J. Vernengo destaca «aspectos de la personalidad y de la obra de Alchourrón que explican la gravedad de una muerte prematura que lamentamos».

La pasión intelectual fue también, sin duda, característica sobresaliente de la personalidad de Hans Kelsen: «a mi pregunta de la razón por la que tenía el retrato de Freud en su escritorio -escribe Ulises Schmill en su nota sobre una visita a Kelsen en 1967- contestó diciendo que era “por la forma tan completa como Freud se había identificado con su propia teoría”». No deja de ser, sin embargo, reconfortante comprobar -el breve poema de Kelsen que publicamos, «Carpe diem», así lo atestigua- que el autor de la teoría pura del Derecho era también perfectamente capaz de sentir otras pasiones, aparte de las puramente intelectuales.

El conjunto de artículos que agrupamos bajo el epígrafe de Igualdad y discriminación inversa se puede dividir en dos subapartados: al primero pertenece el trabajo inicial de Ruiz Miguel y el de Guibourg, y se centra, por así decirlo, en el primero de los conceptos, el de «igualdad»; mientras que los tres trabajos restantes -de Ballestrero, Atienza y, de nuevo, Ruiz Miguel- giran más bien en torno a la noción de «discriminación inversa», tomando como base del análisis un caso fallado recientemente por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: el caso Kalanke.

En La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Alfonso Ruiz Miguel efectúa un amplio y detallado análisis de la interpretación constitucional de la igualdad que, aun teniendo como base el Derecho español, va sin embargo mucho más allá de lo que sería un estudio en términos de dogmática constitucional estándar. En su exposición parte de la «gran división» entre igualdad ante la ley e igualdad sustancial pero presta atención, fundamentalmente, a la primera de esas nociones. Dentro de esa igualdad ante la ley distingue, a su vez, entre la igualdad en la ley y, la igualdad en la aplicación de la ley y, dentro ya de la igualdad en la ley, entre el principio genérico de igualdad y el mandato antidiscriminatorio. Ruiz Miguel efectúa un balance globalmente positivo de la interpretación del Tribunal Constitucional español sobre el principio de igualdad y termina recordando los límites de la misma, ínsitos a su posición de «legislador negativo»: «realizar positivamente una mayor igualdad sustantiva es la característica labor política que en un sistema democrático se ha de confiar a la decisión mayoritaria tras una adecuada discusión por la sociedad».

Ricardo Guibourg (Igualdad y discriminación) presenta un análisis en que se relacionan los dos conceptos de igualdad y de discriminación, con la finalidad de sugerir que la igualdad, como ideal político o como principio ético o jurídico, no constituye una guía inequívoca para las actitudes, ni tampoco un tema respecto del cual pueda plantearse una controversia excesivamente útil. «El contexto de la igualdad -concluye Guibourg- puede (...) entenderse como un complejo sistema de criterios, cada uno de los cuales sujeta cierto trato (previamente definido) a un determinado conjunto de condiciones». Ahora bien, la validez de ese criterio, de acuerdo con Guibourg, sería considerablemente limitada, no sólo porque valdría únicamente para el tipo de trato que el criterio busque distribuir, sino también porque se basa en juicios axiológicos con un importante componente de emotividad.

En octubre de 1995, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -en el ya famoso «caso Kalanke»- resolvió que era contrario al Derecho comunitario -al principio de igualdad o de no discriminación- una ley del Estado de Bremen que establecía que cuando existieran varios candidatos con «igual calificación» para acceder a un puesto vacante (en la administración estatal) y las mujeres estuvieran subrepresentadas en ese sector, debería dársele prioridad al candidato femenino. La cuestión de la legitimidad o no de la «discriminación inversa» (dicho en términos más crudos) o de las «acciones positivas o afirmativas» (si se quiere emplear un lenguaje más eufemístico) es el tema discutido por los tres autores antes mencionados, en sus respectivos análisis del caso en cuestión. Aunque no deje de haber entre ellos puntos de acuerdo (los tres son críticos con respecto a la fundamentación del Tribunal de Luxemburgo), las conclusiones a que llegan no son coincidentes.

Para Maria Vittoria Ballestrero (Acciones positivas. Punto y aparte), el Tribunal Europeo (al igual que el Tribunal Constitucional italiano que por las mismas fechas había declarado la ilegitimidad de todas las disposiciones legislativas que aseguraban a los candidatos de cada sexo al menos un tercio de las candidaturas en las listas electorales) habría operado con una noción injustificadamente reduccionista de acción positiva; de ahí, la decepción de su reflexión final: «será casualidad, pero cada vez que las mujeres se ven atribuidas una ventaja se alza un coro de voces que pide la remoción de esa ventaja, en nombre del “otro bien” del que las mujeres tendrían necesidad». Manuel Atienza (Un comentario al caso Kalanke) entiende, por el contrario, que es posible interpretar la ratio decidendi del fallo de manera que la sentencia del Tribunal pueda verse como «una decisión jurídica y moralmente correcta que, además, no resulta incompatible con una política de discriminación inversa (o de acción afirmativa) en favor de la mujer y ni siquiera con todo sistema de cuotas». Y, finalmente, Alfonso Ruiz Miguel (La discriminación inversa y el caso Kalanke), aun reconociendo que la discriminación inversa «es un tipo de medida que tiene sus límites», critica tanto la sentencia del Tribunal de Luxemburgo como los criterios que la fundamentan. Para él, la ley de Bremen suponía una modesta y limitada política de cuotas que en absoluto se oponía al principio de no discriminación. Lo que Ruiz Miguel considera como el «núcleo duro» de su tesis es la afirmación de que «puede haber distinciones justificadas aunque tomen rasgos sospechosos como criterio».

El papel de las reglas dictadas por la autoridad en los razonamientos prácticos es el tema en torno al que gira la polémica entre Juan Carlos Bayón y Paolo Comanducci que se recoge en la sección Razones y reglas. En Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas, Bayón presenta una crítica a las concepciones de Raz y de Schauer que considera como «los dos hitos fundamentales» en la literatura sobre ese problema. La conclusión de Bayón es que el modelo que mejor describe cómo se desarrolla el razonamiento jurídico (y el único racionalmente defendible) es el «particularismo sensible a las normas» (uno de los modelos examinados por Schauer) en el que «quien toma la decisión sobre el caso concreto añade a las razones subyacentes a las reglas las razones para tener esas reglas, componiendo con ambas un balance más sofisticado que en el modelo particularista puro». El comentario de Comanducci (Sobre las reglas como razones excluyentes) se centra en la afirmación de Bayón de que «un agente racional no puede en ningún caso aceptar reglas como razones excluyentes»; Comanducci muestra cuáles son los problemas que, en su opinión, plantea la tesis de Bayón, y sugiere también «un uso alternativo de la intuición de Raz» consistente en ver las reglas como razones excluyentes. En su Respuesta a Comanducci, Bayón defiende su tesis en los tres terrenos de la explicación del razonamiento jurídico, la justificación de una conclusión en un razonamiento jurídico y la teoría de la decisión racional en el ámbito jurídico.

La sección de artículos de tema libre se inicia con un trabajo de Newton da Costa y Roberto J. Vernengo (Sobre algunas lógicas paraclásicas y el análisis del razonamiento jurídico) en el que presentan un sistema de lógica en el que se ha cambiado el concepto de deducción de la lógica clásica con el fin de manejar mejor teorías o sistemas proposicionales que incluyen contradicciones; en particular los autores se ocupan del discurso normativo en general, «cuyo problema fundamental pareciera ser el siguiente: dado un cierto código normativo (...), cómo obtener alguna lógica que permita justificar deducciones e inferencias a partir de él, sin incurrir en trivialidad, aun cuando el código sea inconsistente». Un objetivo parecido tiene el trabajo que le sigue (Lógica borrosa y decisiones judiciales: el peligro de una falacia racionalista), en el que Tecla Mazzaresa aborda el problema de hasta qué punto la lógica borrosa permite o no una reconstrucción racional de las decisiones judiciales; la conclusión de la autora es que los cálculos borrosos, si se conciben como medios para asegurar la racionalidad de las decisiones judiciales, son susceptibles de las mismas críticas dirigidas a la teoría tradicional del silogismo judicial, pero «si la atención se centra en un análisis explicativo de las decisiones judiciales (...) pueden ser un medio adecuado para mostrar que el razonamiento judicial es un razonamiento aproximado en virtud de algunas propiedades destacadas del lenguaje».

Ulises Schmill (La derogación y la anulación como modalidades del ámbito temporal de validez de las normas jurídicas) divide en tres apartados su estudio sobre la problemática de la derogación y anulación de las normas jurídicas: en el primero expone sus tesis fundamentales al respecto; luego sintetiza y comenta las tesis de Kelsen en «Derogation»; y finalmente analiza críticamente la posición de Alchourrón y Bulygin.

En El enunciado de responsabilidad, Ernesto Garzón Valdés aborda el problema de la responsabilidad desde una perspectiva muy general. La conclusión más importante a la que llega es que los enunciados de responsabilidad personales (aquellos en los que se supone la intervención de un agente humano) requieren una doble presunción: la de la causalidad y la del indeterminismo.

Liborio Hierro (El imperio de la ley y la crisis de la ley) distingue cuatro tipos de motivos teóricos y prácticos que llevan a considerar problemático el concepto clásico de «imperio de la ley»: la diversificación de la ley y la competencia entre los diversos tipos de leyes, la aparición de normas no legales de carácter paralegal en los procesos de integración regional de los Estados, la expansión de la fuerza normativa de las constituciones, y la expansión de la fuerza normativa de los principios. Sin embargo, a su juicio, esos problemas «no conducen necesariamente a desechar el imperio de la ley y el consecuente principio de legalidad, aunque sí exigen su reformulación».

Las tesis fundamentales que Félix Ovejero Lucas defiende en su artículo Teorías de la democracia y fundamentaciones de la democracia pueden resumirse así: las estrategias de fundamentación manejan diferentes ideas de democracia y diferentes ideas acerca de lo que se entiende por una correcta fundamentación; hay básicamente tres maneras de abordar la fundamentación (instrumental, histórica y epistémica), cada una de ellas asociada a diferentes teorías de la democracia (competitiva, comunitaria y republicana); tan sólo la perspectiva epistémica establece una relación fuerte entre democracia y moralidad, con lo que «se puede decir que la fundamentación epistémica se muestra como la única fundamentación genuina».

Finalmente, Roberto Gargarella (Derechos de los más débiles. El liberalismo igualitario frente a los problemas de la minoridad) estudia la problemática de los menores de edad desde dos perspectivas distintas: por un lado, analiza las respuestas que la justicia constitucional (especialmente de la Corte Suprema de Estados Unidos) ha dado a diferentes materias que conciernen a los derechos de los menores; y, por otro lado, presenta una crítica de las mismas a partir de la ideología del liberalismo igualitarista.

La sección de Notas es, en este número, considerablemente heterogénea. En la que abre la sección, Timothy Endicott (Ronald Dworkin y las consecuencias de la vaguedad) analiza la tesis dworkiniana de la única respuesta correcta desde la perspectiva de la vaguedad de las normas. Enrique R Haba continúa con una temática ya tratada por él en anteriores números de Doxa, la de la racionalidad de los discursos jurídicos (Una discusión: ¿Quiénes son los «irracionalistas» en la teoría del Derecho?). Marcelo Neves muestra los límites de la concepción luhmanniana del Derecho (De la autopoiesis a la alopoiesis del Derecho). Y Mark van Hoecke estudia el papel de los principios jurídicos implícitos en los sistemas de Derecho continental (El uso de los principios jurídicos no escritos por los tribunales).

El número se cierra con una entrevista que Ricardo Guibourg realiza a Roberto Vernengo, en la que este último contesta por extenso a diversas cuestiones concernientes a su biografía intelectual y a su producción iusfilosófica. Entre muchas otras cosas, Vernengo ofrece lo que podría considerarse como la clave principal para comprender su obra: «Creo (...) que mi preocupación central, en el terreno de la filosofía del derecho y de la filosofía tout court, es el asunto de la racionalidad y de su núcleo tradicional: la razón (...) En rigor guardo siempre la esperanza de que, frente a intratables problemas políticos y sociales, encontremos recursos teóricos suficientes para esclarecerlos. La razón ha sido, en la filosofía moderna, el terreno en que afloran los viejos problemas metafísicos de la verdad y de la ontología».

Por último, la habitual sección de resúmenes de bibliografía iusfilosófica española ha sido coordinada en esta ocasión (correspondiente al año 1995) por Juan Antonio Cruz Parceró. Al igual que en el número anterior -y así seguirá haciéndose en números posteriores-, este suplemento se publica

en el diskette informático adjunto (en Word Perfect 5.1), y podrá consultarse también a través de Internet, en la página Web de DOXA (<http://www.ua.es/fd-dip/filodere/doxa/>).