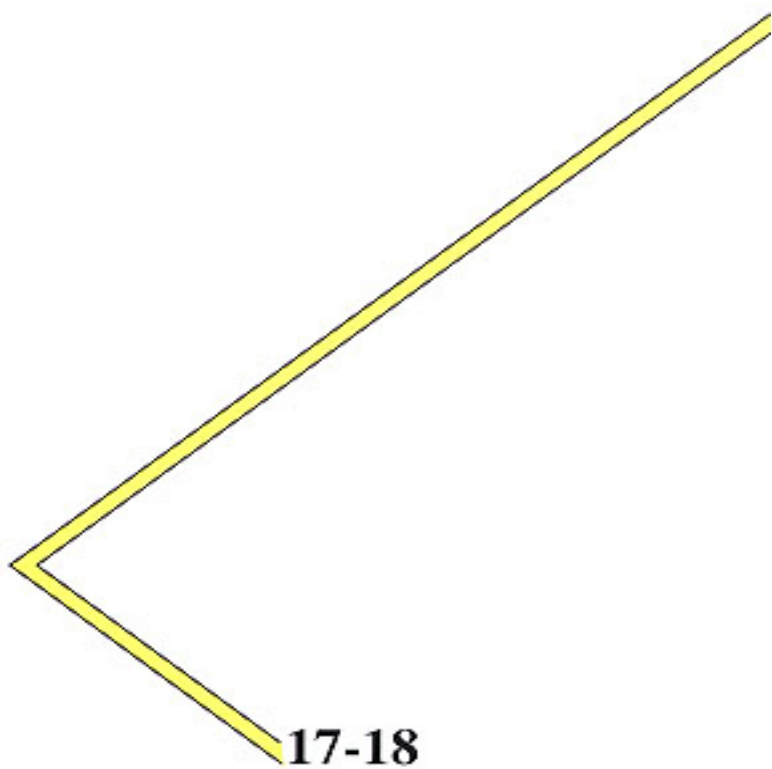


D O X A



CUADERNOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO

Seminario de Filosofía
del Derecho de la
Universidad de
Alicante

Centro de Estudios Constitucionales

Alicante, 1995

P R E S E N T A C I Ó N

*L*a sección con que se abre este número doble de DOXA, sobre el comunitarismo, recoge las ponencias presentadas en las Jornadas de Filosofía Práctica celebradas en Tossa de Mar en mayo de 1994. La primera de ellas, la de Bruce Ackerman (Liberalismos políticos) está, sin embargo, dedicada en su mayor parte a caracterizar el liberalismo político, esto es, la concepción rival de la comunitarista en el pensamiento contemporáneo. Lo que realiza aquí Ackerman es un análisis comparativo entre su propia concepción del liberalismo (la perspectiva dialógica que desarrollara en su *Social Justice in the Liberal State*) y, la de John Rawls; a partir del análisis del último libro de Rawls (*Political Liberalism*), Ackerman considera que la nueva concepción no es consistente con la que se encuentra en *A Theory of Justice*, pero aplaude el marco general que Rawls propone para el liberalismo político y que se condensa en seis principios que, en lo esencial, vendrían a expresar objetivos presentes en la propia concepción de Ackerman. Partiendo de esta caracterización, Ackerman concluye que el debate contemporáneo entre los «liberales» y los «comunitaristas» se basa en una falsa dicotomía: «los liberales políticos no buscan fundar los derechos directamente sobre alguna noción de individualismo abstracto, sea kantiano o de otro tipo. Su apelación fundamental es a la comunidad, aunque a una comunidad de un tipo especial: una en la que sus miembros respetan los profundos desacuerdos de cada uno de los otros, pero estando dispuestos a trabajar con ellos para construir una forma de razón pública que les unirá en un diálogo común que todos puedan compartir, a pesar de sus otras diferencias».

Francisco Laporta estudia, en *Comunitarismo y nacionalismo, la contraposición entre el liberalismo y el comunitarismo, a propósito del problema del nacionalismo*. Su tesis es que entre comunitarismo y nacionalismo existe «un claro parecido de familia», lo que le lleva a sugerir que «en la medida en que el nacionalismo pueda ser comprendido y justificado como algo que deriva de la lógica interna de una filosofía moral de tipo comuni-

tarista, entonces algunos evidentes corolarios del nacionalismo y algunas de las experiencias históricas que ha desencadenado podrían ser objeto de esa comprensión y esa justificación». A sensu contrario, la buena sintonía existente entre el nacionalismo como proyecto político y el comunitarismo como teoría moral le lleva también a pensar que la filosofía moral liberal no suministra puntos de apoyo idóneos para justificar el nacionalismo.

Lo que Martín Farrell (en ¿Hay derechos comunitarios?) considera como el rasgo fundamental de la doctrina comunitarista es la idea de que «los individuos conciben su identidad como definida -aunque sea parcialmente- por la comunidad de la que son parte»; por el contrario, el liberalismo concibe a las personas como «seres individuales, cuyo bienestar es independiente de entidades tales como la familia, la comunidad, la tribu o la nación». A partir de aquí, Farrell entiende que la concesión de los llamados «derechos comunitarios» no constituye la solución para proteger a las minorías amenazadas en su propia existencia: los derechos comunitarios no son sino el modo en que se describe cierta restricción de los derechos individuales; por eso, si el grupo protegido -como suele ocurrir- es una minoría, los derechos comunitarios son disfraces que encubren la restricción de los derechos individuales de la mayoría. En su opinión, el liberalismo puede ofrecer una mejor solución para este problema, pero reconoce que la misma no deja de tener defectos.

La opinión sobre las teorías comunitaristas que ofrece Eduardo Rivera (Las paradojas del comunitarismo) no es más favorable que las anteriores. Rivera diferencia, en la teoría moral liberal, dos niveles: el metaético y el normativo o sustantivo. En el primer nivel, lo que caracteriza al liberalismo es la defensa de la tesis de la universalidad y de la neutralidad; en el segundo, la aceptación de «los derechos individuales, la tolerancia religiosa, la libre expresión, las normas de justicia distributiva, el valor de la autonomía individual, la democracia liberal, etc.» Surgen así dos tipos de comunitarismo: el comunitarismo débil que critica los presupuestos metaéticos del liberalismo, pero considera compatible ser comunitarista en ese plano y ser liberal en el otro (en el plano sustantivo); y, el comunitarismo fuerte que critica el liberalismo en los dos niveles. En opinión de Rivera, ambas concepciones llevan a posiciones paradójicas, pues para sostenerlas es preciso adherirse, en el primer caso, a la tesis universalista y, en el segundo, a la neutralista. Esa paradoja podría resolverse si se abandona la tesis universalista (como de alguna forma hace Walzer), pero entonces no estaríamos ya frente a una teoría genuinamente comunitarista.

En el trabajo que le sigue (Liberalismo vs. comunitarismo. John Rawls: una concepción política del bien), M.^a Pilar González Altable efectúa un análisis de la concepción del bien que Rawls elabora como parte integrante de su concepción política de la «justicia como equidad», para pasar luego a examinar hasta qué punto son o no acertadas las críticas comunitaristas dirigidas contra Rawls y contra el neoliberalismo en general. Su tesis fundamental es que una concepción del liberalismo político como la de Rawls «puede incorporar algunas de las críticas comunitaristas sin renunciar a sus postulados básicos -la defensa de la libertad, la reivindicación de los derechos individuales, la pluralidad y la tolerancia».

Finalmente, en el artículo de Juan Antonio Pérez Lledó que cierra la sección, el término de comparación con el comunitarismo no es ya el liberalismo, sino el movimiento norteamericano «Critical Legal Studies» (CLS). En su análisis comparativo («Critical Legal Studies» y el comunitarismo), Pérez Lledó muestra cómo, en su vertiente crítica, ambas corrientes compartirían algunos rasgos comunes al enfrentarse al liberalismo: rechazo al «individualismo atomista» y énfasis en la «construcción social» del sujeto moral; crítica a la solución liberal de las reglas de justicia formales y universales; crítica a las contradicciones del liberalismo... Sin embargo, en su dimensión constructiva, CLS también mostraría las inconsistencias del comunitarismo; criticaría la noción comunitarista de los valores compartidos y de la comunidad como fuente del bien; y, sobre todo, desde su fuerte escepticismo metaético, CLS rechazaría los esfuerzos del comunitarismo por ofrecer una reconstrucción filosófica alternativa.

La extensa sección de artículos de tema libre podría dividirse en tres apartados. Al primero pertenecerían los tres primeros trabajos que caen básicamente en el campo de la filosofía política. Los cuatro siguientes versan sobre diversos problemas de teoría del Derecho. Y los cuatro últimos son sobre todo análisis de tipo lógico.

La sección se abre así con un trabajo de Juan Ramón Capella (Democratización y neonaturalismo. La ambigüedad de la democratización contemporánea) que arranca de la contraposición entre la democratización como proceso y la democracia como institucionalización o cristalización moderna de ese proceso. Eso no quiere decir, sin embargo, que la democracia sea el único discurso legitimador de nuestra época; por el contrario, frente al tipo de poder político-estatal o el de Naciones Unidas -la democracia débil- se erige el tipo de poder al que Capella denomina de «Behemoth», privado y supraestatal, y legitimado por el iusnaturalismo de la «eficacia», pues se basa en «la ley del más fuerte no ya individual, sino económico social». Según Capella, el proceso moderno de democratización ha sido impulsado por dos fuerzas distintas: «De una parte, la ha impulsado la conveniencia de un sistema político coherente con la economía de producción para el mercado, con estructuras sociales no fijistas. De otra, la ha impulsado también el movimiento que sostenía el ideal popular, igualitario, de distribución del poder entre la población». Sin embargo, la determinación última de la configuración institucional de ese proceso ha dependido fundamentalmente de la primera fuerza impulsora; ello le lleva a Capella a plantear la necesidad de que el proceso de democratización tenga que ir «mucho más lejos» para que la democracia débil conseguida no perezca «a manos de la lógica de la “eficacia” behemética a pesar de la irracionalidad esta lógica».

En Propiedad privada y neutralidad estatal, Horacio Spector intenta superar el impasse en que se encuentra la justificación moral de la propiedad privada: por un lado, frente al utilitarismo, «la tradición liberal no puede prescindir del lenguaje de los derechos; pero, por otro lado, los derechos naturales son objeto de la crítica de “extrañeza ontológica”» (su presuposición de «hechos normativos»). Spector piensa que es posible «conservar el lenguaje de los derechos sin que ello implique compromisos

ontológicos inaceptables». Pero los derechos morales no pueden justificar la propiedad privada «en el marco de teorías directas o del acto», que pretenden fundamentarla como corolario del ejercicio de ciertos derechos fundamentales como el derecho al fruto del trabajo (Nozick, Becker) o el derecho a la libertad (Nozick): el mero ejercicio de un derecho no puede generar derechos de contenido diferente. La solución de Spector combina las «estrategias indirectas o de reglas» (Gaus, Mack) con una justificación desde la autonomía personal (Gray, Lomasky): los derechos morales sí justificarían la propiedad privada si se conciben, no como derechos a realizar acciones de cierta clase, sino como un derecho a que el Estado mantenga un sistema de propiedad que proteja el valor liberal del Estado neutral.

*El «marxismo analítico» es una corriente de pensamiento que se origina a finales de los años 70 y que engloba a autores como G. Cohen, J. Elster, A. Przeworski, J. Roemer, Ph. van Parijs, R. van der Veen o E. O. Wright. Como lo señala Roberto Gargarella en su trabajo *Marxismo analítico*, el marxismo claro, se caracteriza por la importancia que otorga a la investigación empírica, a la definición de los conceptos, a la utilización de modelos abstractos en ocasiones altamente formalizados (como la teoría de los juegos) y a las acciones intencionales de los individuos para la elaboración de teorías explicativas o normativas. Gargarella centra su análisis en la teoría moral marxista; para ello examina las diversas críticas que estos autores han dirigido a las versiones más tradicionales del marxismo, así como las principales alternativas al capitalismo que ellos ofrecen: la idea de los ingresos básicos universales y el socialismo de mercado. El balance final es, en su opinión, «incierto», pero Gargarella subraya positivamente la contribución de estos autores a «la crítica a la explotación, la alienación y los abusos propios de las sociedades capitalistas modernas».*

Riccardo Guastini inicia la temática de teoría del Derecho de la sección con un trabajo (Normas supremas) dedicado a criticar la difundida opinión de que los ordenamientos jurídicos son sistemas normativos dinámicos, provistos de una estructura jerárquica y en cuyo vértice figura una norma última y suprema. El análisis de Guastini se dirige a mostrar que existen al menos cuatro posibles tipos de jerarquías normativas y, por tanto, cuatro interpretaciones distintas de la noción de norma suprema: como norma que confiere el poder normativo más alto; como la norma de rango más elevado en la jerarquía material del ordenamiento; como la norma que se coloca en el nivel de lenguaje más alto respecto de todas las demás; y como la norma axiológicamente más importante.

El artículo de Klaus Günther Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica, va precedido de una breve y acertada presentación realizada por el traductor, Juan Carlos Velasco. Lo que en este artículo (escrito originariamente en 1989) defiende Günther es básicamente la necesidad de distinguir, en el discurso práctico general, entre discursos de fundamentación y discursos de aplicación, pues los criterios que sirven para dilucidar la validez de una norma no coinciden con los utilizados para indicar la adecuación de una norma válida a una determinada situación. El razonamiento práctico tiene, pues, dos modalidades: la fundamentación de la validez de una norma general y la justificación de

la pertinencia de la aplicación de una norma general a un caso particular; el principio de universalidad, que caracteriza el ámbito de la fundamentación o justificación de normas, encuentra así su equivalente en el principio de adecuación, cuando pasamos al terreno de la aplicación de las normas.

Andrei Marmor, en Autoridades y personas, sostiene la tesis de que es imposible atribuir autoridad jurídica a una determinada norma sin considerar que tal autoridad se deriva de la de quien ha dictado esa norma. Esta tesis supone la existencia de una conexión conceptual entre autoridades y personas (concepción personal de la autoridad), que se fundamenta en una visión del Derecho como producto de la comunicación (modelo comunicativo del Derecho). Marmor pretende aquí defender esta concepción personal de la autoridad frente a las críticas que le ha dirigido Waldron.

El objetivo del trabajo de Josep M. Vilajosana Problemas de identidad de los sistemas jurídicos es el de depurar el aparato conceptual que suele utilizarse para abordar la cuestión de la «identidad de los sistemas jurídicos». Existen cuatro sentidos distintos de la expresión «sistemas jurídicos» (sistema jurídico, orden jurídico, orden estatal, orden internacional) que deben combinarse desde dos perspectivas de análisis (la sincrónica y la diacrónica), lo que da lugar a ocho maneras distintas de plantear el problema de la identidad de los sistemas jurídicos. En opinión de Vilajosana, en cada nivel de análisis es preciso utilizar un criterio de identidad distinto, pero los problemas de cada ámbito no son totalmente independientes, de manera que la resolución de los problemas de unos niveles son, unas veces, condición suficiente, y otras, condición necesaria para la resolución de los problemas de los otros niveles.

Los estudios lógicos a que antes se hacía referencia se inician con un artículo de Amedeo G. Conte sobre la Validez atética. El punto de partida lo constituye la exposición del paradigma validez thética versus validez athética. Luego pasa Conte a analizar tres paradigmas que aparecen en las Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts de Theodor Geiger (regularidad deóntica versus regularidad adeóntica; norma versus enunciado deóntico; y enunciado deóntico proclamativo versus enunciado deóntico declarativo), así como la paradoja que dichos paradigmas parecen encerrar. Finalmente, el artículo presenta una reflexión sobre los enunciados deónticos, los enunciados adeónticos sobre la validez y la lógica deóntica.

En Contradicciones normativas: Jaque a la concepción deductivista de los sistemas normativos, Jorge L. Rodríguez se ocupa de la crítica a la concepción de los sistemas jurídicos como sistemas deductivos según la cual, dado que de un sistema deductivo inconsistente puede derivarse cualquier fórmula, de un sistema jurídico inconsistente podría derivarse cualquier norma, por lo que éste no podría cumplir su función de guía de la conducta. El artículo va encaminado a demostrar las dos siguientes tesis: (1) Si por «enunciados contradictorios» se entiende aquellos que establecen soluciones incompatibles en relación con ciertas circunstancias, entonces no es cierto que de los sistemas jurídicos con enunciados contradictorios sea derivable cualquier norma. (2) Si por «enunciados contradictorios» se entienden normas categóricas contradictorias, entonces puede resultar cierto que de un sistema jurídico contradictorio cabe derivar cualquier

norma; pero falta por demostrar que existen esos sistemas jurídicos y, si efectivamente existen, que las restantes normas del sistema no pueden interpretarse como excepciones a las normas categóricas contradictorias en cuestión. En opinión del autor, esto último no parece conciliable ni con las intuiciones de los juristas ni con las de los teóricos del Derecho.

María Inés Pazos, en Contradicciones normativas y jerarquía de normas, aborda el mismo problema, pero llega a conclusiones bastante distintas. En opinión de Pazos, sin una modificación de la lógica estándar, el problema jurídico de las contradicciones normativas no puede ni tan siquiera plantearse correctamente; para lograr esto último, habría que contar con una lógica que permitiera reconocer el problema en lugar de reemplazarlo por otro que no existe: el de que una contradicción normativa implica cualquier solución. Pazos critica la propuesta de solución dada por Carlos Alchourrón en términos de condicionales derrotables, ya que con ello se elimina el problema jurídico, en lugar de dar cuenta del mismo a fin de facilitar su tratamiento; e insiste en la importancia de distinguir los problemas lógicos de los sistemas jurídicos, que son los que realmente preocupan a los juristas, de los problemas de la lógica aplicable a los sistemas jurídicos.

Finalmente, Juan Pablo Alonso, en Un caso difícil en el Código Civil español, usa dos modelos teóricos para la resolución de un problema jurídico concreto: el del reintegro y las mejoras en la liquidación de situaciones posesorias (arts. 453 a 455 del Código Civil español). En particular, recurre al modelo de análisis lógico de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin para detectar una laguna normativa, y al de la argumentación jurídica de Neil MacCormick para completar el sistema. Entre las conclusiones teóricas a las que llega pueden destacarse estas dos. Una es que, a diferencia de lo que han opinado muchos autores, la lógica y la argumentación jurídica se complementan en la tarea de reformulación del sistema. Y otra, que la distinción entre la tarea de describir y la de reformular el sistema es fundamental, pero esto no siempre se tiene en cuenta; así en su opinión, las normas creadas en base a la argumentación jurídica no pertenecen al sistema, lo cual no parece haber sido advertido por muchos teóricos que sostienen que el Derecho positivo proporciona siempre, cuando menos, una respuesta correcta.

La sección de Notas se abre con dos trabajos relativos al tratamiento jurídico de los crímenes cometidos por los representantes del poder estatal de la extinta República Democrática Alemana. Ulfrid Neumann (Positivismo, realismo jurídico y moralismo jurídico en el debate sobre «delincuencia estatal» en la anterior RDA) se plantea el problema desde el punto de vista de la relevancia práctica que pueda tener la filosofía del Derecho. En los casos normales, los tribunales de la República Federal Alemana sólo podrían castigar (penalmente) comportamientos previstos como delitos por el Derecho de la antigua RDA; y la cuestión es si el contenido del ordenamiento jurídico de la RDA puede o no tener alguna significación práctica. En opinión de Neumann, la solución jurídica a aplicar al pasado de la RDA está condicionada por el criterio que se tenga con respecto a la validez del Derecho, esto es, según se trate de un criterio basado en los

textos legales, en la praxis de los tribunales, o en la cualidad moral de las normas en cuestión. Por su parte, Günter Jakobs (Crímenes del Estado-ilegalidad en el Estado ¿Penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática Alemana?) se ocupa de los homicidios de ciudadanos que intentaban huir de la RDA, desde la perspectiva de los principios de punibilidad generalmente aceptados en el Derecho penal. La cuestión central es, pues, la de la obediencia debida: si están justificadas (o hasta qué punto lo están) las acciones de los funcionarios respaldadas por normas de una legislación nacional; Jakobs estudia el problema, sobre todo, considerando la contraposición existente entre la noción de soberanía de los sistemas jurídicos nacionales, y los principios de justicia inspirados en una concepción iusnaturalista del Derecho.

En Derechos humanos, relativismo y protección jurídica de la moral en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, José Luis Pérez Triviño examina los problemas que plantea, desde un punto de vista moral, la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la cláusula de «protección de la moral» que se contiene en el Convenio. El relativismo ético asumido por el Tribunal implica una concepción de la ética que el autor considera filosóficamente discutible y que lleva a consecuencias prácticas problemáticas: los límites a los derechos humanos son distintos según la nacionalidad del ciudadano; las autoridades nacionales tienen la última palabra sobre qué moral merece protección, etc.

El trabajo de Enrique P. Haba que aparece a continuación (Sobre el Derecho como «técnica» o «tecnología») contiene, por un lado, algunas observaciones complementarias al artículo que el autor había publicado en DOXA 14 (Kirchmann sabía menos... ¡Pero vio mejor!), en el que defendía la tesis de que lo señalado por von Kirchmann no es en absoluto «impertinente» para la discusión sobre si el Derecho puede ser «técnica» o «tecnología»; y, por otro lado, algunas precisiones y críticas sobre la polémica sobre el mismo tema, entre Roberto Vernengo y Manuel Atienza, aparecida en el n.º 3 de DOXA. En opinión de Haba, y a pesar de ciertas diferencias en sus planteamientos, tanto en uno como en otro autor cabe detectar un afán cientificista que responde básicamente a «un wishful thinking suscitado por la función que en nuestras sociedades tiene la fe en la ciencia, como relevo o complemento de las cosmovisiones religiosas».

También tiene un carácter eminentemente polémico la nota de Raquel Osborne De ciertas insuficiencias de un cierto liberalismo (segunda respuesta feminista a Jorge Malem), dirigida, en último término, contra el de Jorge Malem Pornografía y feminismo radical, publicado en el n.º 12 de DOXA. En el n.º 13 habíamos publicado ya una primera crítica de Raquel Osborne (Liberalismo y feminismo: ¿un dilema para las mujeres? Respuesta a Jorge Malem) y una réplica de Jorge Malem (Feminismo radical, pornografía y liberalismo. Respuesta a Raquel Osborne). Lo que ahora sostiene Osborne es que Malem ignora la diversidad de planteamientos existentes dentro del feminismo y el hecho de que el feminismo radical (que acabó a mediados de los años setenta) ha dado diferentes productos, dentro de los cuales el feminismo «anticensura» (se está discutiendo a propósito de la pornografía) ha sido el más fiel al ideario de dicho feminismo radical.

Finalmente, este número 17-18 de DOXA termina con el mismo autor con el que empieza: Bruce Ackerman. En la entrevista que le hace Carlos Rosenkrantz, el lector encontrará informaciones y observaciones que, sin duda contribuirán a entender mejor su artículo sobre los liberalismos políticos. Pero también opiniones que probablemente le han de sorprender -e interesar-, como cuando describe a los profesores europeos como gente que «no parece estar preparada para pensar por sí misma (...) Parecen más cómodos jugando el rol de comentaristas, escondiendo sus propias ideas detrás de un gran nombre del pasado».