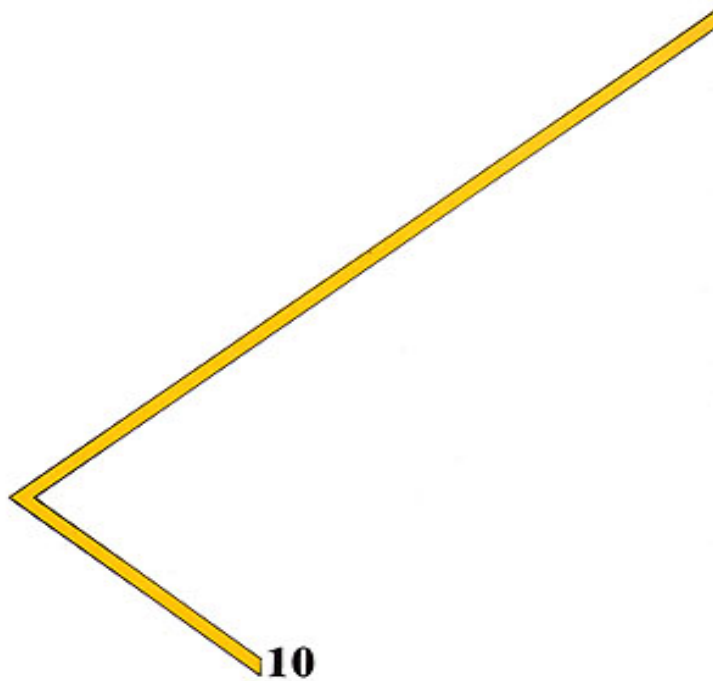


D O X A



CUADERNOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO

Seminario de Filosofía
del Derecho de la
Universidad de
Alicante

Centro de Estudios Constitucionales

Alicante, 1991

P R E S E N T A C I Ó N

*L*a sección monográfica de este número de DOXA—segundo de 1991— que alcanza la cifra casi mágica de 10, está dedicada al tema «Derecho y razones para la acción» y contiene cuatro trabajos que se refieren —como en cierto modo resulta «inevitable»— a diversos aspectos de la obra de Joseph Raz. Dado que en el anterior número de la revista se publicó una amplia entrevista con Raz a cargo de Juan Ruiz Manero, el lector puede considerarla también como parte —una introducción o un colofón o, quizá, ambas cosas— de la sección que ahora nos ocupa.

En el primero de los trabajos aludidos (Razones y reglas: sobre el concepto de «razón excluyente» de Joseph Raz), Juan Carlos Bayón se centra —como lo indica su título— en el concepto de «razón excluyente» con el que Raz «ha acertado a dar forma a una intuición que, de modo más o menos vago, estaba y está presente en la cultura filosófico-jurídica de la que es interlocutor». Bayón no se limita a analizar esta noción dentro de la obra de Raz y a mostrar el papel central que desempeña en relación con otros conceptos básicos, como los de autoridad, Derecho o razonamiento práctico, sino que su principal objetivo es formular una crítica —ciertamente aguda— del concepto de «razón excluyente», que se condensa en estos tres aspectos: «Raz hace un uso ambiguo de la noción; (...) un análisis satisfactorio de la estructura de los razonamientos prácticos, por complejos que éstos sean, puede prescindir de ella; y (...) la pretensión de que hay razones excluyentes válidas puede tener como resultado la irracionalidad desde el punto de vista práctico».

En El concepto de autoridad normativa. El modelo de las razones para la acción, Ricardo Caracciolo analiza la noción de autoridad jurídica en cuanto autoridad normativa. De acuerdo con la propuesta de Raz —ampliamente aceptada—, nociones como las de «autoridad» o «norma» deben caracterizarse en términos del concepto más primitivo de «razones para la acción».

Ahora bien, un problema que plantea esta hipótesis metodológica es que de ella se hace derivar también la primacía conceptual de la «autoridad legítima» en tanto autoridad normativa lo que, a su vez, se funda en la idea de que los problemas conceptuales no son independientes de los problemas de justificación; en definitiva, se termina identificando autoridad normativa con autoridad moral. Caracciolo critica esta asimilación y sugiere adoptar un punto de partida neutral, de manera que la construcción de los conceptos de «norma» y de «autoridad» suministren sólo «criterios para reconstruir hechos, los que no clausuran la posible e independiente discusión sobre su evaluación moral».

María Cristina Redondo y Pablo Eugenio Navarro (Normas y razonamiento práctico. Una crítica a Joseph Raz) llevan a cabo en su trabajo un análisis crítico de la tesis de Raz que considera las normas jurídicas como razones para la acción de un determinado tipo –esto es, como razones excluyentes. Los autores plantean básicamente la necesidad de revisar estos tres puntos del planteamiento de Raz: los criterios de distinción entre razones de primer y de segundo orden; las ventajas de la teoría de Raz respecto de la teoría de las normas como prácticas atribuida a Hart; y la naturaleza de las razones excluyentes. En su opinión, en la obra de Raz no resulta claro ni el concepto de razonamiento práctico ni el papel que las razones desempeñan en él: «La falta de precisión quita solidez al fundamento de la distinción entre los diferentes tipos de razones. Con ello, la explicación de las normas dada por Raz tiene que ser revisada, ya que se asienta sobre la posibilidad de distinguir los tipos de razones antes señalados (razones de primer orden y razones excluyentes)».

Finalmente, en Sobre principios y reglas, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero tratan de ofrecer una respuesta a estas tres preguntas: ¿qué rasgos estructurales diferencian a los principios de las reglas?; ¿qué tipo de razones para la acción son los principios y en qué se diferencian de las reglas?; ¿qué aportan los principios a la explicación y justificación en el ámbito jurídico? En relación con el segundo de estos problemas –que es el que se conecta de manera más directa con el tema monográfico de la sección–, los autores sostienen que las reglas son razones para la acción perentorias e independientes del contenido; en este caso se utilizan categorías de Hart pero que, en realidad, vienen a ser una reelaboración de nociones razianas: una razón perentoria significa una razón de primer orden para realizar la acción exigida y una razón de segundo orden para excluir cualquier deliberación por parte de su destinatario; una razón independiente del contenido significa que la razón para considerarlas como razones perentorias es su

origen en una determinada fuente, esto es, el haber sido dictadas o adoptadas por una autoridad normativa. Por el contrario, los principios explícitos son razones para la acción independientes del contenido, pero no perentorias; y los principios implícitos, razones para la acción que no son perentorias ni independientes del contenido.

La sección de artículos de tema libre se abre con un interesante trabajo de Owen M. Fiss (*¿La muerte del Derecho?*) en el que se analizan críticamente dos movimientos iusfilosóficos surgidos en USA en la década de los 70: la escuela crítica del Derecho («critical legal studies») y el análisis económico del Derecho. Fiss no sólo muestra lo que diferencia desde el punto de vista teórico, ideológico, etc., a ambos movimientos, sino que se interesa también, y sobre todo, por lo que tienen en común: «Tanto el análisis económico del Derecho como la escuela crítica se unen en el rechazo a la noción de derecho como un ideal público. Una escuela proclama que el «derecho es eficiencia», la otra que el «derecho es política». Pero ninguna tiene la intención de abordar el derecho en sus propios términos, y aceptar que la aplicación del derecho es un arreglo institucional en el que funcionarios públicos buscan elaborar y proteger los valores que sostenemos en común».

En Mirando desde ningún lugar. Una breve introducción a la filosofía de Thomas Nagel, Massimo La Torre presenta las tesis principales de este importante filósofo de la moral estadounidense centrándose, sobre todo, en una de sus últimas obras: *What does it all mean?* (1987). En opinión de La Torre, la filosofía de Nagel es «una especie de “pensamiento débil”, una filosofía privada de certeza absoluta, que se detiene en la orilla del relativismo y del escepticismo, y no rechaza los instrumentos racionalistas y analíticos». En relación con los problemas morales, Nagel considera que el filósofo no dispone de un criterio seguro y privilegiado para la decisión de las controversias morales, y entiende la filosofía moral «como actividad reflexiva que se ejercita eminentemente respecto a cuestiones concretas, ya que el interrogante sobre “lo que es justo hacer” o “lo que debo hacer” sólo tienen sentido si se refiere a una situación o a una conducta concreta. La filosofía moral no es entonces necesariamente privilegio de pocos (...), sino que puede ser práctica (...) común a todos aquellos que se interrogan sobre la “justicia” y el “deber ser” de las conductas humanas».

Antonio Serrano, en *Dogmática jurídica y análisis sociológico: el Derecho histórico de la doctrina legal*, se plantea el problema de cómo analizar históricamente la actividad judicial de los tribunales superiores consistente en la elaboración de categorías dogmáticas y reglas interpretativas. Para ello toma como ejemplo el

concepto de «doctrina legal» en el ordenamiento jurídico español (es decir, el carácter vinculante atribuido a la jurisprudencia del Tribunal Supremo), que presenta cuatro rasgos que el autor juzga de interés: la institución no tiene equivalente en otros ordenamientos jurídicos; muestra las paradojas internas del sistema judicial, pues la jurisprudencia no se incluye en el catálogo explícito de las fuentes del Derecho; no es sólo un conjunto de decisiones judiciales, sino un tipo de producción de dogmática jurídica; está en un proceso de continua elaboración.

José Juan Moreso –en el siguiente artículo de la sección– trata de un problema bastante distinto, referido al otro confín del Derecho, el de la legislación. En efecto, en Disposiciones de reforma constitucional aborda la cuestión de si es posible reformar válidamente las disposiciones que regulan la reforma constitucional, mediante el procedimiento previsto por esas mismas disposiciones. Moreso analiza el problema tanto en la teoría del Derecho como referido al caso de la constitución española de 1978 (título X) y llega a la misma conclusión escéptica a la que en su momento llegó Ross, pero a través de razones un tanto diferentes: «por una parte, las disposiciones de reforma constitucional, entendidas como reservas de constitución, desautorizan como inválidas las normas dictadas conforme a esa disposición que deleguen la competencia para reformar la constitución y, por otra parte, la disposición que derogara la disposición de reforma constitucional introduciría una situación indeseable en el Derecho semejante a la producida cuando nos hallamos ante disposiciones incompatibles (con el agravante de que carecemos de criterio alguno para resolver tal incompatibilidad)».

Finalmente, en el artículo que cierra la sección (La derogación de normas en la obra de Hans Kelsen), Josep Aguiló estudia el tratamiento kelseniano de la derogación, tanto en la segunda edición de la teoría pura, como en las obras posteriores a 1960. Para ello analiza cuáles son las respuestas dadas por Kelsen a estas tres preguntas: ¿qué es la derogación?; ¿qué tipos de normas son las normas derogatorias?; ¿qué relación hay entre derogación y conflicto de normas?, y llega a la conclusión de que, en realidad, no hay un cambio radical entre el «Kelsen del 60» y el «último Kelsen». Por lo demás, a Aguiló no le interesa únicamente «desentrañar el verdadero pensamiento de Kelsen» a propósito de este punto oscuro, sino que trata además de extraer de ahí un «esbozo del mapa de problemas que una teoría de la derogación debe afrontar» y que él presenta en la última parte de su trabajo.

En la sección de Notas pueden distinguirse dos partes. La primera de ellas consiste en una discusión a propósito de la teoría de la justificación de la democracia propuesta recientemente por

Carlos Nino. *La tesis central de Nino, tal y como la expone Carlos F. Rosenkrantz en el trabajo que abre la sección (La democracia: una crítica a su justificación epistémica), viene a ser la siguiente: «el test que debe satisfacer una decisión para ser aprobada por el voto mayoritario es análogo al test que debe satisfacer una proposición para ser considerada moralmente verdadera. De esta analogía Nino deduce que toda decisión democrática debe tener un grado o presunción de validez moral».* Rosenkrantz juzga esta postura equivocada y ello, básicamente, por estas dos razones: en primer lugar, porque «la democracia epistémica no se ocupa de la justificación de las democracias reales (...) si lo hiciese mostraría que muchas veces la democracia epistémica es una justificación de gobiernos no democráticos»; y, en segundo lugar, porque «en realidad, ni la democracia ni la dinámica de la acción colectiva que ella impone nos acercan a la imparcialidad o a la verdad moral (...) dado que nada estructural en la democracia garantiza que la mayoría no votará basada en preferencias inmorales o en preferencias no oponibles a terceros». Por su parte, Ángeles Ródenas (Sobre la justificación de la democracia en la obra de Carlos S. Nino) muestra que la fundamentación de la democracia en Nino tiene lugar a partir de un modelo ideal de carácter procesal; concretamente, la democracia queda caracterizada –en el Nino posterior a la 1.^a ed. de *Ética y derechos humanos*– como un caso de «justicia procesal instrumental imperfecta». Este tipo de justificación, en opinión de Ródenas –y, especialmente, en relación con la anterior caracterización de Nino de la democracia como «justicia procesal pura imperfecta»– presenta, básicamente, estas tres limitaciones: tiene una fuerza justificatoria débil, pues lo que determina la justicia de las decisiones democráticas son criterios ajenos al procedimiento democrático; la propia justificación del procedimiento democrático se debilita, pues no se trata de «un procedimiento para constituir decisiones justas», sino de «un procedimiento para conocer decisiones justas»; la justificación de la democracia realmente existente, esto es, de la democracia representativa tiende a desdibujarse enormemente, ya que ésta aparece como un sucedáneo imperfecto de la democracia ideal que, a su vez, es un sucedáneo imperfecto del discurso moral.

En su réplica (La democracia epistémica puesta a prueba. Respuesta a Rosenkrantz y a Ródenas), Carlos Nino formula diversos argumentos dirigidos a probar –en relación con las tesis de Rosenkrantz–, por un lado, que la justificación epistémica de la democracia contiene exigencias que, proyectadas a la realidad, permiten jerarquizar los procesos políticos existentes según el

grado de satisfacción de tales exigencias; y, por otro lado, que el procedimiento democrático contiene ciertos rasgos estructurales (publicidad del debate, participación de todos en el debate, exigencia de que las soluciones que se propugnen se justifiquen, etc.) que aunque no «garantizan que los participantes harán un uso público de la razón, inducen a que lo hagan con mayor probabilidad que cualquier otro método de decisión». En relación con las observaciones de Ródenas sobre la capacidad del modelo para legitimar democracias reales, Nino da una respuesta semejante: «Si el modelo permite, como ella reconoce, derivar prescripciones para la introducción de democracias más perfeccionadas, debe permitir establecer qué cerca o qué lejos estarán las democracias reales de aquellas democracias más próximas al modelo ideal». Además, Nino señala que cuando se discute acerca de la legitimidad de una democracia real, lo que importa realmente es establecer si ésta tiene un grado de legitimidad suficiente para fundamentar nuestro deber moral de basar nuestras acciones o decisiones no en las conclusiones de nuestra reflexión individual, sino en las conclusiones del proceso colectivo de decisión y discusión. Y en la mayoría de los casos de democracias reales la respuesta debe ser afirmativa, ya que «por imperfectos que sean los procedimientos de discusión y decisión que en ellos se desarrollan, parecen ser más conducentes a orientarse, en general y a la larga, hacia soluciones que contemplen imparcialmente los intereses de los afectados, que la reflexión individual y aislada de cualquiera de nosotros». Y lo que el lector, llegado a este punto, podría preguntarse con razón es si –o de qué manera– esta opinión de Nino está emparentada con las «razones excluyentes» de Raz discutidas en la primera sección de este número.

La segunda parte de la sección recoge trabajos de temática diversa. Javier de Lucas (Una nota sobre el concepto y la fundamentación de los derechos humanos. A propósito de la polémica sobre los derechos morales) sostiene –a propósito de esta espinosa cuestión ya abordada anteriormente en otros números de DOXA– la tesis de que la teoría de los derechos morales tiene un alcance engañoso: inicialmente aparece como una solución monista (entendiendo por tal los planteamientos que consideran que debe darse una misma respuesta a las cuestiones de concepto y de fundamento de los derechos humanos), pero en casi todos sus representantes aparece formulada de hecho como una respuesta exclusivamente al problema conceptual (¿qué son los derechos humanos?, ¿qué significa tener derecho a X?). En opinión de Javier de Lucas –quien examina el problema centrándose en la polémica doctrinal habida en España sobre la cuestión– la teoría

de los derechos morales «es tan sólo una teoría relativa al fundamento de los derechos y ni aún así constituye tal fundamento, pues se remite a otra instancia: las necesidades, los bienes básicos, los valores».

En el trabajo que le sigue (Ciencia y ética. El modelo de la ciencia martillo), Enrique E Marí dirige su crítica contra una concepción de la ciencia que se basa en la distinción entre la ciencia como expresión de conocimiento y de la racionalidad del hombre, y su uso o mal uso por parte de instituciones, gobiernos y políticos. De acuerdo con ese modelo, los científicos no son responsables del uso que el poder pueda hacer de sus teorías: «la ciencia es como un martillo que a veces se usa para clavar un clavo y otras veces para aplastar la cabeza de una persona». Sin embargo –objeta Marí– este criterio de demarcación «silencia no sólo las peculiaridades del modo de producción de la ciencia y de la tecnología por el estado militar-industrial, sino un universo, no precisamente secundario, de teorías que son en sí mismas mortíferas». Como ejemplo de ello, Marí pone el caso de la producción de la bomba de neutrones e insiste en la necesidad de incluir las condiciones de aplicación de una teoría en la propia estructura conceptual de la misma: «la ciencia no se asemeja al procedimiento jurídico, donde cada etapa del proceso judicial se va cumpliendo sin prejuzgar y a la espera de una sentencia firme y definitiva que coronaría la litis. El juez científico se inmiscuye en cada uno de los tramos, dictamina de pleno derecho y no aguarda un bloque confirmatorio final».

En la última Nota de la sección (Más sobre la institucionalización de la sociología jurídica), Roberto Bergalli, a propósito de un reciente comentario efectuado por Realino Marra a un libro coordinado por el primero (El Derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica, Barcelona, 1989) efectúa, en primer lugar, diversas consideraciones sobre la producción del autor italiano y pasa, en segundo lugar, a discutir el cuestionamiento que Marra hace de la orientación de fondo de buena parte de las contribuciones recogidas en el volumen que se acaba de citar: por un lado, se pretende un reconocimiento de la sociología del Derecho como parte integrante de la ciencia jurídica y, por otra parte, parece manifestarse un acuerdo con el dualismo metodológico weberiano, esto es, con la separación entre ciencia del Derecho y sociología del Derecho. La problemática da ocasión a Bergalli para poner de manifiesto la falta de institucionalización académica de la sociología del Derecho en España, a la que la actual reforma de los planes de estudios no parece vaya a poner remedio: los científicos del Derecho siguen sin considerar la so-

ciología del Derecho «como parte de su ciencia jurídica», lo que lleva a perpetuar «su condición de subalternidad».

En la amplia e interesante entrevista que Antonio Pérez Luño efectúa a Antonio Truyol y Serra, este último contesta a diversas preguntas concernientes a su biografía personal e intelectual y a su concepción del Derecho, en la que se conjugan elementos procedentes de su doble formación de iusfilósofo e internacionalista.

Finalmente, este número 10 de DOXA, al ser el último de 1991, se acompaña de un apéndice bibliográfico que recoge la producción iusfilosófica correspondiente a 1990 y que, en esta ocasión, han coordinado Daniel González Lagier, Ángeles Ródenas e Isabel Lifante.