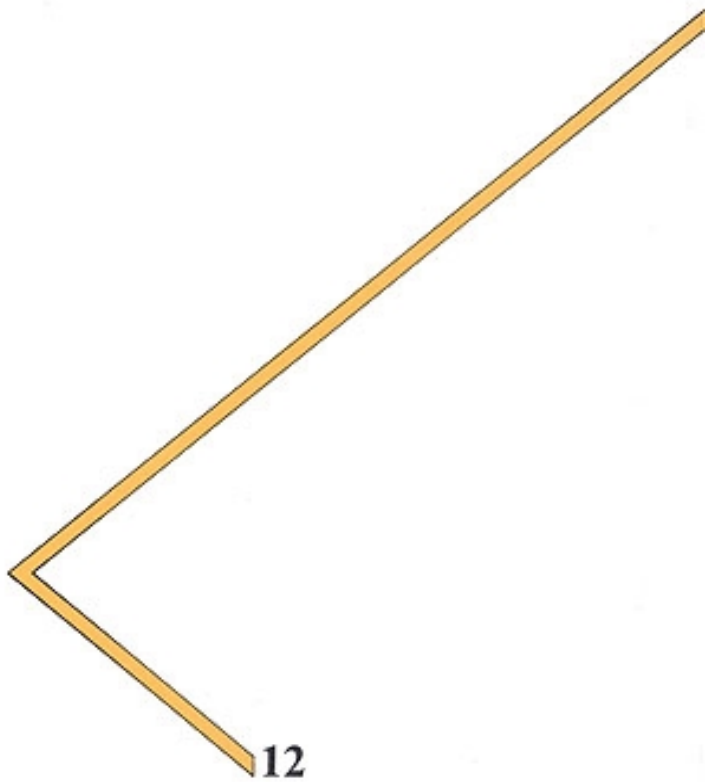
D O X A



CUADERNOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO

Seminario de Filosofía
del Derecho de la
Universidad de
Alicante

Centro de Estudios Constitucionales

Alicante, 1992

P R E S E N T A C I Ó N

La muerte reciente de Renato Treves, en la primavera de 1992, ha hecho que este número de DOXA tenga que estar inevitablemente dedicado a la memoria de quien ha sido uno de los intelectuales más respetados y más queridos por los filósofos del Derecho responsables de esta revista. En el número 8 de DOXA publicamos una entrevista con Treves en la que le planteamos diversas cuestiones concernientes a su biografía intelectual, a las relaciones entre la teoría y la sociología del Derecho, al relativismo en ética y al desarrollo de la sociología del Derecho en Italia. Antes, en el número con que se inició la revista (en el año ya lejano de 1984), él había contestado también a una encuesta que trataba de configurar una especie de «mapa» de problemas iusfilosóficos; en su contestación, Treves ponía el énfasis en la importancia que en su concepción de la filosofía del Derecho había tenido la obra de Kelsen (sin haber sido nunca, desde luego, un kelseniano ortodoxo), y en la necesidad de construir una sociología del Derecho de vocación no sólo empírica, sino también teórica, histórica y filosófica. Elías Díaz, en el trabajo que abre este número de DOXA (Renato Treves 1907-1992), *puede por ello decir, y con toda razón, que «los dos grandes pilares de su pensamiento han sido desde muy temprano, desde el principio, Kelsen para estrictamente la teoría del Derecho y Weber para la sociología del Derecho». El lector encontrará también en ese trabajo noticia de muchas otras influencias, temas e ideas valiosas que caracterizan la obra teórica de Treves. Y encontrará también una breve e insuperable descripción de lo que fue Renato Treves como persona: «un hombre bueno y con las ideas claras».*

El artículo de Juan Antonio Pérez Lledó, La enseñanza del Derecho en Estados Unidos, *abre la sección monográfica sobre algunos problemas actuales de la filosofía del Derecho en ese país. En su trabajo, el autor ofrece una sugestiva exposición de los aspectos institucionales (las Facultades de Derecho, los profesores*

y los estudiantes) y de los contenidos y métodos didácticos (el «case method», el «método socrático», los planes de estudio) de la enseñanza del Derecho en Estados Unidos. En relación con la situación de los estudios jurídicos en España, la conclusión a la que llega -que difícilmente dejará de ser válida con la entrada en vigor de los nuevos planes de estudio- es que la enseñanza del Derecho en América es «más metodológica y *menos* memorística; *más* sustantiva *e interdisciplinar y menos* formalista y *cerrada; más* crítica *(o participativa, o activa) y menos* dogmática *(o pasiva)».*

En Derechos humanos y comunitarismo. Aproximación a un debate, *Alfonso Ruiz Miguel enjuicia el ataque comunitarista a la concepción individualista y universalista de los derechos humanos. El autor trata de mostrar que en la tradición de las doctrinas de los derechos humanos existe «una profunda y ancha veta que, haciendo algunas concesiones comunitaristas, viene a limitar el alcance individualista y universalista que aquellas doctrinas parecían presuponer en principio». La posición comunitarista vendría, pues, a «hacer explícitos y a extremar ciertos presupuestos implícitos y más o menos soterrados de la tradición occidental relativos al orden en el interior y a la supremacía en el exterior, anunciando un mundo en el que, según ese punto de vista, no podríamos seguir haciéndonos ilusiones humanitarias y deberíamos elegir entre la buena pero falsa conciencia liberal y la identificación comunitaria que nos permitiría acomodar nuestros verdaderos intereses a nuestra verdadera conciencia (que seguiría siendo buena)».*

El movimiento «Critical Legal Studies» ya fue objeto de tratamiento en Doxa por parte de Owen Fiss (en sendos artículos en los números 10 y 11) y de Albert Calsamiglia y del propio Duncan Kennedy (en el mismo número 11). Sin embargo, mientras que entonces (con la obvia excepción de Kennedy, uno de los más caracterizados representantes de CLS) la actitud había sido decididamente negativa, ahora Agostino Carrino, en Solidaridad y Derecho. La sociología jurídica de los «Critical Legal Studies», *contempla el movimiento con mucha mayor simpatía. Reconoce, por ejemplo, en el mismo «la ausencia de una teoría precisa y de una filosofía determinada» pero eso, en su opinión, no sólo no constituye un punto débil, sino que dota de una considerable fuerza a un movimiento tan complejo como CLS. En su trabajo, Carrino examina las concepciones de diversos autores de CLS sobre el Derecho y el cambio social, sobre la «contradicción fundamental», sobre la solidaridad y el Derecho y sobre el liberalismo. En este último punto, mientras que los autores de CLS dirigen una crítica radical al sistema liberal, Carrino acepta «el*

horizonte del Estado liberal como el único lugar en el que se pueden producir las batallas por la emancipación humana»; sin embargo, un mérito aquí de los CLS parece ser el de no haber renunciado a «cuestionarse sobre la posibilidad de comunidades diferentes a las que están señaladas por el estigma de la modernidad, o mejor, del fracaso del proyecto moderno».

En su artículo El concepto de integridad en Dworkin, *Albert Calsamiglia parte de considerar que el extraordinario éxito del autor norteamericano se debe sobre todo a su método de análisis que permite no sólo describir el Derecho, sino también apuntar soluciones a los problemas jurídicos sustentadas en un conjunto de principios coherentes. A partir de ahí, Calsamiglia se ocupa de la crítica de Dworkin al modelo positivista de ciencia jurídica. Luego, pasa a considerar el análisis que este último efectúa de los desacuerdos entre los juristas, lo que lleva a la idea de que el Derecho no es un producto acabado, sino un* enfoque *(el Derecho como interpretación). Y finalmente aborda estas dos preguntas clave de una teoría jurídica: ¿cómo determina el pasado al presente?, ¿cómo se justifica la coacción del Estado?, que tienen como respuesta, en la obra de Dworkin, la propuesta de un modelo de sociedad democrática, caracterizada por los principios de equidad, justicia, legalidad e integridad (o coherencia). A propósito de este último punto, Calsamiglia se detiene a analizar el papel de los principios en el Derecho y del equilibrio entre los mismos.*

El feminismo -la teoría jurídica feminista- es, sin duda, una de las corrientes más características del pensamiento jurídico (y también moral y político) estadounidense contemporáneo. En Pornografía y feminismo radical, *Jorge Malem no se ocupa del conjunto de ese movimiento, sino de una de sus tendencias -el feminismo radical representado por Andrea Dworkin y Catharine MacKinnon- y en relación con un problema concreto: la propuesta que estas últimas han efectuado de una censura absoluta de la pornografía. En su trabajo, Malem parte de analizar el modelo de ordenanza antipornográfica defendido por esas autoras, sobre la base de que «la pornografía viola los derechos civiles de las mujeres al constituir una práctica esencial en el proceso de discriminación y de subordinación sexual que convierte a la mujer en una ciudadana de segunda clase». Luego muestra cuáles son, en su opinión, los presupuestos ideológicos, políticos y éticos que subyacen a la misma: el hombre es un ser violento; la pornografía constituye una explicitación de la supremacía masculina; en la sociedad dominada por el varón impera el sadismo cultural; el Estado democrático y su Derecho está diseñado para acallar y subordinar a la mujer; la pornografía no es sólo* mala in se, *sino*

que es la causa de la comisión de delitos sexuales violentos. En completa contradicción con ese tipo de feminismo, al que considera teóricamente equivocado, políticamente inadecuado y éticamente inaceptable, Malem defiende, en relación con la pornografía, una política basada en el liberalismo moral y en el principio de autonomía de la persona humana, según la cual la pornografía sólo podría prohibirse si la misma produce directa o indirectamente un daño.

La sección de artículos de tema libre se abre precisamente con un viejo trabajo de Hans Kelsen dirigido a criticar el intento de Eugen Ehrlich de fundamentar sobre bases científicas la sociología del Derecho. La concepción de Ehrlich, quien defiende, frente a lo que luego propondrá Max Weber, una ciencia integrada del Derecho dirigida a sustituir a, y no a separarse de, la ciencia jurídica tradicional, merece por parte de Kelsen un juicio radicalmente negativo: «El intento de Ehrlich de fundamentar la sociología del Derecho -concluye- se debe considerar como completamente frustrado, sobre todo como consecuencia de una falta de claridad en el planteamiento de los problemas y de una ausencia de método preciso. Lo que se desprende de sus explicaciones caóticas y contradictorias no es ciertamente otra cosa que el lugar común aceptado (...) a saber, el enunciado que afirma que lo esencial del desarrollo jurídico radica en la sociedad». Pretender que ahí está «contenido el sentido de toda fundamentación de una sociología del Derecho» sería tanto como suponer que se puede «aprehender el sentido de toda la biología a través del enunciado que dijera que el desarrollo de los organismos radica en la naturaleza». Por lo demás, el artículo de Kelsen, escrito poco después de haber publicado los Hauptprobleme der Staatsrechtlehre, *tiene también interés porque en el mismo se prefiguran ya muchos de los conceptos capitales de lo que años después sería la* teoría pura del Derecho.

Perfecto Andrés Ibáñez, en Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal, *se ocupa de una cuestión muy poco tratada en la teoría del Derecho, pero de importancia fundamental pues, ciertamente, «es en la reconstrucción o en la elaboración de los* hechos *donde el juez es más soberano, más difícilmente controlable, y donde, por ende, puede ser (...) más arbitrario». Después de efectuar diversas aclaraciones conceptuales a lo que constituye el tratamiento estándar de los hechos judiciales (el juez no se entiende directamente con los hechos como tales, sino con proposiciones relativas a hechos, de manera que él efectúa siempre una labor de reconstrucción; los hechos -las acciones- intencionales no son juicios de valor -como muchas veces se dice-, sino* hechos *psicológicos), el autor analiza tres modelos que pretenden dar cuenta de la reconstrucción judicial de los hechos: los modelos*

del historiador, del detective y de la inferencia inductiva. Apoyándose fundamentalmente en la obra de Ferrajoli, Andrés Ibáñez defiende precisamente este último modelo, lo que le lleva a sostener que la conclusión de ese tipo de razonamiento (esto es, la declaración de hechos probados) tiene un valor simplemente probabilístico y contiene, por tanto, siempre un cierto margen de incertidumbre. Pero precisamente por ello, la exigencia de motivación de los hechos debe tomarse «en serio» y no puede limitarse a una valoración «libre» de la prueba (basada en la «íntima convicción») por parte del juez: este último debe expresar también cuáles son las razones -los argumentos- en que descansan sus convicciones sobre los hechos.

En el artículo Fines y medios: una aproximación a los derechos, *Ricardo A. Guibourg aborda el problema de los derechos humanos y, en general, de las restricciones recíprocas, arrancando de la vieja cuestión de si el fin justifica los medios. A su juicio, el problema de los medios y de los fines puede resolverse en un simple cálculo comparativo a condición de que se parta de una única escala de valores y de que la solución se considere válida sólo para la óptica moral que contiene dicha escala. Pero el caso es que no existe una única escala de valores ni un método intersubjetivo dotado de aceptación general para resolver las controversias éticas. Por ello, tendemos a proscribir para todos la utilización de determinados medios, con independencia de lo valioso que sean los fines perseguidos; estas proscripciones vienen a constituir acuerdos interescalas para que, por encima de las escalas de valores que cada persona o grupo sustente, algunos intereses que se suponen comunes no sean afectados más allá de lo tolerable. A este género de los acuerdos interescalas pertenecen, entre otros, los derechos humanos, el sistema jurídico en cuanto tal y la forma democrática de gobierno.*

Finalmente, Antonio E. Pérez Luño (en Los clásicos españoles del Derecho Natural y la rehabilitación de la razón práctica*) arranca de la consideración de que la idea de racionalidad práctica es un elemento común a numerosas orientaciones de la filosofía del Derecho contemporáneas, para mostrar luego que los clásicos españoles del Derecho natural (Vitoria, Soto, Molina, Suárez o Vázquez) constituyen precisamente un valioso precedente de esas orientaciones. En opinión de Pérez Luño, esos autores son históricamente «el eslabón entre el Derecho natural clásico y el moderno», lo que se refleja en su concepción de la racionalidad práctica que, como toda doctrina de transición, refleja rasgos ambivalentes: «De una parte, siguen fieles a una fundamentación metafísica del orden jurídico y a unas "razones últimas" de tipo*

ontológico que conforman el sustrato axiológico material de sus construcciones. Pero, como contrapunto, llevan hasta sus últimas consecuencias el postulado tomista de la autonomía del orden humano regido por la racionalidad natural, respecto al orden trascendente de la fe y de la gracia». Además, y en relación con la crítica de ahistoricismo dirigida contra el iusnaturalismo clásico y moderno, Pérez Luño destaca que, aún siendo aplicable a los autores españoles, estos últimos mostraron una mayor «sensibilidad hacia lo concreto» y «apertura a lo histórico».

La sección **Notas** *se abre con un trabajo de Aleksander Peczenik* -Los principios jurídicos según M. Atienza y J. Ruiz Manero- *al que sigue el de estos dos últimos autores:* Objeciones de principio. Respuesta a Aleksander Peczenik y Luis Prieto Sanchís, *en el que responden a las críticas de Peczenik y también a las formuladas por Luis Prieto Sanchís en su libro* Sobre principios y normas. *La discusión gira básicamente en torno a tres tesis, defendidas por Atienza y Ruiz Manero (en* Sobre principios y reglas, *en DOXA n.º 10) y negadas por sus críticos: la de que las reglas jurídicas de mandato constituyen razones perentorias, mientras que los principios serían razones no perentorias; la de que aquellas reglas determinan de forma «cerrada» sus condiciones de aplicación, mientras que los principios lo harían deforma «abierta»; la tesis, finalmente, de que, a diferencia de las directrices, los principios en sentido estricto exigen un cumplimiento pleno, es decir, no admiten modalidades graduales de cumplimiento.*

A la anterior, sigue una segunda polémica que tiene como protagonistas a M.ª Inés Pazos y Carlos S. Nino. La primera (en El principio de autonomía de la persona en el discurso moral: análisis de un argumento pragmático) *trata de refutar la pretensión del segundo (expuesta en* Ética y derechos humanos) *de derivar el principio de autonomía de la persona de los presupuestos del discurso moral. Para ello, tras analizar el concepto de inconsistencia pragmática sostiene, en primer lugar, la invalidez del argumento de Nino pues, en su opinión, el argumento pragmático no es más útil que la simple deducción de la lógica tradicional, dado que el poder justificatorio de los argumentos pragmáticos dependerá en última instancia del contenido de sus presupuestos. En segundo lugar, la autora entiende que aun cuando se acepte algún presupuesto mínimo de la discusión moral, el resultado difícilmente será suficiente para fundamentar el principio de autonomía en el sentido tradicional y amplio en que ha de entenderse. En relación con la primera crítica, Nino contesta que es cierto que un argumento basado en una inconsistencia pragmática alude a una contradicción lógica entre enunciados, pero el situarse en el nivel*

pragmático permite atacar a alguien que no ha hecho dos afirmaciones con contenidos contradictorios. En relación con la segunda, Nino reconoce que Inés Pazos está «muy cerca del blanco cuando al final objeta que el principio de autonomía de la persona tal como está formulado por mí es demasiado restringido, ya que sólo comprende la libertad de elegir y materializar principios morales autorreferentes o ideales de excelencia humana y no la elección de planes de vida que no consisten en principios morales». Pero la respuesta de Nino aquí es que «los planes de vida y aún las elecciones más anodinas siempre presuponen principios morales, al menos permisivos».

En Weber y la duplicación de la ciencia jurídica. Una réplica a Bergalli, *Realino Marra contesta a la nota de este último aparecida en el número 10 de DOXA. En su opinión, hoy resulta más necesario que nunca que la sociología del Derecho desarrolle una función crítica para la definitiva superación de la ideología jurídica tradicional. Luego, cuando por fin se afirme una idea de ciencia del Derecho entendida como ciencia social unitaria, que se ocupe de los hechos, se podrá pensar en programas más o menos detallados de división del trabajo. Pero ello -objeta Marra a Bergalli- «no constituye, en suma, un proyecto de remoción y sustitución (a la manera de Ehrlich), en base a una idea de sociología jurídica como única, verdadera ciencia del Derecho. Lo que se persigue es, ante todo, un objetivo de institucionalización de la disciplina* en el interior *de la ciencia jurídica, como consecuencia del reconocimiento de la necesidad de una colaboración entre todos los científicos del Derecho».*

El autor entrevistado en este número, Georg Henrik von Wright, es, como se sabe, el fundador de la lógica deóntica. Sin embargo, en la entrevista que le realiza Eugenio Bulygin no hay sólo preguntas -y, obviamente, respuestas- concernientes al campo de la lógica, sino también al de la reflexión moral y política. En el primero de estos dos contextos, cabe destacar la opinión de von Wright de que la «lógica como estudio de lo racional trasciende los límites de lo verdadero y lo falso». Por lo que se refiere a la forma de abordar la problemática ética y política, el autor finlandés reconoce las limitaciones del no cognoscitivismo - y, en consecuencia, la necesidad de su superación-, pero le parece que están aún ausentes las «herramientas filosóficas» que permitirían tratar con rigor los problemas -genuinamente filosóficos- a los que el cognoscitivismo pretende hacer frente. En todo caso, von Wright formula, aunque con cautela, la predicción de que «la ética será el centro de la filosofía en el nuevo siglo, así como la lógica lo ha sido en las primeras décadas del presente siglo».