

II Jornadas de Filosofía del Derecho “Moral y Derecho, hoy”

Persiguiendo una continuidad que es ya del todo segura, la labor del profesor SEBASTIAN URBINA, de la Cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad Insular Balear, posibilitó los días 14 y 15 de noviembre de 1991 la celebración de las *II Jornadas de Filosofía del Derecho*, para esta oportunidad convocadas bajo el título «Moral y Derecho, hoy». Su desarrollo estuvo encomendado a las intervenciones de los profesores ALBERT CALSAMIGLIA (Universidad Pompeu Fabra, Barcelona), ROBERT ALEXY (Christian-Albrechts Universität, Kiel), AULIS AARNIO (University of Helsinki) y ALEXANDER PECZENIK (University of Lund). Por mi asistencia a las mismas, y ayudado de los apuntes que he conservado sobre las diferentes ponencias, compongo ahora esta información.

Profesor CALSAMIGLIA, «Moral y justificación jurídica». Reconociendo la amplitud del tema pasa al análisis de las relaciones entre Moral y Ciencia de la Legislación desde la perspectiva de los juristas. A la interrogante de si debe considerarse la moral como único y suficiente criterio para la legislación responde negativamente. En el examen práctico de la labor de producción jurídica en una comunidad jurídico-dogmática se observa la ausencia de modelos teóricos subyacentes. A diferencia de lo que ocurre en relación con los momentos interpretativos y de aplicación, donde existe una red conceptual y técnica importante, en la fase de diseño y elaboración de productos jurídicos no opera otro criterio que el de la intuición sobre lo éticamente bueno. De esta situación se desprende tanto que la red conceptual y de categorías manejada por el jurista se orienta fundamentalmente a la descripción, como que parece necesario proceder a construir una disciplina científica de la Legislación. En esa tarea convendrá asimilar las consecuencias de la crisis y transformación del modelo de Estado liberal, particularmente para lo relativo a la quiebra de la eficiencia del mercado y por tanto del producto justo como resultado de esa eficiencia. Una comprensión actualizada de las normas como incentivos de la acción ha de comprometerse con más incentivos que los de la pura legalidad; así, con la eficiencia y la gestión. CALSAMIGLIA atendió igualmente a la propuesta formulada por M. ATIENZA (vid. «Sociología jurídica y ciencia de la legisla-

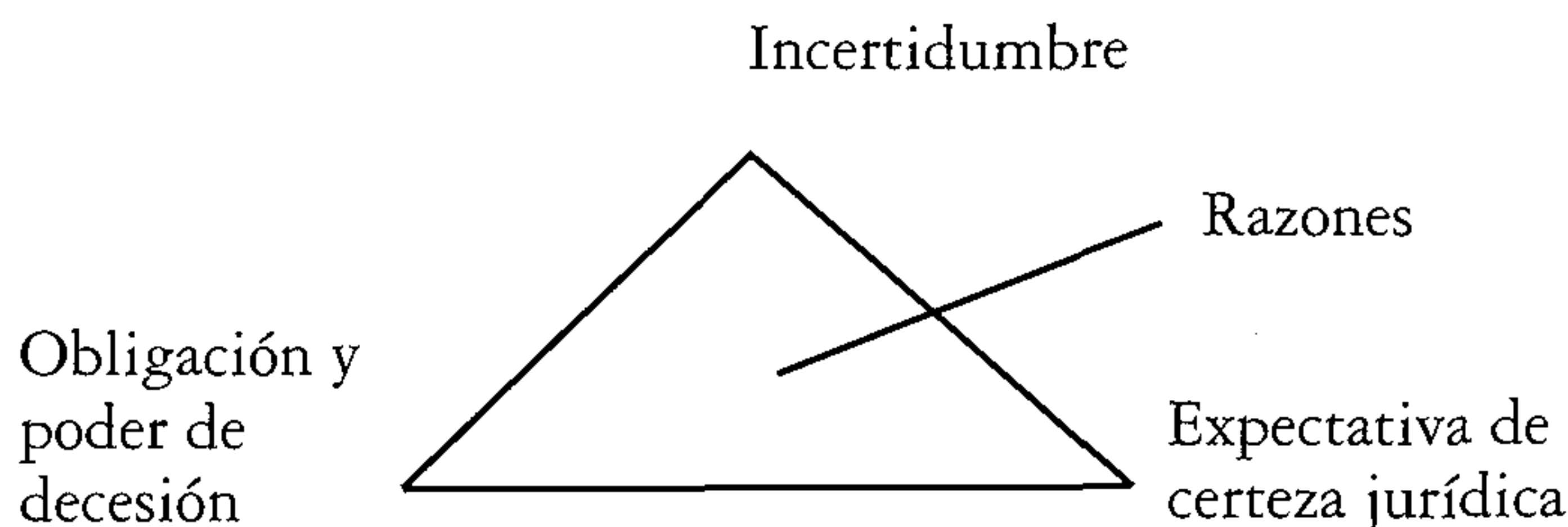
ción», en R. BERGALLI (coord.), *El derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica*, PPU, Barcelona, 1989, y «Contribución para una teoría de la legislación», en *Doxa*, 6, 1989, pp. 385-403) en lo que éste llama niveles de racionalidad lingüística, lógica, pragmática, teleológica y ética, proponiendo varias observaciones críticas. Entendiendo, por ejemplo, que sería quizás más recomendable que tales exigencias aparecieran no tanto como niveles de racionalidad sino en categoría de problemas afectados (de claridad lingüística, consistencia lógica y coherencia sistemática, eficacia y eficiencia, etc...), e insistiendo sobre todo en que la prioridad ética, indiscutible, puede quedar depreciada sin una adecuada asignación de recursos. De ahí que para llevar a cabo con control sobre los productos legislativos, y de los derechos, la verificación de la existencia de oportunos recursos constituya un test de enorme valor y significación. (Una exposición detallada de estos temas se hallará en A. CALSAMIGLIA, «Justicia, eficiencia y optimización de la legislación», en *Documentación Administrativa*, 218-219, 1989, pp. 113-151). Al término, tengo anotadas para la reflexión algunos temas: baja-mala calidad de los productos jurídicos; calidad y obsolescencia calculada en el diseño y rendimiento de algunos productos e instrumentos jurídicos; ausencia de parámetros y mecanismos para detectar ex-ante posibles lagunas y contradicciones; determinación ex-post y conflictividad; inconvenientes de las dicciones generalizadoras y de la llamada derogación enfática para el juicio de vigencia normativa; por último, progreso alcanzado en el campo de las técnicas legislativas (así, la Checklisten o Prüffragen alemana) y recientes directrices gubernamentales en nuestro país (vid. acuerdos del Consejo de Ministros de 26 de enero 1990 y 18 de octubre de 1991. Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno).

Profesor ALEXY, «A non positivistic concept of Law». Aborda como cuestión particular el problema de si las normas jurídicas conservan su validez cuando violan normas morales. En este contexto, si existe relación necesaria entre Derecho y Moral, sólo parece adecuado adoptar un concepto no positivista del Derecho. Recurre a la tesis de GUSTAV RADBRUCH en los períodos de preguerra y postguerra europea; en el primero de ellos se encuentra la afirmación de que la resistencia a un derecho inicuo o corrompido debía considerarse problema de conciencia personal, moral, pero que la validez del derecho no era afectada y menos aún impugnada por tales razones; más tarde, ya para el segundo período, Radbruch expondrá la convicción de que ante conflictos entre justicia y certeza había que resolver a favor del derecho positivo, excepto en los casos en que las contradicciones Derecho positivo-Justicia fueran demasiado fuertes, intolerables, por tanto finalmente introduciendo principios de moral en el concepto de juridicidad y sosteniendo que los criterios de validez formal de un sistema jurídico ceden y decaen allí donde la injusticia es insufrible. ALEXY distingue en esta última fórmula lo que llama el punto de vista del observador, desde el que no sería sostenible, y del participante, desde el que po-

dría resultar aceptable. En esta última dimensión será donde desenvuelva su exposición, ofreciendo en este sentido ocho argumentos para la defensa de la más cercana en el tiempo de tesis de Radbruch: lenguaje, claridad, eficacia, certidumbre, relativismo, democracia, necesidad y honradez.

Su discurso se organiza mostrando el argumento, seguido de la objeción y, finalmente, proponiendo un análisis crítico del mismo. Su exposición sigue en lo básico la estructura de la polémica entre HART («Positivism and the Separation of Law and Morals», en *Harvard Law Review*, 71, 1958, pp. 593-629) y FULLER («Positivism and Fidelity to Law», *ibíd.*, pp. 630-672). (Una exposición detallada de varios aspectos del problema se hallará en R. ALEXI, «On Necessary Relations Between Law and Morality», *Ratio Juris*, 2, 2, 1989, pp. 167-183). Entre mis notas encuentro lo siguiente: envidiable claridad expositiva y riguroso orden de discurso; como sugerencia, considerar para las relaciones entre Derecho y Moral el dato de lo que el orden jurídico contempla en el expediente técnico-jurídico de subsanación del defecto de justicia en un juicio de legalidad formalmente correcto, así en el derecho de gracia, si bien conviene no olvidar que en su aplicación a menudo inciden más razones que las morales, y a veces de índole y grado muy diferente a éstas (oportunidad política, indulgencia, etc...).

Profesor AULIS AARNIO, «A Legal theoretical Point of View». Arranca de las consideraciones de ALEXI en torno al dilema de RADBRUCH, pero advirtiéndole que no se ocupará del problema de la validez, sino de las relaciones entre Derecho y Moral desde la actividad jurisdiccional, esto es, de las sentencias y aplicación jurídica de los Tribunales. Asume igualmente las propuestas de ALEXI en su *Teoría de la Argumentación jurídica* (Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1978, trad. castellana M. ATIENZA e I. ESPEJO, C.E.C., Madrid, 1989) considerando que la argumentación jurídica es un subtipo de razonamiento práctico y es también un subgrupo del razonamiento ético. Sobre esa base se pregunta por qué la justificación jurídica ha cobrado tan notable interés en el mundo moderno. Como respuesta primaria y todavía parcial propone que obedece a un interés más que meramente teórico, es decir, que existen motivaciones sociales más amplias que en verdad impulsan el tratamiento de esta cuestión. Profundizando en ello acude al esquema utilizado en su obra *Lo racional como razonable* (D. Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1987, versión castellana E. GARZÓN VALDÉS y R. ZIMMERLING) (vid. p. 5 inglesa, ó 28 castellana).



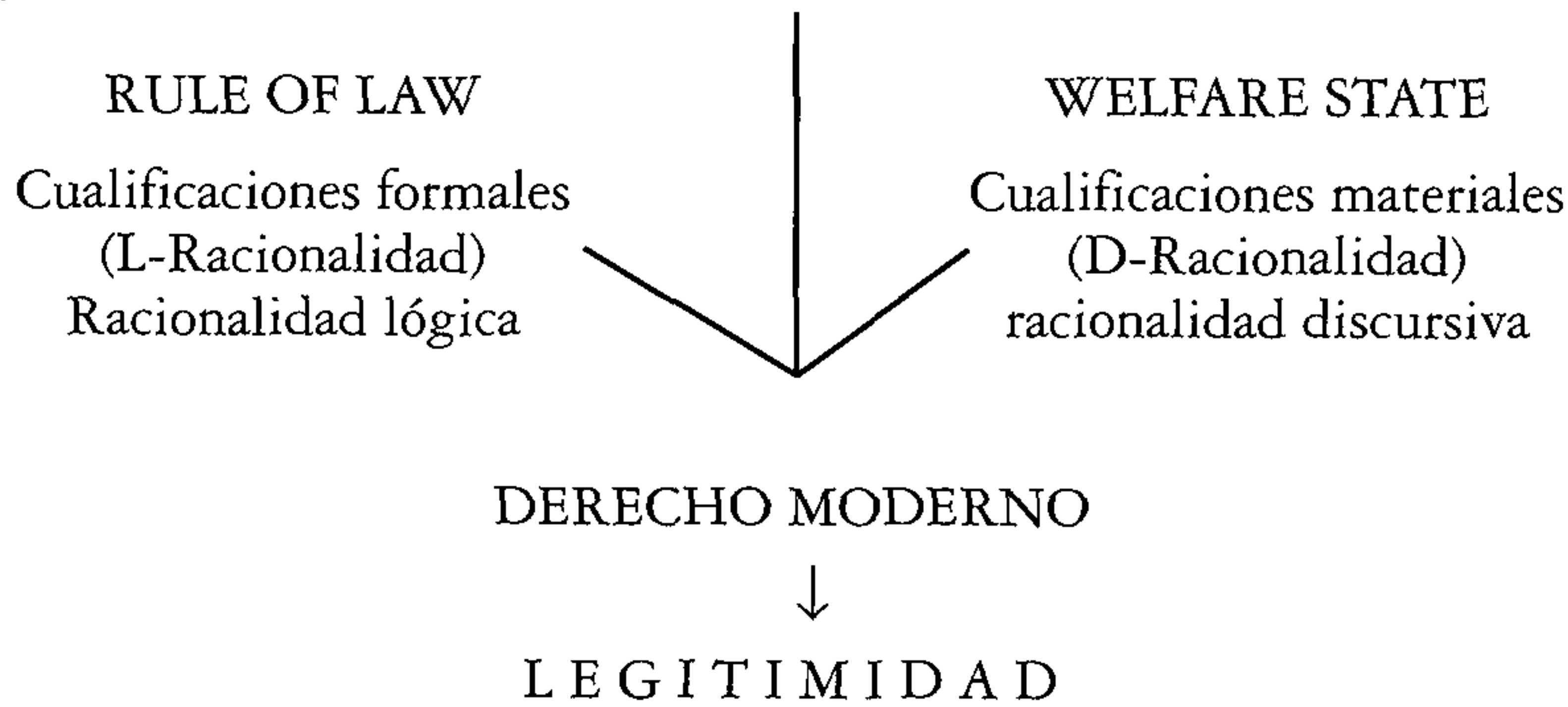
En cualquier situación existe un Tribunal o juez con competencia (obligación y poder) para resolver. Su punto de vista es interno y su condición la de participante del sistema. La actividad que desenvuelve se produce en la incertidumbre sobre hechos y normas. En adelante Aarnio se limitará a tratar de la incertidumbre normativa, o sea, del problema de cómo realizar la expectativa de certeza. Señala los dos tipos de soluciones existentes; en determinadas sociedades a través de la autoridad, en otras mediante razones, lo que parece que generalmente preferido. Se interroga entonces por el significado de «expectativa de certeza jurídica». Su respuesta comporta dos elementos: interdicción de arbitrariedad y aceptabilidad. El primero, concierne con la idea de predictibilidad y racionalidad del discurso (D-racionalidad). El segundo admite ser entendido como existencia de criterios formales (soluciones respetuosas con el principio de legalidad) o como existencia de criterios materiales (las soluciones deben ser concordes con los hechos sociales, con ciertos valores, con la moralidad). Por tanto, el problema de la certeza jurídica tiene una doble dimensión: procedimiento y resultado. Pues bien, en la sociedad moderna la expectativa de certeza incluye junto a aspectos procedimentales también facetas valorativas de tal manera que los temas de argumentación y racionalidad jurídica se reconducen al debate en torno a la conexión Derecho-Moral.

Trasladando este enfoque a la transformación operada sobre los rasgos del principio de legalidad por el Welfare State, AARNIO presenta el siguiente esquema:

RULE OF LAW	WELFARE STATE
Separación de poderes.	La clásica separación de poderes no aparece tan definida en la práctica.
Protección jurídica. (De individuos para con individuos; de individuos para con el Estado).	id.
Certidumbre jurídica (Existencia de órganos jurisdiccionales, de leyes procesales, sistemas de recursos, etc.).	id.
Defensa jurídica conducida a través de profesionales del Derecho (Abogados).	La actividad jurídica se ha extendido enormemente. Hoy en día los asuntos jurídicos no están encomendados en exclusivo a los clásicos profesionales del Derecho.

Estructura normativa.	En la actualidad la estructura normativa clásica ha cambiado. Existen no sólo normas, sino también principios, condiciones generales de los contratos, etc.
Justicia formal.	Justicia material.
Estructura formal de las decisiones. (silogismo, subsunción)	No basta la pura y simple subsunción. Se precisa la justificación mediante procedimientos de racionalidad discursiva.

Siendo así, el derecho moderno resulta para Aarnio de una intermediación entre Rule of Law y Welfare State, trayendo por consecuencia la elaboración y diseño de decisiones mejor justificadas y más legítimas.



A partir de reconocer estas transformaciones el problema se conduce en cómo determinar qué clase de razones legitiman las decisiones en el derecho moderno. AARNIO entiende que, acogiendo la tesis de GUNNAR BERGHOLTZ (vid. su trabajo «*Ratio et Auctoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas*», en *Doxa*, 8, 1990, pp. 75-85), es posible constatar el desplazamiento del núcleo de importancia en el problema de la decisión judicial desde la autoridad del que toma la decisión al interés por la decisión razonada. La relevancia de esta nueva dimensión se puede percibir considerando que las exigencias de justificación son paralelas al desarrollo de la democracia. En Democracia es fundamental el control y análisis crítico de las decisiones lo que se hace imposible a falta de motivaciones. También en relación al ejercicio de derechos contemplados en un sistema de recursos procesales. Sin motivación se hace imposible recurrir. Por último, la interdicción de arbitrariedad y el control de la actividad jurisdiccional igualmente se facilita desde la existencia de decisiones motivadas. Al propio tiempo, la nueva situación originada por el desarrollo y evolución del Welfare State exige el

planteamiento de las relaciones Derecho-Moral como «ponderación y equilibrio».

En resumen, hoy se precisa: racionalidad discursiva o comunicativa, construcción de teorías basadas en criterios sustanciales, teoría de ponderación y equilibrio y, terminando, evitar el peligro de una excesiva sectorialización o segmentación en los análisis, procurando más bien favorecer la disponibilidad de la autocomprensión desde teorías puente (teorías «carpa»).

La exposición de AARNIO suscitó sugestivas intervenciones por parte de todos los profesores asistentes a estas Jornadas. De entre ellas destacaría las de ALEXY, PECZENIK y MICHELE TARUFFO, ocasional asistente al acto.

Las observaciones de ALEXY, aceptadas por AARNIO, se dirigieron en línea a subrayar que la visión de la sociedad y derecho modernos resultaba no tanto de enfrentar los modelos de ROL y WS, como de advertir su comunicabilidad. Personalmente soy de la opinión, por lo demás compartida por otros asistentes, que la sinopsis ROL/WS es ilustrativa, aunque de la Rule of Law se hace un empleo semántica y funcionalmente que cuando menos no es el más frecuente, y acaso no sea el más adecuado, para expresar con claridad el concepto con que por lo general se le identifica en nuestra cultura jurídica. Peczenik por su parte reordenó de otro modo el discurso de Aarnio en torno a las relaciones entre «predictibilidad-aceptabilidad-racionalidad», sugiriendo los siguientes pasos.

0. Punto de partida del razonamiento jurídico: hechos y valores.
1. El razonamiento jurídico se hace racional si satisface: a. el expediente de L-racionalidad (inferencias lógicas correctas). b. ponderación y equilibrio, que le presta coherencia. c. los criterios de racionalidad discursiva, o reglas de discurso que promueven el «fair discursen». Todo ello colabora a diseñar un procedimiento racional como lógico, coherente y armónico.
2. Además de un procedimiento racional es necesario alcanzar un resultado racional, en el sentido de predecible y aceptable.

La interrogante para PECZENIK se abre al querer determinar qué se deba entender por «aceptable», inclinándose por una posición de «auditorio». En cuanto a TARUFFO, su comentario estuvo orientado a establecer la no despreciable importancia que habría que conceder, para con lo relacionado con la obligación formal de expresar las razones de la decisión, junto a la coherencia normativa también a los «hechos», es decir, también al control de la narratividad, a la cuestión de la «coherencia narrativa».

(De utilidad considero la consulta del trabajo de A. AARNIO, «On the Legitimacy of Law: A Conceptual Point of View», en *Ratio Juris*, 2, 2, 1989, pp. 202-210). Las Jornadas se cerraron con A. PECZENIK que trató sobre «Law, Morals and Overriding Duties». Si no me equivoco en la identificación, el conferenciante inició el tema con la lectura de un texto que procede de su obra *On Law and Reason* (Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1989, pp. 63-64), refiriéndose en particular al consenso más bien generalizado que presenta determinados principios como morales y entiende que es «prima facie» moralmente bueno guiarse por ellos. A esa condición «prima facie» otorga PECZENIK, como se sabe, un carácter provisional, indicando para ella dos conceptos de distinta índole: prima-facie-1, o lingüísticamente posible, y prima-facie-2, o principio moral relevante. En un caso el lenguaje muestra tal principio no extraño dentro de la ponderación y equilibrio que ha de concretar como acción u omisión el comportamiento moral. En otro, es el marco cultural quien compele a tomarlo en consideración dentro de la ponderación y equilibrio que ha de determinar como acción u omisión el comportamiento moral. A partir de aquí pasó a examinar de qué modo habría que interpretar lo «relevante». En una de sus afirmaciones se recogía la siguiente tesis: un supuesto no justificado subyace a toda justificación; lo que se resuelve o decide en determinado momento descansa en preferencias personales. En todo problema de moralidad prima-facie-2, como relevancia, existe el factor de lo que llamó relevancia secundaria o conformación del juicio moral definitivo a través de «considerar todas las cosas», de seguir el mejor compromiso, alcanzado luego por ponderación y equilibrio entre diferentes principios valorativos, pero no en sentido estricto, irrealizable por cuanto el individuo no puede formular juicios «considerando todas las cosas», sino en un sentido amplio, es decir, considerando cuantas circunstancias moralmente relevantes le sea posible y llevando a cabo un razonamiento coherente mediante tantos criterios como le sea posible.

Conociendo así el papel que juega la ponderación y equilibrio, qué ocurre ante la emergencia de nuevos valores en relación con valores tomados como relevantes por una cultura. La situación puede devenir en armonía o conflicto. PECZENIK sostiene en ello lo que denominó teoría de los valores escindidos esto es, que dentro de una cultura que tiene reconocidos determinados valores prima-facie-2, existen valores que alcanzan a sobreponerse a la mayor relevancia o mayor peso específico de otros, emergiendo tras de ellos luego de haber permanecido hasta entonces ocultos.

Dedicó también atención al problema de la relevancia particular o específica de ciertos valores en el Derecho. La ley jurídica, afirmó, posee relevancia moral; por consiguiente, no se la debe ignorar. Ha de tenerse en cuenta, además de los valores generales, el valor jurídico y su relevancia moral. Cuestiones concretas, a plantear en este ámbito son la pérdida de

relevancia específica, así la desaparición de la validez de una norma, que inicialmente era relevante, y que a su juicio se produce cuando su peso es menor que el de los valores morales generales.

Por último, PECZENIK aludió a qué entender por valores generales objetivos. Su propuesta es tratar de hallar una síntesis entre objetivismo y subjetivismo y así considerar que tales valores existen con esa cualidad de objetivos, aunque no en el sentido de que sigan a la naturaleza sino de seguir al lenguaje y la cultura. Cuando entran en conflicto hay que proceder a una ponderación, y sobre lo que resulta finalmente de mayor peso se decidirá conforme a preferencias personales.

La sesión se prolongó con el debate entre AARNIO y ALEXI. Es bien conocido que ambos autores mantienen opiniones discrepantes respecto de la posibilidad de discusión racional entre formas de vida diferentes. Diría que la posición de AARNIO es, por influencia de WITTGENSTEIN y como partidario del «auditorio» de PERELMAN, desfalleciente a la hora de conceder una fundamentabilidad mediante discusión racional justificativa de la preferibilidad entre «formas de vida» valorativamente divididas o mutua y compulsivamente contendientes (vid. A. AARNIO, entre otros trabajos, «Linguistic Philosophy and Legal Theory», *Rechtstheorie*, 1, 1979, pp. 17 y ss, y *Lo racional como razonable*, en espc. cap. IV, 2.5. y 2.6.). Por el contrario, calificaría de resistente la posición de ALEXI, convencido de que aquella discusión y fundamentabilidad de las elecciones y preferencias valorativas entre «formas de vida» diversas es siempre en alguna medida posible (vid. R. ALEXI, *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 68, y «Aarnio, Perelman und Wittgenstein. Einige Bemerkungen zu Aulis Aarnio Begriff der Rationalität der juristischen Argumentation», en *Reasoning on Legal Reasoning*, A. Peczenik-J. Usitalo (eds.), The Society of Finnish Lawyers Publications Group D n° 6, Vammala, 1979, pp. 121 y ss.)

(Sobre los problemas abordados por PECZENIK ha de resultar sin duda de gran provecho la consulta de su trabajo «Dimensiones morales del Derecho», en *Doxa*, 8, 1990, pp. 89-109).

Me resta sólo reiterar nuevamente, también desde estas páginas, mi felicitación al prof. Urbina por el importante nivel y la afortunada realización que han alcanzado ya las *Jornadas de Filosofía del Derecho en la Universidad de Palma de Mallorca*, ejemplo de esa constante actualización y apertura de preocupaciones que en nuestra disciplina hoy se registra, no menos que prueba del siempre deseable estímulo de colaboración universitaria.

José CALVO GONZÁLEZ

† José María Rojo

El pasado 19 de marzo falleció en Palermo, a donde se había trasladado a firmar un convenio de cooperación con aquella Universidad, JOSÉ MARIA ROJO SANZ, Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Universidad de Valencia.

JOSÉ M.^a ROJO se licenció en Derecho por la Universidad de Valencia en 1976 obteniendo el Premio Extraordinario de Licenciatura. En 1984 obtuvo, asimismo el Premio Extraordinario de Doctorado, por su tesis *Persona, Sociedad y Derecho en Julián Marías*, realizada bajo la dirección del Prof. JESUS BALLESTEROS. Desde 1984 fue Profesor Ayudante de Derecho Natural y Filosofía del Derecho, y desde 1987 Profesor Titular en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia. Desde 1987 a 1990 desempeñó el puesto de Vicedecano de Ordenación Académica. Miembro de diversas asociaciones de filosofía jurídica, participó en numerosos congresos, especialmente universitarios y relacionados con la Juventud.

La preocupación del prof. ROJO por la defensa de la vida humana, entendida de modo global, sin reduccionismos, o mejor como «realidad radical», en expresión de ORTEGA, marcó su labor investigadora orientando todos sus trabajos hacia distintos aspectos de la vida y la persona: dignidad, libertad, conciencia, paz, justicia y derechos humanos, tanto de las generaciones presentes como de las futuras.

La postura mantenida por el prof. ROJO ante estos diferentes temas no implican sino otra forma de acercarse a su tema fundamental. Así la necesidad de considerar al hombre como persona, «como fin en sí mismo», y de hacer de la vida un diálogo continuo entre el presente el pasado y el futuro, es una idea común a varios de sus trabajos. Pero lo que podría considerarse como el resumen de su filosofía se encuentra, sin duda, en *Fundamentos antropológicos de la defensa de la vida humana* (1989), al afirmar que el objetivo último de toda acción en defensa de la vida humana ha de ser la derogación de cualquier tipo de norma que impida la máxima protección jurídica y social de la vida humana desde la concepción, hasta el momento de la muerte natural de cada ser humano. Esta afirmación del valor superior de la vida humana lo encontraba el prof.

ROJO en la dignidad del ser humano, tema al que también dedicó alguno de sus trabajos (p. ej.: *Il riconoscimento della dignità umana nell'ordinamento giuridico spagnolo*, 1989) y que fundamentaba en una concepción personalista cristiana, en su «carácter misterioso y sagrado». En esta misma línea se sitúa su concepción de los derechos humanos, como derechos inalienables, su rechazo hacia cualquier postura que los considerara como derechos subjetivos patrimoniales, y, por tanto, susceptibles de enajenación, tema sobre el que impartió numerosos seminarios y cursos. En este sentido merece ser destacado su trabajo sobre *Los derechos morales en el pensamiento angloamericano*, entre otros: *Introducción a la investigación sobre derechos humanos*, *La reforma de la constitución en materia de derechos fundamentales*; *Los derechos humanos en las culturas actuales*. Especial atención dentro del ámbito de los derechos humanos, mereció el tema de la objeción de conciencia (*Objeción de conciencia y guerra justa* 1984, *Monopolización del poder, objeción de conciencia y consecución de la paz* 1985 y *La objeción de conciencia como derecho fundamental*, 1986), de cuya regulación afirmó que «introduce una normatividad no positiva que rompe con el monopolio de la creación del Derecho por parte del Estado primándose, de algún modo, la conciencia individual sobre la ley general en algunos casos concretos».

Siendo coherente con su respeto a la vida como globalidad, el prof. ROJO profundizó en el tema de las futuras generaciones como posibles sujetos de derechos (Vid. «Los derechos de las futuras generaciones», en *AAVV, Derechos Humanos*, 1992), lo cual le llevó a conectar con las exigencias de protección del medio ambiente y a indagar una nueva concepción ecológica de la vida, materia ésta sobre la que se encontraba trabajando en la actualidad.

Esperanza FERRANDO