

Massimo LA TORRE y Alberto SCERBO (a cura di), *Diritti, procedure, virtù. Seminari catanzaresi di filosofia del diritto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, 185 pp.

CARLOS LEMA AÑÓN
Universidad Carlos III de Madrid

PALABRAS CLAVE: derechos fundamentales, Constitución, interpretación, virtud cívica.
KEY WORDS: fundamental rights, Constitution, legal interpretation, civic virtue.

Una obra como ésta, producto de las aportaciones de los distintos profesores que pasaron en el curso 2001-2002 por el seminario de filosofía del derecho de la Universidad de Catanzaro, podría fácilmente caer en la heterogeneidad y la dispersión. No sería éste un problema mayor supuesta la calidad de las diferentes aportaciones, pues al fin y al cabo esta es la regla general en las revistas académicas, sin que su pertinencia o calidad se resienta por ello. No obstante, en este caso y aunque son diversos los temas tratados, tras la lectura podemos percibir ciertos hilos conductores y cierto aire de familia en (al menos la mayoría de) los trabajos aquí presentados, lo que habla bien del trabajo realizado en el seminario de filosofía del derecho de Catanzaro. En efecto se ha logrado reunir en este volumen valiosas aportaciones de autores que desarrollan su trabajo en universidades de distintos países de Europa y que resultan el reflejo de algunas preocupaciones comunes y de algunos de los temas que en los últimos años más han sido objeto del debate académico en el ámbito de la filosofía del derecho. En realidad, no hay que indagar demasiado en las razones de esa sensación de unidad de la obra, pues nos las proporciona el director de la misma, Massimo La Torre, en el prefacio. En efecto, hay en todas las aportaciones una cercanía de “estilo”, que La Torre califica como “analítico en sentido lato”; en sentido muy



lato en la medida en que las notas comunes serían la pretensión de claridad argumentativa y una noción de filosofía vinculada con la experiencia y con el sentido común. Por otra parte, tres serían, de acuerdo con esto, las cuestiones principales que se abordan en esta obra. En primer lugar, aparece la cuestión de los derechos fundamentales, su estructura, su interpretación y también su papel en la tensión entre democracia y constitución. El segundo gran tema sería el de los procedimientos: tanto los procedimientos institucionales del constitucionalismo y la democracia, como lo relativo al razonamiento jurídico en el ámbito de la interpretación y razonamiento judicial. Por último, el tercer aspecto es el del papel de la virtud en el ámbito de la experiencia jurídica.

El libro se abre con una aportación de Robert Alexy que examina la cuestión de la racionalidad del mecanismo de la ponderación en la interpretación de los derechos fundamentales y discute la crítica que Habermas hace de tal mecanismo. El lector en castellano puede ya conocer algunos de los argumentos que maneja Alexy en este punto, pues al margen que los aspectos aquí tratados sean coherentes con su *Teoría de los Derechos fundamentales* y en algunos aspectos ya apuntada allí, el desarrollo que aquí se recoge ya aparece en buena medida en su *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales* (Colegio de Registradores de la propiedad, Madrid, 2005). Para Alexy, los derechos fundamentales recogidos en las constituciones modernas pueden ser comprendidos según dos construcciones, una más restringida y rígida, que podría ser definida como “la construcción de las reglas”, y otra más amplia y omnicomprendensiva, que sería la “construcción de los principios”. Según la primera, las normas que garantizan los derechos fundamentales no se distinguen esencialmente en cuanto a su estructura de otras normas del sistema jurídico, y si acaso su particularidad será su relevancia en el conjunto del ordenamiento jurídico y el hecho de que tutelan posiciones específicas de los ciudadanos frente al Estado. Por el contrario, según la construcción de las reglas, la función de los derechos fundamentales no se limitaría a este último aspecto.

La construcción de las reglas en la República Federal de Alemania habría sido desarrollada por el Tribunal Constitucional por primera vez en el año 1958, con motivo de la llamada sentencia Lüth. En esta sentencia se encuentran tres ideas que habrían influido profundamente el derecho constitucional alemán y que nos dan la clave de esta segunda construcción de los derechos fundamentales. En primer lugar, la garantía constitucional de los



derechos fundamentales no es simplemente una defensa del ciudadano frente al Estado, sino que representan también un “orden objetivo de valores” –en las primeras formulaciones– o más simplemente unos principios expresados en los derechos fundamentales. De aquí, que según esta construcción, los derechos fundamentales no serían únicamente normas sino también principios. En segundo lugar, tales valores –o principios– no se dirigen únicamente a regular las relaciones entre el ciudadano y el Estado, sino que su fuerza se irradia a todos los sectores del ordenamiento jurídico, con lo que los derechos se hacen omnipresentes. Por último, la tercera idea tiene que ver con la estructura de los valores y principios: éstos tienden a colisionar y a enfrentarse, de tal modo que el choque ha de solucionarse no por la vía de la exclusión de uno u otro principio en conflicto –lo cual sería la solución si estuviésemos ante normas simples– sino con el mecanismo de la *ponderación*. La construcción de los derechos fundamentales como reglas que se impone en el derecho constitucional alemán desde esta sentencia, parece implicar que resulta necesario realizar ponderaciones entre los bienes constitucionales. La ponderación aparece, pues, como el elemento central desde el punto de vista metodológico en la construcción de los derechos fundamentales como valores y ocuparía el papel que la subsunción tiene en el modelo de las reglas.

Alexy plantea en este punto la pregunta de cuál de los dos modelos –el basado en la subsunción o el basado en la ponderación– proporcionaría una mayor racionalidad (aún asumiendo que los modelos no se suelen dar en estado puro). Evidentemente Alexy apuesta por el segundo, pero esta pregunta le sirve para poner en contexto dos objeciones que Habermas habría apuntado contra el modelo de la ponderación. Según la primera objeción, el modelo de la ponderación privaría a los derechos fundamentales de su poder normativo, ya que la ponderación haría que los derechos se vieran degradados a un carácter programático. Además, este debilitamiento se hace más grave en la medida en que no existe un estándar racional de ponderación, lo que hace que la ponderación se haga de forma arbitraria, basándose en estándares y jerarquías consuetudinarias, pero no necesariamente racionales. La primera objeción se dirige, pues, a los efectos (debilitamiento e irracionalidad) del modelo de ponderación. La segunda objeción, en cambio, es de tipo conceptual: la ponderación aparta al derecho del ámbito de lo válido y lo inválido, de lo justo y de la justificación, para trasladarse a un ámbito más resbaladizo de nociones tales como la mayor o menor idonei-

dad, la discrecionalidad, etc. En definitiva, el modelo de ponderación traería consigo una renuncia a la categoría de “corrección”, lo cual supondría un golpe definitivo al modelo en la medida en que el derecho aparece necesariamente vinculado con la pretensión de corrección.

Para responder a las objeciones de Habermas, Alexy desarrolla lo que considera los elementos centrales de la estructura del juicio de ponderación, para dar cuenta de los criterios de racionalidad que estarían subyacentes a esta operación. Sostiene Alexy que, al menos en el derecho constitucional alemán, la idea de ponderación se integra en un principio más amplio como es el de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad podría dividirse a su vez en tres subprincipios, que serían los principios de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Todos ellos expresarían la idea de optimización, lo cual significa necesariamente entender los derechos fundamentales como *mandatos de optimización*, en la medida en que la idea de optimización exige que una determinada circunstancia –la expresada en los derechos– sea realizada en la máxima medida posible teniendo en cuenta las posibilidades reales y jurídicas. A partir de aquí, y cuando entrasen en conflicto distintos principios, para Alexy sería posible emitir juicios racionales sobre la intensidad de la interferencia entre los principios, sobre el grado de importancia de cada uno, y sobre sus relaciones recíprocas.

La contribución del profesor Javier Ansuátegui se inserta en el ámbito de la discusión actual sobre las relaciones entre constitucionalismo y democracia, en concreto sobre las consecuencias que se derivan de la presencia en las constituciones de determinados contenidos garantizados rígidamente. Las constituciones parecen, así, reducir el ámbito de lo político y del propio ámbito de la democracia. En la medida en que estos contenidos se excluyen del ámbito de lo “opinable”, de lo “negociable” o de lo “decidible”, aparece una tensión entre la constitución y los mecanismos y exigencias de la democracia. De este modo, no es extraño que este asunto se haya abordado como la existencia de una fuerte tensión entre constitución y democracia, que sería la otra cara de la tensión entre derechos y la regla de la mayoría. El esfuerzo de Ansuátegui es, en este punto, y sin disolver el problema por la vía de negar la tensión, ensayar una perspectiva que nos permita tratar este asunto en los términos de una tensión interna de la democracia constitucional, más que una dicotomía entre dos principios opuestos. Fundamental para entender esta cuestión es darse cuenta –como apunta el autor– que la democracia no sólo supone la regla de la mayoría, sino otros elementos imprescindibles



entre los cuales están los derechos o, al menos, ciertos derechos: nótese que sin derechos de participación para todos no existe la democracia. Pero para situar el debate en estos términos resulta necesario reformular las exigencias tanto de la democracia como del constitucionalismo, para proponer un modelo de democracia deliberativa (más allá de la democracia mayoritaria) y un modelo de constitución dinámico que no suponga que ésta está diseñada de una vez por todas.

Ansuátegui se plantea hasta qué punto algunas dimensiones del constitucionalismo se acercan al iusnaturalismo, que por su parte supone que hay determinadas normas y con ello determinados asuntos que no son susceptibles de decisión al respecto por parte del legislador. Se pone en guardia, en definitiva, contra el peligro de una “tentación iusnaturalista en el constitucionalismo contemporáneo”, presente incluso en tesis no explícitamente iusnaturalistas como la idea del “coto vedado”. Tampoco es una cuestión menor la posibilidad de reducción de la agenda política que sería el producto de la exclusión de determinados asuntos respecto del ámbito de lo decidible. Si la justificación de esta exclusión es mejorar la racionalidad de las decisiones públicas, no se puede descartar que esta operación traiga consigo una reducción de la democracia que se manifestaría en una banalización de la discusión pública, y en la alienación de la posibilidad de decidir.

La posibilidad de reconstruir esta tensión en un discurso que asuma la democracia y el constitucionalismo como parte de una construcción coherente, depende –para Ansuátegui– de que junto con estos conceptos se incluyan también los de derechos fundamentales y de Estado de derecho. Para ello, asume la necesidad de una concepción material de Estado de derecho, lo que implica la inclusión de contenidos materiales en el sistema jurídico, principalmente los derechos fundamentales. A partir de ahí, se formula un esquema en el cual las relaciones entre todos estos elementos han de ser profundas y no coyunturales. Así, entre Estado de derecho y democracia habría una conexión interna y conceptual, no meramente histórica; igualmente la habría entre democracia y derechos fundamentales, entendida la democracia no únicamente desde una concepción exclusivamente formal; y desde luego entre derechos fundamentales y constitución. Así, al sostenerse una concepción sustancial de Estado de derecho, vinculado a la noción de democracia y a la noción de constitución, será posible integrar las exigencias de ambos elementos. No se trata, en absoluto, de la disolución de la tensión entre democracia y constitución, sino tan sólo de la contradicción entre ambas.

La tensión es una tensión irresoluble, propia de la categoría de Estado de derecho entendido como Estado constitucional. Pero el esquema mencionado permitiría integrar esos elementos en un equilibrio no petrificado y para el que son necesarias “nuevas estrategias de mediación, entre las que la deliberación puede ocupar un papel relevante”.

El trabajo de Patrick Birkinshaw, profesor de la Universidad de Hull en el Reino Unido, que es sin duda el más “técnico-jurídico” y menos “filosófico” de cuantos se recogen en este volumen, se articula en torno a la pregunta de si existe un derecho público europeo. La respuesta es obviamente positiva en quien además es director de la revista “European Public Law”. En realidad, la intención de su argumentación, parece en parte destinada a convencer a los juristas británicos de la plausibilidad de una noción que al jurista de la tradición continental le representa muchísimos menos problemas conceptuales. Con todo, el esfuerzo de clarificación de Birkinshaw es interesante en cuanto intenta delimitar la noción de derecho público europeo, pues aun cuando no tengamos dudas en aceptar su existencia, en realidad quizá no tengamos tan claro qué es exactamente aquello que damos por supuesto. Birkinshaw presenta varias alternativas sobre qué podemos entender por derecho público europeo: el ordenamiento de la Unión Europea; un common law de Europa; el Convenio Europeo de Derechos Humanos; o –finalmente– la opción que el adopta, algo más compleja, como es el impacto de la Unión Europea y del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, el impacto del ordenamiento de los Estados miembros sobre el derecho de la Unión Europea y el recíproco impacto entre ellos. Se trata de una noción, por otra parte, que entiende muy vinculada con la noción de un common law de Europa. Buena parte del trabajo de Birkinshaw se dedica a analizar el impacto del derecho público europeo sobre el modo de pensar y de actuar de los juristas ingleses. Entre otras muchas consecuencias, habría dado lugar a una crisis en la aceptación de la idea de la regla de reconocimiento hartiana como teoría de la validez jurídica estándar, en tanto supone que ésta no podría dar cuenta de las complejidades actuales de la evolución del derecho internacional.

La aportación de Peter Koller se ocupa de las relaciones entre derecho, moral y virtud, o, si se prefiere, del viejo problema de las relaciones entre derecho y moral, desde una nueva consideración de la también milenaria noción de virtud moral. Koller, catedrático de Filosofía y Sociología del Derecho en la Universidad austríaca de Graz (y durante mucho tiempo colabo-



rador de Ota Weinberger) constata la recuperación de la idea de virtud y de la “ética de la virtud” en la discusión académica, en el discurso público e incluso en la rica oferta de obras “popular-filosóficas”, a despecho de la consideración por mucho tiempo de la virtud como un concepto obsoleto y hasta reaccionario. La demanda de ética y de virtud –se ha señalado muchas veces– que se manifiesta también en el interés por las éticas de los negocios o las bioéticas, tiene que ver con un cierto hartazgo y una pérdida de confianza en la política: menos política y más ética. No obstante, creo que en las conclusiones de Koller está implícito, no va a ser fácil que la vía de la ética –sobre todo en la medida en que tenga de encierro en lo privado– pueda ser demasiado prometedora sin ciertas condiciones sociales también político-morales que no sabemos muy bien cómo mantener o recrear: ciertas condiciones del carácter de las personas (¿qué otra cosa es la virtud?) no pueden darse generalmente si no se dan también ciertas condiciones sociales en las que puedan florecer. En este punto, el papel del derecho puede estar claro, pero no deja de ser incómodo. Koller, en efecto, se hace en este trabajo dos preguntas relativas a la relación entre el derecho y la moral, examinando ésta desde el punto de vista de la virtud. Las conclusiones a las que llega en cada una de las preguntas pueden resultar, no digo pacíficas, pero sí bastante plausibles ambas. La cuestión es que una vez se ponen en relación las dos respuestas los problemas aparecen inmediatamente. Así, Koller se pregunta en primer lugar hasta qué punto el derecho está legitimado para dirigir a las personas hacia la virtud, tratando de imponer o por lo menos de promover ciertas disposiciones del carácter. A esta pregunta, responde, claro, con la postura ampliamente extendida de que un derecho legítimo no puede imponer la virtud y sólo puede promoverla en una medida limitada. La segunda gran pregunta que está presente en su trabajo es la de hasta qué punto la eficiencia de un derecho depende de la virtud de los ciudadanos. Aquí quizá la conclusión sea más polémica, pero en todo caso no puede resultar descabellada la respuesta de que un ordenamiento jurídico privado de un contexto de ciertas virtudes ciudadanas no puede funcionar correctamente.

De tales respuestas a las preguntas planteadas, una vez se ponen en relación, surge la percepción de no pocas dificultades. Porque así las cosas, un ordenamiento jurídico, para funcionar correctamente, necesita de ciertas virtudes morales tanto por parte de sus destinatarios como de sus aplicadores; pero al mismo tiempo tales virtudes no pueden ser el producto, el resultado del derecho mismo: el derecho vive de unos presupuestos sociales que no

tiene la capacidad de producir. De esta conclusión, que casi suena paradójica, ha de surgir la pregunta de cómo será posible crear la virtud moral necesaria para el funcionamiento del derecho. La respuesta de Koller es que en la medida en que no puede salir del derecho mismo, tendrá que producirse en la comunidad de ciudadanos o sociedad civil, a través de los mecanismos de la educación moral, la discusión pública y la solidaridad moral. No desarrolla el autor estos elementos, aunque sí que da algunas notas de interés. Así, por limitarnos a la cuestión de la “educación moral” (de cierta actualidad en España debido a la cuestión de la asignatura de “educación para la ciudadanía y los derechos humanos”), Koller no la entiende principalmente como la difusión y el adoctrinamiento en valores y normas morales, sino, de forma más abstracta, más fundada, pero también más difícil de promover, como el sostenimiento y la consolidación de las actitudes y de las disposiciones morales por medio de una adecuada práctica social. No es fácil ver el modo de (re?)construir los vínculos sociales que hicieran esto posible.

La aportación del profesor de la Universidad de Cardiff William Lucy sobre jurisdicción e imparcialidad está formada tanto por su intervención en el seminario de Catanzaro como por otros textos anteriores. De entre todas las virtudes institucionales que deberían estar presentes en la institución de la jurisdicción, Lucy selecciona las de la racionalidad y la imparcialidad, en la medida en que éstas pueden comprender al resto (equidad, justicia, coherencia, predecibilidad, etc.). En la medida en que la jurisdicción encarnase alguna o todas estas virtudes, podría reclamarse como una forma de resolución de conflictos superior o preferible a otras alternativas a nuestra disposición, ya sea la mediación o el arbitraje, pero también el voto o el jurado popular. Sin embargo, para poder afirmar que la jurisdicción encarna tales principios, no sólo habría que afrontar el viejo escepticismo general con respecto a estas instituciones, sino también el encarnado por el trabajo teórico de determinados juristas norteamericanos escépticos o “heréticos”, particularmente desde posiciones de los estudios jurídicos críticos. A estos efectos, habría dos críticas a tener en cuenta. La primera, sostiene que no existe ningún método de justificación jurídica “racional” que se pueda elevar por encima de los conflictos de la vida social. La segunda crítica afirma que bajo una apariencia de imparcialidad, la jurisdicción no es más que política, y que en esta medida resulta un método ilegítimo de resolución de controversias importantes.

Respecto a la primera de las críticas escépticas, la crítica a la posibilidad de la racionalidad, Lucy afirma que los defensores de la ortodoxia jurídica



no han conseguido rebatirla eficazmente. Considera el autor, que la afirmación de que la jurisdicción es un proceso racional de toma de decisión, puede querer decir tres cosas, cada una de las cuales incluiría a la anterior y podría ser considerada como un grado ascendente en una escala de racionalidad. El primer grado vendría representado simplemente por “tener razones” para una determinada acción o decisión. El segundo grado de la escala de racionalidad sería el de la “selección de razones” (no sólo se tendrían razones, sino que estas razones deberían ser auténticas y al agente debería conocer todas o al menos la mayoría de las razones al caso). Por último, el tercer grado de racionalidad sería el de la ponderación [weighing] de las razones, que incluye la ponderación de las razones auténticas, de tal forma que un agente es racional cuando actúa de una forma X sólo sobre la base de la razón más sólida y más relevante a favor de X de toda la gama de razones disponibles, o sobre la base de un grupo de razones que, globalmente consideradas, resultan más relevantes. No obstante, para Lucy, la existencia de un pluralismo de valores inconmensurables que se manifiesta en la resolución de los casos difíciles, muestra que la jurisdicción no puede satisfacer la exigencia de racionalidad en el último sentido mencionado, esto es, de verdadera racionalidad. Siendo así, no es claro que la jurisdicción se pueda manifestar como evidentemente más racional que otros métodos alternativos de resolución de las controversias.

Distinta conclusión tiene el autor respecto a las pretensiones de los escépticos en cuanto a la posibilidad de la imparcialidad de la jurisdicción, pero en todo caso debe partirse también de una aclaración de qué se puede considerar imparcialidad en el ámbito judicial. Porque si imparcialidad significa no favorecer a una parte frente a otra, evidentemente los jueces lo hacen al decidir los casos, puesto que en la resolución favorecen a una de las partes en detrimento de la otra. Así, será necesario distinguir entre dos acepciones esenciales de imparcialidad: la imparcialidad en cuanto a los resultados y la imparcialidad en cuanto al procedimiento. La imparcialidad en cuanto a los resultados exigiría como mínimo prescindir en la toma de decisiones tanto de las necesidades de las partes como de su estatus social; por otra parte, esta imparcialidad podría exigir ignorar cualquier acción pasada o presente cometida por las partes, así como tener un grado de impacto similar sobre las partes. Parece que la imparcialidad de la jurisdicción sólo estaría en condiciones de cumplir con los dos primeros requisitos. La imparcialidad en cuanto al procedimiento exige, por su parte, que no se favorezca

a ninguna de las partes o al menos que se favorezcan o perjudiquen en igual medida, lo que convierte esta imparcialidad en una cuestión de igualdad de impacto. Contrario a la imparcialidad en este sentido sería, por ejemplo, ignorar los testimonios de ciertas categorías de sujetos o conducir el juicio en una lengua que no conociera una de las partes. La imparcialidad procedimental consistiría en asegurar que las partes sean iguales para formar parte del proceso y que las normas y condiciones del proceso tengan en ambas un impacto idéntico. En definitiva, la jurisdicción sería plenamente imparcial únicamente en sentido procedimental, mientras que la imparcialidad en los resultados posible en la jurisdicción es muy limitada.

La aportación de Herlinde Pauer-Studer, docente en la Universidad de Viena, defiende una visión en la que cierto perfeccionismo se haga compatible con el liberalismo: el liberalismo podría ser conciliado con el perfeccionismo como doctrina moral, al tiempo que el perfeccionismo podría reentrar en el panorama de los valores promovidos por el liberalismo también como doctrina política. No obstante, el perfeccionismo del que aquí se habla pretende ser compatible con la autonomía individual y el pluralismo de valores y se encuadra en una reciente reafirmación de la idea de perfeccionismo vinculada con la idea de virtud cívica. Precisamente, esta idea de virtud cívica juega un papel muy central en debate contemporáneo en torno al liberalismo, al perfeccionismo y al republicanismo. Pero la idea de perfección moral tiene su sede en el ámbito de la moral personal, lo que hace que con independencia de que una sociedad necesite de ciudadanos empeñados en la mejora moral, no ofrece una razón para adoptar el perfeccionismo como doctrina política. En este sentido –y esto no es incompatible con el liberalismo– el objetivo sería que el Estado proporcionase un marco jurídico y social útil para el perfeccionamiento moral de los ciudadanos (por ejemplo promoviendo la vida cultural), pero eso no significa que no se deba dejar a los ciudadanos que por sí solos realicen su esfuerzo moral, aun cuando ello sea un requisito para una sociedad mejor. Así, el punto de vista es más optimista que el de Koller anteriormente comentado, pero tampoco aquí se explica de forma muy clara –y en esto Koller parece percibir mejor el problema– si es posible realmente promover esa virtud cívica.

El libro termina con un breve trabajo de Valentin Petev, de la Academia Europea de Teoría del Derecho, sobre hermenéutica filosófica e interpretación jurídica. En él, tras un recorrido por las principales nociones y finalidades de la hermenéutica filosófica, se intenta aclarar lo que de relevante tiene



esta aproximación a la interpretación y aplicación del derecho. Para el autor esta relevancia proviene entre otras cosas del hecho de que no exista una técnica para la correcta y segura aplicación de las normas jurídicas. Quizá la principal aportación de la hermenéutica sería haber mostrado que el fenómeno de interpretación de las normas y de los hechos sociales (pero también de la creación del derecho) no puede ser aprehendido más que en el marco más vasto del proceso de conocimiento de la realidad social.

CARLOS LEMA AÑÓN
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: carlos.lemma@uc3m.es



