

La Filosofía del Derecho contemporánea

Autor: *Carla Faralli.*

2007. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 339 páginas.

Carla Faralli, Catedrática de Filosofía del Derecho en la Universidad de Bolonia, ofrece en su obra titulada *La Filosofía del Derecho contemporánea*, una visión panorámica sobre el devenir del pensamiento jurídico en las últimas décadas, haciendo un repaso sumario pero minucioso a las tendencias más importantes de los tiempos recientes. La autora sitúa el comienzo de la etapa contemporánea, en la que se centra su estudio, hacia la segunda mitad de los años sesenta del siglo XX, justo después del apogeo del pensamiento de Hart.

El pensamiento jurídico contemporáneo se caracteriza por la crisis del positivismo jurídico. Con ello no se debe entender que dicha corriente haya caído en desuso por haber sido totalmente superada. Muy al contrario, todavía goza de buena salud en muchos ambientes. Pero la Filosofía del Derecho se ha ido abriendo a nuevas perspectivas. En concreto, la profesora Faralli destaca dos líneas principales de distanciamiento respecto del positivismo: por un lado, la apertura de ciertos pensadores hacia los valores ético-políticos o socio-políticos; por otro lado, la apertura a los hechos.

Respecto de la apertura a los valores ético-políticos, se distinguen dos tendencias: por un lado la teoría constitucionalista, también llamada neoconstitucionalista o principialista; por otro, la llamada nueva teoría del Derecho Natural o neoiusnaturalismo. La corriente neoconstitucionalista estaría caracterizada por la corrección moral que se añade al Derecho y que busca suavizar su rigurosidad. Moral que, en cuanto positivizada en las diversas Constituciones, se encuentra a su vez estrechamente vinculada a los sistemas democráticos. A fin de poner en relación Derecho, Política y Moral, los neoconstitucionalistas, siguiendo al profesor Ronald M. Dworkin, gran admirador de John Rawls, señalan la existencia de dos elementos diversos en todo ordenamiento jurídico: las reglas ("rules") y los principios ("principles"). Mientras que en el caso de las reglas rige el criterio de subsunción del hecho en el contenido de la norma, respecto de los principios, que tienen que ver más bien con fines, valores, exigencias morales y de justicia, se impone el método de la ponderación. La interpretación, que adquiere una importancia capital en el pensamiento dworkiniano y neoconstitucionalista en general, ya no es una actividad aleatoria de azarosa toma de decisiones, sino que, muy al contrario, se encuentra firmemente sustentada sobre los principios propios de cada sociedad en un momento histórico concreto, máxime cuando han sido positivizados en la norma constitucional. Por su parte, el profesor Robert Alexy, otra gran figura del neoconstitucionalismo, hizo hincapié en la pretensión de

corrección como exigencia de todo discurso jurídico, que él consideraba una modalidad del discurso práctico, a fin de mantener la unión entre Derecho y Moral. Según Alexy, los principios que integran todo ordenamiento jurídico, constituyen “mandatos de optimización” que reenvían a valores, terreno moral por excelencia, y que deben ser desarrollados en la medida en que las circunstancias lo permitan. Sólo a través de la concordancia con los principios el discurso jurídico puede aspirar a la corrección, concepto central en el pensamiento de Alexy. Para el profesor Carlos Santiago Nino, Derecho y Moral se hallan íntimamente conectados, dado que el Derecho no tiene la virtud de motivar a la acción si no está conectado con la Moral. Y la fundamentación moral del Derecho no es otra que la legitimidad procedimental y discursiva que otorga el procedimiento democrático de producción normativa.

El neiusnaturalismo también presenta una preocupación esencial por la Moral, pero no desde la perspectiva del procedimiento para obtener instrumentos jurídicos formalmente morales, sino buscando más bien contenidos morales esenciales irreductibles, a partir de los cuales construir todo el ordenamiento. El punto de partida del iusnaturalismo contemporáneo es la réplica de Lord Patrick Devlin a la reflexión sobre Derecho y Moral realizada por Hart. Devlin defiende la existencia de una Moral mínima que garantiza la cohesión social. Ausente tal núcleo moral, tiene lugar inevitablemente la desintegración de la comunidad. Es por ello que se puede

hablar de la existencia de una moralidad pública, que debe ser reforzada con los instrumentos jurídicos. El ordenamiento no sólo protege a los individuos, sino que también salvaguarda las instituciones. La disputa Hart-Devlin se vio enriquecida al poco tiempo con la aportación de Fuller, creador del Derecho Natural procesal o iusnaturalismo técnico, identificando una moralidad extrínseca del Derecho, relacionada con los fines, y una moralidad intrínseca, compuesta por ocho principios ideales irrenunciables. El movimiento del moralismo jurídico que se desarrolló rápidamente tras los citados autores se dividió pronto en tendencias. La más relevante es la de quienes, como John Mitchell Finnis, defienden la existencia de una verdad ética objetiva, integrada para este autor por un conjunto de principios autoevidentes, concebidos como absolutos morales fundadores del Derecho positivo, que deben ser protegidos por el poder político.

La apertura a los hechos, por su parte, vendrá de la mano de diversas corrientes de pensamiento. La primera que señala la profesora Faralli es el neoinstitucionalismo, cuyos máximos exponentes son Ota Weinberger y Neil MacCormick. En opinión de ambos autores, las normas no son realidades ontológicas distintas de los hechos empíricos. Sin embargo, se integrarían dentro de la subcategoría de hechos institucionales, los cuales son obra de la intervención humana. Esta intervención nunca se concibe como resultado de una acción individualista, sino más bien como acción de miembros de una comu-

nidad concreta, en los que se halla presupuesta la cultura de la sociedad en la que viven. Y así, las normas jurídicas estarían constituidas por el conjunto de hechos institucionales que satisfacen fines particularmente relevantes para la sociedad.

También relacionados con la corriente realista encontramos una serie de movimientos que abundarían en la idea de apertura del Derecho a los hechos. La primera de estas escuelas de pensamiento tan heterogéneas, que a su vez engloba un conjunto de tendencias diversas, se ha dado en llamar los "Critical Legal Studies". Los Estudios Críticos de Derecho conocieron una primera etapa de sesgo estructuralista, crítico con ciertos aspectos del liberalismo. Sin embargo, a partir del profesor R. M. Unger, la actitud crítica hacia el liberalismo y su característica pretensión de neutralidad del Derecho, se va a incrementar a raíz del intento por parte de los Estudios Críticos de Derecho de conciliar marxismo y realismo. La segunda de las grandes corrientes sería la escuela de Análisis Económico del Derecho, contraria a las tesis de los Estudios Críticos de Derecho, por cuanto sostiene una ética normativa liberal, una filosofía pragmática instrumentalista y un método de investigación económico. Para esta tendencia, los jueces son en realidad distribuidores de riqueza, debiendo cumplir con su tarea de forma eficiente a través de la búsqueda de la maximización del bienestar general. Finalmente, la última gran corriente que destaca la profesora Faralli es la reflexión feminista. Dicha tendencia habría

recorrido un camino de radicalización desde una postura liberal crítica con el Derecho en cuanto sexista, pasando por una etapa intermedia de feminismo cultural, caracterizada por la crítica hacia el Derecho en cuanto Derecho masculino, hasta una fase final de feminismo radical, promotora de la diferencia, esto es, de la necesidad de negar la supuesta neutralidad del Derecho respecto del género, buscando la elaboración de un Derecho sexuado que privilegie a la mujer en cuanto tal. Relacionadas con la reflexión feminista también encontramos las teorías de la diferencia racial.

En el Capítulo III del libro, Carla Faralli hace una reflexión acerca de los estudios más recientes sobre razonamiento jurídico. A partir de los años sesenta y setenta del pasado siglo se advierte una tendencia contraria al modelo lógico-deductivo de razonamiento jurídico, tan característico del positivismo jurídico. La preocupación de los autores que se incluyen en este movimiento de renovación es la necesidad de establecer unas reglas del discurso jurídico que, tal y como se desprende del pensamiento de Alexy, limiten la libertad argumentativa, para lograr un encadenamiento conceptual racionalmente justificado, no en virtud de su contenido concreto, ni tampoco a través de una determinación apriorística del discurso, sino racional como resultado del respeto a tales reglas argumentativas. Así, el profesor finlandés Aulis Arvi Aarnio, si bien señala la certeza de los enunciados interpretativos del Derecho como requisito indispensable para su corrección, reconoce que no es posi-

ble identificar una única respuesta correcta. En realidad, la corrección surgiría de la sujeción a unos criterios o cánones predeterminados. Para este autor la racionalidad lógico-formal no agota el discurso jurídico, sino que éste también está sometido a la racionalidad dialéctica, la cual apela más bien a la congruencia y a la razonabilidad.

Sin embargo, a pesar de las nuevas tendencias que se advierten en los últimos cincuenta años, el positivismo mantiene su vigor, especialmente en lo que se refiere a la aproximación analítica al Derecho. Con un centro fuerte de irradiación en Buenos Aires, la escuela filosófico-jurídica de orientación analítica ha dado lugar a dos corrientes: la tendencia iusanalítica de inspiración lógico-formal, en la que se insertan los profesores Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, y la corriente iusanalítica del lenguaje ordinario. Los profesores Alchourrón y Bulygin continuaron la defensa del ordenamiento jurídico como "Normative System" (sistema normativo), constituido por una base axiomática de enunciados jurídicos y todas sus consecuencias. Las normas, por tanto, serían enunciados condicionales que conectan circunstancias fácticas con soluciones. Desde este punto de vista se puede hablar de un sistema primario,

dirigido a los sujetos jurídicos, y un sistema secundario, cuyo destinatario son los jueces. También encontramos una serie de autores europeos que defienden la importancia vital de la aplicación de la lógica formal a las cuestiones jurídicas, como los profesores Lindhal o Soeteman.

Por último, la profesora Faralli se asoma a nuevos horizontes de la Filosofía del Derecho, que ya hoy gozan de una cierta andadura, pero que probablemente alcanzarán su apogeo en el futuro. Una de estas tendencias es la informática jurídica, que ha revolucionado los estudios en lógica jurídica a través de la tendencia que se ha dado en llamar "Artificial Intelligence and Law" (Inteligencia Artificial y Derecho). Otra gran corriente es la Bioética, que trata de poner en relación las ciencias empíricas y la Ética, a fin de dar solución a los grandes interrogantes de nuestro tiempo, consecuencia del desmedido progreso técnico de nuestro siglo. Finalmente, la profesora Faralli hace referencia al multiculturalismo como comprensión integradora del Derecho, que busca no sólo proteger al individuo, sino también la cultura en la que se halla inmerso y de la que, en cierta manera, es resultado.

Jesús Miguel Santos Román

La crisis Financiera Internacional y Económica Española

Autor: Antonio Torrero Mañas

2008. Ediciones Encuentro, Madrid. 65 páginas.

Libro definido por el profesor Velarde Fuertes como “pequeño en páginas y denso en contenido”, recoge dos conferencias dictadas por el autor en la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Alcalá: *La crisis financiera internacional y la crisis de la economía española*.

El profesor Torrero, gran experto en cuestiones financieras, tanto a nivel académico como por su experiencia profesional en el sector, nos acerca a la realidad más actual, explicando de forma clara, rigurosa y concisa los orígenes, los responsables, y las posibles consecuencias de la crisis financiera internacional, así como el papel que los gobiernos están jugando y jugarán para intentar resolver, o al menos atenuar, el desorden económico que estamos viviendo.

Torrero empieza su libro con una idea que no conviene que olvidemos los economistas: la modestia ante los conocimientos que tenemos para entender y explicar lo que está sucediendo y la modestia para aventurar lo que puede suceder. Sobre la crisis financiera actual, el autor nos aclara que sabemos poco pero que no todo son brumas.

En la primera parte, la correspondiente a *la crisis financiera internacional*, el

profesor Torrero repasa las principales alteraciones que en las tres últimas décadas se han producido en el marco institucional de los sistemas financieros, destacando fundamentalmente dos: la creciente importancia de los mercados financieros y el desvanecimiento de las fronteras que separaban los ámbitos de actuación de las diferentes instituciones financieras. Además, a la interrelación, la complejidad y el cada vez mayor protagonismo de los mercados, el autor añade la nota de la internacionalización. Estamos ante un mercado financiero prácticamente único, pero regulado por autoridades nacionales. Y es el propio sistema financiero, debido al estímulo hacia la innovación financiera y la gran competencia, el responsable del incremento de la propensión al riesgo en todo el mundo. Esto, junto al predominio de los mercados que implica constantes revisiones de las cotizaciones y fuentes alternativas de las valoraciones, hace que el sistema financiero sea muy inestable. Para el autor, una docena de entidades financieras que operan a nivel mundial (fundamentalmente bancos de inversión y universales) han sido los verdaderos responsables de la citada escalada de la propensión al riesgo y, también, de la crisis financiera mundial. Estas entidades han sido capaces de captar cantidades extraordinarias de recursos de los mercados, del sistema bancario y de las instituciones de inversión colectiva sin que los reguladores conociesen el riesgo que estaban asumiendo ni quien lo estaba financiando. El profesor Torrero describe perfectamente la catarata de sucesos que han conducido a la crisis financiera inter-

nacional que, de momento, se ha centrado en países desarrollados, con finanzas sofisticadas, y como las autoridades han tenido que ir a remolque de los acontecimientos y siempre obligadas a reaccionar en el cortísimo plazo. Concluye esta parte haciendo referencia a las contundentes intervenciones públicas y al coste elevadísimo que la crisis va a suponer para los contribuyentes, señalando que es de esperar que se intente reducir la propensión al riesgo del sistema financiero actual, mediante una regulación y supervisión más estricta, disminuyendo su capacidad de endeudamiento y con desconfianza respecto a la ingeniería financiera sofisticada.

En la segunda parte, la correspondiente a *la crisis de la economía española*, el autor destaca que la crisis financiera internacional ha sido el detonante que ha precipitado el ajuste de la economía española, que hubiera sido inevitable en cualquier caso. Torrero Mañas destaca dos desequilibrios principales de nuestra economía: el déficit exterior y la inflación. Ambos habrían exigido, aunque no hubiese crisis, una adecuada respuesta para su corrección. Nuestra economía, como señala el autor, ya ha afrontado ajustes en este sentido. El profesor nos muestra los principales desde el año 1973 y compara en nuestro país la crisis actual con las que ya se han producido desde entonces, haciendo especial referencia a la correspondiente a 1992-1993 y explicando claramente el proceso de crecimiento que hemos vivido en los últimos años. Torrero apunta, entre otras ideas, que nuestro crecimiento ha sido mayor que el de los países de nuestro

entorno debido a que hemos invertido más y hemos asumido mayores riesgos, lo cual se traduce en crecimiento a costa de inestabilidad potencial, es decir, a costa de acumular desequilibrios y, por tanto, mayor vulnerabilidad. Y esa inversión se ha producido en el único sector en el que era posible endeudamiento e inversiones masivas: la construcción. No obstante, señala, aspectos favorables de nuestra economía, consecuencia del período anterior de auge, para hacer frente a la crisis actual en comparación con la citada del 92-93: empresariado más preparado, fortaleza del sistema bancario, mejores infraestructuras, integración en el área del Euro, mayor flexibilidad económica, finanzas públicas saneadas (aunque el déficit público se incrementará rápidamente- ya lo está haciendo- debido a los costes asociados al aumento del desempleo y a los menores ingresos fiscales como consecuencia de la crisis). Tras analizar con detalle las consecuencias del euro, debate de gran actualidad, el profesor Torrero ofrece, por último, varias e interesantes recomendaciones. Destacan, entre otras, que se lleve a cabo un cambio en la actitud de nuestras autoridades para afrontar una crisis intensa y dolorosa, concediendo protagonismo a la empresa privada sobre la base de decir la verdad (tal y como hizo Fuentes Quintana en su momento), pedir ayuda y comprensión, bajar el impuesto de sociedades y facilitar la actividad empresarial y eliminar, si fuera posible totalmente, el dualismo del mercado de trabajo.

Antonio Javier Ramos Llanos