

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

¿Para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica?

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE LA
REVISTA

Sumario

DEBATE

¿Para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica?

Dirigido por: Marina Gascón

Artículos:

Manuel Atienza

Alfonso García Figueroa

Juan Antonio García Amado

Luigi Ferrajoli

ESTUDIOS

Nullum crimen sine lege: Comisión por omisión y dogmática penal

Tomás S. Vives Antón

Interpretación de la Constitución:

¿Gobierno de los jueces?

Marina Gascón

Académicos derrotados. Juristas exiliados

vinculados a la UNAM

Yolanda Blasco Gil

TEMAS DE HOY

En el cuarto centenario de la muerte de

Miguel de Cervantes

Paremia y gesto de "echar bando" en

Quijote. Pragmática y semióticas jurídicas

José Calvo González

La naturaleza decisoria de las condiciones

de los expertos en ciencia forense

Alex Biedermann

Silvia Bozza

Franco Taroni

VARIA

Crítica Bibliográfica

Jacobo López Barja de Quiroga

REVISTA SEMESTRAL. DICIEMBRE nº 20/2016

nº 20



tirant
lo blanch

SUMARIO

DEBATE

Presentación	11
<i>Marina Gascón</i>	
¿Para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica?	14
<i>Manuel Atienza</i>	
¿Para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica?	22
<i>Alfonso García Figueroa</i>	
¿Para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica?	42
<i>Juan Antonio García Amado</i>	
Argumentación interpretativa y argumentación equitativa. Contra el creacionismo judicial	64
<i>Luigi Ferrajoli</i>	

RÉPLICA

Comentarios para un debate, <i>por Manuel Atienza</i>	99
Comentarios deportivos, <i>por Alfonso García Figueroa</i>	109
Comentarios sobre los textos de Atienza, García Figueroa y Ferrajoli, <i>por Antonio García Amado</i>	121
Comentario a las intervenciones de Manuel Atienza, Juan Antonio García Amado y Alfonso García Figueroa, <i>por Luigi Ferrajoli</i>	131

ESTUDIOS

<i>Nullum crimen sine lege</i> : Comisión por omisión y dogmática penal	148
<i>Tomás S. Vives Antón</i>	
Interpretación de la Constitución: ¿Gobierno de los jueces?	204
<i>Marina Gascón</i>	
Académicos derrotados. Juristas exiliados vinculados a la UNAM	216
<i>Yolanda Blasco Gil</i>	

TEMAS DE HOY

En el cuarto centenario de la muerte de Cervantes. Paremia y gesto de «echar bando» en Quijote. Pragmática y semióticas jurídicas	243
<i>José Calvo González</i>	
La naturaleza decisoria de las conclusiones de los expertos en ciencia forense	262
<i>Alex Biedermann</i>	
<i>Silvia Bozza</i>	
<i>Franco Taroni</i>	

VARIA

Sobre <i>Die Schönheitsoperation im Strafrecht. Eine Untersuchung zu den normativen Grenzen chirurgischer Eingriffe bei fehlender medizinischer Indikation</i> . Autora, Christine Wagner, Berlín: Duncker & Humblot, 2015, 413 p.	289
<i>Jacobo López Barja de Quiroga</i>	
Normas de edición de la revista	301
Normas éticas y declaración de buenas prácticas	311

¿PARA QUÉ SIRVE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA?

Manuel Atienza

*Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Alicante*

RESUMEN

El artículo responde a la pregunta sobre la finalidad de la teoría de la argumentación jurídica a través de la exposición y propuesta de una concreta teoría de la argumentación que integra los elementos más valiosos de las aportaciones de los autores considerados precursores de la teoría de la argumentación jurídica (Viehweg, Perelman, Toulmin, Recaséns), así como de quienes forman parte de la denominada teoría estándar (Alexy, MacCormick). El texto presenta una teoría que supera las insuficiencias de ambas y puede suministrar herramientas teóricas y conceptuales suficientes para garantizar una praxis jurídica racional en el marco de una determinada teoría del Derecho y una concepción postpositivista del mismo.

PALABRAS CLAVE

Teoría argumentación jurídica, postpositivismo, argumentación formal, argumentación material, argumentación pragmática

¿PARA QUÉ SIRVE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA?

Alfonso García Figueroa

*Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha*

RESUMEN

La teoría de la argumentación jurídica es un concepto histórico inseparable de la jusfilosofía y surge a fin de proporcionarnos una descripción, una sistematización, una guía y un fundamento legitimador de la jurisdicción en el Estado constitucional sobre la base de una concepción fuerte pero limitada de la razón práctica. En este artículo se defiende tanto su viabilidad frente a algunas objeciones como su idoneidad para convertirse en el corazón de la filosofía jurídica en su conjunto.

PALABRAS CLAVE

Teoría de la argumentación jurídica, filosofía del Derecho

¿PARA QUÉ SIRVE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA?

Juan Antonio García Amado
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de León

RESUMEN

Las teorías de la argumentación jurídica aparecen a mediados del siglo XX a resultas del desengaño de algunos autores (Perelman, Viehweg) con el rendimiento de la lógica para el Derecho y de su insatisfacción ante las tres doctrinas jurídicas dominantes: realismo, normativismo y iusmoralismo. Con las teorías de la argumentación jurídica hay un cambio de paradigma en el pensamiento jurídico y el Derecho empieza a verse antes que nada como *praxis* argumentativa. Dentro de esa orientación común, hay tres tipos de teorías de la argumentación: descriptiva, normativa débil y normativa fuerte. Cada uno de esos tres tipos sintoniza con —o puede ser útil para— una de aquellas tres concepciones del Derecho.

PALABRAS CLAVE

Teoría de la argumentación jurídica, realismo, normativismo, iusmoralismo

ARGUMENTACIÓN INTERPRETATIVA Y ARGUMENTACIÓN EQUITATIVA: CONTRA EL CREACIONISMO JUDICIAL

Luigi Ferrajoli

*Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Roma III*

RESUMEN

El artículo aborda la teoría de la argumentación como dimensión epistemológica sobre el Derecho y examina la argumentación judicial desde esta perspectiva. Parte de considerar la argumentación judicial como actividad predominantemente cognoscitiva que integra la argumentación probatoria, la argumentación interpretativa y la equitativa. Desde este marco, el texto procede a la crítica de las concepciones del Derecho que atribuyen a la jurisdicción una función creadora de nuevo Derecho y que vindican la tesis de la superación del principio de legalidad. El texto profundiza en las dimensiones de la argumentación que tienen un papel creciente en la interpretación judicial y pueden proporcionar un apoyo adecuado al principio del sometimiento del juez a la ley.

PALABRAS CLAVE

Epistemología, función judicial, principio de legalidad, creacionismo judicial, positivismo.

NULLUM CRIMEN SINE LEGE: COMISIÓN POR OMISIÓN Y DOGMÁTICA PENAL

Tomás S. Vives Antón

*Profesor Honorario y Catedrático Emérito de Derecho penal
Universitat de València*

RESUMEN

La tesis de este estudio discurre en diversos niveles: a) En un primer nivel, muestra la confusión, error e inconsistencia de la denominada teoría del "defecto de legalidad" en los delitos de comisión por omisión que ha sido la mayoritaria en la doctrina penal alemana y española; b) En un segundo nivel, se explica que la dogmática penal tiende a buscar conceptos generales que no tienen en cuenta suficientemente las circunstancias específicas del caso singular. En consecuencia, muy a menudo esta dogmática ignora los principios y derechos constitucionales; c) En el tercer nivel, la variedad de sistemas dogmáticos en Derecho penal muestra por sí misma que el discurso dogmático no es científico en sentido riguroso. A ello hay que añadir que ese discurso no es ni puede ser neutral, pues está demasiado a menudo en contra de los derechos constitucionales de libertad cuando, ahora más que nunca, debería defenderlos.

PALABRAS CLAVE

Principio de legalidad, defecto de legalidad, comisión por omisión, dogmática penal, derechos fundamentales, derecho constitucional a la libertad.

INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN: ¿GOBIERNO DE LOS JUECES?

Marina Gascón Abellán

*Catedrática de Filosofía del Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha*

RESUMEN

Las interpretaciones de la constitución que llevan a cabo tanto el Tribunal Constitucional como los jueces ordinarios rebasan con frecuencia los límites del juicio de constitucionalidad para adentrarse directamente en el espacio de la política. Este trabajo analiza algunos de los principales recursos interpretativos mediante los cuales dichas actuaciones se llevan a cabo (en particular, el recurso a la interpretación conforme y el juicio de ponderación), y alerta de los riesgos que de tales interpretaciones derivan para el mantenimiento del principio de legalidad y la vigencia del principio democrático.

PALABRAS CLAVE

Interpretación constitucional, justicia constitucional, interpretación conforme, juicio de ponderación.

ACADÉMICOS DERROTADOS. JURISTAS EXILIADOS EN LA UNAM

Yolanda Blasco Gil

*Profesora Titular de Historia del Derecho
Universitat de València*

RESUMEN

A lo largo de la historia al continente americano ha llegado diversidad de comunidades de exiliados. A diferencia de otros países, en Latinoamérica, fundamentalmente México, los exiliados republicanos de la Guerra Civil española fueron recibidos con gran generosidad. Primero, gracias a la labor del presidente Lázaro Cárdenas y luego por la ayuda de distintas instituciones civiles, estatales o académicas, muchos lograron conseguir, con el tiempo y pese a las muchas dificultades, puestos relevantes en este país. En el presente trabajo veremos el ejemplo de la ayuda brindada por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) al grupo de profesores de Derecho, que lejos de sus cátedras en España, acabaron vinculándose a sus aulas y contribuyeron a complementar y hacer avanzar la ciencia jurídica del país que les acogió.

PALABRAS CLAVE

Guerra Civil, exilio, profesores de Derecho, juristas, universidad española, UNAM, expedientes académicos.

PAREMIA Y GESTO DE «ECHAR BANDO» EN QUIJOTE. PRAGMÁTICA Y SEMIÓTICA JURÍDICAS

José Calvo González

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Málaga

RESUMEN

El texto ofrece una inversión del tradicional proceso de lectura de la obra cervantina entre los juristas. Glosando a Borges, el Autor propone: si me fuera otorgado leer una página del *Quijote* como la leyeron el año 1615 yo sabría cómo fue la literatura (y en su caso el Derecho) del año 1615. La metodología iusliteraria acerca de cómo se leyó jurídicamente consiste, pues, en averiguar la forma de lectura jurídica de texto considerándola vía de comprensión sobre cómo funcionaba ese texto. Se sostiene así que la locución *echar bando* presente en *El Quijote*, encierra dimensiones jurídico-pragmáticas tocantes en un mandato legislativo o un decreto judicial a aspectos del procedimiento técnico-normativo relacionados con determinadas solemnidades —proclamación formal— de su declaración, su publicidad y, también, atinentes a su pretensión de eficacia. Igualmente, que desde la perspectiva de la semiótica jurídica, el análisis de la interpretación gestual de Quijote al echar bando revela una acción jurídico-performativa. El texto concluye con una addenda de lectura jurídica, válida para todos los tiempos, y en especial en el actual.

PALABRAS CLAVE

Derecho y literatura, cultura literaria del Derecho, El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha, Miguel de Cervantes Saavedra (1547-1616), pragmática jurídica, semiótica jurídica

LA NATURALEZA DECISORIA DE LAS CONCLUSIONES DE LOS EXPERTOS EN CIENCIA FORENSE

Alex Biedermann

Universidad de Lausana. Facultad de Derecho Justicia Criminal y Administración Pública

Silvia Bozza

Universidad Ca'Foscari de Venecia. Departamento de Económicas

Franco Taroni

Universidad de Lausana. Facultad de Derecho Justicia Criminal y Administración Pública

RESUMEN

En la ciencia forense y ramas de la ciencia adyacentes, tanto los investigadores del ámbito académico como los profesionales que las practican continúan divergiendo respecto a la percepción y comprensión del término «individualización», es decir, la defensa de la tesis de que es posible reducir un conjunto de potenciales fuentes de procedencia de un vestigio forense a una única fuente. En concreto se ha puesto de manifiesto que recientes cambios que entienden la práctica de la individualización como una *decisión* no son más que un mero cambio de etiqueta (Cole, 2014), dejando aún pendientes los cambios fundamentales en la forma de comprender el fenómeno. Es más, las asociaciones profesionales y los expertos evitan adherirse a la noción de decisión tal y como la define la teoría formal de la decisión en la que la individualización puede contextualizarse, principalmente por las dificultades para tratar sobre las medidas de deseabilidad de las consecuencias de las decisiones (por ejemplo, utilizando las funciones de utilidad). Apoyándose en investigaciones existentes en este área, este artículo presenta y discute sobre conceptos fundamentales de utilidades y costes, con particular referencia a su aplicación a la individualización forense. El artículo subraya que una adecuada comprensión de las herramientas de la decisión no solo reduce el número de asignaciones individuales que la aplicación de la teoría de la decisión requiere, sino que también muestra cómo esas asignaciones pueden relacionarse significativamente con las propiedades constituyentes del problema de la decisión en el mundo real al que se aplica la teoría. Se sostiene que la «*decisionalización*» de la *individualización* requiere esa percepción fundamental para iniciar cambios en la forma de comprender el fenómeno y no solo en las etiquetas usadas.

PALABRAS CLAVE

Individualización, teoría de la decisión, relación de verosimilitud.