

DIACRONIA

Rivista di storia della filosofia del diritto

2 | 2020

Diacronia : rivista di storia della filosofia del diritto. - (2019)- . - Pisa : IUS-Pisa university press, 2019- .
- Semestrale

340.1 (22.)

1. Filosofia del diritto - Periodici

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa



Opera sottoposta a
peer review secondo
il protocollo UPI

© Copyright 2021 IUS - Pisa University Press srl
Società con socio unico Università di Pisa
Capitale Sociale € 20.000,00 i.v. - Partita IVA 02047370503
Sede legale: Lungarno Pacinotti 43/44 - 56126 Pisa
Tel. + 39 050 2212056 - Fax + 39 050 2212945
press@unipi.it
www.pisauniversitypress.it

ISSN 2704-7334

ISBN 978-88-3318-087-8

layout grafico: 360grafica.it

L'Editore resta a disposizione degli aventi diritto con i quali non è stato possibile comunicare, per le eventuali omissioni o richieste di soggetti o enti che possano vantare dimostrati diritti sulle immagini riprodotte.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi - Centro Licenze e Autorizzazione per le Riproduzioni Editoriali - Corso di Porta Romana, 108 - 20122 Milano - Tel. (+39) 02 89280804 - E-mail: info@clearedi.org - Sito web: www.clearedi.org

Direttore

Tommaso Greco

Comitato di direzione

Alberto Andronico, Francisco Javier Ansuátegui Roig, Giulia M. Labriola, Marina Lalatta Costerbosa, Francesco Mancuso, Carlo Nitsch, Andrea Porciello, Aldo Schiavello, Vito Velluzzi

Consiglio scientifico

Mauro Barberis, Franco Bonsignori, Pietro Costa, Rafael de Asís, Francesco De Sanctis, Carla Faralli, Paolo Grossi, Mario Jori, Jean-François Kervégan, Massimo La Torre, Mario G. Losano, Giovanni Marino, Bruno Montanari, Vincenzo Omaggio, Claudio Palazzolo, Baldassare Pastore, Enrico Pattaro, Antonio Enrique Perez Luño, Anna Pintore, Geminello Preterossi, Pierre-Yves Quiviger, Francesco Riccobono, Eugenio Ripepe, Alberto Scerbo, Michel Troper, Vittorio Villa, Francesco Viola, Maurizio Viroli, Giuseppe Zaccaria, Gianfrancesco Zanetti

Comitato dei referees

Ilario Belloni, Giovanni Bisogni, Giovanni Bombelli, Gaetano Carlizzi, Thomas Casadei, Corrado Del Bò, Filippo Del Lucchese, Francesco Ferraro, Valeria Giordano, Marco Goldoni, Gianmarco Gometz, Dario Ippolito, Fernando Llano Alonso, Alessio Lo Giudice, Fabio Macioce, Valeria Marzocco, Ferdinando Menga, Lorenzo Milazzo, Stefano Pietropaoli, Attilio Pisanò, Federico Puppo, Filippo Ruschi, Carlo Sabbatini, Aaron Thomas, Persio Tincani, Daniele Velo Dal Brenta, Massimo Vogliotti, Maria Zanichelli

Redazione

Paola Calonico, Chiara Magneschi, Federica Martiny, Giorgio Ridolfi (coordinatore), Mariella Robertazzi

Sede

Dipartimento di Giurisprudenza, Piazza dei Cavalieri, 2, 56126 PISA

Condizioni di acquisto

Fascicolo singolo: € 25,00

Abbonamento annuale Italia: € 40,00

Abbonamento annuale estero: € 50,00

Per ordini e sottoscrizioni abbonamento

Pisa University Press

Lungarno Pacinotti 44

56126 PISA

Tel. 050.2212056

Fax 050.2212945

press@unipi.it

www.pisauniversitypress.it

Indice

L'ombra nera della schiavitù. Percorsi nella storia della filosofia del diritto

a cura di Thomas Casadei

Una revisione del canone? Prime notazioni su schiavitù e storia della filosofia del diritto
Thomas Casadei..... 13

«... È cosa pernicioso ammettere la schiavitù»: la riflessione di Jean Bodin
Mariella Robertazzi..... 43

Eunuchi e schiavitù nelle Lettere Persiane di Montesquieu
Tommaso Gazzolo..... 71

Olympe de Gouges on Slavery
Elisa Orrù..... 95

Saggi

La moderazione necessaria. Il diritto e il razionalismo antico
Fabio Macioce..... 125

Perché non possiamo non dirci weberiani.
Metodo, storia, diritto nella riflessione di Max Weber
Giovanni Bombelli..... 163

Note

Il diritto naturale nelle lezioni di Kant
Giorgio Ridolfi..... 199

El concepto de derecho, entre teoría y práctica
Francisco Javier Ansuátegui Roig..... 217

EL CONCEPTO DE DERECHO, ENTRE TEORÍA Y PRÁCTICA*

Francisco Javier Ansuátegui Roig

1. El último libro de Massimo La Torre propone un recorrido por las principales referencias de la filosofía del Derecho de nuestros días, ofreciendo un cuadro de conjunto que, si bien para algunos pudiera ser completado, muestra un escenario caracterizado al menos por dos rasgos. En primer lugar, por la vitalidad de la discusión desarrollada desde la segunda mitad del siglo XX. En segundo lugar por el hecho de que dicha discusión no se desarrolla a través de compartimentos estancos, sino más bien como un proceso en el que las diferentes propuestas han de interpretarse conectadas entre sí. En esta ocasión, no me voy a centrar tanto en la descripción de los planteamientos que desarrolla Massimo La Torre, que son muy ricos y variados, como en algunos puntos importantes que en mi opinión son susceptibles de análisis crítico o que, por otra parte, jalonan el recorrido intelectual que el autor nos ofrece en su libro. Sin duda, las reflexiones que propongo son necesariamente incompletas y posiblemente no lograrán hacer justicia a un libro repleto de matices y sugerencias.

Pero antes de entrar en algunos planteamientos concretos, quiero hacer algunas reflexiones generales.

2. En primer lugar, no nos encontramos ante un libro que aborda aspectos que pudiéramos considerar “periféricos” de la filosofía del Derecho

* Comentario al libro de Massimo La Torre, *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Leo S. Olschki, Firenze 2020.

sino que, por el contrario, se concentra en los problemas básicos de la materia. Esto me parece importante, y más en una situación como la actual, en la que muchos estudios de “filosofía del Derecho” se dedican a analizar cuestiones que difícilmente guardan relación con los temas sobre los cuales, al menos tradicionalmente, la filosofía del Derecho ha ofrecido aportaciones valiosas. Me parece evidente que uno de los problemas de esta materia es la dispersión, al menos en términos comparativos con otras materias jurídicas. Es cierto que es difícil establecer unos confines claros de lo que es la filosofía del Derecho y de lo que no lo es. Tampoco se trata de establecer una imposición dogmática apoyada en puntos de vista individuales que obligue a desterrar del ámbito iusfilosófico todo aquello que no concuerda con una determinada perspectiva. No obstante, me parece razonable propugnar un cierto acuerdo al respecto, si se quiere de mínimos. Más allá de que ello sea útil a efectos administrativos (piénsese en la elaboración de un curriculum académico), también parece que es exigible una cierta clarificación por parte de aquellos que, al menos en teoría, participamos en una disciplina preocupada por la dilucidación conceptual de lo que es el Derecho. En este sentido, podemos preguntarnos qué cabe y qué no cabe en la filosofía del Derecho. Es evidente que esto tiene mucho de estipulación, pero hay que asumir algún compromiso, a no ser que se esté dispuesto a asumir que todo, o que demasiadas cosas, caben en la filosofía del Derecho. Por poner un ejemplo, la ya clásica tripartición de Bobbio en Teoría del Derecho, Teoría de la Ciencia Jurídica y Teoría de la Justicia, es lo suficientemente amplia como para incluir puntos de vista plurales. Es cierto que supone una estipulación sobre el sentido y contenido de la filosofía del Derecho, pero cualquier aproximación a este tema implica asumir alguna propuesta al respecto.

La tarea de la filosofía del Derecho es ardua dadas las características de su objeto, el Derecho. Aquí tiene razón Dworkin cuando señala que el Derecho es un concepto interpretativo, no referido a una entidad natural. Estamos frente a una disciplina que tiene perfiles amplios y corremos el riesgo de que se convierta en un saco sin fondo a partir de la aceptación de que todo aquello que escriba un docente de filosofía del

Derecho es – sólo por esa razón – filosofía del Derecho. En los últimos tiempos podemos ver cómo proliferan enfoques, cuando menos limítrofes con la filosofía del Derecho, que se presentan como incluidos en dicho ámbito. Eso no quiere decir que no sean interesantes para la filosofía del Derecho ni que carezcan de valor académico. Pero no estaría de más recuperar un cierto sentido para la filosofía del Derecho. Y ello, por responsabilidad epistemológica y conceptual, aunque reconozco que posiblemente para algunos, esto no tenga muchos efectos prácticos.

Me parece que el libro de Massimo La Torre es un buen ejemplo de este esfuerzo de recuperación. Y, en este sentido, creo que es una invitación a una reconciliación con una determinada forma de hacer filosofía del Derecho; una filosofía del Derecho preocupada por su relevancia práctica (p. 72) y crítica con planteamientos ortodoxos que, por ejemplo en la interpretación y relectura de Hart, siempre están «guardandosi – per così dire – l’ombelico» (p. 73). En definitiva, un discurso que no da la espalda al trabajo de los operadores jurídicos y que es bien consciente de la naturaleza práctica del objeto de análisis, el Derecho. Una reivindicación de la filosofía del Derecho desde el momento en que se asume que la práctica jurídica exige razones y las razones necesitan una teoría, como se reconoce al final del libro. En efecto, la reivindicación de la vinculación entre teoría y práctica es un elemento principal de la posición de Massimo La Torre. La cuestión del concepto de Derecho no es meramente académica o teórica: el Derecho es una práctica que implica un ejercicio de conceptualización. Esa conceptualización es la ofrecida por la filosofía del Derecho. Así, el Derecho no es algo diferente a lo que nosotros creemos que es el Derecho.

En segundo lugar, tiene sentido una reflexión sobre el título del libro. En realidad, parecería que se atribuye el lema *Il diritto contro se stesso* a todo el positivismo jurídico cuando en realidad esa autocontradicción del Derecho es explícitamente atribuida en el libro a una tesis particular, la del Derecho como fuerza de Schauer. Posiblemente no todo el positivismo supone una reivindicación del valor conceptual de la fuerza a la hora de definir el Derecho como la que presenta Schauer. Lo que nos presenta Massimo La Torre es mucho más que una historia de la cri-

sis del positivismo jurídico, sino más bien un proceso de evolución del pensamiento iusfilosófico, no sólo positivista, en donde hay dinámicas que también pueden ser consideradas como la expresión del reconocimiento de las insuficiencias de planteamientos no estrictamente positivistas (pienso, por ejemplo, en la rematerialización del Derecho y en el proceso de constitucionalización del Derecho natural que caracteriza al constitucionalismo contemporáneo).

En tercer lugar, me gustaría hacer una alusión a las etiquetas a las que el pensamiento iusfilosófico recurre para identificar planteamientos. En 1982, Dworkin señalaba: «Everyone likes categories, and legal philosophers like them very much. So we spend a good deal of time, not all of it profitably, labeling ourselves and the theories of law we defend. [...] it is better to look at theories than labels. But since labels are so much a part of our common intellectual life it is almost as silly to flee as to hurl them»¹. El problema de las etiquetas es el de la posible “demonización” de las posiciones a las que se hace referencia tras las mismas. Y también está el problema de la identificación bajo un mismo rótulo de tesis diferentes entre sí y plurales, no siempre reconducibles de manera sencilla a la unidad. Eso implica el peligro de hacer un discurso de trazo grueso. Lo cual no es el caso del libro de La Torre, que se caracteriza por su claridad expositiva y por su esfuerzo a la hora de diferenciar tesis y planteamientos dentro de lo que se puede considerar “el positivismo jurídico” (aunque, como he dicho, no sólo ya que en el libro se incluye el análisis de planteamientos que no se pueden considerar positivistas, y que por otra parte tampoco contribuyen demasiado a poner en entredicho planteamientos positivistas, aunque sólo sea por el rechazo moral que en ocasiones provocan).

Lo que quiero significar es que posiblemente sea más interesante analizar tesis que trabajar con etiquetas, como las de positivismo o iusnaturalismo. Aunque lo cierto es que es muy complicado renunciar a argumenta-

¹ R. Dworkin, «*Natural Law Revisited*», en «University of Florida Law Review», XXXIV (1982), 2, p. 165.

rios y a modelos de análisis que caracterizan la discusión iusfilosófica. Yo mismo en este comentario estoy recurriendo a las etiquetas. En todo caso, quiero poner de relieve que parece más interesante explicar, por ejemplo, de manera adecuada cómo es, y cómo debe ser, la relación entre el Derecho y la moral, o entre el Derecho y la fuerza, con independencia de que posteriormente esa explicación sea encuadrada dentro de una etiqueta que, sin duda, puede funcionar como un prejuicio. Al final, y esto se demuestra en el libro, no se trata tanto de asumir una propuesta como un pack cerrado y excluyente, sino de aprovechar lo que de asumible haya en cada una de ellas. Si se constatará, por ejemplo, que la tesis de la inclusión no era extraña al positivismo kelseniano, como se señala en el libro (p. 128), y debido al rechazo que Kelsen provoca en algunos contextos, ¿estamos seguros de que esto no sería utilizado como un elemento de crítica frente al inclusivismo?

En cuarto lugar, Massimo La Torre presenta a los autores en su mejor versión posible. Es una enseñanza que encontramos en Rawls, cuando éste explicaba cómo enfocaba sus cursos de historia de la filosofía moral y de la filosofía política². Lo cual no le impide mostrar las posibles contradicciones en las que pueden incurrir los autores analizados, como en el caso de Zagrebelsky que termina siendo un autor “neoconstitucionalista” «il quale però non risparmia le critique e le tirate polemiche contro il giurisnaturalismo» (p. 199) con una «oscura, e analíticamente poco articolata» (p. 200) distinzione tra valore e principio, arrivando così a una teoria che «sembra perciò condannarsi – a dispetto di tanti spunti interessanti e di molteplici, profonde considerazioni – ad una tensione interna difficilmente risolvibile e tendenzialmente autodistruttiva» (p. 201).

² Vid. J. Rawls, *Burton Dreben: A Reminiscence*, en *Future Pasts: Perspectives on the Place of the Analytic Tradition in Twentieth-Century Philosophy*, J. Floyd, S. Shieh (eds), Oxford University Press, New York 2000 (citado por B. Herman en *Editor's Foreword*, J. Rawls, *Lectures on the History of Moral Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge, 2000, p. XVI).

Pues bien, en el libro se asume también la máxima de Ortega y Gasset según la cual la claridad es la cortesía del filósofo³. Ello, me parece, tiene un especial valor en esta ocasión, ya que la claridad no es fácil siempre dado lo complejo, e interrelacionado, de las cuestiones abordadas. Por otra parte, en el libro hay una invitación implícita a identificar las propias tesis defendidas por el propio autor, a lo largo de un itinerario que toma a Hart como punto de partida y que incluye algunas estaciones no muy visitadas por los filósofos del Derecho, como es el caso de Martti Koskenniemi. Creo que uno de los retos a los que nos enfrenta el libro tiene que ver precisamente con la tarea de averiguar cuál es la posición del autor ya que su estrategia consiste en presentar un análisis crítico de los distintos autores y planteamientos, en diálogo con ellos. Y es el examen atento de ese diálogo el que permite identificar la posición de Massimo La Torre. En este sentido, es posible encontrar en ese examen algunas preferencias, que son – me parece – las que tienen que ver con los planteamientos de autores como Dworkin, Alexy, MacCormick o Nino.

A continuación, y sin ánimo de exhaustividad, me gustaría subrayar algunas cuestiones.

3. Como he señalado, Hart es el punto de partida. Pero aquí surge una primera pregunta: ¿por qué no Kelsen? Es cierto que posiblemente se ha convertido en tópico la referencia a Hart y al *dopo Hart* como punto de arranque de una renovación de la filosofía del Derecho en el siglo XX⁴. Hart muestra una mayor sensibilidad hacia las transformaciones del Derecho en ese momento. Pero además, creo que posiblemente está en una mejor posición personal que Kelsen. A él, a Hart, no le afectan tan directamente las críticas (justas o no) que se dirigen al positivismo

³ Vid. J. Ortega Y Gasset, *Qué es filosofía*, tercera ed., en «Revista de Occidente», Madrid, 1963, p. 18.

⁴ Vid. C. Faralli, *La filosofia del diritto contemporanea*, Laterza, Roma-Bari 2005; F. Zanetti (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Raffaello Cortina Editore, Milano 1999.

tras la Segunda Guerra Mundial y que confunden los “errores” del positivismo con sus “horrores”⁵. Las discusiones de Hart con Fuller o con Devlin no tienen el sentido de la *reductio ad hitlerum* que se emplea para acusar a Kelsen. Lo cual nos sitúa frente a una cuestión que merece la pena abordar. Es la de la caracterización del positivismo por parte de sus críticos. Porque quizás asistimos a una cierta deformación. No estoy pensando necesariamente en esa *reductio ad hitlerum*. Pensemos, por ejemplo, en uno de los postulados que Dworkin atribuye al positivismo y que lo convierte en objetivo de sus críticas: la idea según la cual el reconocimiento del Derecho es una cuestión meramente formal o procedimental, que no tiene que ver con el contenido de la norma. En realidad, creo que estamos delante de un postulado atribuible a Kelsen y a su identificación de los sistemas jurídicos como sistemas dinámicos. Pero la tesis de Kelsen es criticable sin abandonar los postulados del positivismo, reivindicando el carácter mixto del Derecho, resultado de la confluencia de las características de los sistemas estáticos y de los sistemas dinámicos. Carácter mixto que parece compartir un cierto aire de familia con la propuesta de Weinberger respecto al principio de co-validez y a la producción automática de normas. La cuestión que podemos plantear es si realmente tomar en serio los contenidos a la hora de identificar el Derecho sólo es posible si se piensa en los principios y no en las reglas. Las reglas también tienen un contenido que debe ser interpretado. Una caracterización estructural, como la que Dworkin utiliza para diferenciar los principios de las reglas, entendidas como enunciados *all or nothing*, no exime de un test de contenidos también en relación con las reglas; test sin el cual es difícil identificar su significado.

En el libro se subraya la crítica de Dworkin al positivismo, según la cual al final el positivismo, contrariamente a sus postulados, genera in-

⁵ Vid. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino 1979, p. 267; también, E. Garzón Valdés, *Introducción*, en Id. (comp.), *Derecho y filosofía*, Alfa, Barcelona 1985, pp. 5-41.

certeza ya que, al excluir los principios del concepto de Derecho, tiene que recurrir a la discrecionalidad del juez (por cierto, discrecionalidad que merece ser diferenciada de la arbitrariedad, al contrario de lo que parece mostrarse en algún momento del libro, – p. 60 –). La cuestión que quiero poner de relieve es que posiblemente sea exagerado presentar a los principios como paradigma de la certeza, a no ser que se mantenga una posición estrictamente objetivista y cognoscitivista en la identificación de su contenido. En todo caso, vale la pena plantearse hasta qué punto los problemas de seguridad jurídica en la identificación del Derecho, en la interpretación y aplicación de las normas, dependen en buena medida del contexto social en el que se desenvuelve el Derecho. En efecto, en una sociedad más monolítica y unidireccional desde el punto de vista moral y cultural, las incertidumbres en relación con la interpretación de las normas, sean reglas o principios, y por tanto en relación con la atribución de significados, son mucho menores que en sociedades como las nuestras. Por eso el repetido recurso de Zagrebelsky a la “conciencia social” es problemático, como bien señala Massimo La Torre.

Es en el marco del positivismo anglosajón en donde se opera la transformación propuesta por Hart, que implica un alejamiento de una concepción imperativista y sancionadora del Derecho que da la espalda a las dimensiones hermenéuticas. Hart, como es sabido, subraya la relevancia del punto de vista interno, lo cual va a permitir diferenciar las conductas basadas en normas frente a las meras regularidades de comportamiento, si bien plantea el problema de la existencia de un necesario compromiso moral con las normas a la hora de conocer el sistema jurídico. Massimo La Torre señala que las diferencias con Kelsen no tienen que ver con el hecho de que Hart se distancia del planteamiento estructural del Kelsen. Hart conservaría ese planteamiento estructural en la distinción entre normas primarias y secundarias (p. 5).

Si la concurrencia en el planteamiento estructural entre Kelsen y Hart significa que la estructura del Derecho se articula mediante normas (o reglas), es cierto que los dos autores comparten un punto de vista. Pero si la referencia a la estructura del Derecho tiene que con la estrategia de

identificación de las normas, mediante las cuales se caracteriza el sistema jurídico, posiblemente las diferencias entre Kelsen y Hart son mayores de lo que se presenta al comienzo del libro. Recordemos, en este sentido, que Hart, al comienzo del capítulo V de *The Concept of Law* alude a un “*fresh start*”⁶. Esta referencia, es expresiva de la intención del profesor de Oxford a la hora de marcar distancias con explicaciones precedentes, entre las que cabe incluir no solo la austiniana, también la kelseniana. La propuesta de un sistema jurídico entendido como la unión de reglas primarias y secundarias tiene que ver con el intento de superación de una visión del Derecho caracterizada exclusivamente por la presencia de reglas primarias de conducta. Esos problemas tienen que ver con la falta de certeza, con el carácter estático de las reglas y con la ineficiencia de la difusa presión social ejercida para hacer cumplir las reglas. A partir de ahí, lo que pone en valor el recurso a las reglas secundarias es precisamente la función, o si se quiere la finalidad que con ellas se pretende alcanzar y que tiene que ver con la superación de los tres problemas a los que se acaba de aludir. Estamos en presencia no sólo del «heart of a legal system, but a most powerful tool for the analysis of much that has puzzled both the jurist and the political theorist»; algo tan importante para la sociedad «as the invention of the wheel»⁷.

4. Como he señalado antes, el recorrido que se efectúa en el libro presenta el desafío de reconstruir la teoría del Derecho propugnada por Massimo la Torre, que no se muestra de forma independiente y diferenciada, sino que debe deducirse del análisis crítico de los autores y problemas estudiados. En todo caso, lo que sí es cierto es que se propone una apertura de la filosofía del Derecho a la filosofía política y a la filosofía moral. La razón de dicha apertura tiene que ver con el objeto que

⁶ Vid. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, second edition, Oxford University Press, Oxford 1994, p. 79.

⁷ Hart, *The Concept of Law*, cit., pp. 98, 42, respectivamente.

persigue el Derecho: la ordenación de las relaciones humanas sociales. Lo cual implica la conexión con una determinada idea del modelo social; y, también, el hecho de que su naturaleza práctica supone asumir una idea de corrección (más allá de la identificación concreta del contenido de lo correcto). Massimo La Torre reivindica una apertura a la filosofía en general (p. 34), para evitar no quedarse anclados en Kelsen y Hart.

El punto de partida de Massimo La Torre es la constatación de un cierto malestar respecto al positivismo; o, por lo menos, respecto a un determinado tipo de positivismo jurídico. Malestar que no llega a ser una negación y que, por cierto, es compartido por autores pertenecientes a tradiciones jurídicas diferentes como Hart y Bobbio. Uno de los aspectos de ese malestar tiene que ver con la compleja relación entre positivismo y democracia. Si, por una parte, como el propio Massimo reconoce, el positivismo tiene un “corazón democrático” (p. 1) derivado entre otras cosas de la consideración de la ley como voluntad general, al mismo tiempo incluye una contradicción que es la que se produce cuando esa ley es algo que desciende del soberano y que se dirige directamente a regular comportamientos de los funcionarios. No obstante, en este punto conviene recordar que el originario proyecto del positivismo (que en España ha estudiado por ejemplo González Vicén)⁸, no está tan preocupado por certificar su compatibilidad con la democracia como por mostrarse como una propuesta alternativa al iusnaturalismo, principalmente en lo que se refiere a la separación entre el Derecho y la moral, cuestión básica en la identificación y determinación de lo jurídico.

En todo caso, en efecto, es muy interesante plantear el tema de la relación entre el positivismo y la democracia. Esta relación, problemática o no, es la que está detrás del debate sobre el carácter más o menos de-

⁸ Vid. F. Gonzalez Vicen, *Sobre el positivismo jurídico*, Id., *Estudios de Filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, Tenerife 1973, pp. 171-206; Id., *Del Derecho Natural al Positivismo Jurídico*, Id., *De Kant a Marx (Estudios de Historia de las ideas)*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1964, pp. 203-229.

mocrático del constitucionalismo y va a depender del tipo de positivismo en el que se esté pensando. A lo largo del libro se muestra de manera clara la multiplicidad de dimensiones del positivismo. Esta multiplicidad, que ya fuera señalada por Norberto Bobbio, es algo que se detecta en la evolución misma de las propuestas positivistas. En este sentido, y si asumimos un concepto material o sustancial de democracia (vinculado por tanto al carácter condicionado de las decisiones mayoritarias por los derechos), observamos que determinados desarrollos del positivismo incluyente parecen estar pensados para convivir con las estructuras jurídico-políticas del constitucionalismo democrático.

Pues bien, lo que se puede poner de relieve es que, puestos a detectar contradicciones entre el positivismo y la democracia, parecería que éstas se producen en aquellas versiones positivistas que, precisamente, se aproximan más al iusnaturalismo en sus consecuencias. Me refiero a lo que Bobbio identificó con el positivismo ideológico o la teoría formalista de la justicia. La coincidencia radica en el hecho de que, a través de itinerarios diferentes, se llega a la afirmación de la existencia de una obligación incondicionada de obediencia al Derecho, sea como consecuencia de la identificación de las leyes dictadas por el soberano como normas – por el hecho de serlo – justas, sea como consecuencia de la consideración de las normas justas como válidas desde el momento en que concuerdan con el Derecho natural. En todo caso, conviene recordar que la contradicción también es importante entre la democracia y algunas versiones del iusnaturalismo, por lo menos las más radicales. En España, por ejemplo, Calsamiglia mostró la ausencia de una dimensión deliberativa en el iusnaturalismo⁹ (o, por lo menos, en el iusnaturalismo excluyente al que se ha referido Massimo La Torre en otra ocasión)¹⁰. Esta sería, a la hora de plantear contradicciones con la democracia, la

⁹ Vid. A. Calsamiglia, *Iusnaturalismo y democracia*, en «Revista de Ciencias Sociales», Universidad de Valparaíso, vol. 41, (1996), pp. 259-274.

¹⁰ Vid. M. La Torre, *On two distinct and opposing versions of natural Law: «exclusive» versus «inclusive»*, en «Ratio Iuris», (2006), 19/2, pp. 197-216.

cuestión ya que en principio el positivismo (dependiendo de la versión en la que se esté pensando) puede ser más o menos compatible con la democracia. Su función, la del positivismo, tiene que ver con la identificación del Derecho (desvinculada de la valoración). Por tanto, el problema no será tanto el de la relación entre el positivismo y la democracia sino el de la incompatibilidad entre el iusnaturalismo y la democracia.

No obstante, el replanteamiento de las posiciones clásicas, tanto del positivismo como del iusnaturalismo, a partir del constitucionalismo democrático puede ser un buen motivo para repensar la relación entre positivismo, iusnaturalismo y democracia.

5. A la hora de identificar elementos de la filosofía del Derecho de Massimo La Torre, nos encontramos con el intento de explorar una teoría antiautoritaria del Derecho, (lo cual explicaría su proximidad al neoinstitucionalismo, principalmente en la versión de MacCormick). En efecto, se propone una conexión entre las dimensiones conceptuales y justificativas del Derecho.

La importancia de la justificación se observa desde el momento en que Massimo La Torre renuncia a una caracterización del Derecho centrada de manera exclusiva en la fuerza. Me parece que no es tanto una negación de la relevancia de la fuerza, con su consiguiente exclusión a la hora de entender el Derecho, como la consideración de que una explicación del Derecho que lo presenta sólo como un hecho de fuerza es insuficiente, tanto desde el punto de vista conceptual como justificatorio. En efecto, el objeto del Derecho (la regulación de las relaciones humanas sociales) no puede llevarse a cabo sólo a través de la fuerza. Es posible imaginar un contexto en el que el destinatario de la norma la cumple sólo por miedo, por la amenaza de la sanción, pero esto parece bastante excepcional. En todo caso, en una situación así las reglas no servirían para materializar su razón de ser: la regulación de las conductas de acuerdo con un sistema de expectativas. Las reglas le permiten al individuo decidir, elegir en función de los fines a alcanzar. A partir de ahí, el individuo decide si cumple o no la regla. E incluso considera la posibilidad de la desobediencia, cuestión que merece atención por par-

te de la filosofía del Derecho. Una explicación basada sólo en la fuerza implicaría que todo lo anterior perdería sentido. Por otra parte, la referencia exclusiva a la fuerza no sirve desde el momento es que las normas jurídicas son incapaces de autoaplicación. Eso es lo que explica que el razonamiento y la justificación, la interpretación, sean importantes para entender el funcionamiento del Derecho y también su concepto. La apertura de Massimo La Torre a la dimensión argumentativa (la fuerza para ejercerse tiene que tener un fundamento de legitimidad y justicia) hace que, a la exigencia de un modelo de reglas se le añadan otros componentes del concepto de Derecho: la justificación y la vinculación con el poder (al fin y al cabo, las reglas son modelos de conducta que se imponen y detrás de estas hay un poder o voluntad: tienen un carácter convencional y no natural). Creo que este planteamiento no es lejano al de Robert Alexy. Además, invita a una reflexión, que no puedo abordar aquí, sobre si la relación entre el Derecho y la fuerza merece el mismo análisis que la relación entre el Derecho y el Poder. Como tampoco puedo abordar la cuestión referida a si la amenaza de la sanción pierde relevancia como motivo de la acción en el marco de un Derecho, como el del constitucionalismo, cuya fuerza motivacional puede depender en gran medida de la presencia de determinados contenidos morales.

6. La relevancia del razonamiento y de la argumentación también está detrás de una cierta crítica a la tesis del origen social de las fuentes del Derecho. En la caracterización del positivismo se afirma que, entre sus tesis, hay una irrenunciable y que nadie niega a estas alturas, que es la del origen social de las fuentes del Derecho. En ocasiones parece que se resta importancia a esta tesis, desde el momento en que no se somete a discusión. Es como si una tesis, para ser relevante, tuviera que ser problemática. Pero, probablemente, el haber sustraído esta tesis del debate iusfilosófico es un mérito del positivismo. Porque lo cierto es que en la historia de nuestra cultura jurídica, considerada en su conjunto, es precisamente su negación la que ha prevalecido. Entiéndase bien: el objetivo de la tesis del origen social probablemente es más concreto de lo que en ocasiones se quiere mostrar, lo cual no quiere decir que carezca

de importancia, desde el punto de vista metodológico y epistemológico: se trata de identificar lo que ha de ser considerado Derecho. Otra cosa, posiblemente, es extraer consecuencias en relación con la fuerza de esa tesis como origen del razonamiento moral. Criticar la tesis del origen social señalando que no provoca el razonamiento moral, que es incapaz de ofrecer las razones de acuerdo con las cuales actuar según las normas, sí que es, entonces, hacer depender la identificación del Derecho de ese razonamiento. Lo cual parece, sin dudas, una posición contraria al sentido del positivismo. Lo que hay que considerar es si el positivismo tiene entre sus preocupaciones la identificación de los motivos del razonamiento moral. O si por el contrario sus intereses son otros.

7. Hay un argumento al que me gustaría hacer referencia en último lugar. Me refiero al problema de la distinción entre el ser y el deber ser, asumida por el positivismo, al menos en su vertiente metodológica, y cuya crítica creo que recorre el libro.

No estoy pensando ahora en la discusión sobre el carácter descriptivo/prescriptivo de la ciencia jurídica, o del lenguaje jurídico, que preocupa a Bobbio, sino en el tema de la valoración y análisis crítico del Derecho. Es cierto que la adopción de un punto de vista interno, de una perspectiva hermenéutica, somete a revisión esa distinción, en términos prácticos. Pero lo que me pregunto es hasta qué punto la filosofía del Derecho puede permitirse el lujo de renunciar a la misma. La reflexión sobre el Derecho no puede renunciar a este análisis a no ser que renuncie a la preocupación por la idea de justicia. Si se niega la distinción, ¿desde qué plataforma se puede producir una evaluación moral del Derecho? Y más cuando una de las críticas que recibe un Derecho *rivolto contro se stesso*, es que precisamente renuncia a la justificación. Entonces – recuerda La Torre en su crítica a Zagrebelsky y Ferrajoli – «bisognerà risalire al ‘dover essere’ di questo», «e guistificarlo significa argomentare in termini di criteri materiali di correttezza universali o universalizzabili» (p. 210). Estamos delante de una distinción cuya relevancia va más allá del análisis iusfilosófico y que ha desempeñado un lugar relevante en el análisis crítico del Derecho, en la presentación de un modelo ideal

que sirve como elemento de contraste del Derecho y que permite emitir una evaluación moral. Es una distinción que parece relevante a la hora de posibilitar la transformación del Derecho en la dirección propuesta desde el discurso moral. La distinción entre ser y deber ser obliga a recurrir a un punto de vista externo, que no debe ser identificado con el del mero observador. Aquí, el punto de vista externo es la perspectiva desde la que se evalúa el Derecho, asumiendo un ideal, componente necesario de la naturaleza dual del Derecho a la que se ha referido Robert Alexy¹¹. La distinción entre el ser y el deber ser parece, en este sentido, tener una utilidad metodológica que va más allá de la filosofía del Derecho. Y es la que se encuentra implícita en la reivindicación de los derechos humanos, pero también en la idea de utopía a la que Massimo La Torre ha dedicado tanta atención a lo largo de su obra¹². No parece que esta distinción se demuestre inválida en el ámbito de la filosofía del Derecho mientras que, al mismo tiempo, continúa siendo operativa en otros ámbitos, a no ser que lo que se esté reivindicando sea su exclusión total del discurso. Si, como se propone en ocasiones, debe abandonarse, la duda entonces es si debe ser reemplazada por alguna alternativa (y cuál es ésta) o si por el contrario, no es necesario rellenar ese hueco. O si, en definitiva, hemos vuelto a ser pre-benthamitas.

¹¹ Vid. R. Alexy, *El concepto y la naturaleza del derecho*, tr. esp. de C. Bernal Pulido, Marcial Pons, Madrid 2008.

¹² Vid. M. La Torre, *Sobre Derecho y Utopía. Ensayos de Filosofía política y social*, tr. esp. de F.J. Ansuátegui, Res Publica-Diego Marín Ed., Murcia 1999.