



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2020

FRANCISCO M. MORA-SIFUENTES
(editor)

“Il diritto contro se stesso”. Una discusión sobre el positivismo jurídico, y su crisis y sus críticos

Con la participación de:

AMALIA AMAYA (UNAM-Edimburgo)

LETICIA BONIFAZ (UNAM)

JORGE CERDIO (ITAM)

MASSIMO LA TORRE (Universidad de Catanzaro-Tallin)

FRANCISCO M. MORA-SIFUENTES (Universidad de Guanajuato)

2/2020

FRANCISCO M. MORA-SIFUENTES*

(editor)

“Il diritto contro se stesso”.

Una discusión sobre el positivismo jurídico, y su crisis y sus críticos

Presentación del editor

El 28 de agosto se llevó a cabo “en” México una presentación de la última obra del Prof. Massimo La Torre, impreso bajo el sello de LEO S. OLSCHKI. Con este evento, la Universidad de Guanajuato se sumó a otras actividades organizadas con la finalidad de saludar a IL DIRITTO CONTRO SE STESSO. SAGGIO SUL POSITIVISMO GIURIDICO E LA SUA CRISI, tales como las auspiciadas por la Universidad de Palermo o por la Universidad de Catanzaro. Los comentarios corrieron a cargo de las Profesoras Leticia Bonifaz Alfonso y Amalia Amaya. Asimismo, participaron el Prof. Jorge Cerdio Herrán y el Catedrático de Catanzaro y autor de la obra. Antes de pasar a las discusiones quiero decir brevemente dos cosas que considero importantes. La primera, en relación con el autor y su libro. La segunda, referida al catálogo en el que se incorporó.

El autor de IL DIRITTO CONTRO SE STESSO no requiere presentación, mucho menos en una casa como la Universidad Carlos III de Madrid. Recientemente, Francesco Biondo en una reseña a otro libro escrito por el propio La Torre sobre el tema del anarquismo no dudó en señalar se trata de «uno de los filósofos del Derecho italianos más eminentes» y lleva razón. Además, La Torre se desempeña como Director del Programa de Doctorado en Derecho en la propia Universidad de Catanzaro, cuyo seminario anual reúne una nómina relevante de filósofas y filósofos del Derecho de todo el mundo. También es profesor invitado en la Universidad de Tallin, Estonia, en la que ha organizado conferencias sobre algún tema de trascendencia global (la última, sobre populismo). La dilatada actividad docente de Massimo La Torre certifica su talla de verdadero maestro del Derecho Público europeo. Cuenta con el reconocimiento del gremio iusfilosófico en su Italia natal, en Alemania, en el Reino Unido o en España, pero no sólo.

Pasando ya al libro, en mi opinión, IL DIRITTO CONTRO SE STESSO viene a enriquecer una vasta obra que cuenta con contribuciones de primer orden al concepto de derecho subjetivo, las discusiones filosófico-políticas durante la República de Weimar y su posterior colapso, la tortura, el anarquismo o elementos

* Profesor Titular “A” en el Departamento de Derecho de la Universidad de Guanajuato. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT (Nivel 1) de México.

para el desarrollo de una teoría institucionalista del Derecho. Estas páginas continúan una empresa iniciada hace décadas. Como he dicho en otro lugar¹, el programa teórico del Prof. La Torre puede entenderse a través de dos elementos persistentes en su trabajo: su oposición al paradigma positivista, a aquellas teorías del Derecho de base decisionista cuya piedra angular es la soberanía estatal, por una parte, y su empeño de desarrollar una teoría más “civil” o “mitte” del Derecho, por la otra, y en donde la práctica jurídica tenga el protagonismo que le corresponde. Pues bien, este libro puede considerarse un capítulo más en dicho esfuerzo; concretamente, ofreciéndonos una compleja historia crítica del positivismo jurídico. Al igual que todos sus escritos, este trabajo es tanto erudito como profundo, sin dejar de ser por ello interesante. Tiene la virtud de estar escrito de manera muy atractiva.

El libro, finalmente, forma parte del prestigioso catálogo de la editorial LEO S. OLSCHKI, casa fundada en Verona en el año de 1886, trasladada luego a Venecia y en la actualidad tiene su sede en Florencia. Se especializa en el campo de las humanidades con títulos sobre arqueología, arte, historia, literatura, musicología u otras ciencias. Con un gran reconocimiento en el gremio, es una casa editorial que expresa una profunda devoción por el oficio del librero, por lo que cada volumen a su cuidado representa un suceso editorial en Italia. Desde el año de su fundación ha publicado únicamente 102 títulos en materia jurídica -casi siempre de historia del Derecho-. Esto es notable, si tenemos en cuenta de que han transcurrido cerca de 134 años desde aquella fecha. Dicho esto, “escuchemos” ahora a cada una de las y de los presentadores en el turno correspondiente, tal y como se suscitó el debate en las plataformas digitales. No quiero concluir esta breve presentación sin agradecer todas las facilidades brindadas por el Departamento de Derecho de la Universidad de Guanajuato.

* * *

AMALIA AMAYA*

Me da un gusto enorme participar en este evento y tener la oportunidad de comentar el libro de Massimo LA TORRE, ¡caro amico il Professore di tanti anni! Es un placer inmenso poder estar aquí discutiendo

¹ Véase: F. M. MORA SIFUENTES, *Más allá de la teoría imperativista del Derecho*, en M. LA TORRE, *Contra la tradición. Perspectivas sobre la naturaleza del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2016, 11 y ss.

* Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM. Actualmente es *British Academy Global Professor* en la Universidad de Edimburgo, Reino Unido.

2/2020

su trabajo. Además de los motivos personales, que son muchos y profundos, están las razones de corte académico y es que este libro me parece que tiene algunas características que lo hacen un libro singular.

En primer término, es un producto -como se señala al inicio de libro-, tanto de la docencia como de la investigación. Es producto de haber reelaborado trabajos de investigación previos y también textos preparados para la docencia. En este sentido, es una maravilla ver cómo puede ser un insumo interesante para la investigación, por un lado, y, por otro lado, cómo puede ser un material para una docencia de alto nivel. Esto es peculiar en el ámbito de filosofía del Derecho donde generalmente la docencia va por un lado y la investigación va por otro lado. La retroalimentación entre ambos es poca y existe una gran cantidad de investigación, no quiero decir estéril, pero sí “estéril” desde el punto de vista de aumentar la calidad docente. Entonces, creo que es un texto extremadamente útil tanto para fines de investigación como de docencia. Esto lo hace singular en el contexto de la literatura que se suele hacer en filosofía Derecho, al menos.

Por otro lado, en todo el libro resulta clara la intención de Massimo de forjar vínculos entre la teoría y la práctica jurídica. Esto no es peculiar de este libro, sino que es algo que, creo, anima toda su obra. Nuevamente, tampoco es algo tan común. No lo es porque en filosofía del Derecho en muchas ocasiones se definen los problemas de investigación, se definen cuáles son los objetos de investigación sin tener una idea clara de qué manera esto va a contribuir a mejorar la práctica jurídica. Soy de la opinión la teoría del Derecho tiene que orientarse o al menos uno de los horizontes que hay que tener en mente cuando uno trata de definir un proyecto de investigación o de escribir un libro es “¿de qué manera va esto a mejorar la práctica jurídica?”. En tal sentido, este puede ser un libro de filosofía del Derecho para juristas. Yo coincido contigo Massimo: es un libro de un filósofo pensado para los juristas y no solamente para estar elucubrando acerca de argumentos cada vez más sofisticados, más alejados en realidad de cuáles son las preocupaciones a las que se tienen que enfrentar los profesionales del Derecho.

Además de aunar docencia e investigación, por un lado, y la teoría la práctica, por otro, también es un libro que supera la visión reductiva de la filosofía del Derecho donde la tradición anglosajona tiene un peso desmedido. En efecto, en este recorrido tan amplio que hace el libro de distintas teorías de que la filosofía del Derecho contemporánea -que incluye algunos desarrollos del siglo anterior-, hay un balance que tampoco es frecuente en los textos que dan una visión panorámica como este de filosofía

del Derecho (en este caso, del concepto de Derecho, restringido a esto). Hay tanto autores anglosajones tratados cuidadosamente como H.L.A. HART, Ronald DWORKIN, Frederick SCHAUER o Jules COLEMAN, en alguna medida; sino también autores como Neil MACCORMICK u otros italianos como Luigi FERRAJOLI, autores alemanes como Robert ALEXY o españoles como Liborio HIERRO y Francisco LAPORTA, argentinos como Carlos S. NINO. Incluso, otra cosa que tampoco es tan común, en voces del Derecho Internacional ver en qué sentido teoría del Derecho Internacional, de hecho, está enfrentándose a cuestiones centrales en el ámbito de la filosofía del Derecho como lo es nuevamente el concepto de Derecho. En este caso se trata de un autor finlandés, Martti KOSKENNIEMI. Considero pues que es un libro abarcador. Es refrescante ver cómo no gira todo entorno a la tradición anglosajona analítica, ni siquiera en una de sus concepciones, las que es más característica. Eso sí, se echan en falta quizá las teorías feministas o las teorías críticas que también algo tienen que decir acerca de la relación Derecho y moral. Pero bueno, no todo se puede. Obviamente tampoco hay una pretensión de exhaustividad como se señala al final de la obra. No se puede todo, ni en un curso, ni en un libro. Entonces, considero que por esta amplitud el libro también es singular en el contexto de la producción iusfilosófica.

Recapitulando. Tres son las razones por las cuales me parece que esta es una contribución muy importante. En primer término, porque se aparta de la manera en que en no pocas ocasiones se hace filosofía del Derecho y se aparta para mí en una buena dirección de integrar docencia e investigación, teoría y práctica. En segundo lugar, y vinculado con esto último, la obra busca tener una utilidad para los prácticos, para quienes trabajan con el Derecho. Por último, se ofrece una visión amplia de las contribuciones que se hacen desde distintas tradiciones y culturas jurídicas al ámbito filosofía del Derecho. Después de haber dicho esto, me gustaría centrarme en el resto del comentario no tanto en un capítulo específicamente (de hecho, consideramos los comentaristas en dividirnos el libro, pero no resultó por la complejidad de la obra). Quiero centrar mi atención en lo que Massimo caracteriza como el común denominador de las distintas teorías que aparecen discutidas en el libro y, sobre todo, analizar cuál es el problema con la tradición iuspositivista que diagnostica el profesor LA TORRE en él, lo que nos ayudará a indicar cuáles podrían llegar a ser algunos remedios a esta diagnosis que realiza en esta obra.

«El común denominador -y aquí cito- de las distintas teorías examinadas en el libro es el conocimiento difuso de que la normatividad

fuerte, los valores, los principios los criterios morales o políticos no pueden mantenerse fuera del recinto de la experiencia jurídica». Se ha pasado según el Profesor LA TORRE, de una ambición de convertir la teoría del Derecho en una *ciencia del Derecho* con un manto de neutralidad a una teoría del Derecho que debe asumir las responsabilidades que le son propias. (¡Como si la ciencia fuera neutral!, pero bueno, se asocia la neutralidad con la ciencia). Si entendemos la teoría del Derecho con una *política del Derecho* e impregnada, por tanto, de razones fuertes, de una teoría normativa fuerte, no puede dejarse de lado la filosofía moral. Este es, según el profesor de Catanzaro, el núcleo que uniría a todas estas distintas de teorías o que el estudio de estas teorías nos lleva a ver cómo el ámbito de la moral no puede estar excluido de la experiencia jurídica. Otra cosa muy diferente, y así lo van poniendo de manifiesto las distintas teorías discutidas en el libro, es cómo vamos a incorporar esta percepción de la relevancia de una normatividad fuerte en la experiencia jurídica. Esto es, cómo se incorporará al estudio del Derecho.

Señala LA TORRE que para algunos esa incorporación ocurrirá dentro del concepto Derecho, como hace, por ejemplo, Ronald DWORKIN. Para otros, sin embargo, la normatividad fuerte debe estar completamente excluida, separada, como hace Joseph RAZ. Mientras que otros -y me encanto la manera de plasmarlo- tratan de “transfigurar” o “transustanciar” conceptos morales y que se transformen en conceptos jurídicos. Esta me pareció tanto una idea linda como linda la manera de expresarla. No es casual que la “transustanciación” o la “transfiguración” tengan un tinte religioso. En realidad, ésta es una de las maneras en la que se ha incorporado esta dimensión normativa fuerte dentro del positivismo jurídico. En efecto, el iuspositivismo está asociado a un deontologismo que, como decía Elizabeth ANSCOMBE, tiene una raíz religiosa con su idea de un “legislador universal”. Tal apreciación encaja muy bien en esa “dimensión religiosa” del deontologismo, y creo que ANSCOMBE llevaba razón, que esa idea está ahí al hablar de transustanciar o transfigurar. Entonces, si hay diferencias importantes entre las teorías, de cómo las distintas teorías discutidas en el trabajo incorporan ese aspecto normativo fuerte lo que va a tener implicaciones importantes -como dice Massimo y coincido con él en este punto- para temas fundamentales como el de la metodología que debemos usar para estudiar el Derecho, el concepto de autoridad o la ética de las profesiones jurídicas. Sobre este último punto volveré más adelante.

Algo, sin embargo, que no pueden evitar ninguna de estas teorías y que no logran ni siquiera una teoría excluyente como la de J. RAZ, es que el

práctico de Derecho -y de nuevo estoy siguiendo aquí al profesor LA TORRE- al enfrentarse a las controversias jurídicas no tenga razonar. Es decir, para el profesor italiano ninguna teoría releva al práctico de «la fatiga de interrogarse por las razones», por el sentido, los fines, el fundamento de los materiales normativos que tiene que aplicar. Las normas no se aplican por sí solas, sino que, y aquí vuelvo a citarlo, «en el momento de su concretización, de su aplicación al caso específico necesitan razones y las razones necesitan de una teoría» (bueno en realidad estoy parafraseándolo, más que citándolo estrictamente). Su punto es que las normas en el momento de su aplicación al caso específico necesitan razones y las razones de teoría. Nuevamente no puedo estar más de acuerdo con Massimo, tampoco puedo decirlo mejor ni muchísimo menos, porque creo que efectivamente es así. En el momento de la aplicación hay toda una constelación de razones diversas que requieren ser atendidas y ello requiere un esfuerzo teórico enorme.

Llegados a este punto, quiero preguntarle acerca de los contornos o los lineamientos que habría de tener esta teoría. Si le entiendo bien, la misma debe tener la sofisticación teórica necesaria, resultado de haber incorporado todos los avances en filosofía moral, pero tiene que servirle, a su vez, al práctico del Derecho para poder tomar las mejores decisiones en un contexto en el que hay razones normativas fuertes. Aquí se nos está llamando la atención sobre cuestiones muy relevantes. Formularé tres preguntas acerca de cuál sería este tipo de teoría, esta teoría acerca de las razones aplicables en el caso concreto, aquellas razones que subyacen a la aplicación al caso concreto de una norma, que no se aplica obviamente por sí sola. La primera pregunta es que, en esta teoría, tiene un lugar fundamental la capacidad de juicio. El profesor LA TORRE habla de la «facultad de juicio» y tal facultad viene asociada con la empatía, como él mismo señala. Parece que esa facultad es central para poder especificar qué es lo que distintos conjuntos de razones exigen en el caso concreto para poder aplicar, en último término, las normas jurídicas al caso concreto. Entonces al darle una importancia central en esta teoría del Derecho a la facultad de juicio, implica virar hacia el sujeto, implica de alguna manera que estamos cambiando la perspectiva de análisis. El foco de atención es el sujeto que aplica la norma y no tanto la norma que es objeto de aplicación y aquí ya nos estamos desviando de lo que es el centro del positivismo jurídico de una manera fundamental. Se está sustituyendo una perspectiva sistémica, y sobre este apartamiento de la tradición iuspositivista por parte del profesor LA TORRE vuelvo al final. Lo que resulta interesante, pues, es

2/2020

que estamos abandonando una visión sistémica y, de algún modo, centrándonos en el sujeto, en el profesionalista que está aplicando la norma al caso concreto hay un giro del objeto hacia el sujeto. De ahí mi pregunta, ¿cómo podríamos describir esta facultad?, ¿qué podríamos decir de esta facultad de juicio más allá de que es un sentido de la justicia o qué es sensible a la “pretensión de justicia” que tiene el Derecho? Como puede apreciarse, ello resulta central para el profesor a LA TORRE.

Por mi parte, algo que considero atractivo o mi tendencia es vincular una explicación de esta facultad a la idea de virtudes aristotélicas o a la tradición de aristotélica y tratar de ver cuáles serían los distintos rasgos de carácter que son necesarios para poder atribuir esta capacidad de juicio o que son necesarios para que esta capacidad de juicio opere de manera tal que resulte en decisiones que atiendan las razones normativas fuertes aplicables. Me gustaría saber, por tanto, como entendería el profesor LA TORRE esta capacidad de juicio. Menciona en algún momento a KANT menciona también a ARISTÓTELES (por cierto, ésta es una combinación posible pero difícil) y si quisiera saber un poco más respecto a cómo se entendería esta capacidad de juicio que tiene que jugar un papel central en el contexto de esta teoría del Derecho que emerge del estudio de las teorías jurídicas del siglo pasado y de este siglo en su libro.

Mi segunda pregunta es que el libro, saca a la luz una conexión que me parece tanto central como descuidada generalmente en teoría del Derecho o por lo menos hay poco interés en vincularlo. Me refiero a la conexión entre teoría del Derecho y teoría de la ética profesional. Hay muchos trabajos en teoría del Derecho y hay muchos trabajos también en ética jurídica. Pero pocos que traten de vincular la ética profesional con la teoría del Derecho y que saquen a la luz con claridad que asumir una determinada teoría del Derecho tiene implicaciones para la manera que entendemos la ética profesional como este libro. Antes de ello, me observar que yo no acabe de entender por qué el último capítulo es un “apéndice” en sí y no un capítulo, pues cierra el argumento del libro al centrarse en el legalismo como una versión extrema del positivismo. Algunos de los argumentos a largo del libro como que tienen un cierre en este apéndice, lo que en mi opinión sería suficiente para considerarlo un capítulo más. En fin. Volviendo a mi punto, en ese apéndice está la discusión sobre legalismo y de cómo nos lleva a una teoría de la ética profesional que consagra una “amoralidad moral”, donde el abogado debe ser parcial, y no solamente que lo es, sino que debe serlo. Esto es fatal según Massimo LA TORRE, y coincido plenamente con él. En efecto, es una aproximación fatal a la ética

profesional, entonces si ésta no es, y esta es una teoría positivista ¿no?, no parece que en ese sentido el positivismo jurídico este tan bien situado para proveer de una buena ética profesional. Pero entonces, me pregunto, ¿cuál es la alternativa? Considero, a este respecto, que una teoría de la ética profesional tiene que ser una alternativa atractiva a la ética de la parcialidad que se deriva del legalismo como prototipo del positivismo jurídico. Pero quisiera saber ¿cómo visualiza esa ética profesional?, ¿en qué sentido te parece que debería desarrollarse? Igual y aquí me equivoco, pero me da la sensación de que abogas por una teoría principialista, una teoría deontológica principialista, que también podría ser consecuencialista. Me parece que tú inclinación es más bien hacia una teoría de deontológica de la ética profesional. Sin embargo, esto lo veo un poquito problemático porque de la misma manera que las normas no se aplican por sí solas, las normas y los códigos de conducta profesional tampoco se aplican por sí solas. Nos volvemos a encontrarnos con las mismas limitaciones que tienen las normas en general y las normas jurídicas en particular. Tal como se ha ido mostrando a lo largo del libro, entonces para solucionar los problemas prácticos que los profesionales del Derecho tienen que enfrentar hay que ir quizás más allá de lo que sería una aproximación a la ética jurídica estrictamente en términos de normas, si es que es así como efectivamente la visualizas.

Finalmente, me pregunto si esta teoría del Derecho que emerge en la discusión de las teorías propuestas por las distintas versiones del positivismo, capaz de resolver las cuestiones morales involucradas en la aplicación del Derecho, capaz de orientar al práctico del Derecho en la resolución de problemas, que tienen una dimensión normativa fuerte, etc., me pregunto si esa teoría en realidad es una teoría que puede ser una teoría positivista. No sé si estamos ante la crisis del positivismo jurídico o realmente, más bien, en el “abandono” o “muerte del positivismo”. Porque si lo que pone de relieve el libro es que realmente *la experiencia jurídica no puede desmoralizarse*. Ésta es una lección que aprendemos de las últimas versiones del positivismo jurídico, si realmente la lógica de aplicación de las normas involucra una dimensión normativa fuerte y esta dimensión normativa fuerte resulta tan difícil de acomodar que hasta casi tenemos que apelar una teoría de la transustanciación para poder incorporar esta dimensión normativa fuerte. A lo mejor resulta que el positivismo jurídico no es la teoría que nos permite dar cuenta de la experiencia jurídica, una vez que sabemos cuán compleja es y cuán cargada de razones morales está. En el libro examinas en el capítulo quinto algunas estrategias de rescate

2/2020

como la de F. SCHAUER o la del positivismo jurídico incluyente, por ejemplo. Sin embargo, me pregunto si estas estrategias de acaban de tener sentido: ¿por qué tendríamos que empeñarnos en continuar dentro de un paradigma cuando estamos realmente enfrentando problemas que resultan difíciles de solucionar si nos sentimos constreñidos por el propio paradigma, en este caso, el del positivismo jurídico? No sé si el liberalismo político no es el fin de la filosofía política, como tantas veces se ha sostenido. Pues a lo mejor el positivismo jurídico tampoco es el fin de la filosofía del Derecho. Me gustaría saber si en realidad esta teoría amplia impregnada de valores, relevante para la práctica, es una teoría positivista o sí más bien tu teoría del Derecho es francamente post-positivista.

LETICIA BONIFAZ*

Es para mí un gran gusto estar en la presentación de este libro del profesor Massimo a LA TORRE. Massimo y yo nos conocemos desde el año de 1994, cuando coincidimos en Bolonia gracias a Samuel GONZÁLEZ RUÍZ, quien nos acompaña en este evento. Puedo ver también a la profesora Carla HUERTA OCHOA y a otras, muchas, queridas amigas a través de la pantalla.

Antes que nada, quiero agradecerte la paciencia Massimo, el trabajo, la cantidad de horas que le dedicaste a este libro. Quedó realmente maravilloso. En su momento, había propuesto, efectivamente, que nos dividiéramos el contenido de tu obra, pero resulta prácticamente imposible dividirlo pues conforma una unidad dada la continuidad de su argumento. Déjame decirte que yo sí lo compré en *Amazon*, pero me llegó a la Ciudad de México y ahora mismo me encuentro en Chiapas. Por ello leí esta versión electrónica que me mandaron y si te quiero agradecer, porque cualquiera que se ha dedicado a la filosofía o la teoría del Derecho sabe lo que hiciste. Este trabajo de reconstrucción, como la mayoría de tu trabajo, el cómo lo haces, es realmente extraordinario. Actualmente estoy dando la clase de epistemología jurídica y tu libro va a ser clave para mis alumnos.

De tu libro también me gusta su enfoque. Yo no hablaría, como lo ha hecho hace un momento Amalia AMAYA, de la “muerte del positivismo”, de *un* positivismo, sino de *muchos* positivismos. Aprecio cómo vas mostrando la evolución y cómo vas engarzando las teorías. Porque normalmente, y justamente hablando de la separación entre la docencia y formación de los

* Profesora de la Facultad y el Posgrado de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

investigadores, lo más común es ver autores aislados. Tú vas mostrando, en cambio, como hay una liga o nexo entre ellos y cómo nada queda cerrado para siempre. Esto puede verse, por ejemplo, cuando empiezas a trabajar y explicar la teoría de H.L.A. HART, por supuesto que haces la referencia a Hans KELSEN. Y hay unos cuantos puntos de la teoría de KELSEN, pueden haberse visto superados o contruidos de otra manera. Desde el punto de vista epistemológico, para mí es muy importante ver cómo un autor remite al otro, en un proceso de reconstrucción continua. Además, cada autor va poniendo unos puntos que no necesariamente sustituyen al anterior, del trabajo y de lo que haces con HART, dónde se empieza a mostrar la parte de la moral, pero también la idea de obligación, de tener una obligación o sentirse obligado a algo, hasta la parte que normalmente que se enseña acompañada luego del *Post-scriptum*. Pues bien, una de las cosas que más me gustaron del libro es como aparece Ronald DWORKIN en escena, rompiendo con su maestro. Me gusta cómo vas presentando a cada uno de los dos, en donde la teoría de DWORKIN se va oponiendo o superando o planteando de manera distinta a la de HART. De tal manera que se empieza a hacer patente algo que tiene que ver con provenir y trabajar con el Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, porque esta visión es más próxima al juez -y no sólo hacia el "juez Hércules"- sino en general, al trabajo de los jueces, y eso es claro en DWORKIN. Empiezan a mostrarse visiones diferentes, pero, insisto, visiones que no son sustituidas unas por otras, sino que van aumentando nuestro caudal o cultura jurídica, en mi opinión. Decía hace un momento la profesora Amalia que, en nuestro cuadro, en nuestra pintura del Derecho, hay una gran complejidad. Me parece que ello es así, sobre todo, porque tenemos un conocimiento *acumulativo*, más que sustitutivo. Con ello lo que tenemos es cada vez más elementos para explicar la misma cosa, en nuestro caso, el concepto de Derecho.

Entonces, para buscar dónde está la esencia y qué enfoque le damos no solo quizás a la parte sociológica del Derecho sacada de algún positivismo, pero presente en otros. En el positivismo jurídico, cada vez que los hechos o a la parte social "sale por la puerta", se te va a regresar "por la ventana" puesto que necesariamente la cuestión sociológica estará presente. Creo que ello así, y lo creo más por mis trabajos últimos. Como podrán imaginarse, en años recientes mi investigación se ha concentrado en la labor de los jueces y de los operadores jurídicos. Pero antes de referirme a este punto, y una vez que se da la respuesta de DWORKIN a HART, me gusta cómo en la trama general del libro pasas a analizar la obra de Neil MACCORMICK, de Ota WEINBERGER con la intención de mostrar nuevos enfoques y lo que

2/2020

ellos importan. Sobre todo, cómo van abonando algunas cuestiones novedosas para ir completando una idea que cambia de foco, cambia de método, cambia de qué es lo que se considera relevante. Dicho lo anterior, me gustaría comentar la parte en la que se habla del legalismo y de la formación de los jueces, una parte que ha sido para mí fundamental.

Como ustedes saben, una gran mayoría de personas dedicadas al Derecho Penal, al Derecho Laboral, al Derecho Civil, al Derecho Familiar, etc., menosprecian la teoría general del Derecho y la filosofía del Derecho. Con tal menosprecio es muy difícil que, después, cuando están en procesos de argumentación, tengan la claridad analítica que se necesita para manejar la complejidad de los planteamientos. Gracias a tu libro, pueden tener tal claridad analítica. Ese entramado teórico que logras desmenuzar Massimo, y la manera en cómo lo haces, es clave para saber cuál es tu función como operador jurídico. Sin estas herramientas que nos ofreces, parecería que ese conocimiento supuestamente “neutral”, como dice la profesora AMAYA, no precisaría de un sustento teórico porque ni siquiera hay una retroalimentación permanente con los prácticos del Derecho o se trata de casos excepcionales. Es decir, los jueces y los operadores jurídicos que conocen teoría del Derecho, que conocen filosofía del Derecho, son la excepción. Obsérvese que estamos hablando de los aplicadores de la norma, que en gran medida reproducen la idea legalista de que la aplicación del Derecho es casi automática. Por ello les resulta luego tan difícil entender la serie de consideraciones morales, sociológicas, económicas o de uso político que están detrás de una decisión judicial. Y ahora sí quiero vincular esta parte con mi experiencia reciente.

Mis últimas investigaciones sobre el Poder Judicial de México indican que, mientras más alto es el nivel del tribunal, más probabilidades tienes de encontrar esta ligazón que tú propones, es decir, la retroalimentación de la teoría y la filosofía del Derecho con la práctica. En los tribunales de primera instancia se ve muchísimo menos. Pienso que esto es relevante justamente porque, no todas las decisiones que hoy se toman a nivel de poderes judiciales se puedan explicar sólo desde el Derecho. Muchas de las decisiones están hoy basadas en cuestiones que podrían salirse de los límites o márgenes según algunas teorías. Hace un momento, Massimo hablaba de que la querida Giulia LA TORRE PASCUAL está interesándose en el Derecho Internacional Público. Pues bien, tomo su interés por esa materia como ejemplo, porque, en México, la validez de los tratados y las convenciones internacionales trajo consigo una verdadera revolución en el Derecho. A partir de la reforma de 2011 en el Derecho mexicano se detonó

lo anterior, pues supuso dar a los jueces “en automático” nuevos elementos de cómo resolver las cuestiones sometidas a su consideración. Ahora bien, esos elementos adicionales en ocasiones son visibles y en otras no son visibles en sus sentencias. ¿Qué quiero decir con esto? Para ejemplificarlo, tomemos el caso de los temas de género o, mencionadas hace un momento por Amalia, las teorías feministas del Derecho. En los temas de género, o mejor, “juzgar con perspectiva de género” implica necesariamente ver las desigualdades centrales en que ha estado colocada la relación entre hombres y mujeres. No basta, en consecuencia, la sola norma de un Derecho de Familia. Tiene que intervenir, tiene que producirse una interpretación mucho más compleja y fuera de una simple previsión normativa.

Para concluir mi intervención, quiero decirte Massimo que tu trabajo, la forma en que vas llevando al lector, tiene un gran valor, porque el libro “atrapa”, y creo que no solo atraparé a los que somos apasionados de la filosofía Derecho, yo creo que atraparé a cualquier persona. Hay en tu reconstrucción permanente, en tu escritura, un nexo entre los distintos autores, que hacen que el lector quiera saber más, quiera saber qué siguió. Al concatenar las teorías te das cuenta, por ejemplo, que un autor tan relevante en la actualidad como L. FERRAJOLI, no es generación espontánea, sino que hubo antes, que se nutre de otros autores. En definitiva, estar en la presentación de este libro ha sido para mí un gran gusto. Me permite felicitarte personalmente y también decirte que, a buen seguro, tu libro será de muchísima utilidad no sólo en México sino en cualquier parte donde haya un interés genuino por la filosofía del Derecho. Gracias a Francisco MORA-SIFUENTES por su invitación y muchas gracias a todos.

JORGE CERDIO*

Muy buenas tardes. Es un placer para mí también sumarme a la felicitación a la Universidad de Guanajuato por la organización de este evento para discutir el último libro del profesor Massimo LA TORRE. De los que estamos aquí, tal vez soy yo el que tiene menos tiempo de conocer a Massimo, aunque siempre he encontrado en sus escritos muchas provocaciones que me hacen sentirme cercano a su gusto por la fuente, por la filología que hace con los autores. Pero, sobre todo, me identifico con su

* Profesor Numerario de Tiempo Completo del Departamento Académico de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Director del Centro de Acceso a la Justicia-ITAM.

2/2020

arrojo y pasión con la que trata algunos temas, como por ejemplo la tortura, algo que recuerdo vívidamente. Quisiera dividir mi participación en dos partes. En primer lugar, en relación con la obra y, en segundo lugar, para hacer algún comentario que pueda quizás detonar la discusión con nuestro autor y con todos los que nos acompañan.

Respecto de la obra en general, tanto la profesora Amalia AMAYA como la profesora Leticia BONIFAZ han hecho ya una buena presentación, una buena caracterización. A mí me gustaría únicamente agregar que la misma también tiene un cierto valor literario. Disfruté la manera en que hilaba tanto presentaciones de fuentes como datos geográficos, presentaciones críticas y como mezclaba en un buen balance y una buena progresión una disertación que se disfrutaba leer en cada capítulo. También quiero agregar que este libro en la presentación y en el título, aunque tiene una tesis de recorrido con relación al positivismo, me parece que es va mucho más allá que eso. Quizás es un título que le queda corto al libro. Cuando empiezas a leerlo y piensas que vas a encontrar una meta-discusión acerca de positivismo y como han sido evolucionados o enfrentados contemporáneamente a otras ideas, esto no es lo que encuentras, en realidad. Podría decir sin temor a equivocarme que existen no pocos lugares en *Il Diritto Contro se Stesso* donde se presentan ideas positivistas, o de autores que se asumen positivistas, pero que la discusión que se entrelaza es más rica. Invita a un recorrido de cómo esos libros que acompañan un tema (los *companions to*), y por otra parte también invita o formula preguntas de discusión con puntos de vista propios del profesor LA TORRE, que te permite conocer aspectos que desconocías. Personalmente ignoraba algunas de las citas que hace, también abrumadoras en su diversidad. Algunos autores me han llamado mucho la atención los modos, dónde los ha presentado y cómo los ha citado, como el postmodernismo, por ejemplo. Con todo esto quiero decir que el libro tiene un “estilo” muy balanceado, que hace fácil su lectura, que es más amplio que el positivismo, diría yo a propósito de él, entrelazando una mirada muy interesante a ciertos paradigmas de la teoría contemporánea del Derecho y que lo hace de una manera personal. Me da la impresión, con todo, de que se trata de un trabajo que podría todavía reponerse con un par de capítulos más, reelaborando la tesis final sobre el legalismo y práctica profesional a cada una de las discusiones de los capítulos que tiene. Considero que es una obra riquísima tan solo por el recorrido que nos invita a hacer y por esto felicito a Massimo. Desde ya también quiero decir que me va a ser un placer también discutir y seguir releendo el libro con otros colegas.

Señalado lo anterior, ahora tengo que decir que yo no soy positivista de “closet” sino todo lo contrario. Soy un positivista “puro y duro”, pero más que nada soy un meta-positivista. Al decir esto, soy plenamente consciente que la mera palabra es objeto de estudios y de bibliotecas enteras. De modo que, incluso, si uno tiene la precaución de distinguir tipos o sentidos de positivismo jurídicos, se queda muy corto. En realidad, está “sobre-teorizado” el panorama del iuspositivismo a tal grado que cualquier discusión sensata me parece a mí, casi inefable. Es muy difícil no caer en abuso de la expresión. De un lado, empíricamente, hay mucha literatura que se ha dicho positivista, hay mucho dedicado a reclasificar esa bibliografía y hay otros que han tratado de forma estipulativa de “meta-meta clasificar” esas primeras clasificaciones. A estas alturas parece que esos esfuerzos corresponden ya propiamente a la Filología. Tratan de establecer con mayor precisión todavía más una nueva frontera: sea por diferenciar entre aplicación e identificación del Derecho, sea por lo que deba ser una teoría, diferenciando entre razón teórica y razón práctica, diferenciando entre distintas épocas y autores, o las discusiones en diferentes autores por sí mismas, etc. Cada vez más, uno encuentra bordes más finos que tratan de ser asépticos con esta palabra. Creo que, en este punto, yo no voy a caer en ese abuso de “sobre-teorizar” una vez más. Pero sí quiero destacar, que hay algunas tensiones en el libro en el modo como presentas el autor y que creo que convendría explotar un poco más a favor de tu tesis central final en el libro.

La primera idea que me gustaría ponerte a consideración es la idea entre dos preguntas básicas filosóficas, que parecen oscilantes en el texto, tanto el modo cómo se las haces decir o presentar a los autores, como en tu tesis final sobre la práctica jurídica y la ética profesional. Me refiero a la diferencia entre las siguientes preguntas: ¿qué creencias son verdaderas en el mundo?, *versus* ¿qué curso de acción tomar frente a una situación concreta? La primera pregunta tiene un gran número de variantes, pero, ciertamente, se considera clásicamente que el tipo de respuesta a la primera pregunta, qué creencias son verdaderas, qué es verdadero cerca del mundo, *no son compatibles* con el tipo de respuestas acerca de qué debemos hacer en un curso de acción concreto. Los criterios epistémicos acerca de la verdad, los criterios de la verificabilidad, los portadores de verdad y las teorías acerca del mundo y cómo se relacionan con el lenguaje, no dicen ni abonan nada acerca de él análisis acerca de los cursos de acción, la practicidad, la conveniencia, la corrección e, incluso, de la eficiencia de las decisiones. No es que estén desvinculados, porque, efectivamente, alguien puede

vincularlos y decir para tomar una buena decisión en curso de acciones hay que está informado y la información veritativa tiene más oportunidad de lograr un mejor curso de acción, pero sus criterios son incomparables. Creo que esto es uno de los puntos que parece preservar a las teorías que dicen tratar de responder a la pregunta, ¿qué cosa del mundo es el Derecho? (si es que es “una cosa”) o, si en su lugar, es un concepto, ¿qué características nos hacen reconstruirlo conceptualmente así?; o si podemos hablar vertivamente que las prácticas jurídicas son constitutivas llamemos Derecho si esto en verdad es así; *versus* dentro de una práctica con relación a una decisión o a propósito de un caso práctico decidir y las acciones asociadas a las decisiones que son justificación, predicción y evaluación.

Si uno piensa en esta distinción entre la primera pregunta y la segunda, ¿qué creencia del mundo son verdaderas? *versus* ¿qué debo hacer un curso de acción concreto?, entonces parecería que una teoría como la de H.L.A. HART o la de la Hans Kelsen o algunas teorías que has presentado, como la de Norberto BOBBIO, típicamente, al tener interés por la primera pregunta, su respuesta no nos dice nada acerca de las cuestiones que interesarían a un practicante. Y no podrían decirlo. No nos dicen nada porque si un practicante tiene que argumentar frente a un juez constitucional, presentando el argumento que hay un principio moral que es inderogable y que no podía ser excepcionado de ninguna manera porque esa es la *creencia* que tiene el practicante respecto a la conveniencia en ganar ese caso, *nada en el mundo que sea verdadero* le va a dar una respuesta a su curso de acción. Claro, esto no quiere decir que esta distinción no pueda intentarse por lo menos minar. Esto es, podríamos introducir algún punto intermedio señalando que hay ciertas características de los decisores que pueden abonar de mejor o peor manera la decisión y en este sentido alguna suerte de conexión con la epistemología hay. De hecho, existe una larga tradición en este sentido. Podríamos decir que cuando uno sostiene un cognitivismo, como se lo has hecho decir a Ronald DWORKIN, a Roger BROWNSWORD y Derick BEILEVELD (la llamada Escuela de Sheffield), el cognitivismo también supone, digamos, que hay una continuidad entre identificar cuáles son los valores morales y conocerlos y qué hacer con ellos en un caso práctico concreto. Entonces mi primer comentario es que yo no sé si esta distinción la mantendrías para tu tesis central acerca de la relación entre teorías del Derecho y la implicación en particular con el legalismo para la práctica ética profesional. Para mí esta distinción es útil de mantener pues implica que buena parte de las teorías que se dicen positivistas y persiguen la primera pregunta no dicen nada interesante acerca de

justificación, razones, valoraciones o qué curso de acción tomar; y si lo hacen así, tampoco deberían hacerlo, so pena de caer en “error categorial”, en un sentido fuerte. Por otra parte, hay un gran espacio para otras teorías que tratan de dar cuenta de que hacer en un curso de acción y que debemos hacer y corrección tomar.

Para ponerte un ejemplo que quizá sea análogo: en bioética, cuando un comité hospitalario de bioética tiene que resolver una consulta específica, difícilmente tiene una discusión donde aparece la metaética. Difícilmente se da también una discusión sobre la ética normativa acerca de los principios que los rigen. Es decir, el tipo de discusiones y de prácticas justificatorias que tiene un comité hospitalario no les dice nada de su identificación conceptual, de cuáles son sus principios que los rigen. Tampoco les dice nada de la corrección o la decisión que tiene que tomar un caso determinado. Por tanto, hacer un metadiscurso acerca de las características epistémicas, cognitivas, ontológicas que puedan tener esos principios de la metaética y la ética normativa es irrelevante. Entonces, mi primer comentario es sostendría esa distinción y cómo impactaría en tu tesis. En definitiva, si uno se la toma en serio esta distinción a dos preguntas filosóficas fundamentales de razón teórica y práctica, una no dice nada de la otra y por lo tanto al asumir una teoría que tenga esta característica preponderantemente no implica nada para la práctica. Pero también está el punto de vista contrario Massimo y hacia allá se dirige mi segundo comentario.

Mi segunda observación, va precisamente en este sentido: tampoco tengo muy claro, en tu reconstrucción de algunas discusiones, la noción misma de práctica. Te pongo dos ejemplos. Cuando reconstruyes la discusión con Dworkin, una de tus afirmaciones, que me pareció muy interesante, es que la convención a la que se refiere el segundo Hart, la regla reconocimiento es la convención de los operadores jurídicos -lo dices por ahí de la página 65, si no me equivoco-. A este respecto, el punto crítico es: ¿porque tendría que ser neutral y si es posible que esa convención no sea neutral? Aquí, la noción de práctica tiene un desliz. Porque si uno va y pregunta, hace un estudio empírico, si uno revela las actitudes y creencias de los practicantes, especial o paradigmáticamente en la familia sistemas jurídicos del *Common Law*, y uno ve su formación, en Inglaterra esto todavía es más característica, en el Reino Unido, los *inns* y el tipo de formación práctica que tienen, difícilmente ellos reconocerían que, dentro de su formación y en la manera en cómo tienen actitudes frente al Derecho, tienen convenciones. Esto es, la idea de práctica es mejor reconstruida como lo que

2/2020

William TWINING decía, un abogado puro y duro: al que le importa es jugar un rol determinado por la institución, por el caso, por sus intereses. Y en ese sentido la práctica jurídica está precedida por la persuasión. La práctica de persuasión se incluye en cualquier forma de presentación teórica. Dicho de otra forma: la idea misma de práctica a lo largo de tu presentación debería ser un poco más precisa porque parece que la misma es también es un “tipo ideal”, no obstante que tú mismo le atribuyes al idealismo algunas formas perniciosas.

Para recapitular: es un libro delicioso de leer, me ha gustado mucho el recorrido. Ofrece más que una simple presentación de iuspositivismos. Tengo la duda, por otra parte, de si sostendrías la distinción entre razón teórica y práctica, tal como la he presentado, y que implicaría para tu tesis central. Finalmente creo que hay lugares a lo largo del texto donde la noción de práctica es más bien idealista porque, en mi opinión, los registros empíricos abonarían a una noción de persuasión que eliminaría cualquier sentido de cómo has presentado la conexión entre teoría y práctica. Muchas gracias.

MASSIMO LA TORRE*

Para mí estar aquí con vosotros es una alegría, pues me encuentro con tantos amigos queridos, con amigas que conozco desde hace muchísimos años, y es una lástima que esto no se hubiera podido hacer presencialmente. “No nos podemos tocar”, *noli me tangere*. Sin embargo, por los medios electrónicos superamos las dificultades, superamos la distancia, recreando un momento, una situación, de comunidad y de amistad. Agradezco la presentación del profesor Francisco M. MORA-SIFUENTES, agradezco también a la Universidad de Guanajuato por organizar esta presentación editorial. Y especialmente, por supuesto, agradezco las palabras y el esfuerzo de leer el libro de las profesoras Amalia AMAYA y Leticia BONIFAZ, así como del profesor Jorge CERDIO, a quienes, créanme, les estoy muy agradecido por sus intervenciones.

Intento ahora contestar. Contestar siempre es complicado. Suelo decirles a mis estudiantes que al momento de preguntar se puede “preguntar todo”, pero lo que es complicado realmente es “contestar todo”. Se puede plausiblemente “preguntar todo”, pero “contestar todo” es

* Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Catanzaro, Italia. También es *Visiting Professor of European Law* en la Universidad de Tallin, Estonia.

prácticamente imposible. Bueno, lo intentaré, comenzando por lo que ha dicho el profesor Jorge CERDIO. No sé si lo he entendido bien, pero me imagino que el profesor CERDIO mueve desde una perspectiva de filosofía analítica. Yo tengo mucho respeto hacia la filosofía analítica. Me he formado en la filosofía analítica, si bien no inicialmente, en mis estudios en la facultad de Derecho, pero sí académicamente, cuando empecé a hacer trabajos de investigación. Reconozco que la filosofía analítica es una escuela importante y hay que pasar por ella. Sin embargo, creo que hay que “pasar por ella” también en el sentido de que “no hay que pararse en ella”. Quiero decir, la filosofía analítica es importante, es un instrumento, pues aprendes mucho: aprendes el rigor, aprendes instrumentos de pensamiento metodológicos, etc. Pero hay una filosofía analítica de cierto corte, que es la que ha practicado sobre todo en la filosofía del Derecho, por ejemplo, en Italia. Se trata de una filosofía analítica, podríamos decir, “antiguo régimen”, esto es, que en cierta medida se ha quedado con los postulados metodológicos de obras de los años treinta del siglo pasado, como si todo lo que ha pasado después no existiese o no fuese relevante, el “segundo” Wittgenstein por ejemplo. En ocasiones, escuchando por ejemplo a Riccardo GUASTINI, a Mario JORI, o incluso escuchando a Luigi FERRAJOLI, me ha parecido que se hayan quedado en Rudolf CARNAP O ALFRED AYER O RICHARD M. HARE. Tengo el máximo respeto por CARNAP, AYER, y HARE, pero se trata de pensadores que están dentro de *un momento* de la filosofía analítica. Sin embargo ésta se ha desarrollado buscando nuevas vías. Piénsese en Quine, Sellars, o Putnam, o en el mismo Rawls, sin hablar de Ronald Dworkin dentro de la filosofía del Derecho. Entre otros, Joseph Raz ya no cree desde mucho tiempo que el análisis el lenguaje pueda resolver los problemas filosóficos genuinos, es decir, aquellos que no dependen de simples confusiones lingüísticas. Ha habido y hay muchas líneas internas que son distintas de lo que solemos pensar que es la filosofía analítica tradicional. Por ejemplo, un autor que me parece hoy en día fundamental para la teoría de la norma es Robert Brandom, y éste propone una síntesis de teoría analítica del lenguaje y pragmatismo.

Véase, por ejemplo, la distinción entre hechos y valores, o si queréis, la distinción entre verdad y corrección, entre “ser” y “deber ser”, que se ha utilizado como una “guillotina” en no pocas ocasiones para cortar cabezas teóricas, y a veces incluso “académicas”. Esta distinción, o ese “cuchillo”, no sé si de Ockham o de otro, necesita de un afilador, y el afilador todavía no ha pasado. O mejor dicho, sí que ha pasado haciendo pero del cuchillo un instrumento que ya corta de otra manera. Así que, sobre el problema de

2/2020

la verdad, y sobre el problema de lo que es teoría, de lo que es práctica, esta distinción tan radical entre “descriptivo” y “prescriptivo” ya no se puede asumir sin una ulterior elaboración. Y, sobre todo, considero que no se pueda asumir dentro de la teoría del lenguaje, donde no hay solo enunciados descriptivos, prescriptivos, y emotivos, hay mucho más, y desde una perspectiva de filosofía práctica donde el sentido de una conducta por supuesto no es reducible a lo descriptivo o a lo prescriptivo. Es decir, no se puede de manera plausible asumir como distinción tajante dentro de la filosofía del Derecho o incluso dentro de la filosofía moral, aunque la filosofía del Derecho y la filosofía moral sean perspectivas distintas, porque se mueven a partir de distintos modelos de normatividad. La normatividad del Derecho no es totalmente la normatividad de la moral; es una normatividad con elementos ontológicos, que no tiene sin embargo la moral. Esta es más regulativa que constitutiva. Opera eminentemente con preceptos limitativo de la conducta. Pero, bueno, esto es un tema que no podemos abordar aquí de forma detallada porque necesitaría de un seminario, o dos, o tres. Lo que quiero decir es esto fundamentalmente: el Derecho *no es un ser*. O mejor dicho: el Derecho *no es sólo un ser*, sino que *es un ser que es también un deber ser*.

El Derecho no es una *cosa* en sentido propio. Cuando nos interrogamos sobre qué es el Derecho, nos estamos preguntando fundamentalmente sobre qué tenemos que hacer, sobre lo que hay que hacer. El concepto de Derecho no es el concepto de una *cosa*; el derecho no es una piedra, no es tampoco un *artefacto*. Ahora está de moda decir que el Derecho es un “artefacto”, ¿no? Pero, ¿cómo que es un artefacto? ¿El Derecho es como un cuchillo? ¿Lo puedo tocar? ¿El derecho se puede mirar? ¿Puedo fotografiar al Derecho? No de verdad. El Derecho es algo que yo practico dentro de una práctica. ¿Y qué es la práctica? La práctica es una continuidad de conductas que se tienen que interpretar, que se hacen interpretándolas. Se hacen teniendo un concepto de lo que son y se hacen también conectando el concepto de lo que son a un principio según el cual nosotros tenemos una idea de lo que debe ser. Esto es así y no es una postura idealista. En realidad, esto también es un problema en el Derecho porque todo esto es un movimiento: cada vez que practicamos el Derecho siempre tenemos que replantearnos el sentido de lo que está estamos haciendo, cuál es su objetivo. Sobre este punto en particular me gustaría recordar unas ideas de PLATÓN.

PLATÓN dice dos cosas; bueno, en realidad dice muchas cosas. Dice algunas cosas bonitas, dice otras cosas menos bonitas, pero clarísimamente

es un filósofo fundamental. Sobre el Derecho escribió mucho y sobre la regla también. En realidad, dice una cosa espléndida sobre la regla. Esto es algo que pocos han subrayado y es lo siguiente: la regla no tiene esencia. Según él todas las cosas del mundo tienen esencias, la "ousía" (*οὐσία*), que dan las "formas". Y la "forma" garantiza lo que es la cosa específicamente. Por ejemplo, esta mesa es una especificación de la forma mesa y yo puedo comparar esta mesa con la forma, es decir, afirmar: esta es una buena mesa, no es una buena mesa, no funciona, es fea; y lo puedo hacer porque tengo la forma. Pero el problema de la regla, nos dice PLATÓN, es que no tiene forma. No hay "ousía", no hay esencia involucrada. Esto es excepcional desde su punto de vista. Por supuesto que al afirmar lo anterior se abren muchísimos problemas teóricos. Ahora bien, ¿por qué no tiene forma la regla? La regla no tiene forma porque depende de su aplicación. La regla está fundamentalmente conectada a su aplicación, a una práctica, y la práctica está en el tiempo, porque depende de las situaciones, esto es, cambia permanentemente. Así que ¿qué es una regla?, ¿qué es una ley? Dice PLATÓN, la ley es como un "arquero", que tiene que tirar una flecha y tirando la flecha tiene que realizar algo, necesita un objetivo, un "blanco", a dónde tirará la flecha. Tiene que saber a dónde va dirigida, tiene que tener un fin, un sentido. Y ¿cuál es el sentido de la regla? tendríamos que preguntar. Pues bien, ahí estamos, éste es el problema del Derecho y de su práctica y de su concepto.

Yo creo que el sentido de la práctica del Derecho finalmente y fundamentalmente se deriva de una teoría moral. Desde este punto de vista no soy un positivista. Ahora, con todo lo anterior no quiero decir que no necesitamos el Derecho positivo. Claramente no es el caso. No hay ningún iusnaturalista que diga que no necesitamos el Derecho positivo. Ello es así incluso para los miembros de la Escuela de Sheffield, que son los iusnaturalistas más radicales, pues admiten que hace falta el Derecho positivo. En mi opinión, el Derecho positivo hace falta por razones morales, pues es la mediación entre el principio y la deliberación que concretiza el principio. El principio se tiene que certificar en la discusión, se tiene que reconocer en la práctica. En este sentido, el Derecho positivo tiene un elemento e cierta medida fenomenológicamente democrático. Una manera de explicar por qué, en la tradición iusfilosófica española moderna, los demócratas y los filósofos del Derecho de la transición se hicieran positivistas jurídicos, es que ellos han creyeron que el iuspositivismo era democrático. Pero lo han interpretado de manera tan rígida, tan legalista, que al final la democracia queda muy corta frente a ese enorme y durísimo

2/2020

concepto iuspositivista. El Derecho termina simplemente siendo una ley que “está ahí”, el “artefacto”, y tengo simplemente que fotografiarlo y ya está, y ya sé lo que es, porque simplemente “lo tengo que reproducir”. Pero las cosas no son así, desgraciadamente. Quién trabaja con el Derecho, quien ha practicado Derecho --yo lo he practicado poco hace muchísimos años, pero lo he practicado--, sabe que no es así. Cuando estamos en busca de una solución para los casos jurídicos, la buscamos entre distintos criterios, pero yo no puedo “fotografiar” el código o un artículo y tener la solución. No es así. No puedo simplemente repetir la palabras del artículo. La regla no es la reiteración del imperativo del legislador, como creía, por ejemplo, Uberto SCARPELLI. SCARPELLI habla de la regla como “imperativo reiterado”, pero no es así, claramente no es así. Y esto lo dice una vez más PLATÓN.

PLATÓN habla de dos tipos de legisladores haciendo una analogía con dos tipos de médicos. Hay un médico para los esclavos y un médico para los libres. El médico para los esclavos va a ver qué es lo que tiene el esclavo y cada vez le da la misma medicina. No se plantea ninguna teoría de lo que tiene el enfermo, no formula ninguna hipótesis de lo que tiene, tampoco se pregunta por la cura y su finalidad. Les repite el mismo tratamiento, les da siempre la misma píldora a todos por igual ¿Tienes el coronavirus? Te doy hidroxiclороquina al igual que a todos, y ya está. Pero el buen médico no hace esto. El médico para los seres libres mira qué será bueno para el coronavirus ¿Hidroxiclороquina? Tal vez, o alguna otra cosa más, dependiendo de tus condiciones particulares ¿Dexametasona?, puede ser. El caso es que el buen médico tiene que construir una teoría sobre el coronavirus, tiene que mirar al sentido de la cura y también al hombre, a la persona que tiene que curar, y la resistencia que ella posee. Esto es muy sugerente. PLATÓN afirma que el médico para los esclavos “no pregunta”, “no escucha al enfermo”. Pero el médico para libre, sí que “escucha al enfermo”, es decir hay una especie de retroalimentación de quien recibe la medicina a quien la da, del medicado hacia el médico.

Pues bien, con el legislador pasaría lo mismo, o tendría que pasar lo mismo. Debemos entrar en una discusión, en un intercambio de razones, entre quien acepta, recibe o tiene que obedecer a la regla y entre quien da o crea la regla. Esto tendría que ser un fenómeno o un elemento fundamentalmente discursivo. Nuevamente, ello es muy sugerente, y podemos leerlo también en *Las Leyes*. De lo anterior PLATÓN va a derivar, va a introducir, la necesidad o, mejor, la obligación para el legislador, al emanar cada ley, un “prólogo”. La ley no es sólo la ley, tiene mas o menos implícito, algo de narrativo. Es algo “con plumas”, diría un poeta; como una

flecha. El legislador tiene que explicar *para qué necesitamos esta ley*, cuál es su fin, cuáles son los objetivos que se persiguen con ella. La ley necesita un prólogo, y yo estoy convencido de que, efectivamente, cualquier ley necesita un prólogo, una presentación de su sentido y de sus objetivos. Pero el positivismo jurídico nos dice “no”, la ley no necesita prólogos. Se explica por sí misma, e incluso alguna vez que se aplica por sí misma. Ahora bien, el “prólogo” de la ley del que habla Platon no es una cuestión de razón teórica, es una cuestión de razón práctica. Y la comprensión de la regla, que es lo que intenta su “descripción”, desde esta perspectiva está empapado – si así se puede decir -- de razón práctica. De tal forma que la dialéctica entre razón teórica y razón práctica, me parece, es ineliminable en la práctica del Derecho. Todo el mundo que practica el Derecho creo lo entienda bastante.

Todo esto, de alguna manera, le da la razón a los comentarios de la profesora Leticia BONIFAZ. Creo que Leticia, en cierta medida, me dice que la práctica del Derecho es una práctica que tiene objetivos, es una práctica que desarrolla el que comprende su sentido: en el Derecho tienes que saber adonde quieres ir. Una concepción rígidamente positivista sin embargo se queda muda hacia la pregunta sobre *el sentido del derecho* la cual es fundamental para el jurista; sobre todo, en los casos más importantes, por supuesto, o especialmente, en los casos difíciles. Claro en un caso de una multa, del recurso a la multa no hay caso fundamental, pero podemos dudarlo incluso aquí. Todos recordaremos el famoso caso del que habla H. L. A. HART en la discusión con Lon L. FULLER respecto el niño que introduce la bicicleta en un parque donde está escrito, “prohibido el acceso a vehículos”, y él da una vuelta en su bicicleta. ¿Tiene que ser multado el niño?, ¿Lo tienen que llevar a la cárcel? Se puede dudar, ya que la prohibición de acceso a los vehículos en el parque justamente tiene sentido para permitir a los niños jugar libremente, para que puedan jugar sin peligros. Queremos protegerlos, que puedan dar vueltas con la bicicleta tranquilamente en el aprque, y por esta razón allí no queremos vehículos, coches, motocicletas, etc. Hay que interrogarse, pues, sobre el sentido de la regla. No se puede gacer de otra manera. Desafortunadamente, sabemos que ha habido y que hay todavía, un tipo de jurista, un tipo de juez, un tipo de formación jurídica, o un tipo de burócrata -efectivamente, el prototípico de la burocracia-, que no se interroga sobre el sentido de la ley. Ley se considera simplemente lo que no es de verdad, se ignora, esto es, que consiste de algo que tú *usas para hacer algo*. La ley, en efecto, es una “cosa” que se emplea para realizar un objetivo, pero. ellos entienden que la ley es simplemente prohibición. Sería el paradigma de la prohibición. Así, la ley

2/2020

no nos permite hacer nada; con el Derecho no tendríamos que hacer nada. Pero nosotros sabemos que tenemos que hacer algo, vivimos haciendo algo, vivimos produciendo algo, realizando conductas nuevas, y el Derecho para esto está ahí; el sentido del Derecho es precisamente ese: ayudarnos a realizar ese algo.

Intento responder ahora a la profesora Amalia AMAYA a quien le agradezco muchísimo sus comentarios y, bueno, me formula tres preguntas importantes. Comencemos por la pregunta sobre la “facultad de juicio” y si puede interpretarse en términos de virtudes aristotélicas. La facultad de juicio, clarísimamente, es muy cercana, más o menos lo mismo, a la *prudencia* aristotélica, la *frónesis*. Ésta puede entenderse como la capacidad de darse una regla de manera inductiva, desde cierta situación inductivamente, pero de manera normativa (no es inducción en sentido científico, es otra cosa). Yo tengo una situación, no tengo la regla, y sin embargo me tengo que darme una regla. O bien, yo tengo la regla y tengo que entender cómo aplicar la regla, es decir, cuál es la conclusión y fundamentalmente el objeto, la práctica que está cubierta por la regla. Esto es lo que renvía a la facultad de juicio y necesita elementos de empatía. Sobre todo, en el Derecho, ahí donde tengo la regla, o donde tengo que buscarla, se trata al final de encontrar una regla de carácter normativo fuerte, es decir, de carácter moral/jurídico.

Paso ahora a la cuestión de las virtudes. El tema de la virtud y el Derecho es un tema en el que he estado particularmente interesado. De hecho, en los primeros años que estuve en la Universidad de Catanzaro, uno de los primeros seminarios que organicé fue sobre este tema y estuvo a cargo de Peter KOLLER, que fue asistente de Ota WEINBERGER en la Universidad de Graz por muchos años. Yo pasé varios periodos de investigación ahí, es un lugar donde aprendí muchísimo de WEINBERGER y los demás colegas. Bueno, yo le pedí a KOLLER hacer un seminario sobre Derecho y virtud. Este seminario está publicado en *Seminari catanzaresi di filosofia del diritto* (Giappichelli, 2005). Yo se lo pido, porque para mí es un gran problema el del Derecho y la virtud. ¿Porque es un problema? Es un gran problema por una razón básica: para poseer facultad de juicio tengo, en cierta medida, que ser educado a tener esa facultad. Es decir, se presupone ahí hay un elemento de virtud, clarísimamente. Yo debo tener una actitud, es decir, debo poder generalmente conducirme de cierta manera, y esta actitud hay que formarla. El Derecho presupone una educación al Derecho, y esto está claro tanto en PLATÓN como en HEGEL. Tú no puedes tener Derecho, y practicarlo, si no estás educado al Derecho, y tal

educación es la producción de ciertas virtudes, su desarrollo. Tú necesitas unas virtudes, si quieres operar dentro del Derecho, y estas virtudes se tienen que formar: hay que educar al ciudadano a las virtudes que hacen posible la práctica del Derecho.

Cuando yo miro, por ejemplo, cómo es el concurso oposición a jueces en varios países continentales europeos, sobre todo en España, donde la oposición de juez es simplemente repetir de manera memorística, como un “papagayo”, los artículos de las leyes, me parece bastante evidente que desde ahí algo va mal. Es un ejercicio tan nemónico que incluso se habla de “cantar”: el futuro juez tiene que “cantar los temas”. Ojo, no tiene que pensar, tiene que “cantar”. De tal manera que el Derecho para ellos es la repetición nemónica, musical, sin sentido, sin semántica, solo fonética, de las cosas que están escritas en algún código o texto o sentencia. Ahora bien, ¿de ahí que puede salir?, ¿qué tipo de persona?, ¿qué virtud estás formando? Si acaso, estarás formando la virtud de un cantante, pero no la virtud de una persona prudente, prudencial en el sentido aristotélico, y un hombre justo. Que la justicia, que la prudencia, *l'esprit de finesse*, para citar a Pascal, no juegue ningún papel en la formación de los jueces, me parece un gran error y una vergüenza. De hecho, es un error la manera de opositar a jueces en España, y en cierta medida también en Italia. En Italia, ahora la han cambiado, si bien nunca hubo este tipo de oposición de “cantar”, tampoco se mide, me parece, la capacidad reflexiva y empática del juez. Por ejemplo, el juez tendría que tener una comprensión de lo que es sufrir una sanción, incluso de aquella sanción implícita pero muy efectiva de ser imputado edelante de un tribunal, o estar en la cárcel. Se podría llegar a decir con espíritu iconoclasta y a la manera de un parresiasta griego que para ser juez habría que pasar un tiempo en la cárcel. La razón es simple: hay que pasar por el sufrimiento de la cárcel para saber lo que es dictar una sentencia condenatoria con pena privativa de libertad y sobre todo lo que ello supone. Si no es así, ¿cómo puedes enviar a alguien a la cárcel sin saber lo que es estar ahí dentro? Es como darle un medicamento a alguien sin saber qué es lo que ese medicamento es. No tienes la posibilidad de una relación empática con el condenado. Esta es una tesis, lo sé, bastante idiosincrática, que reformulo a partir de una idea presentada por Friedrich von Spee, un jesuita alemán barroco, en su espléndido tratado *Cautio criminalis*, que tendría que ser lectura obligatoria para todo jurista. Ahí von Spee afirma que para torturar, para ordenar que se torture, antes hay que saber lo que esto significa para un ser humano, y la única manera de hacerlo y que el juez que prescribe el tormento haya sido previamente torturado.

2/2020

Para ir concluyendo, quiero decir que apoyo muchísimo los intentos de realizar alguna conexión entre teoría del Derecho y teoría de la virtud. Creo también que es un tema fundamental. Y claro, también es cierto que hay muchos problemas en ello, pero aquí no podemos entrar en los problemas. En definitiva, el problema de la virtud también es un tema que pone en cuestión al positivismo jurídico pues éste nunca piensa sobre la virtud. La virtud –piensa --está dentro de la ley, la ley ya en sí misma ya tiene virtud. Pero desgraciadamente no es así. Ya que, como repiten entre otros Hegel, Wittgenstein y Hart, las leyes no se aplican por sí mismas. Podríamos algún día continuar la discusión si lo desean, y reitero mi agradecimiento a los amigos por su generosidad.

JORGE CERDIO

Siempre aprendo muchísimo de todo lo que tú me contestas y dices. Gracias de verdad, Massimo. Especialmente de PLATÓN, es fascinante todo lo que sabes. Quiero hacer una aclaración y después pedirte un comentario. La aclaración es que estoy de acuerdo contigo en que razón práctica y razón teórica interactúan. Cuando un piloto de avión tiene que aterrizar de emergencia, por ejemplo, y toma la decisión aterrizar de emergencia, su decisión claramente interactuó con la razón teórica. En este caso, la razón teórica es el criterio que le dice que el medidor de combustible está vacío, por ejemplo. Y también sucede lo contrario: cuando alguien emprende un proyecto de investigación en ciencias “duras”, en biomedicina, por ejemplo, claramente está precedido por objetivos que no son teóricos sino prácticos, de intereses hasta de política o económicos. Entonces, hay una interacción en la práctica jurídica de ambas, la conjunción de estas dos racionalidades, claramente se da. Pero ese no era mi punto. Mi punto más bien era el siguiente: ¿los criterios para afirmar un enunciado en un dominio son equivalentes al otro? Es decir, cuando una persona, un juez dice, “entre una formulación que es imprecisa, para este caso, éste es el significado atribuible”, ¿eso es resultado, fue el producto, de haber previamente conocido, decidido, reconstruido, identificado el colapso entre ambas racionalidades? Me parece que lo anterior lleva a diferentes puntos de vista de la concepción de la teoría y de la práctica jurídica. Por tanto, no estoy diciendo que no interactúen, sino que los dominios permanecen *distinguibiles* en sus criterios de acertabilidad.

Mi comentario es éste: cuando uno habla acerca de teorías, es inevitable que a veces uno pase por alto la idea de presupuesto. Por ejemplo, si uno se acuerda de la respuesta de H.L.A. HART a Ronald DWORKIN en el *Post-scriptum*, el primero afirma que el suyo es un proyecto diferente, que no está haciendo un proyecto prescriptivo o evaluativo. Lo que HART está suponiendo, al afirmar eso, es la posibilidad de un tipo de teoría que distinga metalenguajes y entre otras cosas también la idea de metaética respecto a la ética normativa. Frente a esto, DWORKIN tiene un presupuesto completamente distinto. Dice que es imposible hacer, ya no a nivel práctico a nivel teórico, teoría del tipo del que propone HART, no solamente porque sea inútil, sino que no es posible la distinción entre metaética y ética normativa. Entre una empresa teórica desde un metalenguaje acerca una práctica que es interpretativa y moral, entonces si yo presupongo metalenguaje y lenguaje es objeto y metaética normativa mi tipo de teoría que voy a producir, la explicación acerca de la práctica será completamente diferente. Ceo que aquí hay un punto que es lo que te quiero comentar, quiero escuchar tú comentario, ¿cómo decidir acerca de cuáles son los presupuestos filosóficos correctos? porque sin una decisión de este tipo, los dos son equivalentes en el sentido de que no tenemos un criterio de decisión previo donde vas a recusar a alguien no usas la categoría de metalenguaje como punto de partida para formulación teórica, o no le va a recusar alguien como DWORKIN no piense que hay un colapso “arquimediano” entre ética y ética normativa. Pero ¿por qué harías esto? y ¿desde que punto de vista lo dirías?, así que no es meramente decir, mire la práctica jurídica es esto y punto: “es como un arquero”, “hay un punto”, “hay un valor”, “y si no lo hace, bueno pues entonces tiene equivocada su acceso directo a la realidad”. No se trata de esto. Pero como tú bien dijiste el Derecho no es un objeto. No se presenta a todos como una sensación, como una experiencia autoevidente. ¿Qué opinas? Gracias.

MASSIMO LA TORRE

Creo que hay un consenso dentro de la filosofía del Derecho, incluso en la filosofía analítica, por ejemplo según Joseph RAZ, totalmente positivista, sobre el hecho que el enunciado de un juez no es un anunciado descriptivo. Me parece evidente. Incluso un enunciado que se dice en la práctica jurídica, sobre cuál es el sentido de una prescripción jurídica o de una de una regla jurídica o de cualquier material jurídico, tiene poco que

2/2020

ver con la verdad teórica. Bueno, a mi esto me parece evidente, y lo dice el propio RAZ. Aunque, al final, con el mismo RAZ, en mi opinión, asistimos a algo así como al suicidio del positivismo jurídico o, incluso, quizás de la propia filosofía analítica *Ancien Regime*. RAZ tiene que asumir que Ronald DWORKIN tiene razón para lo que concierne la teoría del razonamiento judicial, es decir, que el razonamiento jurídico es normativo, en el sentido que tiene como conclusión la aplicación de una regla o de un principio lo que sea de un material jurídico, y que esto es claramente normativo. Esto ya no lo pueden negar los mismos iuspositivistas exclusivistas, los que excluyen cualquiera posible relación conceptual entre Derecho y moral, y yo no sé quién lo puede negar hoy en día. Quizá los realistas jurídicos, pero no sé si incluso el realista pueda negarlo al final. RAZ no lo niega, pero para salvar su positivismo ¿qué tiene que hacer? Tiene que decir que el concepto Derecho es algo distinto de la aplicación, algo distinto de su práctica. La teoría del concepto del Derecho no tiene nada que ver con la teoría del razonamiento jurídico. En ese sentido es pre-hartiano, rompe con el Hart de *The Concept of Law*. Es decir, cuidado con pensar que RAZ, y que sus discípulos en Oxford sean hartianos. No lo son. Son más que nada pre-hartianos. Muchos oxonienses se han convertido hoy en día a una ortodoxia pre-hartiana, destruyendo con ello su tradición. ¿Porque han destruido el legado hartiano? Porque rompen la unidad entre punto de vista interno y punto de vista externo.

El punto de vista interno, el punto de vista de la aplicación del Derecho reconoce RAZ, es un razonamiento normativo porque los argumentos de DWORKIN son abrumadores. Esto le lleva a decir, bueno, ésta, la teoría de la decisión o del razonamiento judicial: no tiene nada que ver con el concepto de Derecho. El concepto de Derecho es otra cosa. Yo hago teoría del concepto de Derecho y el concepto de Derecho no tiene nada que ver con lo que los que practican el Derecho piensan sobre el Derecho. Es decir, para saber qué es el concepto de Derecho, tenemos que ir al filósofo --a RAZ--, que dice: para explicar lo que es el Derecho no tengo que asumir la perspectiva del práctico, porque el práctico se puede equivocar. Esto va frontalmente contra al programa metodológico del Hart de *The Concept of Law*. Ahora bien, el programa metodológico de HART tiene un problema final. Esto ha sido señalado por el propio Joseph RAZ, y por Neil MACCORMICK. El problema es éste: dentro de la perspectiva interna HART cree haya soloun punto de vista normativo, que es un punto de vista de deber ser. No puede ser un punto de vista de ser. El punto de vista interno es normativo pero HART ahí en ocasiones dice que es normativo otras veces

dice que no es normativo. De tal forma que no se entiende si el juez opera según una perspectiva moral o no. Hart aquí es inseguro. Pero cuando llega Dworkin lo hace aún más inseguro de su posición. Al final, HART es extremadamente inseguro y no sabe cómo responderle con claridad. Hay una conferencia, que me parece muy importante, que Hart ofrece en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid en 1979 -- que no cito en mi libro -- en donde intenta responderle a DWORKIN. La conferencia, creo, es traducida por Francisco LAPORTA y otros, y, creo, publicada en la revista *Sistema* de 1980. Pues bien, ahí HART intenta contestarle a Dworkin, ¿y cómo le contesta? En cierta medida sigue la misma estrategia de RAZ, o la anticipa. Dice: bueno una cosa es la teoría del razonamiento judicial, otra cosa es la teoría del concepto de Derecho.

Pero, ¿a mí de qué me sirve el concepto de Derecho sino para aplicar el Derecho? ¿Para qué entonces nos quebramos la cabeza sobre el concepto de Derecho? Pero, ¿es el Derecho acaso lo mismo que la teoría de la relatividad? ¿Estamos hablando de los máximos sistemas? No. Al final, Derecho es una cosa bastante vulgar. Una cosa bastante sangrienta también, porque hay guillotinas, hay sillas eléctricas, que también tienen que ver con el Derecho. Entonces la pregunta fundamental emerge: ¿por qué buscamos el concepto de Derecho? Buscamos el concepto de Derecho, porque *necesitamos entender lo que tenemos que hacer*. Esto lo explica muy bien el círculo hermenéutico. No es casual, atención, que en la introducción a *The Concept of Law*, HART diga que su libro es un intento de "teoría hermenéutica". Por supuesto, él probablemente no ha leído a Hans-Georg GADAMER, imagino que no haya leído a Martin HEIDEGGER, sino que sí ha leído a Max WEBER, que es un "hermeneuta" muy especial. Y ha leído con mucha atención a Peter Winch que desarrolla una idea weberiana de lo que es la comprensión de las prácticas sociales, entre las cuales la del Derecho se presenta como especialmente relevante. Pero HART asume el carácter hermenéutico de su teoría, y dentro del círculo hermenéutico, por supuesto, la circularidad entre la pre-comprensión y la comprensión resulta fundamental. Así que no es el mismo método el que tengo que utilizar para entender el Derecho o para entender lo que es una piedra: yo veo la piedra, la toco... aunque, cuidado, también con la piedra puedo tener algún problema teórico, pero esto nos complicaría todo ahora muchísimo.

Una última cosa. Un argumento que me parece en cierta medida confutar lo que dice el profesor CERDIO es el siguiente. La máxima diversidad entre las teorías del Derecho no se da, cuidado, entre la filosofía del Derecho que sostiene que el derecho "es un ser" y la teoría del Derecho

2/2020

sostiene que “es un deber ser”. Porque dentro de aquellos que sostienen que el Derecho es un ser, hay una pluralidad enorme de distintas y opuestas posturas, pues se afirma que es un ser de varios tipos que entre ellos difilmente parecen compatibles. Por ejemplo, tenemos lo que dice fundamentalmente Hans Kelsen para quien el Derecho es un *Sollen*. Pero ese *Sollen* según él es un deber ser *objetivo*, es decir, es un deber ser que es un ser. Tenemos también por ejemplo lo que afirma Karl Olivecrona, para quien el Derecho es una fuerza psicológica colectiva. Pero inmediatamente después llega el realista norteamericano, Oliver Wendell Holmes, y te dice, no, el Derecho es la decisión del juez. Llega alguien más y nos dice: no, te has equivocado, el Derecho fundamentalmente es la relación que hay entre sujetos que intercambian informaciones u objetos, o quien afirma, Bruno Leoni por ejemplo, que es una pretensión individual cuya validez equivale a su probabilidad de ser eficaz. Estamos hablando de teorías muy distintas, sin embargo todas dentro de una perspectiva más o menos relacionada al positivismo jurídico, donde lo que interesa es lo que *es*, no lo que *debe ser*. Pues bien, aquí hay un problema: incluso si yo asumo que el Derecho “es algo”, hay un gran número de opciones para elegir el “algo” en cuestión. Es decir, tengo que elegir entre Karl Olivecrona y Hans Kelsen, entre Bruno Leoni y Niklas Luhmann ¿A quién elijo? ¿Cómo elegimos nosotros lo que debe ser en el Derecho?-- me pregunta el Profesor Cerdio. Y yo le pregunto a él: ¿y cómo elegimos nosotros por lo que concierne al Derecho lo que es? Porque lo que es en el Derecho puede ser un lío, querido Jorge. Tú no ves el Derecho, no lo tocas. Al final lo que es el Derecho es una teoría una comprensión desde la práctica. Porque si no, ¿cómo lo verificas? ¿Haces un experimento empírico?

FRANCISCO M. MORA-SIFUENTES

Había prometido ceñir mi participación de esta mañana a la función de moderador. Sin embargo, aprovechando el hecho de que no hay intervenciones por parte de nuestra audiencia, me gustaría hacer un par de comentarios y una pregunta. Mi primer comentario es que yo nunca he identificado al profesor Massimo La Torre como un positivista jurídico sino todo lo contrario. Esto es, lo tengo por un crítico del positivismo jurídico o del paradigma iuspositivista. Y al decir esto, tengo que reconocer también que aquí el juego de las etiquetas resulta peligroso en la medida en que puede hacernos centrar en ellas, más que en las tesis defendidas. Me

parece que éste es en algún sentido el argumento del profesor Jorge CERDIO en la primera parte de su intervención. Si ello es así, entonces la utilidad que puede tener el libro que hoy presentamos se hace más evidente pues nos brinda una visión panorámica, muy completa, de lo que la filosofía del Derecho ha sido y es en la actualidad. Sobre todo, una visión no tan idiosincrática de la tradición anglosajona, como bien señaló la profesora Amalia AMAYA. En segundo lugar, me gustaría comentar un punto que, al final, estimo, sale siempre a relucir en los escritos del profesor LA TORRE. Me refiero a la relación entre Derecho y fuerza. En mi opinión, entender dicha relación resulta central para comprender su preferencia por determinada manera de teorizar el Derecho. La cuestión que parece emerger de dicha relación es cómo logramos un equilibrio entre la dimensión real y la dimensión ideal del Derecho -para decirlo en términos de Robert ALEXANDER-. En tal sentido, para mí es evidente que Massimo LA TORRE no es un idealista. Al menos no, cuando afirma que no debemos tener una visión hiper-idealizada del Derecho, porque, efectivamente, caeríamos en pura ideología. En definitiva: en la idea del "Derecho como fuerza" a mí no me queda muy claro si hay una única manera de entenderla o si pudiera abundar un poco en sus relaciones. ¿Por qué usted siempre ve en esa relación un punto crítico para las teorías del Derecho?

MASSIMO LA TORRE

El problema de la fuerza es fundamental dentro del Derecho. Todos sabemos que hay un elemento en el Derecho, algo, como digo siempre a mis estudiantes, que "corta". El Derecho puede cortar y, por tanto, debemos tener cuidado al momento de utilizarlo. Hay que usarlo bien porque de lo contrario puedes hacerte daño con el Derecho: te puedes cortar tú mismo, puedes desangrarte y desangrar a los demás. Eso es clarísimo: el Derecho tiene un punto importante de fuerza e incluso de violencia. Aquí se hace evidente todo el problema de la sanción. Sin embargo, una cosa es decir que hay sanción en el Derecho y otra cosa muy distinta es decir que la sanción es el corazón del Derecho. Éste es uno de los problemas teóricos más importantes: ¿debemos conceptualizar el Derecho paradigmáticamente como fuerza o no? Ahora, aquí entra en escena otro problema metodológico central y que es el siguiente. El Derecho, me parece, es lo que nosotros creemos que sea. Es decir, el Derecho no existe como cosa externa a nuestras prácticas. Más bien está en, o es, la práctica misma. Nuestras conductas, y

2/2020

nuestras conductas sociales se rigen según nuestras creencias, son nuestros modelos. Esto hace que la filosofía del Derecho tenga un rol fundamental en lo que el Derecho sea. Siempre digo que “el Derecho es su filosofía”. No es una cosa, no es un artefacto. El Derecho es ante todo una práctica que se construye según una conceptualización y la conceptualización que explicita la práctica se llama filosofía del Derecho. Es decir, la filosofía del Derecho es la práctica del Derecho conceptualizada y hecha explícita ¿Esto qué quiere decir? Hay aquí un círculo práctico, más que hermenéutico, es decir, la práctica del Derecho, el fenómeno, depende también de su “noúmeno”, de lo que nosotros pensamos que es el Derecho. Aquí me parece relevante nuevamente recordar a lo que sostienen el positivismo excluyente y Joseph RAZ.

RAZ no niega, cuidado, el positivismo excluyente no niega, la relación entre Derecho y moral. Ellos dicen: sí, hay una relación entre Derecho y moral, pero esa relación es *externa*. Así, se vincula con todo lo que decía antes el profesor CERDIO, esto es, tiene que ver con la relación entre razón teórica/razón práctica. Supongamos que soy piloto y que tengo que aterrizar un avión. ¿Qué tengo que hacer? Aquí hay una cuestión que involucra creencias, esto es, información de lo que es la realidad, y lo que tengo que hacer. Pero dentro de la aviación, la práctica de la aviación, de conducir un avión no es una práctica de carácter moral. La moral aquí no tiene un rol esencial. Por supuesto que el piloto tiene obligaciones morales, porque para conducir el aeroplano no tiene que beber alcohol, no tiene que drogarse, tiene que saber que tiene una responsabilidad enorme, tiene que ser consciente de que lo que hace tiene consecuencias importantes sobre la vida de la gente. Pero dentro de su conducta, de la conducta misma, de su trabajo, no hay una pretensión de justicia. El trabajo es una cosa, pilotear un avión es una cosa, y otra cosa distinta son sus consecuencias eventualmente morales. Así, tú puedes ser piloto y dirigirte a Japón, tirar la bomba atómica sobre Hiroshima y Nagasaki y matar a 300,000 inocentes. Esto lo puedes hacer como no lo puedes hacer. Pero dentro del ser piloto o “pilotear” un avión, la actividad no te dice nada sobre si tienes que ir a Hiroshima o no tienes que ir. La valoración moral de la práctica es distinta o, mejor dicho, *es externa a la práctica* misma de ser piloto. En el Derecho, es lo que dice Joseph RAZ, sucede lo mismo.

Con el Derecho tú puedes tener consecuencias morales. Claro, porque el Derecho tiene mucha relación con la moral, de tal forma que tú puedes tener consecuencias de cierto tipo o de otro tipo. Desde este punto de vista, tú puedes ser Roland FREISLER, Presidente del Tribunal Popular

(*Volksgerichtshof*) durante el régimen nazi, estos que mataron a los conjurados del 20 de julio. Era un verdadero verdugo, pero es un juez y bueno lo que hace para el positivista es Derecho. Las consecuencias morales en este caso son tremendas y, según RAZ, hay una relación clara con la moral, pero esa relación es externa a lo que el juez está haciendo con el Derecho. Yo sin embargo lo niego rotundamente. Lo que hace el juez no es igual a lo que lo que hace el piloto, ¿Por qué?, Porque en lo que hace el juez hay una pretensión interna de justicia, ¡interna! El juez *hace* justicia, *pretende hacer justicia*, hay una pretensión de hacerla. Ahora, por supuesto, esto no significa que siempre haga justicia. La pretensión se puede falsificar, por supuesto. No hay que confundir la pretensión de justicia con el hecho de que sea justa la actividad del juez. Pretende ser justa, pero se puede equivocar, puede ser errónea, puede pasar por alto cosas. Pero la pretensión de justicia existe, así, dentro del Derecho. Hay pues dentro del Derecho una conexión interna a la justicia. No es externa. El Derecho no es un cuchillo que te puede servir para matar o para cortar el *roast beef* que te comerás. Cortar el *roast beef* es una actividad moralmente neutra, pero utilizar el cuchillo para defenderte de un asesino es una actividad moral que ya no es neutra. La actividad moral puede ser moralmente neutra, moralmente positiva, moralmente negativa. Pero el Derecho no es así. En el Derecho todo lo que se hace tiene una pretensión de justicia, de moralidad interna. Ahora bien, esto determina muchísimo el problema de la fuerza. Me explico mejor.

Si yo digo que el juez, que el Derecho es fuerza o es violencia, ¿qué argumento puedo tener contra una realización del Derecho fuerte o violenta? ¿Qué argumento puedo usar? Es decir, *cómo pienso el Derecho tiene consecuencias morales*. Es por esta razón fundamental por la que yo creo que hay dos argumentos a favor de pensar el Derecho como algo que no tiene la fuerza en su corazón. El primer argumento es que no es verdad. No es verdad que la fuerza esté en el núcleo duro o central del Derecho. Hay argumentos ontológicos y de otro tipo para afirmarlo. No es verdad porque, de otra manera, no entenderíamos la distinción entre Derecho y el asalto del *gunman*, entre el juez y el delincuente. No quiero ser ingenuo al decir esto. Sé que algunas veces el juez puede ser un delincuente. Es verdad. O si queréis, puedo aceptar también que el 80% de las veces de las cuales lo jueces actúan, actúan como delincuentes. Muy bien, o muy mal, pero lo acepto. Sin embargo siempre dentro de la pretensión de justicia, de manera que ellos tendrán que actuar con una hipocresía tremenda y contradiciendo lo que dicen estar haciendo. Son delincuentes, muy bien o muy mal. Hay

2/2020

jueces que son delincuentes, pero ellos, pero su pretensión y su modelo no puede ser, no es el de delincuente. Es una alternativa al delincuente. Nosotros tenemos al Derecho como alternativa a la fuerza. La fuerza es algo que llega sólo después, cuando el Derecho en cierta medida tiene un problema. Cuando el Derecho se enfrenta con una fuerte resistencia entonces llega la fuerza como algo accesorio. Y claro que aquí hay fuerza, hay sanción, hay pena, muy bien o muy mal. Pero pensar que la pena, la sanción, la fuerza sean las cosas más importantes del Derecho y conceptualizarlo de esta manera me resulta ontológica y fenomenológicamente contradictorio. Sobre todo, me resulta moralmente inaceptable. Confieso que yo tengo esta teoría, porque tengo una precomprensión moral de lo que es el Derecho. Derivo mi concepto de Derecho de una teoría moral intuitiva.

Entiéndaseme bien. Tengo muchísima simpatía para lo que dice el profesor CERDIO en el sentido de que hay que tener bastante cuidado porque aquí nos movemos al margen de un precipicio, nos movemos al margen de un "*crinale*", como se dice en italiano. ¿Cuál es el precipicio? El precipicio es hacer ideología pura y dura para, al final, "*justificar*" *moralizando cosas tremendas*. Este es el problema de ciertas teorías del Derecho Natural. Creo que es lo que le pasa, por ejemplo, a John FINNIS. Al final, a pesar de su fineza intelectual, FINNIS es un ideólogo, más que un teórico del Derecho. Aquí ya entran otras cosas, pero puede decirse que, en este sentido, le estoy agradecido al positivista jurídico. Siempre escucho con atención las razones del positivista jurídico, las razones del profesor CERDIO, que me dice: "*cuidado debajo*", "*ahí estas al borde del precipicio*", "*no caigas en la tentación de hacer ideología*". Y efectivamente le doy razón en este punto. Por último, es mi deber señalar que para sostener lo que estoy diciendo, por supuesto, hay que desarrollar muchos argumentos, muchas tesis. Quizás yo no tengo la fuerza intelectual, no tengo la fuerza para poder hacerlo y simplemente propongo cosas de manera sugestiva. Tal vez. En cualquier caso, les reitero mi gratitud por este momento tan agradable de reflexión iusfilosófica. Gracias.