

EL IUSPOSITIVISMO POLÍTICO-IDEOLÓGICO DE UBERTO SCARPELLI Y LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO

THE POLITICAL-IDEOLOGICAL LEGAL POSITIVISM OF UBERTO SCARPELLI AND THE PRINCIPLES OF LAW

ADRIÁN RENTERÍA DÍAZ
Università degli studi dell'Insubria

Fecha de recepción: 26-6-18

Fecha de aceptación: 11-12-18

Resumen: Mi finalidad en este artículo es examinar las tesis de Uberto ScarPELLI acerca del iuspositivismo a la luz del debate acerca de la distinción de Dworkin entre reglas y principios. Como primer paso, reconstruyo el pensamiento de ScarPELLI en ¿Qué es el positivismo jurídico? y otros escritos, a partir de un análisis detallado del contexto histórico en el que se va formando, inmediatamente antes y después de la Segunda Guerra. Para ello, tomo en consideración, sobre todo, las conocidas tesis de Norberto Bobbio sobre el iuspositivismo, que constituyen –junto con las ideas de Herbert Hart– el núcleo central hacia donde se dirigen las críticas de ScarPELLI, y que le conducen a postular su tesis de un iuspositivismo político. Un iuspositivismo político que se presenta, ésta es la idea que sugiero, como un iuspositivismo ideológico extremo, es decir válido para dar cuenta no solo del ordenamiento de un Estado democrático y constitucional sino de cualquier ordenamiento, con cualquier contenido.

Abstract: My aim in this paper is to examine Uberto ScarPELLI's thesis about Legal Positivism in light of the debate about Dworkin's distinction between rules and principles. As a first step, I reconstruct ScarPELLI's thought in ¿Qué es el positivismo jurídico? and other writings, from a detailed analysis of the historical context in which it is being formed, immediately before and after the Second War. For this, I take into account, above all, the well-known Norberto Bobbio's theses on Legal Positivism, which constitute –together with the ideas of Herbert Hart– the central nucleus where ScarPELLI's criticisms are directed, and which lead him to postulate his thesis of a Political Legal Positivism. A Political Legal Positivism that is presented, this is the idea I suggest, as an

extreme Ideological Legal Positivism, that is, valid to account not only for the legal order of a democratic and constitutional State but for any legal order, with any content.

Palabras clave: iuspositivismo político, iuspositivismo ideológico, principios y reglas
 Keywords: political legal positivism, ideological legal positivism, principles and rules

1. *La cuestión.* Persigo aquí un objetivo muy sencillo: explorar el pensamiento de Uberto Scarpelli en *¿Qué es el positivismo jurídico?*¹ y un par de otros estudios suyos a la luz del debate actual acerca de la distinción reglas-principios. Este propósito se justifica, en mi parecer, porque la obra de Scarpelli podría arrojar una nueva luz en un contexto en donde el debate da la impresión de inclinarse excesivamente, casi monopolizando la agenda iusfilosófica², hacia la distinción entre reglas y principios que, a partir de Ronald Dworkin³, sobre todo a raíz de las obras de Robert Alexy⁴ y de sus epígonos más o menos críticos⁵. El debate al que ha dado lugar tal distin-

¹ Editorial Cajica, Puebla, 2001 (*Cos'è il positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965. De ahora en adelante ¿QPJ?). De sus ensayos utilizo sobre todo: "Dalla legge al codice dal codice ai principi", *Atti dell'Accademia delle Scienze di Torino*, núm. 1, 1987, pp. 13-20 (ahora en *Il positivismo giuridico contemporaneo. Un'antologia*, a cargo de A. SCHIAVELLO y V. VELLUZZI), Giappichelli, Turín, 2005, pp. 96-103; las citas provienen de esta fuente), e "Il positivismo giuridico rivisitato", *Rivista di filosofia*, núm. 3, 1989, pp. 461-475 (ahora en *Il positivismo giuridico contemporaneo. Un'antologia*, cit., pp. 104-113).

² Al respecto véase, entre otros, G. PINO, "I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica", *Diritto & Questioni Pubbliche*, núm. 11, 2012, pp. 75-110.

³ Cfr. R. DWORKIN, "The Model of Rules", *University of Chicago Law Review*, vol. 35, 1967, pp. 14-46. Trabajo después incorporado en *Taking Rights Seriously* (Harvard. P., Cambridge (Mass.), 1977. La versión castellana *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984 proviene de la edición de 1978.

⁴ Cfr. *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993 (trad. de E. Garzón Valdés, *Theorie der Grundrechte*, 1986); Id., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, C.E.C., Madrid 1991 (trad. de M. Atienza e Isabel Espejo, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 1978).

⁵ Al respecto Manuel Atienza constituye la referencia obligatoria: *Las razones del Derecho*, C.E.C., Madrid, 1991; *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, C.E.C., 1996; *El Derecho como Argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006; *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2012.

ción⁶ ha tomado dos direcciones, distintas aunque no contrastantes entre ellas. Una es la que siguió a las críticas de Dworkin a Hart, según las cuales los operadores jurídicos utilizan con frecuencia estándares resolutivos que no son reglas sino principios, no susceptibles de ser identificados mediante la regla de reconocimiento hartiana. Esta línea del debate es muy extensa, sobre todo en el contexto anglosajón; sobre ella haré referencias sólo marginalmente, sin que ello implique una subestimación de mi parte⁷. La otra dirección concierne de manera más específica la distinción reglas-principios y ha generado una extensa literatura sobre el concepto de ponderación y en general acerca de las teorías de la argumentación en el ámbito luso-hispanoamericano: a ésta dedicaré mi atención, consciente sin embargo que entre ambas líneas no existe una neta separación siendo que tienen un origen común en la propuesta dworkiniana.

Cuando Scarpelli publica *¿QPJ?*, en 1965, tiene 41 años de edad, en el pleno de una madurez intelectual que le lleva a alejarse definitivamente del ambiente cultural, en el que se había formado, dominado por el idealismo de Benedetto Croce y de Giovanni Gentile, una de las coperturas ideológicas del fascismo mussoliniano. Abandono, como recuerda Norberto Bobbio⁸, iniciado ya en su primera obra de amplio aliento, *Marxismo ed essistenzialismo* (1948), y que mediante la incorporación de corrientes como la teoría pura del derecho de Hans Kelsen y el análisis del lenguaje, le llevarán a la “creación”, con Bobbio, de la escuela italiana de filosofía del derecho de inspiración analítica⁹. *¿QPJ?* constituye un punto parcial de arribo en el pensamiento

⁶ Aunque en una de sus últimas obras se percibe un cierto rechazo hacia ella, como bien sostiene A. SCHIAVELLO (“Ronald Dworkin e il positivismo giuridico: un bilancio provvisorio”, *Rivista di filosofia del diritto*, núm. 1, 2014, pp. 19-40, p. 26), Dworkin admite que la distinción es discutible cuando: “la idea del derecho como un conjunto de estándares distintos, que podemos en línea de principio individuar y contar me parece una ficción escolástica” y en una nota al texto (*La giustizia in toga*, Laterza, Roma-Bari, 2010, pp. 285-286), “puedo haber contribuido a este error. En un ensayo anterior he sugerido que el derecho contiene no solo reglas sino también principios [...]. De cualquier modo me corregí rápidamente”. (trad. mía de la versión italiana, *La giustizia in toga*, Laterza, Roma-Bari, 2010, pp. 285-286, de R. DWORKIN, *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 2006. Hay trad. cast. de M. Iglesias e I. Ortiz de Urbina Gimeno, *La justicia con toga*, Marcial Pons, Barcelona, 2007).

⁷ Cfr. R. M. JIMÉNEZ CANO, *Una metateoría del positivismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2008. En inglés, véase al menos S. J. SHAPIRO, “The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed”, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=968657> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.968657>.

⁸ N. BOBBIO, “Ricordo di Uberto Scarpelli”, *Diritto e Cultura*, 1993, lug-dic, pp. 3-8.

⁹ Cfr. U. SCARPELLI, “La filosofía. La filosofía dell’etica. La filosofía del diritto di indirizzo analitico in Italia”, en Id., *Diritto e analisi del linguaggio* (Comunità, Milán, 1976, pp. 7-35).

de Scarpelli, después de un periplo a través del idealismo actualista y de su transformación en el existencialismo para llegar finalmente al puerto seguro del análisis del lenguaje y el empirismo lógico¹⁰, pero que le llevará aún más lejos, como se verá más adelante.

2. *Un iuspositivismo en crisis.* En 1965 también se publica *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* de Norberto Bobbio, en la misma casa editorial que hospeda el libro de Scarpelli. De poco antes es *The Concept of Law* de H. L. A. Hart¹¹, y de 1959 es *On Law and Justice* de Alf Ross¹². Además, en 1964, al interno de su conocido debate con Hart¹³, de Lon Fuller aparece *The Morality of Law*. Lo que tienen en común estas obras es que ven la luz en un momento del todo particular en la historia reciente –los años inmediatamente después de la segunda guerra mundial– y, además, que en ellos se observa de alguna manera la finalidad de arrojar luz acerca del significado de la expresión ‘positivismo jurídico’.

El nazi-fascismo en Alemania e Italia, y su corolario trágico, hicieron que retomara fuerza el interminable debate entre quienes sostenían que es derecho aquello que es establecido por una autoridad y quienes, al contrario, tenían la convicción de que más allá, en una posición superior, se encuentra el derecho natural, el derecho justo, universal e inmutable. Después de la guerra, después de Auschwitz¹⁴, era imposible prestar oídos sordos a las severas críticas que se dirigían al iuspositivismo, “culpable” de no haber creado instrumentos para distinguir la norma justa de la norma injusta¹⁵. Son bien conocidas, a este respecto, las severas críticas de Gustav Radbruch, con sus ya célebres palabras:

“El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por la promulgación y la fuerza tenga también preferencia cuando sea injusto en cuanto al con-

Sobre la escuela analítica italiana véase M. A. BARRÈRE UNZUETA, *La Escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*, Tecnos, Madrid, 1990.

¹⁰ Cfr. U. SCARPELLI, “Etica, linguaggio, ragione”, *Atti del XXV Congresso Nazionale di Filosofia*, Pavia, 1975. Societa Filosofica Italiana, vol 1, 133-157.

¹¹ Cfr. *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961 (trad. cast. de G. R. CARRIÓ, *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963).

¹² Stevens, Londres (orig. danés *Om ret og retfærdighed*, de 1953).

¹³ Cfr. *Harvard Law Review*, vol. 71.

¹⁴ Al respecto cfr. M. BARBERIS, “Il giusnaturalismo: tendenze e problemi attuali” en G. PINO – A. SCHIAVELLO – V. VILLA (coords.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Turín, 2013, pp. 21-31.

¹⁵ Y se habría limitado a distinguir la norma válida de la norma no válida.

*tenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan intolerable que la ley deba ceder como 'Derecho incorrecto'". "Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido incorrecto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no solo es Derecho incorrecto, sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica"*¹⁶.

La fórmula de Radbruch ha corrido con mucha fortuna no solo entre algunos autores con "simpatías" iusnaturalistas (o con "antipatías" iuspositivistas)¹⁷ sino además que en Alemania ha sido utilizada como instrumento resolutivo para afrontar cuestiones espinosas donde la frontera entre ley justa y ley injusta parecía ser intangible. Eso hizo el Tribunal Constitucional Federal, pero también la jurisdicción ordinaria, después de la caída del nacional-socialismo frente a "la necesidad imperiosa de la justicia alemana de justificar la urgencia absoluta de la declaración de nulidad de determinadas leyes y resoluciones judiciales nacionalsocialistas desde el punto de vista jurídico e iusfilosófico"¹⁸. Su fortuna, tanto práctica como teórica se funda en que aparece en un momen-

¹⁶ Cfr. G. RADBRUCH, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en *Süddeutsche Juristenzeitung*, núm. 1, 1946, pp. 105-108. Uso la traducción castellana que aparece en el ensayo "Ley y justicia en conflicto. La fórmula de Radbruch en la jurisprudencia del Tribunal constitucional federal" (de C. Bäcker, en http://www.fundacionmgimenezabad.es/images/Documentos/2015/20150324_epp_backer_c_es_o.pdf consultada el 20 mayo 2018); la versión publicada en Buenos Aires (G. RADBRUCH, G., *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962) no evidencia con claridad la contraposición entre la ley positiva y la ley moral.

¹⁷ Entre los primeros R. ALEXY, "Una defensa de la fórmula de Radbruch", en R. VIGO, (comp.) *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, La Ley, Buenos Aires, 2004, pp. 227 a 251. Id., *La natura del diritto: per una teoria non-positivistica*, E.S.I., Napoli, 2015. Entre los segundos Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, en "Dejemos atrás el positivismo jurídico", *Isonomía*, núm. 27, 2007, pp. 7-28. De Atienza, véase Cfr. M. ATIENZA, "Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista" <https://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf?noCache=1415618881091>; Id., "Tesis sobre Ferrajoli", *Doxa*, núm. 31, 2008; Id., "Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico", en L. FERRAJOLI-J. J. MORESO-M. ATIENZA, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008.

¹⁸ Cfr. B. SCHUMACHER, *Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel*, Univ.-Diss., Göttingen, 1985, pp. 69-102, y G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Giuffrè, Milano, 2001, § 6. Ambas obras citadas por C. BÄCKER, "Ley y justicia en conflicto...", cit. Sobre el pensamiento de Radbruch véase también B.H. BIX, "Radbruch's Formula and Conceptual Analysis", *American Journal of Jurisprudence*, núm. 56, vol. 1, 2011, pp. 45-57.

to, inmediatamente después de la guerra, en el que más abiertas están las heridas producidas en Europa por el nacional-socialismo alemán y el fascismo italiano, y sobre todo por el modo, irreprochable según la idea iuspositivista de la validez de la ley, en el que tomaron y ejercieron el poder. De aquí, entonces, que las severas críticas al iuspositivismo pudieran no parecer extravagantes, y pusieran en discusión la idea iuspositivista según la cual aunque el derecho y la moral tienen un común su pertenencia a la esfera normativa no por eso constituyen sub-esferas indistinguibles.

Se entiende así que por parte de algunos de los principales exponentes del iuspositivismo haya madurado de alguna manera la idea de una propuesta defensiva, a través de la cual se distingue esta corriente en varias componentes, para evitar así que se le considerara como un bloque único, una entidad compacta. Es precisamente lo que hacen Hart y Bobbio, y un poco menos Ross, pero sin “renegar” la tesis central, o sea que el derecho positivo, creado por una autoridad, constituye el objeto de estudio de una teoría que pretenda exclusivamente describir sus características distintivas. En *The Concept of Law*, pero de manera más decidida en “Positivism and the Separation of Law and Morals”¹⁹, Hart defiende la tesis de la separación entre derecho y moral de las críticas de parte de Radbruch; y lo hace desde una perspectiva analítica, tratando de evidenciar diferentes posturas iuspositivistas. Lo mismo hace Bobbio tanto en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* donde reúne una serie de ensayos ya publicados acerca de las relaciones entre estas dos corrientes de pensamiento, y también en *Il positivismo giuridico*²⁰.

A las tesis de Hart y Bobbio, sobre todo a las de este último, se dirigen las observaciones que encontramos en ¿QPJ?²¹, donde Scarpelli plasma ideas que ha venido desarrollando en el curso de los años²². De cualquier manera,

¹⁹ *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, 1958, pp. 593-629 (trad. cast. de G. Carrió, en H. L. A. HART, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962).

²⁰ *Lezioni di filosofia del diritto* (raccolte da N. Morra), Editrice cooperativa universitaria, Turín, 1961. De las tesis de Hart y Bobbio hago un resumen más adelante (Infra, pp. 12 y ss.)

²¹ A decir verdad Scarpelli se detiene brevemente también en el pensamiento de M. A. CATTANEO (*Il positivismo giuridico inglese - Hobbes, Bentham, Austin, Giuffè*, Milán, 1962), si bien, probablemente, en virtud de las simpatías de éste hacia el iusnaturalismo (y en virtud sobre todo porque su interés es examinar el concepto de iuspositivismo), no le dedica más que pocas páginas.

²² Subraya BOBBIO (“Ricordo di Uberto Scarpelli”, cit., p. 4), que ya en 1953 frente a la disyuntiva iusnaturalismo-iuspositivismo Scarpelli toma partido por el segundo, con la reseña crítica intitulada “Diritto naturale vigente” (*Occidente*, vol. IX, pp. 99-123) del libro homónimo (Editrice studium e Iustitia, Roma, 1951 a cargo dell’Unione giuristi cattolici italiani). Se deben

se puede afirmar que esta obra²³ recibió un fuerte impulso durante los trabajos que se desarrollaron en el seminario sobre el positivismo jurídico, la *Bellagio Conference on Legal Positivism*, que tuvo lugar en Bellaggio, cerca de Como en los días del 4 al 17 de septiembre 1960, organizado por Norberto Bobbio y Alessandro Passerin d'Entrèves con el patrocinio de la Rockefeller Foundation. Ahí se reúnen estudiosos que habrán de marcar el desarrollo sucesivo de la filosofía y de la teoría del derecho²⁴, y discuten con gran seriedad y rigor, en un ambiente caracterizado por la lealtad y la amistad sobre las relaciones entre derecho y moral, o sea, entre juspositivismo y jusnaturalismo.

3. *Llegando a ¿Qué es el positivismo jurídico?* Es en ese contexto en el que maduran y toman finalmente cuerpo las ideas que Scarpelli plasmará en *¿QPJ?* Una ojeada rápida a sus cuatro principales obras anteriores nos permitirá evidenciar un progresivo acercamiento de su parte a los temas que constituirán el núcleo central de *¿QPJ?* y de las temáticas que desarrollará en los últimos años de su vida. Con *Filosofía analítica e giurisprudenza* (1953) Scarpelli había realizado un resumen crítico de la discusión acerca de las relaciones entre ciencia jurídica y filosofía analítica, siguiendo y profundizando el artículo de Bobbio de 1950²⁵. Poco después, con *Il problema della definizione e il concetto di diritto* (1955), él se propone demostrar que no existe ni la definición ni el concepto de derecho, sino solamente la posibilidad de varias definiciones “de un concepto abstracto y empírico de derecho”²⁶. A través de una indagación realizada con los instrumentos de la semiótica preparados por autores como Morris, Carnap y C. L. Stevenson, Scarpelli propone una teoría analítica de la definición, dis-

recordar, en este sentido, *Filosofía analítica e giurisprudenza* (1953); *Il problema della definizione e il concetto di diritto* (1955); *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* (1959); *Filosofía analítica, norme e valori* (1962), y “Scienza del diritto e analisi del linguaggio” (1948), cuyo título después retomará Bobbio, en el ensayo considerado el manifiesto de la corriente iusfilosofica analítica italiana (*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, núm. 2, pp. 342-367).

²³ Lo reconoce el mismo Scarpelli en la Introducción.

²⁴ Entre ellos: Herbert Hart, Alf Ross, Renato Treves, Arduino Agnelli, Enrico di Robilant, Antonio Negri, Renzo Piovesan, Giovanni Bognetti, Mario Cattaneo, Giacomo Gavazzi, Richard A. Falck, Samuel. I. Shuman, además del mismo Scarpelli y los organizadores naturalmente. Una reseña detallada del evento se puede leer en R. A. FALK y S. I. SCHUMAN, “Bellagio Conference on Legal Positivism”, *J. Legal Education*, vol. 14, núm. 2, 1961, pp. 213-228.

²⁵ “Scienza del diritto e analisi del linguaggio”, cit. Véase N. BOBBIO, “Ricordo di Uberto Scarpelli”, cit., p. XLIV.

²⁶ Vid. p. 5 de la *Prefazione*.

tinguiendo entre la definición lexical y la definición estipulativa (y dentro de ésta la definición explicativa). Sucesivamente, con *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* (1959)²⁷, “sostenía la distinción entre el principio de significación y el principio de verificación de modo de superar la dificultad del no-significado del lenguaje normativo”.²⁸ Finalmente, con el ya mencionado *Filosofia analitica, norme e valori* (1962), Scarpelli continúa con sus «estudios de acentuado carácter técnico relativos principalmente al lenguaje normativo y valorativo», pero declara en la *Premessa* que lo hace “en perspectivas nuevas y con nuevas intenciones” tratando de poner en evidencia la “importancia del análisis filosófico del lenguaje en orden a fundamentales problemas de la vida moral, el horizonte, mundado y supramundano, donde los hombres tienen que elegir, la libertad y la responsabilidad, la fundación y la justificación de las normas y de los valores”.

La visión, si bien rápida y necesariamente sumaria, de las principales obras scarpellianas precedentes a *¿QPJ?* demuestra sin lugar a dudas un esquema lineal del pensamiento de nuestro autor, que lo ve, primero, preparar los instrumentos teórico-metodológicos generales y, después, configurar su concepción del derecho. Esta última obra, en efecto, puede ser considerada como la conclusión de un recorrido con vistas de la preparación y la “afinación” de un método de investigación; Scarpelli evidencia aquí su visión general juspositivista del derecho a la que llega con el uso del instrumental metodológico que había ido madurando desde 1953; pero esta obra puede ser además considerada, y con buenas razones, como una nueva plataforma de trabajo que le conduce, a través de un largo itinerario, a balancear sus investigaciones teórico-jurídicas con sus reflexiones en el campo de la filosofía moral, un terreno que la escuela analítica “original” había sido poco incline a explorar: me refiero a la filosofía moral, a la meta-ética, y en modo particular a la bioética²⁹.

En *¿QPJ?* Scarpelli persigue el objetivo de aportar un esclarecimiento en el debate de ese tiempo acerca del derecho y del método jurídico que evi-

²⁷ Publicado en las “Memorie dell’Accademia delle Scienze di Torino”, Serie III, tomo 5, pp. 1-153 (reimpr. del mismo título en 1985, Giuffrè, Milán, con una óptima introducción de Anna Pintore).

²⁸ Vid. N. BOBBIO, “Ricordo di Uberto Scarpelli”, cit., p. XLIII.

²⁹ Aquí es de rigor mencionar *L’etica senza verità* (Il Mulino, Bolonia, 1982) y el póstumo *Bioetica laica* (Dalai editore, Milán, 1998). Ambos volúmenes reúnen diversos artículos y notas. En el primero se delinea claramente el no-objetivismo (y el no-cognitivismo) scarpelliano por lo que concierne su meta-ética, mientras que en el segundo se afrontan, desde la perspectiva mencionada, diversas problemáticas surgidas en el ámbito de la bioética.

dencia su crisis³⁰. En el centro del debate, dice Scarpelli, está el iuspositivismo, que, sobrevivido al nazi-fascismo, refleja todavía la mentalidad y la técnica de los juristas pero recibe ataques por todos lados: del jusnaturalismo católico y laico, del marxismo, del empirismo y del realismo anglosajones. ¿Sabemos qué es este iuspositivismo, sujeto a fuertes exigencias de transformación social, en cuya defensa participan pocos filósofos del derecho liberales y laicos? ¿Sabemos acerca de qué se debate y se combate? ¿Sabemos qué se desea conservar de él y qué se pierda si se le rechaza?³¹ Frente a esta batalla jurídica, cultural e ideológica, en cuyo centro se encuentra el iuspositivismo, Scarpelli trata de realizar un examen crítico de la noción de positivismo jurídico, con la finalidad de hacer las cuentas con las reflexiones que le veían como una concepción del derecho al servicio de los intereses del Estado. Si la intención, como en realidad podríamos imaginar, era proponer elementos en favor del positivismo jurídico, a final de cuentas la investigación, conducida sin juicios preconcebidos, lleva a Scarpelli a colocarse en una posición del todo original, como veremos más adelante.

No es ésta la sede oportuna para seguir paso por paso el iuspositivismo así como lo plantearon Bobbio y Hart: sobre ambos existe una amplísima literatura de la que no se puede ni siquiera intentar seriamente aquí una reseña. Lo que sí se debe decir es que el primer objeto de polémica para Scarpelli consiste precisamente en el método que ellos han seguido en su intento por esclarecer el concepto de iuspositivismo, o sea dividiéndolo en varios elementos.

Los significados que Bobbio y Hart le atribuyen al positivismo jurídico, afirma Scarpelli, descomponen esta noción en varias partes, y haciendo ésto ellos van escogiendo unas y rechazando otras, sosteniendo una posición y abandonando otras.³² Esta tarea filosófico-crítica, de distinciones, construcciones y reconstrucciones, ha dado como resultado una descomposición del iuspositivismo en varias piezas, y Scarpelli se pregunta si ello es inevitable. Él mismo se responde, considerando, contrariamente a las estrategias de los autores en cuestión, que es posible una definición que restituya la unidad de pensamiento al concepto de positivismo jurídico. Y es así que, retomando algunos elementos relativos a la teoría de la definición, Scarpelli dirige su atención a la determina-

³⁰ Cfr. U. SCARPELLI, *¿QPJ?*, p. 45.

³¹ *Ibid.*, pp. 45-46.

³² U. SCARPELLI, *¿QPJ?*, cit., p. 68. En realidad Scarpelli examina también, aunque sin profundizarlo, el pensamiento de M. A. CATTANEO (*Il positivismo giuridico inglese...*, cit.).

ción de una definición explicativa del positivismo jurídico, que pueda unir en un todo unitario las “piezas” a las que habían conducido las reflexiones de Bobbio y Hart. La definición de positivismo jurídico que busca Scarpelli tiene las características de una definición explicativa no solo porque aspira a proponerse como instrumento refinado en la comunicación entre estudiosos, sino también porque trata de reunir en una sola las propuestas definitorias de los autores a quienes dedica su atención. Bobbio y Hart han colocado, según Scarpelli, el problema de la definición del positivismo jurídico en dos planos diferentes, en relación a los elementos en que le han distinguido. Uno es el plano factual, de una estricta descripción de posiciones de autores y de corrientes, donde se relevan los elementos que se pueden adscribir a unos y otros. El otro es el plano lógico, donde se trata de verificar cuáles son las relaciones posibles entre los diversos elementos; en tal sentido, en efecto, tanto Hart como Bobbio, sostienen que los elementos de sus tesis son interdependientes³³. Para nuestro autor, empero, ambos han descuidado otro plano, el plano teleológico. Para Scarpelli, en efecto, “las posiciones y las actitudes [los elementos distinguidos por Bobbio y Hart] están conectados en modo teleológico, en el sentido de que se forman y se transforman, se asocian y se separan, encuentran razones, justificaciones y funciones en el curso de una labor cultural a la que es posible señalar una dirección común, una intención o algunas intenciones dominantes, un valor o algunos valores-guía”.³⁴ Es a partir de este plano que Scarpelli sostiene como posible la tarea de identificar una definición unitaria, explicativo-crítica, que reúna las piezas en las que los autores mencionados han “descompuesto” el positivismo jurídico. Definición que, a su vez, puede tomar dos direcciones. La primera es aquella que toma en consideración el juspositivismo como una actividad científica y que tiende a la realización de una ciencia del derecho independiente de cualquier contaminación valorativa. Esta dirección corresponde al primer sentido de positivismo jurídico en la distinción de Bobbio. La segunda dirección, contrapuesta a la primera, puede denominarse, según Scarpelli, interpretación política del juspositivismo: “la interpretación que convierte el positivismo jurídico en algo que está en estrecho contacto con la formación y el desarrollo de un cierto tipo de organización política, la organización política que se suele llamar moderna”.³⁵

La propuesta de identificar una definición unitaria, contraria a aquellas que dividen el iuspositivismo en varios fragmentos, no solo es más útil des-

³³ U. SCARPELLI, *¿QPJ?*, cit., pp. 73-78.

³⁴ U. SCARPELLI, *¿QPJ?*, cit., p. 81.

³⁵ U. SCARPELLI, *¿QPJ?*, cit., p. 99.

de el punto de vista metodológico, sino que además, dado el sendero innovativo que toma, casi revolucionario con respecto a la que resulta del análisis realizado por Norberto Bobbio, lleva a final de cuentas al rechazo de un iuspositivismo visto como una actividad científica, y, de consecuencia, al abandonar la idea de que es posible pensar a la jurisprudencia como una ciencia inmune a cualquier contaminación valorativa: el iuspositivismo metodológico bobbiano. A tal interpretación científica del iuspositivismo Scarpelli opone su interpretación política.

Retomemos en modo sintético lo que sostienen Bobbio y Hart, agregando también, para comprender mejor el pensamiento de Scarpelli, a Cattaneo. Según Bobbio el iuspositivismo se puede distinguir, lo hemos visto, en tres elementos: (a) en primer término uno que corresponde a un iuspositivismo metodológico, que constituye un modo determinado de abocarse al estudio del derecho; (b) en segundo término, un iuspositivismo teórico a través del cual se evidencia una determinada teoría o concepción del derecho; (c) en tercer término, constituye una determinada ideología de la justicia. El primer elemento, el así llamado iuspositivismo metodológico se caracteriza por el hecho de aceptar una neta distinción, que no completa separación, entre derecho real y derecho ideal, entre el derecho como es y el derecho como debe ser, señalando que el jurista se debe interesar por el primero y no por el segundo. Característica de este aspecto es la actitud no-valorativa, es decir aquella según la cual para distinguir un precepto jurídico es suficiente considerar como criterio los hechos empíricamente verificables, que haya sido emanado, el precepto, por determinados órganos con determinados procedimientos.³⁶ En el segundo aspecto, se conecta el positivismo jurídico al complejo fenómeno de la formación del estado moderno a través de la monopolización del poder de producción jurídico-normativa. Se trata, como es fácil ver, de la identificación del juspositivismo con la teoría estatalista del derecho y la formación de un

³⁶ “O –agrega Bobbio– el que haya sido efectivamente seguida por un cierto período de tiempo por un determinado grupo de personas”. ¿Qué esta frase de Bobbio, casi siempre poco considerada, pueda considerarse una pequeña indicación del Bobbio empírico-realista que algunos estudiosos han identificado en sus últimos trabajos, después de haber tomado conciencia de la crisis del juspositivismo? A favor de esta interpretación del pensiero bobbiano, E. PATTARO, (“Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi”, cit., p. 480), M. JORI (*Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, cit., pp. 40, 60) y R. GUASTINI (“Norberto Bobbio teorico del diritto (III) 1966-1980”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1980, pp. 483-507, a p. 483); contra P. BORSELLINO, *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, Giuffrè, Milán, 1991, pp. 131-189, 178 y ss.

poder soberano capaz de aplicar la coacción. En tercer lugar, el juspositivismo como ideología “representa la creencia en determinados valores, y en base a esta creencia confiere al derecho como es, por el único hecho de que existe, un valor positivo, independientemente de cualquier consideración acerca de su correspondencia con un derecho ideal”.³⁷ Sigue, como consecuencia, que las disposiciones que forman el ordenamiento jurídico positivo deben ser obedidas *por sí mismas*, y no por el temor de las sanciones ya que expresan un deber moral interno o de conciencia.

Bobbio, como es conocido, se declara dispuesto a aceptar sin condiciones, y a reconocerse en, el primer sentido positivismo jurídico, es decir como actitud no-valorativa, científica, del derecho como es. Rechaza, por otro lado, el segundo aspecto, el juspositivismo como teoría, si se le atribuye el significado de “codicismo” o sea conectándole a una teoría de la interpretación mecánica de la ley; rechaza también el tercer aspecto, el juspositivismo como ideología, si mediante él se entiende la infatuación estatalista para la que el Estado es todo y el individuo nada. Aceptando, en todo caso, una versión moderada mediante la cual se considere el derecho como un medio y no como un fin en sí mismo.

Hart, por otra parte, identifica en el positivismo jurídico las siguientes cinco tesis: (a) el derecho está formado por órdenes emanadas por seres humanos; (b) no existe ninguna conexión necesaria entre el derecho y la moral, o entre el derecho como es y el derecho como debe ser; (c) el estudio del significado de los conceptos jurídicos debe realizarse distinguiéndolo de las investigaciones históricas acerca de los orígenes del derecho, de las indagaciones sociológicas sobre las relaciones entre el derecho y otros fenómenos sociales y de las valoraciones del derecho en términos morales o fines sociales; (d) el sistema jurídico es un conjunto lógico cerrado donde las decisiones pueden deducirse con medios lógicos a partir, exclusivamente, de normas predeterminadas; (e) los juicios morales no pueden establecerse, o defenderse racionalmente, de igual manera que los juicios de hecho. Como ya Bobbio, también Hart subraya que entre estas tesis no existe ninguna relación necesaria, siendo que es posible aceptar una tesis y rechazar las demás, formando varias combinaciones.³⁸

³⁷ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 110.

³⁸ H. L. A. HART, *The Concept of Law* (cito de la traducción italiana de M. A. CATTANEO, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Turín, 1965, p. 300) e Id., “Positivism and the Separation of Law and Morals” (en la traducción italiana de V. FROSINI, “Il positivismo e la separazione tra diritto e morale”, en H. L. A. HART, *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, Milán, 1964, pp. 105-166, a pp. 119-120 en las notas).

Cattaneo, por su parte, toma como punto de partida precisamente el análisis realizado por Hart, aceptándolo en sus líneas generales. Pero, si para Hart no existe ninguna relación necesaria entre los cinco significados de positivismo jurídico, para Cattaneo –en ésto consiste su aportación– sí se da una relación de necesidad entre (b) y una parte de (c); Cattaneo, en otras palabras, pone en discusión el significado de positivismo jurídico que mantiene distintos el derecho como es del derecho como debe ser, el derecho de la moral³⁹.

4. *Bobbio criticado por Scarpelli.* Scarpelli tiene de frente este panorama⁴⁰, y con él que hace las cuentas para proponer su propia perspectiva, concentrando su atención en las tesis de Bobbio, como ya se ha dicho, o sea a la dirección que éste asume para sostener la única forma de iuspositivismo a la que está dispuesto a adherir sin reservas, es decir aquella que considera el positivismo jurídico como una actividad científica y no valorativa: el iuspositivismo metodológico. Scarpelli somete a crítica esta dirección en el modo siguiente. Bien, dice Scarpelli, en la cultura moderna se han ido elaborando y realizando dos líneas fundamentales que conducen a dos modelos de ciencia: el modelo de las ciencias empíricas y el modelo de las ciencias abstractas.⁴¹ ¿En cuál de estos dos modelos cabe insertar a la “ciencia” jurídica? Una ciencia empírica se basa en construcciones teóricas formadas por datos observables, que se registran por medio de expresiones lingüísticas, y se desarrolla mediante la formulación de leyes generales que tratan de encuadrar y explicar los eventos observados, prever otros eventos, controlando las previsiones de las teorías y sus leyes: “la verdad característica de esta especie de ciencia es la verdad empírica”.⁴² Una ciencia abstracta, por su parte, nace a partir de postulados iniciales (verdades autoevidentes o convenciones) que, mediante reglas determinadas de formación y transformación, fijadas o estipuladas por aquellos postulados, se desarrollan en modo riguroso y

³⁹ M. A. CATTANEO, *Il positivismo giuridico inglese. Hobbes, Bentham, Austin, cit., passim.*

⁴⁰ Y que es sintetizado en manera particularmente clara en E. GARCÍA MÁYNEZ, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, Fontamara, México, 1993. (las tesis de Hart y Cattaneo en las pp. 42-44; las de Bobbio pp. 9-15 con un amplio comentario crítico en las páginas sucesivas).

⁴¹ U. SCARPELLI, *¿QPJ?*, cit., pp. 89-90. Aquí se puede ver clara la orientación neopositivista y empirista de Scarpelli.

⁴² *Ibid.*, p. 90.

coherente: “la verdad característica de este especie de ciencia es la verdad lógica”.⁴³ Una ciencia empírica del derecho, afirma Scarpelli, ya existe y tiene una fortuna notable y un grande futuro: la sociología del derecho. Esta disciplina jurídica, en efecto, consiste en una actividad de reconocimiento empírica, ya que estudia los eventos que forman parte de una definición del concepto de derecho, y mediante instrumentos teóricos y la formulación de leyes explicativas, trata de explicarlos y preverlos. Por otro lado, también existe ya una ciencia abstracta del derecho, aquella, señala Scarpelli, que “nos la dan, cuando y con los límites en que su discurso es riguroso y coherente, los jusnaturalistas, quienes consideran precisamente que es posible individualizar en el campo del derecho los principios jurídicos de los que se desprenda todo el discurso jurídico”⁴⁴.

Scarpelli tiene la firme convicción de que no es posible incluir a la ciencia jurídica ni en el modelo de las ciencias empíricas ni en el modelo de las ciencias abstractas, dado que su objeto de estudio y sus operaciones son peculiares. Por un lado, cuando toma como objeto de estudio el derecho positivo, al conjunto de normas emanadas por la voluntad humana, la ciencia jurídica se comporta como una ciencia empírica; solo que la ciencia jurídica no trabaja con ese material para encuadrarlo bajo leyes generales, ni tampoco trata de prever algún tipo de evento. El material, las normas del derecho positivo, que la ciencia jurídica toma como objeto de estudio, son vistas como un *quid unicum*, como un dato “absolutamente privilegiado, que se halla en un plano diverso del de los otros datos, y no en espera de que se le explique a través de su conexión con ellos. En realidad tiende a dar forma y a calificar los hechos, para servirles de guía o criterio de juicio; y la tarea que se nos propone en relación con ese dato privilegiado no es explicar y prever, sino –fundamentalmente– entender las normas que lo constituyen, a fin de derivar de ellas una orientación para la conducta y una pauta para juzgarla”⁴⁵. Del modo en que se desarrolla la ciencia jurídica en este sentido resulta fácil compararla ya no con las ciencias empíricas sino con la teología, y en modo particular con la teología moral, el ramo de la teología que estudia las normas de conducta establecidas por la voluntad divina. De manera que así como de frente al teólogo moral se encuentra un conjunto normas que descienden de una supre-

⁴³ Idem. (“una proposición se considera verdadera cuando es recabada en el sistema con procedimientos de formación y de transformación admitidos en el sistema mismo”).

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Ibid., p. 91.

ma voluntad, del mismo modo de frente al jurista positivista se encuentra un conjunto de normas análogo, con la única diferencia que aquí no descienden de una voluntad inmutable y eterna sino de la voluntad efímera y voluble de los hombres. “Dos palabras del legislador –afirma Scarpelli– o la caída de éste mandan en escombros, o por lo menos hacen inutilizables, enteras bibliotecas juspositivistas: extraña selección de su objeto, de verdad, la del positivismo jurídico, si la finalidad de la elección hubiese sido hacer posible una ciencia del derecho”.⁴⁶

Podría parecer, una vez que Scarpelli ha de alguna manera establecido los puntos anteriores, que de ciencia jurídica no es el caso de hablar; pero nuestro autor no se detiene aquí. Por el contrario, él sostiene que a pesar de todo podemos hablar de una ciencia del derecho si tomamos la noción de ciencia en su sentido amplio, según el cual es científico cualquier discurso que tienda a la precisión, al rigor y a la coherencia. En este sentido, en efecto, la ciencia jurídica es ciencia en cuanto que su espíritu científico se manifiesta en la interpretación y en la reconstrucción de sistemas de normas positivas; el jurista iuspositivista se esfuerza por pasar de lo incierto a lo cierto, de lo vago y de lo equívoco a lo unívoco y a lo preciso, produciendo al final un sistema reconstruido con rigor y coherencia donde las normas interpretadas pueden encontrarse con mayor facilidad. “La materia [de la ciencia jurídica] –afirma Scarpelli– es efímera, pero el aparato conceptual de los juristas las trasciende: si las normas y los sistemas de normas tomados como objeto de estudio se extinguen y son suplantados por otros, aquel aparato constituye la herencia que deja quien ha trabajado sobre ciertas normas a quien trabajará con las normas nuevas”.⁴⁷ De modo que aquello que parece verdaderamente científico del trabajo jurídico es la elaboración del aparato conceptual empleado para estudiar el derecho positivo, en su decurso histórico. Scarpelli, de esta manera, concluye en manera crítica acerca del carácter científico de la ciencia jurídica, considerando paradójica la situación que se configura, dado que este carácter científico se identifica de alguna manera con la comprensible preocupación del jurista juspositivista por encontrar o producir un aparato teórico que dure en el tiempo, que ha dado lugar a la búsqueda las formas de lo jurídico, a las estructuras: de ahí el paso al formalismo es muy corto, con todos los aspectos críticos que supone. Hasta aquí la crítica scarpelliana.

⁴⁶ Ibid., p. 92.

⁴⁷ Ibid., p. 93.

La segunda dirección hacia donde se puede mover una definición del juspositivismo que desee ser unitaria es la dirección del juspositivismo de naturaleza política, como ya se decía antes: se trata, para Scarpelli, de la interpretación que establece una estrecha conexión entre el positivismo jurídico y la formación y el desarrollo de un cierto tipo de organización política: el estado moderno. Este sentido del juspositivismo se puede encuadrar *grosso modo* en el segundo sentido de la clasificación de Bobbio, el positivismo jurídico como teoría; solo que mientras Bobbio considera la conexión en propósito como el resultado del hecho de que los juristas juspositivistas se encuentran de frente el derecho positivo moderno como un dato construido, para Scarpelli, por el contrario, la conexión consiste en el hecho de que “el positivismo jurídico, sus concepciones y los modos de operar determinados por ellas, han tenido, en las vicisitudes de la organización política del Estado moderno, una parte activa, han contribuido a realizarla y defenderla y han sido un momento o aspecto de dicha organización”.⁴⁸ Es ésta la absoluta novedad del pensamiento scarpelliano, que pone en entredicho la idea de Bobbio de un jurista juspositivista que de frente a la historia del nacimiento del estado moderno, a la monopolización por parte de éste de la coacción y de la fuerza, se comporta como un simple espectador que no interviene. En la interpretación política del juspositivismo de Scarpelli el carácter científico de la ciencia jurídica está en una relación de dependencia con el aspecto político; si el jurista positivista realiza una labor científica acerca del derecho positivo, y si se preocupa por comprenderlo y precisarlo para insertarlo en un sistema riguroso, realiza de esta manera una actividad que es funcional a la voluntad política que se ha manifestado mediante ese derecho positivo. Y es ésta, también, la dirección que ha de tomar una definición explicativa y crítica del juspositivismo para ser unitaria. Y es ésta la definición de positivismo jurídico que acepta Scarpelli, considerándola más oportuna y mejor fundada; el propósito de su libro, él nos dice abiertamente, “es precisamente sostener una interpretación política del positivismo jurídico y también sugerir la idea de que es en este terreno político, bajo ciertas condiciones, que se pueden aducir en favor del positivismo jurídico óptimos argumentos, los argumentos mejores”. “De cualquier manera –él agrega– es en este terreno,

⁴⁸ U. SCARPELLI, *¿Qué es el positivismo jurídico?*, cit., p. 99. (utilizo la traducción de García Máñez, *op. cit.*, pp. 53-54.

en mi juicio, donde el positivismo jurídico debe ser estudiado y donde puede ser considerado el problema de su acetación o su rechazo”.⁴⁹

Para entender mejor la interpretación política del positivismo jurídico que Scarpelli propone como definición unitaria se hace necesario evidenciar un nexo entre las ideas de éste con las de Hart. Dice Scarpelli, hemos dicho que de frente al jurista juspositivista el derecho positivo no se presenta como un simple hecho factual, sino como un dato privilegiado, que no debe ser simplemente examinado para prever estados de cosas; al contrario, de este dato privilegiado a él le interesa obtener una guía para la conducta y un criterio para juzgar esta conducta, cuando no corresponda a la guía. Tal tarea se puede comprender mejor pensando a la distinción que propone Hart entre el punto de vista *interno* y el punto de vista *externo* en relación a las normas de comportamiento.⁵⁰ No creo sea el caso de reproducir aquí las ideas de Hart al respecto, que Scarpelli examina en modo detallado. Basta decir, en efecto, que el punto de vista *interno* consiste no, como el punto de vista *externo*, en la *descripción* de las actitudes que consisten en comportarse o no comportarse según lo señalado por determinadas normas de conducta, sino, por el contrario, en la *asunción* y en la *actuación* del comportamiento indicado por tales normas, mediante la actividad de conocimiento de ellas, y en la crítica de los comportamientos de los demás cuando se desvíen de las normas. “La experiencia –sostiene Scarpelli–, los comportamientos, se ven ahora a través de una trama normativa que les atribuye valores o desvalores en función de su correspondencia o no con las mismas normas”.⁵¹ De manera que el punto de vista interno es la perspectiva mediante la cual se define el derecho, según la definición de juspositivismo político que propone Scarpelli. Como afirma García Máynez, exponiendo las ideas de Scarpelli, “dentro de esta dirección [del positivismo jurídico scarpelliano], tanto la práctica como la ciencia jurídica se desenvuelven sobre planos paralelos, que tienen en común ese punto de vista [interno] frente a las normas de derecho positivo: aquélla parte de la identificación de dichas normas y llega hasta su aplicación o imposición; ésta prepara al identificación y la aplicación o imposición que la práctica habrá de realizar”⁵².

⁴⁹ U. SCARPELLI, *¿Qué es el positivismo jurídico?*, cit., pp. 101-102.

⁵⁰ H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 68-70, 105-108, 120-122.

⁵¹ U. SCARPELLI, *¿Qué es el positivismo jurídico?*, cit., p. 108.

⁵² E. GARCÍA MÁYNEZ, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, cit., pp. 55-56.

Sin embargo, a pesar de todo, para Scarpelli existe una condición necesaria para que sea vistas las normas de derecho positivo desde el punto de observación interno: considerar también desde esta perspectiva los criterios regulativos del sistema, es decir los procedimientos que disciplinan el reconocimiento o el desconocimiento de una norma como parte del sistema mismo: en suma, su existencia dentro de, su pertenencia a, él. De manera que si una norma, examinada desde el punto de vista interno, satisface todos los criterios que regulan la pertenencia de una norma al sistema entonces se le podrá considerar como válida dentro de tal sistema. Es obvio, y Scarpelli lo reconoce abiertamente, que este concepto de validez se interta en la tradición jurídica que parte de Kelsen y se extiende a Hart y Ross.⁵³ Según la nota construcción a grados del orden jurídico propuesta por Kelsen, una norma es válida si su emanación ha seguido los criterios contenidos en la norma de rango superior, y ésta, a su vez, lo será si ha sido emanada según los criterios de otra de rango superior, y así sucesivamente. La cuestión problemática, como se sabe, reside en el hecho de que no se puede proceder al infinito, en una concatenación de la validez, siendo necesario detener el proceso. Kelsen propone la solución de la norma fundamental, cuya validez confiere validez a todas las normas que de ella descienden, mediante un proceso sucesivo de delegación de poderes, productivo de normas mediante criterios puramente formales, propios de un sistema dinámico como el derecho.⁵⁴ No me detengo aquí a exponer las críticas que suscita la noción kelseniana de norma fundamental, presupuesta y no positiva, cuya validez se debe dar por sentada *a priori* pero que confiere validez a todas las demás normas del sistema, siendo extremadamente conocidas por los juristas.⁵⁵ Es un hecho, de cualquier manera, que el análisis de las condiciones que hacen de una norma del sistema una norma válida, conducen necesariamente Scarpelli a la consideración, además, de las condiciones de “existencia” del sistema en su conjunto. En efecto, la cadena de la validez, sin detenernos a considerar el aspecto

⁵³ U. SCARPELLI, *¿Qué es el positivismo jurídico?*, cit., pp. 116 y ss.

⁵⁴ En los sistemas estáticos, como la moral, las normas del sistema descienden de la norma fundamental que se encuentra en la cúspide mediante un proceso meramente intelectual, y no de voluntad, de deducción lógica; están concatenadas con la norma fundamental a través de una relación material. *Vid.*, H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Verlag Franz Deuticke, Viena, 1960 (a pp. 219-222 de la traducción italiana *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Turín, 1966, reimpr. 1990).

⁵⁵ Me limito a señalar, en lengua italiana un crítica conducida con instrumentos particularmente adecuados. Cfr. R. AGO, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Giuffré, Milán, 1950, pp. 38 y ss.

problemático de la norma fundamental, implica la necesidad de detenerse a examinar las razones que determinan la aceptación de la norma fundamental, es decir, la aceptación del mismo sistema. Estas razones coinciden, según Scarpelli, con el principio de efectividad, mediante el cual se reconoce como efectivo un ordenamiento jurídico en relación a su realidad de hecho, a su existencia objetiva independientemente de las preferencias políticas individuales. Una definición del juspositivismo, como señala Scarpelli, llama en causa un concepto determinado de derecho. Y el juspositivismo político scarpelliano concibe el derecho “como un conjunto de normas emanadas por la voluntad humana, y asigna como tarea a la ciencia del derecho el estudio, y a la práctica del derecho la aplicación del derecho así entendido”⁵⁶.

5. *El iuspositivismo político de Scarpelli.* La concepción del positivismo jurídico en clave política, en los términos que se han visto, tiene algunas repercusiones en los modos en que el jurista, teórico y práctico, se acerca al fenómeno jurídico. Para comenzar, no hay duda de que el material de estudio que forma el punto de partida es el derecho positivo vigente en una realidad determinada: el de los modernos estados democráticos, donde el estado ha asumido el monopolio de las fuentes del derecho y de la aplicación y de la coacción. Hay que distinguir, sin embargo, entre las modalidades con las que nos acercamos al derecho. Una es la ciencia jurídica, o dogmática o jurisprudencia,⁵⁷ actividad que se concretiza en la sistematización y en el estudio que se realizan en vías de la aplicación del contenido normativo del derecho. Otra es la meta-ciencia jurídica, o meta-dogmática o meta-jurisprudencia, que tiene como objeto de estudio los discursos que se producen en el nivel de la ciencia jurídica. La novedad al respecto es que la reflexión de Scarpelli muestra como aquello que llamamos ciencia jurídica en realidad no es una ciencia, ya que sus actividades están impregnadas de juicios de valor y valoraciones éticas. El único sentido en que se podría considerar científica una operación de este tipo tendría que ver con un significado lato de ciencia, donde el rigor y la coherencia fuesen los caracteres determinantes. Si no es ciencia, ¿es cuando menos a-valorativa, neutral? Lo es –dice Scarpelli– pero sólo una vez que haya aceptado como suyo el material de indagación –el de-

⁵⁶ U. SCARPELLI, *¿QPJ?*, cit., p. 167.

⁵⁷ No se le debe confundir con el conjunto de sentencias judiciales pronunciadas en las sedes jurisdiccionales.

recho positivo— mediante una opción valorativa: de hecho una vez que se ha aceptado, desde el punto de vista interno, el derecho positivo.

La meta-ciencia jurídica, por su parte, o consiste simplemente en una mera actividad cognoscitivo-descriptiva, y entonces se limita a registrar las operaciones que se efectúan en el nivel de la ciencia jurídica, o bien, por el contrario, asume características de actividad normativa, prescriptiva, indicando caminos y senderos a la ciencia jurídica. Cuando se interpreta una norma jurídica se realiza un trabajo típico de la ciencia jurídica; cuando se describe esa interpretación o cuando se dice cómo se debe interpretar se realiza una labor característica de la meta-ciencia jurídica. En qué medida la ciencia jurídica y la meta-ciencia jurídica sean neutrales y a-valorativas es una cuestión bastante compleja, en efecto; por un lado, una vez que se acepta, mediante un juicio valorativo, el sistema de derecho positivo, en la tesis de Scarpelli, parecería no existir la posibilidad de ningún otro juicio valorativo *dentro* del sistema. Pero, ¿es así? En realidad, la complejidad emerge con fuerza no apenas pensamos en el modo en que interactúan ciencia y meta-ciencia jurídicas. Si ésta puede ser o descriptiva o normativa ello significa, de alguna manera, que aquélla puede tomar direcciones diferentes de las que debería, una vez aceptado con un juicio político el sistema. Una vez colocados los cimientos del “edificio” jurídico no es posible, según Scarpelli, someter a juicio ninguna de las partes, so pena de ver derrumbarse toda la construcción que con fatiga se ha erigido.

El “edificio”, el sistema jurídico, se fundamenta, en tanto resultado de un juicio valorativo, en un juicio político en favor del estado moderno, en la aceptación de determinados valores. Los valores que Scarpelli pone a la base de su defensa política del positivismo jurídico son, repitiendo, los que han permitido la formación del estado moderno. Y, entre ellos, en modo particular, los de la integración democrática del positivismo jurídico, en los procedimientos democráticos de formación de las leyes o de formación de los órganos legislativos, en su integración constitucionalista, en la distinción entre leyes constitucionales, donde se fijan los principios del derecho y leyes ordinarias, en la previsión de mecanismos de cautela para la modificación constitucional y en garantías precisas para asegurar el respeto de las normas constitucionales por parte del legislador ordinario. Aceptados estos valores a través de una opción de valor, dice Scarpelli, expulsamos los juicios de valor internos al sistema.

La originalidad de la defensa del iuspositivismo político realizada por Scarpelli conlleva algunas consecuencias, que tal vez han determinado su

-relativamente- poca discusión crítica. Entre los teóricos del derecho aún cercanos a la tradición analítica porque una consecuencia de las tesis de Scarpelli puede “declarar la muerte” del positivismo jurídico en la acepción clásica. Y entre los juristas positivos porque la defensa política de Scarpelli, del carácter cognoscitivo de la ciencia jurídica les parece peor que cualquier otro ataque: es una teoría que mina las bases de una pretendida objetividad tanto del derecho como de la actividad de quien lo estudia y, sobre todo, lo aplica⁵⁸. No era, y no es sencillo, en efecto, asumir plenamente la posición scarpelliana, ni desde el punto de vista teórico ni desde el punto de vista práctico, ya que hacerlo implica abandonar los lugares en los que los juristas se sienten seguros, protegidos frente a toda elemento que les haga ver que su actividad no tiene nada de científico y sí mucho de político.

Me parece que el mismo pensamiento de Scarpelli, posterior a *¿Què es el positivismo jurídico?*, se vió notablemente influenciado por los resultados a los que llega en este libro. A Scarpelli, no podía escapar la percepción de que la conjunción en la filosofía analítica de los presupuestos empiristas del neopositivismo y del normativismo kelseniano conducían a una crisis del positivismo jurídico⁵⁹, y de consecuencia a la necesidad de abrir a la teoría del derecho, y también a la filosofía del derecho por supuesto, espacios a los que no habría podido llegar si hubiera permanecido dentro de las rígidas fronteras formalistas decimonónicas. Quien inmediatamente se dió cuenta de la crisis fue Norberto Bobbio, quien en un seminario donde se discutían sus tesis y las de Scarpelli, afirma que es paradójico el resultado al que han llegado, ya que habiendo sido convocados para declarar la muerte del jusnaturalismo en realidad han establecido, o al menos es lo que él reconoce, la crisis del juspositivismo: “doy acta -dice Bobbio- que el positivismo jurídico se encuentra en crisis no solo como ideología y como teoría, [...] sino también como modo de aproximarse al estudio del derecho”.⁶⁰ Scarpelli, en esa misma sede reitera su adhesión a su versión política del positivismo jurídico, en los términos que aquí hemos visto. Bobbio, tomando conciencia en manera profunda de la crisis comienza en esos años su conversión de una meta-ciencia jurídica de carácter descriptivo a una de naturaleza prescriptiva, y de un modo esencialmente

⁵⁸ Cfr. M. JORI, “Uberto Scarpelli e il giuspositivismo”, páginas introductivas a U. SCARPELLI, *¿QPJ?*, cit., pp. 23-43, p. 25.

⁵⁹ A este propósito E. PATTARO, “Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi”, cit., p. 483.

⁶⁰ El encuentro era la *Tavola rotonda sul positivismo giuridico (Pavia, 2 maggio 1966)*, Cuadernos de la Revista *Il politico*, 1, 1967, “Intervento di Norberto Bobbio”, p. 73.

estructural de entender y estudiar el fenómeno jurídico a un método de análisis funcional del derecho;⁶¹ recorrido que, como se sabe, se concluye en modo ideal con el cambio de cátedra de filosofía del derecho a la de filosofía política en los primeros años 70. Casuales o no, estas conversiones, si es posible llamarles así, indican cuando menos la insatisfacción de Bobbio en relación a una teoría del derecho alejada de la teoría política. En Scarpelli, por el contrario, no se asiste a una conversión explícita, a una abjura abierta de su iuspositivismo político. Es extremadamente significativo, sin embargo, que *¿QPJ?* haya sido su última obra orgánica, de “amplio aliento” como se suele decir⁶².

A partir de 1965, en efecto, Scarpelli inicia –o más bien profundiza con mayor vigor– temas e inquietudes que parecen más cercanas al campo de la filosofía moral y/o a la filosofía política. No pudo, por obvias cuestiones de salud, terminar su teoría general del derecho, empresa que ocupó su mente por muchos años⁶³. No deseo afirmar, lo digo claramente, que se haya dedicado en modo exclusivo a campos que excluían su empeño jurídico; por el contrario, basta leer sus últimos escritos para ver en ellos el espíritu de quien se ha formado culturalmente en un ambiente de juristas. No deja de sorprender, sin embargo, lo que afirma en 1986 cuando dando acto de la presencia irreductible de los principios en el derecho, a partir de los trabajos de Dworkin, se declara dispuesto a dar la mano a los jusnaturalistas a quienes en tiempos pasados la había negado⁶⁴. ¿Todo ello nos indica la presencia en el pensamien-

⁶¹ Vid. U. SCARPELLI, “La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato”, en Id., (coord.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Comunità, Milán, 1983, pp. 281-340, pp. 281-82. Un sugerente examen rico del Bobbio funcionalista lo realiza P. BORSELLINO, *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, cit., pp. 191-244. Más que “vuelta” del pensamiento bobbiano, Borsellino identifica una profundización de los últimos trabajos de KELSEN (sobre todo en la segunda edición, 1960, de la *Reine Rechtslehre* y en la póstuma *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979) donde parecen encontrarse algunos gérmenes de este método) uno de los autores donde Bobbio encuentra las bases de su teoría general del derecho.

⁶² Al menos en relación a temas de teoría general del derecho, y exceptuando el pequeño volumen dedicado al pensamiento hobbesiano intitulado *Thomas Hobbes. Linguaggio e leggi naturali. Il tempo e la pena*, Giuffrè, Milán, 1981. Desde los primeros años de los 80 –pero posiblemente aún desde más atrás– Scarpelli estaba dedicado a un trabajo que hubiera debido ser su monumental teoría general del derecho; la enfermedad que lo habría de llevar prematuramente a la desaparición, sin embargo, no le permitió terminarla, si bien disponemos del programa de ella en “La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato”.

⁶³ Y de la que, como ya se dijo, dejó constancia en su “La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato”, cit.

⁶⁴ Cfr. “Dalla legge al codice dal codice ai principi”, cit., p. 100.

to de Scarpelli de algunas tendencias que lo alejaban del iuspositivismo? ¿su iuspositivismo político? En mi parecer, en ausencia de datos incontrovertibles, la respuesta es bastante incierta. Un serio estudioso del pensamiento scarpelliano como Jori, por ejemplo, quien fué alumno de Scarpelli, probablemente daría una respuesta negativa al respecto. Jori reconoce que Scarpelli, en un ensayo tardío⁶⁵ considera positivamente –si bien con reservas y limitado a un Tribunal constitucional– el valor del precedente producido en sede jurisprudencial; sin embargo, para Jori, el cuadro general juspositivista no se modifica en la sustancia⁶⁶. En mi juicio, y con las debidas cautelas, es posible notar en el Scarpelli posterior al 1965 una suerte de “incomodidad” intelectual, resultado de la toma de conciencia de la posibilidad de la ciencia jurídica de configurarse no solamente como actividad meramente declarativa, eximida de todo juicio de valor, sino también, y quizá sobre todo, como actividad normativa que no agota su función valorativa en la (meta)opción por el derecho positivo que la funda. Yo creo, que lo que Scarpelli escribió en los últimos años de su vida y, particularmente, lo que no escribió, generan de algún modo la idea de un Scarpelli que está dispuesto a aceptar que las operaciones que se realizan en nivel de la ciencia jurídica pueden, en determinadas ocasiones, tomar una clara dirección valorativa, sometiendo a consideraciones de valor el producto de la legislación. ¿En base a cuál valor, probablemente, Scarpelli estaría dispuesto a admitir el juicio sobre las normas producidas por el legislador? La respuesta la da el mismo Scarpelli: los valores implícitos en el estado democrático moderno, en el estado constitucional de derecho, en la separación de poderes, en el constitucionalismo rígido que substraer a las mayorías de turno la legislación que concierne los derechos de las personas, en la distinción entre norma constitucional y ley ordinaria. Si los valores representados en estas ideas, patrimonio del constitucionalismo moderno, no se reflejan en la actividad legislativa, ni, consecuentemente, en la interpretación y aplicación del derecho, entonces se justificaría un juicio valorativo de naturaleza político-normativa de la ciencia jurídica, que indicase –a quien corresponda: el legislador sobre todo– el sendero a seguir para obtener la armonía entre los juicios de valor que fundan el derecho positivo y el juicio particular que se genera dentro de éste. No se trata, entonces, de cualquier opción, de cualquier juicio, acerca del derecho positivo, sino –por el contrario– de una buena opción⁶⁷.

⁶⁵ Se trata de “Il positivismo giuridico rivisitato”, cit.

⁶⁶ M. JORI, “Uberto Scarpelli e il giuspositivismo”, cit., pp. 41-42.

⁶⁷ Al respecto véase también A. PINTORE, “Il divisionismo di Scarpelli”, en M. JORI – L. GIANFORMAGGIO (eds.), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, Milán, 1997, pp. 743-757, es-

¿Cómo evitar pensar, una vez llegados a este punto, al nexo que parece unir el iuspositivismo scarpelliano con la discusión, y con los resultados de ésta, acerca de la distinción de las normas en reglas y principios, hecha popular a partir de la publicación de *Taking Right Seriously*? ¿Cómo no notar de alguna manera la cercanía entre los valores del estado democrático constitucional que Scarpelli tiene en mente y la idea de Robert Alexy que al derecho le es inmanente una pretensión de corrección moral de justicia, cuya función corre a cargo de los principios⁶⁸? No voy absolutamente aquí a examinar en sus detalles el recorrido a través del cual Alexy llega a estas consideraciones, que son ampliamente conocidas. Lo que sí me interesa es tratar de evidenciar el nexo que, me parece, existe entre ellas y el iuspositivismo scarpelliano y, de pasada, subrayar el hecho, para mi irrefutable, que una difusión más amplia, fuera de los estrechos límites de (pocos) estudiosos de lengua italiana y (aún menos) estudiosos de lengua española y portuguesa, hubiera sin duda sido útil en relación no solo al debate pos-hartiano –conducido sobre todo por estudiosos anglosajones– sino también por lo que concierne las teorías de la argumentación (en primer lugar la del mismo Alexy).

6. *La crisis del iuspositivismo: de la política a la ideología.* Hemos visto que las posiciones asumidas por Scarpelli conducen a Norberto Bobbio a constatar que la insostenibilidad teórica del iuspositivismo no solo en sus versiones teórica e ideológica sino inclusive en la versión a la que él (Bobbio) había declarado su total adhesión, el iuspositivismo metodológico. El iuspositivismo político scarpelliano, según Bobbio, termina por evidenciar que a final de cuentas toda la labor del jurista positivista está impregnada –determinada se podría decir– por una opción política de fondo, una opción en favor de la norma fundamental del ordenamiento jurídico. Y así, según Bobbio, se hace necesario poner en duda la estructura central del iuspositivismo, o sea la idea de que es posible conocer de manera neutral, priva de “contaminaciones” valorativas, el material normativo producido por los órganos competentes. Eso es posible, diría Scarpelli, solamente si de manera previa

pec. p. 752, quien reconstruye en forma por demás clara las facetas del pensamiento de Scarpelli, introduciendo una síntesis entre sus ideas ético-filosóficas y jurídicas.

⁶⁸ Los trabajos en los que Alexy presente su concepción del derecho en este sentido son muchos. Emblemático R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho* (trad. de J. Malem) Gedisa, Barcelona, 2008 (Orig. alemán *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992).

se ha asumido un juicio de valor acerca del ordenamiento jurídico. En otras palabras, solamente si se asume como propio, mediante un juicio de valor (del que se puede ser conscientes o no) el conjunto de valores que conforman un orden jurídico –para Scarpelli el orden jurídico del Estado democrático constitucional– podemos “cerrar los ojos” frente a la ley para prescindir de cualquier juicio de valor acerca de ella.

Acerca de la palabra ‘principios’, y aún sin considerar el uso quizá exagerado que de ella se ha hecho en los últimos decenios, hay más que buenas razones para sostener que Scarpelli nutre una profunda desconfianza: “cuando se habla de principios del derecho de inmediato los iusnaturalistas piden que se les paguen derechos”, sostuvo en una de las pocas ocasiones en las que la utiliza⁶⁹. En *¿QPJ?* la palabra ‘principios’ brilla por su ausencia, si la entendemos como hoy se hace habitualmente; pocas veces la usa, en efecto⁷⁰, y siempre para referirse a “los valores, las opciones, los programas y las prescripciones de comportamiento que, expresados de cierto modo, pueden, bajo ciertas condiciones, imputarse a la sociedad entera, pueden considerarse como la voluntad general de la sociedad políticamente organizada”⁷¹. No se trata ya, para Scarpelli, de una concepción de la voluntad política “como la voluntad del contenido de las normas, por parte de uno o varios individuos que detentan y ejerzan un poder soberano en la sociedad”⁷²; en esta idea, en efecto, él identifica las características del iuspositivismo ideológico del que habla Bobbio en su versión extremista, o sea en la obediencia incondicionada a cualquier contenido que provenga de una autoridad normativa. Su orientación, es otra: un ordenamiento jurídico, en cuanto tal objeto de estudio del iuspositivismo scarpelliano, es un sistema cuyas normas estructurales deter-

⁶⁹ Cfr. “Dalla legge al codice, dal codice ai principi”, cit., p. 100 (traducción mía). Pero véase también Idem, “Un modello di ragione giuridica: il diritto naturale razionale”, en C. FARALLI e E. PATTARO (eds.), *Reason in Law. Proceedings of the Conference Held in Bologna 12-15 december 1984*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 247-262. Aquí Scarpelli aborda en modo más articulado el tema de los principios, a la luz de un modelo de derecho natural racional, al que rechaza por considerar poco plausibles los postulados sobre los que se funda: la existencia de los principios, susceptibles de ser conocidos intuitivamente, y la posibilidad de utilizarlos en forma deductiva para derivar normas en un ordenamiento. Un panorama más completo al respecto se puede ver en F. MORALES LUNA, *La filosofía del derecho de Uberto Scarpelli. Análisis del lenguaje normativo y positivismo jurídico*, Dyckinson, Madrid, 2014.

⁷⁰ Siguiendo a Alexy, por ejemplo, como mandatos de optimización, realizables cuando se den las condiciones, empíricas y legales.

⁷¹ Cfr. *¿QPJ?*, cit., p. 210.

⁷² Idem.

minan las modalidades mediante las cuales los valores, las opciones, los programas y las prescripciones que toman forma como derecho positivo han de ser consideradas como expresión de la voluntad general de manera tal que puedan constituir la voluntad política de una sociedad:

“la aceptación del principio fundamental de un sistema de derecho positivo implica ante todo la aceptación de ciertos procedimientos de formación y ciertas condiciones de reconocimiento de la voluntad política. De acuerdo con la concepción propia del positivismo jurídico, constituye una característica fundamental de un sistema de derecho positivo el hecho de que la voluntad política se manifieste en los niveles más elevados del sistema en forma de normas generales y abstractas. Podemos, entonces, afirmar que de acuerdo con la concepción del derecho que hemos puesto en evidencia, el positivismo jurídico toma partido a favor de una técnica particular de formación y expresión de la voluntad política: aquella técnica en virtud de la cual la voluntad política se forma mediante procedimientos regulados por normas jurídicas positivas de índole estructural y se expresa a través de normas generales y abstractas”⁷³.

Que para Scarpelli los principios consistan en el contenido, cualquier que sea, de los valores y opciones característicos de un ordenamiento jurídico, es aún más claro si consideramos la siguiente observación:

*“La definición iuspositivista del concepto de derecho orienta la ciencia y la práctica del derecho –una ciencia y una práctica del derecho que actúan desde un punto de vista interno– a ponerse al servicio del derecho positivo como sistema de normas establecidas mediante actos de voluntad emanados por seres humanos, al servicio de la voluntad política que se plasma en el derecho positivo. Esta orientación política general se especificará posteriormente a través de la **aceptación del principio fundamental del sistema derecho positivo de que se trate**, dentro del cual, caso por caso, la ciencia y la práctica del derecho de orientación iuspositivista procederán a sus juicios de valor y cumplirán sus operaciones”⁷⁴.*

El iuspositivismo scarpelliano dista mucho de presentarse como una concepción ingenua y simplista, es decir como si fuera el reflejo exclusivo de la adhesión de su autor por el Estado democrático y constitucional. Es ésta, en efecto, una posible clave de lectura de ¿QPJ? Pero es una clave de lectura parcial, que se funda en la declaración personal de Scarpelli por la opción iuspositivista acorde con el contexto específico de Italia, y de otros países, en la posguerra. Es evidente que si el iuspositivismo político estuviera circunscrito a un contexto específico sería una propuesta con escasa capacidad heurística. El iuspositivismo político, es del todo obvio, es mucho

⁷³ Idem.

⁷⁴ Ibidem, pp. 209-210. El subrayado es mío.

más que una propuesta teórica idónea para reflejar los ordenamientos jurídicos democrático y rígidos así como se conformaron después de la segunda guerra mundial; es una propuesta teórica, al contrario, que trata de dar cuenta de cualquier sistema de derecho positivo y no sólo de los sistemas de derecho positivo democrático-constitucionales. El papel que Scarpelli asigna a los principios, sin ignorar por supuesto que otra cosa son las reglas (para usar el léxico dworkiniano-alexiano), es entonces el de guiar la producción normativa, el de colocarse en el ápice de un ordenamiento jurídico y desde ahí, a través de determinados procedimientos establecidos, concretizarse, precisamente, en las reglas (normas) que habrán de guiar la conducta de las personas.

Será más adelante, en trabajos “menores”, cuando Scarpelli examinará con mayor detenimiento los principios. En el ensayo “*Gli orizzonti della giustificazione*”⁷⁵ es clara su posición acerca del modo de proceder en cualquier esfera normativa (la ética, la política y el derecho). Aunque el trabajo tiene como objetivo principal confutar las pretensiones de fundar los juicios de valor en metafísicas axiológicas⁷⁶, se le puede considerar también a la luz de su idea acerca de los principios. En extrema síntesis, según Scarpelli, los juicios de valor, y entre ellos quizá podríamos incluir las operaciones realizadas por los juristas teóricos y prácticos, no son susceptibles de ser demostrados sino solamente de ser argumentados racionalmente. En una cadena argumentativa un juicio de valor se funda en otro jerárquicamente superior, hasta que no se llega a un juicio de valor que no puede ser fundado (y justificado) en otra cosa que no sea una opción de carácter subjetivo, que, sin embargo, no necesariamente conduce a la irracionalidad. En otro trabajo, ya mencionado⁷⁷, Scarpelli aborda con apenas un poco más de profundidad la cuestión de los principios. Y lo hace dándose cuenta del estado actual de cosas por cuanto concierne uno de los elementos clave del concepto de derecho presente en su iuspositivismo. Me refiero a lo que él llama la crisis de la ley, que se expresa a través de códigos, de modo tal que no queda otra opción que abandonar tanto la fe iluminista en un lenguaje sincero y simple como también “la fe codicista de un lenguaje aristotélicamente articulado”⁷⁸. En este

⁷⁵ En: L. GIANFORMAGGIO - E. LECALDANO (coords.), *Etica e diritto. Le vie dell'argomentazione razionale*, Laterza, Roma-Bari, 1986, pp. 3-41.

⁷⁶ En modo particular sus críticas se dirigen a S. COTTA (*Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Giuffrè, Milán, 1982).

⁷⁷ “Dalla legge al codice dal codice ai principi”, cit.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 99.

ensayo a Scarpelli constata la crisis del movimiento surgido con las codificaciones racionalizadoras, a partir de 1804 en Francia, debido al desorden en las fuentes de derecho, la generalización de la tendencia a legislar mediante normas generales y abstractas; lo que ha terminado por producir “el venir a menos de la centralidad de los códigos, la siempre mayor importancia de las leyes especiales, la formación de micro-sistemas normativos lógicamente autónomos, el multiplicarse de leyes y leyecitas de contenido concreto y contingente, la abundancia de disposiciones que con frecuencia son modificadas antes de entrar en vigor, etc.”⁷⁹.

7. *Scarpelli y los principios del derecho: hacia un derecho de los jueces.* A tal crisis, afirma Scarpelli, se le suele buscar una salida indicando el derecho jurisprudencial, el derecho de los jueces; y aquí él recuerda que en Italia, a mediados de los años ‘70 del siglo pasado, se vivió una experiencia que en algún sentido se relaciona con ella, la idea de utilizar la jurisdicción no como la instancia en la cual se interpreta y se aplica la ley sino como el lugar en donde se resuelve el conflicto social mediante el uso del derecho cual instrumento emancipador, de justicia social⁸⁰. De esta vía, dice Scarpelli, ya ha hecho justicia el tiempo. De mayor importancia teórica, y porque tiene que ver con su iuspositivismo, es otro sendero, otra vía para salir de la crisis: aquella que pone en un plano privilegiado los principios del derecho. Aparece aquí quizá una de las pocas ocasiones en las que Scarpelli menciona a Ronald Dworkin⁸¹, indicándolo como uno de los exponentes de una iusfilosofía laica que, sin caer en una fundamentación objetiva de matriz iusnaturalista, al contrario de aquellos iusnaturalistas que pretender de inmediato cobrar derechos cuando se usa la palabra ‘principios’, habla de los principios como instrumentos para llegar allá donde las normas no llegan. Mencionar a Dworkin no significa para Scarpelli, sin embargo, caer en la ilusión -dworkiniana y alexyana y de algunos más- de que los principios constituyen la panacea de las patologías producidas por la crisis de las fuentes jurídicas. Los principios, para él son el producto de un pro-

⁷⁹ Ibid., p. 99. Un texto que Scarpelli cita en ese sentido es *L’età della decodificazione* (Giuffrè, Milán, 1979) de N. IRI.

⁸⁰ Supongo que Scarpelli se refiere al movimiento nacido dentro de Magistratura Democratica, una corriente, de la Associazione Nazionale Magistrati. Cfr. P. BARCELLONA (coord.), *L’uso alternativo del diritto. Vol. I Scienza giuridica e analisi marxista. Vol. II Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, Bari, 1973.

⁸¹ “Dalla legge al codice, dal codice ai principi”, cit., p. 99.

ceso mixto de interpretación y de creación, y podrían encajar tal vez en la idea de Alexy, de un modelo débil⁸².

El recorrido que conduce Scarpelli a hablar de principios se concretiza parcialmente en *¿QPJ?* y prosigue asumiendo formas más visibles en obras sucesivas. Su simpatía hacia el uso de los principios, es una simpatía, es evidente, en la cual se manifiesta su predilección hacia la tradición del *Common Law*, pero, mirando hacia la experiencia estadounidense, y no a la inglesa. Se trata de una simpatía bajo ciertas condiciones, que son las únicas que podrían justificar el uso de los principios haciendo de ellos instrumentos de racionalización dentro del caos jurídico. Una condición, fundamental, es que su uso se haga en la sede de las altas cortes y no, podríamos decir, en los tribunales ordinarios. Podemos pensar, en este sentido, que la desconfianza de Scarpelli hacia la jurisdicción ordinaria se funda en la convicción, no del todo errada, que el uso de los principios en esa sede podría llevar a un contexto en el cual las decisiones más descabelladas serían susceptibles de pasar por decisiones racionales, ocultando de plano las amplias posibilidades discrecionales que tal uso supone; quizá, en este sentido, no es del todo forzado llamar en causa el tinte negativo que parece, o al menos a mí me parece, acompañar las ideas de Riccardo Guastini cuando habla de la constitucionalización⁸³ de los ordenamientos jurídicos. El derecho jurisprudencial de Scarpelli es el derecho de los jueces de las altas cortes, los únicos capaces de ir más allá de la razón artificial de un legislador para llegar, mediante un complejo proceso racionalizador, a una razón histórica quizá también artificial pero formada por la mente de muchos hombres doctos y serios. Una razón histórica que, por supuesto, no es el lugar en donde encuentren su patente de ciudadanía ideas cercanas a una respuesta correcta ni tampoco a una decisión racional, sino que, más simplemente, constituye la sede en la que es posible encontrar una respuesta plausible a los defectos de la ley y de

⁸² Que, a diferencia de un modelo fuerte (que Alexy parece identificar en Dworkin), no contiene ni una lista exhaustiva ni una lista jerárquica de ellos, con un valor asignado *a priori* a cada uno. Es por ello que para Alexy es necesaria una adecuada teoría de la argumentación, en grado de dar cuenta de los procedimientos a través de los cuales se llega a la respuesta racional mediante la ponderación. No es el caso, obviamente, de detenerse a examinar el pensamiento de Alexy al respecto.

⁸³ Cfr. R. GUASTINI, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en M. Carbonell (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 49-74. Trad. del orig. "La 'costituzionalizzazione' dell'ordinamento", en T. MAZZARESE (coord.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Turín, 2002.

los códigos; que no se deben solamente a la estulticia humana y a los defectos de las instituciones, sino que tienen raíces que llegan al modo de ser de las personas, a sus mutaciones y transformaciones⁸⁴, la cuales, necesariamente, se reflejan en las estructuras jurídicas de una sociedad. Lo anterior no significa, en el pensamiento de Scarpelli, una renuncia al iuspositivismo político; es verdad que con su adhesión al derecho de los jueces, aunque sean los jueces constitucionales o en todo caso de las altas corte, le lleva a declararse un iuspositivista algo arrepentido (“*alquanto pentito*”)⁸⁵, pero, me parece, más que un arrepentimiento en relación al iuspositivismo en cuanto tal se trata de un arrepentimiento en relación al normativismo y al legalismo. Podría parecer, a decir verdad, arriesgado sostener lo anterior, que supondría no un acercamiento al iusnaturalismo sino más bien al iuspositivismo realista⁸⁶, dadas las ásperas disputas entre iusrealismo y normativismo dentro de la iusfilosofía analítica italiana⁸⁷. No es una afirmación excéntrica, en realidad, ya que un ensayo tardío, no por ello irrelevante Scarpelli habla abiertamente de un iuspositivismo ideológico⁸⁸. Quizá por el fin que persigue ¿*QPJ*? –de proponer una definición unitaria, y no fragmentaria del iuspositivismo– su propuesta es de una interpretación política, sin usar la (¿comprometedora?) expresión ‘iuspositivismo ideológico’. Es en “*Il positivismo giuridico rivisitato*” donde afirma explícitamente que su propuesta va hacia esa dirección, de un iuspositivismo ideológico, y denuncia el hecho de no haber profundizado suficientemente este aspecto⁸⁹. A decir verdad en realidad la lectura minuciosa de algunos pasajes evidencian que el sendero estaba trazado, como lo demuestra su afirmación de que “esta orientación política [su iuspositivismo político] general se especificará posteriormente a través de la aceptación del

⁸⁴ “Dalla legge al codice, dal codice ai principi”, cit., pp. 99-100.

⁸⁵ Ibid., pp. 101.

⁸⁶ Asumo, sin discutirlo, que el iusrealismo no constituye una concepción del derecho autónoma y que forma parte, con el normativismo, del iuspositivismo. Al respecto, véase: M. JORI, “*Concezioni del diritto vecchie e nuove. Il positivismo giuridico rivisitato sullo sfondo del neocostituzionalismo*”, p.31. Ponencia presentada al I Congreso de filosofía del derecho para el mundo latino” (Alicante, 26-28 mayo 2016). Documento consultado el 31.5.2018 (<http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponencia%20Jori.pdf>)

⁸⁷ Acerca del estatuto epistemológico de las normas. Véanse los números del año 1977 de la revista *Sociologia del diritto*.

⁸⁸ Cfr. “*Il positivismo giuridico rivisitato*”, cit., p. 110: “Mi defecto en la discusión sobre el positivismo jurídico”, dice Scarpelli, “no fue ... ver en el positivismo jurídico mismo una ideología, sino, al contrario, no haber proseguido suficientemente en esa dirección”. “*Il positivismo giuridico rivisitato*”, cit., pp. 110.

⁸⁹ Cfr. nota 99 (Infra).

principio fundamental del sistema derecho positivo de que se trate, dentro del cual, caso por caso, la ciencia y la práctica del derecho de orientación iuspositivista procederán a sus juicios de valor y cumplirán sus operaciones”⁹⁰. No se trata de una versión “endulzada” del iuspositivismo ideológico, aquél que Bobbio llama moderado, sino de su versión extrema, y que, sin embargo, Scarpelli no enuncia en modo explícito, tal vez por no haber ido, un tanto paradójicamente, aun más profundamente en el análisis del factor político de su propuesta⁹¹. Puede parecer un tanto forzada esta lectura de Scarpelli como iuspositivismo ideológico extremo; pero no lo es tanto, creo, si se considera lo que afirma Mario Jori, o sea que el gran mérito, habitualmente ignorado, del iuspositivismo scarpelliano es que contiene los instrumentos idóneos para dar cuenta no solo de un ordenamiento democrático y constitucional, respetuoso de los derechos y libertades de las personas, sino de cualquier ordenamiento⁹². Un iuspositivismo ideológico extremo, el de Scarpelli, que, personalmente, no le lleva, sin embargo, a adherirse a cualquier ordenamiento; su intención, más bien, es precisamente desvelar la ideología iuspositivista extrema que suele esconderse detrás de la aparente neutralidad de la labor del jurista teórico. Es evidente, aquí, su distancia con la posición de Bobbio (su defensa del iuspositivismo basada en su significado de opción metodológica)⁹³. Distancia que, a decir verdad, parece venir a menos cuando Bobbio reconoce abiertamente que su opción por, su defensa de, el iuspositivismo metodológico se funda en una exigencia política: “Políticamente el iuspositivismo es la aceptación del *Status quo*. En cuanto tal está sujeto como toda opción a sufrir los altos y bajos de la historia. Fassò [Guido Fassò] me hizo notar, correctamente, que yo dije en el prefacio de mi libro [*Giusnaturalismo e positivismo giuridico*] que en un determinado momen-

⁹⁰ Cfr. *¿QPJ?*, cit., p. 210.

⁹¹ Véase nota 88, supra.

⁹² “Concezioni del diritto vecchie e nuove. Il positivismo giuridico rivisitato sullo sfondo del neocostituzionalismo”. P. ej. «Me parece ... que puede ser útil considerar también la teoría del derecho desde este punto de vista (un punto de vista interpretativo, si se desea): existen concepciones del derecho que tratan de alejarse lo más posible de la adoración de lo contingente y de lo positivo, cuyos sostenedores se resisten a usar argumentos potentes y conclusiones fuertes. Es la posición de los Kelsen, Bobbio, Hart y de los Scarpelli (p. 35).

⁹³ Y que evidencia a todas luces la profunda crisis del iuspositivismo como ideología, como teoría y también como modo de estudiar el derecho, conclusión a la que llega Bobbio en su *Intervento* en la Tavola Rotonda sul Positivismo Giuridico (Pavia, 2 maggio 1966). Quaderni della Rivista “Il político”. Istituto di Scienza Politiche dell’Università di Pavia - Giuffrè, Milano, 1967, pp. 69-73, p. p. 73.

to de nuestra historia habíamos aceptado el positivismo porque nos permitía defendernos contra las mutaciones de un sistema que considerábamos bueno, mientras que en otro momento lo habíamos rechazado porque nos obligaba a aceptar un sistema que considerábamos malo". No veo, tomando en serio las palabras de Bobbio, una gran diferencia con el iuspositivismo de Scarpelli; más aún cuando agrega que "visto que la concepción positivista implica la aceptación del Status quo, es buena o mala según que se considera buena o mala la situación a mantener"⁹⁴. Es claro, a pesar de todo, que hasta el final de su vida intelectual Bobbio siguió declarándose un convencido iuspositivista, del mismo modo que Scarpelli nunca reniega el normativismo si bien puede no ser arriesgado evidenciar un cierto acercamiento al iusrealismo de la escuela genovesa. Veamos de qué manera. Se dijo antes que él lamenta en "Il positivismo giuridico rivisitato", no haber profundizado el aspecto ideológico de su iuspositivismo. En ese ensayo, en efecto, comentando un libro de Carnelutti⁹⁵, afirma que "el jurista no conoce normas sino que hace normas, recabándolas por vía interpretativa a partir de signos y entramados de signos que contienen, en la cultura que los emite y que los recibe, significados", y, enseguida, "las normas jurídicas, en conclusión, no son, en la perspectiva del jurista, objetos de un conocimiento jurídico, sino que son productos de una actividad comunicativa y de una recepción activa de la comunicación, en las que el jurista intérprete deviene con sus opciones interpretativas un colaborador y continuador de la producción normativa"⁹⁶. Es en este contexto en el que Scarpelli sostiene que no prosiguió, en *¿QPJ?*, hasta las últimas consecuencias, habiendo concentrado su atención en el examen de la metodología interpretativa, integrativa y reconstructiva del iuspositivismo, a la luz, sí, de un elemento político pero a final de cuentas sin que éste ocupara una posición central. Quien sí tomó este sendero fué Giovanni Tarello, afirma Scarpelli, para reconocer en el iuspositivismo una ideología no solo "en el sentido de proponer, justificar y quizá ocultar (*mascherare*) la opción de una norma fundamental, sino en el sentido de proponer, justificar y quizá ocultar métodos plenos de valores"⁹⁷.

Es aquí, en este nexo entre el iuspositivismo de Scarpelli y las agudas observaciones de Tarello, que quizá se puede observar un acercamiento a

⁹⁴ N. Bobbio, *Intervento*, cit., p. 73 (la traducción de los citas de Bobbio es de quien escribe).

⁹⁵ F. CARNELUTTI, *Discorsi intorno al diritto*, Cedam, Padua, 1953.

⁹⁶ "Il positivismo giuridico rivisitato", cit., p. 110.

⁹⁷ Idem.

una declinación del iusrealismo para la cual el derecho tiene sí su punto de partida en el material jurídico creado por el legislador, pero que de alguna manera incluye además, en ocasiones de manera determinante dadas las características del lenguaje de la ley y la evolución social⁹⁸, las decisiones de los jueces, sobre todo los jueces constitucionales. Un Scarpelli iusrealista, si así se le puede considerar, que es tal porque no subestima el papel que las decisiones de los jueces tienen en la experiencia jurídica; y que, sobre todo, mas no exclusivamente, en las altas cortes se construyen alrededor de bases que van más allá de la ley escrita. En este sentido él no ignora que los principios, y aquí reside una diferencia fundamental en su posición acerca de ellos con las posiciones de Dworkin y de Alexy (los principios conducen a una respuesta correcta, aunque un poco “enmascarada” en la versión racional de este último), que orientan y justifican las decisiones de los jueces se extraen partiendo de la interpretación de disposiciones constitucionales muy vagas, o bien derivan de convicciones subjetivas cercanas al derecho natural o surgen de la cultura, de la costumbre, de la evolución social⁹⁹. El acercamiento de Scarpelli al iusrealismo no le lleva a abrazar la causa de su versión extrema, sobre todo en su declinación interpretativa escéptica, ya que si es inevitable que la jurisdicción asuma un papel central en los procesos de dilucidación del significado prescriptivo del derecho, el derecho jurisprudencial de las altas cortes debe ser orientado de alguna manera por la idea de que la tarea de los jueces, “si no debe, a su vez, constituir una contribución a la fragmentación del mundo, presupone un aparato judicial guiado por la firme autoridad de una corte suprema y sostenido y basado en factores fuertemente unificantes”¹⁰⁰.

Sigue vigente, creo, la convicción de Scarpelli de que el iuspositivismo ideológico, constituye un instrumento metodológico precioso, porque:

“Quienquiera que haya penetrado y asimilado el espíritu de la cultura moderna, compartirá el juicio según el cual la condición primordial y esencial del valor moral y político de una opción, cualquiera que sea su orientación, es la conciencia, la conciencia de las posibles alternativas –mientras que es mala

⁹⁸ U. SCARPELLI (Ibid., p. 112) señala en este sentido el importante libro de N. IRTI, *L'età della decodificazione* (Giuffrè, Milán, 1999) y provocatoriamente sostiene que habría que hablar también de una “età della delegificazione”.

⁹⁹ Cfr. “Il positivismo giuridico rivisitato”, cit., p. 112.

¹⁰⁰ Cfr. “Dalla legge al codice dal codice ai principi”, cit., p. 102. Sobre la postura de Scarpelli acerca del iusrealismo es también útil, de él mismo: “Filosofia e diritto”, en AA. VV., *La cultura filosofica italiana del 1945 al 1980 nelle sue relazioni con altri campi del sapere. Atti del Congresso di Anacapri. Giugno 1981*, Guida Editori, Nápoles, 1982, pp. 173-199.

toda posición que implique el ocultamiento y la desnaturalización de una elección. Y el ocultamiento y la desnaturalización de la elección inherente al positivismo jurídico pueden acarrear consecuencias graves desde el punto moral y político: puede suceder que quienes se comprometen sin saber que realizan una toma de posición, se comprometen aun cuando no se comprometerían si tuvieran conciencia de la alternativa, o mantengan su compromiso aun cuando no lo conservarían si tuvieran conciencia de la alternativa”¹⁰¹.

El iuspositivismo ideológico de Scarpelli¹⁰² es tal no en el sentido de que como teoría termina por ocultar las opciones de valor de los juristas teóricos y prácticos¹⁰³, sino porque, al contrario, contribuye a esclarecer tales operaciones, éstas sí ideológicas en el sentido habitual del término. Y no es, no puede serlo, por eso mismo, muy popular, ya que es más fácil o esconderse en la idea de la respuesta correcta o bien dejar el terreno al escéptico desilusionado¹⁰⁴. Considerar el elemento normativo en cuanto imprescindible en las tareas del jurista nos podría evitar no fingir que describimos cuando en realidad tratamos de prescribir¹⁰⁵. Los principios, cuando no son normas disfrazadas¹⁰⁶, constituyen instrumentos que si no conducen, porque es imposi-

¹⁰¹ Cfr., *¿QPJ?*, cit., pp. 227-228.

¹⁰² Me doy cuenta, perfectamente, de las implicaciones de este modo de referirme al pensamiento de Scarpelli acerca del iuspositivismo, habitualmente llamado simplemente ‘iuspositivismo político’. Creo, sin embargo, que a lo largo de este trabajo se presentan argumentos que si no definitivos, sí pueden ser cuanto menos orientativos hacia esta interpretación de sus ideas, y de su enorme, creo, distancia con el iuspositivismo ideológico moderado de Bobbio, aceptado por éste bajo determinadas condiciones. Un vasto panorama del pensamiento scarpelliano en F. MORALES LUNA, op. cit. Y también P. BORSELLINO, S. SALARDI, M. SAPORITI (a cargo de), *L’eredità di Uberto Scarpelli*, Giappichelli, Turín, 2014; L. GIANFORMAGGIO, M. JORI (a cargo de), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, Milán, 1997, en particular P. BORSELLINO, “Morale diritto e positivismo giuridico nel pensiero di U. Scarpelli”, pp. 105 ss.

¹⁰³ Bajo el amparo de las teorías de la argumentación, fórmula del peso y la idea del siglogismo judicial. Al respecto C. LUZZATI, *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche e dottrine*, Giappichelli, Turín, 2016, Cap. IV.

¹⁰⁴ “El escéptico ante las reglas es a veces un absolutista desilusionado”, sostiene HART. Cfr. *El concepto de derecho*, cit., p. 173.

¹⁰⁵ Cfr. M. JORI, “Concezioni del diritto vecchie e nuove. Il positivismo giuridico rivisitato sullo sfondo del neocostituzionalismo”, cit., p. 30.

¹⁰⁶ Aquí la referencia obligada es a Luigi Ferrajoli, quien no niega que existan normas que no son reglas en cuanto no imponen, o no prohíben, perentoriamente un comportamiento: a tales normas él les llama directivas o principios directivo, pero criticando a Alexy sostiene que disposiciones como la que se refiere al principio de igualdad, y en general las que consisten en derechos fundamentales, no son en realidad principios sino reglas, porque en ellas es posible

ble, a decisiones unívocas, de cualquier forma son una guía no indiferente en la jungla en la que se han convertido nuestros sistemas normativos.

ADRIÁN RENTERÍA DÍAZ
Università degli studi dell'Insubria
Facoltà di Giurisprudenza
Via S. Abbondio 9,
22100 Como, Italia
e-mail: adrian.renteriadiaz@uninsubria.it

identificar la conducta que puede constituir su violación. Cfr. "Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy", *Rivista di filosofia del diritto*, núm. 1, 2015, pp. 37-52.

