

Número 45, Época II, junio 2021

uc3m | Universidad Carlos III de Madrid
Derechos Humanos
Gregorio Peces-Barba



Dykinson, S.L.
EDITORIAL

 FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUNO PEÑA

DERECHOS Y LIBERTADES

REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO y DERECHOS HUMANOS

#45

DERECHOS Y LIBERTADES

Número 45, Época II, Junio 2021



uc3m | Universidad Carlos III de Madrid
Instituto de Derechos Humanos
Gregorio Peces-Barba

FC FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA

Dykinson, S.L.

Derechos y Libertades ha sido incluida Emerging Sources Citacion Index de la Web of Science. La Revista ha renovado el Sello de Calidad de FECYT de reconocimiento de la calidad editorial y científica hasta 2022. Ocupa el cuartil 2 en Ciencias jurídicas del Ranking de FECYT y el cuartil 1 en tres campos temáticos (Derecho, Derecho constitucional, Filosofía del Derecho) en el índice de Dialnet métricas.

Además, la Revista ha sido indexada en ERIH, European Index for the Humanities and Social Sciences y en Philosopher's Index y en las bases de datos International Political Science Abstracts y Worldwide Political Science Abstracts, International Bibliography of Social Science (IBSS). Derechos y Libertades ha obtenido la Categoría A en la edición de 2018 de las bases de datos CARHUS. Está indexada en la categoría B1 de Qualis -Brasil- y en la categoría A en Anvur -Italia-. La Revista figura en las bases de datos Fuente Académica premier y en una versión internacional de Academic search y figura en el catálogo de revistas LATINDEX, MIAR y en la base de datos de Dulcinea.

Derechos y Libertades se adhiere al Código de Conducta y Buenas Prácticas para Editores de Revistas del Comité de Ética de las Publicaciones (COPE). Disponible en: publicationethics.org/files/Code_of_conduct_for_journal_editors_Mar11.pdf

Redacción y Administración

Revista Derechos y Libertades
Instituto de derechos humanos Gregorio Peces-Barba
Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid, 126
28903 Getafe (Madrid)

E-mail de la Revista:
franciscojavier.ansuategui@uc3m.es
derechosylibertades@uc3m.es

Adquisición y suscripciones



Suscripción en papel

Ver boletín de suscripción al final de este número
y remitir en sobre cerrado a:

Dykinson, S.L.
C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Suscripción versión electrónica (revista en pdf)

Compra directa a través de nuestra web
www.dykinson.com/derechosylibertades

Copyright © Instituto de derechos humanos Gregorio Peces-Barba

ISSN: 1133-0937

Depósito Legal: M-14515-1993 European Union

Edición y distribución:

Dykinson, S.L.

C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Tels. +34 915 442 846 / 69. Fax: +34 915 446 040

Las opiniones expresadas en esta revista son estrictamente personales de los autores

La editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de Derechos y Libertades, o partes de ellas, sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o parte de las páginas de Derechos y Libertades, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella.

Revista fundada por GREGORIO PECES-BARBA

Director:

FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG (Universidad Carlos III de Madrid)

Subdirector:

JAVIER DORADO PORRAS (Universidad Carlos III de Madrid)

Secretario:

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE (Universidad Carlos III de Madrid)

Consejo Científico

FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG (Universidad Carlos III de Madrid)

RAFAEL DE ASÍS ROIG (Universidad Carlos III de Madrid)

RICARDO CARACCILO (Universidad de Córdoba, Argentina)

PAOLO COMANDUCCI (Università di Genova)

J. C. DAVIS (University of East Anglia)

ELÍAS DÍAZ GARCÍA (Universidad Autónoma de Madrid)

RONALD DWORKIN (†) (New York University)

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA (Universidad Carlos III de Madrid)

CARLOS FERNÁNDEZ LIESA (Universidad Carlos III de Madrid)

VINCENZO FERRARI (Università di Milano)

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO (Universidad de León)

PETER HÄBERLE (Universität Bayreuth)

MASSIMO LA TORRE (Università Magna Graecia, di Catanzaro)

MARIO LOSANO (Università del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”)

JAVIER DE LUCAS MARTÍN (Universidad de Valencia)

JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA (Universidad de Cantabria)

GREGORIO PECES-BARBA (†) (Universidad Carlos III de Madrid)

ANTONIO E. PÉREZ LUÑO (Universidad de Sevilla)

PABLO PÉREZ TREMPES (Universidad Carlos III de Madrid)

MICHEL ROSENFELD (Yeshiva University)

MICHEL TROPER (Université de Paris X-Nanterre)

AGUSTÍN SQUELLA (Universidad de Valparaíso)

LUIS VILLAR BORDA (†) (Universidad Externado de Colombia)

YVES-CHARLES ZARKA (Université René Descartes Paris 5-Sorbonne)

GUSTAVO ZAGREBELSKY (Università di Torino)

VIRGILIO ZAPATERO GÓMEZ (Universidad de Alcalá)

Consejo de Redacción

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG (Universitat de València)
FEDERICO ARCOS RAMÍREZ (Universidad de Almería)
MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS (Universidad Carlos III de Madrid)
MARÍA DE LOS ÁNGELES BENGOCHEA GIL (Universidad Pontificia de Comillas)
DIEGO BLÁZQUEZ MARTÍN (Universidad Carlos III de Madrid)
IGNACIO CAMPOY CERVERA (Universidad Carlos III de Madrid)
PATRICIA CUENCA GÓMEZ (Universidad Carlos III de Madrid)
JAVIER DORADO PORRAS (Universidad Carlos III de Madrid)
MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE (Universidad Carlos III de Madrid)
JOSÉ GARCÍA AÑÓN (Universitat de València)
RICARDO GARCÍA MANRIQUE (Universitat de Barcelona)
CRISTINA GARCÍA PASCUAL (Universitat de València)
ANA GARRIGA DOMÍNGUEZ (Universidad de Vigo)
JESÚS GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI (†) (Universidad Complutense)
RAFAEL GONZÁLEZ-TABLAS (Universidad de Sevilla)
ROBERTO JIMÉNEZ CANO (Universidad Carlos III de Madrid)
CARLOS LEMA AÑÓN (Universidad Carlos III de Madrid)
ÁNGEL LLAMAS CASCÓN (Universidad Carlos III de Madrid)
FERNANDO LLANO ALONSO (Universidad de Sevilla)
JOSÉ ANTONIO LÓPEZ GARCÍA (Universidad de Jaén)
ÁNGEL PELAYO GONZÁLEZ-TORRE (Universidad de Cantabria)
OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE (Universidad Carlos III de Madrid)
MIGUEL ÁNGEL RAMIRO AVILÉS (Universidad de Alcalá)
ALBERTO DEL REAL ALCALÁ (Universidad de Jaén)
JOSÉ LUIS REY PÉREZ (Universidad Pontificia de Comillas)
SILVINA RIBOTTA (Universidad Carlos III de Madrid)
JESÚS PRIMITIVO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (Universidad Rey Juan Carlos)
MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP (Universidad Carlos III de Madrid)
JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ URIBES (Universidad Carlos III de Madrid)
MARIO RUIZ SANZ (†) (Universitat Rovira i Virgili)
RAMÓN RUIZ RUIZ (Universidad de Jaén)
OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ (Universidad de Cantabria)
JAVIER SANTAMARÍA IBEAS (Universidad de Burgos)
ÁNGELES SOLANES CORELLA (Universitat de València)
JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN (Universidad de Cantabria)

Sentido de la Revista

Derechos y Libertades es la revista semestral que publica el Instituto de derechos humanos Gregorio Peces-Barba de la Universidad Carlos III de Madrid. Forma parte, junto con las colecciones *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, *Traducciones y Debates* de las publicaciones del Instituto.

La finalidad de *Derechos y Libertades* es constituir un foro de discusión y análisis en relación con los problemas teóricos y prácticos de los derechos humanos, desde las diversas perspectivas a través de las cuales éstos pueden ser analizados, entre las cuales sobresale la filosófico-jurídica. En este sentido, la revista también pretende ser un medio a través del cual se refleje la discusión contemporánea en el ámbito de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía Política.

Derechos y Libertades se presenta al mismo tiempo como medio de expresión y publicación de las principales actividades e investigaciones que se desarrollan en el seno del Instituto de derechos humanos Gregorio Peces-Barba.

ÍNDICE

Nota del Director	11
-------------------------	----

ARTÍCULOS

La quiebra del sujeto constitucional. Democracia paritaria y ciudadanía cuidadosa	17
<i>The bankruptcy of the constitutional subject. Parity democracy and “careful” citizenship</i>	

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ

Género y tortura. Simone de Beauvoir y Gisèle Halimi ante el caso de Djamila Boupacha	57
<i>Gender and torture. Simone de Beauvoir and Gisèle Halimi regarding the case of Djamila Boupacha</i>	

EMILIA BEA PÉREZ

Informática y democracia directa: ¿dirigida por quién?	99
<i>Digitalization and direct democracy: directed by whom?</i>	

MARIO G. LOSANO

Retos de la deontología de la abogacía en la era de la inteligencia artificial jurídica	123
<i>Challenges of lawyer professional ethics in the age of legal artificial intelligence</i>	

JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN

La inteligencia inhumana. La evolución de los derechos humanos163
Inhuman intelligence. The evolution of human rights

RAQUEL LUCÍA PÉREZ BRITO

**La libertad de los modernos en la sociedad digital:
 “el control de los datos os hará libres”199**
The modern liberty in digital society: data power will set you free

VANESA MORENTE PARRA

Reglas de juego y orden constitucional como reglas de la convivencia...233
The rules of the game and constitutional order as rules of coexistence

JUAN RAMÓN FALLADA GARCÍA-VALLE

**Los Centros de Atención Temporal de extranjeros como
 nuevo modelo de control migratorio: situación actual,
 (des)regulación jurídica y mecanismos de control de derechos
 y garantías.....267**
*The foreigners' temporary stay centres as the new model of migration control:
 current situation, legal (de)regulation and mechanisms of control
 and guarantee of rights*

IKER BARBERO

**Sobre el minimalismo anti-conflictivista y liberal: un análisis
 desde la perspectiva de la *interest theory* y del enfoque dinámico.....303**
*Anti-conflictualist and liberal minimalism of rights:
 an analysis from the perspective of interest theory and the dynamic approach*

MICHELE ZEZZA

**Derecho a la ciencia. Libertad de investigación, acceso,
 participación y promoción de la ciencia en el ordenamiento español327**
*Right to science. Freedom of research, access, participation and promotion
 of science in the Spanish legal system*

DAVID VILA-VIÑAS

Cuestiones ético-jurídicas en torno a la vacunación pública	365
<i>Ethical-legal issues regarding public vaccination</i>	

POL CUADROS AGUILERA

Demandas de esclavos ante el Tribunal Supremo español y Ultramar, reclamando su libertad	399
<i>Slave lawsuits in the Spanish Supreme Court and Overseas, demanding their freedom</i>	

RAMSÉS LÓPEZ SANTAMARÍA

RECENSIONES

Javier de LUCAS, <i>Nosotros, que quisimos tanto a Atticus Finch. De las raíces del supremacismo al Black Lives Matter,</i>	425
JESÚS GARCÍA CÍVICO	

José Luis REY PÉREZ, <i>Los derechos de los animales en serio.....</i>	433
PABLO SERRA-PALAO	

Alexander TESIS, <i>Free speech in the balance.....</i>	443
OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE	

Massimo LA TORRE, <i>Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi.....</i>	451
FRANCISCO M. MORA-SIFUENTES	

Jesús Ignacio DELGADO ROJAS, <i>Víctima y el derecho a la no discriminación por diversidad afectivo-sexual</i>	463
EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA	

Ana María MARCOS del CANO (ed.), <i>En tiempos de vulnerabilidad: Reflexión desde los derechos humanos,.....</i>	469
RODRIGO MERAYO FERNÁNDEZ	

Roger CAMPIONE, <i>La plausibilidad del derecho en la era de la inteligencia artificial.</i> <i>Filosofía carbónica y filosofía silícica del derecho</i>	475
ANA ALDAVE ORZAIZ	

NOTICIAS

El Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba aborda en un foro de debate las situaciones de discriminación vividas por las mujeres en y ante la crisis de la pandemia COVID-19	485
LARA CUENCA GÓMEZ	

Coloquios de Dertecnia en tiempos de pandemia: el año académico 2020-2021	487
MIGLE LAUKYTE	

CV de los participantes	491
--------------------------------------	-----

Massimo La Torre,
Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi,
Leo S. Olschki, Firenze, 2020, 263 pp.

FRANCISCO M. MORA-SIFUENTES
Universidad de Guanajuato, México

Palabras clave: naturaleza del Derecho, positivismo jurídico, Derecho natural, normatividad
Keywords: nature of Law, legal positivism, natural Law doctrines, normativity

Con motivo del inicio del curso académico 1909-1910 Santi Romano dictó en la Universidad de Pisa una conferencia titulada *Lo Stato Moderno e la Sua Crisi*. En esa breve pero sustanciosa contribución puso en la palestra una serie de argumentos de lo que constituía un asalto al soberbio edificio construido por la doctrina del Estado, sobre todo, en la versión que se fraguó tras la Revolución Francesa. Desde su punto de vista, el gran déficit de la teoría del Estado radicaba en su “excesiva simplicidad”. Para Romano el “pecado original” del estatismo moderno fue dejar de lado a las fuerzas sociales y el pluralismo normativo en favor del monismo, de la afirmación de la ley como única fuente del Derecho. Frente al Estado soberano dicha doctrina propuso únicamente al individuo, “en apariencia armado de una serie infinita de derechos proclamados enfáticamente y ampliados con una generosidad sin coste, pero no siempre protegidos en sus legítimos intereses en el campo de los hechos”¹. Quizá ello se debía a que un Estado que afirmaba “autolimitarse” para conceder derechos a sus súbditos, en tanto soberano, podía en esa misma lógica sustraerlos. El libro que me propongo reseñar aquí puede considerarse paralelo a la empresa de Romano. En efecto, en *Il diritto contro se stesso* Massimo La Torre nos ofrece argumentos del asalto operado, en este caso, contra el orgulloso edificio iuspositivista. Se trata de una interpretación

¹ Cfr. S. ROMANO, “El Estado moderno y su crisis” [1909], trad. de F.J. Durán, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 15, 2011, pp. 635-654.

atenta de varios autores y de las razones que lo llevan a constatar la enésima crisis del positivismo jurídico.

Antes de dar cuenta del ensayo, conviene hacer una precisión central: ¿qué tiene La Torre por la *Weltanschauung* iuspositivista? Para el autor del libro esa cosmovisión iuspositivista es la que se configura sobre los postulados teóricos de Hans Kelsen y H.L.A. Hart. Ellos representan el núcleo normativista del positivismo jurídico, donde “la consecuencia esencial consiste en la separación del Derecho de la moral”². En efecto, se recordará que la negación del Derecho Natural, en tanto metafísica, es una de sus señas de identidad para el autor de la *Reine Rechtslehre*. Con todo, Kelsen no afirmaba que el Derecho no debe armonizar con la moral, siempre y cuando se reconozca la existencia de distintos sistemas morales en conflicto. Desde una perspectiva voluntarista, concebía el Derecho como un orden normativo que regula la conducta humana de manera coactiva. La sanción aquí es nuclear, integrando las reglas un orden escalonado en el que la validez última se presupone en una *Grundnorm*. Asimismo, el austriaco destacaba la exigencia político-jurídica de la previsibilidad de la decisión o de la seguridad jurídica de ella derivada como una de las consecuencias del iuspositivismo. Pero reconocía que ello era posible sólo hasta cierto grado. En el Derecho siempre hay un margen de indeterminación, bien por el lenguaje mismo, bien porque las normas jurídicas generales no predeterminan de manera absoluta las normas jurídicas particulares. Finalmente debe recordarse que el positivismo jurídico, siempre para Kelsen, lleva a una “división del trabajo” en la que es preciso distinguir la teoría general del Derecho —que describe el Derecho de manera avalorativa o se ocupa de los conceptos jurídicos fundamentales— de la filosofía del Derecho —que formula juicios de valor sobre el Derecho justo o sobre la función del Derecho— y cuyos resultados pueden ser diversos dados los muchos ideales de justicia. Este es el objeto propio de la política jurídica según Kelsen, no de la ciencia del Derecho, al ocuparse del Derecho que debe ser y no del Derecho que es.

H.L.A. Hart también hace propia la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. Él construye su concepto de Derecho a partir de la crítica al imperativismo austriano, proponiendo su elucidación como la “unión de reglas primarias y secundarias”. Estas últimas son “reglas sobre reglas”, y entre ellas, la de “reconocimiento”, que determina cuándo una norma forma

² Cfr. H. KELSEN, “¿Qué es el positivismo jurídico?”, trad. de M. De la Cueva, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XVI, núm. 61, 1966, pp. 131-143.

parte del sistema jurídico, tiene un papel central. Como es conocido, el “positivismo hartiano” se articula con base en tres tesis: la ya mencionada de la separación conceptual; la tesis de las fuentes sociales; y la tesis de la discreción judicial. Dejemos de lado la primera y recordemos las otras dos tesis. La segunda sostiene que para que el Derecho exista debe haber alguna forma de práctica social que incluya a los jueces y a los ciudadanos ordinarios, y esta práctica social determina lo que en cualquier sistema jurídico son las fuentes últimas del Derecho o criterios últimos de validez jurídica. La tercera tesis sostiene que en todo sistema jurídico habrá siempre casos no previstos o no regulados expresamente, es decir, casos para los que ningún tipo de decisión es dictada por Derecho claramente establecido y, por tanto, el Derecho es parcialmente indeterminado o incompleto³. Puede decirse que su positivismo jurídico, su antiesencialismo, así como “el giro hermenéutico” constituyen el armazón de su teoría. Ahora ¿por qué es importante este breve recordatorio a nuestros efectos? La respuesta es porque en *Il diritto contro se stesso* se toman las doctrinas de esos autores como referencia para la crítica. La Torre no olvida que tanto Kelsen como Hart fueron profundos renovadores de la tradición iuspositivista, al delimitar su “parcela” y poner los nuevos cimientos de su “edificio de posguerra”. Dicho esto, pasemos al libro.

La historia comienza con “La revuelta de los principios” de Ronald M. Dworkin, el formidable adversario que con su crítica obligó al iuspositivismo hartiano a recular, o más aún, a recluirse. Su ataque se dirigió a los cimientos del edificio mismo al reestablecer la conexión entre Derecho y moral. Los principios como normas con una clara dimensión de moralidad escapan a la regla de reconocimiento, y ello tiene consecuencias devastadoras para el esquema de Hart. Entre las críticas dirigidas a éste, destaca la que hace contra su tesis de la discrecionalidad judicial: si aquellos casos no resueltos por el campo semántico gobernado por la regla deben resolverse a través de un ejercicio de discreción fuerte por parte del juzgador, la idea misma de imperio de la ley, de unos derechos previos o indisponibles, se disuelve. Dworkin ataca al positivismo ahí donde se considera indestructible, en la idea de seguridad jurídica (p. 171). A la obsesión positivista por las fuentes, el norteamericano contrapone la “rights thesis” según la cual, siempre desde

³ Cfr. H.L.A. HART, “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, trad. de L. Hierro, F. Laporta y J.R. De Páramo, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 36, 1980, pp. 3-18, p. 5. Sobre el particular, permítaseme una referencia a: F.M. MORA-SIFUENTES, “Hart y el problema del positivismo jurídico. Una reconstrucción en tres actos”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 31, 2020, pp. 2-32.

una perspectiva interna, las partes no buscan certificar qué dice el Derecho, sino que afirman que tienen razón, que su pretensión está justificada. Algo emitentemente moral. La potente defensa dworkiniana de la idea de certeza jurídica, como sabemos, viene de asumir la tesis de la “one right answer”, algo que resulta problemático a su vez. Otra crítica no menos interesante es la del aguijón semántico. El positivismo hartiano, dice en *Law's Empire*, es una “plain fact view” incapaz de dar cuenta de la controversia que suscita la determinación del Derecho y su validez. Éste para Dworkin, como sabemos, es un concepto interpretativo que sólo puede comprenderse atendiendo a sus fines. Con todo, y frente al solipsismo del “juez Hércules”, caracterizado por poseer recursos tanto epistémicos como prácticos ilimitados, Massimo La Torre propone traer a escena la figura del abogado como coadyuvante en su labor, para articular con ello una visión más dialógica. Esa solución tendría el atractivo de abrir la teoría del Derecho a la figura del abogado y su ética profesional, “ambas sacrificadas por la narrativa iusfilosófica, especialmente por la positivista” (p. 29).

En el segundo capítulo se ocupa de un autor muy influyente para la consolidación del iuspositivismo como paradigma dominante en Italia. Me refiero a Norberto Bobbio, figura central en la renovación de la filosofía del Derecho también en España, cuya prolífica obra abarca alrededor de setenta años. Aquí, el primer escollo a superar es el dominio de una obra tan compleja como dilatada. Massimo La Torre nos sugiere organizar el trabajo del profesor turinés en tres periodos: sus comienzos, en donde hay una impronta husserliana e idealista importante; su etapa “aurea”, donde encontramos su escrito “Scienza del diritto e analisi del linguaggio”, que, afirma, funda la moderna escuela positivista analítica italiana; y una tercera época, tanto de abandono de su neopositivismo como de franca sociologización de su trabajo. Las razones que se añaden aquí a la crisis del positivismo jurídico tienen que ver con dos órdenes de consideraciones. En primer término, el giro sociológico de “Dalla struttura alla funzione” patentiza el abandono de los márgenes kelsenianos en los que Bobbio se había conducido al estudiar la función promocional del Derecho, un tema de primer orden en el marco del Estado social en el que el componente teleológico o valorativo es central. La segunda cuestión radica en su atenuación de la distinción entre “ser” y “deber ser”. En concreto, al reconocer una dimensión prescriptiva de la ciencia jurídica o metajurisprudencia. En última instancia, el conocimiento presupone la pregunta sobre la cualidad de bondad o maldad intrínseca a su objeto, algo problemático para la *Wertfreiheit*

iuspositivista. Ahora bien, observa el profesor de Catanzaro que en el tránsito del Derecho a la teoría política hecho por Bobbio no hay espacio para la filosofía moral, pues permanece encerrado entre el análisis conceptual y la historia de las ideas políticas, postura que La Torre entiende idiosincrática a la filosofía italiana de la que el turinés fue actor y protagonista.

El siguiente paso en la historia argumental es analizar la respuesta dada por Hart al desafío de Dworkin, concretamente, en el *Postscript*. En opinión de La Torre en ese trabajo hay, de forma paradójica, un acercamiento a las versiones más radicales del escepticismo frente a las reglas toda vez que predica la primacía del juez como operador jurídico desvinculado del Derecho, el “Judex Rex”. En efecto, una de las consecuencias que se siguen de afirmar el “positivismo jurídico suave” consiste en asumir una tesis de la incompletitud del sistema jurídico y no únicamente sobre los casos difíciles. Allá donde el Derecho no llega —y no puede llegar por la porosidad del lenguaje—, encontraríamos la discrecionalidad pura del juzgador, no una actividad justificativa. Con ello el autor de los *Essays in Jurisprudence and Philosophy* “desdibuja” la noción de vaguedad en la de laguna legal generando no pocos problemas. Si en la primera podemos todavía argumentar en favor de una interpretación entre las disponibles, en la laguna, por el contrario, todo sería discrecionalidad. En opinión de La Torre, Hart termina asumiendo una postura decisionista que es contraria, al menos en la tradición continental europea, al Derecho positivo y su práctica: en casos de vaguedad, o incluso de lagunas, los ordenamientos jurídicos no autorizan acudir directamente a los principios sino al propio sistema a través de la analogía. Todo lo anterior resulta sorprendente viniendo del autor que denunciara la “pesadilla” a la que nos abocaba el juez realista como amenaza para el principio de división de poderes. Otro aspecto digno de mención es que, frente al desafío dworkiniano, Hart pareció acudir al expediente de separar la teoría del razonamiento jurídico de la teoría de la naturaleza del Derecho, algo que para el autor del libro tiene consecuencias desastrosas. Seguir este camino, en opinión de La Torre, aboca al iuspositivismo a la irrelevancia toda vez que lo distancia de las prácticas jurídicas concretas.

El capítulo cuarto trata de la obra de Neil MacCormick y Ota Weinberger. Considero que el tratamiento que hace el Catedrático de Catanzaro del primero sólo se entiende si tenemos presente que, para él, MacCormick no fue un revisionista más del legado de Hart sino su heredero auténtico. Y lo fue, porque en su *Legal Reasoning and Legal Theory* desarrolló una teoría del razonamiento jurídico más satisfactoria que la expuesta por aquél. El escocés

además hizo una contribución central al clarificar que es posible distinguir dos perspectivas dentro del “punto de vista interno”: una “cognitiva”, como participante que comprendiendo las normas no les reconoce un carácter vinculante o moral, y otra “volitiva”, que sí lo hace. Otro aspecto destacado tiene que ver con el anclaje ontológico que da MacCormick al Derecho, como “hecho institucional”, apoyado en la distinción de J. Searle, y desde la cual critica la “falacia imperativista”. En fin, también encontramos en su trabajo argumentos contra la visión soberanista o estatalista presente en no pocas teorías iuspositivistas. Por otra parte, de Ota Weinberger destaca su crítica a la noción imperativa de la norma como mandato, tan querida por Kelsen, quien en su etapa de la *Allgemeine Theorie der Normen*, llegó a sostener que la lógica no es aplicable al Derecho. Frente a esto, Weinberger desarrollará una lógica deóntica dando una base ontológica más robusta al Derecho predicando un principio de “co-validez”. Para evitar la deriva decisionista del iuspositivismo, dicho autor va a integrar “forma”, “historia” y “voluntad” concibiéndolos como elementos coordinados. Con todo, para La Torre, el así llamado neoinstitucionalismo tiene un límite importante: la “trivialización del significado de actitudes normativas”, misma que puede ejemplificarse en las críticas formuladas por MacCormick (pp. 110-1) a la “pretensión de corrección” de R. Alexy. Mientras los autores afines no se ocupen de la fundamentación de los discursos prácticos, el neoinstitucionalismo seguirá siendo un proyecto incompleto para el italiano (p. 114).

Otro signo inequívoco de crisis para Massimo La Torre es la fragmentación que el iuspositivismo hartiano sufrió tras los embates de Dworkin. En el Capítulo 5 del libro se habla de una “Defensa de la ortodoxia” para referirse al positivismo jurídico “excluyente” de Joseph Raz y su articulada defensa de la tesis de las fuentes sociales. Como ya se señaló, el precio que se paga con dicha estrategia es repudiar el carácter hermenéutico del concepto de Derecho. Bien porque se retorne a un esencialismo en la noción de autoridad legítima, bien porque se expulsa de la naturaleza del Derecho al razonamiento jurídico, lo que resulta fatal para la teoría. El “incorporacionismo”, al conceder que los principios morales *puedan* incluirse en la regla de reconocimiento, termina por comprometer la tesis de las fuentes sociales, haciendo difícil distinguirlo de la postura dworkiniana. Además de ser una doctrina “parochial”, el verdadero problema del incorporacionismo, en opinión de La Torre, es que no se toma los principios jurídicos en serio, cuya naturaleza *a la vez* moral requiere de argumentación práctica, y no puramente teórica, en su aplicación. Por su parte,

el positivismo “normativo” o “ético”, al apelar a valores como la certeza o seguridad jurídica, al defender el ideal del imperio de la ley y la dignidad democrática de la legislación, se aleja de la perspectiva *Wertfreiheit* positivista para acercarse a su versión “ideológica”. Llegados a este punto, el último expediente visitado en este capítulo es el reposicionamiento de la “coerción” como elemento nuclear de la experiencia jurídica. En efecto, la tesis del “Derecho como fuerza” ha sido defendida recientemente por F. Schauer, pero resulta mucho más problemática de lo que a primera vista parece. Contra esta opinión, en *Il diritto contro se stesso* se defiende una posición antiautoritaria relegando la coacción a elemento secundario, un *pis aller*, más no la esencia del Derecho. Entre otras razones, porque desde esa visión se propugna una antropología determinada, la del *bad man*. Todo lo anterior resulta desenfocado para La Torre pues entiende que la función primordial del Derecho, si es que alguna tiene, siguiendo en este punto a H.L.A. Hart, es la de proporcionar una guía de conducta para el *puzzled man*, para el “hombre confundido”.

La insatisfacción del paradigma positivista tampoco lleva a nuestro autor a asumir alguna doctrina del Derecho Natural, que, al proponer una relación entre una teoría ideal y normativa fuerte, pueden etiquetarse también como “idealismo jurídico”. En mi opinión, aquí encontramos una de las contribuciones más interesantes de Massimo La Torre al distinguir dos versiones contemporáneas del iusnaturalismo haciendo una analogía con el positivismo jurídico. La primera es la “excluyente” según la cual el principio moral que da validez a una regla de conducta no necesita proceso de deliberación colectiva concreta alguno. Esto sucede, por ejemplo, con los siete “bienes básicos” de John Finnis, quizá el teórico vivo más importante asociado a la tradición católico-tomista del iusnaturalismo; o con el *Principle of Generic Consistency* de Alan Gewirth asumido por de Deryck Beylveeld y Roger Brownsword. Con este principio la llamada “Escuela de Sheffield” da una naturaleza moral fortísima a su *Grundnorm*, no meramente “hipotética”, siendo por ello los iusnaturalistas más radicales para nuestro autor. La segunda versión es la “incluyente”. Aquí, la determinación de la regla de conducta válida derivada de tales principios no puede hacerse sin mediar un ejercicio de deliberación pública positiva. Ejemplos de este tipo de doctrina las encontramos en Robert Alexy o Jürgen Habermas dada la impronta discursiva de sus respectivas teorías. Como se sabe, para Alexy existe una conexión conceptual entre Derecho y moral. Pero se trata, a diferencia de la Escuela de Sheffield, de una conexión débil o “cualificante”. La misma se

establece por medio de una “pretensión de corrección” inherente al punto de vista interno o de los participantes. Aquí los principios morales tienen una esencia procedimental, necesitan hacer referencia a una práctica concreta de deliberación. En este apartado el lector encontrará ideas muy sugerentes y con muchas implicaciones.

La doctrina de Carlos Nino se aborda en el capítulo 7. Lo que el argentino niega al iuspositivista, afirma La Torre, es la dignidad de ser el paladín de la “Ley de Hume”, la imposibilidad de derivar enunciados normativos de aserciones descriptivas. Su “teorema fundamental de la filosofía del Derecho” plantea que las normas jurídicas, por sí mismas, son incapaces de constituir auténticas razones para la acción; a menos de que puedan referirse, o reconducirse, a juicios morales. El paradigma iuspositivista, que conceptualiza el Derecho desde una perspectiva factual (un comando, una práctica o un texto), no es capaz de dar soporte al contenido deóntico presupuesto por él mismo, pues “un hecho puede ser, cierto, la causa de una conducta, pero no puede constituirse en una razón” (p. 172-3). No puede hacerlo, so pena de violar la falacia naturalista. Contra lo que solemos dar por hecho, nos dice el profesor de Catanzaro, ese *approach* avalorativo es fuertemente prescriptivo: el positivista “a menudo no se abstiene de decirnos qué es obligatorio y correcto para un caso determinado”. En última instancia, el carácter excluyente de las normas, como son asumidas por el iuspositivista –i.e., “dogmas”–, supone una tesis poco cognitiva sino “abrumadoramente normativa, ciertamente moral y, de forma probable también política” (p. 178-9). Nino toma dos nociones centrales para salir de ese *cul-de-sac* al que aboca el iuspositivismo: la tesis del caso especial de R. Alexy y la idea de la “chain novel”, esto es, asumir que el Derecho es una gran obra colectiva, próxima a la integridad dworkiniana. En tales coordenadas, la democracia en su versión deliberativa aparece reforzada en el esquema del argentino, pues, en materia moral, supone aplicar a los criterios de justicia una racionalidad intersubjetiva, “dialógica”. Con todo, es censurable que Nino termine propugnando una pretensión excesiva con su defensa del carácter epistémico de la democracia, una deriva “jacobina”, que no es necesaria para la “tesis del caso especial”. Por ello, La Torre nos sugiere que la tesis democrática de Nino sea interpretada en términos de una situación intersubjetiva de justificación de las normas comunes de conducta en donde se reconozca la autonomía moral de todos (p. 190).

El siguiente capítulo habla del “neoconstitucionalismo” de dos autores italianos. Un tanto idiosincrático, el tratamiento que hace de Gustavo

Zagrebel'sky y Luigi Ferrajoli se aparta de algunas interpretaciones que ambos han recibido. En primer lugar, puede decirse que el "neoconstitucionalismo" para Massimo La Torre se sintetiza en la idea de "rematerialización del Derecho positivo". Para teorizar dicho paradigma se parte de la importancia de la jurisprudencia constitucional o la pérdida de centralidad de la ley como fuente del Derecho. En el "diritto mite", además, la experiencia jurídica pierde muchos de sus rasgos del pasado: ya no es el mandato, la sanción o la soberanía lo que resulta la esencia de lo jurídico, sino que pasan a mero accidente. Por el contrario, lo que se coloca en el centro de atención viene a ser la *mitezza*, la progresiva reducción de la violencia, la discursividad o la razonabilidad (p. 194). Y aquí es donde la lectura se vuelve penetrante: en su opinión, Zagrebel'sky no ofrece base alguna para racionalizar el fuerte contenido normativo presupuesto en el paradigma mismo, toda vez que asume tesis subjetivistas en materia metaética o, incluso, porque no proporciona una base lógica y conceptual a la distinción entre principios y valores (que teoriza próximo al nihilismo schmittiano). Por su parte, la empresa de Luigi Ferrajoli también puede considerarse "neoconstitucional" siempre que no se asocie al principalismo. Mejor, y como he dicho en otro lugar, se trata de una doctrina desde y para del Estado constitucional. En su núcleo encontramos el "declive de la soberanía" (p. 205), que, a través del principio de legalidad, cambia la configuración del Estado de ser un órgano del monopolio de la violencia a una estructura lógica de derechos, deberes y competencias, que minimizan su dimensión coercitiva (Ferrajoli, no debemos olvidar, es un campeón del Derecho Penal "mínimo"). Pero su conceptualización del nuevo paradigma o mutación del Derecho presenta también problemas. Por ejemplo, su definición formal de derecho fundamental, la pretensión de completitud de su teoría (Ferrajoli, dice La Torre, es "panjuridicista") o la reivindicación del carácter prescriptivo de la ciencia jurídica. Nuevamente encontramos tesis que difícilmente resultan compatibles con el paradigma iuspositivista en ambos, pues su relación con él es, por lo menos, ambigua.

La riqueza del libro se acerca a su final abordando la doctrina de Martii Koskenniemi sobre la historia o los conceptos jurídicos y que titula "postmodernismo". Entiende La Torre que el postmodernismo se caracteriza por tener a las ideas como meros utensilios al servicio de intereses espurios, esto es, falsa conciencia e ideología. En el caso del autor finlandés los conceptos no son meras "técnicas de representación" de enunciados atómicos a la manera del primer Ludwig Wittgenstein. Más bien, nos dice el profesor de

Catanzaro, son los conceptos, en tanto frases primitivas o elementales, “contra las que se estrellan todos los intentos posteriores de análisis o reducción”. Y esto es particularmente cierto en el caso del concepto de Derecho, por lo que “la historia de las ideas se convierte en una teoría de la naturaleza del Derecho” (p. 215). En mi opinión, además de ser este el capítulo más denso de toda la obra, el punto central para el concepto de Derecho es que la falta de objetividad de los reclamos de justicia o razonabilidad invocadas con frecuencia en el ámbito jurídico para Koskenniemi no son sino mera “operación apologética”, que encubrirían “la más prosaica y espuria razón de Estado”. Es decir, hay una tensión en la obra del finlandés una tesis sociológica y una tesis ética; una dialéctica entre “apología” y “utopía”. Esto es notable en el ámbito al que proyecta sus reflexiones, el Derecho Internacional, en donde la normatividad parece comprimirse en favor de la factualidad. Sin embargo, el autor deja abierta la posibilidad de cierta trascendencia de contenido ideal. En última instancia, va a ser una forma de positivismo suave, el trabajo ordinario de los operadores jurídicos y sus virtudes profesionales las que podrían reconducir a una etapa “un poco más digna” en las relaciones internacionales. Esta deconstrucción postmoderna, según La Torre, acaba por confiar nuevamente el destino en la práctica jurídica de la que se había señalado la dialéctica ineludible entre apologética y utopía.

En el apéndice que cierra el libro, el profesor La Torre se ocupa del legalismo como filosofía del Derecho y la ética de las profesiones jurídicas que le acompaña siendo Francisco Laporta y Liborio Hierro sus interlocutores, respectivamente. Como se recordará, en *El imperio de la ley* Laporta articuló una sofisticada defensa del legalismo partiendo del principio de la autonomía personal. A través de la promulgación de normas entendidas como reglas, la ley es, a un tiempo, instrumento de control y de distribución del poder, permitiendo también articular el problema de la autoridad del Derecho. Previsibilidad, seguridad, división de poderes, democracia, etc., están en el centro de la apuesta de Laporta por el imperio de la ley como un ingrediente de una teoría de la justicia. Pues bien, sin escamotear algunos méritos que dicho ideal representa, La Torre encuentra varios problemas en su propuesta. Me refiero a dos. En primer término, la idea de regla entendida *a là Raz* como razón de segundo orden, excluyente, perentoria, independiente de contenido se caracteriza por cancelar el razonamiento autónomo del agente. El comando, al ser “sordo” e “insensible” a las razones o al “sentido” de lo ordenado, parece incompatible con el ejercicio mismo de la libertad humana. En segundo lugar, porque se

mantiene muy próximo al prescriptivismo, a la idea de que el Derecho sobre todo es regulativo más que constitutivo. Finalmente, el legalismo promueve una específica ética del abogado. Aquí el trabajo de referencia es el de Liborio Hierro, para quien el jurista, en materia deontológica, no sólo es, sino que *debe ser* parcial. Debe asumir una ética de la tolerancia que le permita reconocer la dignidad de su contraparte. Pero esta posición de la “moral-amoralidad” resulta escasamente convincente para el autor italiano.

Como ha podido observar el lector, la panorámica ofrecida por La Torre en este libro viene a enriquecer la bibliografía de que disponemos en el ámbito de la teoría y filosofía de Derecho contemporánea. Y lo hace porque en su recorrido hay espacio para otras escuelas o filósofos del Derecho más allá de la estrecha nómina angloamericana. De igual manera, la apuesta del autor va en el sentido de que la práctica o los operadores jurídicos (abogados, ciudadanos, etc.) tengan un papel central en la conceptualización del Derecho. Sobre todo, porque ya no podemos expulsar del recinto de la experiencia jurídica la referencia a una normatividad fuerte, a valores, principios, criterios morales o “políticos”, porque ellos están en la naturaleza misma del Derecho (p. 228). En mi opinión, el haber expulsado la referencia a principios y valores constituye para Massimo La Torre el “pecado original” del positivismo jurídico. Y retomando los motivos de S. Romano, podemos advertir cierta predilección del profesor de Catanzaro por una forma aproximarse al Derecho con elementos sociológicos importantes, construida desde lo público o con una clara dimensión discursiva. Sin embargo, nuestro autor es consciente también de que la interna pretensión de justicia del Derecho puede volvérselo en su contra en la realidad de los hechos, o que la normatividad fuerte que defiende puede ser enmascarada con pura ideología, por doctrinas autoritarias, cuando no por cierto platonismo. Es plenamente consciente de ello, pero no recula en su apuesta cuando concluye lo siguiente: las normas jurídicas al momento de su aplicación requieren de razones y las razones de teoría. El Derecho, por tanto, es su filosofía (p. 228). Esto, nos dice el autor del *Il diritto contro se stesso*, puede negarse, pero al hacerlo, al negar su naturaleza eminentemente práctica o filosófica, nos encontramos que hemos dado un vuelco al Derecho, confrontándolo contra sí mismo.

FRANCISCO M. MORA-SIFUENTES
Universidad de Guanajuato, México
e-mail: fm.mora@ugto.mx