

La filosofía jurídica actual. De los años setenta a fines del siglo XX

Carla Faralli

Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Bolonia.

SUMARIO: I. La crisis del positivismo jurídico.—II. La apertura de la Filosofía del Derecho a los valores ético-políticos.—III. La apertura de la Filosofía del Derecho a los hechos.—IV. Los estudios sobre el razonamiento jurídico.—V. Gli studi di logica giuridica.—VI. Nuevas fronteras para la Filosofía del Derecho.

Guido Fassò, como se ha visto¹, termina la reseña de los estudiosos de Filosofía del Derecho de su tiempo, revelando la diversa naturaleza de esta exposición, en la cual la historia de la filosofía del derecho era una «mera y sumaria crónica», y enunciando algunos criterios que le habían guiado en la redacción. Declara haber recordado «los nombres más significativos, representativos de las orientaciones más ampliamente compartidas» (y también de «haber expuesto solamente algunos aspectos, prescindiendo de otros menos característicos») y de haber trasladado los «estudiosos más jóvenes, cuya producción está aún adqui-

¹ Este artículo es continuación de la segunda parte, «*Historia de la filosofía del derecho. III. Siglos XIX y XX.*» de Guido Fassò. Carla Faralli agradece a Silvana Castignone, Vincenzo Ferrari y Enrico Pattaro la puntual revisión del texto y las valiosas sugerencias. Agradece también sus contribuciones a Alberto Artosi, Francesco Belvisi, Stefano Berteza, Giorgio Bongiovanni, Alessandra Facchi, Marina Lalatta Costerbosa, Massimo La Torre, Antonio Rotolo, Giovanni Sartor, Annalisa Verza, Silvia Vida, Gianfrancesco Zanetti. Traducción al español del Dr. Juan Antonio Martínez Muñoz.

riendo forma o cuya personalidad no está suficientemente definida en comparación con la de sus maestros».

Al proponerme continuar la «crónica» de la Filosofía del Derecho contemporánea, con referencia al período que va de los años setenta a fines del siglo XX, entiendo que debo explicitar con carácter preliminar que me atengo a los mismos criterios anunciados por Fassò.

Quiero por otra parte subrayar que en los últimos treinta años se han producido en la Filosofía del Derecho transformaciones tan profundas que cambian radicalmente el panorama de los estudios.

En primer lugar se ha asistido a una progresiva disolución de las escuelas y de las orientaciones consolidadas, la distinción clásica entre iusnaturalismo, positivismo y realismo jurídicos que durante mucho tiempo parecieron orientar las posiciones de los diversos autores, si bien de manera un tanto esquemática y forzada. Esto no quiere decir que hayan desaparecido el iusnaturalismo, iuspositivismo o realismo jurídicos: el primero tiene un representante de relieve en John Finnis; al segundo están ligados, de modo diverso, a autores como Neil MacCormick, Ota Weinberger, o Joseph Raz; al tercero lo reclaman los exponentes de los *Critical Legal Studies*, del análisis económico del Derecho, por la jurisprudencia feminista, pero son autores que prescinden de tal orientación, en el sentido de que no son reconducibles a ella, pero no porque se adhieran ni porque la critiquen, sino simplemente porque se ocupan de investigaciones nuevas.

Una característica ulterior del debate iusfilosófico contemporáneo es, pues, la notable ampliación del ámbito temático: junto a la problemática tradicional, que va de la teoría de la justicia a la ciencia jurídica, de la teoría de la norma a la teoría del ordenamiento, el filósofo del derecho está hoy bastante más ocupado en el tratamiento de cuestiones específicas que lo sitúan al lado del filósofo moral, del filósofo político, del informático, del médico, del sociólogo.

En tercer lugar el debate filosófico-jurídico se ha internacionalizado y abierto a la creciente influencia de la cultura angloamericana.

Sobre todo, este último aspecto ha tenido consecuencias relevantes en la Filosofía del Derecho italiana, caracterizada en la primera mitad del siglo XX, esto es, en el período de predominio del idealismo, por una cierta rareza respecto de las culturas jurídicas extranjeras, excepción hecha de la alemana.

A mediados de siglo, como Fassò delinea en la primera parte del libro (Capítulos §§ 1 y 2), comienza la decadencia del idealismo y su escisión en dos direcciones: el marxismo y el espiritualismo católico². Poco se mantiene hoy de esas orientaciones.

Con el espíritu de Giuseppe Capograssi que, en polémica con el idealismo, abre los estudios jurídicos a la experiencia, se introducen en el debate italiano «si bien desde

² Inicialmente próximos al marxismo, algunos filósofos del derecho italianos como DOMENICO CORRADINI BROUSSARD, EUGENIO RIPEPE y DANILO ZOLO se destacan por expresar las posiciones originales.

CORRADINI (n. 1942) ha orientado sus intereses en temas inherentes a la construcción del sujeto y al orden simbólico, a través del estudio de autores como NIETZSCHE, JUNG y FOUCAULT (cfr. D. CORRADINI, *Croce e la ragion giuridica borghese*, Bari, 1794; *Storia, archetipi e soggettività*, Milano, 1980; *Il centro e l'anello: filosofia dello Stato: Hegel, Marx, Croce*, Milano, 1988; *Miti e archetipi: linguaggi e simboli della storia e della politica*, Pisa, 1992).

RIPEPE (n. 1943) ha enriquecido la propia reflexión sobre el Estado a través del estudio de eminentes teóricos elitistas de la política (Michels, Mosca, Ortega y Gasset, Pareto) para dedicarse más recientemente al tema de la constitución y de sus modificaciones (cfr. E. RIPEPE, *Gli elitisti italiani*, Pisa, 1974; *I conti col marxismo*, Milano, 1982; *Alla ricerca della concezione marxista del diritto*, Torino, 1987; *Riforma della Costituzione o assalto alla Costituzione*, Padova, 2000).

ZOLO (n. 1936), combinando la teoría del conocimiento de origen empirista (Neurath) con la sistemática de Luhman, ha elaborado una epistemología reflexiva de la complejidad que permite tratar, en perspectiva realista, los temas de la democracia y de la ciudadanía y la crítica de la guerra y del gobierno de la sociedad mundial cosmopolita (Cfr. D. ZOLO, *Complessità e democrazia: per una ricostruzione della teoria democratica*, Torino, 1987; *Il principato democratico: per una teoria realistica della democrazia*, Milano, 1992; *Cosmopolis: la prospettiva del governo mondiale*, Milano, 1995; *Il signori della pace: per una critica del globalismo giuridico*, Roma, 1998; *Chi dice umanità: guerra, diritto e ordine globale*, Torino, 2000).

El espiritualismo católico, en cambio, ha inspirado las reflexiones de DOMENICO COCCOPALMERIO (n. 1940) (pueden verse, particularmente, *Il tesoro giuridico: persona umana, ius e lex*, Padova, 1988; *Fortitudo iuris: persona e diritto*, Trieste, 1989) y de FRANCESCO MERCADANTE (n. 1926) (cfr. *Il regolamento della modalità dei diritto*, Milano, 1974 y *La democrazia plebiscitaria*, Milano, 1974).

una posición personalísima» —como subraya Fassò (en la parte primera, § 3)— temas que hasta entonces habían venido madurando en el ámbito de las concepciones antiformalistas, y que han sido continuados sobre todo por Enrico Opocher.

Opocher desarrolla un «perspectiva procesual del derecho» estrechamente ligada a la axiología o filosofía de los valores. Él concibe el derecho como valor «en cuanto todo su aspecto viene vivido y detenido por la conciencia del sujeto». Pero la experiencia jurídica no se agota en una perspectiva subjetivista, encuentra una objetivación en el proceso: la controversia es efectivamente el nudo en torno al cual se constituye toda la experiencia jurídica. El valor del Derecho consiste en «hacer valer», precisamente en la capacidad de explicitar a través del proceso principios dotados de características intrínsecas tales que una posición subjetiva se hace válida incluso para los otros, de forma duradera, y adquiere valor en tal sentido³.

A la profundización de los temas del maestro, cada uno siguiendo sus propias líneas de investigación, han contribuido los alumnos de Opocher, en particular Francesco Cavalla, Francesco Gentile e Franco Todescan⁴.

El iusnaturalismo, que también en Italia había encontrado en la posguerra un renovado consenso, no sólo entre los filósofos, sino también entre los juristas, como se ha dicho en la primera parte de este capítulo (véase § 7), en el debate de los últimos treinta años ha continuado siendo el punto de referencia de varios autores, pero con un anclaje especulativo muy profundo.

³ Cfr. en particular, E. OPOCHER, *Analisi dell'idea di giustizia*, Milano, 1977 y *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1984.

⁴ FRANCESCO CAVALLA (n. 1939) sostiene que la perspectiva del maestro encuentra su más fecundo y necesario desarrollo en el estudio de la aplicación de la dialéctica en la controversia judicial (cfr. F. CAVALLA, *La pena come problema*, Padova, 1979; *La prospettiva processuale del diritto*, Padova, 1991).

FRANCESCO GENTILE (n. 1936) ha desarrollado sobre todo los temas de la irracionalidad y arbitrariedad del poder (cfr. por ejemplo F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano, 1984).

FRANCO TODESCAN (n. 1944) se ha situado, en cambio, sobre la vertiente de los estudios de historia del pensamiento jurídico.

En particular Sergio Cotta ha desarrollado, como él mismo ha definido, con ecos heideggerianos y husserlianos, una «ontofenomenología» del Derecho. que tiene su eje en el reconocimiento de la conexión intrínseca e ineliminable entre el vivir existencial, que constituye la «estructura ontológica» del ser humano, y la conciencia en la cual actúa la dimensión de la juridicidad. La naturaleza del hombre, un equilibrio entre finitud y necesidad de infinitud, síntesis de finito e infinito, da razón de su fundamental relacionalidad, entendida como natural coexistencialidad, esto es, como «ineliminable exigencia estructural de la misma conciencia personal». Sobre esta concepción antropológica apoya la idea de un Derecho natural, entendido no como Derecho ideal, sino como un sistema de principios cuya inobservancia haría imposibles las relaciones coexistentiales⁵.

La perspectiva existencialista del pensamiento de Cotta ha sido continuada, en diversas direcciones, por sus discípulos, particularmente Bruno Romano, Francesco D'Agostino y Bruno Montanari⁶.

En la vertiente laica y racionalística (ver parte primera, § 9), es determinante para el desarrollo del debate actual el papel desarrollado por Renato Treves y Norberto Bobbio.

El primero, partiendo del neokantismo y de Kelsen —que está entre los primeros en darlo a conocer en Italia— ha sido «uno de los protagonistas del renacer de la sociología» y el «pionero», para usar la expresión de Bobbio, de la Sociología del Derecho, de la cual, por otro lado,

⁵ Cfr. en particular S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano, 1981; *Diritto, persona e mondo umano*, Torino, 1989; *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofeneomenologia giuridica*, Milano, 1991.

⁶ Entre las obras más significativas de BRUNO ROMANO (n. 1942) están: *Il riconoscimento come relazione giuridica fondamentale*, Roma, 1983; *Soggettività, diritto e post-moderno*, Roma, 1988; *Relazione con gli altri e fenomenologia del diritto*, Roma 1989; *Senso e differenza nomologica*, Roma, 1993; *Ortonomia della relazione giuridica: una filosofia del diritto*, Roma, 1997.

Entre las obras más significativas de BRUNO MONTANARI (n. 1947) se hallan *Filosofía e diritto*, Bari, 1986; *Itinerario di filosofia del diritto*, Padova, 1999.

FRANCESCO D'AGOSTINO se trata más adelante.

al igual que Fassò, no nos ocuparemos en esta sede, al haber llegado a ser una disciplina completamente autónoma respecto a la Filosofía del Derecho.

El segundo ha favorecido el paso de la filosofía jurídica italiana de influencia alemana, de la cual él mismo está fuertemente influido, a la anglosajona, introduciendo y defendiendo la problemática de la filosofía analítica.

No se debe olvidar que Italia mantiene una rica tradición de estudios sobre la Historia de la Filosofía del Derecho, ámbito al cual han contribuido casi todos los filósofos del Derecho italianos como resulta, por otra parte, de los apéndices bibliográficos a los tres volúmenes de la *Historia de la Filosofía del Derecho* a la que se remite.

I. LA CRISIS DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Una posible clave de lectura para facilitar la comprensión del debate filosófico-jurídico contemporáneo tan especializado, fragmentado y fluido⁷, y para individuar en él, con una cierta aproximación, dos directrices, que nacen de la crítica del modelo positivista, que entró en crisis a finales de los años sesenta.

Tal modelo, dicho muy esquemáticamente, parafraseando a Norberto Bobbio, es, como es sabido, el de una teoría formal del Derecho, esto es, de una teoría que estudia el Derecho en su estructura normativa, independientemente de los valores a que esta estructura sirve y del contenido que encierra.

⁷ Son útiles instrumentos en lengua inglesa, a nivel manualístico, para la reconstrucción del debate contemporáneo, entre otros, J.W. HARRIS, *Legal Philosophies*, London-Edimburgh-Dublin, 1997; J.E. HERGET, *Contemporary German Legal Philosophy*, Philadelphia, 1996; H. MCCOUBREY-N.D. WHITE, *Textbook on Jurisprudence*, London, 1993.

En lengua italiana pueden verse M. BARBERIS, *Filosofia del diritto*, Bologna, 2000, pp. 175-213 y G. ZANETTI (a cura di), *Filosofì del diritto contemporanei*, Milano, 1999 (mi introducción y contribución a aquel volumen avala la elaboración de las partes correspondientes del presente texto y me remito a aquél para un tratamiento más amplio).

Se apoya y relaciona inicialmente con la teorización de los científicos sociales del XIX que sostienen el carácter avalorativo de las ciencias sociales y la imposibilidad estructural de hallar criterios de juicio de orden moral para decidir en Derecho y en Política y, después, en la primera mitad del siglo XX, en la filosofía analítica que, en el tema de los valores, desarrolla una metaética no-cognoscitivista, afirmando, la imposibilidad de su conocimiento objetivo.

El debate contemporáneo ha puesto en crisis los dos aspectos sobre los que se apoyaba el positivismo jurídico, determinado la apertura de la Filosofía del Derecho, por un lado, al mundo de los valores ético-políticos y, por otro, al mundo de los hechos.

El post-positivismo puede comenzar, con una cierta aproximación, bajo el primer perfil, con la crítica de Ronald Dworkin a Herbert Hart, recogida en el volumen, de 1977, *Taking Rights Seriously*⁸ y, bajo el segundo, con la elaboración neoinstitucionalista de Ota Weinberger y Neil MacCormick, que han encontrado salida en el volumen conjunto de 1986 *An Institutional Theory of Law*⁹.

La premisa de la teoría neoinstitucionalista de MacCormick (n. 1941) y Weinberger (n. 1919) está constituida por el reconocimiento de la inadecuación del positivismo, que emplea nociones «ideales» puestas fuera del mundo del «ser» y pierde de vista el hecho de que el Derecho está profundamente inmerso en la realidad.

«Lo que nos proponemos desarrollar —afirman los dos autores— es una historia institucionalista del Derecho que explica y da cuenta de la existencia de normas, instituciones jurídicas y otros objetos similares y que evite, de un lado, las trampas del idealismo, contra el cual la razón realista y materialista ha objetado siempre y, de otro lado,

⁸ Cfr. RONALD DWORKIN *Taking Rights Seriously*, London, 1977 (trad. it. parz., *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982).

⁹ Cfr. NEIL MACCORMICK-OTA WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht, 1986 (trad. it., a cura di M. La Torre, *Il diritto come istituzione*, Milano, 1990).

no caiga en la emboscada del reduccionismo, riesgo al que las teorías realistas están siempre expuestas», resolviendo el Derecho en una serie de comportamientos individuales y perdiendo de vista el elemento normativo, esencial al fenómeno jurídico¹⁰.

Para MacCormick y Weinberger el Derecho se sitúa sobre el plano de los hechos, pero no de los hechos en bruto, como conjunto de «zapatos, naves, lacres o flores», sino sobre el plano de los «hechos institucionales». Estos últimos constituyen una categoría especial de hechos, que tienen una dimensión propia y dignidad ontológica, paralela, por así decir, a la dimensión de los hechos en bruto, en cuanto traen su origen de la regla constitutiva. Lo que distingue las reglas jurídicas en el vasto ámbito de los hechos institucionales es el ser la norma jurídica funcional para fines particularmente relevantes para la sociedad, como la protección de la vida y de la seguridad de los asociados y la distribución de los bienes, inevitablemente insuficientes para satisfacer completamente las demandas de todos los asociados.

Dworkin (n. 1931), por otra parte, en polémica con la tesis hartiana de la separación entre el Derecho y la Moral, sostiene que los ordenamientos jurídicos no pueden ser reducidos a meras estructuras normativas y que junto a las normas (*rules*) existen los *principles*, que representan «un *standard* que debe ser observado no porque provoque o mantenga una situación (económica, política o social) deseable, sino en cuanto que es una exigencia de justicia, o de corrección o de cualquier otra dimensión de la moral»¹¹.

Los *principles* tienen una realidad heterogénea respecto a las normas, pero son complementarios de ellas en el ordenamiento jurídico: las normas son válidas en cuanto establecidas y pueden ser cambiadas sólo a fuerza de una deliberación, mientras que los principios son válidos en cuanto corresponden a exigencias morales sentidas en un

¹⁰ Ivi, p. 9.

¹¹ Cfr. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit. p. 90.

período particular y su peso relativo puede cambiar con el paso del tiempo. A estos últimos los tribunales deben recurrir para resolver los casos difíciles (*hard cases*), a los cuales no sería posible aplicar una norma sin hacer injusticia.

El momento interpretativo con el tiempo resulta el motivo dominante de la construcción de Dworkin, que en *Law's Empire*¹² resulta una teoría del Derecho como interpretación y como integridad, en el sentido que el Derecho es concebido como una actividad compleja de interpretación, pero no dejada a la discrecionalidad de los jueces, sino firmemente unida a los principios, fruto de un preciso desenvolvimiento histórico.

Eliminada así la rígida distinción entre Derecho y Moral, que había caracterizado el positivismo jurídico hasta Hart, se abre el camino hacia una filosofía del derecho normativa, impregnada de cuestiones con una fuerte proyección política y moral, en estrecha conexión con la filosofía política y la filosofía moral.

Desde el inicio de los años setenta, de otra parte, el filósofo estadounidense John Rawls (n. 1921) con su *A Theory of Justice*¹³ había relanzado la ética sustantiva y la política normativa. El objeto de dicha obra es, en efecto, individuar cuál de entre tantos asertos sociales que se pueden perseguir son justos, esto es aquellos que algún ciudadano elegiría de poder estar en condiciones de efectuar una elección absolutamente racional, más allá de sus propios intereses egoístas.

En la teoría de Rawls los principios de justicia vienen deducidos siguiendo un procedimiento contractual hipotético, que representa una nueva y refinada versión del contrato social. Tal procedimiento parte de la «posición originaria», en la cual los individuos son puestos bajo un espe-

¹² Cfr. R. DWORKIN, *Law's Empire*, London, 1986 (trad. it., *L'impero del diritto*, Milano, 1989).

¹³ Cfr. J. RAWLS, *A theory of Justice*, Cambridge, Mass, 1971, ed. rivista, Oxford, 1999 (trad. it., a cura di S. Maffettone, *Una teoria della giustizia*, Milano, 1982). Véase también J. RAWLS, *La giustizia come equità, Saggi 1951-1969*, Napoli, 1979.

so «velo de ignorancia», en el sentido de que no conocen su futura posición en la sociedad, no conocen nada de sí mismos, de su edad, de su nacionalidad, de sus condiciones sociales, de su capacidad personal, de sus posesiones materiales, etc. Son excluidas todas las consideraciones que podrían introducir elementos de falta de imparcialidad en el diálogo contractual.

Las partes en cuestión, concebidas como esencialmente racionales y en condiciones de total libertad e igualdad, «eligen conjuntamente, con un solo acto colectivo los principios que deben asignar los derechos y los deberes fundamentales y determinar el reparto de los beneficios sociales».

Tales principios son sustancialmente dos: el primero, que prevalece sobre el segundo, sanciona que toda persona debe tener un igual derecho al mayor sistema global, compatible con un sistema similar de libertad para todos; el segundo que todos los bienes sociales principales—libertad y oportunidades, rentas y riqueza y las bases para el respeto de sí mismo— deben ser distribuidas de igual modo, a menos que la distribución desigual de uno o más de estos bienes vaya en beneficio de los menos aventajados¹⁴.

La obra de Rawls, obra de un filósofo moral y político, pero centrada sobre un tema clásico de la tradición filosófico-jurídica, el de la justicia, ha tenido un fuerte impacto sobre la Filosofía del Derecho¹⁵, poniendo en crisis uno de

¹⁴ En la obra *Political Liberalism*, New York, 1993 (trad. it., a cura di S. Veca, *Liberalismo político*, Milano, 1994) RAWLS ha realizado una revisión parcial de su teoría, pasando de la idea de procedimiento contractual a la de «consenso por superposición» (*overlapping consensus*) como fundamento de los principios de justicia.

¹⁵ En Italia uno de los primeros filósofos del Derecho en poner de relieve la importancia del tratamiento de RAWLS ha sido ENRICO DI ROBILANT, autor particularmente sensible a las nuevas orientaciones metodológicas, que han conducido, entre otros, a estudios de epistemología y sobre el uso teórico y práctico de los «modelos» en las ciencias sociales (cfr. E. DI ROBILANT, *Sui principi di giustizia*, Milano, 1961; *Teoria e ideologia nelle dottrine della giustizia*, Milano, 1964; *Modelli nella teoria del diritto*, Bologna, 1968; *La configurazione delle teorie nella scienza giuridica*, Milano, 1976; *Diritto, società e persona*, Torino, 1999).

los asuntos fundamentales del positivismo, el de la convicción de la imposibilidad de un discurso racional sobre, o una teoría científica de, contenidos deontológicos.

En el mismo período, por otra parte, en Alemania, el movimiento de rehabilitación de la filosofía práctica (*Rehabilitierung der praktischen Philosophie*), representada en particular por R. Bubner, O. Höffe, K.H. Ilting, M. Riedel y J. Ritter, partiendo de la relectura de Aristóteles y de Kant, intenta de nuevo fundamentar una concepción del Derecho y de la política normativa.

Los grandes temas del debate contemporáneo son recurrentes, o mejor, en algunos casos, vuelven a ser, en una perspectiva internacional, la justicia, los derechos fundamentales del hombre, la imparcialidad o la neutralidad del Estado, enriquecidos con nuevos perfiles como los derechos de las minorías culturales, el multiculturalismo, los derechos de los animales, el derecho ambiental, el derecho del *nasciturus*, la eutanasia, etc.

También en Italia el positivismo jurídico, desarrollándose, como se ha visto en la primera parte de este capítulo¹⁶, de modo sustancialmente unitario durante los años Cincuenta y Sesenta a través del fecundo encuentro entre la Filosofía Analítica y la Teoría Pura de Kelsen entra en crisis al finalizar los años Sesenta¹⁷.

¹⁶ Ver sobre todo la parte primera, § 9, pp. 337-342 de la edición italiana.

¹⁷ El positivismo jurídico, aunque fuertemente criticado, ha continuado siendo un punto de referencia importante para estudiosos como GIACOMO GAVAZZI y ALFONSO CATANIA.

GIACOMO GAVAZZI (n. 1932), discípulo directo de BOBBIO, ha dedicado sus estudios a problemáticas teórico-formales relacionadas con la interpretación y la cientificidad de la ciencia jurídica, la coherencia del ordenamiento y las antinomias (cfr. G. GAVAZZI, *Delle antinomie*, Torino, 1959; *Norme primarie e norme secondarie*, Torino, 1967; *Lonere. Tra libertà e l'obbligo*, Torino, 1970), la profundización del pensamiento kelseniano y de las nuevas metodologías analíticas (recuérdese que GAVAZZI ha cuidado la traducción italiana de A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 1965 y de H.L.A. HART, *Diritto, morale e libertà*, Acireale, 1968). Sostiene que la teoría kelseniana debe ser depurada, purificada, de los elementos inaceptables (en primer lugar el concepto de norma) y acentuada en sus aspectos innovadores, como la consideración del elemento funcional. La concepción kelseniana, según GAVAZZI, no impide, sino más bien prevé, si bien de manera «poco satisfactoria», una perspectiva funcionalista: teoría formal y con-

En 1965 aparece *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* de Norberto Bobbio y *Cos'è il positivismo giuridico* de Uberto ScarPELLI, dos obras consideradas la síntesis de quince años de alianza entre positivismo jurídico y filosofía analítica, pero que revelan los primeros síntomas de crisis¹⁸.

En la primera, Bobbio, después de haber distinguido tres aspectos del positivismo jurídico, como ideología, como teoría del derecho y como modo de aproximarse al estudio del derecho, declara su adhesión al positivismo jurídico sólo en cuanto modo avalorativo y científico de aproximarse al estudio del Derecho, concebido como fenómeno real y no ideal¹⁹. En un artículo de dos años después, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*²⁰, Bobbio llega a dar la vuelta a la tesis por él mismo sostenida en los años cincuenta, cuando mantenía que la metajurisprudencia kelseniana era descriptiva, y sostiene que el modelo kelseniano en realidad propone también una metajurisprudencia prescriptiva de tipo estructural y formal. Bobbio concluye el ensayo poniendo de manifiesto que en la

cepción funcionalista no son incompatibles, de ahí la propuesta de una «teoría general de la función» que, manteniéndose sobre el plano formal, se abra a los aspectos funcionalistas y sociológicos bajo el ejemplo de ROSS (cfr. GAVAZZI, *Elementi di teoria del diritto*, Torino, 1970, 2ª ed, revisada, 1984).

ALFONSO CATANIA (n. 1945), teniendo sobre todo presente el pensamiento de HART realiza una crítica interna a KELSEN. Kelsenianamente mantiene firme la distinción entre *Sein* y *Sollen* y subraya cómo el concepto de ordenamiento es central para entender el Derecho, pero trata de hacer más realista la dimensión «pura» del ordenamiento, profundizando en el problema de la efectividad, en cuanto que juzga relevante para la noción de ordenamiento el comportamiento de los hombres (cfr. A. CATANIA, *Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1976; *Decisione e norma*, Napoli, 1979; *Il problema del diritto e l'obbligatorietà: studio sulla norma fondamentale*, Napoli, 1983; *Il diritto tra forza e consenso*, Napoli, 1987; *Manuale di teoria generale del diritto*, Roma, 1998).

¹⁸ Ambas obras fueron objeto de discusión en la mesa redonda sobre el positivismo jurídico celebrada en Pavía el 2 de mayo de 1966 (cfr. *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, Quaderno n. 4 della rivista «*Il politico*», 1967).

Sobre la crisis del positivismo jurídico italiano puede verse E. PATTARO, *Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi*, en U. SCARPELLI (a cargo de), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976, pp. 451-486; M. JORI, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milano, 1987; L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999, p. 88.

¹⁹ Cfr. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965.

²⁰ In «*Rivista di filosofia*», 1967, pp. 235-262.

fase actual de los estudios de ciencia jurídica se asiste a una completa inversión del rumbo y a la tendencia a una metajurisprudencia más realista, que procede de un método analítico, describiendo lo que los juristas efectivamente hacen. Y tal metajurisprudencia, estudiando lo que la jurisprudencia es, descubre que ésta no es de ningún modo descriptiva, sino que en realidad es prescriptiva, o sea, dicta los comportamientos a seguir, y, en cuanto prescriptiva, no es ciencia en absoluto.

Scarpelli, en cambio, en *Cos'è il positivismo giuridico*, arriba mencionado, se sitúa en un ángulo distinto, llegando a desplazar el modelo iuspositivista «del universo de la ciencia al universo de la actividad política».

Admitiendo la impracticabilidad de un acercamiento meramente científico al derecho, sostiene en efecto que el iuspositivismo se resuelve en la aceptación por parte del jurista del Derecho positivo, entendido como sistema de normas válidas —normas de comportamiento y normas de estructura—, puestas por la voluntad de los seres humanos, «constituido (aunque no exclusivamente) por normas generales y abstractas, coherente o reconducible a la coherencia, completo porque es exclusivo, coercitivo». En otras palabras, el positivismo jurídico comporta, según Scarpelli, una toma de posición a favor de una técnica particular de formación y de expresión de la voluntad política, técnica por la cual la voluntad política se forma a través de procedimientos regulados por normas positivas de estructura y se expresa en normas generales y abstractas.

El positivismo —escribe explícitamente Scarpelli— «es una cara de la técnica política que pretende realizar un control social mediante una producción regulada de normas generales y abstractas», una técnica política que es propia del Estado moderno²¹.

En los años siguientes —los del llamado post-positivismo— madura el viraje del pensamiento de Bobbio y Scarpelli en las direcciones indicadas en las obras citadas.

²¹ Cfr. U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965, p. 131.

En los años setenta, Bobbio se acerca a una Teoría del Derecho de tipo funcional, pensando el acercamiento necesario para adecuar la Teoría del Derecho a las transformaciones de la sociedad contemporánea. Como declara el mismo Bobbio en la introducción a una colección de escritos de aquellos años, significativamente titulada *Dalla struttura alla funzione*, la teoría formal del Derecho, orientada toda al análisis de la estructura de los ordenamientos jurídicos, ha descuidado el análisis de sus funciones. Pero el Derecho no es un sistema cerrado e independiente: es, respecto a los sistemas sociales considerados en su complejidad, un subsistema que está junto, y en parte se superpone y en parte se contrapone, a otros subsistemas (económico, cultural, político) y lo que le distingue de los otros es la función. Este descubrimiento pone en evidencia la insuficiencia de la teoría estructural y la necesidad de una «teoría funcionalista del Derecho», que se sitúe no en contraposición, sino junto a la primera²². Desde finales de los años setenta, Bobbio se ha ocupado principalmente de la filosofía política, ya sea por motivos contingentes (el paso a la cátedra de Filosofía política en la nueva facultad turinesa de Ciencias políticas), o sea por la convicción madurada de que la teoría política debe alimentar e integrar la teoría del Derecho.

En los mismos años Scarpelli orienta sus estudios sobre todo a problemas de ética y de metaética jurídica y general, a veces en forma de investigación de problemas de semiótica del lenguaje prescriptivo.

La obra más representativa de esta fase del pensamiento de Scarpelli es *Letica senza verità*. Se trata de un título emblemático que resume todo el sentido de la filosofía del autor, «el tema portador, el hilo conductor, la columna y la promesa» de todas sus investigaciones sobre la ética, como manifiesta el autor mismo en el prefacio²³. Investigaciones que están siempre inspiradas por el principio de la «gran división» entre descriptivo y prescriptivo y por la ley de

²² Cfr. N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Milano, 1977, p. 8.

²³ Cfr. U. SCARPELLI, *Letica senza verità*, Bologna, 1982.

Hume, en virtud de la cual, como es sabido, no se pueden obtener preceptos de aserciones y viceversa. De ahí que para la ética sin verdad, las proposiciones prescriptivas, a diferencia de las asertivas, no son ni verdaderas ni falsas. No puede, por tanto, se expuesta a un juicio de verdad o de falsedad, sino sólo a criterios de justificación.

En este mismo período Scarpelli comienza a ocuparse, desde una perspectiva laica, de la bioética, contribuyendo, como se dirá en el último párrafo, a la expansión entre los filósofos del Derecho de las discusiones que tienen por objeto la problemática inherente a tal disciplina.

II. LA APERTURA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO A LOS VALORES ÉTICO-POLÍTICOS

Como hemos visto en el párrafo precedente, la crisis del positivismo jurídico ha conllevado la superación de la rígida distinción entre Derecho y Moral y la consiguiente apertura del debate filosófico-jurídico contemporáneo a los valores ético-políticos. Tal apertura ha tenido varios éxitos, entre los cuales los más significativos parecen ser las denominadas teorías constitucionalísticas o neoconstitucionalismo²⁴ y la nueva teoría del Derecho natural.

1. La individuación del constitucionalismo como específica teoría del Derecho y su distinción del legalismo ha sido propuesta por R. Alexy y R. Dreier²⁵ a fines de los

²⁴ La denominación de las recientes teorías del derecho que han puesto en su centro el proceso de constitucionalización del Derecho no está todavía consolidada: se habla de «neoconstitucionalismo» (por ejemplo BARBERIS, *Filosofía del diritto*, cit., p. 203); *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, in «Ragion pratica», 2000, pp. 147 y ss.); de «teorías constitucionalísticas» (por ejemplo G. BONGIOVANNI, *Teorie «contituzionalistiche» del diritto*, Bologna, 2000); de «teorías principialistas» (cfr. A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico: el nof positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, 1998).

²⁵ R. ALEXY, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, en «Rechtstheorie», 1987; R. DREIER, *Konstitutionalismus un Legalismus*, en «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», Beiheft 40, 1991.

años ochenta a la luz del debate alemán sobre el rol del *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal constitucional federal) y la interpretación de su jurisprudencia. Mientras las teorías legalistas se han reconducido al cauce del iuspositivismo tradicional, el aspecto principal de las teorías constitucionalísticas se ha individuado en el reconocimiento de la complejidad de la estructura normativa de los sistemas constitucionales contemporáneos, que viene ligada a la introducción de principios y a la diferencia entre éstos y las reglas. La aproximación constitucionalística, como se ha indicado, viene anticipada en la concepción del Derecho como integridad de R. Dworkin, que puede ser vista como su primera y coherente formulación.

Sobre la base del análisis de Alexy y Dreier, es posible caracterizar la aproximación constitucionalística siguiendo tres orientaciones principales. En primer lugar, estas teorías proponen como centro propio la dimensión de la «corrección» moral del Derecho y afirman su no reductibilidad al Derecho válido, según la perspectiva positivista, en meros términos formales. La conexión entre Derecho y Moral viene argumentada sobre la base del proceso de discusión de los contenidos morales del Derecho expresados por los principios y por los derechos inviolables de los individuos. La presencia de los principios se traduce en la apertura del Derecho a contenidos morales y, paralelamente, determina el desarrollo de nuevas formas (haciendo balance) de las decisiones judiciales. En segundo lugar, y sobre la base de estas nuevas formas decisorias, viene subrayada la importancia del proceso de aplicación del Derecho, en particular del judicial, por su determinación dentro del sistema constitucional. En tercer lugar, en relación directa con el segundo aspecto, se evidencia, en el nivel de la estructura político-constitucional, el vínculo del legislador respecto a los principios y a los derechos constitucionales y el rol decisivo de los jueces para su actuación, incluso en contraste con las decisiones legislativas y la ley.

Las teorías que más completamente han desarrollado estos contenidos y que pueden ser consideradas como teo-

rías constitucionalísticas del Derecho son las de Dworkin y Alexy.

La reflexión de Dworkin viene construida en relación directa a la necesidad de desarrollar nuevas categorías teóricas para la comprensión de las transformaciones constitucionales de los sistemas jurídicos y, como habíamos notado, puede ser vista como aproximación constitucionalística al Derecho. La exigencia de un aparato teórico distinto encuentra pleno sentido en la concepción del Derecho como integridad que puede ser reconstruida, según los tres aspectos antes caracterizados.

El primer aspecto es el relativo a la distinción «cualitativa», esto es, de estructura, entre reglas y principios, que Dworkin sitúa en la base de su análisis. Este dato tiene para Dworkin una dimensión empírica ligada a los procesos de inclusión de los principios en los sistemas jurídicos y un aspecto teórico, ligado al problema de la obligatoriedad del Derecho. Desde el primer punto de vista, viene subrayada la progresiva relevancia de los principios en el desarrollo del derecho; desde el segundo punto de vista, la presencia de los principios en los sistemas jurídicos se pone en relación con la conexión entre el Derecho y la Moral, que debe ser realizado en la dimensión fundativa de la comunidad jurídica: esta última es legítima si expresa, a través de los derechos asignados a los individuos, la exigencia moral de igual consideración y respeto de sus miembros. La presencia de los principios corresponde por ello, primariamente, a los derechos de los individuos y representa el núcleo moral de la comunidad: esta base moral es lo que hace al Derecho obligatorio. La idea de *equal concern and respect* es el centro de la conexión entre Derecho y Moral en la concepción dworkiniana y debe hallar aplicación en las decisiones políticas y de realización del Derecho.

El segundo aspecto está unido a los procesos de interpretación y aplicación del Derecho. En este caso, el postulado de la integridad se traduce en la exigencia de que la decisión judicial sea coherente con los principios y realice el postulado de la igual consideración y respeto. La exigencia de la coherencia emerge, de un lado, en relación a

la apertura de los principios en su distinta concepción presentes en una sociedad pluralista y, de otro lado, deriva del posible conflicto entre los diversos principios situados en la base de la comunidad. La integridad, entendida como coherencia, expresa la exigencia de universalización de la decisión, es decir la de tratar a los casos iguales de modo igual. Ésta tiene para Dworkin una dimensión primariamente argumentativa, relativa a la valoración de los diversos principios aplicables (haciendo balance) y de las exigencias del caso, y representa la dimensión moral de la evolución del Derecho.

El tercer aspecto se relaciona con la posibilidad de una fundamentación relativamente objetiva de las decisiones jurídicas y de los problemas morales. Esta posibilidad viene desarrollada por Dworkin a través de la valoración crítica del escepticismo ético y la articulación de una propuesta moderadamente cognoscitiva, ligada a la dimensión argumentativa del discurso jurídico y moral. Esto conduce a la posibilidad de individuar una respuesta correcta a las diversas cuestiones que aparecen en la interpretación de los principios y de los derechos en un marco pluralista. Tal respuesta es entendida, primariamente, en la perspectiva de un método que admita llegar a decisiones fundadas en términos racionales a través del postulado de la coherencia y de la universalización de las decisiones.

La teoría dworkiniana sintetiza estos aspectos en una perspectiva que pone en el centro una visión basada sobre los derechos de los individuos (*rights based*) y sobre una concepción constitucional de la democracia, que es vista no como simple deliberación de la mayoría, sino como sistema basado sobre principios que expresan los derechos de los individuos y tienen como presupuesto la idea de igualdad, entendida como *equal concern and respect*²⁶.

²⁶ Además de las obras de DWORKIN ya citadas, para estos aspectos puede verse *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, Cambridge, Mass. 1996; *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass. 2000.

Robert Alexy (n. 1945), a su vez, intenta integrar los resultados de la tradición analítica inglesa con, en particular, la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas.

La reflexión filosófica de Habermas (n. 1929) nace, como es sabido, en los años cincuenta en la Escuela de Frankfurt, para emanciparse progresivamente hasta llegar a una plena autonomía en los años ochenta.

Con la *Teoría de la acción comunicativa*²⁷ Habermas teoriza el cambio de paradigma, el denominado giro comunicativo que caracteriza su pensamiento ulterior y, específicamente, su concepción del Derecho. Para poder comprender filosóficamente el ámbito de la acción humana y para poder asumir un punto de vista normativo respecto a él, es central el concepto de razón comunicativa. Ésta, de un lado, se contrapone a la razón instrumental y, de otro lado, profundiza críticamente la razón práctica de origen kantiano, en cuanto que indica no qué se deba hacer para obtener un determinado resultado, sino que muestra la

La reflexión política dworkiniana, aunque principalmente de matriz liberal, tiene diversos puntos de contacto con el descubrimiento del republicanismo cívico que se ha desarrollado en los Estados Unidos a partir de la segunda mitad de los años ochenta (puede verse en particular, F.I. MICHELMAN, *The Supreme Court 1985 Term. Foreword: Traces of Self-Government*, en «Harvard Law Review», 1986 y *Law's Republic*, en «Yale Law Journal», 1988; C.R. SUSTEIN, *Beyond the Republican Revival*, en «Yale Law Journal», 1988). Se trata de una corriente de interpretación de la constitución americana que subraya, tras sus valores liberales, la relevancia de la dimensión política como esfera de expresión de la libertad de autodeterminación de los individuos y en cuanto contexto en el que se alcanza el bien y los intereses comunes. El ámbito político no viene reducido, como en la perspectiva liberal, a la defensa de los derechos y a la representación de los intereses privados, sino que es visto en función de la libertad positiva de los miembros de la comunidad.

Entre las contribuciones más recientes en lengua italiana sobre el republicanismo pueden verse M. GEUNA, *La tradizione repubblicana e i suoi interpreti: famiglie teoriche e discontinuità concettuali*, in «Filosofia Politica», 1998; B. CASALINI, *Diritti, cittadinanza e costituzione repubblicana*, in «Ragion Pratica», 1999; P. PETTIT, *Il republicanesimo. Una teoria della libertà e del governo*, Milano, 2000; A. FERRARA-M. ROSATI (a cura di), *Repubblicanesimo e liberalismo a confronto*, in «Filosofia e Questioni Pubbliche», 2000.

²⁷ Cfr. J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt, 1981 (trad. it. a cura di G.E. Rusconi, *Teoria dell'agire comunicativo*, Bologna, 1986).

vía para identificar consensualmente qué normas pueden disciplinar la acción. La comunicación racional, a la cual Habermas asigna el deber de presidir la justificación de las reglas prácticas del hacer, debe observar ciertos presupuestos, como las reglas formales de la lógica en la formulación de los argumentos, la comunidad de la lengua empleada o de su traducción, o, incluso, la paridad de los participantes, su responsabilidad moral y, no menos importante, su disponibilidad a entenderse.

En la obra de 1992, *Faktizität und Geltung*, el filósofo de Frankfurt ha hecho aplicación de estas premisas al mundo del Derecho²⁸. El principio de validez del Derecho es el principio del discurso según el cual «merecen ser válidas solamente las normas que pudieran encontrar la aprobación de todos los potenciales interesados en la medida en la que éstos participan en general en discursos racionales». «En el corazón mismo del Derecho positivo» se introduce por Habermas la moral, una moral procedimental que se despoja de todos los contenidos determinados, sublimándose en un procedimiento de justificación válido para posibles contenidos normativos. Se puede hablar así de un Derecho justo sin referencia a éste o aquel contenido moral. En otras palabras, al hacerse normativo para juzgar la legitimidad del Derecho, no es éste o aquel principio moral extraño al derecho, sino la posibilidad de avanzar discursivamente con pretensión de legitimación en referencia al fenómeno jurídico.

Apoyo de toda la reflexión resulta así el carácter argumentativo de los procedimientos para verificar la aceptabilidad de las normas jurídicas.

Imitando a Habermas, en su primera obra *Theorie der juristischen Argumentation*, Alexy desarrolla la denominada *Sonderfallthese*, esto es, considera al discurso jurídico un caso particular del discurso práctico general, del cual

²⁸ Cfr. J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, 1992 (trad. it. a cura di L. Ceppa, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996).

se diferencia porque «con afirmaciones y decisiones jurídicas no se pretende la absoluta corrección, sino sólo que sean correctas a la luz de los presupuestos del ordenamiento jurídico vigente». La relación entre los dos discursos invierte el más amplio problema de la relación entre Derecho y Moral, que Alexy afronta en *Begriff und Geltung des Rechts*²⁹ y toma posiciones contra las tesis iuspositivistas de la separación (*Trennungsthese*).

Sostiene la tesis de la conexión «conceptual y normativamente necesaria» entre Derecho y Moral (*Verbindungsthese*), recurriendo a varios argumentos, entre los cuales es fundamental el de los principios. Desarrollando y precisando la elaboración dworkiniana, Alexy define los principios como especie de normas que presentan caracteres y comportamientos diferentes respecto a las reglas. Los principios tienen un contenido relativamente más general, más abstracto, más vago y más genérico respecto al de las reglas. Pueden ser definidos como «preceptos de optimización», es decir, directrices realizables sólo en parte o en medida variable, que no prescriben conductas específicas, sino que reenvían a valores que deben ser realizados en la mayor medida posible.

La enunciación de un principio no comporta la obligación para los destinatarios de adecuarse completamente a él realizando una actividad específica, sino que equivale al establecimiento de una razón que, *prima facie*, soporta cualquier comportamiento que contribuya a actualizar ese determinado principio. Esto significa que la esfera de aplicabilidad de los principios es relativamente indeterminada. Además los principios son susceptibles de expansión y de comprensión: a fin de saber cuál es el alcance efectivo de un principio es necesario no sólo hacer referencia a su tenor literal, sino también al contenido de los otros principios concurrentes y potencialmente aplicables, los existentes, y a las circunstancias del caso concreto. A tal propósito, Alexy afirma que los principios son distintos por la

²⁹ Cfr. R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg-München, 1992 (trad. it., a cura di G. Zagrebelsky, *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997).

dimensión del «peso específico», más que por su validez. El procedimiento necesario para determinar cuál es el «peso» de algún principio está constituido por la experiencia de un test de balance (ponderación), que necesariamente no puede prescindir de la consideración simultánea de algunos elementos concretos, no predeterminables abstractamente. Así que el éxito de la técnica de ponderación no parece poder estar establecido por vía general ni resulta predecible.

Si es así, los principios deben ser considerados argumentos concurrentes *pro* o *contra* una determinada decisión, que se insertan en un esquema de razonamiento más amplio.

Las constituciones que vuelven al modelo de Estado constitucional se diferencian respecto al modelo de Estado de Derecho habitual porque encierran principios en los cuales se expresan decisiones valorativas que se imponen al legislador, en cuanto «principios y valores son la misma cosa». En este punto, en particular, se manifiesta el disenso respecto a Habermas, que reprocha a Alexy sugerir «la subordinación del Derecho a la Moral que está fuera de lugar, en cuanto no está liberada del todo de connotaciones iusnaturalistas»³⁰.

En el polo opuesto respecto a la concepción del Derecho de Habermas y de Alexy, caracterizada, como se ha visto, si bien de modo diverso, por una apertura estructural al mundo externo de la razón no jurídica (pragmática, ético-política, moral) se sitúa la concepción del sociólogo Niklas Luhman (1927-1998), cuya obra tiene importantes perfiles filosófico-teóricos.

El estudioso de Bielefeld, al menos a partir del inicio de los años ochenta, afronta la problemática jurídica a la luz de la teoría general de los sistemas autopoieticos. La sociedad es concebida como un «sistema social comprensivo», en el interior del cual se encuentran una serie de sistemas parciales o subsistemas (por ejemplo el Derecho, la Moral, la Economía, la Religión, etc.), cuya función es la de redu-

³⁰ Cfr. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., p. 279.

cir la contingencia y la complejidad social. Todo subsistema es autónomo y actúa según su propio código específico que, en el caso del Derecho, es Derecho/no Derecho. El Derecho, por tanto, según su propio código, distingue las acciones lícitas e ilícitas, pero esto no implica valoración moral alguna, esto es, que sean buenas o malas. «La fuente de la validez del Derecho es el sistema del Derecho mismo» —concluye Luhmann—; «nuestra sociedad diferenciada debe renunciar a integrarse desde el punto de vista moral»³¹. De aquí la contraposición con Alexy, de que hemos partido, y la polémica con Habermas.

Por muchos motivos es cercana a la teorías constitucionales de Dworkin y Alexy la concepción filosófico-jurídica del argentino Carlos Santiago Nino (1943-1993).

Dos perfiles en particular aparecen y enlazan su reflexión a la de los mayores teóricos del neoconstitucionalismo: de un lado la crítica al positivismo jurídico y, de otro, la tesis de la conexión entre el Derecho y la Moral. Desde el primer punto de vista, Nino critica el positivismo a través de lo que llama «teorema fundamental de la Filosofía del Derecho», que puede sintetizarse en la tesis por la cual las normas jurídicas no están en condiciones de dar una razón suficiente para la justificación de acciones o decisiones (por ejemplo, de los jueces) si no tienen un fundamento moral, y por eso el Derecho positivo puede ser considerado obligatorio sólo si halla respuesta en principios o razones morales. Este teorema es elaborado en relación a la insuficiencia del positivismo: la consideración del Derecho como hecho o como mandato no llega a proveer una explicación de la obligatoriedad si no es a costa de incurrir en la ley de Hume y descuidar la dimensión «contenuística» del Derecho.

³¹ Sobre estos temas puede verse en particular N. LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Recht. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt, 1981 (trad. it., a cura di R. di Giorgi, *La differenziazione del diritto*, Bologna, 1990); *Paradigm lost. Über die etische Reflexion der Moral*, Frankfurt, 1990; *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, 1993.

Desde el segundo punto de vista, Nino adopta la tesis del «caso especial» de Alexy y desarrolla la idea de la conexión entre el Derecho y la Moral sobre todo «en los niveles de la justificación y de la interpretación del Derecho». La fundabilidad moral del derecho tiene una dimensión «procedimental» y «discursiva», y encuentra expresión principalmente en la decisión del legislador democrático. Para Nino, el Derecho producido democráticamente, en cuanto fruto de un procedimiento que se acerca al discurso práctico (visto como libre discusión), puede ser considerado obligatorio en cuanto aporta «razones según las cuales las normas prescritas por la autoridad democrática derivan de principios morales válidos y contienen argumentos que justifican decisiones». Nino desarrolla una concepción «deliberativa» y no simplemente «agregativa» de la democracia, que ve como un procedimiento volcado a la construcción de las decisiones sobre la base de un debate racional³².

En Italia la temática del neoconstitucionalismo se está afanando en el debate filosófico jurídico. Luigi Ferrajoli ha puesto de relieve que la cultura jurídica italiana ha tardado mucho en tomar en consideración las transformaciones

³² El concepto de democracia deliberativa —que ha sido desarrollado, por ejemplo, por J. COHEN, *Deliberation and Democratic Legitimation, in The Good Polity*, a cargo de A. Hamlin y Oxford, 1989— se concreta en una visión del proceso democrático que subraya su dimensión «discursiva» y que pone en su base la igual participación de los individuos.

Se trata de una visión normativa de la democracia que la individúa en un procedimiento ideal de «libre y pública consulta», caracterizado por una serie de importantes requisitos como la dimensión argumentativa, la igual participación, la ausencia de constricciones internas y externas de los sujetos participantes, el consenso racional e imparcial como fin del procedimiento (cfr. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., pp. 360 y ss.; *Democracy and Difference*, a cura di J. Benhabib, Princeton, 1996); *Deliberative Democracy*, a cura di J. Elster, Cambridge, 1998; *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*, a cura di J. Bohman-W.Rehg, Cambridge, 1999.

NINO desarrolla estos aspectos en *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, 1996. Otras obras significativas suyas que tratan aspectos más generales de Teoría del Derecho, son *The Ethics of Human Rights*, Oxford, 1991; *Derecho, moral y política*, Barcelona, 1994 (trad. it., a cura di M. La Torre, *Diritto come morale applicata*, Milano, 1999).

que la entrada en vigor de la constitución ha provocado sobre todo el panorama del Derecho³³.

Alguna apertura se encuentra en la obra del último período de Uberto ScarPELLI, el cual, declarándose «un creyente en la ley y defensor del positivismo jurídico un tanto arrepentido», sostiene la necesidad de individuar los principios capaces de guiar la legislación y auspiciar la creación de un aparato judicial, capaz de asegurar, sobre la base de tales principios, que se identifican con los principios constitucionales positivos, una actividad de interpretación del derecho que desarrolle una función unificante similar a la desarrollada en el pasado por los códigos y las leyes, que no pretenda ofrecer más que las garantías de racionalidad y de tutela de los derechos fundamentales que han sido los instrumentos principales del moderno Estado de Derecho³⁴.

En el «nuevo paradigma constitucional» se inscribe sobre todo la obra de Luigi Ferrajoli (n. 1940), a partir de *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*³⁵. En esta obra el autor traza un modelo de sistema penal garantista fundado sobre dos principios: el convencionalismo penal

³³ Cfr. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, cit., pp. 49 y ss. Puede verse también R. GUASTINI, *La costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico italiano*, en «Ratio pratica», 1998, pp. 185-206.

³⁴ Cfr. en particular, U. SCARPELLI, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, in «Rivista di Filosofia», 1987, pp. 3-15, e *Il positivismo giuridico rivisato*, in «Rivista di Filosofia», 1989, pp. 461-475.

³⁵ Roma-Bari, 2000. Sobre el debate suscitado por esta obra puede verse L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, 1993.

Diritto e ragione tiene como trasfondo los estudios precedentes de LUIGI FERRAJOLI, culminados en la tentativa de construir una teoría axiomática del derecho, esto es un sistema de conceptos y asertos jurídicos realizados a través de definiciones y transformaciones lógicas rigurosas (cfr. L. FERRAJOLI, *Teoria assiomaticizzata del diritto*, Milano, 1970). Valiéndose del mismo método, FERRAJOLI se ha concentrado sobre el problema del razonamiento jurídico, particularmente en el ámbito penal.

Entre los filósofos del derecho italianos de temas penales se ha ocupado sobre todo Mario A. CATTANEO (n. 1034), autor inicialmente próximo a la escuela analítica (suyo es el cuidado de la trad. it., de *The Concept of Law* de HART), después dedicado prevalentemente a los estudios de filosofía del derecho penal en clave histórica pero con constante atención a los perfiles ético-políticos.

(con arreglo al cual no pueden darse supuestos penales no expresamente previstos en las leyes) y el cognitivismo procesal (que supone que se dan hipótesis acusatorias que pueden ser verificadas o falsificadas en virtud de su carácter asertivo), principios puestos respectivamente al sustancialismo penal y al decisionismo procesal, que caracterizan los sistemas autoritarios.

Para limitar el «poder de disposición» del juez, que se tiene cuando éste justifica sus decisiones con valores de molde ético-político, el autor enuncia diez axiomas que configuran un Derecho penal mínimo, esto es, disciplinado al máximo y regulado, que garantiza por tanto las esferas de libertad del ciudadano contra manifestaciones arbitrarias e imprevisibles del poder. Al contrario, el sistema de Derecho penal máximo, mínimamente regulado y disciplinado, deja amplios y arbitrarios espacios de discrecionalidad que son colmados con decisiones gravemente lesivas de la libertad de los ciudadanos.

En las obras más recientes de Ferrajoli ha venido uniéndose al del garantismo penal, como los derechos fundamentales, la soberanía, la ciudadanía, etc.³⁶

2. La apertura de la Filosofía del Derecho a los valores ético-políticos ha llevado también a una ulterior etapa de la milenaria historia del iusnaturalismo, la nueva teoría del Derecho natural.

Ya en la segunda postguerra, como se dijo en la primera parte de este capítulo³⁷, las tesis iusnaturalistas habían tenido amplio eco y resonancia, sobre todo en Alemania (entre otros con Gustav Radbruch) y en Italia. A partir de los años sesenta se manifestó un renovado interés por el Derecho natural también en el área anglosajona, siguiendo la polémica entre Herbert Hart y Lord Devlin y con la publicación de *The Morality of Law* de Lon Fuller.

³⁶ Cfr. L. FERRAJOLI, *Il diritto come sistema di garanzie*, in «Ragion Pratica», 1993, pp. 143-161; *Democrazia e costituzione*, in «Ragion Pratica», 1993, pp. 227-244; *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello stato nazionale*, Roma-Bari, 1999; *Diritti Fondamentali*, in «Teoria Politica», 1998, pp. 3-33.

³⁷ Ver *supra* Parte primera, §§ 5-8.

La polémica Hart-Devlin toma los pasos del *Wolfenden Report*, en lo que se refiere a la cuestión de la oportunidad de la represión penal de la homosexualidad y de la prostitución en Inglaterra.

La Comisión se había expresado de manera negativa sosteniendo, sobre las huellas de John Stuart Mill, el principio por el cual, en lo relativo a los comportamientos no ofensivos para el prójimo (las *self regarding actions*, según la definición de Mill) «there must remain a realm of private morality and immorality, which is, in brief and crude terms, no the law business», y consecuentemente que el Derecho puede interferir sólo con los actos que causan un daño a terceros.

Hart se había expresado en defensa de este principio, suscitando la reacción polémica de Lord Devlin, que objetó que una moral compartida —de la cual, a su parecer, las reglas que condenan la homosexualidad y la prostitución deben ser consideradas parte— es un componente irrenunciabile de la organización social, en el sentido que representan un aspecto esencial de la estructura de una sociedad y determinan la identidad en cuanto tales. En consecuencia la sociedad tiene la facultad de defenderse para evitar la propia destrucción, interfiriendo con los actos que destruyan las reglas morales fundamentales (*disintegration thesis*)³⁸.

³⁸ Los textos de la polémica HART-DEVLIN son respectivamente *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in «Harvard Law Review», 1958, pp. 59 y ss. y después en H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983 (trad. it., *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in H.L.A. HART, *Contributi all'analisi del diritto*, a cura di V. Frosini, Milano, 1964, pp. 105-166) y *The Enforcement of Morals* (1959), in P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, London, 1965, pp. 1-25.

Debe notarse que el propio HART en obras sucesivas, por ejemplo *The Concept of Law*, Oxford, 1961 (trad. it., a cura di M.A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Torino, 1965) había sostenido la tesis del contenido mínimo del Derecho natural. Según esta tesis existen factores aparentemente inalterables en la *conditio humana* (por ejemplo que los seres humanos son vulnerables, tienen un altruismo limitado, tienen disposición de recursos limitados, etc.) y por tanto es natural que en todos los ordenamientos existan normas de *neminem laedere*, normas para la conservación de la tierra, para la distribución de sus frutos.

Las posiciones de Hart y Devlin son emblemáticas de dos ideologías opuestas: el liberalismo y el moralismo jurídico. Muy esquemáticamente el liberalismo sostiene que, salvo los casos de *harm to other* (esto es, daño para los otros), cada uno deberá ser dejado en libertad para elegir los propios valores y fines, compatiblemente con una igualdad del mismo tipo para todos, mientras el moralismo jurídico considera la conservación de la moralidad de una sociedad una valor que merece ser mantenido con el aparato coercitivo del Derecho. El moralismo jurídico contemporáneo (o perfeccionismo, como también se define) apoya sus argumentos refiriéndose a valores que vienen afirmados como «verdad ética objetiva» o valores interpretados como simple moral compartida.

La primera línea argumentativa se retoma por exponentes del iusnaturalismo contemporáneo, por ejemplo John Finnis, del que se hablará en breve, el cual sostiene que se puede determinar cognitivamente la moralidad o inmoralidad de algunas prácticas. La segunda, en cambio, recorre la constelación contemporánea del pensamiento comunitario (puede verse Alasdair Macintyre, Michael J. Sandel, Michael Walzer), que se considera la opinión dominante, por motivos históricos o culturales, para determinar la moralidad o inmoralidad de prácticas específicas en una comunidad dada examinada de vez en cuando.

Una importante contribución ulterior a la discusión abierta por Hart y Lord Devlin viene de Lon Fuller (1902-1978) que, en su obra más conocida, *The Morality of Law*³⁹, distingue entre una moral externa al Derecho y una moral interna al mismo, constituida esta última por una serie de principios inherentes al mundo jurídico, a los cuales todo Derecho positivo debe adecuarse. Tales principios —entre los que figuran que el Derecho esta constituido por normas generales, conocibles, no retroactivas, no conflictivas, etc.— no tiene una naturaleza sustancial, sino procedimental, en el sentido que indican los

³⁹ Cfr. L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, 1964 (trad. it., a cura di A. Dal Brollo, *La moralità del diritto*, Milano, 1986).

procedimientos que el Derecho debe seguir para alcanzar los fines de «sujetar la conducta humana al gobierno de las normas».

Un año después de la publicación de la obra de Fuller, que tuvo grandísima resonancia, aparece un ensayo de Germain Grisez referido al primer principio de la razón práctica (*bonum faciendum et malum vitandum*)⁴⁰, que señala el inicio de la considerada teoría neoclásica del Derecho natural, caracterizada por retomar la filosofía aristotélica y, sobre todo, de Santo Tomás de Aquino.

El texto principal de la aproximación neoclásica a la doctrina del derecho natural es *Natural Law and Natural Rights* de John Finnis⁴¹.

Presupuesto del análisis crítico de Finnis (n. 1940) es la idea de la imposibilidad de deducir de presunciones de naturaleza descriptiva prescripciones útiles en el ámbito del hacer del hombre y, por tanto, la intención de justificar la validez del derecho natural sin violar la ley de Hume. La vía elegida es la que lleva a individuar siete bienes fundamentales, irreductibles e indemostrables, los cuales están llamados a presidir cualquier valoración moralmente relevante de la conducta de los hombres. Éstos concurren en efecto a definir —y éste es un concepto central de todo el tratamiento de Finnis— la «auténtica coronación humana». El conocimiento, la vida, el juego, la experiencia estética, la amistad, la religión y la razonabilidad práctica son valores fundamentales, distintos entre sí e igualmente importantes. El ideal de Finnis de la coronación de lo humano como fin moral del hacer del hombre se corresponde con una existencia conducida según un plan de vida que sabe valorar —de un modo diferente y múltiple, con respeto de la variedad de las elecciones individuales— estos bienes fundamentales. Se perfila así, para Finnis, la necesidad de

⁴⁰ Cfr. G. GRISEZ, *The First Principle of Practical Reason. A Commentary on the Summa Theologiae 1-2, Question 94, Article 2*, in «Natural Law Forum», 1965, pp. 168-201.

⁴¹ Cfr. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980 (trad. it., a cura di F. Viola, *Legge naturale e diritti naturali*, Torino, 1996).

hacer prácticamente perseguible ese objetivo; se comprende, en otros términos, el rol central que asume en su reflexión la noción de bien común correspondiente a la idea de *flourishing*. Se daría en una organización de la sociedad que esté jurídica y políticamente en condiciones de garantizar la persecución de esos fines, o más en general, la realización en común de los planes de vida respetuosos de los bienes fundamentales, conjugables de diversos modos, pero irreductibles entre sí. Así, Finnis llega a la valorización de una moral pública, asegurada por el poder político.

Sostiene que existen normas morales inderogables, definidas como «absolutos morales», cuya validez no admite excepciones, como las normas contra el homicidio de seres humanos inocentes —y por tanto contra el aborto—, contra el suicidio, contra el adulterio, contra la fornicación, la contracepción, los actos homosexuales. Se apoyan, según Finnis, sobre una sólida tradición que tiene la «bases de apoyo» ya en la fe, ya en la razón. El suicidio, por ejemplo, es un caso paradigmático de acción que siempre es equivocada, porque es una elección contra un valor fundamental, la vida; también la condena del aborto deriva del hecho de que el valor de la vida no debe ser directamente atacado: ningún argumento puede justificar un acto contra la vida y el derecho puede, incluso debe, prohibir los actos que van con contra estos valores⁴². Finnis se distancia de la perspectiva liberal⁴³, que asume una actitud neutral respecto a la pluralidad de las representaciones individuales del bien, para defender el ideal perfeccionista de una vida buena válido para cada uno. Esta noción compleja de bien común es para Finnis constitutiva del Derecho, en el sentido que representa el criterio a partir del cual es posible

⁴² Cfr. J. FINNIS, *Moral Absolutes. Tradition, Revision and Truth*, Washington, 1991 (trad. it., *Gli assoluti morali: tradizione, revisione e verità*, Milano, 1993).

⁴³ En Inglaterra se está desarrollando una escuela alternativa de iusnaturalismo que arranca sus pasos del principio cardinal del liberalismo, es decir, la autonomía (cfr. en particular D. BEYLEVELD-R. BROWNSWOKD, *Law as a Moral Judgment*, Sheffield, 1994²).

legitimar el Derecho positivo y, más en general, el fenómeno jurídico en su conjunto.

III. LA APERTURA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO A LOS HECHOS

La apertura de la Filosofía del Derecho contemporánea a los hechos se manifiesta, particularmente, en las teorías neoinstitucionalistas y en algunos desarrollos de realismo.

1. El neoinstitucionalismo de Neil MacCormick y Ota Weinberger, a los cuales se ha mencionado en el § 2 de esta parte, se puede considerar, según la definición de los propios autores «un desarrollo del normativismo en sentido realista». Esto enlaza con el institucionalismo clásico de Maurice Hauriou y de Santi Romano que, como se ha dicho⁴⁴ se inserta en la revuelta contra el formalismo que se desarrolló a fines de siglo XIX en Europa y América. Tanto el viejo como el nuevo institucionalismo se presentan como reacciones frente al positivismo jurídico, el primero, como se ha visto, al positivismo de la «jurisprudencia de conceptos», el segundo, a la tradición kelsenianahartiana.

La propuesta de MacCormick y Weinberger de una teoría que se sitúe «más allá del positivismo y del iusnaturalismo» y conjugue normativismo y realismo puede ser considerada la desembocadura coherente de los dos componentes del pensamiento de sus dos autores: el normativismo en el plano teórico-jurídico, el neoempirismo en el plano de la filosofía general.

Efectivamente, bajo el perfil jurídico, Weinberger enlaza con la tradición de la *Reine Rechtslehre* de la escuela de Brunn y Viena, representada eminentemente por F. Weyr y por H. Kelsen, mientras MacCormick sigue a Hart y la filosofía analítica británica; bajo el segundo perfil, en la formación de Weinberger han influido co-

⁴⁴ Ver *supra*.

rrientes del neopositivismo lógico, mientras MacCormick ha salido de la tradición analítica inglesa de Oxford y Cambridge; además ambos reconocen su deuda hacia John Searle del que reciben, entre otros, la noción de «hecho institucional».

Partiendo de estas premisas —normativismo teórico-jurídico y neoempirismo filosófico general—, MacCormick y Weinberger llegan a una concepción realista, que les lleva a reconocer, en polémica con las concepciones iusnaturalistas y con la tradición iuspositivista kelseniana, que las normas no son una realidad ontológicamente distinta de la realidad de los hechos empíricos, una vez se define como «real todo lo que tiene existencia en el tiempo».

El neoinstitucionalismo de MacCormick y Weinberger tiene interesantes analogías con algunos desarrollos que el realismo de matriz escandinava⁴⁵ ha tenido, particularmente en Italia.

La crisis del positivismo jurídico, como se ha dicho, ha favorecido la implantación y expansión en Italia del realismo. Realmente ya desde los años cincuenta Luigi Bagolini había reclamado la atención sobre tal orientación⁴⁶, pero es con Giovanni Tarello (1934-1987) con quien efectivamente comienza la profundización de este modo de concebir el Derecho. Partiendo del estudio del realismo americano⁴⁷, Tarello, como se verá, llega a una concepción del Derecho como conjunto de normas que el intérprete obtiene de los enunciados normativos.

Respecto al realismo americano, también el realismo escandinavo ha dado lugar a elaboraciones originales. Entre los principales estudiosos de tal orientación están Silvana Castignone, Riccardo Guastini y Enrico Pattaro.

La influencia del enfoque realista, unido a los planteamientos empiristas, madurada a través de los estudios

⁴⁵ Ver *supra*.

⁴⁶ Cfr. L. BAGOLINI, *Aspetti della critica dei valori etico-giuridici nel pensiero contemporaneo*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 1950, pp. 233-267.

⁴⁷ Cfr. G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962.

precedentes de Hume, ha llevado a Silvana Castignone (n. 1931) a acentuar el análisis del lenguaje jurídico y político, con el ejemplo de las operaciones de «terapia lingüística» debidas a los escandinavos para denunciar los restos metafísicos, que todavía anidan en el lenguaje jurídico y que conducen a mistificar la realidad.

En sus estudios Castignone da cuenta de consecuencias muy relevantes que en el plano de los conceptos jurídicos ha tenido tal metodología, pero, situándose en un punto de vista crítico, aclara los inevitables límites, derivados del hechos de que tales planteamientos tienden a «deconstruir» más que a reconstruir, y tiende a superarlo⁴⁸.

A diferencia de Castignone, que ha concentrado sus estudios sobre todo en Hägerström, Lundstedt y Olivecrona, Riccardo Guastini (n. 1946) ha estudiado particularmente a Alf Ross, permaneciendo influenciado bajo diferentes aspectos (con referencia, por ejemplo, como se verá, a la interpretación). En los trabajos de Guastini no faltan críticas a Ross. En particular no comparte la tesis según la cual el Derecho es reconducible a un sistema de directrices usadas por los tribunales (no es cierto, por ejemplo, para el Derecho constitucional, sector al cual Guastini ha contribuido con importantes estudios, en particular sobre las fuentes)⁴⁹.

⁴⁸ SILVANA CASTIGNONE ha traducido de K. OLIVECRONA, *Il diritto come fatto*, Milano, 1967 y numerosos ensayos, sobre todo de OLIVECRONA, pero también de los otros escandinavos, recogidos en la antología: *Il realismo giuridico scandinavo e americano*, Bologna, 1981; *Realismo giuridico e analisi del linguaggio*, a cura di S. Castignone y R. Guastini, Genova, 1990 y *La realtà del diritto*, a cura di S. CASTIGNONE, C. FARALLI e M. RIPOLI, Torino, 2000. Entre sus obras más significativas sobre el realismo están *La macchina del diritto: Il realismo giuridico in Svezia*, Milano, 1974; *Diritto, linguaggio, realtà. Saggio sul realismo giuridico*, Torino, 1995.

⁴⁹ GUASTINI, entre otros, ha recogido y traducido numerosos ensayos, a veces poco conocidos, DE ROSS: pueden verse particularmente, la colección *Realismo giuridico e analisi del linguaggio*, cit., y *Critica del diritto e analisis del linguaggio* a cura di A. FEBBRAJO y R. GUASTINI, Bologna, 1982. Entre las obras más significativas de GUASTINI, *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Torino, 1990; *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993; *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998.

Enrico Pattaro (n. 1941) presenta al iusrealismo como la transposición al campo jurídico de la filosofía analítica y, más en general, del neoempirismo. Desarrolla una peculiar concepción, por él mismo definida como «realismo normativista», centrada sobre el reconocimiento de que el Derecho es una realidad no distinta de la realidad de los hechos empíricos, pero no puede ser reducido a estos últimos.

El derecho es una realidad cultural, social, empírica compleja de la cual forman parte entidades lingüísticas (definidas, con ecos de Ross, como «directivas») y extralingüísticas (fenómenos psíquicos como las creencias y el comportamiento). Dicho sintéticamente, para Pattaro una norma es la creencia de que un supuesto abstracto, o sea, un esquema de comportamiento, es objetivamente vinculante. Consecuentemente, la respuesta a la pregunta ¿qué es el Derecho? puede venir no de la teoría del Derecho formalista, sino de las disciplinas lingüístico-sociológicas en sentido lato que se ocupan del lenguaje y del comportamiento, de la semiótica a la filosofía del lenguaje, de la antropología a la sociología jurídica⁵⁰.

Es posible poner en contraste el neoinstitucionalismo y el realismo normativista con referencia al perfil ontológico, al perfil metaético y al perfil jurídico teórico.

Bajo el perfil ontológico, el realismo normativista hace propia una concepción monista de la realidad que resuelve

⁵⁰ GUASTINI, entre otros, ha recogido y traducido numerosos ensayos, a veces poco conocidos, DE ROSS: pueden verse particularmente, la colección *Realismo giuridico e analisi del linguaggio*, cit., y *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. FEBBRAJO y R. GUASTINI, Bologna, 1982. Entre las obras más significativas de GUASTINI, *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Torino, 1990; *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993; *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998; ENRICO PATTARO ha traducido de K. OLIVECRONA *La struttura dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1972. Entre sus obras más significativas sobre el realismo los desarrollos del «realismo normativista» pueden verse en particular *Il realismo giuridico scandinavo, I. Axel Hägerström*, Bologna, 1974; *Lineamenti per una teoria del diritto*, Bologna, 1985; *Introduzione al corso di filosofia del diritto*, I y II, Bologna, 1986-87; *Temi e problemi di filosofia del diritto*, Bologna, 1994; *Lezioni di filosofia del diritto*, Bologna, 2000.

el Derecho en la realidad empírica, considerándolo un fenómeno de psicología social.

MacCormick y Weinberger comparten la perspectiva monistas, pero se distancian del realismo normativista en el modo de concebir el «Derecho como hecho»: ellos sostienen que el Derecho es un hecho, pero no un hecho de la psicología social, sino un «hecho institucional», expresión con la cual, como se ha visto, se hace referencia a la entidad que depende, al menos en parte, «de la voluntad, de las convenciones o del diseño del hombre» y son por eso distintas de los hechos empíricos, de los acontecimientos naturales, de las realidades independientes de la actividad de atribución de un sentido por parte de los hombres⁵¹.

La institución representa por tanto una porción de realidad que no puede ser concebida en la misma medida de la realidad de los cuerpos físicos o incluso de los organismos vivientes: se trata de una realidad típicamente humana, cultural, que está normativamente fundada y se hace posible por la formulación de reglas y normas y adquiere significado por referencia a éstas⁵².

Bajo el perfil metaético, el realismo normativista y divisionista admite la distinción entre ser y deber ser, entendida como irreductibilidad lógica de los discursos descriptivos a discursos prescriptivos y viceversa. Aunque Weinberger, partiendo de posiciones decididamente no cognitivistas, es sin ninguna duda divisionista, mientras la posición de MacCormick es en este punto menos decidida y más difusa.

Bajo el perfil jurídico teórico, en fin, el realismo normativista y deontológico, piensa que la idea de deber es esencial al fenómeno jurídico. Igualmente piensan MacCormick y Weinberger: para ambos un aspecto irreductible del Derecho es el hecho de que guía la acción. En particular en Weinberger la concepción institucionalística de Derecho se sitúa dentro de una particular teoría de la acción,

⁵¹ Cfr. MACCORMICK-WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, cit., pp. 59 y 132.

⁵² Cfr. *ivi*, pp. 140 y 123.

formal y finalista. Él, en efecto, sostiene que toda institución tiene por base un núcleo fundamental de información práctica (normas, objetos y preferencias).

2. Al realismo americano, de varias maneras y con diferentes acentuaciones, se reconducen algunos movimientos que han tomado pie fundamentalmente en América, como los *Critical Legal Studies* (de ahora en adelante CLS), el análisis económico del Derecho y el movimiento feminista.

El movimiento de los CLS se ha desarrollado entre los años setenta y ochenta, teniendo como centro la Facultad de Derecho de Harvard y como momento culmen el libro de Roberto Unger, *Knowledge and Politics*, una crítica radical del liberalismo, que se abstrae de las relaciones de los individuos en nombre del concepto de humanidad abstracto⁵³.

El movimiento, sin embargo, no tiene como punto de referencia sólo a Roberto Unger (m. 1947), sino un amplio grupo de juristas, que tienen en común la crítica a las teorías jurídicas liberales y su pretensión de ser políticamente neutrales.

Relacionándose con las teorías marxistas, el realismo americano y el deconstruccionismo de Derrida, los exponentes de los CLS sostienen que el Derecho, lejos de ser racional, coherente y justo como lo representa el pensamiento liberal, es arbitrario, incoherente y profundamente injusto. Los derechos y la libertad, presentados como esenciales para la realización del individuo, son en realidad funcionales a los fines políticos y económicos del liberalismo. Ejemplo típico es el concepto de libertad contractual: presentado retóricamente como un derecho, sirve en realidad únicamente a los fines del mercado y a los intereses del capitalismo. El mismo principio del *stare decisis*, según el cual el juez que, forzado por el vínculo del precedente, actuaría sobre el plano jurídico y no político, en un

⁵³ Cfr. R. UNGER, *Knowledge and Politics*, New York-London, 1975 (trad. it., *Conoscenza e politica*, Bologna, 1983).

análisis atento revelaría ser una simple máscara de la naturaleza política de su decisión.

La crítica a las teorías liberales viene conducida a través de tres métodos de análisis particulares: el *trashing*, la deconstrucción y el análisis histórico.

El primer método, el *trashing* (literalmente operación de «desescombro») indica el proceso que lleva a desocultar, esto es, a desenmascarar el mensaje políticamente orientado, oculto en el discurso político. Uno de los exponentes de los CLS, Robert Gordon, sostiene que el *trashing* permite mostrar las contradicciones del discurso jurídico y la ideología que en él anida, revelando de tal modo la tendencia ideológica que está detrás de las estructuras jurídicas, las cuales están siempre históricamente condicionadas⁵⁴.

Una vez revelada la naturaleza ideológica del sistema jurídico, interviene el segundo método, la deconstrucción. Deconstruir el paradigma liberal significa sacar a la luz el hecho de que dentro del él hay dos modelos antinómicos —el modelo hobbesiano, del *homo homini lupus*, y el del hombre que entra «naturalmente» en sociedad— y después mostrar la antinomia que presenta entre individualismo y altruismo. La deconstrucción tiene pues el deber de descubrir los elementos represivos y ocultos que el discurso jurídico, al igual que cualquier otro discurso, esconde y de introducirlos a fines críticos⁵⁵.

El mejor modo de revelar que el discurso jurídico es artificial e ideológico es reconstruir la historia. El análisis histórico, o genealogía —que representa el tercer método del que se valen los exponentes de los CLS—, muestra que las ideas jurídicas se justifican en el contexto social específico en el que nacen y se expresan.

⁵⁴ Cfr. R. GORDON, *Law and Ideology*, in «Tikkun», 1987, p. 17.

⁵⁵ Entre los ejemplos clásicos de «deconstrucción» del discurso ideológico de los juristas se pueden citar, en el campo del Derecho de los contratos, C. DALTON, *An Essay on the Deconstruction of Contract Doctrin*, in «The Yale Law Journal», 1986, pp. 997 y ss. y, en el campo del derecho constitucional, M.V. TUSHNET, *Critical Legal Studies and Constitutional Law. An Essay in Deconstruction*, in «Stanford Law Review», 1984, pp. 623 y ss.

En el campo de la investigación histórica destaca el nombre del ya citado Robert Gordon, que pone el acento sobre la relación entre Derecho y Sociedad y sobre el concepto de cambio histórico en el Derecho y en las ideas jurídicas. En tal sentido, el objetivo crítico de Gordon es la doctrina sociológica del funcionalismo que, como es sabido, expresa la relación entre Derecho y Sociedad prescindiendo de la dimensión histórica. Tal doctrina había llevado a la concepción típica de la ciencia jurídica liberal que, abstrayéndose de las relaciones concretas entre los individuos y de la relación entre el Derecho y los otros aspectos de la sociedad, ve las normas jurídicas no como son (esto es contingentes), sino como unas reglas absolutas y universales⁵⁶.

A través de la crítica de las teorías liberales, los exponentes de los CLS llegan a formular propuestas «alternativas» respecto al sistema capitalista, como la de Unger, que hace palanca sobre la revolución cultural del yo, esto es del sujeto individual y concreto. Al individuo descarnado del liberalismo, al hombre racional de la modernidad, que es instrumento del capitalismo, Unger propone la persona concreta y pasional, el sujeto individual que pone las condiciones necesarias para la transformación de las estructuras sociales existentes⁵⁷.

Sobre posiciones antitéticas en el plano político se colocan los exponentes del análisis económico del Derecho que, por un lado, reconocen como sus lejanos progenitores al utilitarismo de Bentham y Mill y, por otro, se sitúan como directos descendientes del pragmatismo jurídico americano, representado sobre todo por la «ingeniería social» de Roscoe Pound y de los realistas, a los cuales por otra parte se reprocha el no disponer de un buen método de análisis económico.

⁵⁶ Es fundamental el ensayo de R. GORDON, *Critical Legal Histories*, en «Stanford Law Review», 1984, pp. 57-126 (trad. it., a cura di A. Carrino, *Storie critiche del diritto*, Napoli, 1992).

⁵⁷ Cfr. R. UNGER, *Passion. An Essay on Personality*, New York, 1984.

La propuesta que deriva de estas premisas por boca de Richard Posner (n. 1939), profesor de la Universidad de Chicago y juez federal, también uno de los principales exponentes del movimiento, que cuenta entre sus precursores a Ronald Coase y Guido Calabresi, es el de una teoría jurídica en la cual se combinan una ética normativa liberal, una filosofía pragmática y un método de investigación económico.

Bajo la primera perspectiva, tal teoría comparte el principio de la máxima libertad para cada uno compatible con la igual libertad para todos: el principio, de derivación milliana, para el cual no es deber del estado castigar o reprimir las ideas personales o los comportamientos que no causan daño a terceros; la referencia a la igualdad de oportunidades y a las medidas económicas que el Estado debe tomar para garantizarla.

Bajo la segunda perspectiva, tiene actitudes instrumentalistas, sosteniendo que al afrontar los problemas jurídicos es necesario evitar cualquier recurso a nociones metafísicas y abstractas, privilegiando el análisis de las posibles soluciones sobre la base de sus previsibles consecuencias y los posibles efectos sea a corto o largo plazo.

Bajo la tercera perspectiva, la individuación de los efectos, unida al uso en el ámbito jurídico de importantes instrumentos traídos de la microeconomía (iuseconomismo), son los fundamentos del método de investigación económico.

Punto de partida del análisis económico del Derecho es el asunto que, analizando la obra de los jueces, se descubre lo que han hecho, si bien inconscientemente, y es elaborar normas para maximizar la riqueza. «Muchas de las doctrinas y de las instituciones del sistema jurídico —escribe Posner en *Economic Analysis of Law*— se comprenden y se explican mejor como esfuerzos para promover la eficiente distribución de la riqueza»⁵⁸ y en *The Problems of Jurisprudence* añade: «no hay duda de que la mayor parte

⁵⁸ Cfr. R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston-London, 1973, pp. 20-21 (la obra de POSNER ha alcanzado en 1998 la quinta edición).

de los jueces (y de los abogados) piensan que el hecho que guía las decisiones del *Common Law* debería ser o un intuitivo sentido de la justicia o de razonabilidad o un utilitarismo casual. Pero todas estas cosas pueden coincidir en un juez que, estrictamente, debería probablemente admitir que lo que él llamaba utilitarismo era lo que yo estoy llamando maximización de la riqueza»⁵⁹.

Reconocido esto, Posner propone que al afrontar los problemas jurídicos se tengan en cuenta los efectos de las soluciones propuestas —a corto y a largo plazo, sea para los individuos sea para el sistema— sobre la base de investigaciones empíricas sobre el coste/beneficio y el criterio de la racionalidad medios/fines.

En primer lugar, por tanto, el interprete deberá individuar todos los posibles significados atribuibles a una disposición dada; en una segunda fase deberá prefigurar las consecuencias de todas las interpretaciones halladas y, en fin, en una tercera y última fase, deberá elegir la solución que, en conjunto, comporta los mayores beneficios.

A tal fin es necesario que el juez no esté muy estrictamente vinculado a juzgar de manera conforme a los precedentes, sino que sea libre de juzgar de modo nuevo cada vez que le parezca evidente que el cálculo coste/beneficio de una decisión innovadora acarrearía mayores ventajas. Así uno de los objetos del jurista pragmático es individuar soluciones nuevas, que puedan mejorar el derecho existente a base de elecciones de valor precisas. Posner propone por tanto considerar el Derecho no como un sistema de reglas dadas o como una serie de soluciones preconfiguradas, sino, sobre todo, como un sistema de actividades de los jueces y de los abogados, dirigido a resolver casos reales, y de soluciones efectivas dadas a problemas jurídicos concretos.

La reflexión feminista sobre los temas jurídicos es más amplia y variada, ya se refiera a las premisas o con referencia a las conclusiones.

⁵⁹ Cfr. R. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, London, 1990, pp. 390-391.

En el plano histórico, después de una primera fase del pensamiento feminista, que puede definirse de igualdad entre los sexos, se sigue, a partir de fines de los años setenta, una segunda fase, considerada de la diferencia, connotada por su rebelión contra la lógica que pretende que las mujeres compitan sobre valores típicamente masculinos, sea desde la reivindicación de la especificidad de los caracteres femeninos sin, por otra parte, crear un sujeto femenino abstracto, sino valorando también la diferencia de clase, de cultura, de religión, de raza, entre las mujeres⁶⁰.

En el plano jurídico este recorrido del movimiento feminista se ha traducido, en la primera fase, en la petición de tratamiento especial, a fin de realizar a través de las valoraciones de las diferencias una igualdad sustancial entre hombres y mujeres.

En el terreno de la teoría del derecho las perspectivas abiertas son múltiples y van del reconocimiento del rol del derecho como instrumento capaz de conseguir beneficios a las mujeres, a la crítica del carácter sexuado de las nor-

⁶⁰ La relación conceptual entre igualdad y diferencia y la reivindicación de una igualdad que se realiza a través de la valoración de las diferencias han alimentado un amplio debate. En el área anglosajona puede verse, a título ejemplificativo, I.M. YOUNG, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, 1990 (trad. it., a cura di L. FERRAJOLI, *Le politiche della differenza*, Milano, 1996).

En Italia, donde por otra parte las teorías feministas no se ha situado todavía en el debate filosófico-jurídico, importantes contribuciones sobre el tema proceden particularmente de LETIZIA GIANFORMAGGIO. Alumna de UBERTO SCARPELLI, LETIZIA GIANFORMAGGIO (n. 1944) manifiesta señales de la enseñanza del maestro no sólo en el método analítico (véase para este aspecto L. GIANFORMAGGIO, *Gli argomenti di Perelman: dalla neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice*, Milano, 1973; *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, 1986; *In difesa del sillogismo pratico, ovvero alcune argomenti kelseniani alla prova*, Milano, 1987) pero también la investigación sobre valores y principios jurídicos fundamentales, en primer lugar la igualdad (cfr. *Identity, Equality, Similarity and the Law*, in «Rechtstheorie», 1993; *Eguaglianza e differenza: sono veramente incompatibili?* in G. BONACCHI-A. GROPPI, *Il dilemma della cittadinanza. Diritti e doveri delle donne*, Roma-Bari, 1993; *Correggere le disuguaglianza, valorizzare le differenze: superamento o rafforzamento dell'eguaglianza?*, in «Democrazia e diritto», 1996); *Leguaglianza giuridica e le norme*, in L. GIANFORMAGGIO-M. JORI, a cura di, *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, 1997 y la segunda parte del volumen *Filosofía e critica del diritto*, Torino, 1995.

mas jurídicas, construidas con modelos, categorías y valores prevalentemente masculinos y por tanto incapaces de reflejar la visión y los intereses de la mujer.

Sobre este plano se ha producido el encuentro entre parte del movimiento feminista e los CLS. Numerosos análisis feministas, en efecto, han sido conductos para demostrar lo infundado de la idea liberal de la universalidad y neutralidad del derecho y su carácter sexuado y funcional a la perspectiva masculina. De aquí la crítica al pensamiento jurídico liberal en general que acerca el movimiento feminista a los CLS.

También la aproximación deconstructiva, adoptada como se ha visto por los componentes de los CLS, ha sido hecho propio por algunos juristas americanos, como Francis Olsen⁶¹.

El feminismo de la diferencia aparece además, por un lado, caracterizado por un cierto escepticismo en el contraste del rol emancipatorio del derecho y de su capacidad de transformar las condiciones femeninas, en la convicción de que los intereses de la mujer puedan ser mejor tutelados por una disminución de la regulación jurídica, y por otro, mayormente interesado en la elaboración de la identidad y de la cultura femenina.

A lo largo de estas directrices se ha desarrollado el llamado «feminismo cultural», que tiene como cabeza a las teorizaciones de la psicóloga estadounidense Carol Gilligan (n. 1936). Gilligan sostiene que la moralidad femenina es esencialmente la del cuidado y de la responsabilidad y se diferencia de la masculina, impregnada de los conceptos de justicia, de igualdad, de equidad, etc. Por tanto, mientras el hombre cumple sus elecciones sobre la base de tales principios, la mujer apoya sus decisiones sobre el re-

⁶¹ Cfr. F. OLSEN, *Feminism and Critical Legal Theory. An American Perspective*, in «International Journal of Sociology of Law», 1990, pp. 204 y ss. Para la deconstrucción de los conceptos jurídicos reviste particular importancia también la obra de MARTHA MINOW (cfr. M. MINOU, *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion and American Law*, Ithaca, 1990).

conocimiento de diferentes necesidades de cada uno y sobre el respeto y la comprensión de los mismos⁶².

Tales aspectos de la feminidad han sido valorados también en el ámbito jurídico, buscando recorridos alternativos a los consolidados institucionalmente. La ética del cuidado ha inspirado, por ejemplo, posiciones feministas de apoyo a la mediación familiar, entendida como modalidad más elástica para resolver problemas y conflictos familiares.

Al feminismo cultural de Gilligan se opone la corriente del llamado «feminismo radical» de Catharine MacKinnon (n. 1940), la cual propone una teoría jurídica crítica, que ponga en discusión los fundamentos, el método y las categorías de la ciencia jurídica oficial, y reivindica un nuevo derecho, el derecho de la mujer⁶³.

El movimiento feminista, desarrollado prevalentemente en América, tiene una intensa «filiación» en Europa en la escuela escandinava de *Women's Law*, representada en particular por Tove Stang Dahl (n. 1938), docente de esta disciplina en la Universidad de Oslo.

Ella parte del presupuesto que «el derecho no es masculino por estructura y vocación», lo es en cuanto ha sido elaborado históricamente por hombres. Valiéndose, pues de los instrumentos críticos de la sociología del derecho y de investigaciones empíricas cualitativas y cuantitativas, Tove Stang Dahl está empeñada en la promoción de un Derecho que parta de la diversidad de los géneros y se esfuerce por «entender la posición jurídica de la mujer, en

⁶² Cfr. en particular, C. GILLIGAN, *In a Different Voice*, Cambridge, Mass, 1982 (trad. it., *Con voce di donna. Etica e formazione della personalità*, Milano, 1987). Sobre la ética del cuidado es también significativa la contribución de Joan Tronto (cfr. J.C. TRONTO, *Moral Boundaries. A Political Argument for an Ethica of Care*, London, 1993).

⁶³ Cfr. C.A. MACKINNON, *Feminism, Marxism, Method and the State. An Agenda for Theory*, in «Signs», 1982, pp. 515 y ss.; *Feminism, Marxism, Method and State. Toward Feminist Jurisprudence*, in «Signs», pp. 652 y ss.; *Only Words*, Cambridge-Mass., 1996 (trad. it., *Soltanto parole*, Milano, 1999). Sobre el debate producido en la teoría jurídica norteamericana y sobre las propuestas de conciliación entre las dos posiciones de GILLIGAN y MACKINNON véase F. OLSEN (a cura di), *Feminist Legal Theory*, 2 voll. Dartmouth, 1995.

particular con el objetivo de mejorar su posición en la sociedad»⁶⁴.

IV. LOS ESTUDIOS SOBRE EL RAZONAMIENTO JURÍDICO

Como se ha visto en la primera parte de este capítulo⁶⁵, a partir de los años cincuenta, se manifiestan numerosas críticas al modelo lógico de razonamiento jurídico, propio del viejo positivismo, críticas que revelan la inadecuación y la insuficiencia de la metodología lógico-formalista y subrayan la necesidad de elaborar nuevos instrumentos de indagar sobre la argumentación, de la práctica en general y de la jurídica en particular.

Los nombres más representativos de aquel debate son precisamente los ya recordados de Stephen E. Toulmin, Theodor Viehweg y Chaïm Perelman, que ha llegado a la formulación de propuestas teóricas alternativas, como la de la lógica informal, la de la tópica jurídica, la de la neorretórica, que han ido a unirse a la propuestas formuladas en el ámbito de la hermenéutica jurídica y a los estudios de orientación analítica sobre la estructura y el uso del lenguaje prescriptivo.

Durante los años sesenta y principios de los setenta se asiste a la evolución y a la precisión teórica de las corrientes antilogicistas de la argumentación jurídica, pero también a la reacción a tales críticas por parte de las aproximaciones lógicas, en el sentido de una reflexión interna sobre los presupuestos teóricos de la lógica clásica y una tentativa de ampliar el campo de aplicación de ésta.

En estas premisas se mueven los estudios contemporáneos sobre el razonamiento jurídico que están a la cabeza y autores de extracción geográfica y cultural diversa, unidos por un acercamiento hermenéutico y postanalítico en sentido lato. Además de los ya citados Alexy y Dworkin,

⁶⁴ Cfr. T.S. STANG DAHL, *Building Women's Law*, in «International Journal of Sociology of Law», 1986 y *Women's Law. An Introduction to Feminist Jurisprudence*, Oslo, 1987.

⁶⁵ V. *supra*.

me refiero a Aulis Aarnio y Alexander Peczenik, en los países escandinavos, a Neil MacCormick en Gran Bretaña, a Jerzy Wróbleski en Polonia, y también algunos exponentes de la escuela postanalítica italiana.

El punto de partida de las teorizaciones de Aarnio y Peczenik es la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, delineada, como ya se ha señalado, en la obra de 1978 *theorie der juristischen Argumentation*. No por casualidad los nombres de estos tres estudiosos aparecen juntos como autores de los que es considerado el manifiesto de la teoría de la argumentación jurídica, *The Foundation of Legal Reasoning*⁶⁶.

La teoría de la argumentación de Alexy, como ya habíamos anotado, consiste en una doctrina procedimental del discurso práctico racional general. Tal propuesta tiene como fin una adecuada representación del procedimiento a través del cual las decisiones jurídicas vienen justificadas. En esta visión, los procesos justificativos, sean jurídicos, sean prácticos-generales, son entendidos como actividades dialógicas en las cuales toman parte sujetos que tienen intereses diversos. El pensador germano insiste, así, sobre la estructura discursiva de la experiencia práctica en general y de la comprensión jurídica en particular.

En cuanto discursivo el proceso de comprender transcurre según normas específicas y una modalidad determinante, que regulan cualquier forma del discurrir y del argumentar práctico. El jurista alemán individúa así, un «código» de la razón práctica, constituido de veintiocho reglas y seis formas de argumento, a las que el discurso debe necesariamente adecuarse para poder justificar el propio argumentar.

Tal código de la razón práctica constituye el contexto más general en el cual sucede la actividad de justificación jurídica. En la óptica de Alexy ésta constituye, por tanto,

⁶⁶ A. AARNIO-R. ALEXY-A. PECZENIK, *The Foundation of Legal Reasoning*, in «Rechtstheorie», 1981 (trad. it., paz., *I fondamenti del ragionamento giuridico*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI, a cura di, *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, 1987, vol. I, pp. 121-127).

un caso específico de razonamiento práctico. Si es así, de un lado, la argumentación jurídica pasa por el respeto de las reglas de justificación práctica y no puede violar las normas fundamentales de la razón práctica. De otro lado, presenta algunas características específicas, que la diferencian de la justificación práctica en general. Estas características específicas están determinadas por la existencia de vínculos particulares, a los cuales en cualquier sistema jurídico está sometida la actividad de argumentación (vínculos conexos, por ejemplo, a la existencia de los procedimientos legislativos de producción del Derecho, de los precedentes y de la Dogmática jurídica que limitan la libertad argumentativa de los operadores jurídicos).

Por esa vía Alexy sostiene que una argumentación es correcta si está puesta con la pretensión de determinar reglas racionalmente justificadas. Reconocer la existencia de algunas normas procedimentales vinculantes para la argumentación y la interpretación jurídica significa, por tanto, poder disponer de una estructura indispensable para juzgar la corrección y la no arbitrariedad de una decisión. Esto no equivale aún a tener un instrumento suficiente para garantizar la cognoscibilidad anticipada de las decisiones interpretativas que garanticen el éxito de la argumentación. Para el pensador alemán, entonces, los procesos jurídicos interpretativos y aplicativos del Derecho pueden ser considerados racionales aunque no sean internamente predeterminados y puedan sólo ser sometidos a una verificación ulterior, sobre la base del respeto de las reglas del discurso racional práctico general y jurídico.

La reflexiones de Aulis Aarnio (n. 1937) tienen origen en la definición del pensador escandinavo de la Dogmática jurídica. Define esta última como el análisis de los contenidos de las normas jurídicas válidas puestas por los juristas⁶⁷. Dicho análisis comporta evidentemente la necesidad de formular una serie de proposiciones normativas, cuya naturaleza es interpretativa, relativa a los contenidos del

⁶⁷ Cfr. A. AARNIO, *On Truth and Acceptability of Interpretative Propositions in Legal Dogmatics*, in «Rechtstheorie», Beiheft 2, pp. 33-51.

Derecho vigente. Desde esta óptica, entonces, el núcleo central de la actividad dogmática consiste en la formulación de juicios interpretativos: la temática de la interpretación debe ocupar, así, un puesto central en la reflexión del teórico del Derecho.

Internamente a la reflexión sobre la interpretación la cuestión más relevante está constituida por el problema de evaluar si es posible enunciar proposiciones interpretativas correctas. Cabe preguntar si la interpretación, en cuanto actividad de determinación de los significados (sobre todo en la descripción de los mismos), consiste en un conjunto de procedimientos del cual sean predicables la verdad o, al menos, la corrección.

La posibilidad de considerar la interpretación del Derecho de la cual se puede predicar la corrección es, para Aarnio, de capital importancia, desde el momento en que sólo en el caso en el que la interpretación pueda ser justificada o considerada correcta es posible garantizar el valor de la certeza del Derecho. A su vez esta última es considerada por el pensador no como una exigencia generalmente advertida en el ámbito de la sociedad occidental contemporánea, sino como un valor irrenunciable en el contexto de la misma. Sobre estas bases se puede concluir que la garantía de la certeza (y por tanto la posibilidad de emitir juicios de corrección sobre las decisiones interpretativas) resulta una precondition de la legitimidad misma del poder.

Incluso, según Aarnio, podría darse un motivo aparentemente fundado de duda sobre la posibilidad de considerar a la interpretación como una actividad de la cual sean predicables la verdad o la corrección, y esto sobre la base del argumento según el cual no es posible identificar una única respuesta correcta para cada cuestión interpretativa singular.

En realidad, Aarnio piensa que en virtud del carácter pluralista y complejo de las sociedades occidentales contemporáneas, una misma disposición normativa puede efectivamente recibir interpretaciones diferentes, ninguna de las cuales puede ser considerada legítimamente más correcta que las otras desde el punto de vista sustancial.

Esta tesis escéptica, de todos modos, no permite, según el pensador escandinavo, concluir que la interpretación sea una actividad arbitraria y no susceptible de ser juzgada más o menos correcta.

En la óptica de Aarnio, en efecto, la corrección de la interpretación no depende de la posibilidad de determinar la existencia de una única respuesta correcta, sino de la de justificar racionalmente las decisiones interpretativas. Aunque a veces ésta no revela las posibilidades, el proceso interpretativo puede ser pensado como no arbitrario (y por tanto correcto) si transcurre con respeto a determinados criterios o cánones generales predeterminados, sobre la base de los cuales puede ser justificado. En esta perspectiva, la justificación garantiza la apropiación de la decisión interpretativa y, por ello, el carácter no arbitrario de la actividad misma de interpretación. En efecto, la posibilidad de justificar las decisiones sobre la base de criterios prefijados es suficiente para excluir la absoluta subjetividad de la interpretación y, por tal vía, de controlar la multiplicación incontrolada de los significados jurídicos. En tal visión, entonces, se da un estrecho ligamen entre la teoría de la ciencia jurídica, la teoría de la interpretación y la teoría de la justificación jurídica⁶⁸.

La teoría de la justificación jurídica propuesta por Aarnio trata de sintetizar tres tradiciones de pensamiento: la neorretórica de Perelman, la del segundo Wittgenstein y la de Habermas. Parte del supuesto de que la racionalidad lógica (consistente en el respeto de las reglas de la lógica formal) no agota el campo de la racionalidad aplicable al Derecho. Junto a la razón lógico-formal está la razón dialéctica. Es propio de ésta última desarrollar el rol más importante a fin de justificar juicios interpretativos. La idea de racionalidad dialéctica reenvía a la conformidad con una serie de parámetros entre los cuales el criterio de la congruencia (*coherence*) ocupa una posición particular. En efecto, para que una decisión pueda ser considerada

⁶⁸ Cfr. A. AARNIO, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokio, 1986.

justificada debe demostrar, en primer lugar, ser congruente con el Derecho preexistente y, por tanto, armonizarse con las disposiciones jurídicas generales y con las decisiones interpretativas precedentes que pertenezcan al mismo sistema jurídico. El test de congruencia, no obstante, es necesario pero no suficiente a fin de garantizar la plena justificación de la decisión interpretativa. De aquí la necesidad de hacer una referencia a ulteriores requisitos que pueden ser resumidos en el más comprensivo de la razonabilidad o aceptabilidad sustancial de la solución propuesta. Con tales términos Aarnio expresa la necesidad de que las soluciones jurídicas particulares sean conformes a la imagen del mundo propia de una cierta forma de vida, esto es a los valores de justicia sustancial propios de una determinada sociedad. Aquella «imagen del mundo» y de «forma de vida» son dos nociones que se remontan a Wittgenstein. Reenvían a la posibilidad de repetir en el interior de una sociedad una estructura de pensar y de actuar humano común, un sistema de convicciones y valores compartidos. En la perspectiva de Aarnio, entonces, una solución interpretativa puede ser considerada justificada, en último análisis, cuando es posible demostrar que es compatible y, en alguna medida, determinada por el sistema axiológico compartido, al menos en las líneas fundamentales, por una cierta comunidad de hablantes (un auditorio ideal particular).

Aleksander Peczenik (n. 1937) parte de una concepción del Derecho como fenómeno constituido no sólo por reglas en sentido estricto, sino también por principios, de objetos, de valores y de ideales contenidos en documentos normativos producto de sujetos diversos por funciones y tipos de poder. El Derecho, consecuentemente, no es una entidad ya dada y disponible, que el operador jurídico descubre prefabricada, dispuesta para la aplicación. Es sobre todo una construcción del operador que con referencia al caso concreto debe hallar la correcta combinación entre diferentes factores. De tal modo, Peczenik finaliza necesariamente afirmando el carácter omnipresente del procedimiento argumentativo del Derecho. Es, en efecto, a través

de la actividad de argumentación como los diversos componentes jurídicos pueden ser identificados y combinados entre sí con referencia al caso concreto. Por tanto, una forma más o menos articulada de razonamiento jurídico está implícita en cada una de las principales actividades del jurista.

Estas últimas, según Peczenik, pueden ser reconducidas a dos tipologías fundamentales: la enunciación de juicios de validez (a su vez distinguibles, según el objeto, en juicios referidos a la validez, y por tanto a la identificación, del sistema jurídico, y en juicios referidos de las normas singulares pertenecientes a un sistema jurídico válido) y la enunciación de juicios interpretativos. Tanto la determinación del Derecho válido como las decisiones relativas a la interpretación correcta reclaman la experiencia de un razonamiento cuya naturaleza no es exclusivamente lógico-deductiva. Peczenik sostiene, en efecto, que ya sea con el fin de fijar la validez o ya sea en el ámbito de la actividad interpretativa son indispensables transformaciones o «saltos» (*jumps*). Con tal expresión el autor hace referencia al hecho de que los pasos argumentativos necesarios para sacar conclusiones jurídicas válidas o para atribuir a un mismo texto el significado correcto de su contenido, no sólo lógicamente ajustado, se requiere un salto lógico, es decir, el cumplimiento de operaciones en parte valorativas y no justificables deductivamente.

Según Peczenik tales operaciones, aún no siendo procesos deductivos, no constituyen, no obstante, actos arbitrarios. Para la no arbitrariedad de las mismas es aún necesario que respeten algunos criterios de racionalidad que se identifican por el propio autor. Tales parámetros pueden ser a su vez reconducidos a tres formas generales de racionalidad: la racionalidad lógica (*L-rationality*), la racionalidad apoyativa (*S-rationality*) y la racionalidad dialéctica (*D-rationality*).

La racionalidad lógica reenvía a la necesidad de que las transformaciones, al no ser deductivas, de un lado, no violen los principios fundamentales (lógicos) de no contradicción (*consistency*) y, de otro lado, no vulneren las reglas de

su lenguaje que son generalmente reconocidas como correctas en una determinada sociedad.

La racionalidad apoyativa se satisface cuando las transformaciones respetan el requisito de la congruencia (*coherence*).

Finalmente, la racionalidad dialéctica reenvía a la posibilidad de alcanzar un consenso interno en el grupo social en el cual se producen las transformaciones.

La aceptabilidad social a la cual Peczenik se refiere a los fines de la justificación discursiva de las transformaciones no es, no obstante, la aceptabilidad empírica (que, en supuestos extremos, podría ser obtenida por la coacción o con engaño) sino una aceptabilidad ideal. Con esta expresión se alude a la general aceptación que puede obtener el resultado de un procedimiento argumentativo que obtiene el respeto de las reglas que disciplinan el discurso ideal, definido en los términos propios de la teoría del discurso racional práctico elaborada por Alexy⁶⁹.

Neil MacCormick, del que ya habíamos expuesto su concepción neoinstitucionalista, considera la doctrina del razonamiento jurídico como estrictamente complementaria a la teoría del Derecho⁷⁰.

Según el autor escocés el estudio del razonamiento jurídico tiene por objeto el conjunto de las prácticas argumentativas compartidas por los jueces. Está centrado sobre la forma y sobre la estructura de la argumentación, más que sobre los contenidos: por tanto puede ser definida como una teoría procedimental del razonamiento jurídico.

Con referencia a la forma, MacCormick piensa que, para poder ser considerado racional, el razonamiento jurídico debe satisfacer el principio de universalidad y no debe contradecir las leyes de la lógica formal. El carácter lógico del razonamiento jurídico se manifiesta en el hecho de que, a su vez, la argumentación que justifica una decisión

⁶⁹ Cfr. A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston-London, 1989.

⁷⁰ Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978 (trad. it., a cura di V. Villa, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, 2001).

puede venir completamente en forma silogística (*easy cases*). Además, también en los casos en los que la justificación silogística no es posible y la argumentación asume una estructura más compleja, el vínculo con la lógica formal no desaparece, desde el momento en que el razonamiento justificativo no debe, de ningún modo, violar el principio lógico de no contradicción. Incluso en los *hard cases*, la deducción no es un criterio de justificación suficiente y resulta entonces indispensable recurrir a la que el pensador escocés llama justificación de segundo grado, cuyo fin es mostrar que las premisas del proceso deductivo no se ponen de modo arbitrario, sino que constituyen el fruto de una cadena argumentativa racionalmente justificable.

Los criterios de justificación de segundo grado elaborados por MacCormick son los de *consistency*, *coherence* y *consequentialist argument*. Estos son reconducibles a la idea más comprensiva según la cual las decisiones asumida a través del razonamiento jurídico deben ser idóneas para «tener sentido» en el sistema jurídico de referencia o en el mundo. Para «tener sentido» en el sistema del Derecho, las decisiones deben ser coherentes y congruentes con los contenidos de éste último (requisitos de la *consistency*, y de la *coherence*), para «tener sentido» en el mundo deben producir consecuencias aceptables (requisito del *consequentialist argument*). En la medida en la cual tales parámetros vengán satisfechos el razonamiento jurídico es racional, aunque no sea deductivo.

En otros términos, para MacCormick una decisión puede estar racionalmente justificada también cuando no es obtenida deductivamente de normas generales del sistema si es coherente y congruente respecto al Derecho preexistente y produce consecuencias aceptables.

El problema de la interpretación del Derecho ha sido el centro de la obra del polaco Jerzy Wróblewski (1926-1990). En el curso de su larga actividad de estudio, comenzada con poco más de veinte años en la Universidad de Cracovia y después en la de «Ód», ha elaborado una completa teoría de la distinción entre interpretación partiendo de la

interpretación *latissimo sensu*, que caracteriza a las «ciencias culturales» respecto a las que tienen como objeto no la cultura sino la naturaleza; interpretación *lato sensu*, entendida como comprensión en general del texto jurídico e interpretación *strictu sensu* referida a los textos ambiguos, vagos o, de cualquier modo, poco claros, esto es, privados de un «significado inmediatamente dado». La interpretación tiene el objeto preciso de hacer al texto efectivamente utilizable en el problema jurídico que se trata de resolver.

En este último nivel entra en juego la que Wróblewski define como una «interpretación operativa». El punto de partida está constituido por la localización de una duda relativa al significado de la norma aplicable. Tal duda tiene un carácter estrictamente pragmático y ligado al uso concreto del lenguaje normativo respecto a la dificultad de cualificación jurídica de hechos que caracterizan el caso en cuestión. El segundo momento consiste en el uso de reglas interpretativas de primer nivel, las cuales especifican de qué modo el significado dudoso de una norma debe ser determinado pragmáticamente, teniendo en cuenta los contextos semánticos fundamentales que lo conciernen. Wróblewski individúa en este sentido tres tipos de contextos: el lingüístico (que se refiere en sentido estricto a los aspectos sintácticos, semánticos y pragmáticos del lenguaje jurídico), el sistemático (que se refiere a las relaciones de una norma con las otras pertenecientes al mismo sistema normativo), y el funcional (que se refiere a un complejo conjunto de factores de tipo socio-político, económico y valorativo).

Si el uso de las reglas de primer nivel es satisfactorio, entonces es posible formular la decisión interpretativa y establecer el significado concreto de la norma en cuestión. De lo contrario, es necesario recurrir a reglas interpretativas de segundo nivel. Estas definen esencialmente modos de utilizar las reglas de primer nivel. Son en este sentido reglas de procedimiento (que determinan un posible orden en el uso de las reglas de primer nivel) y reglas de preferencia (que se refieren a criterios de elección entre los di-

versos significados de la norma en cuestión obtenidos aplicando reglas de primer nivel).

Wróblewski formula otra distinción entre justificación *interna* y *externa* de las decisiones judiciales. Tal distinción asume una particular importancia en relación con el uso del modelo silogístico y, más en general, de la lógica en contextos jurídicos. En términos esquemáticos se puede decir que mientras la justificación interna exige coherencia entre las premisas de la decisión y la decisión misma, la justificación externa mira a la racionalidad de la determinación de las premisas. En la primera puede desarrollar un rol fundamental y tiene un valor de justificación un modelo de tipo lógico-formal, mientras que en la segunda el criterio de racionalidad de la decisión difícilmente puede reducirse a una mera operación lógica.

En general, según Wróblewski, una teoría de la interpretación no puede garantizar un resultado seguro para cualquier problema jurídico. Las teorías que son (o pretenden ser) suficientemente ricas y completas para poder dotar idealmente la base para la solución de cualquier duda interpretativa son definidas por Wróblewski como «teorías normativas de la interpretación» (en contraposición con las teorías puramente descriptivas).

Dentro de las teorías normativas, en particular, Wróblewski distingue entre teorías estáticas y teorías dinámicas. Las primeras establecen como valor la estabilidad en la definición del significado de las normas jurídicas (por ejemplo la *Begriffsjurisprudenz*), las segundas tienden a favorecer la inestabilidad sobre la base de criterios socio-funcionales (por ejemplo, las corrientes antiformalistas racionales)⁷¹.

⁷¹ Las obras principales de WRÓBLEWSKI sobre la interpretación son *The Legal Reasoning in Legal Interpretation*, in «Logique et analyse», 1969 (trad. it., *Il ragionamento giuridico nell'interpretazione giuridica*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI, a cura di, *Lanalisi del ragionamento giuridico*, cit., pp. 268-270); *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, in «Rechtstheorie», 1974, pp. 34-46; *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Helsinki, 1983; *The Judicial Application of Law*, ed. postuma a cura di Z. Banlowski y N. MacCormick, Dordrecht, 1992.

En Italia el debate sobre la interpretación y, más en general, sobre el razonamiento jurídico, ha estado fuertemente estimulado en los últimos decenios por la difusión de los acercamientos iusrealistas sobre el plano teórico y la crisis de la justicia en el plano histórico.

En un libro de Giovanni Tarello, *Diritto, enunciati ed usi. Studi di teoria e metateoria del diritto* se focaliza la atención sobre el tema⁷².

Como se ha dicho, Tarello, partiendo del estudio del realismo americano, desarrolla una teoría realista del derecho que se apoya sobre una concepción de la norma entendida, de un lado, como enunciado normativo, o sea como expresión lingüística idónea para ser interpretada en sentido normativo y, de otro lado, como el contenido del significado normativo obtenido del enunciado. Tal noción de norma es instrumento para una teoría de la interpretación concebida no como actividad cognoscitiva, sino como actividad productora de normas.

La discusión abierta por Tarello se ha desarrollado a través del contraste entre las posiciones neoformalistas y las posiciones neoescépticas. Entre los representantes de la primera se puede citar Mario Jori (n. 1946), que, sobre la base de la reelaboración del pensamiento de Uberto Scarpelli, su maestro, y de Herbert Hart, con el cual perfeccionó estudios después de licenciarse, funda una original propuesta metodológica, el conocido como normativismo abierto, considerado como una tercera vía entre el normativismo estricto y el realismo⁷³. Con el ejemplo de Hart, Jori sostiene que las disposiciones normativas presentan

⁷² BOLOGNA, 1974. Cfr. también G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980. Una bibliografía completa de los escritos de TARELLO se encuentra en el fascículo 1987/2 de «Materiali per una Storia della Cultura Giuridica» (revista fundada por él en 1971), pp. 289-302 y en *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, Milano, 1990, I, pp. IX-XXI. Véase también *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, a cura di S. Castignone, Bologna, 1989.

⁷³ Entre las obras más significativas de MARIO JORI pueden verse *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Milano, 1976; *Il formalismo giuridico*, Milano, 1980; *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, 1985; con A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1995². DE HART, JORI ha traducido *Responsabilità e pene*, Milano, 1981.

regularmente un núcleo cierto de significado que el intérprete comprende o puede describir. A este núcleo más o menos amplio van unidas siempre áreas de vaguedad y de incertidumbre a propósito de las cuales el intérprete debe hacer elecciones.

Entre los representantes del segundo se puede indicar, en cambio, a Riccardo Guastini, discípulo de Tarello, el cual piensa que interpretar no es conocer la norma, sino producirla. Retomando la tan conocida distinción de Ross entre interpretación como resultado y como actividad, define la interpretación como la operación consistente en recabar normas de disposiciones del legislador o de otra actividad normativa⁷⁴.

Sobre el tema de la interpretación se han ocupado también, de modo particular, filósofos de orientación hermenéutica como Giuseppe Zaccaria (n. 1947) y Francesco Viola (n. 1942), convencidos de que la teoría de la interpretación no es sólo el tema central del conocimiento y la práctica del Derecho, sino que puede dar aportaciones útiles a fin de describir y definir el Derecho.

La hermenéutica jurídica que, aparte de Emilio Betti, no ha tenido tradición en Italia y mira por ello a los modelos germanos (en particular Gadamer y Esser) y más recientemente al área anglosajona (MacCormick y Dworkin) se ha desarrollado a lo largo de dos direcciones complementarias entre sí. Por un lado se ha concentrado sobre la interpretación judicial y sobre el análisis jurídico de la relación entre cuestiones de hecho y cuestiones de Derecho (Zaccaria)⁷⁵, por otro, ha desarrollado la reflexión sobre el derecho como práctica social (Viola)⁷⁶.

⁷⁴ Para las obras de GUASTINI, ver *supra*, nota 49.

⁷⁵ Entre las obras principales sobre el tema puede verse G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Milano, 1984; *Ermeneutica e giurisprudenza. saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, 1984; *L'arte dell'interpretazione*, Padova, 1990; *Questioni di interpretazione*, Padova, 1996 y por último con F. VIOLA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999.

⁷⁶ Entre las obras principales al respecto pueden verse F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Milano, 1990 y con ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit.

Peculiar es, finalmente, la aproximación de Alessandro Giuliani (1925-1997) el cual, sobre las huellas de Riccardo Orestano, en oposición a la idea de una «ciencia sin historia», considera el estudio histórico como estudio del aspecto constitutivo de la experiencia jurídica. A la luz de esta premisa metodológica, Giuliani ha conducido importantes investigaciones sobre la lógica jurídica, sobre la justicia, sobre los jueces, sobre la teoría del proceso⁷⁷.

V. GLI STUDI DI LOGICA GIURIDICA

En los años cincuenta la difusión de la filosofía analítica había favorecido, como se ha dicho⁷⁸, un renovado interés entre los filósofos del Derecho —ya orientados hacia una teoría formalista del derecho de origen kelseniano— por los estudios de lógica jurídica, entendida como lógica de las normas y/o de las proposiciones normativas⁷⁹.

La crisis del positivismo jurídico formalista de los últimos decenios, por otra parte, no ha implicado a la aproximación analítica que, en cambio, a través de un mayor refinamiento de sus propios instrumentos lógicos y metodológicos, ha continuado orientando a numerosos estudiosos que han mantenido vivo el interés por los estudios de lógica jurídica, en parte confluentes, como se dirá, en la nueva disciplina de la informática jurídica⁸⁰.

⁷⁷ Entre las obras más significativas de GIULIANI pueden verse *Ricerche in tema di esperienze giuridiche*, Milano, 1957; *Il concetto di prova. Contributto alla logica giuridica*, Milano, 1961; *La controversia. Contributo a la logica giuridica*, 1996; *La definizione aristotelica della giustizia. Metodo dialettico e analisis del linguaggio normativo*, Perugia, 1971; también los volúmenes por él cuidados entre 1975 y 1994 de la colección «Leducazione giuridica».

⁷⁸ V. *supra*.

⁷⁹ Según la definición de C. ALCHOURRÓN (cfr. *Logic of Norms and Logic of Normative Proposition*, in «Logique et Analyse», 1969, pp. 242-268) la lógica de las normas se refiere directamente a las prescripciones y la lógica de la prescripción normativa se refiere a las proposiciones que afirman que una prescripción pertenece a un cierto sistema normativo.

⁸⁰ Los pioneros de la aplicación informática de la lógica jurídica han sido L.E. ALLEN y C.S. SAXON, que han propuesto usar el lenguaje lógico para mejorar la redacción de los textos jurídicos y realizaron programas para la redacción

Uno de los centros más significativos para este tipo de estudios está representado por el Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires dirigido, después de retirarse Cossio, por Ambrosio L. Gioja (1912-1971), un discípulo de Cossio que en los Estados Unidos había conocido a Hans Kelsen y se había acercado a la Filosofía analítica.

En torno a él, en los años sesenta, se formó una importante escuela de orientación analítica, de la que han formado parte, entre otros, Carlos Alchourrón (1931-1996), Eugenio Bulygin (n. 1931), Genaro Carrió (n. 1922) y Roberto Vernengo (n. 1926)⁸¹.

Una de las obras más significativas salida de este círculo de estudiosos es la célebre monografía de Alchourrón y Bulygin, *Normative System*⁸². Objeto principal de los dos autores es clarificar la noción de «sistema jurídico» que es definido, a partir de la noción clásica de sistema deductivo, como el conjunto de los enunciados jurídicos (la normas) que constituyen la base axiomática del sistema, más todas sus consecuencias lógicas.

A su vez, las normas son definidas como enunciados *condicionales* que conectan ciertas circunstancias factuales («casos» o «presupuestos») con determinadas consecuencias jurídicas (soluciones). Además, las normas son entendidas como expresiones lingüísticas, por tanto como

semiautomática de textos jurídicos normalizados, en los cuales, las conjunciones del lenguaje natural son sustituidas por conectores lógicos. En particular, la lógica propuesta por ALLEN consiste en una formalización de los conceptos jurídicos hohfeldianos mediante la lógica de la relevancia (Cfr. L.E. ALLEN, *Formalizing Hohfeldian Analysis to Clarify the Multiple Senses of «Legal Right»: A Powerful Lens for the Electronic Age*, in «Southern California Law Review», 1974, pp. 428-487) y L.E. ALLEN-C.S. SAXON, *Analysis of other Logical Structure of Legal Rules by a Modernized and Formalized Version of Hohfeld Fundamental Legal Conceptions*, in *Automated Analysis of Legal Texts*, a cura di A.A. Martino-F. Socci, Amsterdam, 1986, p. 385-450.

⁸¹ Cr. M. ATIENZA, *La filosofía del derecho argentina actual*, Buenos Aires, 1984, pp. 70 y ss.

⁸² Cfr. C. ALCHOURRÓN-E. BULYGIN, *Normative System*, Wien-New York, 1971, después publicado en español con el título *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1975.

enunciados significativos, esto es, dotados de un significado definido y constante.

La sistematización del Derecho consiste, en consecuencia, en la solución de los casos genéricos mediante la derivación de las consecuencias lógicas del sistema de normas jurídicas y cualquier eventual reformulación del sistema jurídico sigue siempre a la identificación y delimitación de los enunciados de la base axiomática.

La noción de sistema como conjunto de normas que tienen conexión entre sí permite, además, redefinir de modo riguroso el concepto de la «plenitud» y la «coherencia», sobre cuya base es posible obtener nociones adecuadas de *laguna* e *incoherencia* (antinomía) del sistema⁸³. Se puede decir, en efecto, que hay una laguna en relación a un caso cuando no se ve una solución para él, esto es, cuando no es posible conectarle alguna consecuencia. Un sistema normativo por eso se dice incompleto si contiene al menos una laguna. Se da, en cambio, incoherencia cuando un sistema conecta un caso con dos o más soluciones, de tal modo que la conjunción de las soluciones origina una contradicción normativa o antinomía.

Como ha recalcado Alchourrón en uno de sus últimos ensayos⁸⁴, la lógica puede ser usada para valorar la cohe-

⁸³ CALOS ALCHOURRÓN en colaboración con DAVID MAKINSON ha realizado un modelo lógico de la dinámica de los ordenamientos normativos (cfr. C. ALCHOURRÓN-D. MAKINSON, *Hierarchies of Regulation and Their Logic*, in *New Studies on Deontic Logic*, a cura di R. HILPINEN, Dordrecht, 1981, pp. 123-148). Los autores observan que el Derecho introduce continuamente nuevas normas en contradicción con las normas preexistentes. El sistema puede mantenerse coherente, pero engloba las nuevas normas sólo si resulta convenientemente modificado. Pero ¿cómo es posible obtener un nuevo conjunto de normas, que contenga las nuevas prescripciones, y que preserve lo máximo posible los contenidos preexistentes en su introducción? La respuesta, en dicha contribución apenas indicada, será desarrollada sucesivamente en las tesis de ALCHOURRÓN, MAKINSON y GARDENFORS, en su teoría de la revisión del conocimiento o de la revisión de las creencias (Cfr. ALCHOURRÓN-P. GARDENFORS-D. MAKINSON, *On the Logic of Theory Change: Partial Meet Functions for Contractions and Revisions*, in «Journal of Symbolic Logic», 1985, pp. 510-530). Tal teoría, que representa una de las adquisiciones más importantes de los recientes estudios lógicos y epistemológicos (e informáticos), ofrece un conjunto de criterios y estrategias racionales para englobar nuevos conocimientos en un conjunto de conocimientos preexistentes.

⁸⁴ Cfr. ALCHOURRÓN, *On Law and Logic*, in «Ratio Iuris», 1996, pp. 331-348.

rencia y la plenitud de un sistema jurídico, pero no sirve de ayuda cuando se trata de remediar lagunas o incoherencias. Las soluciones no pueden ser de naturaleza estrictamente jurídica. En efecto, ligado al problema de las lagunas jurídicas está el de la naturaleza de la decisión judicial, afrontado por ambos autores en la última parte de *Normative Systems*. Definen la solución de conflictos como uno de los objetos fundamentales del Derecho. Para su realización no basta el sistema jurídico llamado «primario», consistente en el conjunto de las normas que dan solución a los casos genéricos, sino que es necesario introducir la llamada *jurisdicción obligatoria*. Ésta permite distinguir el sistema primario, exigido por los sujetos jurídicos, del «secundario», exigido por los jueces. Entre las normas que establecen obligaciones para los jueces está la que les impone la obligación de juzgar, la que les impone la obligación de fundar sus decisiones en Derecho. Esta norma es, por ello, un puente entre el sistema primario y el secundario.

El ideal deductivista, que según Alchourrón y Bulygin caracteriza esencialmente la ciencia jurídica, nace de razones teóricas o políticas resumibles en tres principios:

- 1) el principio de *inevitabilidad* (*unavoidability*), según el cual los jueces tienen la obligación de resolver todo caso que se presente dentro de su propia esfera de competencia (tal principio continúa evidentemente al de jurisdicción obligatoria antes referido);
- 2) el principio de *justificación*, según el cual los jueces deben justificar las propias decisiones y probar su no arbitrariedad; y finalmente,
- 3) el principio de *legalidad*, según el cual las decisiones judiciales deben fundarse en la ley del Estado.

Tales principios se unen a los postulados de plenitud y coherencia del sistema jurídico, que puede garantizar, junto a los primeros, lo que viene presupuesto en el concepto mismo de sistema jurídico, esto es, los ideales políticos de seguridad e igualdad formal. El postulado de plenitud hace que el contenido de una decisión judicial sea una consecuencia lógica de las premisas que la fundan.

Sin embargo, porque un sistema es el conjunto de las normas, esto es de los significados de las expresiones lingüísticas del texto legislativo, se presenta la bien conocida dificultad derivada de la ambigüedad y de la vaguedad intrínseca al lenguaje natural. Esta consideración es el motivo de la inclusión en la temática del Alchourrón de la noción de la llamada «defectibilidad» (*defeasibility*) del razonamiento normativo y en particular jurídico⁸⁵. Tal característica identifica el hecho de que el razonamiento jurídico se basa sobre premisas revisables, y que en cualquier controversia jurídica se dan contrastes y valoraciones que conducen a conclusiones siempre provisionales, muchas veces fundadas sobre indicaciones limitadas y hasta incoherentes. Las premisas, en efecto, no están constituidas sólo por normas abstractas y generales, que puedan de cualquier modo entender condiciones no expresamente formuladas, sino que consisten también en la exposición del caso singular que es fruto de una indagación inductiva dotada de validez sólo probable. El carácter provisional de las conclusiones de la argumentación jurídica por eso es debido a la singular combinación de reglas y excepciones, tantas veces implícitas en la norma.

Del análisis, aunque sumario, de los estudios de Alchourrón y Bulygin surge el interés de los autores progresivamente expuesto por el sistema en cuanto tal actividad de sistematización con la cual los juristas lo construyen: de aquí la importancia de su contribución, también en el ámbito de los estudios del razonamiento jurídico.

Entre los estudiosos europeos que se han ocupado de la lógica jurídica se puede recordar a Lars Lindahl, Arend Soeteman, Ota Weinberger y Georg Henrik von Wright, uno de los pioneros de la lógica jurídica en los años cincuenta, como se subrayó en la primera parte de este capítulo.

⁸⁵ Cfr. en particular C. ALCHOURRÓN, *Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals*, in *Deontic Logic in Computer Science. Normative System Specification*, a cura di J.-J. Ch. Meyer-R.J. Wieringa, New York, 1993.

Gran parte de la producción del sueco Lars Lindhal (n. 1936) tiene por objeto la aplicación de la lógica formal a cuestiones estrictamente jurídicas, o bien temáticas, superponiéndose de diversos modos a los usuales desarrollos autónomos de la lógica deóntica, asumiendo su específica colocación dentro de la Teoría del Derecho y, en particular, del análisis formal de los conceptos jurídicos fundamentales. De relieve, en tal sentido, es la teoría de las «condiciones jurídicas» (*legal position*) que Lindahl ha desarrollado desde los años setenta, tomando motivo de algunos trabajos pioneros de Stig Gustav Kanger⁸⁶. Trata de aplicar y de combinar juntas la lógica deóntica y la lógica de la acción para una formalización de lo que W.N. Hohfeld ha definido como «conceptos jurídicos fundamentales», como «deber», «derecho», «responsabilidad», «poder», etc.⁸⁷.

Uno de los aspectos más relevantes de esta teoría consiste en la definición de un método para poner en conexión y para describir de modo sistemático el espacio de toda posible relación lógico-normativa entre dos agentes respecto de alguna tipología de acciones.

Tal método ha llevado, en primer lugar, a una clasificación de todas las posibles condiciones jurídicas relativas a un sujeto en cuanto tal o a un sujeto en relación con otro sujeto y, en segundo lugar, al análisis de la dinámica jurídica concerniente a los casos en los cuales las condiciones de uno o más sujetos sufre una mutación a través de acciones específicas como la promesa, el contrato, la decisión de una autoridad, etc.

En sustancial continuidad respecto a este filón de investigación, el estudioso sueco ha dedicado sus contribu-

⁸⁶ Cfr. S.G. KANGER (n. 1924), *New Foundations for Ethical Theory*, in *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, a cura di R. HILPINEN, Dordrecht, 1971, pp. 36-58.

Además de STIG GUSTAV KANGER (n. 1924), otro eminente estudioso sueco de lógica jurídica es LENNART ERNST ÅQUIST (n. 1932), autor de estudios sobre la causalidad y la responsabilidad —con el fin de reconstruir lógicamente el derecho del ilícito civil— y sobre el problema de la intencionalidad en el Derecho penal.

⁸⁷ Cfr. L. LINDAHL, *Position and Change. A Study in Law and Logic*, Dordrecht, 1997.

ciones más recientes al análisis de los «conceptos intermedios», a nociones como «propietario», «poseedor», «ciudadano», etc., que, internamente a un sistema normativo, «median» o establecen particulares conexiones entre condiciones descriptivas relativas a hechos y específicas consecuencias jurídicas. Lindhal ha propuesto una definición precisa y rigurosa de tales conexiones normativas, mostrando que éstas contienen complejas estructuras conceptuales y que, técnicamente, asumen la forma de relaciones entre retículos algebraicos⁸⁸.

El holandés Arend Soeteman (n. 1944) ha desarrollado un análisis detallado del concepto de «razonabilidad» en el razonamiento jurídico, utilizando los instrumentos de la lógica formal. Soeteman sostiene que existe un margen imponderable de indeterminabilidad en el establecimiento y en la justificación de las premisas de cualquier proceso racional e inferencial; sin embargo, si por un lado es ciertamente verdadero que la lógica por su naturaleza no puede ofrecer una solución cierta para tales problemas, por otro lado permite analizar y clarificar las mismas premisas, de modo que sea posible obtener un consenso racionalmente fundado sobre el contenido sustancial de éstas últimas.

En general, la lógica no puede hacerse cargo del contenido de cualquier decisión jurídica, pero de todos modos debe ser entendida como un instrumento indispensable y necesario, aunque no suficiente, para el control y la justificación de tales decisiones. El espacio residual que la lógica formal no puede tratar deja el campo abierto a otras formas de razonamiento. De otra parte, la explicitación de posibles argumentos alternativos respecto a la resolución de un caso configura soluciones entre sí inconsistentes y, por tanto, relevantes como contradicciones lógicas. También en estos casos, la lógica resulta ser un instrumento

⁸⁸ Cfr. L. LINDHAL, *Norms. Meaning Postulates and Legal Predicates*, in *Festschrift for Carlos Alchourrón and Eugenio Bulygin*, a cura di E. GARZÓN VALDÉS et alii, Berlin, 1997 e *Intermediate Concepts as Couplings of Conceptual Structures*, in *Norms Logic and Information Systems*, a cura di P. MCNAMARA y H. PRAKKEN, Amsterdam, 1999.

indispensable para poder aceptar de todos modos las consecuencias de cualquier decisión judicial.

Sobre estas bases generales, Soeteman ha propuesto un análisis lógico-formal de numerosas cuestiones relativas al razonamiento jurídico y normativo, como el *status* de los juicios normativos, la estructura de las normas condicionales, la naturaleza de los operadores deónticos y la solución de algunas paradojas que la misma lógica deóntica ha evidenciado⁸⁹.

Ota Weinberger, de quien ya habíamos considerado la contribución a la teoría constitucionalística, en numerosos escritos se ha ocupado específicamente de problemas de lógica jurídica, mostrando un cierto escepticismo en la comparación con la lógica deóntica clásica. Tal escepticismo, por otra parte no comporta la imposibilidad de definir una genuina lógica de la norma que, al contrario, para el estudioso checo, es condición necesaria para la existencia de la misma Teoría del Derecho. El mecanismo de la subsunción, la noción de unidad racional del ordenamiento, en términos de compatibilidad entre enunciados normativos, por ejemplo, no podría ser objeto de una investigación seria si no existiese un modelo lógico-formal de análisis del Derecho.

Según Weinberger, es importante ante todo introducir nuevas definiciones de conceptos normativos, que no rechacen la lectura conocida en términos de modalidad aléctica que viene ofrecida por la lógica deóntica. En segundo lugar, aparece igualmente fundamental un análisis adecuado de las condiciones normativas: es oportuno por consiguiente proveer de una noción de condicional que se adapte a la dinámica inferencial en sistemas de normas, y que se destaque de las concepciones comunes que la lógica clásica ha desarrollado en tal sentido⁹⁰.

Last but not least, el finlandés Georg Henrik von Wright (n. 1916), el cual después de la fundamental obra

⁸⁹ Cfr. A. SOETEMAN, *Logic in Law. Remarks on Logic and Rationality in Normative Reasoning, Especially in Law*, Dordrecht, 1989.

⁹⁰ Cr. en particular, O. WEINBERGER, *Studien zur Normenlogik und Rechtsinformatik*, 1974 y *Rechtlogik*, Berlin, 1989².

de los años sesenta *Norm and Action. A Logical Inquiry y An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*⁹¹, abandonada la preocupación por los aspectos formales de la lógica deóntica, se orienta «sobre el problema filosófico de la lógica de las normas» y llega a una teoría de la racionalidad normativa.

Abrazando una visión «no cognoscitiva de la norma y de los valores» que, por su misma admisión, se relaciona con el último Kelsen y Hägerström, el estudioso finlandés considera a las normas no como entidades absolutas, sino como componentes de un *corpus* de normas emanadas de una autoridad normativa racional. Como consecuencia, la lógica de las normas no es concebida como una lógica en sentido estricto, sino como la expresión de una concepción, o mejor de un ideal, de racionalidad normativa. «Los escépticos positivistas que, como Alf Ross —escribe Wright—, dudaron de la posibilidad de una lógica deóntica, tenían razón bajo un aspecto relevante al sostener que *las normas no tenían una lógica*, o que el discurso normativo era alógico. Pero la actividad legislativa, y también las normas mismas pueden ser juzgadas bajo varios aspectos y estándares de *racionalidad*»⁹².

En Italia entre los mayores estudiosos de la lógica jurídica, podemos recordar a Amadeo Giovanni Conte (n. 1934), discípulo de Bobbio, que se ha concentrado en sus primeros estudios sobre la temática de la Teoría general del Derecho relativa al ordenamiento jurídico, la validez, la plenitud y la coherencia⁹³, demostrando un particular

⁹¹ Respectivamente London, 1963 (trad. it., *Norma e azione. Un'analisi logica*, Bologna, 1982) y Amsterdam, 1968.

⁹² Cfr. G.H. VON WRIGHT, *Normas, Truth and Logic*, in *Philosophical Papers, I, Practical Reason*, Oxford, 1983, pp. 130-209 (trad. it., *Norme, verità e logica*, in «Informatica e Diritto», 1983, pp. 5-87, para la cita del texto véase la p. 9).

Las posiciones que expresa han sido sustancialmente confirmadas por Von Wright en todas las investigaciones sucesivas, hasta la que puede ser considerada el último reconocimiento autobiográfico de sus «continuos... esfuerzos... para clarificar los aspectos filosóficos de la lógica deóntica», o sea, G.H. VON WRIGHT *Deontic Logic: A Personal View*, in «Ratio Juris», 1999, pp. 26-38.

⁹³ Entre las obras más significativas del primer periodo se hallan A.G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, 1962 y *Primi argomenti per la critica del normativismo*, Roma, 1968.

interés por los aspectos lógicos, que después han sido prevalentes en su producción sucesiva. Ésta se ha ido orientando, también bajo la influencia de Wittgenstein, hacia la construcción de una teoría de las reglas constitutivas⁹⁴, en la cual convergen importantes y complejas temáticas, que van más allá del contexto estrictamente jurídico, y se adentran en el más vasto ámbito de la Filosofía del lenguaje y de la acción, con referencia al significado de la acción y de los comportamientos humanos, a su descripción y explicación.

El interés por el análisis lógico de los sistemas normativos aúna el pensamiento de Conte y el de Gaetano Carcaterra (n. 1933), autor de formación variada, estudioso de la fenomenología de Husserl y de la filosofía del lenguaje inglesa de J.L. Austin y J. Searle. Carcaterra, en polémica con la concepción imperativista y prescriptivista, sitúa en la «constitutividad» la característica primaria de todas las normas. El sistema jurídico es, en efecto, un producto cultural y, como todo producto cultural, es el resultado de la actividad humana que sobrevive a sus creadores: todo acto normativo produce un efecto sobre el sistema jurídico, «constituyendo», o sea modificando, el contenido⁹⁵.

VI. NUEVAS FRONTERAS PARA LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

En los últimos treinta años la sociedad ha conocido transformaciones profundas y rapidísimas: la informática ha entrado en la vida de todos en varios niveles, provocan-

⁹⁴ Los numerosos estudios de CONTE están hoy recogidos en los dos volúmenes de *Filosofía del linguaggio normativo*, Torino, 1989 y 1995.

⁹⁵ Pueden verse, en particular, G. CARCATERA, *Le norme costitutive*, Milano, 1974; *La forza costitutiva delle norme*, Roma, 1979; *Lezioni di Filosofia del Diritto. Norme giuridiche e valore etici*, Roma, 1991. La primera parte de este último volumen está dedicada a los temas clásicos de la Teoría del Derecho del autor, la segunda y tercera repasan en cambio temas de filosofía moral (incluida la bioética) y de metaética sobre valores, sobre su naturaleza y estructura, y enlaza con el volumen precedente *Il problema della fallacia naturalistica. Le derivazioni del deber ser del ser*, Milano, 1969.

do una especie de revolución parangonada por algunos a la producida por la introducción de la imprenta; la investigación en el ámbito médico y, más en general, en el ámbito científico permite posibilidades crecientes cada día de dominar la naturaleza (fecundación artificial, trasplante de órganos, clonación, etc.) generando lacerantes interrogantes concernientes a los límites de la intervención sobre la vida humana y no humana; grandes flujos migratorios de los países pobres hacia los países industrializados han cambiado la fisonomía de los viejos estados nacionales, determinando una situación de marcado pluralismo jurídico y poniendo en crisis conceptos consolidados, como el de soberanía, el de ciudadanía, etc.

Todos estos fenómenos han abierto nuevas fronteras para los estudiosos y también para los filósofos del Derecho.

1. Sobre la informática, la primera aplicación al derecho aparece a finales de los cincuenta⁹⁶, pero sólo en los años sesenta y en los años setenta fueron creadas las primeras bases de datos jurídicas y los primeros archivos informatizados de la Administración pública.

Ya en los años ochenta se ha visto, después, el desarrollo de nuevas formas de documentación jurídica automatizada, unida a la editorial electrónica, la realización de grandes sistemas informativos en el ámbito jurídico y administrativo y, sobre todo, la difusión capilar de la informática en la actividad de oficina, gracias a los microprocesadores.

La informática jurídica ha modificado así profundamente algunos aspectos del trabajo del jurista (como la gestión de la contabilidad, el archivo, la redacción y la

⁹⁶ El nacimiento de la informática jurídica se puede simplemente destacar a L. LOEVINGER, *Jurimetrics: The Next Step Forward*, in «Minnesota Law Review», 1949, pp. 455-493, al que se debe el nombre de jurimetría (*jurimetrics*) que denotó la primera aplicación de la informática al Derecho. Sin embargo, el uso de los procesadores en la búsqueda de información jurídica fue sugerido por L.O. KELSO, *Does the Law Need a Technological Revolution?*, in «Rocky Mountains Law Review», 1946, pp. 376-392.

transmisión de documentos). La mayor parte de la actividad jurídica se desarrolla, hoy, gracias a la integración con los procesadores electrónicos, y también instrumentos informáticos simples y ahora relativamente estandarizados (como el procesador de textos, las hojas electrónicas y las bases de datos) que se revelan como capaces de influir profundamente sobre la práctica del Derecho.

Una ulterior transformación de la práctica del Derecho está hoy realizándose gracias a las nuevas tecnologías de la telemática y de Internet, que han revolucionado la modalidad de acceso a la información jurídica y la interacción entre los diversos operadores del Derecho (por ejemplo, entre los jueces, abogados, notarios, administradores públicos) y entre los juristas y los ciudadanos.

Si bien los cambios en la práctica jurídica apenas descritos han sido profundos e invasivos (y por tanto pueden facilitar materia de estudio tanto para la sociología jurídica como para el derecho positivo), por sí solos no justificarían la consideración de la Informática Jurídica entre las nuevas fronteras de la filosofía del derecho.

A este propósito debemos recordar las contribuciones específicas que la Informática Jurídica ha aportado al progreso de la reflexión filosófico jurídica.

Entre finales de los años sesenta y el inicio de los años setenta la Informática Jurídica había suscitado un cierto interés en estudiosos de Teoría del Derecho, los cuales creían que la metodología de la informática y de la cibernética podrían revolucionar los estudios jurídicos.

Sin embargo, pronto se dieron cuenta de que la informática de entonces estaba en condiciones de aportar una contribución limitada a la ciencia jurídica: su armadura tecnológica no era susceptible de aplicaciones significativas en el ámbito de la decisión jurídica (más allá de la búsqueda de textos jurídicos en archivos electrónicos); su formalismo no representaba progresos sustanciales respecto a la lógica simbólica, cuyos límites eran conocidos por los teóricos del Derecho; los modelos cibernéticos del Derecho representaban, en la mayor parte de los casos, reformulaciones exotéricas de viejos problemas.

A los entusiasmos teóricos y filosófico-cibernéticos de los albores de la informática jurídica siguió por tanto una fase de desilusión y de cautela, en la cual las ambiciones teóricas fueron acantonadas a favor de los aspectos explicativos.

Un renacimiento del interés por los estudios informático-jurídicos de tipo teórico se produce a partir de la segunda mitad de los años ochenta y estuvo determinada sobre todo por la emergencia de las nuevas disciplinas de inteligencia artificial (la ciencia llamada a desarrollar modelos computacionales de comportamiento inteligente), que venía a afrontar de modo nuevo, temas filosóficos clásicos como el de los contenidos y la estructura del conocimiento, de las formas y procedimientos cognitivos, de la estructura lingüística y de su relación con la realidad. En particular, viene a formarse el ámbito interdisciplinar denominado «inteligencia artificial y derecho» (*artificial intelligence and law*), en el cual el encuentro entre informática y ciencia jurídica ha permitido enriquecer y desarrollar ambas disciplinas. En efecto, si en un primer tiempo los estudios de inteligencia artificial y derecho se limitan a retomar modelos teórico-jurídicos, tratando de dar un ropaje computacional, rápidamente tales estudios han dado una contribución significativa e innovadora a la problemática filosófico-jurídica.

Ante todo, los estudios informático-jurídicos han dado lugar a una verdadera y propia revolución en el ámbito de los estudios de lógica jurídica, que, como se ha visto, tradicionalmente consistían en la aplicación al ámbito jurídico de la lógica predictiva clásica, posiblemente enriquecida con la lógica deóntica.

En el ámbito de la experimentación informático-jurídica se ha visto, sin embargo, que con la ayuda de los más potentes demostradores automáticos, la lógica clásica podía ofrecer un modelo adecuado del razonamiento jurídico.

A esto se oponían algunos aspectos fundamentales del razonamiento jurídico y del conocimiento del Derecho, por ejemplo, el hecho de que el razonamiento jurídico sea una técnica procedimental para la solución de problemas jurí-

dicos. Requiere, pues, procesos interactivos gobernados por reglas, en los cuales participan sujetos interesados, y no un proceso monológico, como es la deducción lógica. Además el razonamiento jurídico, en cuanto nace de la controversia y de la contraposición de tesis opuestas, es esencialmente defectible (*defeasible*): esto es, el jurista debe estar dispuesto a revisar sus conclusiones a la luz de informaciones ulteriores, mientras que la lógica clásica es acumulativa, es decir, las nuevas informaciones se añaden a las precedentes sin poner en discusión lo que era deducible de ellas.

La informática jurídica consigue desarrollar lógicas jurídicas nuevas, capaces de afrontar los aspectos arriba mencionados.

El problema de la «practicidad» de la lógica jurídica, de su eficiencia como instrumento para la solución de los problemas, ha sido afrontado recurriendo en particular a los lenguajes de la programación lógica, que han reducido la distancia entre representaciones lógicas y programas informáticos: expresado en tal lenguaje, un conjunto de «axiomas jurídicos» se vuelve un programa ejecutable automáticamente. Esta orientación ha sido emprendida particularmente por Robert Kowalski y Marek Sergot con el proyecto Prolog, puesto en marcha en el Imperial College de Londres a principios de los años ochenta, en el ámbito del cual se han desarrollado aplicaciones in diversos sectores del Derecho inglés⁹⁷.

El problema de la procedimentalidad ha sido afrontado mediante los llamados sistemas de diálogo (*dialog systems*). Se trata de modelos formales de interacción dialéctica, en los cuales se caracteriza con precisión el rol de las partes, los actos lingüísticos que éstas pueden cumplir, la modalidad de desarrollo del diálogo y de su terminación⁹⁸.

⁹⁷ Para la referencia a estos trabajos cfr. M. SERGOT, *The Representation of Law in Computer Programs: A Survey and Comparison of Past and Current Projects*, London, 1987.

⁹⁸ Cfr. por ejemplo, T.F. GORDON, *The Pleadings Game. An Artificial Intelligence Model of Procedural Justice*, Dordrecht, 1995.

El problema de la *defeasibility* del razonamiento jurídico ha encontrado una solución en el ámbito de los estudios sobre el razonamiento no-monotónico, esto es, sobre la lógica del razonamiento defectible. En particular han sido aplicadas o desarrolladas en el ámbito lógicas basadas sobre los argumentos: en ellas emerge una conclusión como justificada si aparece sostenida por los argumentos que prevalecen en la dialéctica de las razones contrapuestas⁹⁹.

Además de estudiar estas nuevas dimensiones de la lógica, los cultivadores de la informática jurídica no han dejado de ocuparse de los temas más tradicionales de la lógica deóntica, llegando a nuevas, más precisas y flexibles caracterizaciones de las situaciones jurídicas. Los temas de la vaguedad y de la indeterminación han sido estudiados recurriendo, en cambio, a instrumentos como la lógica difusa (*fuzzi*).

Junto a los estudios apenas descritos, debemos recordar los estudios informático-jurídicos que han afrontado aspectos del razonamiento jurídico tradicionalmente extraño a la lógica, aunque entendida en sentido amplio. Son numerosos, sobre todo en el ámbito norteamericano, los modelos de razonamiento basados en los casos¹⁰⁰.

Finalmente, no hay que olvidar los estudios filosófico-jurídicos que versan sobre la tentativa de reproducir el funcionamiento inconsciente y paralelo de la mente del jurista mediante instrumentos como las redes neuronales, o de extraer información jurídica de las fuentes relativas mediante técnicas para el aprendizaje automático (*machine learning*)¹⁰¹.

⁹⁹ Cfr. en particular, H. PRAKKEN, *Logical Tools for Modelling Legal Argument. A Study of Defeasible Reasoning in Law*, Dordrecht, 1997; J.C. HAGE, *Reasoning with Rules*, Dordrecht, 1997.

¹⁰⁰ Entre éstos el más influyente ha sido el del razonamiento basado sobre casos propuesto por KEVIN D. ASHLEY y EDWINA RUSSELLAND y realizado en el sistema informático Hypo (cfr. K.D. ASHLEY, *Modeling Legal Argument. Reasoning with Cases and Hypotetical*, Cambridge, Mass., 1990).

¹⁰¹ Cfr. R.L. PHILLIPPS-G. SARTOR (a cura di), *Neutral Networks and Fuzzi Reasoning in the Law*, in «Artificial Intelligence and Law», 1999, pp. 115-322.

Desarrollos posteriores importantes para la dimensión filosófica de la informática jurídica se han delineado en relación al desarrollo de agentes informáticos dotados de un cierto grado de autonomía, entre los cuales se establecen relaciones gobernadas por normas semi-jurídicas¹⁰².

En Italia los filósofos del Derecho que, de entrada, se han acercado a la informática jurídica han sido Vittorio Frosini y Mario Losano.

Frosini (n. 1922), autor de numerosas obras de carácter histórico y teórico de orientación fenomenológica y estructural¹⁰³, en 1968 publicó un volumen, *Cibernetica, diritto e società*, en el cual afrontaba los problemas suscitados por la aplicación de la «revolución cibernética» en el campo jurídico y social, problemas que han hallado tratamiento ulterior en los sucesivos volúmenes *Il diritto nella società tecnologica* (1981), *Informatica, diritto, e società* (1988) y *Contributi ad un diritto dell'informazione* (1991).

Particular relieve asume la tentativa de Frosini de unir informática y hermenéutica jurídica: la informática, en efecto, facilita el proceso informativo, permite una interpretación más completa y eficaz de la norma¹⁰⁴.

Losano (n. 1939), estudioso del pensamiento jurídico sobre todo alemán —son importantes sus contribuciones sobre Jhering, Gerber, Kelsen, Hohfeld— pero también de temas sociológicos y comparativistas¹⁰⁵, en 1969 ha publicado *Giuscibernetica. Macchine e modelli cibernetici nel diritto*, un volumen dirigido a facilitar la comprensión por parte de los juristas del lenguaje técnico y de los problemas derivados del uso de ordenadores en el campo jurídico.

¹⁰² Cfr. R. CONTE-R. FALCONE-G. SARTOR (a cura de), *Agents and Norms*, in «Artificial Intelligence and Law», 1999.

¹⁰³ Pueden verse, en particular, V. FROSINI, *La struttura del diritto*, Catania, 1962; *Teoremi e problemi di scienza giuridica*, Milano, 1971; *Costituzione e società civile*, Milano, 1975; *Ordine e disordine nel diritto*, Napoli, 1979; *Teoria e tecnica dei diritti umani*, Napoli, 1993.

¹⁰⁴ Cfr. V. FROSINI, *Lezioni di teoria dell'interpretazione giuridica*, Roma, 1989.

¹⁰⁵ Cfr. en particular, M. LOSANO, *Sistema e struttura del diritto*, Torino, 1968; *forma e realtà in Kelsen*, Milano, 1981; *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Roma, Bari, 2000.

A este libro han seguido *Informatica per le scienze sociali* (1985), primer volumen de carácter propedéutico de un curso de informática jurídica que, por su propio carácter de introducción, se dirige a cualquier estudioso de ciencias sociales que quiera aplicar las nuevas tecnologías a su materia, y, sucesivamente, *Il diritto privato dell'informatica* (1986) e *Il diritto pubblico dell'informatica* (1987).

2. La segunda frontera de la Filosofía del Derecho contemporánea que he indicado en la introducción a este parágrafo, está constituida por la bioética.

A inicios de los setenta, como se ha señalado, se asiste a un progresivo abandono de la investigación metaética que trataba sobre la naturaleza y el fundamento de la ética, sobre el significado de los términos éticos y de los diversos modelos de razonamiento moral, y a un renovado interés por los problemas morales concretos y específicos.

Tal fenómeno, que puede definirse sintéticamente como «paso de la metaética a la ética normativa», ha comportado una ampliación de la investigación de «ética aplicada», como la ética ambiental, la ética de los negocios y la bioética.

El término bioética (literalmente «ética de la vida» o más latamente «de todo lo viviente») aparece por primera vez en 1971 en el título del libro de un oncólogo americano, V.R. Potter, *Bioethics. A Bridge to the Future*.

El autor define la bioética como la tentativa de utilizar la ciencia biológica para mejorar la calidad de vida y liga su razón de ser a la necesidad de formular una nueva ética en condiciones de garantizar la supervivencia de la humanidad a través de un estrecho diálogo entre biomedicina y ciencias humanas.

La bioética, en realidad, no es una nueva disciplina o una nueva ética: es más bien un conjunto de investigaciones, de discursos y de prácticas, generalmente pluridisciplinarias, que tienen por objeto la clarificación o la solución de cuestiones de carácter ético, suscitadas por las innovaciones científicas y tecnológicas que han hecho posible ac-

tuar sobre fenómenos vitales de un modo que hace un decenio se consideraba impensables.

Maurizio Mori la considera fundamentalmente un movimiento cultural, nacido en los Estados Unidos en los años setenta, después difundida en Europa y en otras naciones en los años noventa, hasta el punto de poder ser definida como un «fenómeno planetario»¹⁰⁶. Tal movimiento ha dado vida también a una estructura específica dirigida a sostener y alimentar el debate: centros de investigación privada y pública, cátedras universitarias, asociaciones que representan el nivel institucional de la bioética, distinto del cultural.

El ámbito temático cubierto por este neologismo es muy vasto y va ampliándose continuamente con el progreso de las investigación científica y de sus aplicaciones: va del aborto a la eutanasia, de la relación médico-paciente al trasplante de órganos, a la ingeniería genética, a la clonación. Junto a la problemática estrictamente biomédica, se sitúan en el ámbito de la bioética, entendida en sentido amplio, también temas sobre la conservación del ambiente, de la tutela y de los derechos de los animales.

A la reflexión bioética se le confían preguntas fundamentales, como: ¿cuándo se inicia la vida?; ¿cuándo y hasta cuando se puede hablar de «persona» o de «vida humana»?; ¿qué autonomía compete al individuo en la determinación de la propia vida y de la propia muerte?; ¿cuándo tratar de reanimar y cuándo dejar morir?; ¿cuándo tutelar a la madre, cuándo al feto o incluso al embrión en la probeta?; ¿cuál es el límite del tratamiento y cuál el de la experimentación humana y no humana?

La reflexión, como es claro, va de temas estrictamente biológicos (cuando se puede definir el inicio de la vida), a temas de naturaleza filosófico-religiosa (la sacralidad de la vida y de la muerte), a temas filosófico-jurídicos y jurídicos en sentido estricto (como la fijación de las reglas): el

¹⁰⁶ Cfr. M. MORI, *La bioetica; che cos'è, quand'è nata e perchè. Osservazioni per un chiarimento della natura della bioetica e del dibattito italiano in materia*, in «Bioetica», 1993, pp. 115-143.

contraste se da entre ideologías, creencias religiosas, modelos culturales y sistemas de valores diversos, criterios distintos de regulación de la acción. La exigencia de reglamentación jurídica choca en la sociedad pluralista contemporánea con la ausencia de valores compartidos, por ello el riesgo es crear límites que respeten los valores morales sólo de unos pocos o de sofocar con decretos y leyes el progreso de la ciencia.

El desarrollo del debate bioético se ha hecho con frecuencia tortuoso, particularmente en Italia, a través de la confrontación y también el encuentro entre orientaciones laicas y católicas que, a su vez, se presentan no como bloques unitarios, sino con notables distinciones internas. El punto de referencia de la bioética laica, en gran parte reconducible al magisterio de Uberto Scarpelli¹⁰⁷, son, muy esquemáticamente: el respeto a la autonomía individual (en materia de salud y, por eso, en lo que concierne a la propia vida, cada uno tiene el derecho de escoger); la garantía del respeto a las convicciones religiosas de los particulares (teniendo en cuenta el hecho de que de la fe religiosa no derivan para el no creyente soluciones precisas en el campo ético); promoción de la calidad de vida al nivel más alto posible (en contraposición a la mera duración de la vida); garantía de un acceso justo, y el mejor posible, a los tratamientos médicos.

La bioética católica tiene entre los filósofos del derecho italianos un representante autorizado en Francesco D'Agostino (n. 1946), discípulo, como se ha dicho, de Sergio Cotta y, a al igual que el maestro, seguidor de la orientación fenomenológica de ascendencia existencialista¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Los escritos de bioética de SCARPELLI están hoy recogidos en su volumen *Bioetica laica*, Milano, 1998, introducido por un *Prefazione* de M. MORI y un *Ricordo di Uberto Scarpelli*, de NORBERTO BOBBIO.

Particular influencia ha tenido también en Italia la obra de H.T. ENGELHARDT, *The Foundation of Bioethics*, New York, 1986 (trad. it., *Manuale di bioetica*, Milano, 1999²).

¹⁰⁸ Para una reconstrucción de la Filosofía del Derecho de FRANCESCO D'AGOSTINO puede verse en particular *Il diritto come problema teologico*, Torino, 1994; *Filosofia del diritto*, Torino, 1996.

Coherente con tal orientación, en sus escritos de bioética, D'Agostino se sitúa en una perspectiva personalista-ontológica. Critica la parcelación del hombre sobre el plano científico, que lo ha despojado de su núcleo central y ha producido la ruptura del concepto de persona. La persona no es un simple «haz de fenómenos», una árida dimensión materialista, sino que es «ser más allá de las apariencias», que a través de «ser por los otros» encuentra su verdadera dimensión.

El Derecho, entendido como experiencia humana relacional, es un sistema de defensa de las prerrogativas irrenunciables de la persona en su realidad de sujeto en relación.

De esta premisa se derivan los principios sobre los cuales D'Agostino funda la bioética: el principio de la defensa de la vida física, que sanciona la inviolabilidad de la vida, en cuanto la vida corpórea física es «el valor fundamental de la persona»; el principio de libertad y de responsabilidad que implica la posibilidad de tratar al enfermo como persona, o la libertad del médico de no adherirse a solicitudes inaceptables para la conciencia moral; el principio de la totalidad, que afirma que es lícito intervenir sobre la vida física de las personas sólo si esto es necesario para salvaguardar la totalidad unitaria e inescindible de cuerpo-mente-espíritu; el principio de socialidad y subsidiariedad que impregna toda la persona en virtud de la constitutiva y ontológica relacionalidad de vivir participando en la realización con los demás.

La bioética debe flanquearse según D'Agostino de una biojurídica, para que el derecho ponga límites de libertad a la intervención del hombre sobre la vida¹⁰⁹.

La bioética, como se ha dicho, no se agota en la bioética médica: junto a ella se ha desarrollado una bioética animalística que se ocupa de los animales, y una bioética ambiental, que se interesa de las cuestiones conexas a la re-

¹⁰⁹ Los principales escritos de bioética de D'AGOSTINO están recogidos en *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, Torino, 1996.

lación hombre-naturaleza y de los principios que deben regular tal relación.

La bioética animalística se desarrolló a principios de los años setenta con la publicación de lo que Silvana Castignone define como «uno de los textos sacros del animalismo contemporáneo», *Animal Liberation* del filósofo australiano Peter Singer (n. 1946)¹¹⁰.

A los textos de Singer, inspirados sobre el utilitarismo de las preferencias, se contraponen Tom Regan (n. 1938), el otro gran componente a favor de la lucha por los animales en el ámbito filosófico. Éste en su obra más conocida *The Case for Animal Rights*¹¹¹ trata de construir una verdadera y propia teoría de derechos animales y no animales, partiendo de la distinción entre agentes morales (los seres humanos adultos y racionales) y los pacientes morales (todos los animales conscientes e inconscientes, esto es con capacidad de recibir placer y dolor y de tener expectativas, recuerdos, afectividad, que Regan dotaba de «valor inherente»).

En cuanto a la bioética ambiental, se pueden individuar dos grandes corrientes contrapuestas: la de los conservacionistas (una de las voces más representativas de esta línea de pensamiento puede ser considerado John Passmore¹¹²), el cual, partiendo de un punto de vista antropocéntrico, considera la naturaleza como un bien al servicio del hombre, que es tutelado por motivos de utilidad, y la de los preservacionistas (interesante es la perspectiva de Paul W. Taylor)¹¹³ que, partiendo de una perspectiva

¹¹⁰ London-New York, 1975 (trad. it., *Liberazione animale*, Milano, 1991). Cfr. también P. SINGER, *Practical Ethics*, Cambridge, 1979 (trad. it., *Etica pratica*, Roma, 1989).

¹¹¹ BERKELEY, 1983 (trad. it., *I diritti animali*, Milano, 1990).

¹¹² Cfr. J. PASSMORE, *Man's Responsibility for Nature*, London, 1974 (trad. it., *La nostra responsabilità per la natura*, Milano, 1986).

¹¹³ Cfr. P.W. TAYLOR, *Respect for Nature. A Theory of Environmental Ethics*, Princeton, 1986. En el enfoque biocéntrico resalta la «ética de la tierra» sostenida por A. LEOPOLD, *A Sand Country Almanach*, Oxford, 1949: ha sido retomada por el movimiento de la *Deep Ecology* o ecología profunda, contrapuesto a la *Shallow Ecology* o ecología superficial (cfr. B. DEVALL-G. SESSION, *Deep Ecology. Living as if Nature Mattered*, Salt Lake City, 1985, trad. it., *Ecologia profonda*).

biocéntrica, estima que la tierra y el ambiente en general están dotados de un valor intrínseco y por tanto deben ser respetados por sí mismos.

Hay una tercera posición, representada en particular por Eugene C. Hargrove¹¹⁴, que ve la tutela del medio ambiente ligada a valores estéticos.

En Italia a la bioética, en la acepción más amplia, se ha aproximado en sus últimos estudios Luigi Lombardi Vallauri (n. 1936), autor muy versátil, partiendo de la investigación sobre el movimiento antiformalista —por el rebautizado como «iusliberismo»—, pasó después a estudios de política del Derecho dirigidos a delinear una sociedad pleromática.

El «pleroma» es inicialmente identificado por Lombardi Vallauri con el fin cristiano, con la plenitud, «la forma perfecta dada a la totalidad, la síntesis de todo lo que el hombre es». Después en sus obras más recientes, tal idea se extiende hasta indicar «la plenitud no reductiva del ser, humano y no humano, en sus dimensiones materiales-naturales, histórico-culturales y personales-espirituales». De aquí el interés por la problemática bioético-médica, animalista, ambiental, etc.¹¹⁵.

3. Otra frontera de la Filosofía del Derecho contemporánea está representada por la teorización del multiculturalismo. El término multiculturalismo puede ser usado en sentido puramente factual y descriptivo para designar cierto tipo de sociedad, caracterizada por la presencia y la

Vivere come se la natura fosse importante, Torino, 1989). Desarrollo extremo de la perspectiva biocéntrica puede ser considerada la teoría de Gaia, sostenida en J. LOVELOCK, *Gaia. A New Look at Life on Earth*, Oxford, 1979 (trad. it., *Gaia. Nuove idee sull'ecologia*, Torino, 1989).

¹¹⁴ Cfr. E.C. HARGROVE, *Foundations for Enviromental Ethics*, 1989 (trad. it., *Fondamenti di etica ambientale*, Padova, 1990).

¹¹⁵ Cfr. para la primera fase, L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1968. A caballo entre ontología y deontología (o política) del Derecho puede verse *Amicizia, carità, diritto. L'esperienza giuridica nella tipologia delle esperienze di rapporto*, Milano, 1969; *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981. Por último cfr. L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *El meritevole di tutela*, Milano, 1990.

convivencia de grupos culturales diversos, o en sentido normativo, caracterizada por indicar un ideal jurídico-político para la realización del cual el Estado se encuentra llamado a colaborar a través, principalmente, del derecho y de la educación.

En el primer significado el multiculturalismo es objeto de estudio por parte de los sociólogos del Derecho, en el segundo de los filósofos político-sociales, incluidos los filósofos del Derecho.

El multiculturalismo en la segunda acepción nace de la contraposición dialéctica entre pensamiento liberal y pensamiento comunitario, que ha dominado la filosofía político-social de los años ochenta. Uno de los núcleos de tal contraposición residía en la necesidad, defendida por el liberalismo, de emancipar al individuo de las «concepciones del bien» socialmente poderosas, y en la exigencia, advertida por los comunitaristas, de limitar el divorcio entre identidad individual y valores socialmente transmitidos.

El ideal multicultural retoma y coordina ambos aspectos mencionados, en cuanto trata de proteger y reconocer las tradiciones culturales de los grupos presentes en la moderna sociedad pluralista, pero tal reconocimiento acaba con la protección de la libertad del individuo y de su posibilidad de desarrollo de la propia identidad en sentido pleno.

Uno de los principios más importantes del liberalismo tradicional, como habíamos visto a propósito de la polémica entre Hart y Lord Devlin¹¹⁶, es el clásico principio de la separación entre la esfera pública, que incluye solamente aquello que tiene relevancia política, y la esfera privada de la vida de cada ciudadano, en cuyo ámbito recae todo lo que se refiere a la particular identidad religiosa, afectiva, sexual, etc.

El principio de la separación de las dos esferas, que comporta para el Estado, y las instituciones públicas en general, la prohibición de interferir en el ámbito de la vida privada de los ciudadanos, en el liberalismo contemporá-

¹¹⁶ V. *supra*.

neo sirve para la afirmación de la neutralidad del Estado respecto a todo lo que encaja en el área de la «concepción del bien» de los ciudadanos.

Según este ideal, el estado debe preocuparse solamente de garantizar a todos una igual disponibilidad de «bienes primarios» fundamentales, que constituyen las condiciones para realizar cualquier «concepción» del bien particular que persigan los ciudadanos, en la variedad de su identidad, manteniéndose en cambio neutral sobre el plano de sustentación de su identidad particular.

La observación de la realidad social en países de composición cultural mixta, principalmente en los países anglosajones, donde tal fenómeno tiene una larga tradición, ha llevado a algunos estudiosos a advertir que también el sentido de pertenencia a un grupo y a una tradición cultural es considerado como un «bien primario». Como ha escrito Charles Taylor, la identidad de los individuos (y ésta era una de las objeciones más fuertes señaladas a los liberales por los estudiosos del área comunitaria) no se crea de la nada, sino que necesita de un fondo cultural y social respecto al cual se plasma dialógicamente. Si una cultura, que provee este fondo esencial para la construcción de la identidad de los individuos a ella adheridos, se encuentra en una posición marginal en una determinada sociedad dominada por otras cultura (es el caso, por ejemplo, de la cultura afro-americana en los Estados Unidos), los ciudadanos pertenecientes a tal cultura estarán en desventaja. Esto porque, en el proceso de desarrollo de su identidad, ellos deben hacer las cuentas con la imagen disminuida de sí mismos reflejada en la escasa apreciación social de su cultura de base.

Por lo tanto, todos los individuos tienen intereses esenciales en un reconocimiento público de su propia cultura, como aplicación del principio de la igual dignidad de todos los ciudadanos ante el Estado y las instituciones públicas. Tal objeto puede ser atendido en el campo de la educación, estudiando programas que lleven a los estudiantes a la comprensión y al reconocimiento del valor de la cultura distinta de la propia, sea utilizando el instrumento del De-

recho a fin de mantener las culturas vitales, aunque minoritarias, dentro del país. En este sentido, hablar de «multiculturalismo» significa también hablar, como hace Taylor, de «política del reconocimiento» en dos términos que vienen usados alternativamente¹¹⁷.

En los primeros años noventa el ideal multicultural encuentra completa expresión en algunas obras de gran resonancia. Particularmente significativa, en nuestro ámbito, es la contribución de Joseph Raz (n. 1939), alumno y heredero de Hart —que actualmente enseña en Oxford—, pero de origen israelí, hijo, por tanto, de una cultura que lucha desde hace milenios por la defensa de la propia identidad.

Su pensamiento, que se mueve de la filosofía moral a la filosofía del derecho, y a la filosofía política, encuentra unidad, como el mismo Raz sugiere en *Practical Reason and Norms*¹¹⁸, en nociones de filosofía de la razón práctica o filosofía práctica: los tres ámbitos mencionados son, en efecto, unificados al ser referidos todos a razones para hacer (moralidad, derecho y política). Según Raz el campo de la razón del hacer no está, como largo tiempo se ha pensado, totalmente dominado por la subjetividad, en cuanto que dispone de adecuación al caso, esto es de la razonabilidad. Con respecto a esta última Raz distingue entre razones normativas, que son las que deberían orientar la acción de modo adecuado a las circunstancias, razones explicativas, que dan cuenta del porqué de una determinada acción, exigida incluso contrariamente a las exigencias de la razón normativa, y razón excluyente (*exclusionary reason*), que se colocan en un nivel distinto, superior a las otras, y por tanto no entran en colisión con ellas, al con-

¹¹⁷ Cfr. C. TAYLOR, *Sources of the Self. The Making of Modern Identity*, Cambridge Mass., 1989 (trad. it., *Radici dell'io. La costruzione dell'identità moderna*, Milano, 1993) y *Multiculturalismo and «The Politics of Recognition»*, Princeton, N. J., 1992 (trad. it., *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento*, Milano, 1993). De particular relieve es el debate entre TAYLOR y HABERMAS para el cual se remite a J. HABERMAS-C. TAYLOR, *Multiculturalismo: lotte per il riconoscimento*, Milano, 1998.

¹¹⁸ London, 1975.

trario, por su situación de segundo grado, las excluyen. Las normas jurídicas, que Raz considera como partes de un sistema institucionalizado, comprensivo (*comprehensive*) y caracterizado por la pretensión de autoridad suprema, entra en las razones del agente como razón de segundo grado. Sobre este trasfondo la Filosofía del Derecho comporta investigaciones lógico-conceptuales, la Filosofía moral y la Filosofía política implican en cambio investigaciones sustantivas.

Oponiéndose al neutralismo, característico, como se ha dicho, de la tradición liberal, Raz, permaneciendo dentro de tal perspectiva, funda, en *The Morality of Freedom*¹¹⁹, la propia propuesta de moralidad política sobre el valor de la autonomía y de la libertad final del bienestar de la persona. Tal propuesta, valorando el contexto cultural de pertenencia, le lleva a sostener una particular versión de multiculturalismo, el llamado multiculturalismo liberal, entendido como un «precepto normativo» que justifica la promoción y la animación de la prosperidad de las minorías culturales y requiere el respeto de su identidad.

La elección multicultural de Raz se funda sobre dos juicios de valor: la idea según la cual la libertad y el desarrollo de los individuos depende de su plena y libre pertenencia a un grupo cultural, vital y respetado, y el pluralismo de los valores, esto es, el reconocimiento de que no se da una sola cultura válida, sino que pueden tener validez también otras culturas, con la relativa práctica y los relativos valores, aunque estas culturas sean incompatibles.

La pertenencia a una cultura es para Raz esencial en tres sentidos: ante todo, porque sólo a través de las prácticas y del horizonte de significado provisto por una cultura los individuos pueden elegir y discernir las opciones que dan sentido a su vida. En segundo lugar, el compartir una cultura (por tanto un lenguaje dado, una cierta disposición de valores sociales, una tradición, etc.) hace posible la comprensión entre las personas, y por tanto es un prerre-

¹¹⁹ Oxford, 1986. Cfr. también J. RAZ, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, 1994.

quisito de la socialización. Finalmente, la pertenencia a un grupo cultural es uno de los más importantes factores que determinan el sentido de la propia identidad.

Para Raz, el Estado liberal, lejos de ser neutral, debe, al contrario, reasignarse la tarea de promotor del bien de sus ciudadanos, si bien, como se ha visto, no es realizable individualmente, de manera separada respecto a la comunidad cultural que suele poder dar un significado, un valor y un reconocimiento a la finalidad del sujeto. De aquí el rol activo que el Estado debe asumir para favorecer el desarrollo interno armónico de las diversas culturas.

En Italia el debate sobre el multiculturalismo ha comenzado a delinearse sólo en tiempos recientes, porque la reciente llegada de emigrantes que está transformando el país en una sociedad multicultultural, es una transformación que exige, como ha escrito Raz, que consideremos de modo radical nuestra sociedad, parándonos a pensar que no consta de una mayoría y diversas minorías, sino que está constituida por una pluralidad de grupos culturales¹²⁰. Tal concepción comporta notables consecuencias por lo que respecta a cuestiones como ciudadanía, la soberanía, la forma del estado, los derechos individuales y de los grupos. La perspectiva multicultural representa, por tanto, un desafío para todos, y no sólo para los filósofos del derecho.

¹²⁰ J. RAZ, *Multiculturalism*, in «Ratio Iuris», 1998, p. 197.