

EL DERECHO Y SUS CONCEPTOS: ENTREVISTA A MASSIMO LA TORRE¹

*About Law and Its Concepts:
Interview to Massimo La Torre*

Francisco M. MORA SIFUENTES²

Resumen: Massimo La Torre (Mesina, 1954) es Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Catanzaro, Italia. También es Visiting Professor en la Universidad de Hull, Reino Unido. Ha realizado contribuciones de primer orden para el desarrollo de una teoría institucionalista del Derecho, siendo en la actualidad uno de sus máximos exponentes. Es autor, entre otros, de los siguientes libros: *Law as Institution* (Springer, 2010), *Constitutionalism and Legal Reasoning* (Springer, 2007), *Norme, istituzioni, valori* (Laterza, 1999). Se ha ocupado también de los juristas y filósofos del Derecho alemanes durante la República de Weimar; de los problemas políticos de la integración y la ciudadanía europea; de la deontología de las profesiones jurídicas; de la tortura, entre otros. Fue titular de una “Cátedra de Excelencia” en la Universidad Carlos III de Madrid, España. Ha recibido el Premio de Investigación de la Fundación Alexander Von Humbold, Alemania, entre otros reconocimientos.

Palabras Clave: Positivismo jurídico, Iusnaturalismo, Institucionalismo jurídico, República de Weimar, Tortura, Deontología de las profesiones jurídicas.

Abstract: Massimo La Torre (Mesina, 1954), Chair Professor of Philosophy of Law at the University of Catanzaro, Italy, is also Visiting Professor at the University of Hull, UK. One of his most remarkable contributions is the one made to the development of an “Institutional Theory of Law”, which he is now one of its greatest representatives. His published works include *Law as Institution* (Springer, 2010), *Constitutionalism and Legal Reasoning* (Springer, 2007) and *Norme, istituzioni, valori* (Laterza, 1999), among others. He has also addressed issues such as the German jurists and legal philosophers in the Weimar Republic, political problems of the European integration and citizenship, professional codes of ethics for jurists, the issue of torture, etc. Last but not least, a couple of Professor La Torre many achievements are especially worth to mention: the “Chair of Excellence” held in the University Carlos III of Madrid, Spain, and the Alexander von Humboldt Foundation Research Award, Germany.

¹ Entrevista realizada en Valencia, España, el 23 de octubre de 2013. Quiero agradecer al profesor Massimo La Torre, no sólo por concederme esta entrevista sino, en general, por todas las atenciones que me dispensa. Agradezco al Dr. Manuel Vidaurri Aréchiga el impulso dado a esta iniciativa y a los editores de *Ciencia Jurídica* por acogerlo en sus páginas.

² Licenciado en Derecho por la Universidad de Guanajuato, México, donde obtuvo “Reconocimiento Laureado” por su trabajo de tesis (2006). Maestro en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid (2009). Diplomado en Ciencia Política y Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-CEPC (2010). Ha ampliado su formación en el Institute International des Droits de l’Homme “René Cassin” (Francia) en el European University Institute (Florencia) y en el Institute of Advanced Legal Studies (The University of London-UK). Actualmente, redacta su tesis doctoral al seno del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”.

Keywords: *Legal Positivism, Natural Law Theories, Legal Institutionalism, Weimar Republic, Torture, Ethics of Legal Profession.*

Francisco M. Mora Sifuentes (FMMS): Tengo dos preguntas para comenzar. Por un lado, ¿cuál fue su primera formación, antes de la propiamente jurídica? Y quizá de modo más fundamental, ¿qué influencia ejerció en usted el hecho de que su padre haya sido jurista?

Massimo La Torre (MLT): Estudié en la Italia de finales de los años sesentas en lo que se denomina *Liceo Classico*, un instituto público (bachillerato) en el que la educación se centra fundamentalmente en las lenguas antiguas, es decir, el Griego y Latín. En torno a ellas giraba toda nuestra formación. Recibí una educación, en este sentido, “clásica”: mucho latín, bastante griego clásico y literatura. Así fue hasta que cumplí los diecisiete años. Ahora bien, debo decir que fui reticente a ella. Estábamos a finales de los años sesentas. Había mucha crítica hacia ese tipo de educación, porque era un tiempo marcado por la revuelta, por el conflicto. Sin ir más lejos, estaban las manifestaciones de 1968. Hoy en día, cuando miro atrás, pienso que el no haberla aprovechado al máximo fue un error.

Y sí, mi padre fue jurista. De hecho podría decir que él me empujó a estudiar Derecho –en cierta medida, “me obligó” a ello–. Siempre supe que tenía que estudiar Derecho. Desde niño fui entrenado para ser abogado: mi mundo era un ambiente de abogados. Mi padre, la gran mayoría de sus amigos, casi todos, eran abogados. En casa siempre hubo conversaciones jurídicas. Era un ‘mundo de abogados’, y con esto me refiero a un contexto social y cultural específico, tanto en Italia como en Europa, en el que el abogado tenía gran estatus y dignidad. Sin embargo esto a cambiado. Los abogados han ido perdiendo ambas progresivamente. Aquél era, como digo, un ambiente específico, muy especial, en el que el abogado tenía mucho la percepción de su rol como misión civil y afirmaba su visión del mundo y etiqueta básicamente en contraposición con la del juez; y esto, pienso, se ha perdido.

FMMS: Entonces podríamos decir que el interés por el Derecho le viene desde casa. Ahora bien, y ya centrándonos en su formación jurídica, ¿dónde estudió?

MLT: Mi escuela jurídica es la Facultad de Derecho de Mesina, en Sicilia, que era realmente buena en aquella época. Ingresé en 1972 y fueron cuatro años y medio de estudios. Terminé en junio del 1977 con la elaboración de una “tesi di laurea”. Por aquel entonces la Facultad estaba dominada por el Derecho Privado, concretamente por la figura del Profesor Angelo Falzea, un gran dogmático y teórico del Derecho que ha escrito cosas importantes y todavía vive. Creo, incluso, que tiene un libro traducido al castellano, su *Introduzione alle scienze giuridiche-Il concetto di diritto*. Estamos hablando de un hombre muy valioso y, por supuesto, él influyó mucho para consolidar esa fuerte tradición de Derecho Privado a la que hago referencia. El primer contacto con la teoría el derecho lo tengo gracias a sus libros. Luego, al concluir mis estudios en la Facultad de Derecho, me matriculé en la Facultad de Ciencias Políticas, siempre en Mesina. Estudié otros cuatro años, profundizando todavía mis intereses para la filosofía jurídica y política, y me gradué en 1981 también con la “tesi di laurea” en Ciencias Políticas. Así que tengo ambos grados.

FMMS: ¿A quiénes considera sus maestros en esa primera etapa de formación?

MLT: En Italia, por aquellos años, y como ya he dicho, la carrera tenía que terminar con la “tesi di laurea” que podía tener una extensión variable. Pues bien, yo hice la tesis en filosofía del Derecho con un gran estudioso de nombre Rodolfo De Stefano. Fue él quien me introdujo a la Filosofía del Derecho. Así que lo considero mi primer maestro. Por otra parte, en la Facultad de Ciencias Políticas hice la tesis en Sociología del Derecho con el Profesor Vincenzo Tomeo, quien, lamentablemente, murió bastante joven. Tomeo fue sucesor de Renato Treves cuando se retiró de su cátedra en Milán. Treves fue, recuérdese, el fundador de la Sociología del Derecho italiana. Pasó una temporada bastante larga en Argentina y a su vuelta se instaló en Milán. De Stefano y Tomeo, pues, son los hombres a los que más seguí durante estos años. Aunque quiero también recordar que me interesaba mucho la economía política y durante una temporada dudé si no fuese mejor escribir una “tesi di laurea” en esta disciplina. Pero finalmente fue más próximo a la filosofía del Derecho y al Profesor De Stefano, que era un hombre muy peculiar. Peculiar porque dedicó su vida al estudio de manera radical. No se casó, vivía con una hermana, salía a la calle sin dinero...; era, como digo, un hombre muy especial. Podía leer el griego antiguo como yo leo el periódico, sin necesidad de diccionario. Tenía un conocimiento de la filosofía clásica tremendo. Era también un buen lógico. En fin, su espectro de inquietudes y conocimientos era muy vasto.

Otro maestro ha sido Enrico Pattaro, catedrático de Filosofía el Derecho en Bolonia, pero esto ya en los años ochenta, cuando yo ya vivía en Bolonia. Y tampoco puedo olvidar al Profesor Ota Weinberger, en el cuyo Instituto de Filosofía de Derecho de la Universidad de Graz, en Austria, hice una estancia de investigación durante el año académico 1984-1985.

FMMS: Para entrar en materia, que mejor tema que el de la relación entre Derecho y moral. Usted es un conocido crítico del positivismo jurídico. Podría decirnos desde su punto de vista ¿de “cuánta salud” goza el mismo? ¿Considera con parte de la comunidad iusfilosófica que asistimos a su fin como teoría dominante?

MLT: Tengo dudas a este respecto. El positivismo jurídico, a fin de cuentas, es muy cómodo para el jurista. Es muy cómodo porque, en cierta medida, le da la justificación de no hacer nada más que “mirarse así mismo”, ¿no? Es una teoría perfecta, incluso, para el jurista práctico. Le dice: “olvídate de todo lo demás”. “Lo que cuenta es el Derecho y el Derecho te da todas las respuestas”. “Lo demás no es tan relevante”. Esto ciertamente parece muy obvio. Es por esto por lo que creo que el positivismo jurídico es una teoría que va seguir teniendo mucho predicamento. Porque al final, insisto, es una teoría simple; que da respuestas, en algún sentido, fáciles. No estoy seguro de que estemos al final de su dominio. El positivismo jurídico en tanto actitud general o cultural tiene todavía mucho futuro.

Ahora bien, por lo que hace al positivismo jurídico en tanto teoría filosófica, no lo sé. Tengo dudas. Creo que estamos al final de una etapa y ello se ve claramente en la literatura de los nuevos positivistas. Sobre todo de aquellos que están en Oxford o en los Estados Unidos. En cierta medida, lo que estos investigadores hacen no es sino re-coser una chaqueta que está llena de agujeros. Cosen y re-cosen. Se puede apreciar cómo la calidad de sus argumentos, de sus tesis, es siempre instrumental, estratégica, para protegerse de los ataques y reafirmar

sus convicciones. Es decir, ellos se cosen y re-cosen a sí mismos. Esto ya se percibe en un autor –ciertamente nada fácil de entender– como Joseph Raz. Por lo demás, debo decir que no veo otra gran teoría positivista como la de H. L. A. Hart. Hay ajustes, algunos cambios. Pero no una gran teoría positivista. Mucho menos tras la crítica de Dworkin.

FMMS: Sobre Ronald Dworkin es, precisamente, mi siguiente pregunta: en estos cambios o transformaciones ¿qué papel jugó el recientemente fallecido profesor americano? (“el vindicador de Fuller”, como usted lo llamó en un seminario). Si me permite un pequeño comentario, mi impresión es que en España su recepción ha sido más bien ambigua, dado el carácter abiertamente no-positivista de sus planteamientos frente a la filiación fuertemente positivista –esta sí– de los maestros que han ejercido influencia reciente en el panorama de la filosofía del Derecho española (v. gr. Norberto Bobbio, Elías Díaz o Gregorio Peces-Barba). ¿Qué opinión le merece la obra Dworkin y cuáles son, a su juicio, sus principales virtudes y defectos?

MLT: Permítame decir dos palabras sobre el positivismo jurídico en España. Se podría decir lo mismo de Italia, pero el caso español me parece más fuerte. El problema es que los filósofos del Derecho en España durante el franquismo jugaban el papel –y así se lo digo a los amigos españoles– del comisario político en un regimiento soviético. Eran los “custodios de la ideología”. Por eso tenían un poder enorme. Si usted mira a los rectores de la etapa franquista, en varias universidades, eran filósofos del Derecho. Aquí en Valencia, por ejemplo, era José Corts Grau, un franquista de mucho cuidado: era, como he dicho, de la Facultad de Derecho, del área del Filosofía de Derecho y rector. Esta tipología se encuentra en otras universidades. En Barcelona, en Murcia y en varios sitios más. El filósofo del Derecho era, pues, el ideólogo de una doctrina que defendía valores enemigos del republicanismo liberal o democrático. Esa doctrina no era otra sino el iusnaturalismo católico. Este es el punto crítico: en España se identifica al iusnaturalismo con el “iusnaturalismo-católico-franquista”. Así, cuando llega la democracia a España, por reacción, los mejores jóvenes demócratas, a los que usted hace referencia, Elías Díaz, Gregorio Peces-Barba, y muchos otros, van a oponérsele. Creen, piensan, que desde la filosofía del Derecho la mejor postura para hacerlo es el positivismo jurídico. Desde mi punto de vista, esto es un error muy fuerte y que se explica en ese contexto. Porque no ven más allá de ese tipo específico (reaccionario y autoritario) de iusnaturalismo.

En España ocurre lo contrario de lo que pasa en toda Europa, y fundamentalmente en Alemania. En Alemania después de la Segunda Guerra Mundial, como reacción al nacionalsocialismo, hay un resurgimiento de doctrinas del Derecho natural. Ahora bien, debe decirse que el régimen nazi no se apoyó en una teoría positivista –es decir, los teóricos del nacionalsocialismo no fueron positivistas jurídicos–; pero como actitud, que implica la obediencia a la ley, *Gesetz ist Gesetz*, el positivismo jurídico permite, o ayuda a su consolidación. Y cuando el nacionalsocialismo ya está en el poder, le facilita la complicidad o la pasividad del gremio de los juristas. Pues bien, contra esa actitud hubo una reacción fortísima. El caso paradigmático es el de Gustav Radbruch, un famoso positivista jurídico, relativista, no-cognoscitivista de aquella época. En 1945 los norteamericanos lo hacen el primer rector demócrata después de la etapa de Hitler en la Universidad de Heidelberg. Comienza a dar sus lecciones y publica su *Vorschule der Rechtsphilosophie*; el cual, básicamente, son sus

apuntes de clase. Ahí se produce un giro fundamental. Se opone frontalmente al positivismo y reconoce que él se había equivocado al defenderlo, para terminar proponiendo la “fórmula de Radbruch”. Dicha fórmula, creo, es el corazón de la superación del positivismo jurídico en las últimas décadas. Pues bien, en España esto no se ve o no se tiene en cuenta. No se ve porque su historia es otra. Su teoría del Derecho, tan fuertemente positivista, es demasiado contextual, demasiado arraigada a su historia particular. No ve más allá de sus fronteras.

Por supuesto, lo anterior se conjuga con el espíritu del tiempo relativista en que vivimos. Relativista no en el sentido del ex-papa Ratzinger, sino en el sentido de que estamos en una constelación teórica donde hay problemas para entender qué es la normatividad, o si hay verdad en la moralidad. Todo el mundo es más o menos escéptico. Hay un escepticismo generalizado que tiene que ver con el consumismo y según el cual, al final, las teorías morales, la moral, es una especie de “bien de consumo”. Es como un helado o un coche. Cada uno escoge la que quiera. Como si dijésemos ¿qué prefieres un Volkswagen o un Toyota?; pues lo mismo, ¿qué quieres? ¿una política pro-aborto o una política anti-aborto? Las razones serán puramente subjetivas o personales, “emociones”, cuestión casi de gusto. La verdad moral, las posturas morales, así se presentan como bienes de consumo. Esto entra dentro del relativismo que, como sabemos, apoya mucho al positivismo jurídico –o se apoyan mutuamente–; propiciando que el positivismo haya tenido bastante éxito en esta constelación teórica. Es el *Zeitgeist*. En ese espíritu del tiempo parece que cada uno tenga su verdad y que no haya verdad más allá del consumo personal de la propia verdad.

FMMS: Esto fue en relación con mi comentario. Ahora bien, ¿cuál es su opinión sobre Dworkin?

MLT: Vuelvo a su pregunta. Antes que nada, debo decir que para mí Ronald Dworkin es – fue– un gigante de la filosofía del Derecho. Y sí, efectivamente, le he llamado el “vindicador de Fuller”, porque en la polémica entre Lon L. Fuller y Herbert L. A. Hart pareciera que es Fuller el perdedor. Yo tengo dudas de que haya sido así. Pero, bueno; lo importante es que llegó Dworkin y con él cierta revancha. Revancha en el sentido de que éste toma algunas tesis de Fuller, las radicaliza y, sobre todo, les da fuerza y elaboración filosófica. Fuller no era filósofo, Dworkin sí lo es. Dworkin es básicamente un filósofo –es primero un filósofo, luego jurista–. Llega a ser jurista porque quería profundizar en la filosofía del Derecho. Se va a Oxford con una beca siendo ya filósofo. Ahí, en Oxford, conoce y escucha a Hart. Es por este motivo –esto es, porque quiere comprender mejor los debates que había en aquellos círculos-- que se pone a estudiar Derecho a su vuelta y, efectivamente, termina siendo un jurista espléndido. Ello es así a tal grado que hay quienes piensan que Dworkin es sólo jurista. Tengo colegas, compañeros de filosofía del Derecho, que lo critican por “no entender nada de filosofía”. Les digo: ¿cómo? ¿Dworkin no entiende nada de filosofía? ¡Perdón, pero Dworkin tiene un conocimiento técnico, un conocimiento profundo, de la filosofía! (Sobre todo de la filosofía anglosajona, que es donde se formó). Y la crítica que le hace a Hart es tan fuerte, que éste no es capaz de responderle. No hay una contestación. Incluso, no la hay en el Postscript al *The Concept of Law*. Por cierto, no sé si fue una buena idea publicar este trabajo, pues no está terminado, está muy sencillo, la segunda parte está incompleta. En fin, sinceramente, no sé si acertaron.

Ahora bien, entre los aspectos de su obra más destacables está su crítica a Hart; que, en realidad, son varias. Entre ellas, hay una que es muy interesante, y que a mí me gusta siempre resaltar: la llamada “tesis de los derechos” (“right thesis”). También puede expresarse como la pretensión que las partes elevan de “estar en su derecho”. Esta es una idea que se formula desde el punto de vista interno, el punto de vista de la controversia, de quien practica el Derecho. Este es el punto de vista que hay que tomar ya según el propio Herbert Hart para entender el Derecho. Dworkin adopta esta perspectiva pero lo hace de una forma distinta: mientras que Hart entiende el punto de vista interno como el punto de vista de quien aplica la norma; el punto de vista interno de Dworkin es el punto de vista de quien *usa* la norma. Quien aplica la norma según Hart es un funcionario. Pero quien ha ejercido o ejerce la profesión jurídica sabe que el Derecho es conflicto, controversia. Sabe que el Derecho es causa, es litigio entre partes. Pues bien, parece que en Hart no hay partes. La teoría del positivismo jurídico es una teoría del punto de vista del funcionario. Para Dworkin el Derecho no es sólo el punto de vista del funcionario sino, sobre todo, el punto de vista de las partes. Es ahí a donde debemos mirar. Cada parte *usa* el Derecho y, al hacerlo, tiene la pretensión de “estar en su derecho”. La práctica del Derecho implica esta pretensión eminentemente moral. Se trata de una pretensión que no tiene nada que ver con la simple y burocrática administración del Derecho, que es un poco la idea del positivismo jurídico y que está presente también en Kelsen, donde tampoco hay controversia. Incluso, parece que no haya Derecho Privado. Al final en la *Reine Rechtslehre* sólo habla del contrato que sería un tipo de norma individual (otro tipo más central es la sentencia el juez). Pero ¿dónde está la controversia? O para decirlo con Ihering ¿dónde está la “lucha por el Derecho”? Dworkin retoma esta idea y le da fundamento analítico, fundamento filosófico. Y con ella ataca a Hart. Hay más cosas, pero pienso que Hart nunca se recuperó de este golpe.

Respecto a la segunda parte de su pregunta –esto es, sobre qué problemas advierto en sus planteamientos–, debo decir que ciertamente Dworkin los tiene y que no son nada desdeñables. Su problema, me parece, es el problema de toda la teoría angloamericana del Derecho de los últimos sesenta años: que fundamentalmente es, y sólo es, teoría normativa. Es decir, es una teoría que no se cuestiona demasiado el problema de “lo que el Derecho es”. Parecería que esta apreciación no sea exacta del todo; pues existe una discusión en el ámbito anglosajón sobre la naturaleza del Derecho, “the Nature of Law”, que encontramos en Joseph Raz. Ahí, sin embargo, la naturaleza del Derecho se resuelve de manera unilateral en la relación entre “fuerza” – “autoridad” – “moralidad”. La respuesta radica en indagar cómo la moralidad pueda entrar o pueda relacionarse, con la fuerza y la autoridad que se ejerce con el Derecho. Hay varios modelos. El modelo de Dworkin es el más inteligente, el más desarrollado, sin ninguna duda. Pero esto tiene el problema de ser demasiado estrecho. Por lo que concierne el ser del Derecho está todavía dentro de la tradición prescriptivista. Pero, lo que el Derecho es no puede identificarse – me parece -- sólo con la fuerza o con la autoridad. Con la autoridad en el sentido de poder: ordenar a alguien que haga algo.

El Derecho es algo más complejo, ontológicamente hablando. Y este es el gran problema de Dworkin. Lo mismo pasa con John Rawls. Rawls tiene una teoría de la justicia muy elaborada: “La justicia es la primera virtud de las instituciones” --dice al abrir su *A Theory of Justice*. Muy bien. Pero, ¿qué son las instituciones? No tenemos una reflexión sobre lo que sean las instituciones. Simplemente se asumen como son dadas y caracterizadas en la tradición, al

final, positivista, es decir, en el caso del Estado, hobbesiana. La reciente propuesta de Scott Shapiro del Derecho como “planning” me parece ir en la misma dirección.

Básicamente las instituciones se asumen como un mecanismo o dispositivo de poder. Pues lo mismo encontramos en Dworkin. Incluso, este último dice que nosotros necesitamos la justificación del Derecho, justamente porque hay poder. Es decir, justifica la pretensión de moralidad con referencia al hecho de que el Derecho es poder: non obligan a la obediencia del Derecho con la fuerza, tenemos que obedecerle y en tanto tenemos que hacerlo tenemos que justificar tal obediencia. Pero, ¿qué es la obediencia? ¿Y estamos seguros que la modalidad típica de actuación del Derecho sea la obediencia o la sanción? ¿Qué tipo de realidad es el Derecho? ¿Se reduce a la fuerza? Una reflexión ontológica sobre el Derecho no la hay. Tiene alguna cosa, un par de artículos; recuerdo un capítulo suyo en un libro francés sobre la ontología en el Derecho, donde –si mi memoria no me falla– hay contribuciones de Ota Weinberger y Enrico Pattaro, entre otros. Ahí Dworkin hace algunas reflexiones interesantes. Pero ciertamente no tiene una reflexión a profundidad sobre estos temas. Creo que esto es algo que habría que añadir a su teoría: una reflexión ontológica sobre el Derecho.

FMMS: En su artículo *On two Distinct and Opposing Versions of Natural Law: “Exclusive” versus “Inclusive”* propone distinguir dos versiones de doctrinas iusnaturalistas. Por un lado la “excluyente” donde la determinación del Derecho válido es concebida como una empresa solipsista o monológica (Jonh Finnis, Deryck Beyleveld y Roger Brownsword) Por otro lado, en la versión “incluyente” aquella, por el contrario, es profundamente dialógica, discursiva o republicana (Robert Alexy, Jürgen Habermas). ¿Cómo ha sido recibido este desarrollo por dichos autores? ¿El iusnaturalismo incluyente puede ser una teoría general del Derecho?

MLT: Este es un tema muy interesante. Yo estoy en cierta medida satisfecho de esa distinción. Robert Alexy la retomó en el número de la revista *Ratio Juris* donde se publicó mi trabajo. Se trata de un trabajo que discutimos en un seminario realizado en la Universidad de Hull, Inglaterra, con la participación de Alexy, Deryck Beyleveld, Roger Brownsword, miembros de la escuela de Sheffield, Peter Koller, el sucesor en la cátedra de Weinberger en Graz, y yo. Posteriormente Alexy la retoma en otros escritos, pero de una manera distinta.

Veamos. La distinción que hago entre esas dos versiones de iusnaturalismo es la siguiente: el iusnaturalismo excluyente cree que nosotros podemos aplicar el Derecho natural sin un elemento de deliberación positiva pública. Es decir, tenemos la norma de Derecho natural y la aplicamos de manera más o menos deductiva. Aquí debemos ser muy cuidadosos: para aplicarla necesitamos un poder público o una esfera pública. Por esta razón las doctrinas de Derecho natural nunca niegan al Derecho positivo. Más bien, lo tienen como “vasallo”, como “órgano de aplicación” del Derecho natural. No hay ninguna teoría del Derecho natural que no acepte el Derecho positivo. El problema es el papel que juega en la teoría. Pues bien, yo digo que el Derecho positivo puede jugar dos papeles. Puede jugar uno simplemente aplicativo o puede jugar un papel epistémico y aplicativo. Si es sólo aplicativo, es una teoría “excluyente”. ¿Y qué es lo ‘excluye’? No excluye el Derecho positivo que siempre está ahí. Lo que excluye es la deliberación pública que da un contenido concreto a la norma de Derecho natural. O, incluso, más que concretizarse, la propia norma de Derecho natural se tiene que justificar en la deliberación pública. Esto es el iusnaturalismo “incluyente” porque incluye al

Derecho positivo como momento de deliberación y de conocimiento de la regla y no simplemente como órgano aplicativo. El excluyente dice que esto no es necesario; o que no lo es en aquellos casos donde están involucrados los así llamados “bienes básicos o absolutos”. John Finnis, por ejemplo, sostiene que, en muchos casos, el juez tiene poderes discrecionales de un modo análogo a Hart. Incluso, sostiene que en muchos otros casos el juez tiene que obedecer a las leyes tal como le vienen dadas. Pero hay casos en los que están en cuestión los “bienes básicos”, donde lo anterior no hace falta. Es decir, sostienen que “hay un bien absoluto que está ahí” y desde el bien absoluto podemos directamente derivar las soluciones. Según Finnis de manera más o menos intuitiva; según Deryck Beyleveld y Roger Brownsword de manera deductiva. La verdadera teoría excluyente de Derecho natural, por tanto, la más absoluta, la más radical, no es la de Finnis sino la de aquellos. Podríamos ejemplificarlo de otro modo: hay un “coto vedado” –por utilizar esta expresión– donde la deliberación pública no tiene ningún valor epistémico porque el contenido y justificación de la regla viene determinada por sí misma. Esta es mi distinción.

Pues bien, esta distinción la reencontramos, como he dicho, en Alexy quien, no obstante, no habla de deliberación sino del Derecho en tanto capacidad de ofrecer, como hecho, como fuente, una solución al caso. Pienso, no obstante, que mi uso, que incluye la deliberación, es más adecuado. Asimismo, la encontramos en el propio mundo iusnaturalista. La encontramos por ejemplo en Mark Murphy –discípulo de Finnis y profesor en Georgetown–, quien tiene varias cosas escritas sobre este tema y que también habla de distintas versiones de iusnaturalismo. Es decir, usa la distinción respecto a la pregunta de cuánto es capaz la positividad de determinar el valor de la regla de Derecho natural. Pero en sus trabajos me parece hay una ontologización excesiva de la cuestión y del mismo fenómeno jurídico. Se reutilizan categorías aristotélicas e incluso platónicas. Se cree en la “esencia” de las entidades sociales (del “derecho”, eminentemente) en términos desconectados de la concreta conducta y articulación pragmática de los actores humanos.

Lo más relevante, en cualquier caso, es que esta distinción entre iusnaturalismo “incluyente” y “excluyente” (que, también podríamos llamar, respectivamente, *soft* o ‘iusnaturalismo débil’ y *hard* o ‘iusnaturalismo fuerte’), en cierta medida, ya circula en varios ámbitos. Circula con varios nombres y desde diversas perspectivas. Lo más importante, pienso, es que se trata de una distinción plausible y, sobre todo, que tiene capacidad explicativa. Es decir, que sirve para explicar algunas cuestiones centrales de las doctrinas de Derecho natural.

En la última parte de su pregunta me decía si es posible, y en qué sentido, que el iusnaturalismo incluyente sea una teoría general del Derecho. Yo creo que sí. La distinción entre el “iusnaturalismo incluyente” y el “positivismo jurídico incluyente” es la siguiente. Este último dice, puede ser que la moral esté incluida en el Derecho (o en la regla de reconocimiento), pero también puede no ser. Se trata de una cuestión relativa a algunos ordenamientos jurídicos particulares donde, digámoslo así, la incorporación de la moral se ha consumado. Así que el iuspositivismo incluyente no tiene un concepto general de Derecho. Si afirma que lo tiene, tiene que agarrarse paradójicamente al positivismo excluyente. Dicho de otra manera, si la moral puede pero no debe ser parte de la “esencia” (de la “naturaleza”), de lo que define el Derecho, se quedará en un “accidente”, mientras que la “esencia” permanece tal que la mo-

ral se le puede o no aplicar y así habrá que buscarla por ejemplo – como nos dice Raz – en su capacidad de imponerse a las conductas humanas.

El iusnaturalismo incluyente, en cambio, dice que siempre la deliberación pública está incluida en el Derecho natural. El Derecho natural para, en sí mismo, tener fuerza justificativa y tener capacidad epistémica de enfrentarse al caso o con la realidad precisa pasar por la deliberación pública. Para el “iusnaturalismo incluyente” tal y como lo entiendo yo, no hay Derecho natural que pueda prescindir del momento deliberativo. Se trata, por tanto, de una tesis que tiene la pretensión de poder ofrecer una explicación, es decir una teoría general del Derecho. No se trata – como es el caso el positivismo incluyente-- de una doctrina “parrochial” (que sólo se dirige a unos específicos ordenamientos, fundamentalmente a ciertos Estados constitucionales contemporáneos).

FMMS: Si pudiera decirnos brevemente los elementos más importantes que ‘constituyen’ su teoría institucionalista del Derecho, ¿cuáles serían? y además ¿qué ventajas presenta esta forma de aproximación a lo jurídico?

MLT: La teoría institucional del Derecho es una teoría que no ha sido del todo desarrollada. Es un proyecto, un programa. Su versión contemporánea nació con Neil MacCormick y Ota Weinberger. Desgraciadamente ambos han fallecido.

Weinberger la concibió siendo bastante mayor, al final de su carrera. Tuvo una intuición derivada de sus intereses de lógica de las normas y llega al institucionalismo desde ahí. Es decir, necesita darle contenido ontológico a las reglas. Ahí está el problema: ¿qué son las reglas? Las reglas no pueden ser prescripciones o mandatos porque la lógica estándar no funciona con dichos enunciados. Tampoco pueden ser descripciones porque entonces no puede haber una lógica de las normas como tal. En este caso lo que habría sería una especie de “duplicación”, de “simulación” de la lógica estándar, de la lógica que paradigmáticamente se aplica a los enunciados descriptivos. Ahí Weinberger tiene un gran problema que resuelve dándoles a las normas una realidad ontológica propia. Y lo logra, al final, de manera que no se tenga que caer en el idealismo, en el platonismo normativo, como hace por ejemplo Kalinowsky. Weinberger propone la solución de ser una realidad que tiene que ver con acciones, con conductas. Las normas – el cree – pueden producir realidad al ser aplicadas, al ser usadas o practicadas. Esta es la idea. Después descubre a John Searle, y su distinción entre “Brute Facts” y “Institutional Facts”.

Y ahí se encuentra con Neil MacCormick. El profesor escocés desarrolló por su cuenta una línea de investigación parecida. No desde la lógica de las normas, si no desde la teoría de los conceptos jurídicos. Los conceptos jurídicos no pueden ser simplemente colecciones de reglas o de partes de reglas, como quería Alf Ross. Tienen una densidad semántica; e incluso, quizás, ontológica. Este era precisamente el tema de MacCormick, cuya “inaugural lecture” como profesor de la Universidad de Edimburgo, en 1973, si no me equivoco, se titulaba precisamente “Law as Institutional fact”. Pero como le he dicho, ninguno de los dos va más allá. Yo he intentado añadir alguna cosita más. Por ejemplo, he intentado ofrecer una definición de institución como “ámbito de realidad que está constituido por reglas una vez que éstas se aplican”. Esta definición busca evitar la circularidad (y el idealismo) de muchas de las

definiciones que hay de institución como “sistema de reglas” tal y como las encontramos en los trabajos de MacCormick o en los estudios de Weinberger. Y respecto a los méritos de la aproximación neo-institucionalista destacaría sin duda que tiene la ventaja de poder ofrecer una alternativa a la idea del Derecho como mero mundo de la prescripción o del mandato.

Quien alcanza a percibir esto último es Hannah Arendt. Ciertamente, Arendt no profundiza en esto (apenas le dedica un par de páginas). Pero tiene unas intuiciones muy valiosas sobre el papel constitutivo del Derecho: es decir, el Derecho no meramente como “productor de comportamiento” en el sentido de que prescribe conductas, sino como “productor de sentido del comportamiento”. Nosotros hacemos algo sólo si tiene sentido. Así como para que un enunciado sea verdadero tiene previamente que tener sentido; así también para valorar una conducta, esa conducta antes tiene que tener sentido. Yo no puedo valorar una conducta si no la entiendo, si no le doy sentido a la conducta. Nosotros nos conducimos más allá del nivel puramente reproductivo de la vida. Es cierto, vamos al baño, comemos, etc.; hay cosas que son fundamentales para el ciclo vital; que son mecánicas y que no nos diferencian de los demás seres vivos. Pero todo lo que es específicamente humano va más allá del ciclo puramente vital. Es decir, nosotros comemos y para ello cocinamos. Como dice Claude Lévi-Strauss, para cocinar necesitas cazos, y para tener cazos necesitamos cerámica. La cerámica es cultural, precisa que la misma tenga una forma, un estilo, etc. El hombre no sólo tiene instrumentos sino que tiene instrumentos sobre instrumentos, es decir, tiene “meta-instrumentos”. Ningún otro animal tiene “meta-elementos”.

Los meta-elementos son, pues, elementos ideales. Creo que el Derecho se pone a ese nivel, es decir, en un nivel ideal. Es un meta-elemento que produce un contexto de conductas porque produce sentido. Ahí hay varias intuiciones que todavía es preciso desarrollar; pero ya cambia la perspectiva de lo que es el Derecho. Es una cosa más complicada y también menos “dura”. Ello no implica, en ningún caso, que en el Derecho no haya violencia o fuerza. Pero no es esto básicamente el Derecho. Para la teoría institucionalista, en cierta medida, el Derecho es la constitución de un mundo con sentido; la constitución de un mundo de conductas que tenga sentido: los “muros de la ciudad” de que habla Heráclito en un fragmento que recogen y repiensen Simone Weil y Hannah Arendt. Esto es el Derecho.

FMMS: Relacionada con lo anterior, usted también reconoce en sus trabajos que hay un “viejo institucionalismo”, diferente al propuesto por los autores ya mencionados. Ese “viejo institucionalismo”, como usted mismo señala, tiene un linaje que no es muy halagador (pienso en Carl Schmitt, por ejemplo); además de poseer una fuerte impronta comunitarista. ¿Qué es lo que el institucionalismo actual tiene que decir a este respecto?

MLT: Esta es una pregunta muy importante porque marca la distinción entre dos etapas de institucionalismo. El “institucionalismo antiguo”, digámoslo así entre comillas, es el de Santi Romano, Maurice Hauriou –aunque el de éste ya es un poco distinto– y el de Carl Schmitt. Estos tres son los grandes institucionalistas. En cierta medida, para ellos el institucionalismo es una alternativa al normativismo. Ello es así claramente en Schmitt, claramente en Hauriou y sobre todo en el mundo que gira alrededor de este último; con teóricos como Georges Renard, por ejemplo. Es decir hay un rechazo de la idea de norma, a la idea de regla. El Derecho no es norma, es institución. En Santi Romano no es así. Es un poco más listo, más juris-

ta. Nunca rechaza la idea de regla como noción importante para la teoría del Derecho. Pero la institución para él, en alguna medida, es una alternativa a la noción de regla en el sentido de “cerrarle el paso” a la regla. En el neo-institucionalismo esto no es así. La institución se entiende también a partir de las reglas. Es decir, la institución no es una alternativa a la regla sino que es algo que no cierra el paso sino que complementa la noción de regla. Así, no hay rechazo a ella. Siempre tiene un lugar muy importante en las teorías neo-institucionalistas.

Por ejemplo para Weinberger, que es un lógico, la regla es fundamental porque él se mueve dentro de la lógica de las normas y, según él, las reglas “se mueven” lógicamente, por así decir. De tal forma que nunca las rechaza sino que, por el contrario, las reivindica. En el neo-institucionalismo se entiende a la institución a partir de una reflexión de lo que es una regla. En el institucionalismo antiguo no es así: aquí la institución es algo distinto, opuesto, a la noción de regla. Y en ocasiones es tan opuesto, que el institucionalismo no sólo se opone a la regla sino que se opone a la normatividad. Parece que no hay deber ser; que el ser de la institución resuelve el deber ser. El deber ser en cierta medida aquí es algo ideológico, una mentira o es algo, incluso, destructivo para el Derecho. Y se llega a una reivindicación de la normatividad que está en el ser. Tal es el caso del institucionalismo alemán de Carl Schmitt, pero también el de Karl Larenz. Hay, sobre todo, una reivindicación anti-liberal que nunca se encuentra, en absoluto, en el neo-institucionalismo. El neo-institucionalismo no solo no está opuesta a las reglas, sino que en la institución de que hablan ellos siempre hay la posibilidad del contraste entre ser y deber ser. La institución como tal tiene un elemento normativo que no se resuelve en la realidad misma del ámbito de conductas. En este punto surge un problema importante todavía, y quizás no resuelto. Me refiero al “sentido” normativo fuerte de la institución, lo que Wittgenstein llama “Witz”. Pero conviene no profundizar más a efectos de esta entrevista.

FMMS: Su tesis doctoral que vio la luz como el libro *La lotta contro il diritto soggettivo. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalisocialista* es un trabajo fundamental para el que quiera indagar en las “razones” del horror nazi –como usted mismo señala en el prólogo a la edición en castellano–. Para un Europeo, un Italiano, nacido en la pos-guerra, la pregunta podría parecer obvia. Sin embargo, ¿podría explicarles a nuestros lectores qué le llevo a hacer este estudio? ¿Por qué Larenz y por qué el Derecho nazi?

MLT: Empecé a redactar mi tesis en Florencia, en el Instituto Universitario Europeo, con el profesor alemán Günther Teubner a quien, por supuesto, también considero mi maestro. Es un hombre muy valioso, inteligentísimo; aunque yo no esté de acuerdo con él en muchas cuestiones de teoría del Derecho. Le tengo mucho respeto y cariño. Pues bien, yo empecé con él una tesis sobre el derecho subjetivo, un tema al que he dedicado muchos años de trabajo (tengo también el libro *Disavventure del diritto soggettivo: una vicenda teorica*, dedicado al concepto del derecho subjetivo desde el punto de vista histórico, pero sobre todo desde el punto de vista teórico). Bueno, empecé la tesis focalizándome en la historia del derecho subjetivo y me encontré con un hecho curioso. Curioso hasta cierto punto: un rechazo permanente del concepto de derecho subjetivo desde el comienzo de la doctrina positivista del Derecho –para entendernos, desde la codificación– en la Europa de principios del siglo XIX. Desde entonces, desde el triunfo del positivismo jurídico, hay una serie continua de teorías que rechazan el derecho subjetivo de varias maneras: hay quienes lo reducen a algo distin-

to, otros lo re-modulan, etc. Esto tiene varias razones de tal forma que el rechazo proviene desde varios frentes. Pero hay un punto fundamental en esta historia y es que el positivismo, con su insistencia en el mandato, en el comando, tiene problemas para integrar al derecho subjetivo, que es una libertad, una autonomía, dentro de su sistema. Este problema se ve claramente en la “doctrina pura” de Hans Kelsen. En Kelsen no hay derecho subjetivo: como se sabe, hay una reducción del derecho subjetivo al Derecho objetivo.

Comienzo a recorrer toda esa historia, ese desarrollo, digámoslo así, negativo o destructivo. Pues bien, debo decir que el primero que me da pistas sobre el asunto es Guido Fassó quien, en su *Storia della filosofia del diritto*, tiene un capítulo dedicado al nacionalsocialismo. Ahí Fassó pone el dedo en la llaga: habla del brutal rechazo del derecho subjetivo en el mundo de la teoría del Derecho nacionalsocialista. Y se refiere a Karl Larenz a quien cita en una nota al pie de página. Específicamente, cita su artículo de 1935, quizá el más famoso, “Rechtsperson und subjektives Recht”. Busco este artículo y comienzo a leer a Larenz y escribo sobre él. Pienso, “bueno, esto tiene que ser un capítulo”. Sigo trabajando y encuentro más cosas, de tal forma que el capítulo va creciendo hasta que, finalmente, decido hacer de lado los otros materiales que había trabajado para concentrarme en Larenz. Y lo que era un capítulo terminó en un libro. Al final, el material que había dejado de lado, trabajado, re-elaborado, re-pensado, lo publico después como *Disavventure del diritto soggettivo*. Así que *La lotta contra il diritto soggettivo* y *Disavventure del diritto soggettivo* son dos libros que contienen la misma historia. Son libros que habría que leer juntos: algunos problemas teóricos que están en el libro *La lotta contra il diritto soggettivo* se resuelven en *Disavventure del diritto soggettivo* y la importancia de este último no se entiende bien sin aquél. Así que se trata de dos libros, digamos, ‘gemelos’, que nacen de la misma preocupación, del mismo discurso.

FMMS: En *La crisi del Novecento. Giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar* se ocupa de la etapa anterior inmediata al arribo del nacionalsocialismo en Alemania. ¿Cuáles serían a su juicio, las notas características de esta época? ¿Por qué una Constitución como la de Weimar con una fuerte vocación democrática cayó en esa espiral auto-destructiva y, sobre todo devino en una situación autoritaria; o, peor, totalitaria?

MLT: Bueno, esta es una historia trágica. Aquí hay muchas cosas. Es una época por la que yo personalmente siento una fascinación tremenda. He leído muchísimo para entender este mundo; mucha literatura, novelas, etc. Yo creo que ahí se precipitan muchas cosas. Es el punto de llegada, en cierta medida, de una historia más larga, que es la historia alemana. Una historia que tiene inoculada, por lo menos en el siglo XIX –desde su unidad–, un veneno nacionalista radical y alrededor de él toda una cultura que se concibe como alternativa a la cultura liberal-democrática. Una cultura que no puede integrarse con ella sino que se ve como su alternativa. Con elementos marcadamente irracionalistas y fuertemente comunitaristas. La Universidad alemana, por su parte, se convirtió en esa época en un centro de pensamiento anti-liberal. El triunfo ideológico así como la hegemonía del nacionalismo prusiano, del militarismo prusiano, es tremenda. El éxito que tiene la idea de “comunidad nacionalista”, “homogénea”, “guerrera”, es una cosa que da miedo y que no se encuentra en ningún país de Europa.

¿Y qué sucede? Llega la primera Guerra Mundial y con ella se rompen las barreras de civilización. Millones de personas empiezan a matar. Matar se ve como algo normal porque varias generaciones tienen que hacerlo de la manera más brutal. La muerte es una cosa cotidiana, de tal forma que se produjo, en cierta medida, el gusto por la violencia. La Primera Guerra Mundial para el militar quizás es peor que la Segunda –con la excepción del frente ruso–. La experiencia de la Primera Guerra Mundial y las trincheras es una cosa espantosa. Es un sinsentido, no se entiende por qué explota. Es una guerra inútil. Mientras que la Segunda Guerra no lo es: es una guerra “entre el bien y el mal”, podríamos decir. En la Primera Guerra Mundial esto no se da; es decir ¿dónde está el bien, dónde el mal, entre la Rusia del Zar y la Alemania del Kaiser? Es muy complicado saberlo. Pero insisto: la muerte, la violencia, las matanzas, rompen los tabúes de civilización que se habían creado en los tres últimos siglos. La gente adquiere el hábito de matar. Hay una generación que ha matado y no tiene problemas en hacerlo. Es una generación que regresa a casa y no se acostumbran a la vida cotidiana. En Italia el fascismo en cierta medida es el resultado del regreso a casa de esta generación.

En Alemania hay todo un mundo de sentimientos e ideas derivado del sentimiento de la derrota. Y se impone la leyenda de “la traición”, es decir, ese mito de que los alemanes no fueron derrotados de verdad, sino que fueron traicionados: que hubo “una puñalada por la espalda”. Hay también muchos errores de cálculo político. Está el Tratado de Versalles, que, por donde se vea, es un tratado absurdo. No hay una política inteligente de conciliación con los alemanes. Hay, pues, varios errores. Pues bien, Alemania hace una revolución, porque cae el Kaiser. Y sucede otro hecho trágico: la izquierda se divide. Están, por un lado los comunistas, espartaquistas, que quieren establecer un régimen como el ruso. Estos se radicalizan y quieren una revolución socialista. Por el otro lado, está el Partido Social Demócrata que era bastante conservador. En su momento, incluso, no quiere la república sino que la misma le será impuesta a la dirigencia del Partido Social Demócrata desde fuera. Es éste partido el que organiza y conduce la lucha contra la izquierda radical, contra los espartaquistas, aliándose con el ejército. Esto rompe totalmente la izquierda alemana.

Como puede apreciarse es una historia muy trágica. Pues bien, la Constitución de Weimar llega después de una guerra que había roto el tabú civilizatorio. La Primera Guerra Mundial había generado un gusto por la violencia. Y esto genera un círculo destructivo: explica las matanzas del bolchevismo que hay en Rusia, explica el fascismo en Italia y explica también desgraciadamente la crisis de la Alemania de entreguerras.

La Constitución de Weimar, que es una Constitución bien pensada, muy inteligente, que incluye derechos sociales, etc., está dentro de este contexto. Y también está dentro de una historia doctrinal que, por así decirlo, “todavía no ha entendido sus demonios”. El problema es que el positivismo jurídico que se afirma en el siglo XIX es por sobre todas las cosas una teoría de la soberanía. La teoría de la soberanía es una teoría que tiene problemas con el mundo externo, con el Derecho Internacional al que sólo puede reconocerlo como parte de sí mismo; tiene problemas también con los derechos fundamentales dentro del orden interno. Así, el positivismo jurídico es una teoría que tiene problemas, paradójicamente, con la democracia al ser una teoría básicamente autoritaria.

En Weimar las teorías democráticas que compiten son teorías radicalmente positivistas. Está, por ejemplo la teoría de Hermann Heller. Aunque Heller diga que está en contra del positivismo, no es cierto: él lo entiende como formalismo, como normativismo; pero no está en contra del positivismo jurídico en tanto teoría de la soberanía, como Derecho basado en la prescripción, en la decisión. De tal forma que las teorías democráticas de la época se inscriben dentro de teorías positivistas-decisionistas. En Hans Kelsen la perspectiva es distinta; sin embargo los resultados al final me parecen bastante parecidos. Si bien no tiene problemas con el Derecho Internacional, sí los tiene con los derechos fundamentales y tiene problemas también con la fundamentación de la democracia, al ser un relativista. Pues bien, las teorías positivistas democráticas no saben enfrentarse a las teorías autoritarias que en estos momentos se afirman y van ganando adeptos. Es un debate interesante y en alguna medida triste.

Lo que hay en Weimar, al fin y al cabo, es que ninguna de las teorías que compiten son democráticas, incluso las que se presentan como tales. Ninguna es capaz de presentar una alternativa justificada a las doctrinas del Estado autoritario. Todas coquetean con esto. Así que por un lado, tenemos este tipo de doctrinas autoritarias y por otro, este tipo de doctrinas que por razón de su relativismo o en razón de su decisionismo no pueden ser una alternativa a quien afirma ser el “verdadero decisor”, el “verdadero sujeto fuerte”, al que se dice “capaz de imponer el orden” –en una palabra el soberano–; a quien afirma ser el sujeto que “posee la verdad”. Esta es la cuestión trágica: al sujeto que afirma tener la verdad tú no te puedes oponer diciéndole “la verdad no existe”. Sólo puedes oponerte diciéndole “tu verdad no es la verdad”, “la verdad es otra”. A una tesis moral o política no te puedes enfrentar con una tesis epistemológica. Lo explica muy bien Dworkin en su último gran libro, *Justice for Hedgehogs*. Esas teorías a las que hacíamos referencia no quieren o no pueden (Kelsen, por ejemplo) oponerse a las doctrinas del Estado autoritario; no quieren o no pueden hacerlo.

FMMS: Yo advierto en su trabajo una preocupación constante por las derivas autoritarias del Derecho. Donde se ha visto últimamente todo esto, ha sido en el tristemente re-abierto debate sobre la tortura. Usted ha escrito varias cosas a este respecto. Podría decirnos ¿cuál ha sido su motivación básica para dedicar horas de estudio y trabajo a este tema?

MLT: La cuestión central en todo esto es que yo no comparto la teoría que dice que el Derecho es esencialmente fuerza, sanción, violencia. No comparto la teoría imperativista del Derecho. Busco una alternativa, una teoría más civil, más compasiva, una teoría, por decirlo en italiano, del *diritto mite*. Ahora bien, esta teoría tiene sentido si eres consciente de que el Derecho es como un instrumento. Es como un cuchillo muy afilado que si no lo manejas bien puede cortarte o herirte. Es algo que puede hacer mucho daño, que puede, incluso, matarte. De todo ello hay que ser muy conscientes. Porque si no lo estamos, nos convertimos en ideólogos. Tendríamos una visión del Derecho totalmente idealizada y, por ello, injustificada. Entonces, hay que tener presente que el Derecho es un instrumento que si no se sabe utilizar adecuadamente puede hacer mucho daño. Tiene un lado malo, por así decir.

Quizá sea muy fuerte esto que voy a decir, pero el Derecho tiene un componente más o menos grande o pequeño, básico, de injusticia. Su pretensión de justicia se vuelve contra de él en la realidad de los hechos. Tenemos, por supuesto, la sanción, la pena, que duele y mucho,

y tenemos también la decisión que ya no se puede revisar, al final la “cosa juzgada” –en el Derecho no es como en la filosofía donde podemos estar discutiendo los temas perennemente. Está también la regla que en cierta medida tiene que olvidarse de algunos elementos particulares de los distintos casos (que es en cierta medida la crítica de Hegel a Kant). En el Derecho no puedes juzgar de verdad cada caso en su singularidad, porque, para hacerlo tienes que aplicar un principio general; esto, en sí mismo, es algo bueno, pero también tiene un rostro malo. Hay la igualdad de tratamiento, pero no hay la percepción de la concreta singularidad de la situación. Es decir, la universalización tiene dos caras.

Pues bien, yo creo que sin ser imperativistas o autoritarios podemos intentar desarrollar una doctrina del *diritto mite*. Una teoría que reconozca también la *verdad del Derecho*, que es una verdad de justicia, y hay que tener presente esto también. Creo, como digo, que “la cara mala del Derecho” requiere mucha atención y por ello tenemos que voltear hacia ella. Por eso el debate de la tortura es tremendo, es decir, otra vez reabrimos un tabú. Es claro que estamos ante un tema fundamental. Por lo demás, ahí se ve también que el Derecho, sí, tiene una “cara mala”; pero también se ve que tiene una “cara buena”. La “cara buena” no soporta una “cara demasiado mala”. Es decir, la tortura es algo que sí, ha formado parte del Derecho, ha sido legalizada en la Edad Media; pero en principio no es compatible con la forma del Derecho. La legalidad, en sí misma, se opone a la tortura y este es el tema central de mi último libro *Legalizzare la tortura?* (Il Mulino, 2013).

FMMS: En su trabajo “Juristas, malos cristianos. Abogacía y ética jurídica” nos dice que la figura del abogado fue relegada por las doctrinas de matriz positivista. Ni Kelsen ni Hart le dedican siquiera apenas líneas en sus obras maestras. Las modernas teorías de la argumentación jurídica –que parecen una vuelta a la “antigua retórica”, al ocuparse de los argumentos y de cómo opera el “derecho en acción”– parecen reclamar, en cierta medida, volver a temas de ética y deontología de las profesiones jurídicas. ¿Podría explicarnos más detalladamente el papel que ha jugado la reciente crisis del positivismo y la proliferación de teorías del Derecho que toman “el punto de vista interno” como el ámbito para abordar su estudio en estas transformaciones? ¿Qué desarrollos en este ámbito le parecen más prometedores?

MLT: Este es un tema muy importante. La abogacía y, en general, el papel del jurista en la teoría del Derecho es un tema precioso. De ahí la importancia de intentar desarrollar nuevamente una teoría del Derecho para el jurista práctico, para las partes en las controversias jurídicas; y no sólo para el funcionario o el académico. No, ciertamente, el tipo de teoría que se encierra en sí misma; como por ejemplo ahora propone Joseph Raz, cuando dice que la teoría de la naturaleza del Derecho es una teoría filosófica. Es decir, se afirma, es una teoría donde los juristas no pueden siquiera decir algo sensato, y se reniega del punto de vista interno. Para mí, la filosofía del Derecho es algo que tiene sentido si está en el mundo de los juristas, de los prácticos del Derecho. Siempre digo: el Derecho es filosofía del Derecho. Esta es la manera más plausible de entender la filosofía del Derecho. Evidentemente, esto no quiere decir que no haya que estudiar filosofía. El Derecho es filosofía, pero es filosofía dentro de la práctica de Derecho. Esto se puede justificar de varias maneras, pero no me puedo detener. Basta decir aquí que estamos hablando, grosso modo, de la primacía del punto de vista interno sobre el punto de vista externo.

El punto de vista interno no es sólo el punto de vista del funcionario, si no también, y sobre todo, el punto de vista del ciudadano, de las partes, de la controversia. Aquí H. L. A Hart se equivoca. En *The Concept of Law* parece decir en cierto momento que el punto de vista interno es el punto de vista de los funcionarios y el punto de vista externo es el punto de vista de los ciudadanos. Esto es muy fuerte. Algo totalmente antidemocrático: el Derecho tiene que ser obedecido por los ciudadanos y tiene que ser visto por ellos como un asunto que no es de su incumbencia, desde un punto de vista externo. Creo que Hart no se da cuenta de las implicaciones autoritarias de esta postura. Ahora, es necesario compaginar el punto de vista interno desde los varios tipos de actores que tenemos en el Derecho: los funcionarios, los jueces, la policía; pero también están el ciudadano, las partes, etc. Entre ellos, el abogado es central porque, al final, es él el “doble” del ciudadano y de la “parte”, de aquellos cuyos asuntos el Derecho fundamentalmente trata. Así que cuando en la Facultad del Derecho preparamos a los estudiantes, los preparamos básicamente para ser abogados (por supuesto también para ser juez, para ser legislador, para ser servidores públicos). Pero la mayoría serán abogados. El abogado de hecho se podría definir como es el ciudadano consciente del Derecho, la autoconciencia jurídica e la ciudadanía. Les hablamos a los estudiantes como futuros abogados. Entre nuestros alumnos, muy pocos serán jueces. Incluso, el juez para entender lo que está haciendo se tiene que poner en los zapatos (y en los papeles) del abogado.

La centralidad del abogado desaparece con el positivismo jurídico quien, por así decirlo, “expulsa al abogado del mundo del Derecho”. Y lo hace por una razón muy sencilla: para el positivismo jurídico el Derecho es de quien decide, de quien manda, y el abogado no decide, no manda nada. Quien manda es el juez, el funcionario, el legislador. Para el positivista hay otra dimensión relevante, una meta-dimensión más alta, que es la del “descriptor”, del teórico: el profesor o científico del Derecho. Pero el abogado no es un profesor. No es un científico. El abogado es alguien que en cierta medida “se mancha las manos con el Derecho”. El abogado no describe las reglas, tampoco el juez, sino que las usa. Usar las reglas me parece una noción más fructífera de la de “aplicación”. La idea de “aplicación” de la regla, en cambio, no acabo de comprenderla. Me parece más interesante y también lógicamente más consistente hablar de la idea del uso de la regla. Este es, por ejemplo, el desarrollo que podríamos derivar de la teoría de Robert Brandom. Brandom, que es un neo-pragmatista, escribió su gran libro *Making It Explicit*, donde desarrolla el tema del lenguaje y del mundo normativo como uso de reglas (y lo hace de manera muy rigurosa, con un conocimiento de la lógica muy fino y desarrollado). Así que el abogado resulta una figura central. No nos podemos olvidar de ella.

El abogado tiene su propia cultura, su propia historia. Lo digo porque he vivido en ese mundo con mi padre. En Italia hay toda una tradición de producción de libros, ensayos, artículos, sobre la deontología del abogado. El abogado sabe, y yo lo he visto también con mi padre, porque he trabajado con él en su despacho, que al usar las reglas te encuentras muy a menudo con problemas morales. Los casos que el cliente plantea, muy a menudo, suponen un problema moral. El caso jurídico es un caso moral. Mi padre, por ejemplo, no aceptaba cualquier asunto. No lo aceptaba si no tenía una fundamentación jurídica apropiada y, por consiguiente, una buena probabilidad de éxito. Si llegaba alguien con una causa, con un asunto civil carente de fundamento, lo rechazaba. Les decía: “aquí no hay causa. Usted no tiene fundamento y, por tanto, no tendrá éxito”. Esto, en sí mismo, ya es una postura moral. Este es el caso más sencillo, pero hay muchos otros. Por ejemplo, hay otro caso clarísimo, para mi

padre que era de izquierdas –estuvo en la resistencia contra los fascistas durante la Segunda Guerra Mundial–. Pues bien, en alguna ocasión unos chicos fascistas le pidieron que les defendiera. Mi padre era penalista, y les dijo que no le parecía oportuno. Esto, porque pensaba de manera muy distinta. Al hacerlo, sabía que no sería eficaz en la defensa; siempre tendría alguna reserva. Así que les dijo que lo mejor para ellos era que otro abogado les llevara el caso. Es decir, otro abogado que no tenga la misma repugnancia que él podía tener hacia sus ideas. Pero les dijo: “si no tienen a nadie que quiera defenderlos, estoy a su disposición”. Es decir, mi padre era consciente de que él no era su abogado idóneo porque no lo haría con vehemencia, con convicción. Siempre habría alguna distancia; mucha distancia o incluso repugnancia, porque los despreciaba desde el punto de vista político. Pero si nadie quiere defenderlos, al final, el estaba a disposición de ellos. Yo creo que esta es una postura correcta.

No descubro nada al señalar que todas estas cuestiones son “el pan de todos los días” para un abogado. Pero una postura positivista no se da cuenta de esto porque el Derecho no tiene nada que ver con la moral. El positivismo jurídico en deontología típicamente dice –esto lo decía, por ejemplo, Luigi Ferrajoli, pero ahora, parece, ha modificado su opinión, y yo le he empujado a cambiar de idea– que el abogado puede hacer todo lo que no le sea prohibido por la ley. Pero esto tiene bastante poco sentido; quiere decir simplemente la deontología no existe.

Como podemos apreciar, el tema de la ética del abogado es un ámbito estimulante. En Italia hay una enorme producción de trabajos, desde la Edad Media, de deontología, donde los abogados enseñan a proceder moralmente en determinados casos. Esta producción se interrumpe más o menos en los años alrededor de 1930. Hasta entonces hubo una producción de escritos de abogados para abogados. No era una producción de estudiosos o académicos. Son escritos donde los abogados hablan a sus pares, les cuentan casos y desarrollan ideas sobre la moralidad de su profesión. Esto lo encontramos en varios países. Lo encontramos por ejemplo en Francia, que tiene una tradición muy fuerte a este respecto. Pues bien, desde aquí, desde esta tradición, nosotros podemos llegar a la teoría del Derecho. Es una manera de llegar bonita porque tiene que ver con la práctica, tiene que ver con los casos, con la historia, con las instituciones jurídicas de un país. Es entrar, podríamos decir, por la ventana de la deontología para llegar a la puerta de la filosofía del Derecho.

Pero no se ha hecho en nuestros países, como digo, por lo menos en los últimos 200 años en razón del paradigma dominante, siempre iuspositivista. En cambio, sí se está haciendo, se ha hecho, en Estados Unidos, donde hay una buena producción de *Legal Ethics*. En esta materia hay muy buenos profesores como David J. Luban, que es uno de los mejores. También existe toda una nueva generación que intenta por ejemplo aplicar el debate entorno a las tesis de Joseph Raz sobre el concepto de Derecho a la ética jurídica o deontología del abogado. A mí personalmente esto me parece un territorio muy prometedor porque, incluso, le da a la teoría del Derecho el sentido que alguna vez parece no encontrar o perder. No se queda en el plano abstracto sino que puede concretizarse. Es incluso, didáctico porque para entender la abogacía debes entender el sistema jurídico. Por ello creo que la deontología puede servir muy bien como introducción a los sistemas jurídicos. El Derecho comparado desde la deontología se hace más rico, más fuerte. Tiene un *appeal*, un mayor grado de interés para

los alumnos que la simple descripción y comparación de los sistemas abstractamente considerados.

FMMS: Por último ¿qué consejos daría a un joven que está comenzando su formación o su carrera académica en el ámbito de la filosofía del Derecho?

MLT: En primer término, debe decirse que la filosofía del Derecho ha dado pasos enormes en los últimos 60 años. La calidad de la producción en materia de filosofía del Derecho es, en general, y en muchos países, muy buena. En general es más buena hoy que hace treinta años, aunque quizás sufre de cierta redundancia. La filosofía del Derecho hoy es un terreno muy fértil para los jóvenes: hay muchas cosas por hacer, hay debates intensos y, sobre todo, hay una generación nueva y muy buena que está trabajando en el área. En España por ejemplo, ha habido un desarrollo enorme. En Italia también hay un grupo joven muy interesante. Lo mismo cabe decir de Inglaterra y Estados Unidos. Donde quizás hay algún problema es en Alemania y en los países escandinavos. Hoy en día no son tan productivos como lo eran hasta los años setenta. Seguramente ello es así por varias razones, algunas internas a sus propios sistemas jurídicos. En Escandinavia, por ejemplo, yo creo que el realismo jurídico terminó matando la fantasía por la filosofía del Derecho. Pero bueno, esa es otra cuestión. Pienso también que el desarrollo de la filosofía del Derecho tiene mucho que ver con el hecho de que se dan hoy en día sistemas muy desarrollados de justicia constitucional; y me parece que en los países donde no existe ésta, probablemente la discusión es menos viva.

En este momento, para hacer filosofía del Derecho hay que mirar al mundo anglo-americano. Y sí: hay que leer a Hart, hay que estudiar a Dworkin, y toda esta discusión que es básica. Pero no te puedes quedar allí. No puedes cometer el error en que recaen los Anglo-sajones, de mirarse demasiado a sí mismos, de mirarse al ombligo. No puedes cometer el error de no conocer ninguna otra cultura jurídica, ninguna otra tradición filosófica o de no citar nada más allá de la producción local. Así que un estudioso del pensamiento jurídico, de la tradición del pensamiento jurídico, debe saberse, y sentirse cómodo, dentro de la filosofía del Derecho europea. Usted hablaba hace un momento de Rudolf Stammler, ¿quién lo conoce hoy en día? Stammler es un teórico interesantísimo, pero hoy nadie sabe apenas nada de él. En cierta medida la filosofía del Derecho de Alexy (su idea de la “pretensión de corrección”) viene de allí. Hay que ser, pues, consciente de esta tradición y, sobre todo, encontrarse cómodo con ella.

Insisto, hay que conocer el debate de anglo-americano, saberse mover muy bien en él; pero mantener la relevancia de la tradición continental europea, que es muy importante. Recomendaría escoger quizás uno o dos autores (Kelsen, Heller, Radbruch, Bobbio) y leerlos a profundidad, manejarlos. Es importante también tener alguna educación filosófica, no sólo de filosofía jurídica, sino también de filosofía en general, saber bastante sobre la historia de la filosofía en general. Para ello habría que escoger también uno o dos autores que te gusten, que empieces a leer, a releer, a manejar. Me refiero a cualquier autor de cierta entidad, de cierto nivel: puede ser Hegel o puede ser Kant; puede ser Spinoza o puede ser Descartes; puede ser Platón o Aristóteles. Lo importante es enfrentarse a un gran autor y discutir con él –a través de la lectura.

Sé que esto es mucho pedir, pero habría un cuarto nivel. Recapitulemos un poco. Quien comienza su carrera en filosofía del Derecho, a mi juicio, debería: a) manejar la filosofía del Derecho anglo-americana; b) manejar la filosofía del Derecho continental, su rica tradición; c) conocer y discutir con un gran autor en el ámbito de la filosofía general; y, finalmente, d) escoger un terreno en el ámbito del Derecho positivo y poder desenvolverse ahí con cierta soltura. El filósofo del Derecho debe saber de qué trata el Derecho positivo. Cada uno puede elegir conforme a sus gustos e intereses: puede ser alguna materia de Derecho Público, puede ser alguna de Derecho Privado. Antes, la filosofía del Derecho, como dejé entrever al inicio de esta entrevista, estaba más vinculada a estas materias. Hoy en día, sin embargo, está más próxima al Derecho Constitucional gracias al “triunfo de la justicia constitucional” en muchos países que nos ha empujado a mirar a las Constituciones. Por ello puede decirse que, en este momento, la filosofía del Derecho se concentra ahí y los filósofos del Derecho más importantes en la actualidad tienen una formación publicista-constitucionalista (Robert Alexy, por ejemplo). Pero puede ser el Derecho privado; el Derecho Penal que siempre es central en la experiencia jurídica. O el Derecho Procesal donde también hay temas muy interesantes, como el problema de la verdad, de la prueba, etc. Ahí cada uno puede elegir. Está también el Derecho Europeo Comunitario; el Derecho Internacional, que es una cosa interesantísima y cuyo impacto es cada día más amplio. En fin, lo importante, como digo, es que el teórico y filósofo del Derecho tenga una competencia específica en el campo del Derecho positivo. El filósofo del Derecho que no sepa nada de Derecho positivo o que no sea capaz de discutir con los juristas, con sus colegas en la Facultad de Derecho, es un iusfilósofo al que le falta algo.

APÉNDICE

SELECCIÓN DE TRABAJOS DE MASSIMO LA TORRE

_____, *Law as Institution*, Springer, Dordrecht, Law and Philosophy Library vol. 90, 2010.

_____, *Constitutionalism and Legal Reasoning*, Springer, Dordrecht, Law and Philosophy Library vol. 79, 2007.

_____, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Roma, Laterza, 1999.

_____, *La lucha contra el derecho subjetivo. Karl Larenz y la doctrina nacionalsocialista del Derecho*, trad. de Cristina García Pascual, Madrid, Colección Traducciones del IDHBC-Dykinson, 2008.

_____, *Disavventure del diritto soggettivo: una vicenda teorica*, Milano, Giuffrè, 1996.

_____, *La crisi del Novecento. Giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Bari, Edizioni Dedalo, 2006.

_____, “Hannah Arendt and the concept of law. Against the tradition”, *Archiv für rechts-und sozialphilosophie, ARSP*, vol. 99, núm. 3, 2013, pp. 400-416.

_____, “The hierarchical model and H. L. A. Hart’s concept of law”, *Archiv für rechts-und sozialphilosophie, ARSP*, vol. 93, núm. 1, 2007, pp. 82-100.

- _____, “Sobre dos versiones opuestas de iusnaturalismo: excluyente versus incluyente” trad. de Francisco M. Mora Sifuentes, *Revista Derecho del Estado*, núm. 30, 2013, pp. 7-30.
- _____, “‘Juristas, malos cristianos’. Abogacía y ética jurídica”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 12, 2003, pp. 71-108.
- _____, “Abogacía y retórica. Entre teoría del Derecho y deontología forense”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2008-2009, pp. 13-34.
- _____, “Amistades peligrosas. Tortura y derecho”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 28, 2013, pp. 25-38.
- _____, “La teoría del Derecho de la tortura”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 17, 2007, pp. 71-87.
- _____, “Constitucionalismo de los antiguos y de los modernos. Constitución y ‘estado de excepción’”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 24, 2011, pp. 45-65.
- _____, “Teorías institucionalistas del Derecho (esbozo de una voz de enciclopedia)”, trad. de F. Javier Ansuátegui Roig, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 14, 2006, pp. 103-112.