

FÉLIX F. MORALES LUNA

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE UBERTO SCARPELLI

Análisis del lenguaje normativo
y positivismo jurídico

Prólogo de
Mario Jori

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

ÍNDICE

| | <u>Pág.</u> |
|--|-------------|
| PRÓLOGO , <i>por Mario Jori</i> | 11 |
| INTRODUCCIÓN | 19 |
| CAPÍTULO I. ANTECEDENTES | 25 |
| 1. APUNTES BIOGRÁFICOS | 26 |
| 2. PRESUPUESTOS FILOSÓFICOS | 29 |
| 2.1. Idealismo y existencialismo | 29 |
| 2.2. La filosofía analítica: el positivismo lógico y el análisis del lenguaje..... | 34 |
| 2.2.1. La filosofía analítica de Scarpelli..... | 37 |
| 2.2.2. La epistemología de Scarpelli..... | 39 |
| 2.3. Filosofía analítica y filosofía del derecho..... | 40 |
| 2.3.1. Antecedentes..... | 40 |
| 2.3.2. El aporte de Bobbio: «Scienza del diritto e analisi del linguaggio»..... | 42 |
| 2.3.3. El aporte de Scarpelli: una primera aproximación..... | 44 |
| CAPÍTULO II. EL SIGNIFICADO DEL LENGUAJE NORMATIVO | 49 |
| 1. EVOLUCIÓN DE SU TEORÍA SEMÁNTICA | 49 |
| 2. LA SIGNIFICACIÓN DEL LENGUAJE NORMATIVO..... | 57 |
| 2.1. El significado sin verdad..... | 57 |
| 2.2. Una nueva concepción de significado..... | 60 |
| 2.3. El significado de los enunciados valorativos | 61 |
| 2.4. La semiótica reformada | 62 |

| | Pág. |
|---|-----------|
| 3. EL DIVISIONISMO COMO FUNDAMENTO DEL PRESCRIPTIVISMO DE SCARPELLI | 65 |
| 3.1. Carácter lingüístico de la distinción..... | 65 |
| 3.2. Caracterización de la función descriptiva y directiva del lenguaje.. | 67 |
| 3.3. El concepto de norma | 68 |
| 4. LA SEMÁNTICA JURÍDICA | 70 |
| 4.1. Lenguaje y derecho..... | 70 |
| 4.2. El lenguaje jurídico..... | 71 |
| 4.2.1. La caracterización del lenguaje jurídico de Scarpelli | 71 |
| 4.2.2. Una posición complementaria: la teoría de Jori sobre el lenguaje jurídico..... | 75 |
| 4.2.2.1. Los lenguajes artificiales o instrumentales | 76 |
| 4.2.2.2. Las lenguas naturales | 77 |
| 4.2.2.3. El caso del lenguaje jurídico | 78 |
| 4.3. La interpretación jurídica..... | 80 |
| 4.4. Una lectura semántica de las concepciones sobre el derecho..... | 81 |
| | |
| CAPÍTULO III. TEORÍA DE LAS DEFINICIONES JURÍDICAS..... | 85 |
| | |
| 1. CONSIDERACIONES GENERALES..... | 85 |
| 2. LA TEORÍA EMPIRISTA DE LAS DEFINICIONES | 87 |
| 3. TIPOLOGÍA Y DEFINICIÓN DE LOS CONCEPTOS EMPLEADOS EN EL LENGUAJE NORMATIVO | 91 |
| 3.1. Los conceptos fácticos..... | 91 |
| 3.2. Conceptos calificadores | 93 |
| 3.2.1. Consideraciones generales..... | 93 |
| 3.2.2. Estructura, reducibilidad y tipología..... | 95 |
| 3.2.3. La función cognoscitiva de los conceptos calificadores | 97 |
| 3.2.4. Relación con la teoría de las definiciones de Hart | 99 |
| 3.2.5. Relación con la teoría de las definiciones de Ross | 101 |
| 3.2.5.1. Alcance del empirismo en el análisis del lenguaje jurídico | 102 |
| 3.2.5.2. Reducibilidad de los conceptos jurídicos a términos predictivos o normativos | 103 |
| 3.2.5.3. La referencia semántica de los conceptos sistemáticos | 104 |
| 3.3. Las calificaciones normativas | 106 |
| 3.4. El néustico..... | 108 |
| 3.5. Los conceptos normativos en el nivel metalingüístico | 108 |
| 3.5.1. Definición de «norma»..... | 109 |
| 3.5.2. Definición de «ordenamiento»..... | 109 |

| | Pág. |
|--|------------|
| 4. LA TEORÍA DE LAS DEFINICIONES Y LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO DE SCARPELLI | 110 |
| CAPÍTULO IV. ÉTICA Y METAÉTICA..... | 115 |
| 1. CONSIDERACIONES GENERALES..... | 115 |
| 2. EL PROBLEMA DE LA RACIONALIDAD DE LA ÉTICA..... | 116 |
| 3. EL PROBLEMA DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA ÉTICA | 119 |
| 4. LA ÉTICA JUSTIFICATIVA DE SCARPELLI | 124 |
| 4.1. La ética sin verdad y los principios éticos | 125 |
| 4.1.1. El principio de tolerancia..... | 126 |
| 4.1.1.1. El daño como límite al principio de tolerancia... | 128 |
| 4.1.1.2. El «otro» como límite al principio de tolerancia.. | 129 |
| 4.1.2. Otros principios..... | 130 |
| 4.2. La opción ética de Scarpelli..... | 131 |
| 5. LOS CONFLICTOS ÉTICOS | 132 |
| 6. CONSIDERACIONES CRÍTICAS..... | 135 |
| 6.1. El no cognoscitivismismo y los principios éticos..... | 137 |
| 6.2. El principio de tolerancia..... | 140 |
| 6.2.1. La justificación y límites del principio de tolerancia | 140 |
| 6.2.2. Las distorsiones de la tolerancia y la necesidad de la irreverencia..... | 142 |
| 6.3. La distinción entre opciones morales racionales y racionalizaciones de opciones morales | 145 |
| 6.4. El problema de los conflictos éticos | 147 |
| CAPÍTULO V. LA INTERPRETACIÓN POLÍTICA DEL POSITIVISMO JURÍDICO | 149 |
| 1. EL ENCUENTRO DE BELLAGIO | 149 |
| 2. <i>COS'È IL POSITIVISMO GIURIDICO</i> | 151 |
| 2.1. La unidad del concepto de positivismo jurídico | 152 |
| 2.2. La interpretación política del positivismo jurídico..... | 155 |
| 2.3. Presupuestos de la interpretación política del positivismo jurídico... | 158 |
| 2.3.1. Adopción del punto de vista interno | 158 |
| 2.3.2. El problema de la validez normativa | 160 |
| 2.3.3. El problema de la legitimidad..... | 163 |
| 2.3.4. La variedad de normas fundamentales y el concepto de derecho..... | 166 |

| | Pág. |
|---|------|
| 2.3.5. El positivismo jurídico y el Estado moderno | 168 |
| 2.3.6. El liberalismo y relativismo como elección política y moral del positivismo jurídico | 172 |
| 2.4. La definición de positivismo jurídico | 174 |
| 2.4.1. Características del derecho asumido por el positivismo jurídico | 175 |
| 2.4.2. El estudio y aplicación del derecho en el positivismo jurídico..... | 177 |
| 2.4.2.1. El rol de la ciencia y la práctica del derecho | 177 |
| 2.4.2.2. El método jurídico..... | 180 |
| 2.4.2.3. Las proposiciones de la ciencia jurídica como preceptos reiterados | 183 |
| 2.4.2.4. La interpretación jurídica..... | 184 |
| 2.5. La relación entre derecho y moral | 187 |
| 2.6. Respuesta a los críticos y desafíos al positivismo jurídico..... | 189 |
| 2.6.1. Respuesta a los críticos | 189 |
| 2.6.2. Los desafíos al positivismo jurídico | 191 |
| 3. <i>TAVOLA ROTONDA SUL POSITIVISMO GIURIDICO</i> | 193 |
| 4. CONSIDERACIONES CRÍTICAS A LA INTERPRETACIÓN POLÍTICA DEL POSITIVISMO JURÍDICO DE SCARPELLI | 196 |
| 4.1. ¿Es positivista la teoría de Scarpelli? | 198 |
| 4.2. El concepto de derecho como criterio de unidad del positivismo jurídico | 200 |
| 4.3. El carácter políticamente comprometido de la «ciencia» jurídica... | 205 |
| 4.4. Posibles problemas en la interpretación política del positivismo jurídico | 214 |
| 4.4.1. El problema de la identificación e interpretación del derecho..... | 214 |
| 4.4.2. El problema de la crítica al derecho..... | 219 |
| 5. EL REVISIONISMO DE LAS TESIS INICIALES | 223 |
| | |
| EPÍLOGO. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO DE UBERTO SCARPELLI. ESBOZO DE UN TRATADO | 235 |
| | |
| BIBLIOGRAFÍA DE UBERTO SCARPELLI | 249 |
| | |
| BIBLIOGRAFÍA | 271 |

PRÓLOGO

Este libro de MORALES LUNA representa el más completo y profundo estudio conjunto del pensamiento de Uberto SCARPELLI que yo conozca. No es solo un libro sobre Uberto SCARPELLI, es también un libro scarpelliano y estoy seguro que le habría gustado mucho a SCARPELLI. Por lo demás, está escrito en el modo que SCARPELLI practicó la historia del pensamiento filosófico, no por amor a la investigación histórica en sí misma, que ciertamente apreciaba SCARPELLI, sino para encontrar en la historia las ideas que pueden ser hechas propias, ideas contemporáneas. En suma, tenemos en nuestras manos un libro que es tanto de historia del pensamiento como de teoría.

A quien, como yo, ha pasado años estudiando el pensamiento de SCARPELLI, el trabajo de Félix MORALES LUNA resulta excelente: el libro da un panorama completo de las tesis fundamentales de nuestro autor, en un espacio relativamente compacto. Conocía ya el trabajo sobre SCARPELLI de Félix MORALES LUNA desde cuando era una tesis doctoral (tuve el placer de formar parte de la comisión de doctorado que aprobó su tesis en España). Entonces el texto de la tesis era de quinientas páginas, ninguna de las cuales era superflua. Como hoy con el libro, la tesis lograba acertadamente esclarecer la relación de las ideas de SCARPELLI con un sintético pero suficiente recuento de su formación y de sus bases filosóficas. En el libro, sin embargo, ha hecho un esfuerzo por reducir notablemente el número de las páginas, a mi parecer oportunamente, porque logra el feliz resultado de volver la publicación accesible a un público más amplio: considero que el libro es adecuado para presentar a SCARPELLI incluso al filósofo y al jurista que no sepa nada de nuestro autor. Este objetivo me parece alcanzado de un modo excelente, diría casi milagroso, porque en comparación con el texto más amplio, el libro mantiene y mejora su legibilidad, fidelidad y completitud en la reconstrucción del pensamiento de SCARPELLI en sus temas más importantes. La reconstrucción es sustancialmente completa,

filosóficamente viva y siempre empática, aun cuando el autor no escatima algunas sutiles pero puntuales, y a veces punzantes, comentarios críticos: véase, por ejemplo, el recuento de la distinción entre conceptos (jurídicos) fácticos y calificadores, o bien la reconstrucción del modo en el que SCARPELLI traza la relación entre lenguaje jurídico y ordinario, o las relaciones entre derecho, moral y política. Las críticas son importantes, porque representan la posibilidad de futuros desarrollos, son el signo de que las cosas de las que se habla están vivas.

Si el libro es de fácil lectura, clara y ordenada, el mérito es también, naturalmente, de su objeto, de SCARPELLI, un autor extremadamente difícil y complejo, pero que en sus trabajos sigue siempre la guía de una idea simple y clara. Ello, sin embargo, no le ha impedido ser malentendido, a veces gravemente, por lectores apresurados o poco atentos; por ejemplo, han sido criticadas sus tesis sobre el positivismo jurídico como si sostuviese la obligación de aceptar moralmente cualquier derecho positivo/efectivo (justamente, la clásica Reductio ad Hitlerum). Pero, al final, el mérito de la claridad del texto es obviamente de su autor: tenemos en nuestras manos el resultado de un difícil y delicado trabajo de reconstrucción y reflexión teórica, y un agudo balance entre las diferentes texturas que se entrelazan en el libro: el pensamiento teórico de SCARPELLI, naturalmente en primer lugar; luego, en lo estrictamente necesario, consideraciones de su biografía filosófica y personal y de su ambiente filosófico que aparecen, en nota o en el texto, cada vez que el lector pueda sentir la necesidad de dicho soporte; y críticas y discusiones que han precedido o seguido a los escritos de SCARPELLI.

A SCARPELLI le gustaba mucho repetir la broma de la zorra y del erizo, de Isaiah BERLIN, según la cual algunos filósofos tienen muchas ideas, mientras otros tienen una sola, pero grande. Entre estos últimos lo ubico a él, salvo que sus grandes ideas son al menos tres o cuatro, según como se expongan. O quizá una. Es de la misma opinión también MORALES LUNA, quien ordena precisamente su reconstrucción del pensamiento de SCARPELLI en cuatro grandes partes, dedicadas a la semántica del lenguaje prescriptivo, a la teoría de las definiciones (jurídicas), a la metaética y a la gran división, y a la concepción política del positivismo jurídico.

La idea central de SCARPELLI que vincula estos temas es indudablemente la distinción entre descriptivo y prescriptivo: MORALES LUNA esclarece los distintos pero vinculados sentidos de esta oposición y muestra cómo ella es el núcleo central de la posición filosófica y jurídica de SCARPELLI, ahí donde se encuentran todos los hilos de su filosofía, incluidos aquellos biográficos de sus antecedentes existencialistas (expuestos por MORALES LUNA en el capítulo I). La Gran División entre prescriptivo y descriptivo es el instrumento conceptual que permite aislar el fundamento de las elecciones éticas, fundándola en la responsabilidad de cada uno, pero explica también cómo llegan a fundarse o,

más bien, a construirse las opciones teóricas que califican su empirismo; y, naturalmente, es el instrumento analítico que explica cómo suceden y sobre qué están fundadas o no fundadas las elecciones jurídicas, incluidas las responsabilidades metodológicas y definitorias del jurista teórico y de quien describe el derecho positivo, elecciones teóricas que terminarán influyendo en el derecho y que, en realidad, pertenecen al reino de la política y, por lo tanto, de la práctica antes que del conocimiento del mundo.

Es imposible no reconocer en la atención de SCARPELLI por la Gran División y sus múltiples ramificaciones y consecuencias, en el conjunto de limitaciones, de vínculos y ataduras que pone a todas las demostraciones y conclusiones, la principal razón filosófica de su distancia con el filósofo del derecho de mayor éxito, o al menos el más conocido de los últimos años, Ronald DWORKIN, así como la ajenidad de los argumentos de SCARPELLI, de sus tesis y de sus preocupaciones filosófico-jurídicas, de los debates en la actual filosofía del derecho analítica anglosajona fuertemente influida por este pensador. Se piensa que uno de los principales argumentos en ellos es la discusión a favor o en contra del positivismo jurídico. Pues bien, con cierto esfuerzo se podría sostener que algunas de las tesis discutidas «reproponen» tesis de SCARPELLI, naturalmente sin conocerle. Por ejemplo, se podría encontrar en algunas afirmaciones del propio DWORKIN sobre la función como participante del jurista una semejanza en la versión política del iuspositivismo scarpelliano, sobre su insistencia en que el derecho y la actividad del jurista pertenecen al dominio de lo normativo y por lo tanto de la práctica. Entrando en los detalles se podría imaginar que incluso algunas observaciones de R. DWORKIN sobre la diferencia entre derecho y política tienen algún antecedente (siempre inconcientemente, claro está) en SCARPELLI.

Pero no es así, por supuesto. Estas semejanzas no significan nada, son como aquellas semejanzas de forma que encontramos en animales de distintas especies que viven en ambientes similares. Nada podría ser más ajeno a SCARPELLI que la discusión sobre el positivismo jurídico incluyente y excluyente, tan pobre de definiciones y de premisas epistemológicas, semióticas y de método.

Por esto es necesario decir que la elección de ocuparse de SCARPELLI revela en MORALES LUNA una refrescante autonomía de pensamiento respecto a las modas corrientes de la filosofía del derecho analítica, si con esto entendemos la anglosajona, que sigue su propio camino sin preocuparse demasiado de cuanto sucede fuera del mundo anglosajón y, cada vez más, fuera de los Estados Unidos de América.

En suma, en la teoría del derecho analítica anglosajona posterior a HART la discusión no se ha movido ciertamente en la dirección crítica indicada por SCARPELLI y de la cual este libro es un buen ejemplo, todo esto con independencia del conocimiento de los trabajos de SCARPELLI. No es que las respuestas

de SCARPELLI se hayan considerado equivocadas; es que sus preguntas han estado cada vez más ignoradas. R. DWORKIN, en realidad, ha propuesto una teoría del derecho que elimina muchas distinciones analíticas y las sustituye con sugestivas mot de passe, cuyo efecto filosófico y operativo es difícil de determinar (y, en efecto, con los años, su sentido parece haber cambiado también en el pensamiento de su autor). La mayor parte de los comentaristas analíticos que han participado en las discusiones produciendo una mole de trabajos ciertamente imponente, en realidad ha declarado no tener claras o disentir de la mayor parte de las tesis de R. DWORKIN (hablo de la teoría del derecho de DWORKIN, no de su filosofía política), pero también el disenso y la discusión han tomado caminos que simplemente ignoran el cuidadoso tejido de definiciones y distinciones, los problemas de epistemología y de semiótica que los BOBBIO, los SCARPELLI, los ROSS y los CARRIÓ han pasado su vida precisando y que MORALES LUNA hace revivir muy bien en este libro. Pienso como un típico ejemplo la ligereza con la que R. DWORKIN deja de lado la distinción entre descriptivo y prescriptivo al delinear el trabajo de los juristas. Los opositores iuspostivistas de DWORKIN objetan esta actitud porque no es neutral, SCARPELLI la objeta porque las inevitables elecciones políticas y valorativas son hechas bajo el encumbrimiento. Objeta que el teórico del derecho presente conceptos y teorías que direccionan e influyen la práctica jurídica, escondiendo las elecciones que dan luego un contenido antes que otro bajo conceptos no definidos, como por lo demás los juristas han hecho por milenios.

Leyendo a HART (su famosísimo texto póstumo conocido como Postscript) se entiende cómo haya sufrido con la nouvelle vague, viendo sus posiciones expuestas de un modo discutible y distorsionadas. Hay quizá una represalia en esto. Personalmente creo que el pensamiento de HART es una mina de ideas imprescindibles para la filosofía del derecho, y no solo. Y SCARPELLI pensaba lo mismo: todo su libro sobre el positivismo jurídico es un coloquio con HART. Pero si HART y los hartianos hubiesen dedicado un poco más de atención al camino recorrido por SCARPELLI, hubiesen formulado sus propias posiciones y premisas generales de un modo menos elegantemente oxoniense pero filosóficamente más explícito, hubiesen relacionado de un modo menos elegante pero más claro los problemas filosóficos generales con los filosófico-jurídicos; en otras palabras, si hubiesen hecho más como SCARPELLI, quizás incluso el ataque dworkiniano habría debido hacer lo mismo y la discusión sería más clara y menos frustrante. En suma, más analítica.

El hecho es que las posiciones de SCARPELLI resultan regularmente incómodas para los juristas y los teóricos del derecho. No tanto porque SCARPELLI exige precisiones, definiciones, explicaciones, el uso de toda una gama de complicados instrumentos filosóficos y semióticos. La razón principal por la cual SCARPELLI es incómodo reside en la atención con la que busca los presupuestos, los fundamentos, las elecciones y las responsabilidades. Hay que entender el sen-

*tido de desesperación del filósofo que se encuentra atrapado por la imposibilidad de fundamentar y alcanzar conclusiones últimas, aquello que considera la parte principal de su tarea; y se debe comprender la frustración del jurista, a quien se muestra que toda demostración se acompaña con tediosas calificaciones y distinciones y, sobre todo, con responsabilidad. Es éste el sentido más profundo y más fecundo de consecuencias para el pensamiento jurídico de la concepción política del positivismo jurídico de SCARPELLI, y el fondo de todas sus otras tesis, expuestas en el capítulo central de este libro. Ello destaca el mecanismo clásico de la doctrina jurídica, una máquina ideológica que hace pasar las elecciones normativas como necesidades teóricas fácticas o conceptuales. Todo esto es minuciosamente desenmascarado por la teoría scarpelliana. No debe sorprender que sea popular solo entre un número restringido de juristas y teóricos. SCARPELLI no impide tomar decisiones políticas en el derecho, más bien las declara inevitables y omnipresentes, pero impide ocultarlas. Como ha advertido Juan RUIZ MANERO (J. RUIZ MANERO, «Aclarar lo que, una vez aclarado, resulta obvio. Sobre Del diritto inesistente, de Mario Jori», en *Diritto & questioni pubbliche*, II, 2011, pp. 1007-1024), la gran pregunta en este punto es si el derecho con sus mecanismos ideológicos habituales así desenmascarados, puede seguir funcionando. Y una posible respuesta en la línea scarpelliana, en mi opinión, no estaría dada recurriendo a vaguísimos conceptos bon à tout faire, típicamente el de la igual dignidad y respeto, sino en una discusión sobre la composición de los tribunales, sobre la selección de sus miembros, sobre la formación de los jueces, sobre los procedimientos, etcétera.*

En este cuadro, destaca MORALES LUNA, se explica la motivación ética del rigor de SCARPELLI y el ejercicio de la autocrítica y el autocontrol hacia todas las ideas, incluidas las propias, aquellas más arraigadas o relativas a los fundamentos últimos; los orígenes de esta actitud se encuentran en el existencialismo del joven SCARPELLI, una filosofía laica y terrena, que se basa sobre tres conceptos fundamentales: libertad, elección, responsabilidad. En este contexto emerge como fundamental el problema de la libertad entendida como posibilidad de elección personal. Para SCARPELLI, nos recuerda MORALES LUNA, el problema de la libertad es el problema mismo de la existencia del hombre. Se trata de la libertad con la que cada una de las personas decide el curso de sus propias acciones en el mundo, no una libertad genérica sino la libertad de cada uno teniendo en cuenta las posibilidades que el mundo le ofrece a cada persona. No es tampoco una libertad ejercida en una situación de aislamiento porque las relaciones con las demás personas son posibilidades sobre la base de elecciones y decisiones. Por ello, el ejercicio de esta libertad nunca tiene lugar en el vacío sino dentro del espectro de posibilidades ofrecidas por la realidad. Dentro de este espectro, la libertad de cada uno es ejercida con base en elecciones y decisiones.

Advierte MORALES LUNA que también la epistemología neoempirista de SCARPELLI ha sido profundamente y concientemente influida por las tesis exi-

stencialistas. En virtud de ello, el empirismo de SCARPELLI no tiene un carácter escéptico sino constructivista, encardinado en torno a una concepción débil de la razón, entendida como coherencia interna con premisas elegidas y con reglas metodológicas que no son objetivamente justificables.

El capítulo quinto dedicado por MORALES LUNA a la teoría de SCARPELLI del positivismo jurídico, concluye con el recuento del «Revisionismo de las tesis iniciales» por parte del propio SCARPELLI. Por cierto, quisiera repetir cuanto resulta apreciable y útil al modo como, en todo este capítulo y en todo el libro, MORALES LUNA logra unir las consideraciones teóricas abstractas con un recuento cronológico de la discusión y de la bibliografía de SCARPELLI. El capítulo sobre el positivismo jurídico no es el último del libro, que concluye en cambio con un recuento siempre teóricamente razonado de los últimos trabajos de SCARPELLI, especialmente el trabajo sobre el tratado de teoría general del derecho, interrumpida por su muerte. Pero en este párrafo, concluyendo sobre el positivismo jurídico, MORALES LUNA da cuenta del cambio de SCARPELLI sobre el positivismo jurídico: en años tardíos en relación con la fecha de la publicación del libro sobre el positivismo jurídico, SCARPELLI se declaró un iuspositivista arrepentido. Declara haber perdido confianza en la capacidad del legislador (¡italiano!), y confiar todas sus esperanzas en el actuar de una Corte Constitucional que actúe con base en principios constitucionales. A decir verdad, diplomáticamente SCARPELLI no dice cuánto de esta Corte Constitucional ideal se corresponde con la Corte Constitucional italiana operante en la República italiana de aquel tiempo, y cuánto de este órgano, esta aristocracia de los jueces, sea una esperanza o un auspicio, al menos para nuestro país. Respetando esta delicadeza y evitando fantasear sobre cuánto se corresponda con la actual Corte Constitucional italiana, nos preguntamos si tenemos aquí una conversión tardía a las teorías «constitucionalistas» sostenidas por algunos filósofos del derecho. SCARPELLI, como explica MORALES LUNA, siempre ha sido constitucionalista, en el sentido de que su adhesión al positivismo jurídico está limitada por un derecho democrático y constitucional. Sin embargo, algún comentarista de SCARPELLI, sin entenderlo, ha visto esto como un abandono por parte de SCARPELLI de sus tesis sobre el positivismo jurídico político. MORALES LUNA, en cambio, lo comprende: para SCARPELLI, una Corte así entendida se vuelve un órgano de creación política del derecho y los jueces una excepción al principio democrático según el cual deben ser órganos representativos democráticamente elegidos quienes creen las normas generales y abstractas (las leyes). El «arrepentimiento» de SCARPELLI admite una excepción, en los pliegos de la interpretación judicial del derecho (de la Constitución), que puede tener lugar cambiando la mentalidad jurídica y judicial antes que cambiando la Constitución. Pero el cambio, en tanto que potencialmente escondido es, sin embargo, radical: por esto, SCARPELLI llama provocativamente a estos «nuevos» jueces aquello en lo que se volverían y que quizás ya son: una aristocracia de jueces. Los costos y las elecciones agudamente escondidas bajo el mantel

constitucionalista son aquí destacadas de un modo despiadado, más evidente incluso porque se acompaña de aprobación. Es una suerte de experimento sobre sí mismo ciertamente no indoloro en un pensador para quien las elecciones político jurídicas son algo muy serio, un verdadero experimento in corpore vili. SCARPELLI nos demuestra, como mejor no podría, la doble articulación, los dos componentes de su teoría iuspositivista, el fundamento metodológico que admite solo un posible fundamento político para el jurista y que admite ulteriormente elecciones (políticas) distintas, distintas lecturas del derecho positivo visto a través de los filtros de concepciones distintas del derecho. Elecciones que son filosóficamente legítimas en cuanto declaradas como tales y a ser discutidas sobre el plano de la aceptabilidad ético-política. El específico contenido ético-político de tales elecciones, en este caso del SCARPELLI «arrepentido», es una actitud más favorable a la concesión de poderes interpretativos más amplios a una parte de la jurisprudencia.

Mario JORI

INTRODUCCIÓN

Uberto SCARPELLI (Vicenza, 1924-Milán, 1993) es una figura central de la filosofía del derecho contemporánea. Fue, junto con Norberto BOBBIO, fundador y uno de los principales referentes de la filosofía analítica italiana, escuela de indudable impronta en la filosofía del derecho continental. Sus trabajos, de profundo rigor analítico, se orientaron a los temas de filosofía del lenguaje, filosofía moral y filosofía del derecho.

A pesar de la trascendencia de sus planteamientos, sus ideas no suelen tener mayor presencia en los debates actuales. Escasamente traducido, sus obras han tenido muy poca difusión más allá de limitados espacios académicos, principalmente italianos, silenciando así una voz que merece ser recuperada. Esta investigación pretende ser un esfuerzo en ese camino.

Norberto BOBBIO nos recordaba la necesidad de volver a leer a los clásicos que, con la perenne actualidad de sus intuiciones, son capaces de trascender sus contextos y ofrecer argumentos con los que analizar problemas actuales, sobre todo en escenarios de crisis en los que se requiere claridad de pensamiento. Aunque esta investigación no tiene un propósito apologético, estoy convencido de que en sus temas SCARPELLI es un clásico que debe ser reivindicado y leído, y su aporte considerado para esclarecer muchos debates actuales.

Aproximarse a la obra de SCARPELLI no solo implica conocer un necesario e inquietante pensamiento de extremada coherencia y complejidad, sino también adentrarse en una época fascinante de la filosofía del derecho continental, gestada en singulares circunstancias por notables protagonistas, de la que cabría hacer un sucinto recuento para situar la obra del autor. Para ello, debemos remontarnos al final de la década de los años cuarenta del siglo pasado, momento en el que surgió la generación de SCARPELLI desde el desarraigo intelectual. La devastación bélica había acabado incluso con los paradigmas filosóficos domi-

nantes por lo que la reconstrucción exigía replantearse también lo referido a las herramientas sobre las que estructurar nuevos criterios de racionalidad.

La renovación de la posguerra favoreció la apertura hacia nuevas corrientes filosóficas. No obstante, el impacto de la barbarie exigía proceder con cautela, dando pasos únicamente sobre terrenos que ofrecieran certezas. La metodología fue el centro de las preocupaciones intelectuales, y la ciencia fue asumida como la plataforma sobre cuya base construir la nueva racionalidad. Esta mentalidad filosófica renovada —asentada sobre el neoempirismo, difundido en Italia por GEYMONAT— reivindicaba la primacía de la ciencia, desatendida por la retórica idealista. Reunidos en torno al *Centro de Estudios Metodológicos*, en Turín, representantes de las distintas disciplinas —entre ellos, un joven SCARPELLI— promovían lecturas y discusiones, y afinaban la nueva metodología.

Su decisivo encuentro con Norberto BOBBIO, su maestro y amigo, permitió el conocimiento y extensión al estudio del derecho del rigor metodológico que exhibían otras disciplinas. Inspirados inicialmente en los desarrollos del positivismo lógico, el lenguaje en el que se expresaba el derecho ofrecía un material invaluable para controlarlo y estudiarlo mediante sus reglas de formación y transformación. El célebre ensayo bobbiano «Scienza del diritto e analisi del linguaggio», de 1950, que canónicamente se considera el manifiesto programático de la escuela analítica del derecho (que tuvo como antecedente un ensayo de SCARPELLI publicado con el mismo título dos años antes), signó el fructífero derrotero que habría de seguir la nueva metodología para el estudio del derecho.

Aunque BOBBIO abandonó tempranamente los estudios en esta dirección, SCARPELLI persistió en ellos, llevándolos hasta sus máximas consecuencias. Lo que se originó, siendo estudiante, en el desconcierto que le producían las discusiones en torno a la naturaleza de las instituciones jurídicas, le llevó a repensar en el modo como conocer el derecho y, con ello, a leer y debatir con filósofos de la ciencia, de la moral y del lenguaje. Insistiendo en la importancia de la semiótica para los estudios del derecho, se valió de los trabajos y nuevos enfoques sugeridos por MORRIS, HARE y STEVENSON que le suministraron categorías analíticas que afinó prolijamente hasta dar con una estructura conceptual capaz de aplicar con solvencia al lenguaje jurídico. Entonces, el lenguaje normativo, inicialmente descartado por la nueva metodología como carente de significado, se presentaba como plenamente significativo y, con ello, como racional y capaz de ser controlado. Las constantes discusiones en torno al lenguaje del derecho, y en particular a las definiciones que emplea, empezaban a revelarse como discusiones aparentes y solubles, consolidando el optimismo ante un nuevo criterio de racionalidad jurídica. En esta línea se enmarcan trabajos como *Filosofía analítica e giurisprudenza* (1953), *Il problema della definizione e il concetto di diritto* (1955), *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* (1959) y *Semantica giuridica* (1969).

Definido así el tema metodológico, se inicia una segunda etapa en su trayectoria intelectual en la que SCARPELLI encaró el debate en torno a las concepciones del derecho, en una coyuntura de crisis en la que el positivismo jurídico era acusado de haber contribuido a la obediencia a las abyectas leyes de los regímenes totalitarios. Esta discusión tuvo un momento señalado: el encuentro de Bellagio de 1960. Este inédito seminario reunió a referentes iuspositivistas de la tradición anglosajona y continental, entre los que destacan H. L. A. HART, Alf ROSS y Norberto BOBBIO, generando trascendentes obras, imprescindibles para conocer la tradición iuspositivista, signadas por lo que se ha venido a denominar *el espíritu de Bellagio*.

En este contexto desarrolló una de sus más célebres contribuciones: su original defensa ético-política del positivismo jurídico, contenida en su obra *Cos'è il positivismo giuridico*, de 1965. En ella, desmarcándose de la ortodoxia de los argumentos de defensa de esta concepción, trasladó el positivismo jurídico del ámbito científico al político. En esta lectura, centrada en las operaciones de los juristas, el positivismo jurídico no describe al derecho positivo sino que lo prescribe, por considerarlo justificado en el plano ético y político. Simplificando la complejidad del argumento, en esta interpretación política, asumiendo el punto de vista interno en relación con las normas, el positivismo jurídico no se limita a determinar un criterio de validez que establezca la pertenencia de las normas al sistema sino que a dicha determinación se suma una toma de posición política a favor de los modos de producción de normas del derecho positivo. Así, su tesis constituye un incómodo recordatorio al jurista a sobre la responsabilidad moral y política que implica el trabajo con el derecho.

Un año más tarde, en 1966, en el encuentro denominado *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, en Pavía, se sometió a discusión los planteamientos de BOBBIO y SCARPELLI, quienes asumían, respectivamente, una interpretación científica y política del positivismo jurídico. Mientras BOBBIO declaraba la muerte del positivismo jurídico, SCARPELLI se reafirma en su defensa, consolidando una singular pero sólida versión de esta concepción del derecho, con base en argumentos plenamente vigentes para ser considerados y suscritos en el actual contexto de crisis del positivismo jurídico.

En una tercera etapa de su obra, que se podía identificar desde 1965, profundizó en temas de filosofía moral, contenidos en su concepción ética y metaética. Basado en el no cognoscitivism ético, para SCARPELLI, la fundamentación lógica de proposiciones prescriptivas depende siempre de proposiciones prescriptivas iniciales que no pueden ser fundadas de forma lógica; por ello, la ética racional descansa en principios que no pueden ser, a su vez, asumidos racionalmente.

Esta constatación no le detuvo, pues, dejando ver su huella existencialista, consideró que el que la ética sea lógicamente arbitraria no la hace humanamen-

te arbitraria ya que su elección está necesariamente condicionada por distintos factores en los que está inmersa la persona, que le permiten elegir tanto una ética como su fundamento. Con base en el principio de tolerancia, su planteamiento se puede resumir en el título que contiene sus principales trabajos de filosofía moral, *L'etica senza verità* que, lejos de expresar un abandono al escepticismo moral, encumbra en el razonamiento práctico la responsabilidad y la elección de cada individuo.

* * *

Abordar en una investigación toda la obra de un autor es ciertamente un proyecto ambicioso pero también irreal. Aún cuando intento presentar una visión de conjunto de su pensamiento, en la línea de lo señalado por JORI, he procurado sistematizar el contenido de esta investigación en relación con lo que constituye el principal legado de SCARPELLI: su semiótica del lenguaje prescriptivo y su defensa ético-política del positivismo jurídico.

Así, tras un primer capítulo en el que repaso apuntes de su biografía y presento un recuento de las primeras corrientes filosóficas que le influyeron, abordo en los tres capítulos siguientes lo referido al lenguaje normativo.

En el segundo capítulo me ocupo de su teoría semántica y sus esfuerzos por dotar al lenguaje normativo de un criterio de significación análogo al lenguaje descriptivo, con particular incidencia en su semántica jurídica.

En el tercer capítulo atiendo a su teoría de las definiciones jurídicas, que es el complemento de su teoría semántica pues aplica al lenguaje normativo y, en particular al jurídico, el criterio de significación determinado en aquella, cotejando su teoría con la de HART y de ROSS.

El capítulo cuarto está dedicado a sus planteamientos de ética y metaética, orientados a la fundamentación del lenguaje normativo. Aquí abordo los problemas de racionalidad y de la fundamentación de la ética, con especial incidencia en su divisionismo, su defensa de la ley de Hume, su no cognoscitivismo y los principios en los que basaba su opción ética.

En el quinto capítulo, el más extenso de la investigación, me ocupo en detalle de su interpretación política del positivismo jurídico. El desarrollo del tema sigue una perspectiva cronológica que se inicia con el mencionado encuentro de Bellagio, en 1960. Posteriormente, desarrollo su planteamiento contenido en *Cos'è il positivismo giuridico*, de 1965, además de la discusión que de dicho libro tuvo lugar al año siguiente en Pavía. Completa el capítulo el revisionismo de las tesis originales que SCARPELLI hiciera en la década de los ochenta y su posterior reafirmación en las tesis centrales del positivismo jurídico.

Incluyo, además, a modo de epílogo, el bosquejo que dejó de la teoría del derecho que venía preparando cuando la enfermedad le impidió continuar con el proyecto. Añado, finalmente, un recuento bibliográfico de sus obras.

Atendiendo a la poca difusión de las obras de SCARPELLI, este trabajo está orientado básicamente a la presentación sistemática de sus principales ideas. Sin embargo, esto no solo tiene por finalidad situar al personaje en su contexto histórico, presentando sus planteamientos así como los debates que sostuvo con sus contemporáneos. Se trata, también, de proyectar su pensamiento en el contexto actual. Por ello, sin descuidar las ideas centrales del autor, incluyo también en muchos de los temas los desarrollos de sus discípulos, principalmente Mario JORI y Anna PINTORE, que con sus estudios esclarecieron, complementaron y dieron continuidad a los principales postulados de SCARPELLI, consolidándose así una escuela con base en su pensamiento. Confío en que esta investigación aporte en la dirección de releer sus obras, alentar sus traducciones y su difusión, y proyectar sus ideas al debate actual.

* * *

Esta investigación se originó en la tesis doctoral que, bajo la dirección de Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, sustenté en la Universidad de Alicante ante un tribunal presidido por Mario JORI e integrado por Anna PINTORE, José Juan MORESO, Liborio HIERRO y Juan Antonio PÉREZ LLEDÓ. A ellos agradezco sus comentarios, observaciones y sugerencias que me han permitido mejorar el producto de esta investigación. Espero que mis errores no hayan empañado en demasía el acierto de sus aportaciones.

Deseo agradecer muy especialmente a mis directores, Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, maestros y amigos, por su constante apoyo e invaluable lecciones y consejos. Si ya la lectura de sus obras nos presenta un grado de solvencia y brillantez al que muchos quisiéramos siquiera acercarnos, el poder conocer en el trato diario su vocación al diálogo, su capacidad argumentativa y apertura a la contraposición de ideas, así como su actitud de enseñar y aprender, representa la mejor de sus enseñanzas. Constituye un verdadero privilegio el haber sido formado y ser parte de su escuela.

Les agradezco, también, por darme la posibilidad, durante los años de estudios doctorales, de formar parte del extraordinario grupo del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, y de participar en sus actividades. El estimulante ambiente humano e intelectual hizo de este grupo el entorno ideal, en lo personal y académico, para llevar a cabo un doctorado. Agradezco así a Josep AGUILÓ; Daniel GONZÁLEZ LAGIER; Ángeles RÓDENAS; Isabel LIFANTE; Juan Antonio PÉREZ LLEDÓ; Macario ALEMANY; Victoria ROCA y Hugo ORTIZ. Asimismo, a Leopoldo GAMA; Kira CIÓFALO; Raymundo GAMA;

René GONZALES DE LA VEGA; Jesús IBARRA; Alí LOZADA; Alejandro GONZÁLEZ y Maximiliano ARAMBURO, profesores y doctorandos de este departamento académico, en la etapa en que realicé la investigación, gracias a quienes este trabajo ha sido posible.

Debo un especial reconocimiento y agradecimiento a la profesora Anna PINTORE y al profesor Mario JORI, privilegiados conocedores de SCARPELLI quienes, desde que conocieron este proyecto de investigación, tuvieron la más amplia disponibilidad y generosa colaboración. Sus conversaciones y testimonios, resultaron un aporte invaluable pues me permitieron conocer la personalidad del autor y esclarecer muchos aspectos de su obra.

Agradezco también a la Universidad de Alicante, que me permitió contar con el financiamiento necesario para completar mis estudios doctorales; a la Pontificia Universidad Católica del Perú por el apoyo para concretar tales estudios; a los miembros del Departamento de Cultura Jurídica «Giovanni Tarello», en particular, a los profesores Riccardo GUASTINI y Paolo COMANDUCCI, así como a los profesores de Filosofía de Derecho de la Universidad Castilla-La Mancha en Toledo, en particular, a Luis PRIETO y Alfonso GARCÍA FIGUEROA por la oportunidad de debatir las ideas centrales de la tesis.

Agradezco también a Juan Carlos Sandoval; Elena Alvites; Diego Zegarra, Betzabé Marciani; Gloria Patricia Lopera; Carmen María García Mirete; Nuria Martínez, Clara Ibáñez, Aurelio López-Tarruella, Gonzalo Del Río, Aitana Ramón y a todos mis demás compañeros de ruta en la etapa en la que desarrollé esta investigación. Asimismo, a Marisol Fernández por su gran amistad, y su apoyo desde Lima durante dicha etapa. Les dedico esta publicación como expresión de gratitud a lo mucho que recibí y recibo de cada uno de ellos.

Finalmente agradezco a mi familia, especialmente a mis padres, por su afecto y apoyo incondicional en esta empresa.

Lima, julio de 2013

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES

Decía Uberto SCARPELLI, en lo que probablemente fuera su último testimonio escrito, que si su trayectoria pudiera ser digna de alguna consideración sería porque «cubre un amplio lapso de tiempo, giros y fases relevantes de la cultura filosófica italiana»¹. Consciente de la utilidad que la historia intelectual de una persona supone para la comprensión y análisis de un pensamiento, resumía así las principales etapas de su trayectoria:

«[...] Llegado a la filosofía por el idealismo actualista, como muchos otros en el período de la posguerra, viví su transformación en el existencialismo. Estas desventuras filosóficas de una juventud en tiempos difíciles fueron seguidas por un encuentro con la filosofía del lenguaje y, en particular, con el empirismo lógico. Este camino me llevó a países maravillosos (al menos en el sentido de Alicia) y, esforzándome a caminar, nunca contemplé la posibilidad de abandonarlo. Es desde esta perspectiva filosófica que he dedicado la mayor y más consistente parte de mis estudios y de mi actividad en el derecho»².

La claridad y concisión de este testimonio son propias del estilo que SCARPELLI propugnó para el quehacer filosófico; sin embargo, a efectos de explicitar los presupuestos filosóficos en los que sustentó sus principales tesis, conveniría atender a su biografía y disgregar las distintas etapas de su trayectoria intelectual.

¹ SCARPELLI, 1997: VII. Salvo indicación expresa, la traducción castellana de los textos citados, en italiano o en inglés, es propia.

² SCARPELLI, 1975a: 50.

1. APUNTES BIOGRÁFICOS³

Uberto SCARPELLI nació en Vicenza, el 9 de febrero de 1924, en una familia de origen pullés aunque establecida más tarde en la región de Lucca. Hijo de magistrado, tras haber culminado el bachillerato se inscribió en la Facultad de Derecho de la Universidad de Turín. Su formación estuvo signada por el idealismo, pensamiento filosófico dominante en Italia, basado principalmente en los textos de Benedetto CROCE y Giovanni GENTILE. Durante sus años universitarios, además de por la filosofía del derecho, se interesó por el pensamiento de Mario ALLARA, profesor de la escuela civilista turinesa.

Entre los años 1944 y 1945 asistió a las lecciones del curso de filosofía del derecho de Norberto BOBBIO, quien retornaba a la cátedra en sustitución de Gioele SOLARI. Fue precisamente bajo la dirección de SOLARI como SCARPELLI se graduó en 1946, presentando una tesis sobre la persona en la filosofía jurídica moderna. Destacaba BOBBIO que el tema ya revelaba el rechazo de SCARPELLI hacia las diversas corrientes organicistas de la filosofía contemporánea que habían ofrecido una justificación teórica al estado totalitario⁴.

Dos años más tarde, en 1948, se graduó nuevamente, esta vez en Ciencias Políticas, siempre bajo la dirección de SOLARI. En este año publicó una breve nota, «Scienza del diritto e analisi del linguaggio» en la *Rivista del Diritto Commerciale* en la que anticipó el ensayo que BOBBIO publicaría dos años después bajo el mismo título y que se considera el manifiesto programático de la emergente escuela analítica italiana de filosofía del derecho. Como revela esta nota, tempranamente SCARPELLI se distanció del idealismo, el organicismo y el actualismo, para aproximarse a la entonces novedosa filosofía del positivismo lógico y, en general, a la filosofía analítica y a los estudios de semiótica.

En ese mismo año, 1948, fue asistente voluntario de BOBBIO en Turín. Posteriormente, en los cursos 1948-1949 y 1949-1950, colaboró con BOBBIO, en calidad de asistente encargado, en la preparación de dos seminarios, uno sobre la justicia en el materialismo histórico y el otro sobre la interpretación jurídica. En esos años publicó su primer libro, *Esistenzialismo e marxismo* que, a pesar de algunos cambios introducidos en ediciones posteriores, contiene algunas tesis que admite nunca haber abandonado, como la necesidad de practicar una filosofía entendida como una forma de pensamiento terrenal o mundana, ligada exclusivamente a lo que los hombres son y hacen en el mundo, y la idea de las elecciones y el compromiso como base de la existencia de cada persona.

³ Las fuentes a partir de las cuales reconstruyo estos apuntes biográficos, se encuentran en: BOBBIO, 1994; DI LUCIA, 2002: 215-217; DONATELLI y FLORIDI, 1993: 17-18; JORI, 1994, y LECALDANO, 1993.

⁴ BOBBIO, 1994: XXXIII-XXXIV.