

JURISDICCIÓN Y TEORÍA DEL SISTEMA JURÍDICO
Homenaje a Juan Ruiz Manero

JURISDICCIÓN Y
TEORÍA DEL SISTEMA JURÍDICO
HOMENAJE A JUAN RUIZ MANERO

Ángeles Ródenas
Víctor García Yzaguirre
(Coordinadores)

Escriben:

| | |
|----------------------------------|---------------------------|
| Juan Pablo Alonso | Jorge Malem Seña |
| Horacio-José Alonso Vidal | Gema Marcilla Córdoba |
| M ^a Beatriz Arriagada | Félix Morales Luna |
| Alberto Carrio Sampedro | José Juan Moreso |
| Paolo Comanducci | Pablo E. Navarro |
| Pierlugi Chiassoni | Álvaro Núñez Vaquero |
| Luigi Ferrajoli | Diego M. Papayannis |
| Jordi Ferrer Beltrán | Giorgio Pino |
| Juan Antonio García Amado | Julieta A. Rabanos |
| Riccardo Guastini | Lorena Ramírez-Ludeña |
| Rafael Hernández Marín | Giovanni Battista Ratti |
| Liborio L. Hierro | María Cristina Redondo |
| Perfecto Andrés Ibáñez | Verónica Rodríguez-Blanco |
| Marisa Iglesias Vila | Juan Ruiz Manero |
| Andrej Kristan | Alfonso Ruiz Miguel |
| Francisco J. Laporta | Josep M. Vilajosana |



| | |
|--------------------------|---|
| 344 R74 | <p>Ródenas, Ángeles</p> <p>Jurisdicción y teoría del sistema jurídico. Homenaje a Juan Ruiz Manero / Ángeles Ródenas, Víctor García Yzaguirre, coordinadores; 1a ed. - Lima: Palestra Editores, Marcial Pons; 2023.</p> <p>554 p.; 17 X 24 cm.</p> <p>D.L. 2020-06270</p> <p>ISBN: 978-612-325-140-7</p> <p>1. Derecho 2. Positivismo jurídico 3. Teoría del derecho 4. Interpretación y aplicación 5. Juan Ruiz Manero</p> |
|--------------------------|---|

JURISDICCIÓN Y TEORÍA DEL SISTEMA JURÍDICO

Homenaje a Juan Ruiz Manero

Ángeles Ródenas
 Víctor García Yzaguirre
 (Coordinadores)

Primera edición, mayo 2023

© 2023: Ángeles Ródenas
 © 2023: Víctor García Yzaguirre

© 2023: PALESTRA EDITORES S.A.C.
 Plaza de la Bandera 125 Lima 21 - Perú
 Telf. (511) 6378902 - 6378903
 palestra@palestraeditores.com
 Telf. (+511) 6378902 - 6378903
 palestra@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com

© 2023: MARCIAL PONS EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES S.A.
 San Sotero, 6 - 28037 Madrid - España
 www.marcialpons.es

IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN:
 Tarea Asociación Gráfica Educativa
 Pj. María Auxiliadora N.º 156, Breña
 Mayo, 2023

DIAGRAMACIÓN:
 Gabriela Zababurú Gamarra

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2023-01057

ISBN: 978-612-325-317-2

Tiraje: 500 ejemplares

Este libro ha contado con el patrocinio de la Conselleria de Innovación, Universidades, Ciencia y Sociedad Digital de la Generalitat Valenciana.

IMPRESO EN EL PERÚ | PRINTED IN PERU

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

CONTENIDO

| | |
|----------------------------|----|
| PRESENTACIÓN | 11 |
| <i>Jorge F. Malem Seña</i> | |

PRIMERA PARTE IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO. COHERENCIA Y PLENITUD. LAGUNAS Y ANTINOMIAS

| | |
|--|----|
| DISCUTIENDO CON JUAN RUIZ MANERO | 21 |
| <i>Riccardo Guastini</i> | |

| | |
|---|----|
| SOBRE LAS RAZONES SUBYACENTES Y LOS PRINCIPIOS | 35 |
| Algunas reflexiones a partir del concepto de lagunas normativas y axiológicas en la obra de Juan Ruiz Manero | |
| <i>Félix Morales Luna</i> | |

| | |
|-------------------------------|----|
| LA TESIS DE LA ASIMETRÍA..... | 53 |
| <i>Pablo E. Navarro</i> | |

CONTENIDO

INTERPRETACIÓN DEL DERECHO
Y SUBSUNCIÓN INDIVIDUAL 71

Diego M. Papayannis

LAGUNAS DE ORDEN SUPERIOR 95

Giovanni Battista Ratti

SEGUNDA PARTE
IMPERIO DE LA LEY Y PRINCIPIOS

LA ESTRUCTURA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS
EN JUAN RUIZ MANERO 107

Juan Pablo Alonso

SOBRE DOS CONCEPCIONES DE CONSTITUCIÓN
Y LOS TIPOS DE NORMAS QUE LAS COMPONEN 117

Críticas a la reconstrucción de Juan Ruiz Manero

María Beatriz Arriagada

Álvaro Núñez Vaquero

ALGUNOS CRÍMENES IUSFILOSÓFICOS
DE JUAN RUIZ MANERO 137

Pierluigi Chiassoni

REGLAS Y PRINCIPIOS 149

Juan Antonio García Amado

DEJEMOS ATRÁS LOS DERECHOS
COMO PRINCIPIOS EN SENTIDO ESTRICTO 173

Marisa Iglesias Vila

SOBRE DOS TEMAS DE JUAN RUIZ MANERO 197

Francisco J. Laporta

CONTENIDO

TENSIONES IRRESOLUBLES ENTRE PRINCIPIOS,
RULE OF LAW Y TEORÍA DE LA AUTORIDAD JURÍDICA 209

Julieta A. Rabanos

¿UNA CUESTIÓN DE PRINCIPIOS? 233

Lorena Ramírez-Ludeña

PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS
QUE CONFIEREN DERECHOS 253

María Cristina Redondo

UNA VISIÓN ALTERNATIVA
DE LOS PRINCIPIOS 269

Reflexiones sobre la institucionalidad
del Derecho en la obra de Atienza y Ruiz Manero

Verónica Rodríguez-Blanco

TERCERA PARTE
LA JURISDICCIÓN
DESDE LA TEORÍA DEL DERECHO

ACERCA DE LA CULTURA DEL JUEZ
(UN APUNTE) 281

Perfecto Andrés Ibáñez

SOBRE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL
Y OTRAS NOCIONES AFINES 291

Rafael Hernández Marín

ACORDES Y DESACUERDOS 307

Liborio L. Hierro

REGLA DE RECONOCIMIENTO Y CIRCULARIDAD 317

Josep M. Vilajosana

CONTENIDO

CUARTA PARTE
EL LEGADO
DEL POSITIVISMO JURÍDICO

LA CRÍTICA A LA CLÁUSULA
ALTERNATIVA TÁCITA DE KELSEN 337

Paolo Comanducci

LOS LEGADOS DEL POSITIVISMO JURÍDICO 347

En ocasión de los 70 años de Juan Ruiz Manero

Luigi Ferrajoli

UNA NOTA SOBRE LA “EXTRAVAGANTE”
CRÍTICA AL POSITIVISMO JURÍDICO
DE ATIENZA Y RUIZ MANERO 353

Jordi Ferrer Beltrán

LAS VIRTUDES DE LA NIEBLA 363

Conversando con Juan Ruiz Manero

José Juan Moreso

¿POR QUÉ SER POSITIVISTAS? 375

Giorgio Pino

EL POSTPOSITIVISMO DE
JUAN RUIZ MANERO 395

Alfonso Ruiz Miguel

QUINTA PARTE
ALGUNOS PROBLEMAS
DE TIPOLOGÍA DE LAS NORMAS

EL ROL DE LOS PRINCIPIOS INSTITUCIONALES
EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO 423

Horacio-José Alonso Vidal

CONTENIDO

REGLAS CONSTITUTIVAS, PRÁCTICAS
IRREGULARES Y ERRORES ARBITRALES..... 441

Un análisis comparativo entre la filosofía
del derecho y del deporte

Alberto Carrio Sampedro

TODOS LOS PERMISOS
DE JUAN RUIZ MANERO..... 469

Una clasificación corregida y una pelea final
con los aficionados del fútbol

Andrej Kristan

PONDERACIÓN Y ÉTICA CONSECUENCIALISTA..... 487

A propósito de la distinción de Juan Ruiz Manero
entre principios en sentido estricto y directrices

Gema Marcilla Córdoba

SEXTA PARTE

RESPUESTAS Y COMENTARIOS..... 513

Juan Ruiz Manero

PRESENTACIÓN

*Jorge F. Molem Seña**

Hay generaciones que producen un salto cualitativo en el desarrollo de una determinada actividad. Rompen con una tradición asentada, superan una inercia consolidada o se abren a nuevos horizontes aún sin explorar. Y sus aportaciones, impactos e influencias resultan tan innegables como difíciles de emular o de rebasar por las generaciones siguientes. Alguien podría objetar, sin embargo, que nada se crea *ex novo*, que las generaciones escalan necesariamente sobre peldaños transitados por las anteriores. Pero incluso si esto se aceptara habría que admitir que existen momentos en los cuales el crecimiento exponencial de un determinado estado de cosas no es solo cuantitativo, ni constituye un mero perfeccionamiento de lo previamente existente.

La Filosofía del derecho no escapa a esta regularidad. En España, los miembros de la generación que desde hace unos pocos años han entrado en la edad del jubileo, o pronto lo harán, produjeron ese salto cualitativo. Analizaron los problemas teóricos desde nuevas perspectivas, publicaron obras de gran relevancia universitaria y científica e internacionalizaron definitivamente su labor. Juan Ruiz Manero pertenece a esa generación y no como mero acompañante o participante sino como un miembro activo no exento de liderazgo intelectual. Sus trabajos, siempre lúcidos y perspicaces, constituyen una referencia para quienes deseen incursionar en la teoría y la filosofía del derecho.

Ahora bien, pertenecer a una generación universitaria, o a un grupo dentro de ella, no supone la uniformidad entre sus miembros respecto de los temas tratados, de las metodologías utilizadas o de las soluciones de fondo propuestas a los

* Profesor de Filosofía del Derecho. Universitat Pompeu Fabra.

problemas planteados. Si bien hay que reconocer que Juan y el sector más importante de su generación participan de un cierto aire de familia teórico emparentado con los postulados analíticos, aunque sin abrazarse a ellos con ciego seguidismo o dogmatismo alguno.

Los trabajos de Juan son claros y precisos, y no duda en distinguir y clasificar allí donde lo considera necesario. Su prosa es lúcida y elegante, carente de todo adorno pretensioso e innecesario. Además, presenta los argumentos de los autores que examina y los de sus contradictores sin apasionamiento, evitando referencias *ad hominem*, sesgos personales o ideológicos. No hace trampas en sus planteamientos ni en las respuestas a sus críticos. Es, en ese sentido, un intelectual honesto.

Juan Ruiz Manero nació en Alicante el 13 de diciembre de 1950 en el seno de una familia de profesionales liberales. Estudió su bachillerato en un colegio regentado por jesuitas y allí debió aprender algo de disciplina, orden, jerarquía, y una cierta ambición por el poder, valores todos ellos de esa comunidad religiosa. También abrazó, para ya nunca abandonar, los principios de la justicia, y pronto pasó de sostener el ideario de un místico catolicismo social a compartir las bases de un más humano y pedestre comunismo del que, finalmente, se alejó. La consecuencia necesaria en aquellos años de tardo franquismo fue su ingreso en prisión, en la cárcel de Carabanchel. El lugar para un hombre justo en una sociedad injusta es la cárcel, parecía corroborar, junto a otros muchos, la afirmación de Thoreau.

Salió de la prisión de Carabanchel por un indulto no pensado para casos como el suyo y regresó a sus actividades habituales como estudiante de derecho en la Universidad Complutense. En esa Universidad logró la licenciatura de Derecho y allí se doctoró bajo la dirección de Elías Díaz, aunque su primer mentor fuera Gregorio Peces Barba. Con todos estos antecedentes, no sorprende que su tesis doctoral fuera sobre *El pensamiento filosófico y político de Antonio Labriola*, pensador marxista influyente en las corrientes socialistas no solo italianas. Este trabajo no fue el único en el que abordó el análisis de temas vinculados al marxismo. Entre otros muchos trabajos publicó, junto a Manuel Atienza, *Marxismo y filosofía del derecho*. Allí prestó especial atención a la visión kelseniana del marxismo como teoría político-jurídica, si bien no seguiría posteriormente esa línea de investigación.

Pero su querencia crítica por Kelsen no se debe solo a su revisión de los estudios sobre el marxismo del jurista más importante del siglo XX. De su mano, como tantos otros y como tal vez no podría haber sido de otra manera para los miembros de su generación, se adentró en los meandros de la teoría del derecho, donde radicó sus trabajos más influyentes.

En solitud, y junto a Manuel Atienza, abordó diversas cuestiones centrales de la teoría y de la filosofía del derecho, como se pondrá de manifiesto en el libro que aquí se presenta. En estas pocas líneas, carece de sentido glosar la obra completa de Juan Ruiz Manero. Tampoco sería adecuado resumir las principales tesis

que sustenta, ya que son objeto de examen crítico en este volumen. Pero quizás convenga decir algo sobre el origen de esta publicación.

Los días 4 y 5 de marzo de 2022 tuvo lugar un merecido homenaje a Juan en la Universidad de Alicante. En esta Universidad desarrolló prácticamente toda su carrera docente y de investigación; a la vez que ocupó diversos cargos de gestión. No se puede negar su compromiso profesional y personal con la institución a la que pertenece, hoy como Catedrático Emérito de Filosofía del derecho, ni con los deberes que impone la tarea universitaria, tal como le fuera reconocido por las autoridades académicas.

El seminario internacional realizado en esos días, *Jurisdicción y Teoría del sistema jurídico*, no fue solo una reunión de colegas y amigos realizado con el objeto de mostrar públicamente, una vez más, el respeto profesional y el afecto de los participantes hacia su persona. Su jubilación fue la excusa para revisar de forma concienzuda su obra y poner de manifiesto las divergencias de los ponentes sobre algunos de sus aspectos nucleares.

Este volumen recoge las aportaciones que allí se discutieron. Estas no pertenecen únicamente a miembros de la misma generación universitaria que el homenajeado, sino también a personas más jóvenes incitadas e influidas por los trabajos de Juan. Y no hay que olvidar a muchos de los que no están representados en este libro pero que, sin embargo, les hubiera gustado estar presente, como es el caso de su buen amigo, también maestro y, en ocasiones, su apasionado contradictor, el siempre afectuoso Eugenio Bulygin.

Este libro se divide en seis partes cuyas primeras cinco, de alguna manera, muestran cuáles son los temas centrales en la obra de Juan Ruiz Manero. Pero hay que señalar que, como cualquier otro conjunto de textos, supone que algunas cuestiones merecedoras de un análisis detallado queden marginadas. Esto no es óbice, sin embargo, para que pueda verse como una guía útil que permita comprender, de un modo global, el pensamiento de Juan.

Y como en toda clasificación, hay algo discrecional en los criterios de selección utilizados. Además, con tantos autores que escrutan la obra de Juan y, a su vez, formulan sus propios argumentos, resulta imposible evitar redundancias o referencias cruzadas. Bien porque se ocupan de los mismos temas, porque mencionan otros aspectos importantes pero de una manera colateral a las cuestiones centrales que tratan o porque la naturaleza de tales cuestiones hacen que los asuntos investigados estén interconectados. Esto provoca que diversos trabajos pueden ser subsumidos en uno u otro de los diferentes epígrafes.

Por otra parte, no es de extrañar que algunas de las contribuciones que aquí se presentan sean actualizaciones de disputas irresueltas de antigua data. Son una muestra más del interés que desde siempre han despertado los escritos de Juan y de la fecundidad de los mismos. Las discusiones que se ofrecen son sugerentes, ricas en contenido y de una gran calidad. Si como han afirmado algunos de los

autores de estos trabajos, la mejor muestra de amistad hacia un colega es criticar sus trabajos y, de ese modo, construir conjuntamente una teoría mejor, no hay duda que Juan tiene los mejores amigos. Sus respuestas, al final de este libro, es una muestra cabal de cómo Juan entiende y también practica esa noción de amistad.

La primera parte de este volumen versa sobre la *Identificación del derecho. Coherencia y plenitud. Lagunas y antinomias*. Como es sabido, el derecho suele ser presentado, desde una perspectiva epistémica y no ontológica, como un sistema cuyas características formales son la coherencia, la plenitud y la independencia. En este apartado, se analizan cuestiones atinentes a la presentación del derecho como un sistema y el papel que juega la regla de reconocimiento, y otros criterios como el kelseniano, en la identificación de las normas.

También se plantean distintas tipologías de normas y la distinción entre normas y proposiciones normativas. Los legisladores, ¿dictan normas? Esta pregunta conduce al debate de si la interpretación es una actividad cognoscitiva y si se puede hablar de interpretaciones objetivamente correctas. ¿Existe una distinción radical entre interpretación en abstracto y en concreto? Es otra de las preguntas en liza. Planean sobre todas estas materias los problemas generales de interpretación del derecho y el papel que juega el juez en la determinación del mismo.

La cuestión de las lagunas, normativas y axiológicas, se aborda en distintos trabajos, y no solo desde el punto de vista conceptual. ¿Qué debe hacer el juez frente a ellas? Aquí se presta una especial atención a la llamada tesis de la asimetría de las decisiones judiciales. Y también a otro tema no menos importante, determinar si existen lagunas en el nivel de los principios o solo se únicamente en el de las reglas.

La segunda parte de esta compilación lleva por título *Imperio de la ley y principios*. Juan Ruiz Manero ha incidido en la idea que la composición del derecho está conformada por reglas y principios, entre otros elementos o piezas. Y que los principios cumplen tanto funciones regulativas como justificativas. En este apartado, se tratan asuntos tales como la estructura de los principios, sus tipologías y sus diferencias con las distintas clases de reglas.

Uno de los problemas relevantes que se somete a debate es si los principios pueden ser considerados como normas categóricas derrotables o no. Y si la mejor manera de presentar los derechos fundamentales es pensarlos como principios en sentido estricto. Al respecto, se indaga acerca de la naturaleza de principios como la dignidad humana y la prohibición de la tortura y si requieren para su aplicación el razonamiento ponderativo.

También se somete a consideración crítica la posible diferencia entre los principios sustantivos y los institucionales, ya que pueden entrar en colisión al menos potencialmente. Como se señala, la importancia de responder a estas cuestiones para la *Rule of Law* no puede ser menospreciada.

Como es sabido, por otra parte, Juan Ruiz Manero ha señalado insuficiencias a teoría estándar de la ponderación. En qué consiste tal operación, cómo se distingue

de los mecanismos subsuntivos y cómo compatibilizarla con un rechazo de una concepción escéptica de la interpretación también quedan sometido a polémica.

En la tercera parte, *La jurisdicción desde la teoría del derecho*, se indaga sobre cuál es la mejor manera de explicar y justificar el estatuto del juez y la función jurisdiccional. Juan Ruiz Manero propone identificar al juez a partir de reglas socialmente aceptadas. Uno de los temas que se aborda es si la función de los jueces es juzgar y hacer cumplir lo juzgado o si es decir el derecho al juzgar y hacer cumplir lo juzgado. Como se puede observar, ambas interpretaciones no resultan equivalentes.

Dos afirmaciones de Juan Ruiz Manero generan, aquí, sendas controversias. La primera sostiene que un juez puede ser hartiano y dworkiniano sin inconsistencia alguna. Puede seguir a Hart en la Teoría del derecho y a Dworkin en los fundamentos de sus decisiones. La segunda es la caracterización metasistemática que ha hecho del juez con el fin de romper la circularidad existente entre la regla de reconocimiento que es aceptada por los jueces para identificar las normas y las reglas de adjudicación que establecen, por ejemplo, quiénes son los jueces.

Asumida, por otra parte, la importancia que tiene la Teoría del derecho en la práctica jurisdiccional se pone de manifiesto el crónico y sorprendente desinterés de parte de la judicatura española hacia ella. Este desinterés se muestra en las oposiciones a ocupar la plaza de juez y en la nula relevancia que se le asigna a materias tales como la interpretación del derecho, las teorías de la prueba, el contenido de la motivación de las sentencias y tantas otras cuestiones. El resultado es una mengua en la calidad de las sentencias en particular y en el ejercicio de la actividad jurisdiccional en general.

La cuarta parte se denomina *El legado del positivismo jurídico*. Las relaciones entre el derecho y la moral son un tema clásico de la teoría y la filosofía del derecho. Estas pueden ser analizadas desde un punto de vista conceptual, metodológico y justificativo. En ocasiones, el debate sobre tales relaciones está condicionado por la confusión de estos niveles. Una de las cuestiones que se trata de elucidar en este apartado es en qué medida, en las propuestas de Juan Ruiz Manero, existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral en uno u otro nivel de análisis.

Además, se afirma que cuando se tratan de establecer dichas vinculaciones hay que tomar en consideración no solo a los sistemas jurídicos pertenecientes a diferentes tradiciones jurídicas sino también a las distintas ramas del derecho, ya que algunas de ellas exigen más previsibilidad y menos conceptos valorativos y morales que otras, como es el caso del derecho penal.

Por otra parte, se arguye que si el legislador fuera omnisciente, es decir, si conociera todas las circunstancias fácticas que se pudieran producir en el futuro sería innecesario el uso de términos valorativos en el derecho.

No podría faltar en este apartado un análisis sobre los distintos significados de positivismo jurídico y de postpositivismo. Este último concepto es utilizado por Juan

Ruiz Manero para caracterizar su posición. La preposición “post” significa “después de” en el ámbito temporal. En cambio, no supone necesariamente la “superación de” cualquiera sea el significado de superación que se le asigne —salvo el temporal—. Aquí se discute en cuál, de entre sus diversos sentidos, Juan es postpositivista. Y tampoco faltan algunas consideraciones sobre la vinculación entre el postpositivismo y el neoconstitucionalismo.

La quinta parte, *Algunos problemas de tipología de las normas*, se reflexiona acerca de la naturaleza de los distintos tipos de normas, especialmente las constitutivas y regulativas, y su relevancia para comprender la práctica de los juegos y deportes. Las referencias a los juegos y a los deportes han sido utilizadas por muchos autores para ilustrar problemas jurídicos. Aquí se sigue el camino inverso, se muestran cómo algunas indagaciones desde la Teoría del derecho pueden contribuir a una mejora en la comprensión y caracterización de estas prácticas. También se explicitan y discuten los múltiples sentidos de la idea de permisos que habría utilizado Juan en sus trabajos.

Como se puede apreciar, las discusiones generadas a partir del examen crítico de los trabajos de Juan hacen referencia a los temas centrales de la teoría del derecho. Los trabajos y la calidad de los participantes no solo hablan de la importancia intelectual de la obra de Juan Ruiz Manero sino que expresan también el reconocimiento explícito de su calidez humana, su sentido de la amistad y su generosidad.

He perdido la cuenta de los años que Juan y yo nos conocemos, ha pasado ya tanto tiempo desde nuestro primer encuentro que asignarle una fecha precisa carece de relevancia. Pero soy plenamente consciente, en cambio, de cuánto me ha beneficiado su amistad, y no solo en el plano intelectual o universitario. Amigos como Juan hacen que yo sea una persona menos peor de lo que en realidad soy. Nobleza obliga.

Hay varios rasgos de su carácter que hace fácil la amistad con Juan. Siempre dispuesto a mantener una buena conversación, comiendo turrón si es posible, suele gratificar los oídos de sus contertulios con ocurrencias inteligentes y cultas sin presumir en ningún caso de ellas. La vanidad o la grandilocuencia no existen entre sus prioridades o en sus comportamientos.

Y su fino sentido del humor compensa, aunque solo sea de un modo parcial y relativo, sus despistes, que asume como una normal fatalidad. Casi siempre llega tarde, sin esgrimir excusa alguna. Quienes lo conocemos, solemos ser indulgentes. Su ingenuidad e impuntualidad son consustanciales a su personalidad.

Me une a Juan, además, los placeres proporcionados por una buena mesa, considerados en abstracto. En concreto, Juan, poco dado a la ponderación en sus críticas gastronómicas y en sus sugerencias para sazonar o mejorar los platos, asume que sus opiniones constituyen razones protegidas y de seguimiento incondicional por todo agente moral normal, a pesar de padecer ciertas objetivas excentricidades en sus gustos.

Es bien conocido su detracción a cenar arroz, por ejemplo, práctica que equipara sin ningún argumento, por implausible incluso que pudiera parecer, con el incesto. Y hasta llega a poner queso parmesano sobre una salsa de frutos de mar, acción tan denostada, y con razón, por Andrea Camilleri en palabras del Comisario Salvo Montalbano y, entre sus amigos, por Paolo Comanducci.

En cambio, sí me distingue de Juan la propiedad del orgullo. El orgullo es tratado por algunos, no muchos, como una virtud, aunque sobran quienes lo consideran un vicio no menor. En el primer sentido, el orgullo se presenta como un sentimiento de satisfacción por los logros o méritos propios. Es amor hacia sí mismo y es autoestima. En el segundo de los sentidos es un rasgo de carácter que se equipara a la arrogancia y a la vanidad. Es una especie de amor propio o hacia sí mismo excesivo o desbocado. Alguien poco instruido en la ambigüedad de la expresión “amor hacia sí mismo” y en las increíbles interpretaciones teológicas o seculares que se han formulado al respecto podría decir que, si hay que amar a los demás como uno se ama a sí mismo, siempre hay que amar con mesura para no trascender de la virtud al vicio.

Juan, en cualquier caso, no tiene ese problema. Practica la autoestima con moderación y prudencia y no le conozco ningún rasgo que sugiera la posibilidad de que padezca soberbia o engrimiento. Y, a pesar de que tiene razones para sentirse orgulloso por los logros que ha conseguido, nunca se ha jactado de ellos. Es, en ese sentido, una persona modesta.

Tampoco le conozco ninguna ambición por el poder, por nimio que sea, ni en el ámbito universitario ni en el personal, no obstante el influjo que ejerce sobre quienes le admiramos. Al respecto, los jesuitas no pudieron, en él, sellar su impronta. Y, por otra parte, jamás ha dejado de reconocer los méritos de los demás. El desprecio y la envidia hacia el otro es algo que, simplemente, desconoce.

Y es, asimismo, una persona generosa para con los demás. Gustosamente comparte su tiempo con colegas o alumnos si es consultado sobre las muchas cuestiones que domina. Y siempre se sitúa en un mismo nivel con sus interlocutores, sin importarles títulos, edades o procedencia. En su vida, la igualdad no es solo un principio básico, es uno de sus motores.

No resulta extraño, pues, que en muchas de las contribuciones de este volumen se haga mención no únicamente a las actitudes y aptitudes intelectuales del Profesor Juan Ruiz Manero, sino también a sus cualidades personales que, en definitiva, son las más importantes para el ser humano y el resto de los seres sintientes, como ahora se gusta decir.

No me gustaría acabar esta brevísima presentación sin referirme a la buena suerte de Juan. Como es sabido, una de las acepciones de —buena— suerte aplicada a una persona hace referencia a las circunstancias que le favorecen, producto de la mera casualidad y al margen de las acciones del propio afortunado. La buena suerte, así considerada, podría ser vista como un antónimo de mérito.

Y quienes le conocemos, conjeturamos que solo una suerte descomunal puede explicar que Juan comparta su vida con Ángeles. Como es sabido, un Ángel es un Mensajero enviado por el Señor para proteger y propagar el amor sobre la tierra. Como suele rememorar el jesuita Papa Francisco para referirse a ese regalo divino: “Yo envío un ángel ante ti para custodiarte, para acompañarte en el camino, para que no te equivoques”. Y no se trata, en este caso, de un único Ángel, es Ángeles, en plural. Con tal compañera de andaduras nadie duda que Juan tiene asegurada una vida plena.

Juan es una buena persona y un gran amigo al que deseo que, en esta etapa de jubileo, tenga una vida buena.

PRIMERA PARTE
IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.
COHERENCIA Y PLENITUD.
LAGUNAS Y ANTINOMIAS

DISCUTIENDO CON JUAN RUIZ MANERO

*Riccardo Guastini**

Juan, además de ser un amigo muy querido, es, en mi opinión, uno de los más inteligentes filósofos del derecho de nuestra generación. Creo haber leído casi todos sus trabajos, y todos me han parecido agudos y estimulantes, incluso cuando no estaba de acuerdo con él.

Ya lo sabemos ambos: tenemos varias divergencias. Y, como ha escrito en una ocasión Umberto Eco, el primer deber del intelectual es criticar a sus compañeros de viaje. Entonces no voy a elogiar a Juan, sino a criticarlo. La crítica desapasionada, creo, es el mejor de los homenajes.

1. TRES PROBLEMAS CONCEPTUALES

(i) Según Juan, la interpretación es “un proceso argumentativo complejo que se entiende como orientado a proporcionar fundamentos justificados para las decisiones aplicativas”¹; “parece razonable ubicar bajo el rótulo “interpretación” todo el proceso argumentativo”².

* TilPh-Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto. Dipartimento di Giurisprudenza. Università degli studi di Genova.

¹ Juan Ruiz Manero, *El legado del positivismo jurídico. Ocho ensayos sobre cinco autores positivistas: Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Eugenio Bulygin, Luigi Ferrajoli, Riccardo Guastini* (Lima: Palestra, 2014), 214.

² Ruiz Manero, *El legado del positivismo jurídico. Ocho ensayos sobre cinco autores positivistas: Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Eugenio Bulygin, Luigi Ferrajoli, Riccardo Guastini*, 222.

Esta, yo diría, no es una imagen de la interpretación sin más, sino del discurso de los jueces, que, por cierto, en nuestros ordenamientos siempre asume (o, incluso, debe jurídicamente asumir) la forma de una argumentación. Evidentemente, Juan aquí mezcla las decisiones interpretativas y su justificación, lo que es un error de análisis lógico, ya que equivale a no distinguir, dentro de un razonamiento, entre la conclusión y sus premisas.

Por otra parte, el discurso de Juan claramente se refiere solo a la aplicación y, de esta forma, deja completamente de lado la interpretación doctrinal. Esta omisión me parece un grave error “sociológico”, ya que la dogmática, con sus construcciones conceptuales, condiciona fuertemente la aplicación.

(ii) Aparentemente, a Juan no le importa saber si una decisión interpretativa tiene, o no, valores de verdad. Lo que le importa es solo si una interpretación está, o no, justificada o mejor dicho (en sus palabras) “objetivamente correcta”³.

Me temo que esta expresión “objetivamente correcta” sea una *contradictio in adjecto*, ya que la corrección es evidentemente un valor, no un hecho. ¿Existirían entonces valores objetivos? Sí, Juan es evidentemente objetivista o cognoscitivista en metaética. Volveré sobre este punto.

Observo que, de esta forma, Juan parece descartar como irrelevante la cuestión, que desde siempre afecta la teoría de la interpretación, de si la interpretación es, o no, una actividad cognoscitiva. Su actitud hacia la interpretación es puramente normativa.

Pero el problema conceptual es el siguiente: ¿de qué corrección o justificación está hablando Juan? Una decisión interpretativa puede ser valorada correcta o incorrecta desde (al menos) tres puntos de vista.

(a) Desde el punto de vista lógico: la conclusión es incorrecta si no deriva válidamente de las premisas.

(b) Desde el punto de vista jurídico: la decisión es incorrecta ya que no tiene ninguna base textual en las fuentes; o bien la decisión ha sido obtenida con argumentos no admitidos en la cultura jurídica existente (p.ej., el argumento analógico en materia penal); etc.

(c) Desde el punto de vista moral (o político): la decisión es injusta.

Me parece evidente que se trata de criterios de valoración distintos e independientes.

³ Ruiz Manero, *El legado del positivismo jurídico. Ocho ensayos sobre cinco autores positivistas: Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Eugenio Bulygin, Luigi Ferrajoli, Riccardo Guastini*, 215.

(iii) Juan rechaza la distinción entre los enunciados normativos (las “disposiciones” en mi terminología) y sus significados (las “normas”): “el legislador emite normas, y no meros enunciados”⁴.

El rechazo, realmente sorprendente, de esta distinción es un síntoma de una concepción cognoscitivista de la interpretación: las normas ya están allí, la tarea de la interpretación es descubrirlas; entonces, después de todo, los enunciados interpretativos sí tienen valores de verdad, pueden ser verdaderos o falsos.

Pero no es solo esto, es algo más: es la negación de cualquier teoría de la interpretación. ¿Cómo es posible no distinguir entre enunciado y significado? Si enunciado y significado coinciden no queda ningún espacio para la actividad interpretativa, para el paso hermenéutico del texto al significado. Realmente, no sé cómo comentar una tal postura y tengo dificultad a tomarla en serio: *tantoque Homerus dormitat*.

2. TRES PROBLEMAS DE TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN

(i) En algún lugar, yo he distinguido (o intentado distinguir) entre interpretación cognoscitiva e interpretación decisoria. Juan rechaza el propio concepto de interpretación cognoscitiva con el argumento de que una tal cosa *de facto* sencillamente no existe en la práctica de los juristas. Esto es empíricamente falso. Yo mismo, en ocasiones, he hecho este tipo de trabajo de análisis de uno u otro texto normativo.

Los juristas (y los jueces) saben muy bien que los enunciados normativos de las fuentes son a menudo ambiguos y siempre vagos, y entonces a menudo presentan las distintas interpretaciones posibles (por ejemplo, dentro del comentario de una ley o de un fallo). Es verdad que esta jugada normalmente (pero no necesariamente) es solo el prelude de una interpretación decisoria, es decir, de la elección de un significado determinado, descartando los demás. Pero esto no resta utilidad al concepto de interpretación cognoscitiva, y de ninguna manera pone en discusión la distinción entre interpretación cognoscitiva e interpretación decisoria.

No veo como se pueda negar la diversidad de forma lógica que subsiste entre enunciados del tipo “La disposición X puede significar A o B” ($p \vee q$) y enunciados del tipo “La disposición X significa A” (p).

Tal vez sea oportuno esclarecer un poco el concepto de interpretación cognoscitiva (la “interpretación científica” de Kelsen). Alguien, comentando a Guastini, ha entendido la interpretación cognoscitiva como un listado de las interpretaciones admisibles en el sentido valorativo de correctas. Desde este punto de vista, el

⁴ Ruiz Manero, *El legado del positivismo jurídico. Ocho ensayos sobre cinco autores positivistas: Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Eugenio Bulgin, Luigi Ferrajoli, Riccardo Guastini*, 222.

propio concepto de interpretación cognoscitiva supondría la existencia de criterios objetivos de corrección. Yo tengo una idea bastante diversa.

La interpretación cognoscitiva consiste en listar no ya las interpretaciones correctas, sino las interpretaciones socialmente “admisibles” en sentido fáctico, susceptibles de una argumentación contextualmente persuasiva. Es decir, no se trata de un juicio de valor, o de un enunciado de preferencia, sino de un enunciado metalingüístico sobre valores o preferencias “vigentes”, en el sentido de socialmente aceptadas o aceptables, en el ámbito de la cultura jurídica existente. La admisibilidad de una u otra interpretación es un hecho social. Y por lo tanto la interpretación cognoscitiva “La disposición X puede significar A o B” —es un enunciado fáctico.

(ii) Juan rechaza también la distinción entre interpretación “en abstracto” e interpretación “en concreto”, y critica en particular la noción de interpretación en concreto. Se trata, por otra parte, de la misma distinción entre “interpretación” y “calificación” de los hechos que se encuentra en Neil MacCormick (Juan justamente lo recuerda, mientras que yo lamentablemente lo había olvidado).

El argumento de Juan es que cualquier subsunción individual (en concreto) supone normalmente (aunque no necesariamente desde el punto de vista lógico) una subsunción genérica (en abstracto). Sobre este punto Juan tiene razón. Pero su argumento sencillamente confirma mi tesis de que la interpretación en abstracto es distinta de, y lógicamente previa a, la interpretación en concreto.

En general, la distinción entre interpretación en abstracto e interpretación en concreto es banalmente un instrumento conceptual para capturar uno de los aspectos de la diferencia que subsiste entre un análisis textual y una decisión, entre un estudio doctrinal y una sentencia. No veo por qué desconocerla.

Pero es importante entender que la interpretación en abstracto consiste no solo en la identificación de la clase de casos regulados por una norma, sino también (sobre todo, yo diría) en la identificación de la propia norma y, aún más, de sus implicaciones.

Intento explicarme con el ejemplo usual y terriblemente banal: ¿la prohibición de vehículos en el parque se aplica a cualquier vehículo (es decir, la disposición sobreentendiende, o no, un cuantificador universal) o bien sobreentendiende algunas excepciones (como las ambulancias)? Nótese que no es un problema de subsunción: por supuesto, las ambulancias son vehículos. La norma que prohíbe y la norma que permite las ambulancias son dos normas distintas. Es un problema de interpretación en abstracto, que afecta la propia identidad de la norma en cuestión. En varios trabajos míos se encuentran ejemplos un poco más serios.

Un ejemplo muy interesante (que ha sido estudiado por Michel Troper, y al cual yo mismo he aludido en otras ocasiones) se encuentra en la constitución francesa (art. 13): “El Presidente de la República firma las ordenanzas y decretos deliberados en Consejo de Ministros”.

¿En qué sentido? ¿Cuál es la norma? ¿Esa disposición otorga un poder al Presidente, o le impone una obligación?

Sobre todo, la interpretación en abstracto incluye la elaboración de las implicaciones de una norma previamente identificada. Una norma, por sí misma, es lógicamente (casi) inerte. Para elaborar sus implicaciones hace falta construir un razonamiento añadiendo premisas de varia naturaleza: otras normas del mismo ordenamiento, aserciones fácticas, definiciones, “teorías”. Es el trabajo característico de la dogmática. Y es un trabajo “constructivo” altamente discrecional.

(iii) Un tema quizás marginal, pero conceptualmente interesante, es él de la distinción entre definitividad y corrección de las decisiones judiciales. Juan comparte la tesis de Hart de que los realistas (al igual que Kelsen) consideran que la definitividad de las decisiones de los tribunales (o de ciertos tribunales) implica su infalibilidad o “corrección deóntica”. No sé de dónde Hart o Juan han sacado esta tesis: por cierto, no de Kelsen, y tampoco de los realistas, me parece (al menos los realistas que yo he estudiado).

En primer lugar, “definitivo” es algo fáctico, aunque se trate de un hecho jurídico, es decir un hecho ontológicamente complejo. “Correcto”, en cambio, es un valor. ¿Cómo se puede pensar que Kelsen —como Troper o Guastini— no distinga entre hechos y valores? Toda la filosofía del derecho de Kelsen, y de los positivistas en general, está basada precisamente sobre la distinción entre *Sein* y *Sollen*. Paradójicamente, los que se preocupan de distinguir entre dos conceptos tan evidentemente independientes, como “definitivo” y “correcto”, parecen no aceptar la distinción en “ser” y “deber”, ya que tratan la corrección como una cuestión de hecho.

Es verdad que Kelsen —así como Troper y Guastini— no distinga entre definitividad y corrección, pero esto es así porque él no tiene en absoluto necesidad de introducir esa distinción, siendo la corrección algo totalmente extraño a su pensamiento: no le interesa en absoluto. La teoría pura se interesa de la ciencia jurídica, no de la política del derecho. Y esta actitud es compartida por la teoría jurídica de corte realista.

3. DOS PROBLEMAS META-TEÓRICOS

Bien visto, no obstante, algunos de estos desacuerdos teóricos (no todos), después de todo, son desacuerdos menores. El desacuerdo tal vez más importante no es teórico, sino meta-teórico: versa sobre el propio estatus de la teoría de la interpretación, que es una parte de la teoría general del derecho.

(i) En cada ordenamiento existen normas que, por un lado, regulan la conducta (es decir, las decisiones y, a veces, la propia actividad interpretativa o argumentativa) de los jueces y, por el otro lado, establecen los efectos de sus decisiones. ¿Qué relación subsiste entre dichas normas y la interpretación?

Michel Troper, al igual que Kelsen, piensa (y tiene razón) que cualquier decisión jurisdiccional, conforme o no a las normas sustantivas que regulan el caso, produce los efectos jurídicos establecidos por el derecho positivo. De tal forma que el juez tiene el poder —en sentido a la vez fáctico y, cuando se trata de un juez de última instancia, también jurídico: entonces, un poder “de facto” y “de jure”— el poder de interpretar las leyes como quiera: en el sentido de que cualquiera que sea su interpretación, los efectos de su decisión no cambian, ya que dependen no del contenido de la decisión sino, precisamente, de las normas que regulan sus efectos. Entonces el juez, o al menos el juez de última instancia, tiene una discrecionalidad interpretativa total.

Juan observa (y tiene razón) que ésta no es propiamente una teoría de la interpretación, sino solo una descripción del poder normativo del juez. En efecto, la tesis de Troper dice solo que la interpretación es una actividad libre y nada más; no dice nada, en particular, sobre el significado de las formulaciones normativas, por ejemplo, sobre los distintos tipos de significado, y tampoco sobre las distintas técnicas que se usan para atribuir significado.

Según Juan, en cambio, “el lugar propio de la teoría de la interpretación judicial” es el conjunto de “sus [del juez] vínculos deónticos: el de lo que el juez debe o puede (en sentido deóntico, en sentido permisivo) hacer”; una teoría de la interpretación (digna de ese nombre) “tiene que tomar como punto de partida el deber del juez de usar ciertas normas como fundamento de sus resoluciones y ha de referirse y a los deberes y a los permisos que gravitan sobre la actividad del juez consistente en establecer el sentido de las disposiciones que expresan aquellas normas”⁵. (Una observación marginal: con estas últimas palabras, Juan admite la distinción entre disposiciones y normas, que, en otro lugar, ha rechazado.)

No me resulta claro si Juan se refiere solo a las normas que regulan las decisiones jurisdiccionales en general (por ejemplo, la “sujeción solo a la ley” que se encuentra en la constitución italiana, la prohibición del “non liquet”, etc.), o también a las normas que en muchos ordenamientos regulan (o intentan regular) la interpretación como tal, es decir, los métodos para atribuir sentido a los textos normativos (el significado común de las palabras, la intención del legislador, el significado sistemático, etc.).

Pero esto no es importante. Sea como fuere, ésta, como la de Troper, tampoco es una teoría de la interpretación. Se trata simplemente de la descripción de ciertas normas que contingentemente afectan la función jurisdiccional (o, quizás, también la interpretación judicial) en uno u otro ordenamiento. No una teoría

⁵ Ruiz Manero, *El legado del positivismo jurídico. Ocho ensayos sobre cinco autores positivistas: Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Eugenio Bulygin, Luigi Ferrajoli, Riccardo Guastini*, 210.

de la interpretación, entonces, sino, a lo sumo, un conjunto de proposiciones normativas, de enunciados que supuestamente describen el derecho vigente.

Dos cosas resultan bastante claras.

En primer lugar, esta forma de ver es degradante para la teoría de la interpretación, que resulta ser no ya un discurso analítico y/o descriptivo sobre lo que dicen (analítico) y hacen (descriptivo) los intérpretes, sino solo una parte de la doctrina o dogmática (constitucional, procesal, etc.), aquella que se refiere a los deberes jurídicos de los jueces.

En segundo lugar, evidentemente Juan está interesado no en lo que los jueces *de facto* hacen, sino solo en lo que deben hacer según el derecho. Dicho de otra forma, no está interesado en absoluto en una teoría analítica y descriptiva de la interpretación. Según Juan, la tarea de la teoría de la interpretación es determinar cuándo una interpretación es, o no es, correcta. Y ésta es evidentemente una tarea valorativa y/o prescriptiva: política en último análisis.

No una teoría, entonces, sino una ideología de la interpretación: no teoría, sino política del derecho. Y es precisamente una ideología normativa de la interpretación la idea, que se encuentra a menudo en los trabajos de Juan, según la cual se debe interpretar no conforme a la letra de los textos normativos, sino a su “razón subyacente”, lo que es banalmente un nuevo nombre para el así llamado “espíritu” de la ley o *ratio legis*.

(ii) Juan parece estar obsesionado con los deberes del juez. Por eso, él concibe la regla de reconocimiento (no como una regla conceptual que define el derecho válido o existente, sino) como “una norma que establece, con carácter último, cuáles son las normas que los jueces tienen el deber de aplicar”⁶. Esto suena muy extraño.

Tómese el caso, por ejemplo, del ordenamiento italiano. El artículo 101, párrafo 2, de la constitución dispone: “Los jueces solo están sujetos a la ley”. Esta disposición, en efecto, tiene un contenido normativo un tanto complejo (sobre todo en virtud de las implicaciones del adverbio “solo”). Pero, sin duda alguna, una de las normas expresadas por esta disposición —sin duda, en el sentido de que no está en discusión— es la norma de acuerdo con la cual los jueces deben aplicar “la ley”, locución que muchos entienden como sinónimo de “derecho objetivo”. En el ordenamiento italiano, la obligación de aplicar “el derecho” deriva, en otras palabras, de una norma positiva expresa de rango constitucional.

¿Pero, quién diría que el artículo 101, párrafo 2 de la constitución, es la regla última de reconocimiento del ordenamiento italiano?

Además, le sonaría muy extraño a cualquier jurista italiano la tesis de que la obligación de los jueces de aplicar el derecho deriva, no ya de esta disposición

⁶ Juan Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990), 142.

constitucional, sino de una norma ulterior, meta-constitucional (la regla de reconocimiento, precisamente): sería una “needless reduplication”, una inútil duplicación —para decirlo con Hart criticando la norma básica de Kelsen— y no se vería su utilidad.

Por otra parte, se puede sostener que, en el pensamiento jurídico moderno, la obligación de aplicar el derecho está implícita en el propio concepto de “juez”, asumido como concepto normativo: los jueces, por definición, tienen la obligación de aplicar el derecho, como por otra parte, piensa también Juan. ¿Para qué sirve entonces una regla de reconocimiento entendida como Juan la entiende?

4. UN PROBLEMA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

He dicho que la expresión “objetivamente correcta” es auto-contradictoria. Sin duda, a Juan esta le parece una tontería, ya que según él sí existen valores objetivos.

Las ideas de Juan sobre la interpretación plantean un problema más general: su actitud hacia el positivismo jurídico. Juan es un enemigo jurado del positivismo⁷. Pero ¿en qué sentido exactamente?

Dejando de lado la bien conocida distinción de Bobbio, creo que desafortunadamente Juan es anti-positivista desde el punto de vista, a la vez, del positivismo semántico, del positivismo lógico, y del positivismo metodológico. El cognoscitivismo ético es un desastre desde el punto de vista a la vez semántico, lógico, y metodológico.

(i) Llamo positivismo “semántico” a la tesis metaética según la cual no existe ningún derecho natural, es decir, no existe ninguna ética objetiva (el derecho natural no es otra cosa que una ética que se pretende objetiva).

Es una tesis aparentemente ontológica porque parece natural expresarla en términos de “existencia”, pero su fundamento es semántico: no existe una ética objetiva por la sencilla razón que no existen normas verdaderas. Y no pueden “existir” normas verdaderas sencillamente porque “norma verdadera” es una expresión auto-contradictoria. Es una imposibilidad lógica ya que las normas no tienen valores de verdad. El positivismo jurídico, después de todo, no es otra cosa que el no-cognoscitivismo ético.

(ii) Llamo positivismo “lógico” la distinción entre ser y deber ser, de la que se sigue la “guillotina de Hume”: ningún enunciado prescriptivo puede inferirse de premisas puramente descriptivas. El rechazo del positivismo semántico, es decir del objetivismo ético, implica el rechazo del positivismo lógico. Porque, si las normas sí pueden ser verdaderas o falsas, la distinción entre lenguaje descriptivo

⁷ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Para una teoría postpositivista del Derecho* (Lima-Bogotá: Palestra, 2009).

y lenguaje prescriptivo no tiene sentido o interés, y un enunciado descriptivo sí puede implicar prescripciones.

(iii) Llamo positivismo “metodológico” a la directiva —metodológica precisamente— según la cual la tarea de la ciencia jurídica es describir el derecho vigente, no valorarlo, y tampoco “hacerlo”. La ciencia jurídica, entendida como conocimiento neutro del derecho (vigente) y la dogmática, que es una forma de política del derecho, son cosas muy diversas.

El rechazo del positivismo semántico y lógico, en mi opinión, solo se puede fundamentar en creencias metafísicas (la existencia de hechos normativos, o algo por el estilo) o teológicas (existen normas verdaderas inscritas por algún dios en la propia naturaleza de las cosas). Si Juan, como creo, no comparte tales creencias, el rechazo del positivismo semántico y lógico no puede justificarse.

En cuanto al positivismo metodológico —el rechazo del descriptivismo en la ciencia jurídica— no sé cómo comentar. Dice el Quijote, en algún lugar, “la peor locura es ver la vida tal como es y no como debería ser”. Juan parece compartir esta actitud radicalmente idealista.

Comprendo que la dogmática y la política del derecho puedan resultar más interesantes que la mera descripción del derecho vigente, y sin duda la dogmática es una empresa valiosa (yo mismo he practicado la dogmática en varias ocasiones). Pero el desprecio por el mero conocimiento neutral del derecho no tiene, me parece, ninguna justificación plausible.

5. UNA ANOTACIÓN FINAL

Al final de 2007, cuando recibí el librito *Para una teoría postpositivista del derecho*, escribí a Juan y Manolo el mensaje siguiente.

(i) *Descrittivismo*

Il descrittivismo è una “concezione della teoria del diritto”, in virtù della quale la teoria del diritto è orientata ad una “descrizione del sistema giuridico libera da valutazioni” (p. 21). Questa concezione, se messa in pratica, impedisce alla teoria del diritto di partecipare al “gioco” della dogmatica e della giurisprudenza, poiché a tale gioco è impossibile “partecipare senza valutazioni” (p. 22).

Come si potrebbe non essere d'accordo? Come segnala qualunque concezione minimamente “realista” del diritto, la dogmatica e la giurisprudenza (e più in generale l'applicazione del diritto, anche in via non giurisdizionale) sono pratiche *lato sensu* politiche, intrise di valutazioni. È naturale che tra una teoria rigorosamente descrittiva e una pratica politica non vi sia comunicazione: nel senso, precisamente, che la teoria non ha niente da insegnare alla pratica. Tuttavia, si possono osservare tre cose.

(a) In questa sua incomunicabilità con la pratica giuridica (e, a dire il vero, con qualunque tipo di pratica politica) la teoria del diritto è in buona compagnia. Tutte le discipline scientifiche soffrono di questa medesima incomunicabilità con la pratica: la fisica, la chimica, l'astronomia, e via enumerando. Nasce il sospetto che il rigetto del descrittivismo esprima (o piuttosto nasconda) un esteso disprezzo per la pura conoscenza. O forse si danno conoscenze paradossalmente valutative? Forse la *Wertfreiheit*, almeno in quanto ideale regolativo, non è un tratto definitorio della scienza? Si può convenire che la "critica delle nostre architetture istituzionali" (p. 22) sia una impresa interessante e lodevole: ma come è mai possibile criticare alcunché senza previamente averne preso conoscenza?

(b) La pratica dei giuristi (accademici) non si esaurisce nella dogmatica e nella politica *de sententia ferenda*: include anche l'insegnamento. Si suppone che l'insegnamento (del diritto vigente) consista nel trasmettere conoscenze. Se anche la teoria del diritto di indirizzo "descrittivista" non servisse ad altro (il che è possibile), sarebbe comunque indispensabile almeno a questo: ad offrire ai giuristi gli strumenti concettuali per descrivere il diritto vigente, senza di che non potrebbero insegnarlo.

(c) Il diritto vigente, contrariamente a quanto alcuni ingenuamente pensano, non è l'insieme delle "leggi" (in senso materiale), l'insieme dei testi normativi, il *law in books*, se così vogliamo dire. È piuttosto il risultato della interazione tra i testi normativi e le complesse attività di interpretazione (in astratto e in concreto) e costruzione giuridica, compiute dai giuristi e dagli organi dell'applicazione. Sicché vi è una buona ragione meta-teorica per cui la teoria del diritto non ha comunicazione diretta con la pratica giuridica, e non può partecipare al suo "gioco". La ragione è che l'una e l'altra si collocano su due livelli di linguaggio diversi: la pratica giuridica è (una parte de) l'oggetto della teoria del diritto.

(ii) Atti normativi e atti ricognitivi

"La tesi che il diritto sia un fenomeno sociale, creato e modificato da atti umani" (p. 20) è una tesi "che nessuno seriamente discute" (p. 23), e quindi ormai priva di interesse. Ma è davvero così? Non sembra.

Questa tesi è "seriamente" messa in discussione, per esempio, da quanti credono che taluni atti normativi – in particolare: le "dichiarazioni" di diritti, contenute in testi costituzionali – non siano per nulla, dopo tutto, genuini atti normativi, ma siano invece "atti di riconoscimento, da parte delle autorità normative, di contenuti normativi ad esse preesistenti" (p. 23; anche p. 24 in riferimento alla formula impiegata nella costituzione spagnola, come del resto in moltissime costituzioni moderne).

Ovviamente, il legislatore ordinario – negli ordinamenti a costituzione rigida – incontra "contenuti normativi preesistenti" e per lui intangibili. Ma l'idea che

lo stesso potere costituente non crei, ma “riconosca” norme precostituite è puro giusnaturalismo.

No, non sembra proprio che la tesi centrale del positivismo giuridico sia generalmente condivisa.

(iii) Positivismismo ideologico?

Un compito caratteristico (non esclusivo) di una teoria del diritto non-descrittivista dovrebbe essere la “giustificazione” del diritto vigente (p. 22). Cioè, pare di capire (p. 22, nota), dare fondamento al “dovere morale di obbedire al diritto”.

Dunque al diritto si deve obbedire? (Se così non fosse, non si vede perché qualcuno dovrebbe impegnarsi a “giustificarlo”.) E perché mai al diritto si deve obbedire? Forse perché il diritto (qualsivoglia diritto?) è intrinsecamente giusto? O invece per ragioni prudenziali? Ma le ragioni prudenziali non sembrano idonee a fondare un “dovere morale”...

Gli argomenti contro il positivismo ideologico sono troppo noti perché occorra ripeterli. Solo due osservazioni marginali.

(a) Se si conviene – con Ross – che il dovere di obbedienza al diritto sia un dovere (non giuridico, ma) meta-giuridico, e in questo senso morale, si deve anche convenire che il “problema se vi sia o no un dovere morale di obbedire al diritto” (p. 22, nota) è un problema (di filosofia) morale, e non un problema giuridico (o di teoria giuridica).

(b) Non si comprende perché mai i teorici del diritto dovrebbero rinunciare al ruolo dignitoso di scienziati (o almeno di studiosi), e convertirsi in una sorta di preti laici, moralisti predicatori, o cani da compagnia del (diritto e quindi del) regime politico vigente (fosse pure un regime democratico e liberale).

(iv) Drittwirkung

Lasciamo da parte la meta-teoria del diritto (e la filosofia morale): passiamo alla dogmatica (giacché di questo, ora, si tratta).

Il positivismo giuridico (per meglio dire: la dogmatica di stile positivistico) ha il torto – sembra di capire – di difendere “il valore dell’aderire a norme previamente date, invece di sottolineare, come fa il neo-costituzionalismo contemporaneo, che la legislazione è subordinata alla costituzione, e che, per il fatto che la costituzione incorpora principi morali, i giudici devono fare ampio uso di strumenti come la ponderazione” (p. 19). Le regole hanno “ragioni [...] ossia giudizi di valore soggiacenti” (p. 25), e questo giustifica i giudici nell’introdurre “eccezioni implicite nelle regole” (p. 25) così da realizzare meglio i valori ad esse soggiacenti.

Che la costituzione “incorpori” principi morali è una ovvietà: qualunque legge incorpora una qualche preferenza “morale” che la giustifica politicamente. Che la legislazione sia giuridicamente subordinata alla costituzione (là dove la

costituzione è rigida) non è una tesi originale del neo-costituzionalismo: è, di nuovo, una ovvietà (banale diritto positivo). Per contro, la tesi – insisto: dogmatica, non teorica (e, del resto, apertamente prescrittiva) – che i giudici debbano introdurre eccezioni nelle leggi (il che vuol dire disapplicarle in alcuni casi concreti) è tesi altamente contestabile.

La sua implicazione più evidente potrebbe essere formulata così: negli stati costituzionali occidentali contemporanei, di fronte ad una regola che sia parzialmente in contrasto con i valori costituzionali, i giudici hanno il dovere di derogare ad essa (i.e., di introdurre in essa eccezioni implicite), così da abrogare tacitamente la sua parte incostituzionale, e di applicare direttamente i valori costituzionali.

Così, ad esempio (un esempio immaginario), se una legge detta una disciplina limitatrice per lo sciopero, senza distinguere tra imprese private e servizi pubblici, il giudice dovrebbe distinguere là dove la legge non distingue: la limitazione del diritto di sciopero, potrebbe argomentare, è giustificata (da molteplici valori costituzionali) in relazione ai servizi pubblici, ma non è giustificata in relazione alle imprese private. Quindi la legge in questione deve essere applicata solo alle imprese private, non ai servizi pubblici.

O ancora – altro esempio (non immaginario, questo) – il codice civile detta una disciplina limitatrice della responsabilità per i danni non patrimoniali, senza distinguere tra danni morali e danni “biologici” e/o “esistenziali”; il giudice dovrebbe distinguere là dove la legge non distingue: la limitazione della responsabilità aquiliana per i danni biologici e/o esistenziali è in contrasto con il principio costituzionale del diritto alla salute.

Si può sostenere (in Italia con solidi argomenti testuali) che in molti ordinamenti – quelli in cui vige un controllo di legittimità costituzionale accentrato a posteriori – il giudice (civile o penale) non abbia affatto il diritto di introdurre eccezioni nelle – ossia di “abrogare parzialmente” le – norme che ritiene incompatibili con valori costituzionali. E che anzi il giudice – essendo soggetto incondizionatamente alla legge, fino a che non sia abrogata o dichiarata incostituzionale – abbia invece il dovere di sospendere il giudizio e di rimettere la questione al giudice costituzionale.

A parte gli argomenti testuali (che ovviamente sono contingenti), vi è anche una buona ragione di politica del diritto in favore di questa soluzione. I “valori” o “principi” costituzionali – come insegna la teoria del diritto di indirizzo “descrittivista” – non sono per sé idonei a risolvere casi concreti: per dirla in termini tradizionali, non sono idonei a svolgere il ruolo di premessa maggiore nel sillogismo giurisprudenziale; appartengono piuttosto alla giustificazione esterna della decisione, non alla sua giustificazione interna. Ne segue che, per essere usati come fondamento di una decisione, valori e principi devono essere “concretizzati”. La concretizzazione consiste nel ricavare da essi regole, con ragionamenti fatalmente non deduttivi ed

usando premesse che non sono norme positive (ma tesi dogmatiche), ed è perciò una operazione altamente discrezionale.

Non occorre ripetere le molte buone ragioni che sconsigliano un eccesso di discrezionalità nell'attività giurisdizionale.

BIBLIOGRAFÍA

Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero. *Para una teoría postpositivista del Derecho*. Lima-Bogotá: Palestra, 2009.

Ruiz Manero, Juan. *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

Ruiz Manero, Juan. *El legado del positivismo jurídico. Ocho ensayos sobre cinco autores positivistas: Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Eugenio Bulygin, Luigi Ferrajoli, Riccardo Guastini*. Lima: Palestra, 2014.