

RECENSIÓN

UNA FILOSOFÍA, NO TAN FRÁGIL, DEL
DERECHO PARA EL
CONSTITUCIONALISMO

"A not so fragile philosophy of law for constitutionalism"

Un comentario sobre el libro de Massimo La Torre *Il senso della norma. Filosofia fragile del diritto*, DeriveApprodi, Bologna, 2023, 336 pp.

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG¹
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

La pandemia que vivimos no hace tanto tiempo afectó directamente a la práctica totalidad de nuestras actividades cotidianas. Los docentes nos vimos directamente condicionados y tuvimos que cambiar muy rápidamente la metodología de nuestro quehacer, aprovechando las posibilidades que nos ofreció la docencia *online*. Es cierto que el aprovechamiento de esas posibilidades nos permitió continuar con nuestro trabajo (al menos en una de sus manifestaciones) y no interrumpir el contacto con los estudiantes. Esto es algo que hay que reconocer en favor de las potencialidades del entorno *on line*. Pero este reconocimiento no debe conducir a desterrar el modelo tradicional de enseñanza presencial, basado en el contacto directo entre estudiante y profesor. Las ventajas de ese modelo me parecen fuera de

¹ Departamento de Derecho Internacional Público, Derecho Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho/Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba, Universidad Carlos III de Madrid, e-mail: javofil@der-pu.uc3m.es; <http://orcid.org/0000-0002-6899-2857>

discusión², si bien es cierto que hoy tienen que reivindicarse frente a una estandarización de la enseñanza, en particular la universitaria, afectada por un discurso que propicia el desembarco en el ámbito docente e investigador de estrategias mercantiles, frecuentemente incompatibles con la puesta en valor de las humanidades³.

Esta reflexión inicial puede servir para contextualizar la propuesta de Massimo La Torre en *Il senso della norma*. El libro incluye las lecciones de filosofía del Derecho que impartió on line durante el curso 2019-2020 en la Universidad de Catanzaro, es decir, durante el tiempo de pandemia. Las clases se grabaron y posteriormente se volcaron al papel, de manera fiel en relación con lo dicho en clase, por Rosario Paradiso. Todo ello recuerda de alguna manera a los textos de Norberto Bobbio que en realidad incluían los cursos impartidos por el maestro de Turín⁴. Esta circunstancia explica el estilo fresco del libro, en el que hay reenvíos frecuentes a otras partes de libro y en donde se incluyen referencias culturales que trascienden el estricto discurso iusfilosófico. En efecto, la filosofía del Derecho de Massimo La Torre es una filosofía “cultural” del Derecho. El Derecho es considerado como un elemento de la realidad cultural y social (p. 47). Eso explica por qué debe entenderse en el marco de contextos y discursos más amplios, que lo trascienden pero que contribuyen a dotarlo de sentido. Pensemos, por ejemplo, en las referencias que en el libro se hacen a la tensión entre el racionalismo y el romanticismo y a sus derivaciones en relación con la comprensión del Derecho; o en las referencias a Pascal, Montaigne y Descartes, que permiten dotar de sentido al concepto de autoridad (pp. 104 y ss.); o en la consideración que se hace de

² Es el que reivindican Maggie BERG y Barbara K. Seeber en *The Slow Professor. Desafiando la cultura de la rapidez en la academia*, traducción de B. Jiménez Villar, Universidad de Granada, 2022. Y también Gustavo ZAGREBELSKY, *La lezione*, Einaudi, Torino, 2022.

³ Entre las múltiples referencias, M. C. NUSSBAUM, *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*, trad. de M. V. Rodil, Katz, Madrid, 2010; J. LLOVET, *Adiós a la universidad. El eclipse de las humanidades*, trad. de A. Fuentes, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2011; N. ORDINE, *L'utilità dell'inutile*, Bompiani, Milano, 2013.

⁴ Muchos de los cuales están siendo reimpresos en la collana *Bobbiana* que dirige el prof. Tommaso Greco en la editorial Giappichelli.

UNA FILOSOFIA, NO TAN FRAGIL, DEL DERECHO

Spengler, Mann o Frazer; o en la poesía *Law like Love* de Auden. Todo esto, además de mostrar el acervo cultural de La Torre, muestra también el valor cultural del Derecho, su consideración como un producto cultural. Así, comparte espacio con otras manifestaciones de la actividad humana, como el arte, la música, la literatura. En ese contexto debe ser entendido. Una comprensión del Derecho aislada de ese contexto deja atrás elementos y dimensiones que contribuyen a dotarlo de sentido en el ámbito de lo humano. De la misma manera que una conceptualización del Derecho centrada exclusivamente en su dimensión lingüística posiblemente desconoce otras dimensiones que permiten entender la naturaleza del Derecho en su voluntad ordenadora del mundo humano.

Pero, más allá de la relevancia de esta dimensión cultura del discurso de La Torre, lo cierto que es su propuesta se nos presenta como una filosofía “frágil” del Derecho. Así, la primera inquietud que le surge al lector del libro es la que tiene que ver con el sentido de esa fragilidad. Situados como estamos en el ámbito de la filosofía, podríamos sospechar que esa fragilidad tiene que ver con la actitud con la cual nos aproximamos a las cuestiones filosóficas, en este caso iusfilosóficas. Ciertamente, la fragilidad no va a tener que ver con la falta de convicción con la que se defienden ciertas tesis en relación con el Derecho. Y, por supuesto, tampoco tiene que ver con la debilidad predicada de un cierto pensamiento propuesto desde planteamientos posmodernos.

Y es que la alusión a la fragilidad en la elección del subtítulo del libro tiene su importancia, pues condiciona la actitud del lector y sus expectativas en relación con lo que ese lector se va a encontrar. En este caso la referencia a la fragilidad da cuenta del problema que se aborda y de las consecuencias que derivan del planteamiento del problema. La filosofía del Derecho de Massimo La Torre gira en torno a la reflexión sobre el sentido de la norma. Creo que plantear en el título una alusión al sentido de la norma es bien expresivo del tipo de filosofía del Derecho que nos encontramos en Massimo La Torre, dirigida al análisis de los problemas nucleares desde el punto de vista iusfilosófico. La filosofía del Derecho es un saber muy peculiar. A caballo entre la filosofía y el Derecho, se presenta como un ámbito con confines no siempre bien definidos, al menos si se compara con la certeza con

la que identificamos otras aproximaciones al Derecho, señalando lo que forma parte de ellas y lo que se sitúa extramuros de esos ámbitos de saber. Por poner un ejemplo, sabemos qué forma parte del Derecho penal (entendido como ciencia jurídica) y cuándo un penalista sitúa su discurso en ese ámbito. Esto no quiere decir que dicho discurso no se nutra de elementos que provienen de una enriquecedora multidisciplinariedad; pero en todo caso podemos tener una mínima certeza a la hora de incluir un discurso en el ámbito de la ciencia penal.

Esto dista bastante de lo que ocurre en la filosofía del Derecho. Me parece que tomarse en serio la filosofía del Derecho implica asumir algún tipo de compromiso con su objeto y con sus responsabilidades. Esto es singularmente más importante en un ámbito en el que, como he señalado, los confines no parecen bien definidos. Es algo que se puede concluir tras la lectura de los índices de las revistas de nuestra área de conocimiento, al menos en ciertos contextos. En este sentido no deberíamos olvidarnos nunca del problema ontológico radical en nuestro ámbito, que es el del concepto de Derecho. Ese es el núcleo de la filosofía del Derecho. Disponer de un concepto de Derecho parece un paso imprescindible, previo al abordaje de otras temáticas comenzando por los problemas del conocimiento y evaluación del propio Derecho. Lo que determina el lugar de determinadas propuestas y reflexiones en el ámbito de la filosofía del Derecho es la mayor o menor relevancia en relación con el problema central. Y esta mayor o menor relevancia es algo que en ocasiones es difícil detectar en un contexto caracterizado por el “*periferismo*” que parece caracterizar a algunas de las investigaciones que se producen en el interior del gremio iusfilosófico. A lo que cabe añadir que, de la misma manera que no todo aquello que escribe un filósofo del Derecho es ya por ello filosofía del Derecho, tampoco hace falta pertenecer al gremio institucional de la filosofía del Derecho para proponer tesis relevantes desde el punto de vista iusfilosófico. La atención que en el libro se presta a un internacionalista como Koskenniemi es buena muestra de ello. En todo caso, una reflexión sobre el sentido de la norma como la que se propone en el libro no tiene, en este sentido, nada de periférico.

UNA FILOSOFIA, NO TAN FRAGIL, DEL DERECHO

Pero regresemos a la fragilidad de la que nos habla Massimo la Torre en el subtítulo del libro. Posiblemente esa fragilidad puede tener sentido desde una doble perspectiva. La fragilidad es una cuestión, para empezar, que tiene que ver con la actitud con la que uno se aproxima a la discusión iusfilosófica; actitud caracterizada por una “*renuncia alla assolutezza non dialogica*” (p. 7), es decir por una continua predisposición al contraste de ideas y a la comparación crítica de posiciones. Así, una filosofía frágil se opondría a una filosofía “robusta”, o “fuerte”, derivando esta fortaleza no de la solidez de sus tesis sino de la descalificación de las alternativas frente a las posiciones propias. La fragilidad no tiene que ver con renunciar a la verdad. Esto, que es especialmente relevante en tiempos de posverdad, situaría la reflexión más allá de los confines de la filosofía, desde el momento en que la participación en la aventura filosófica implica necesariamente un compromiso con la idea de verdad. La permanente predisposición a la consideración de la validez de las tesis diferentes o contrarias permite considerar el discurso filosófico como un discurso siempre inacabado. Y además como un discurso prudente, abierto a la consideración de la propia falibilidad.

Pero, además, la fragilidad tiene que ver con el objeto de la filosofía del Derecho. Aquí hay dos cuestiones importantes que, de modo relacionado entre sí, condicionan la reflexión del profesor La Torre y la estructura del propio libro: el concepto y la práctica del Derecho. Por una parte, y aquí estamos de lleno en el ámbito ontológico, el Derecho no se presenta como una realidad preexistente a nuestra aproximación, de la que captamos las características a partir de las cuales construimos una definición. Es decir, el Derecho “non ha una «natura» precedente al suo concetto” (p. 7). Muy al contrario, es algo cuyo concepto se construye en la misma aproximación al mismo; más bien, en la propia vivencia del mismo: es en la práctica del Derecho en donde se construye su concepto. Por eso la filosofía del Derecho debe estar atenta a la práctica del Derecho. En este caso en el libro se emprende una estrategia que consiste en asumir una perspectiva amplia; esto es, identificar el espacio de la práctica con un determinado modelo jurídico político. Ese modelo, que es el constituido por el constitucionalismo, no es escogido al azar:

su pertinencia tiene que ver con el hecho de que constituye el contexto que en términos generales determina nuestra experiencia jurídica.

El modelo constitucionalista, como cualquier otro, condiciona por tanto la práctica del Derecho. Dicha práctica, y el punto de vista interno asumido por el participante, permite construir el concepto de Derecho. En este punto hay que ser bien conscientes de que los modelos de Derecho y las prácticas relacionadas con los mismos son plurales. Es decir, las experiencias humanas vinculadas a la participación en esa práctica no son únicas, unidireccionales. Por tanto, el concepto de Derecho –a diferencia de lo que piensa Joseph Razno es único desde el momento en que el Derecho carecería de esencia. Esta es una de las dimensiones de esa fragilidad de la que hemos hablado, desde el momento en que la propuesta conceptual de la filosofía del derecho nunca va a ser final e indiscutida. O, dicho de otro modo, es expresión de lo complejo del trabajo del filósofo del Derecho. Y cuando hablo de complejidad, estoy pensando en la dificultad de su quehacer; dificultad provocada precisamente por las características del objeto con el que trabaja: el Derecho.

La dificultad de la conceptualización del Derecho, de un lado, y su conexión con la práctica, de otro, son los dos aspectos que condicionan la estructura del libro. Esto es algo que ya se anuncia desde el principio: en una primera parte, se aborda la cuestión de la discusión sobre el concepto de Derecho como práctica social y de la perspectiva cognitiva más adecuada para entender dicha práctica social. En una segunda parte, se aborda la cuestión de la justicia constitucional, desde el momento en que se considera un elemento definitorio del modelo constitucional en el que se desarrolla la práctica del Derecho.

En la primera parte del libro, Massimo La Torre aborda el problema ontológico, la cuestión del concepto de Derecho. Como he señalado, aquí estamos en el corazón de la filosofía del Derecho; o, al menos, de una determinada forma de entender la filosofía del Derecho. En este sentido, hay una tesis principal que condiciona el posterior desarrollo del discurso: el Derecho es una práctica. En efecto, no estamos frente a una realidad que nos precede y de la cual, al intentar definirla, pretendemos captar su esencia: el Derecho carece de una naturaleza precedente a su concepto (p. 7).

UNA FILOSOFIA, NO TAN FRAGIL, DEL DERECHO

En realidad, esta circunstancia es el origen del conflicto en el que está instalada la filosofía del Derecho. A la hora de conceptualizar el Derecho, carecemos de una referencia indiscutida, al contrario de lo que ocurre en otras aproximaciones a la realidad, en otros ámbitos de la ciencia. En nuestra tarea de conceptualización del Derecho, no podemos encontrarnos con una realidad cuya existencia y caracterización no dependa de nuestra concepción sobre la misma. La relevancia de la distinción entre el concepto de Derecho y la concepción desde la cual nos aproximamos al mismo es bien subrayada a lo largo del libro. Eso es lo que explica que no podamos hacer algo así como una visita a un museo del Derecho. Es decir, imaginar un espacio en cuyas salas nos encontramos vitrinas tenuemente iluminadas con un objeto en su interior acompañado de una inscripción: norma jurídica, derecho subjetivo, relación jurídica, matrimonio, hipoteca, enfiteusis. Nos referimos a instituciones jurídicas que son lo que son, a realidades que forman parte del popperiano “mundo 3” (p. 32), que tienen un significado determinado a partir de la concepción desde la que nos aproximamos a las mismas en el marco de una práctica social. La norma jurídica, y por supuesto el Derecho, no tiene magnitudes, no podemos identificar su longitud, su anchura o su profundidad, lo cual no quiere decir que no exista y que no incida en la realidad. Si no existiera, sería imposible comprender, dotar de sentido a determinadas prácticas o a determinadas situaciones sociales: desde un matrimonio, pasando por la firma de una escritura notarial, o por el régimen penitenciario, hasta una jornada electoral. Carecemos de la certeza que acompaña la actividad del biólogo, del químico, del físico; ellos pueden trabajar, tienen que trabajar, con un ámbito de la realidad que está ahí: la célula, la molécula, la partícula. Su esencia preexiste al conocimiento y a la identificación y descripción de esta. Y dicho conocimiento no está condicionado por determinadas concepciones de la célula, la molécula, la partícula. Su esencia preexiste al conocimiento y a la identificación y descripción de la misma. Y dicho conocimiento no está condicionado por determinadas concepciones; concepciones que sí pueden condicionar el uso de esa realidad. En resumidas cuentas, la relevancia que las concepciones tienen en el trabajo del jurista no se da, al menos en la misma medida, en otros contextos: así como es importante, respecto a la consideración del

objeto de atención, ser jurista, positivista o iusnaturalista, no parece que lo sea –en su ámbito la ideología del químico, a la hora de identificar su objeto de trabajo, la molécula.

Así, tenemos por un lado la identificación del Derecho con una práctica, con algo que está en perenne elaboración; por otro, la diferencia, y al mismo tiempo relación, entre concepto y concepción. A partir de estas dos premisas podemos reconocer la relevancia práctica de la filosofía del Derecho desde el momento en que constituye el ámbito en el que se procede a la conceptualización del Derecho. La dimensión práctica de la conceptualización del Derecho es un punto que merece ser subrayado. Así, frente a un discurso descalificador y desconfiado respecto a la utilidad y a la relevancia de la filosofía del Derecho (discurso cuya responsabilidad tiene que buscarse en muchas ocasiones en el interior de las filas y unas filosóficas y en el tipo de discurso que desde éstas se ha ofrecido a la sociedad), lo adecuado es reconocer la incidencia práctica de la filosofía del Derecho. Y ello al menos en un doble sentido. Por una parte, qué duda cabe de que de la identificación de un concepto de Derecho se derivan consecuencias prácticas. Disponer de un concepto de Derecho es una exigencia de la participación en el juego del Derecho, en el discurso jurídico. Por otra parte, la conceptualización no consiste en la captación de una esencia, sino que es el resultado, presupone, la participación en una práctica social.

En un determinado momento del libro, Massimo La Torre hace alusión a la miseria y a la grandeza del Derecho (p. 57), para referirse a la intervención del Derecho en la realidad. Y desde el momento en que el Derecho es expresión de una determinada filosofía del Derecho (*“il diritto è la sua filosofia”*, p. 89), hay que reconocer la incidencia práctica también de la filosofía del Derecho. A partir de ahí, estamos en presencia de la situación dramática en la que se encuentra la filosofía del Derecho: *“ciò che pratichiamo come diritto dipende da ciò che concepiamo come diritto. La pratica del diritto dipende dalla concettualizzazione che le diamo”* (p. 89). De ahí el carácter interminable de la reflexión filosófica sobre el concepto de Derecho al que

se refiere Hart en el inicio de *The Concept of Law*; conceptualización que se considera una “*persistent question*”⁵.

Evidentemente, el carácter complejo e interminable de la reflexión sobre el concepto de Derecho no es una justificación, o una excusa, para no perseverar en dicha tarea. No debe serlo. Al contrario, la conceptualización (y justificación) del Derecho es una responsabilidad, con consecuencias teóricas y prácticas, a la que la filosofía del Derecho no puede renunciar. La estrategia que asume Massimo La Torre pasa por varios hitos. En efecto, partiendo de la distinción entre ley natural y ley jurídica, *physis* y *nomos* (pp. 13 y ss.), explora la distinción entre hechos naturales y hechos sociales (pp. 28 y 29). Todo ello, asumiendo a von Wright, Weber y Winch como referencias. Este itinerario le permite llegar a una distinción principal, la referida a los hechos brutos y a los hechos institucionales, y a aquella – propuesta por Searle entre reglas regulativa y reglas constitutivas (p. 46) El que conozca la trayectoria intelectual de Massimo La Torre sabe del peso que estas distinciones tienen en su concepción del Derecho, en la que el institucionalismo de MacCormick y Weinberger ocupa un lugar importante⁶.

Pero hay dos elementos que, en mi opinión, complementan el concepto de Derecho que asume Massimo La Torre. La consideración del Derecho como práctica en la que se participa justifica la prevalencia del punto de vista interno (“*si può avere diritto senza punto di vista esterno, ossia senza l’osservatore, ma non senza il punto di vista interna del partecipante*”, p. 45). A lo que hay que añadir su crítica a la concepción del Derecho como fuerza. Esta tesis forma parte de su arsenal argumentativo contra el positivismo jurídico, o contra algunas manifestaciones el mismo, tal y como ha mostrado en obras anteriores⁷. En este aspecto, Massimo La

⁵ Vid. H. L. A. HART, *The concept of Law*, second edition, Oxford University Press, 1994, p. 1.

⁶ Vid. M. LA TORRE, “«Esistenzialismo» e istituzionalismo”, en C. BONGIOVANNI, G. PINO, C. ROVERSI (eds.), *Che cosa è il diritto. Ontologie e concezioni del giuridico*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 115-157.

⁷ Vid. M. LA TORRE, *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Leo S. Olschki, 2020.

Torre es perfectamente coherente con la distinción entre concepto y concepción, de un lado, y con la consideración del Derecho como praxis, de otro: “*In realtà, poichè ciò che facciamo all'interno di una prassi sociale dipende da ciò che crediamo di fare in quella certa pratica, se si ritiene che il diritto sia violenza, il diritto allora sarà necessariamente violenza*” (p. 89). La consideración del momento sancionador como algo “periférico” alejado por tanto del momento central de lo que es el Derecho, y la opción por un modelo normativista (el Derecho es norma) frente a otro imperativista (el Derecho es mandato) permitiría detectar la proximidad, en este punto, de la propuesta de Massimo La Torre con otras, como la de Tommaso Greco, basadas en la crítica del modelo antropológico en el que descansa lo que él considera el maquiavelismo jurídico y en la defensa de una comprensión horizontal del Derecho⁸. Y, al mismo tiempo, marca las distancias entre su propuesta y aquellas otras que subrayan la relevancia del elemento fuerza, coerción, en una visión sancionadora del Derecho⁹.

Como señalaba anteriormente, el esquema del libro es coherente con la tesis de fondo defendida por Massimo La Torre: el concepto de Derecho depende (está condicionado) por la participación en una práctica. Eso justifica la atención que en la segunda parte del libro se presta al constitucionalismo y a la justicia constitucional, entendida como como “*riflessione istituzionalizzata su ciò che è diritto*” (p. 233). La práctica de ese hecho social que es el Derecho y la participación en el mismo no se pueden imaginar en términos asépticos y descontextualizados. Los modelos jurídico-políticos condicionan la práctica y la participación. Esta circunstancia parece especialmente relevante, pues ella se derivan consecuencias en torno a la posibilidad de un concepto “general” de Derecho. En efecto, la práctica del Derecho siempre se va a realizar en el interior de un modelo jurídico, que es el que define la experiencia jurídica. Y si a través de la práctica conceptualizamos el Derecho, deberíamos llegar a la conclusión de que el modelo jurídico condiciona

⁸ Vid T. GRECO, *La legge della fiducia*. Alle radici del diritto, Laterza, Bari, 2021.

⁹ Vid. F. SCHAUER, *The Force of Law*, Harvard University Press, Harvard, 2015; A. PINTORE, *Coercizione e diritto*, *Mimesis*, Milano, 2023.

el concepto. ¿Ello nos obliga a concluir que hay tantos conceptos de Derecho como modelos jurídicos y que, por ejemplo, el constitucionalismo, y su práctica, conceptualiza, a su modo, el Derecho, ¿a diferencia de lo que ocurre en otros entornos?

El contexto constitucionalista nos permite presenciar lo que podríamos considerar la filosofía del Derecho “en acción”; o, si se prefiere, la “*rilevanza pratica della filosofia del diritto*” (p. 142). En efecto, el modelo constitucional es un magnífico laboratorio para someter a consideración las cuestiones esenciales de la filosofía del Derecho. En ese sentido, puede ser analizado como una manifestación de la tensión entre razón y voluntad. Esta tensión –a la que se pueden reconducir en su sentido problemas que la filosofía del Derecho viene planteándose tradicionalmente, como el de las relaciones entre el Derecho, la moral y el poder–, se reproduce en el caso de la justicia constitucional: sintéticamente, la razón de los derechos de la Constitución, frente a la voluntad de las mayorías y del parlamento¹⁰.

Pero la práctica del constitucionalismo permite considerar otros aspectos básicos de la filosofía del Derecho, a través de los cuales se articula un concepto de Derecho. Pensemos, por ejemplo, en la discusión entre Kelsen y Schmitt en relación con quien debe ser el guardián de la Constitución, a la que en el libro se presta atención. Es evidente que la cuestión afecta a la relación entre juez y legislador y a la posición relativa de ambos operadores jurídicos en el modelo. La intervención del juez en la garantía de la Constitución, que quizás en su origen puede verse como un “*colpo di stato giudiziario*” (p. 152), debería dejar de ser considerada como tal, desde el momento en que el juez que determina la constitucionalidad de la ley, lo hace en el ejercicio de las competencias conferidas por el sistema. Ello, más allá de posibles excesos criticables. Pero, en todo caso, la discusión sobre el custodio de la Constitución tiene consecuencias prácticas. Preguntarse por el guardián de la Constitución supone plantear el problema de la garantía de la libertad. No estamos frente a meras consecuencias lógicas de la jerarquía de la Constitución. Es, antes que eso, un postulado político: el de la limitación del poder. Me parece que es la

¹⁰ Sobre la cuestión me he detenido en F. J. ANSUATEGUI ROIG, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid, 2013.

tesis que asume Massimo La Torre al reivindicar un punto de vista sustancial, según el cual no se trata solo de defender la Constitución porque es la norma suprema, sino por el imperativo de defender los derechos que se recogen en ella. Lo cual – podemos añadirsupone operar con un específico concepto de Constitución (que se puede entender a partir de lo establecido en el artículo 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789) y también con un concepto de democracia sustancial (que, junto a la regla de las mayorías, incluye el reconocimiento y garantía de los derechos, internalizando, por tanto, la idea de límite al poder).

La discusión entre Kelsen y Schmitt permite considerar gestiones básicas en la filosofía del Derecho: la distinción entre sistemas estáticos y dinámicos, la relación entre producción y aplicación del Derecho, o la contraposición entre el normativismo y el decisionismo, por señalar algunos. De la misma manera, esas cuestiones también surgen en otros debates que Massimo La Torre recorre en esta segunda parte del libro. Por ejemplo, el debate entre Alexy y Ferrajoli; o aquel otro entre Alexy y Günther. Este recorrido permite también valorar el estado actual de la discusión filosófica. Y vuelve a demostrar que el constitucionalismo constituye un verdadero caldo de cultivo para la filosofía del Derecho. Pensemos, por seguir con algunos ejemplos, en la capacidad que tiene el modelo constitucional a la hora de evidenciar la naturaleza argumentativa del Derecho y de poner sobre la mesa las potencialidades legitimadoras de la argumentación. O en la discusión sobre el lugar óptimo para la realización de la razón pública (ciudadanía y parlamento versus tribunales). O en el hecho de que el “Derecho sobre el Derecho” que propone el modelo constitucional, no debe confundirse con un “Derecho contra el Derecho” (p. 205). Esta distinción, para Massimo La Torre, no fue considerada por el positivismo jurídico del siglo XIX: “*se il diritto può avere qualunque contenuto, evidentemente può anche negare se stesso*” (p. 205). Y esa es la causa, o una de las causas, de la crisis del positivismo jurídico¹¹.

¹¹ Vid. M. LA TORRE, *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, cit.

UNA FILOSOFIA, NO TAN FRAGIL, DEL DERECHO

En todo caso, la problemática de la justicia constitucional se presenta como un ejercicio de reflexión sobre lo que es el Derecho. Por lo tanto, es un lugar óptimo para la filosofía del Derecho y el espacio en el que el juez constitucional se presenta -dworkinianamente (Dworkin se considera “il nume tutelare del corso”, p. 303) como un auténtico filósofo del Derecho. En este punto, se evidencia la diferencia entre el legislador y el juez. Si el primero “*no riflette sul diritto, cioè non è implicato in una pratica auto-riflessiva istituzionalizzata sul diritto che esso stesso produce*” (p. 234), dicha función corresponde al segundo. Esta diferencia tiene todo el sentido en presencia de un giro pragmático de la teoría del Derecho que se constata a partir principalmente de Hart, y que permite concluir, recordémoslo de nuevo, que “*il diritto è un concetto che si può determinare soltanto a partire dalla prospettiva di chi opera nella prassi del diritto*” (p. 286). El desafío, entonces está en identificar esa praxis y a sus protagonistas. De esa manera tendremos ante nosotros un concepto más extenso (o democrático) de Derecho, a partir de la participación de la ciudadanía en el Derecho y de la conciencia que aquella tiene de éste; o bien un concepto más restringido, derivado exclusivamente de la práctica de los operadores jurídicos entre los que, sin duda, el juez va a tener un protagonismo claro, y más en el modelo constitucional. El problema, por tanto, no es el de la definición del Derecho sino el de saber quién es el sujeto que define (o que debe definir) el Derecho.