

Carla Faralli, *La filosofía del Derecho contemporánea. Los temas y desafíos*, trad. de Santiago Perea Latorre, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, 152 pp.

por Édison Toro Calderón *

Resulta complejo abordar textos de filosofía del Derecho sin tener esa preocupación de saber a qué se está enfrentando uno, si a una historia de las ideas iusfilosóficas o a una interpretación de los pensamientos de los autores consagrados o, en fin, a una nueva manera de conceptualizar el siempre presente problema de qué es el Derecho o en qué se fundamenta la existencia misma de la ciencia jurídica, todo dentro de este mundo extraño y complicado que abarca esta materia. No es común encontrar académicos ecuatorianos intere-

sados en explorar abismos conceptuales y científicos desde el plano filosófico, y menos si tenemos en cuenta lo que el profesor colombiano Diego López Medina ha develado en su *Teoría impura del Derecho*, respecto a los problemas en la recepción de la teoría jurídica en países periféricos como el nuestro sin tradición iusfilosófica importante.

Sin embargo, y con el objetivo de romper ese ostracismo de pensamiento que a veces nos invade, siempre será valioso enfrentar textos como el que ahora me permito comentar. Debo aclarar que estas reflexiones y puntualizaciones no se producen desde el conocimiento especializado de la filosofía del Derecho, sino desde la inquietud intelectual que esta materia empieza a provocarme.

Carla Faralli, profesora italiana, propone una mirada más que completa de las ideas teóricas esgrimidas por los más importantes filósofos, no solo del Derecho, que se han interesado en darle una explicación y fundamento a la existencia de la ciencia jurídica y a su función social. Lo interesante de esta propuesta no radica en lo que queda señalado, sino en que la autora lo hace partiendo de la crisis del positivismo verificada desde la década de 1960 en Europa. Nótese cómo esto ya puede causar un conflicto en quien se aproxima a esta obra: no es fácil aceptar que las ideas jurídicas desde el positivismo formalista, diríamos clásico, con el que todos los abogados nos formamos –el que pone en evidencia la autora para señalar su declive doctrinario–, deba ser superado en la estructuración de una fundamentación del derecho. Pero tampoco es dable cerrar los ojos y no aceptar el nuevo paradigma constitucional, no inaugurado en nuestro país con la Constitución discutida en

* Asesor de la Vicepresidencia de la República del Ecuador y docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Montecristi, como equivocadamente se cree, y no dejar apertura a la discusión de *nuevos* pensamientos e ideas en nuestro medio, que no obstante, en los sitios de producción con tradición y cultura jurídica principal ya vienen siendo analizadas y, aún más, polemizadas, como vamos a tener oportunidad de examinar.

En la Introducción, titulada convenientemente “La crisis del positivismo jurídico”, Faralli empieza estableciendo que la edad contemporánea de la iusfilosofía parte, precisamente, desde la crisis del positivismo en su versión *hartiana*, a finales de la referida década de los años 60 del siglo anterior, y anuncia la inutilidad de la distinción clásica entre iusnaturalismo, iuspositivismo y iusrealismo, vigente durante muchos años en las discusiones teóricas. Pero inmediatamente aclara que no es que se han perdido o no se han reinventado las doctrinas del derecho natural o del positivismo o de la filosofía jurídica con apertura a la realidad, sino que, como veremos, se han actualizado, y sus propuestas son las que en la *contemporaneidad* se discuten. En este sentido, el ámbito temático de la iusfilosofía denota una notable ampliación a tópicos que, junto a las problemáticas tradicionales, constituyen el centro de análisis de la filosofía del Derecho, conjugada ahora con la filosofía moral, con la filosofía política y con las ciencias sociales y aún con las exactas.

Aclaremos junto a la autora que la crisis anunciada es del modelo formalista, si se quiere de corte kelseniano, no porque este jurista, quizás el más importante del siglo XX, no haya dejado su impronta en el mundo del derecho occidental, sino porque la propia dinámica jurídica y las aberraciones que la aplicación de un derecho puramente formalista produjo sobre todo en Europa, han hecho que se replantee la fundamentación y estructura del derecho. “El debate contemporáneo ha puesto en crisis los dos presupuestos sobre los cuales reposaba el positivismo jurídico, determinando la apertura de la filosofía del derecho, por un lado, hacia el mundo de los valores ético-políticos y, por el otro, hacia el mundo de los hechos” (p. 13). De ahí que las corrientes del constitucionalismo contemporáneo hayan producido ese debate, aún latente en los sitios de producción primaria y novedoso en los sitios de recepción, como nuestro país. Es pertinente esta aclaración, desde mi punto de vista, porque el positivismo también ha sido reformulado y no creo que pueda pensarse que se repele con las escuelas así llamadas constitucionalistas.

Ha quedado señalado que Faralli no pretende hacer juicios de valor sobre el aporte al pensamiento jurídico de los autores que hace desfilan en su libro. Hace, por el contrario, una por demás interesante descripción de las principales ideas a partir de la tantas veces repetida crisis iuspositivista, que parece plasmarse en su inicio con la polémica entre Herbert Hart y Ronald Dworkin, por la que este último puso en debate la separación del derecho y la moral, principal tesis de los positivistas. Para Dworkin, el primero que elabora su teoría a partir de la existencia de los *principles* que, junto a las *rules*, conforman el sistema normativo; el Derecho debe

ser concebido como interpretación e integridad, y cuya filosofía del Derecho se abre a la filosofía política y a la filosofía moral.

En esta imagen panorámica aparecen autores como MacCormick y Weinberger, con sus elaboraciones *neoinstitucionalistas*, contestatarios también del modelo iuspositivista que había prescindido igualmente en su modelo teórico de la realidad. Para estos autores será importante el reconocimiento del derecho como un hecho institucional.

También como contestación al positivismo jurídico decadente la obra de John Rawls aporta con la idea de un nuevo *contractualismo* hipotético, por el que los individuos en una situación de racionalidad, libertad e igualdad eligen los principios que deben regir su convivencia social, sus derechos y sus deberes.

Se dijo en líneas superiores que el ámbito temático de la discusión iusfilosófica contemporánea se amplía a temas ignorados en la etapa anterior. Pero también es cierto que los puntos de preocupación tradicionales también vuelven a ser tratados pero desde otra dimensión. Así la justicia, los derechos fundamentales, la imparcialidad o neutralidad del Estado, aderezadas con nuevos aspectos, incluso desde una perspectiva del derecho internacional, como los derechos de las minorías culturales, el multiculturalismo, los derechos de los animales, el derecho del medio ambiente, los derechos del nasciturno, la eutanasia, etc., empiezan a ser analizados con otros enfoques teóricos.

Hago desde ya la advertencia respecto a que Faralli, sumado al análisis descriptivo de autores y teorías, hace valer su nacionalidad al incluir un repaso a las principales tesis iusfilosóficas italianas que han emprendido en la temática sugerida. Así pasarán en primer término el célebre maestro Norberto Bobbio y el no tan conocido Uberto Scarpeili, ambos matriculados en la escuela positivista, que, no obstante, harán explícita su crítica ante la insuficiencia de su propuesta, haciendo que el primero explore la filosofía política y el segundo reniegue de su formación original.

En el capítulo primero, “La apertura de la filosofía del derecho a los valores ético-políticos”, la italiana distingue en esta corriente teórica dos vertientes: las llamadas teorías constitucionalistas, y nuevo iusnaturalismo. En las primeras incluye nombres –algunos con gran implicancia en América Latina–, que han criticado el legalismo, si bien válido en su momento, inadecuado para solventar todos los problemas jurídicos presentes en la sociedad, reconociendo el “incremento de complejidad de la estructura normativa de los sistemas constitucionales contemporáneos, que es ligada a la introducción de los principios y a la diferencia de estos con las reglas” (p. 28), como ya lo había propuesto Dworkin. Así nos señala los aportes de los alemanes Robert Alexy y R. Dreier. En esta teoría, los nombres más celebrados,

también en nuestra región han sido los de Dworkin y Alexy (este con una fuerte aceptación en la jurisdicción constitucional colombiana), quien incorporó a su construcción teórica planteamientos filosóficos de Jürgen Habermas y del propio profesor norteamericano. Una de las tesis centrales de su teoría consiste en darles preeminencia a los derechos fundamentales construidos en clave de principios, donde lo importante no es su validez, como en la construcción formalista, sino su peso frente a otros principios en colisión con aquellos.

En el mismo sentido resulta interesante saber, en opinión de Farelli, que estas teorías que ponen en su centro el proceso de *constitucionalización* del Derecho, aún no consolidadas, tienen denominaciones que en nuestra región hemos tomado como verdaderas escuelas jurídicas: neoconstitucionalismo (Barberis), teorías constitucionalistas (Bongiovanni) y teorías *principalistas* (García Figueroa).

En una concepción teórica opuesta a Alexy y Habermas está Niklas Luhman. Si bien dentro de la corriente del derecho con apertura a principios ético-políticos, este sociólogo propone la teoría de los sistemas donde la fuente de validez del derecho es el sistema del derecho mismo.

Gratificante resulta encontrar también en este repaso del pensamiento filosófico-jurídico contemporáneo al argentino Carlos Santiago Nino, quizás el más importante teórico del derecho latinoamericano, quien bajo una crítica al positivismo formalista, acerca la moral al Derecho para darle contenido al Derecho positivo.

También debe considerarse a Luigi Ferrajoli en esta corriente filosófica, quien advierte el retardo del derecho italiano en aceptar las tesis constitucionalistas en el análisis del derecho. Se suma a esto, como queda dicho, Uberto Scarpelli quien se declaró “un creyente en la ley y defensor de positivismo jurídico bastante arrepentido” (p. 39).

Ferrajoli, quien se matricula también en el paradigma constitucional, no abandona el positivismo. Lo que deja atrás es su variante formalista, pero considero personalmente que el positivismo que aún pervive en su pensamiento es aquel basado en valores, una suerte de positivismo axiológico, si se me permite el término. Pero la autora comentada lo ubica en estas corrientes, de manera pertinente, por sus planteamientos sobre todo en derecho penal y *garantismo* jurídico.

Por otro lado, la nueva teoría del derecho natural, a partir de la posguerra, plantea un renacimiento de sus ideas con Gustav Radbruch. Interesante resulta la reseña que hace Faralli respecto a la polémica teórica entre Hart y Lord Devlin a partir de la discusión sobre la represión penal de la homosexualidad y de la prostitución en Inglaterra, en los años 50. Las dos tesis que se contraponen son el liberalismo, de la mano del positivista Hart, y el moralismo jurídico de Devlin, modelo teórico que tiene en Lon Fuller, otro de sus alentadores.

Quizás el mayor exponente del nuevo iusnaturalismo sea John Finnis, quien propone la tesis del “auténtico florecimiento humano”, que identifica “siete bienes fundamentales, no deducibles y no demostrables, los cuales están llamados a presidir toda valoración moralmente relevante de la conducta de los hombres” (p. 44) –no puedo evitar hacer una relación con nuestro *sumak kawsay*, lo que puede resultar interesante de investigar–. Con esto Finnis llega a la valorización de una moral pública. Otros nombres que aparecen son Alasdair MacIntyre, Michael J. Sandel y Michael Walzer.

Faralli, finalmente, anota en pie de página la mención de que desde el liberalismo se viene construyendo una teoría iusnaturalista. Punto de interés para emprender en una profundización teórica.

El segundo capítulo, “La apertura de la filosofía del Derecho a los hechos”, tratará, como ya se infiere, de la filosofía del Derecho con apertura a la realidad, o llamado, también realismo jurídico. Contiene, en un primer apartado, los planteamientos teóricos de los ya referidos Neil MacCormick y Ota Weinberger, neoinstitucionalistas reaccionarios al positivismo de tradición kelseniano-hartiana.

En Italia, por su parte, en la misma corriente, aparecen Silvana Castignone, Riccardo Guastini y Enrico Pattaro, con fuertes influencias, no del realismo norteamericano, sino de su variante escandinava, luego de la teorización hecha por Luigi Bagolini y Giovanni Tarello.

En un segundo grupo de pensadores se agrupan los exponentes de los *Critical Legal Studies*, por un lado; el análisis económico del derecho; y, el movimiento feminista, por el otro, con su variante de reivindicación racial.

Los *Critical Legal Studies*, con orígenes en la Facultad de Leyes de Harvard, reúne nombres de la talla de Roberto Mangabeira Unger, Robert W. Gordon, Morton J. Horwitz, Duncan Kennedy y Mark Tushnet. Su punto central, con influencia marxista, es el deconstruccionismo.

El análisis económico del derecho, con base en el utilitarismo de Benthan y Mill, tiene de referentes a Roscoe Pound y sobre todo al juez federal Richard Posner, Ronald Coase y Guido Calabresi. Esta teoría combina una ética normativa liberal, una filosofía pragmática y un modelo de investigación económico. En últimas, lo que se busca al dar una solución jurídica es obtener el mayor beneficio económico posible.

Lo que pretenden las teorías feministas es el trato igualitario y la reivindicación del trato especial, lo que conocemos como acciones afirmativas. Estas teorías se combinarán con las de reivindicación racial y producirán sus propias teorizaciones. Nombres como Carol Smart, Carol Gilligan, Catharine Mackinnon y Minda, Derrick Bell, Richard Delgado y Patricia Williams son representantes de uno y otro movimiento.

Un tercer capítulo, “Los estudios sobre el razonamiento jurídico”, nos trae a exponer toda la edificación de la teoría del Derecho a partir de la argumentación. En este orden de ideas no es raro que se repitan alusiones a las obras de Robert Alexy, por ejemplo, quien para solventar sus razonamientos acude a la argumentación para suplir el problema de la subjetividad en la solución de problemas jurídicos. El profesor alemán utiliza las teorizaciones de Aarnio y Peczenik para su teoría de argumentación jurídica basada en el razonamiento práctico. Un argumento será válido si ha sido conducido respetando determinadas reglas racionalmente justificadas, dirá el profesor alemán.

No es más exclusiva de la argumentación, la lógica formal. Se recurrirá también a la dialéctica para dar validez a la argumentación jurídica. Esto lleva a concluir que existen procesos de interpretación no ortodoxos.

Adicional a estos planteamientos se muestra una forma de entender e interpretar el derecho: a partir de la literatura. Hay dos corrientes, por un lado, el “Derecho en la Literatura”; y, por otro, “Derecho como Literatura” o “Literatura en el Derecho”. En apariencia novedosa y hasta curiosa forma de llegar a la ciencia jurídica, pero en nuestro medio ya ha habido académicos con una metodología jurídica con influencia literaria. ¡Cómo no traer a colación a Ramiro Ávila y su Principito en la visibilización de los derechos fundamentales! Faralli menciona a Stanley Fish, Owen Fiss, Sanford Levinson y al propio Ronald Dworkin.

El cuarto capítulo, “Los estudios de lógica jurídica”, incluye nociones de interpretación del derecho a partir del estudio del lenguaje, con conceptos como el de “*completud*” y “coherencia”. Estamos frente al razonamiento jurídico pero desde una perspectiva de la lógica formal. Como exponentes mencionemos a otro latinoamericano, Carlos Cossio, quien a partir de traernos a Kelsen a América Latina, basó su trabajo en estas teorías; y a Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin, Genaro Carrió y Roberto Vernengo. Además está Arend Soeteman, y el ya mencionado Ota Weinberger.

Finalmente, con un sugestivo título, el capítulo quinto se constituye, desde mi criterio, en un aporte fundamental: *Nuevas fronteras para la filosofía del derecho*. La autora señala que en las últimas tres décadas la vida social se ha transformado dando lugar a nuevos planteamientos jurídicos. Para ella, el derecho debe enfrentar tres fronteras:

- a) Tecnologías informáticas (resulta interesante el planteamiento de la autora en este aspecto sobre la inteligencia artificial y su aplicación al derecho, no solo con programas aplicativos de tono práctico sino como verdaderos programas lógicos de solución de problemas jurídicos, y en la distinción entre informática jurídica y derecho de la informática);

- b) Bioética, que es, parafraseando a Van Renssealer Potter, “el tentativo de utilizar las ciencias biológicas para mejorar la calidad de la vida, y vincula su razón de ser a la necesidad de formular una nueva ética que esté en condiciones de garantizar la supervivencia de la humanidad a través de un estrecho diálogo entre ciencias biomédicas y ciencias humanas” (p. 108);
- c) Multiculturalismo, donde el planteamiento de Joseph Raz resulta harto pertinente en nuestro medio, sin descuidar que su sitio de producción teórica es Europa.

He tratado de señalar en líneas generales cómo la autora va recorriendo el pensamiento filosófico del Derecho contemporáneo, puntualizando las principales ideas que una primera lectura de la obra de la italiana me permite. Seguramente con relecturas necesarias se descubrirán nuevos aportes de la profesora italiana. Y es que eso tiene de validera su obra: permite no solo el acercamiento de nuevos estudiosos interesados en la materia sino que *La filosofía del derecho...* se convierte en una suerte de guía o mapa conceptual que llevaría al investigador ya formado a las profundidades del pensamiento iusfilosófico actual. A esto coadyuva la vastísima y completa bibliografía con la que corona el libro, que incluye todos los autores y las ideas señaladas en el recorrido en el que nos lleva Carla Faralli.

Agradable resultó abordar ideas por fuera de la concepción tradicional de que el derecho se fundamenta únicamente en Hans Kelsen y su pirámide normativa, que, por otro lado, ni es de Kelsen ni es pirámide. Estas ideas sin duda abrirán la perspectiva de enfrentar nuestra ciencia para poder cimentar su aplicación práctica en la vida social.

Addy Mazz y Pasquale Pistone, coord., *Reflexiones en torno a un Modelo Latinoamericano de Convenio de Doble Imposición*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2010, 311 pp.

por Pablo Villegas
Landázuri*

Sostiene Mauricio Plazas Vega, en la presentación del libro, que el jurista de hoy afronta el complejo y difícil reto de aproximarse al Derecho a partir del mundo y no desde el limitado espacio de su país. En el campo tributario, la biografía del espíritu del mundo impone el deber de adentrarse en el Derecho internacional y en el Derecho comunitario como parte fundamental de nuestras disquisiciones y reflexiones. Enfatiza que: “Ya no es posible pensar en el impuesto sobre la renta ni en el impuesto sobre el valor agregado (i.v.a.), los dos tributos tradicionalmente

más importantes en los países, desde la simple óptica de la ley nacional”.¹

La necesidad de adoptar criterios comunes en materia de fiscalidad internacional ha sido motivo importante de estudio para el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT), desde las Primeras Jornadas Latinoamericanas (Montevideo, 1956) hasta las VII Jornadas (Caracas, 1975). En este sentido, en las XXIII Jornadas Latinoamericanas del ILADT (Córdoba, Argentina, 2006) el Consejo Directivo presentó un proyecto para elaborar un modelo de convenio multilateral contra la doble imposición para Latinoamérica.

Dicho proyecto contemplaba dos fases; en la primera, la comisión de trabajo, integrada por Antonio Hugo Figueroa (Argentina), Jacques Malherbe (Bélgica), Pasquale Pistone (Italia) y Heleno Taveira Torres (Brasil), se encargó de redactar y presentar un modelo de convenio en las XXV Jornadas Latinoamericanas (Cartagena de Indias, 2010); en la segunda, tiene el objetivo de transponer las cláusulas del modelo latinoamericano en los convenios para evitar la doble imposición (CDIs) de los países latinoamericanos con el resto de países del mundo, durante las XXVI Jornadas Latinoamericanas² que se celebrarán en el mes de septiembre del presente año en Santiago de Compostela.

* Experto jurídico en temas de fiscalidad internacional, funcionario de la Dirección Nacional de Gestión Tributaria del Servicio de Rentas Internas del Ecuador.

1. Addy Mazz y Pasquale Pistone, coords., *Reflexiones en torno a un Modelo Latinoamericano de Convenio de Doble Imposición*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2010, p. 6.
2. ILADT, “Prolegómenos al Comentario del Modelo de Convenio para América Latina”, en Natalia Quiñones Cruz, coord., *Modelo ILADT de Convenio para evitar la doble imposición en América Latina. Modelo multilateral*, Bogotá, ICDT, ILADT, 2010, p. 14.