

# Scritti in onore di Patrizia Borsellino

*a cura di*

**Lorena Forni, Silvia Salardi e Michele Saporiti**



**G. Giappichelli Editore – Torino**

## INTRODUZIONE

Questo volume nasce dalla comune volontà di rendere un omaggio corale ad una Studiosa, Patrizia Borsellino, alla cui Scuola abbiamo avuto l'onore e la fortuna di formarci.

Nell'arco di più di quarant'anni di studi, riflessioni e intenso impegno civile, Patrizia Borsellino ha fornito un contributo prezioso al dibattito filosofico-giuridico e bioetico italiano, sviluppando in modo del tutto originale molte delle intuizioni dei Suoi Maestri e ponendo le basi perché nuove generazioni di studiosi potessero ampliare il campo d'indagine verso sentieri poco battuti ed altri non sufficientemente esplorati.

Sempre attenta alle opzioni etico-politiche alla base delle scelte legislative e alle ricadute sociali ad esse collegate, Patrizia Borsellino ha saputo conciliare la propria vocazione scientifica e didattica con una rara sensibilità civica, che l'ha portata nel corso dei decenni a profondere energie per cause civili, forse ancor prima che intellettuali, nella convinzione che ognuno di noi debba sempre fare la sua parte, quale componente di una società liberale e democratica.

Non è questa la sede per tentare di rendere conto, nemmeno in modo conciso, della sua articolata biografia intellettuale, che abbraccia quasi mezzo secolo di storia. Lasciamo questo delicato compito ai contributi degli amici, colleghi e sodali che hanno avuto l'opportunità di incontrare e apprezzare questa Maestra di eccezionale profondità, generosità e intelligenza, e che ringraziamo per aver accettato il nostro invito.

Questo volume non chiude un percorso, ma dà solo conto di quanto Patrizia Borsellino potrà insegnarci ancora. Esso non è che una delle tante tappe nel cammino di una Studiosa che ha sempre onorato il lascito dei suoi Maestri e valorizzato con cura i contributi dei Suoi colleghi.

Non crediamo, allora, di prenderci eccessiva libertà nel volerLe esprimere la più profonda gratitudine, anche a nome di tutti gli Autori di questo volume, per aver rappresentato e per continuare a rappresentare una Voce autorevole, una Intellettuale coraggiosa, una infaticabile Studiosa.

Alla Maestra Borsellino va, infine, il ringraziamento dei Suoi allievi, per questo tratto di strada che abbiamo avuto la fortuna e il piacere di percorrere al Suo fianco, e per l'ulteriore cammino che ci farà l'onore di voler proseguire insieme.

Lorena Forni, Silvia Salardi, Michele Saporiti



# EL CONSTITUCIONALISMO INCOMPLETO DE UBERTO SCARPELLI

*Francisco Javier Ansuátegui Roig\**

SOMMARIO: 1. Premisa. – 2. Las integraciones del positivismo. – 3. ¿Un constitucionalismo sin derechos?

## 1. *Premisa*

En alguna ocasión anterior he dedicado atención a algunos extremos del pensamiento de Uberto Scarpelli. En un trabajo que a estas alturas claramente puede considerarse como un trabajo de juventud, me dediqué a analizar algunos planteamientos críticos con el positivismo jurídico, o con algunas versiones del mismo, que se podían encontrar en las aportaciones de Gustavo Zagrebelsky y Uberto Scarpelli<sup>1</sup>. Aquel trabajo era el resultado de mis primeros encuentros con el debate iusfilosófico italiano en torno al positivismo, sobre el que se discutía en términos de crisis, y posiblemente de crisis definitiva<sup>2</sup>. A lo largo del tiempo, he conservado el interés por los planteamientos de Scarpelli sobre el positivismo, sobre los que se han desarrollado interesantes debates y reflexiones<sup>3</sup>, si bien en

---

\*Departamento de Derecho Internacional Público, Derecho Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho/Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba. ORCID: 0000-0002-6899-2857. Agradezco a Francesco Riccobono, Francesco Mancuso, Adrián Rentería, Thomas Casadei, Tommaso Greco y a María del Carmen Barranco los comentarios efectuados a una primera versión del trabajo; y a Emilio D’Orazio el haberme facilitado el acceso a cierta bibliografía.

<sup>1</sup>Vid. F.J. ANSUATEGUI ROIG, *¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli* in *Derechos y Libertades*, n° 2, 1993-1994, pp. 113-151.

<sup>2</sup>Vid. M. JORI, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milano: Giuffrè, 1987. Y el comentario que Patrizia BORSELLINO dedicó al libro de Jori: *Crisi definitiva per il giuspositivismo analitico italiano?* in *Notizie di Politeia*, anno 4, n° 12, 1988, p. 31 y ss.

<sup>3</sup>En este caso la referencia imprescindible es la constituida por el debate en torno su libro *Cos’è il positivismo giuridico*, celebrado en Pavia a principios de mayo de 1966 y que se recoge en *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, Quaderni della Rivista “Il Politico”, n° 4, Milano: Giuffrè, 1967. Y también L. GIANFORMAGGIO, M. JORI (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano:

ocasiones se han señalado razones de la poca discusión crítica acerca de la obra de Scarpelli, que tendrían que ver, de un lado, con una lectura errónea de sus tesis por parte de los filósofos no analíticos que creen ver un supuesto certificado de defunción del positivismo jurídico y, de otro, con la desconfianza de los juristas positivos, los operadores jurídicos, ante una teoría que presuntamente pone en entredicho la objetividad del Derecho que les genera confianza y seguridad<sup>4</sup>. Me parece que esos planteamientos han constituido una referencia en la evolución del positivismo jurídico italiano que tanta influencia – a través, en un primer momento, de la recepción del pensamiento de Norberto Bobbio y Renato Treves, aunque no sólo-, ha desarrollado en la evolución de la filosofía del Derecho española a partir del último cuarto del siglo XX. No obstante, lo cierto es que la reflexión directa sobre los planteamientos de Scarpelli tampoco ha sido muy abundante y extensa en el ámbito español<sup>5</sup>. A la hora de explicar esta circunstancia, podemos manejar dos hipótesis: por una parte, creo que el reconocimiento del valor de las ideas de Scarpelli de alguna manera ha podido sufrir el hecho de que las tesis de su maestro Norberto Bobbio se hayan entendido como la referencia básica en el desarrollo de esa influencia; por otra, el hecho de que, posiblemente como consecuencia del contexto jurídico y político español en buena parte de la segunda mitad del pasado siglo, el desarrollo de los planteamientos positivistas no tuvo un ritmo comparable al que se vivió en Italia. El homenaje a Patrizia Borsellino es una buena ocasión para retornar a Uberto Scarpelli, su maestro, y para volver a explorar el potencial de alguna de sus propuestas referidas a la mejor forma de entender el positivismo jurídico.

En este sentido, mi intención es centrar la atención en algunas cuestiones

---

Giuffrè, 1997; y P. BORSELLINO, S. SALARDI, M. SAPORITI (a cura di), *L'eredità di Uberto Scarpelli*, Torino: Giappichelli, 2014.

<sup>4</sup>Vid. M. JORI, *Uberto Scarpelli e il giuspositivismo*, introd. a U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano: Edizioni di Comunità, 1965, pp. 24-25. En el mismo sentido A. RENTERIA, *El iuspositivismo político-ideológico de Uberto Scarpelli y los principios del Derecho*, en *Derechos y Libertades*, n° 42, 2020, pp. 186-187. A. SCHIAVELLO se ha referido a la heterodoxia de los planteamientos de Scarpelli en *La lungimirante "eterodossia" del positivismo giuridico di Scarpelli*, en *Notizie di Politeia*, n° 73, 2004, pp. 77-89.

<sup>5</sup>Entre las excepciones podemos citar E. GARCIA MAYNEZ, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, México: UNAM, 1986, p. 42 y ss.; la monografía de F. MORALES LUNA, *La filosofía del Derecho de Uberto Scarpelli. Análisis del lenguaje normativo y positivismo jurídico*, pról. de M. Jori, Madrid: Marcial Pons, 2013; y el artículo de A. RENTERIA, *El iuspositivismo político-ideológico de Uberto Scarpelli y los principios del Derecho*, ya citado. Hubo que esperar hasta 2001 para contar con una traducción castellana del libro de Scarpelli: *¿Qué es el positivismo jurídico?*, trad. de J. Hennequin, Puebla: Editorial Cajica, 2001. En 2020 y 2021 han aparecido traducciones castellanas en Chile (ed. Olejnik) y en Perú (ed. Zela), respectivamente. Adrián Rentería reunió algunos artículos incluidos originariamente en *L'etica senza verità* en U. SCARPELLI, *Etica jurídica sin verdad*, México: Fontamara, 2007, e incluyó la traducción del artículo "El método jurídico" en la recopilación *Filosofía analítica y filosofía del derecho en Italia*, Ed. Cajica, Puebla, 2005, pp. 47-66. L. HIERRO es consciente del injusto olvido de las tesis de Scarpelli en *¿Por qué ser positivista?*, in *Doxa*, n° 24, 2002, p. 272.

específicas. Mario Jori ha puesto de relieve las “dos grandes ideas” de Scarpelli. Por una parte, la que tiene que ver con la revolución prescriptivista en el marco de su reflexión sobre la semiótica del lenguaje prescriptivo. En segundo lugar, la referida a la justificación político-moral del positivismo jurídico<sup>6</sup>. Lo que me interesa en esta ocasión es analizar determinadas consecuencias que se pueden derivar de los últimos escritos de Scarpelli en relación con el positivismo jurídico, en los que se presentan algunas tesis que permitirían aproximar a Scarpelli a algunos planteamientos constitucionalistas<sup>7</sup>. El «*diritto dei giudici fondato sui principi*»<sup>8</sup> del que nos habla en alguno de sus últimos escritos dedicados al tema parece compartir elementos con el Derecho del constitucionalismo. Ello no implica desconocer la importancia de la contribución de Scarpelli al desarrollo de la filosofía del Derecho analítica, en la senda inicial marcada por Bobbio a partir de su artículo seminal, *Scienza del diritto e análisis del linguaggio*<sup>9</sup>. Me limitaré a apuntar que una de las razones del interés de la aproximación analítica de Scarpelli consiste precisamente en compaginar la exigencia metodológica de claridad y la consideración de que la limpieza del lenguaje es el requisito de cualquier discusión teórica con el reconocimiento de que el análisis del lenguaje y la reflexión filosófica no constituyen fines en sí mismos, sino que su finalidad es la de abordar y guiar las cuestiones éticas, políticas, jurídicas, y las elecciones que se llevan a cabo en relación con las mismas. En definitiva, un análisis orientado a la praxis y no puro ejercicio intelectual<sup>10</sup>. Así, Mario Jori ha vinculado la rigurosidad y claridad del lenguaje en Scarpelli a un «*ideale terapeutico*», reconociendo la dimensión instrumental de esa claridad<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> Vid. M. JORI, *Uberto Scarpelli tra semántica e pragmática del diritto*, en L. GIANFORMAGGIO, M. JORI (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, cit., pp. 447-448.

<sup>7</sup> P. BORSELLINO destaca la anticipación de Scarpelli en relación con el paradigma constitucionalista en “Uberto Scarpelli filosofo attuale”, P. BORSELLINO, S. SALARDI, M. SAPORITI (a cura di), *L’eredità di Uberto Scarpelli*, cit., p. 11.

<sup>8</sup> U. SCARPELLI, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, in *Rivista di filosofia*, vol. LXXVIII, n° 1, aprile, 1987, p. 14.

<sup>9</sup> Vid. N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2/1950, pp. 342-367.

<sup>10</sup> Vid. S. ZORZETTO, *La filosofia analítica di Uberto Scarpelli. Dall’analisi del linguaggio valutativo ai principi della bioética*, in *Biodiritto*, 3/2012, p. 126.

<sup>11</sup> M. JORI, *Scarpelli, giurista e filosofo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1994, pp. 182-183.

## 2. Las integraciones del positivismo

Voy a tomar como referencia de mi reflexión en este momento la última parte de *Cos'è il positivismo giuridico*, el capítulo XIII presentado como conclusiones. Me parece que este capítulo contiene bastante más que unas simples conclusiones, ya que adelanta planteamientos a los que el autor volverá 20 años después y que posiblemente permiten hablar de un segundo Scarpelli. En este sentido, hablar de un segundo Scarpelli no implica sólo hacer alusión a la parte de su obra en la que desemboca en la bioética (y en la que ciertamente se reflejan planteamientos metaéticos articulados a lo largo de su obra), sino tomar también en consideración un cierto replanteamiento de las iniciales tesis presentadas en el libro de 1965.

En realidad, esta parte puede ser interpretada como una presentación de la estrategia a través de la cual Scarpelli quiere hacer frente a determinadas críticas derivadas de la consideración de su positivismo como positivismo ideológico<sup>12</sup>. Scarpelli intenta hacer frente a esas críticas a través, como veremos, de determinadas correcciones o integraciones, que permitirían considerar su posición más como un ejemplo de ideología positivista que de positivismo ideológico<sup>13</sup>. Como es sabido muchos de los reproches dirigidos al positivismo ideológico tienen que ver con su dificultad de justificar planteamientos críticos respecto al Derecho positivo.

El capítulo conclusivo de *Cos'è il positivismo giuridico* se abre con una cita de Pio XII, que Scarpelli toma como referencia para aludir a aquellas posiciones que establecen vínculos entre el positivismo y el absolutismo de Estado. Me parece que esa cita tiene todo el sentido si pensamos, por una parte, en un pensador laico que quiere identificar bien las posiciones críticas con su propuesta; y, por otra, si lo que se quiere es mostrar uno de tantos renacimientos del Derecho natural<sup>14</sup>.

Scarpelli identifica adversarios a los que el positivismo jurídico tiene que hacer frente: el iusnaturalismo, y tres manifestaciones del totalitarismo como

<sup>12</sup> Vid. la intervención N. BOBBIO en *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, cit., p. 73. También, A. CATANIA, *Definizione del diritto e positivismo giuridico nel pensiero di Uberto Scarpelli*, introd. a U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., pp. 16-21.

<sup>13</sup> Vid. A. RUIZ MIGUEL, *Positivismo ideológico e ideología positivista*, en J.A. RAMOS PASCUA, M.A. RODILLA GONZALEZ (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 463.

<sup>14</sup> Mauro BARBERIS ha identificado una serie de “renacimientos” del Derecho natural a partir del siglo XIX, que van más allá de la discusión que se desarrolla tras la Segunda Guerra Mundial, y que se pueden identificar con la Escuela Científica de Geny, la doctrina de la naturaleza de las cosas, el neiusnaturalismo de Radbruch, la propuesta de Fuller sobre la moral interna del Derecho, John Finnis y el neoconstitucionalismo, e incluso con Rawls. Vid. *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Bologna: il Mulino, 2004, pp. 37-44.

son el marxismo, el nazismo y el fascismo. Pero también en el ámbito liberal el positivismo jurídico encuentra críticas, que tienen que ver con la «*trasfigurazione del diritto inglese di formazione giudiziaria*»<sup>15</sup>, que constituiría el ámbito en el que se realizarán los valores de la sociedad y un derecho históricamente natural. Para Scarpelli, más allá de los problemas que se derivan del trasplante de los elementos básicos de un modelo, el anglosajón, con un espíritu diferente, lo cierto es que la referencia a la figura del juez, es un elemento compartido por planteamientos contrarios al positivismo jurídico, como el realismo.

Pero, en todo caso, las críticas al positivismo jurídico son expresión de la crisis en la que se encuentran los postulados profundos en los que se basa la propuesta positivista. Esos postulados tienen que ver con la confianza en la razón como referencia de acuerdo con la cual se puede organizar de manera estable (con mecanismos que van desde las leyes generales y abstractas hasta los códigos) la vida del hombre y de la sociedad. Es explícita la profesión de fe de Scarpelli en la capacidad de la razón (cuya función no es la de describir un orden, sino la de crearlo) a la hora de someter a la voluntad. Esa confianza ilustrada en la razón tiene que hacer frente a determinados factores que certifican su crisis, desde aquellos que recurren a una voluntad y a un orden divinos, a aquellos otros que ven en la historia no tanto un criterio metodológico que permite conocer y comprender a los hombres, cuanto una regla de acción que debe determinar los comportamientos de los individuos.

Pero la crisis de la razón está acompañada por la crisis del Estado. Y desde el momento en que a lo largo de *Cos'è il positivismo giuridico* Scarpelli ha mostrado la conexión entre positivismo jurídico y Estado moderno, esa crisis afecta al positivismo jurídico. En su interior, el Estado es el escenario de un cada vez mayor reconocimiento de esferas de discrecionalidad en las que se reduce la operatividad de las normas generales y abstractas. La fragmentación normativa implica la existencia de «*infinite leggi e leggine, disordinate, confuse, cambiate e ricambiate, una giungla di norme ove nemmeno lo specialista entra sicuro: se nei codici la ragione celebra i suoi fasti, la legislazione speciale di un stato contemporaneo sembra talora il delirio di una mente impazzita*»<sup>16</sup>.

Scarpelli presenta una definición unitaria del positivismo jurídico, frente a propuestas, como las de Bobbio y Hart, que identifican distintas versiones o tesis componentes del mismo. Va a ser la interpretación política del positivismo jurídico la que permita afrontar las críticas de un modo más ventajoso que la interpretación científica, cuya superación caracteriza la propuesta de Scarpelli. La opción por una interpretación política no tiene la comodidad de las certezas que acompañan al científico del Derecho, pero permite entrar de lleno en la disputa en torno a los conceptos principales de una cultura. Esa es la función de

---

<sup>15</sup> U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., p. 137.

<sup>16</sup> U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., p. 140.



la filosofía con la que el positivismo jurídico propuesto por Scarpelli se compromete.

Es la interpretación política del positivismo jurídico la que permite abordar dos críticas: la de que el positivismo jurídico es imposible y la de que el positivismo jurídico es perjudicial. Con estos rótulos, Scarpelli se está refiriendo a críticas que proceden de planteamientos realistas, en el primer caso, y de planteamientos iusnaturalistas, en el segundo.

Desde las filas del realismo se señala que el positivismo jurídico es prisionero de una ilusión, la que consiste en pensar en la norma más allá de lo que ocurre en los tribunales. Para Scarpelli estos planteamientos suponen definir el Derecho a partir de determinadas situaciones patológicas, que son precisamente aquellas en las que intervienen los jueces. En realidad, frente a la posibilidad de pensar en un modelo rígido y perfecto de Derecho, que funciona como una máquina, Scarpelli propone pensar en el Derecho como una institución humana. La conciencia de sus imperfecciones permite articular las relaciones jurídicas de acuerdo con las exigencias de la seguridad y la certeza, lo cual va a exigir un convencimiento sobre el valor de la seguridad jurídica y de la existencia de una cierta estabilidad y constancia en los significados de las normas.

Pero además, señalan los críticos, el positivismo jurídico es perjudicial. Para Scarpelli, si se esconde la opción política que implica el positivismo, se puede ceder terreno a la crítica que lo relaciona con la aceptación acrítica de normas con contenidos injustos e inmorales, como las que establecían la persecución racial, por ejemplo. Pero dicho planteamiento supone para Scarpelli no reconocer el papel que tiene la conciencia individual a la hora de juzgar las normas. Para Scarpelli la crítica desde la que el iusnaturalismo evalúa el Derecho positivo no se articula desde la libre conciencia individual, sino por un conjunto de contenidos y valores objetivos y universales, que se presentan como preexistentes al individuo. La propuesta iusnaturalista supone una negación de una tesis central para Scarpelli: *«la base di ogni struttura etica regionale rimane sempre in una scelta totalmente libera: onde il corollario importantissimo che ogni struttura può essere modificata e reformata e anche rovesciata in condizioni nuove»*<sup>17</sup>. El sacrificio que el iusnaturalismo supone para la libertad, para la libre elección de los valores, hace que aquel no pueda asumir la relación entre libertad y razón.

Para Scarpelli es importante explicitar la opción política que implica el positivismo jurídico. Pero las opciones políticas pueden ser asumidas o no dependiendo de determinadas condiciones. Es aquí donde se presentan las dos condiciones que permiten la aceptación del positivismo jurídico; son condiciones que, como vamos a ver más adelante, constituyen la vía de apertura de las

---

<sup>17</sup> U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., p. 148.

tesis de Scarpelli a desarrollos futuros. Son dos condiciones que deben entenderse como respuesta a planteamientos críticos a los que el positivismo jurídico debe hacer frente, y que marcan diferencias con otros autores en los que el ideal de racionalización neo-ilustrada del positivismo no se explicita<sup>18</sup>.

En efecto, Scarpelli propone dos integraciones del positivismo jurídico: la integración democrática y la integración constitucionalista. La primera pretende encarar los planteamientos que señalan que el positivismo jurídico facilita el sometimiento a la voluntad de quien gobierna y elabora las leyes. La alternativa consiste en reivindicar el carácter democrático de los procedimientos y de los órganos legislativos. De esta manera, «*la soggezione al diritto positivo può essere allora intesa come fedeltà alle leggi che la società dà a se stessa in armonia con i propri valori*»<sup>19</sup>. La integración democrática del positivismo jurídico lo hace compatible, así, con el ideal del autogobierno<sup>20</sup>.

La integración constitucionalista pretende hacer frente a la crítica que señala que el positivismo jurídico facilita que el poder pueda afectar, a través de sus decisiones, a los aspectos básicos y estructurales del modelo jurídico-político. Situar en el nivel constitucional estos aspectos básicos (entre los que se encuentran los “derechos subjetivos principales”), articulando mecanismos específicos referidos a la reforma de las normas constitucionales y asegurando que las normas legislativas respeten las normas constitucionales, son estrategias tendentes a garantizar que la expresión máxima de la fidelidad al Derecho sea precisamente la fidelidad a la constitución.

Integración democrática e integración constitucionalista permiten al positivismo jurídico presentarse como una respuesta a lo que Scarpelli considera «*il problema liberale*»: ¿cómo es posible defender la riqueza de las diversas elecciones, su transformación y la convivencia entre todas ellas, frente a la reivindicación de lo absoluto proclamada por el iusnaturalismo y el historicismo? La respuesta es la del Estado moderno entendido como Estado de Derecho, constitucional y democrático.

Una de las virtudes de Scarpelli es tener bien presente la realidad jurídica, política, social, cultural que han de constituir el marco en el que se ha de aplicar sus propuestas, no entendidas como «*verità perenni*»<sup>21</sup>. Y lo que observamos es que la transformación de esa realidad tiene un efecto en sus propuestas, en las que se constata una evolución. Una evolución que le lleva a abandonar, o por lo

---

<sup>18</sup> Así lo señala C. LUZZATTI, refiriéndose a Kelsen, en *La norma in bilico*, en GIANFORMAGGIO, M. JORI (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, cit., p. 573.

<sup>19</sup> U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., p. 149.

<sup>20</sup> Y demuestra, a sensu contrario, el carácter contingente del vínculo entre positivismo jurídico y democracia. Vid. G. PINO, *Principios, ponderación, y la separación entre Derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos*, en *Doxa*, n° 34, 2011, p. 212.

<sup>21</sup> U. SCARPELLI, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, cit., p. 12.

menos a matizar, planteamientos básicos de su inicial propuesta sobre el positivismo.

En efecto, el contexto en el que Scarpelli está pensando a la hora de elaborar su propuesta sobre el positivismo jurídico está caracterizado por la preminencia de la ley general y abstracta (vinculada a un discurso sobre la certeza, la libertad y la igualdad, que el propio Scarpelli articula a través de Hobbes, Montesquieu y Rousseau) y por el código, caracterizado en este caso por una estructuración lingüística y por la inmanencia de los principios<sup>22</sup>. En 1987 publica *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, en donde constata, con la ayuda de la idea de descodificación propuesta por Natalino Irti<sup>23</sup>, que ese contexto ya no existe. El nuevo contexto es el protagonizado por los principios entendidos como normas abiertas al futuro, encaminadas a justificar decisiones a través de la argumentación. Aquí nos encontramos con algunas aperturas o reformulaciones que demuestran, como ya se ha señalado, que el pensamiento de Scarpelli está abierto a la transformación en función de la transformación de los contextos jurídicos.

En unos de los últimos trabajos que Scarpelli dedicó a la cuestión del positivismo jurídico<sup>24</sup>, explicita sus divergencias con Bobbio (divergencias que por otra parte ya se habían expuesto en el coloquio de Pavia) y algunas líneas de transformación de sus propios planteamientos. Scarpelli reitera las ventajas, frente a la división bobbiana<sup>25</sup>, de una definición unitaria del positivismo jurídico como ideología. Bobbio presenta una interpretación científica del positivismo y Scarpelli no niega la posibilidad de una aproximación científica al Derecho (es «*un ideale epistemologico da perseguire*»<sup>26</sup>), pero la cuestión es que ese no es el ideal que debe perseguir el jurista. Es un ideal para el que se aproxima al Derecho desde un punto de vista externo, que es la perspectiva desde la cual se formulan teorías empíricas, proponiendo hipótesis que se pueden verificar o no. Uno de los puntos centrales de la propuesta de Scarpelli en relación con el positivismo jurídico es el que consiste en afirmar que el jurista se aproxima al Derecho desde un punto de vista interno. Determinar qué es el Derecho implica una elección, no es una cuestión de mera observación de un

---

<sup>22</sup> U. Scarpelli subraya la dimensión racionalizadora de los principios en *Un modello di ragione giuridica: il diritto naturale razionale*, en C. FARALLI, E. PATTARO (eds.), *Reason in Law*, vol. I, Milano: Giuffrè, 1987, pp. 247-262.

<sup>23</sup> Vid. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, III ed., Milano: Giuffrè, 1989.

<sup>24</sup> U. SCARPELLI, *Il positivismo giuridico rivisitato*, en *Rivista di filosofia*, vol. LXXX, n° 3, dicembre 1989.

<sup>25</sup> Que constituye una referencia básica en la caracterización del positivismo, aunque sea para criticarla (vid M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Dejemos atrás el positivismo jurídico*, en J.A. RAMOS PASCUA, M.A. RODILLA GONZALEZ (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, cit., p. 767.

<sup>26</sup> U. SCARPELLI, *Il positivismo giuridico rivisitato*, cit., p. 469.

objeto cuya existencia es empíricamente identificable. Y esa elección es política. Este planteamiento ya era claro en *Cos'è il positivismo giuridico*, pero Scarpelli reconoce que tuvo que haber profundizado más en él poniendo de relieve que el carácter ideológico del positivismo jurídico no tiene que ver sólo con la propuesta, justificación y enmascaramiento de una norma fundamental, sino también con el enmascaramiento de una metodología vinculada a determinados valores.

Por otra parte, Scarpelli reconoce su ingenua confianza en la democracia liberal y en el papel de la ley, y en las capacidades del legislador a la hora de atender a los intereses generales con amplitud de miras. La ingenuidad no justifica, en opinión de Scarpelli, un arrepentimiento por haber defendido una teoría ilustrada de la ley; en todo caso, la ingenuidad ha dado paso a una desilusión provocada por la constatación de los rasgos del modelo y de las consecuencias de la crisis de la ley, que permite hablar más que de una *età della decodificazione*, de una *età della delegificazione*<sup>27</sup>. La descomposición de la ley tiene como consecuencia una ampliación de los poderes de los jueces, y en particular de los jueces constitucionales en lo que, en opinión de Mario Jori, no supone renegar de sus planteamientos iniciales sino un cambio de política del Derecho<sup>28</sup>.

En todo caso, lo interesante es poner de relieve que Scarpelli reconoce la necesidad de recurrir a un «*utile correttivo della democrazia in direzione liberale*»<sup>29</sup>. La confianza en una visión ilustrada de la ley se sustituye por la confianza en élites judiciales que permiten pensar en una integración aristocrática de la democracia, que tendría que añadirse a las dos integraciones, democrática y constitucionalista, a las que se refería al final de *Cos'è il positivismo giuridico*. Es interesante en este punto considerar como esta confianza en los jueces, en los que se deposita la responsabilidad de corregir la democracia, dificulta marcar una conexión entre el positivismo scarpelliano y desarrollos posteriores, como los de Tom Campbell o Jeremy Waldron que, propugnando un positivismo normativo, prescriptivo o ético, profesan una desconfianza en relación con los mecanismos de garantía jurisdiccional de la constitución, basando en este argumento algunas de sus críticas al constitucionalismo<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 473.

<sup>28</sup> Vid. M. JORI, *L'illuminismo giuridico di Scarpelli*, en *Notizie di Politeia*, n° 71, 2003, p. 13. P. BORSELLINO se refiere a la posibilidad de que el "arrepentimiento" positivista de Scarpelli conduzca a un iusnaturalismo sociológico en *Morale, diritto e positivismo giuridico nel pensiero di Uberto Scarpelli*, en L. GIANFORMAGGIO, M. JORI (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, cit., p. 165.

<sup>29</sup> U. SCARPELLI, *Il positivismo giuridico rivisitato*, cit., p. 475.

<sup>30</sup> Vid. T. CAMPBELL, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot: Dartmouth, 1996; ID., *El sentido del positivismo jurídico*, trad. de A. Ródenas, *Doxa*, n° 25, 2002, pp. 303-331; ID., *El sentido del positivismo jurídico (II): el positivismo jurídico prescriptivo como un derecho humano*, trad. de J.A. Pérez Lledó, *Doxa*, n° 27, 2004, pp. 27-44; J. WALDRON, *Normative (or Ethical)*

### 3. ¿Un constitucionalismo sin derechos?

Principios, jueces, democracia, constitución ... Todos son alusiones a los elementos del escenario constitucionalista. Por cierto, un escenario que ya parecía identificar Bobbio cuando en 1967, en su trabajo *Essere e dover essere nella scienza giuridica* señalaba: «È noto che una delle direzioni in cui si evolve la scienza del diritto nei paesi a diritto codificato è l'apertura verso il diritto giudiziario. L'altra direzione appena cominciata, ma destinata a far sentire il suo peso anche nella teoria generale, è quella che conduce a prender coscienza, soprattutto negli ordinamenti a costituzione rigida, della funzione non solo interpretativa ma integrativa e creativa dei principi»<sup>31</sup>. En todo caso, la cuestión que nos podemos plantear es hasta qué punto Scarpelli puede considerarse incluido entre la nómina de filósofos del Derecho que se concentran en el modelo constitucionalista a la hora de elaborar su teoría<sup>32</sup>. Ello, con una cautela inicial: la valoración positiva que las aproximaciones (neo)constitucionalistas hacen de los ordenamientos jurídicos contemporáneos<sup>33</sup> no se produce necesariamente en el caso de Scarpelli, cuyas propuestas de integración no implican una valoración de esos ordenamientos, aunque parten de una descripción de los mismos. En todo caso, por lo que se refiere al contexto, no surgen demasiadas dudas. Pero me parece que en la propuesta de Scarpelli falta un elemento imprescindible cuando se habla de constitucionalismo: me refiero a la centralidad de los derechos.

El constitucionalismo, entendido como un modelo encaminado a someter a límites jurídicos al poder, tiene su razón de ser en el reconocimiento y garantía de los derechos. Es precisamente en esta relación con los derechos en donde la organización jurídica y política presenta su carácter instrumental y artificial. Los derechos son la razón de ser del modelo y los elementos básicos del mismo deben ser interpretados a la luz de los mismos y en función de sus exigencias<sup>34</sup>.

---

Positivism en J. COLEMAN (e.), *Hart's Poscript. Essays on the Poscript to the Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 411-433. En España se ha referido a la confluencia de estas propuestas con las de Bobbio y Scarpelli R.M. JIMENEZ CANO en *Raíces continentales europeas del positivismo prescriptivo*, en F.J. ANSUATEGUI ROIG, A. IGLESIAS GARZON (eds.), *Norberto Bobbio. Aportaciones al análisis de su obra y de su vida*, Madrid: Dykinson, 2011, pp. 383-394; ID., *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 85-93.

<sup>31</sup>N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, en ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, a cura di T. Greco, Torino: Giappichelli, 2012, p. 132.

<sup>32</sup>Una posición escéptica al respecto es la de A. PINTORE, *Scarpelli e l'aristocrazia giuridica*, en *Notizie di Politeia*, n° 73, 2004, pp. 125-136.

<sup>33</sup>Vid. M. JORI, *Concezioni del diritto vecchie e nuove. Il positivismo giuridico rivisitato sullo sfondo del neocostituzionalismo*, en *Criminalia. Annuario di Scienze Penali*, 2017, p. 72.

<sup>34</sup>Vid. G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna: il Mulino, 2017, p. 17. También, ID., *In difesa del costituzionalismo dei diritti*, en *Lo Stato*, anno VI, n° 10, 2018, pp. 59-78.

Así, la idea de democracia vinculada al constitucionalismo es aquella en la que los derechos se consideran un componente conceptual. La democracia es, en este sentido, más que regla de las mayorías, participación y deliberación. Con independencia de que algunos derechos sean auténticos prerequisites de la democracia (pensemos, por ejemplo, en la libertad de expresión), lo cierto es que la relación que los derechos tienen con la democracia se explicita – entre otras cosas – en la dimensión limitativa que los primeros presentan en relación con aquella. Las decisiones democráticas lo son cuando respetan las exigencias de los derechos. Esta es la razón por la que la tensión entre derechos y democracia, implícita en el constitucionalismo, debe ser analizada en términos funcionales y no conceptuales. Pues bien, la integración democrática que Scarpelli añade a su concepción del positivismo no parece demasiado condicionada por los derechos considerados como objetivos últimos del modelo jurídico y político. Más bien, parece encaminada a someter la voluntad del gobernante en aras del autogobierno. La reivindicación es la del carácter democrático de procedimientos y órganos legislativos, pero no encontramos una alusión al carácter democrático de las decisiones condicionadas por los derechos.

Sabemos, además, que la posición y las funciones del juez han sufrido importantes alteraciones en el modelo constitucional. Una simple comparación con el juez en el que piensa el positivismo formalista, el positivismo teórico en términos de Bobbio, parece suficiente para constatarlo. Esa transformación tiene que ver con el trabajo que el juez desarrolla en relación con un Derecho cuya morfología se ha visto alterada a partir, por ejemplo, de la presencia de principios, valores, que hacen que una concepción mecanicista de la interpretación y aplicación del Derecho demuestre sus – o más bien, directamente, su inviabilidad – aumentando el rango de las posibilidades interpretativas y de las exigencias argumentativas y justificativas. Pero también tiene que ver con las funciones que el modelo encomienda al juez, vinculadas a la garantía de la constitución, a la garantía de los derechos. Por lo tanto, la nueva consideración del juez implica, en el contexto del constitucionalismo, prestar atención al papel central de los derechos. La integración aristocrática de la democracia que propone Scarpelli, y que supone reconocer al juez una posición que hasta el momento no se le había reconocido, no tiene como razón de ser, central y primera, la garantía de los derechos. Por el contrario, parece explicarse como respuesta a la transformación del modelo jurídico, caracterizado por una crisis de la ley y por la confianza en la racionalidad que puede proyectar el juez, antes que por una vinculación a los derechos.

Por otra parte, cuando el constitucionalismo plantea un modelo de constitución no piensa en una mera norma superior. La constitución del constitucionalismo es la constitución de los derechos. Eso es lo que la diferencia de otras constituciones que, con independencia de su denominación, como normas superiores son de presencia necesaria en otros modelos jurídicos que no

comparten sentido con el constitucionalismo. El constitucionalismo propone una constitución cuya función no es sólo la de establecer un modelo de organización del poder desde el punto de vista institucional, sino también la de reconocer derechos y articular mecanismos de garantía. Es aquí donde cobra sentido la referencia anterior a las funciones del juez. Pues bien, lo que se observa en la integración constitucional que plantea Scarpelli es que la misma obedece a un intento de proteger determinados contenidos respecto a la voluntad del poder, en respuesta a las críticas que puede recibir su propuesta positivista. Es cierto que a la hora de señalar qué contenidos deberían ser esos, Scarpelli hace referencia a los “derechos subjetivos principales”. Pero esta alusión parece constituir una excepción en el conjunto de su discurso. En todo caso, el sentido de esta integración constitucional no tiene tanto que ver con el blindaje de los derechos que caracteriza su presencia constitucional, considerado como un objetivo a alcanzar, sino más bien el objetivo parece ser, como señalo, el de salvar las críticas dirigidas a su modelo de positivismo y que señalan la ausencia de parapetos frente al ejercicio del poder del Estado.

Hemos señalado que en la obra de Scarpelli se pueden observar progresivas aperturas a dimensiones del constitucionalismo que no estaban, o que estaban *in nuce*, en el libro de 1965. En efecto, la conclusión a la que llega es que, pese a todo, se puede seguir considerando un positivista, más allá de arrepentimientos y desilusiones. Reconoce explícitamente que los contenidos materiales (entre los que llega a considerar el mismo derecho natural<sup>35</sup>) ingresan en el ordenamiento jurídico a través de las deliberaciones de los órganos competentes<sup>36</sup>. En definitiva, una concepción del Derecho en la que se acentúa el protagonismo de los actos de deliberación frente a los actos de voluntad y en donde el foco de atención ha pasado de la ley al ordenamiento, pudiendo identificar, junto a la dinámica que permite transitar de la ley a los principios, otra que permite hacerlo de la ley al ordenamiento. Defender un concepto de Derecho con estos instrumentos permite seguir distinguiendo lo que es Derecho positivo de lo que no lo es, lo cual constituye el objetivo del positivismo.

En fin, la posible consideración de un Scarpelli abierto al constitucionalismo debe matizarse como consecuencia del escaso papel que juegan los derechos en su modelo. El que a los derechos no se les reconozca toda la operatividad que despliegan en el modelo constitucional no debe interpretarse como una falta de compromiso de Scarpelli con los derechos. Eso conviene dejarlo bien claro. Baste recordar su posición en relación con la libertad de conciencia o su

---

<sup>35</sup> Vid. U. SCARPELLI, *Il positivismo giuridico rivisitato*, cit., p. 475.

<sup>36</sup> La cuestión sobre la posibilidad de identificar en este punto alguna semejanza con planeamientos incorporacionistas no puede ser tratada aquí. Por otra parte, la existencia de dimensiones estáticas y dinámicas en el modelo de ordenamiento propugnado por Scarpelli ha sido puesta de relieve por P. BORSELLINO, en *Morale, diritto e positivismo giuridico nel pensiero di Uberto Scarpelli*, cit., pp. 138-140.

aproximación laica – articulada a través del principio de tolerancia – a los problemas bioéticos. Me permito plantear una hipótesis final a la hora de encontrar razones que puedan justificar la no presencia explícita de los derechos en las tres integraciones que propone Scarpelli y que permitirían adecuar su propuesta positivista a un nuevo escenario bien definido por él mismo y que no deja de ser el del constitucionalismo. La hipótesis tiene que ver con el hecho de que las posiciones metaéticas de Scarpelli<sup>37</sup> quizás puedan suponer una cierta dificultad o, al menos, incomodidad, a la hora de articular un discurso explícito en relación con los derechos. Creo que hay buenas razones para reconocer que la participación en el discurso de los derechos exige un cierto objetivismo, si se quiere mínimo, sin el cual no sólo no es fácil identificar un conjunto de valores que fundamentan los derechos, sino que tampoco lo es señalar las violaciones de los derechos. Me pregunto si los planteamientos metaéticos de Scarpelli, vinculados al no objetivismo y al no cognoscitivism, pueden tener alguna responsabilidad en lo que pudiéramos considerar un constitucionalismo incompleto o débil<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup>Vid L. FERRAJOLI, *Etica e meta-etica laica nel pensiero di Scarpelli*, en *Notizie di Politeia*, n° 73, 2004, pp. 137-147.

<sup>38</sup>De acuerdo con Carlos S. NINO, es posible manejar conceptos más o menos robustos de constitucionalismo, en función de la presencia de diferentes características. El concepto débil es aquel en donde no se asume nada en relación con el aspecto sustancial de la constitución. Vid. *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de R.P. Saba, Barcelona: Gedisa, 1997, pp. 16-18.