

ENTREVISTA A MICHEL TROPER*

INTERVIEW TO MICHEL TROPER

Manuel Atienza

Universidad de Alicante
manuel.atienza@ua.es

Manuel Atienza: *Para empezar, me gustaría que trazaras para el lector de Doxa una breve biografía intelectual. ¿Cómo surgió tu interés por la filosofía del Derecho? ¿Quiénes han sido tus maestros? ¿Cómo era la universidad francesa en la que te formaste y cómo es ahora? ¿Había y hay incentivos para el estudio teórico del Derecho? ¿Cuáles han sido las principales etapas de tu trayectoria intelectual?*

Michel Troper: Llegué a la filosofía del Derecho y, por cierto, al Derecho sin más por vías indirectas. En efecto, comencé por hacer estudios de economía y de administración en *Sciences Po*, y después en el *INSEAD*. Paralelamente, estaba matriculado en la Facultad de Derecho de París que, en esta época —y hasta el final de los años sesenta— era una facultad de «Derecho y ciencias económicas». Estaba dividida en secciones de Derecho público, Derecho privado, historia del Derecho y ciencias económicas, en la que se enseñaba muy poco de Derecho. En el momento en el que me convencí de mi poca apetencia por el mundo de los negocios, se abrió una nueva vía que permitía entrar directamente, mediante un pequeño examen bastante fácil, en una formación, lo que hoy se llamaría un máster 2, en ciencias políticas. Comportaba algunas materias de Derecho que, de repente, me parecieron extraordinariamente interesantes y, sobre todo, eran seguidas por algunos doctorandos en Derecho que terminaban sus tesis y venían a completar su cultura en ciencias sociales. Gracias a ellos pude entrever la riqueza y el rigor del razonamiento jurídico y también lo que podía ser una carrera académica, pues yo no podía tener ninguna idea de ello en mi medio social de origen.

Hubo sobre todo un encuentro muy importante. Uno de estos doctorandos me animó a asistir a los cursos de su maestro, Charles EISENMANN, que enseñaba Derecho administrativo, pero también filosofía del Derecho. Hay que recordar que la enseñanza de la filosofía del Derecho en Francia era entonces casi inexistente. No estaba en absoluto en el programa de la licenciatura en Derecho, ni tampoco en la licenciatura en filosofía o en los programas de máster 2; solamente figuraba como materia opcional y exclusivamente en París y en Estrasburgo. Por lo demás, esa enseñanza consistía ante todo en una historia del pensamiento jurídico. La había afianzado, primero en Estrasburgo y luego en París, Michel VILLEY, un historiador del Derecho que se presentaba como tomista, y en la cultura de la época la idea misma de filosofía del Derecho aparecía unida a su nombre.

* Traducción de Manuel Atienza.

No hace falta decir que Charles EISENMANN, que era kelseniano, era muy marginal en una disciplina que era a su vez muy marginal. Se puede decir incluso que era, durante los años sesenta y sobre todo los setenta, el único kelseniano en Francia. Había sido alumno, en Estrasburgo, de CARRÉ DE MALBERG, que le había aconsejado elegir un tema de tesis de Derecho positivo. Había decidido consagrarse al estudio de la Alta Corte constitucional de Austria de creación reciente y había trabajado en Viena bajo la dirección del mismo KELSEN. La tesis, por lo demás, se publicó en 1928 con un prefacio de KELSEN. Después tradujo al francés varios textos de su maestro y, de manera señalada, un importante artículo sobre la garantía jurisdiccional de la constitución y el libro sobre la democracia. Cuando conocí a EISENMANN, terminaba la traducción de la segunda edición de la *Teoría pura*, que aparecería en 1962. Sin embargo, a pesar de esos esfuerzos, la recepción de KELSEN fue muy limitada, y así siguió hasta los años 1970, cuando el desarrollo del control de constitucionalidad llevó a los constitucionalistas a buscar un fundamento para su legitimidad. Entonces se reeditó la tesis de Charles EISENMANN y una o dos publicaciones de KELSEN.

Pero Charles EISENMANN fue mucho más que un traductor y un introductor de KELSEN. También utilizó la teoría pura como instrumento de análisis del Derecho positivo, en particular del Derecho administrativo, y aportó su propia contribución a la teoría, especialmente con los conceptos de centralización y descentralización, la oposición entre Derecho público y Derecho privado o la clasificación de las formas de gobierno.

Yo emprendí, pues, en ese momento estudios de Derecho un poco más serios, en primer lugar, inscribiéndome en un máster 2 de Derecho público, y después, comenzando una tesis, naturalmente bajo la dirección de Charles EISENMANN. Habría sido suicida preparar una tesis en filosofía del Derecho. El acceso a una carrera académica en las facultades de Derecho estaba subordinado —y sigue siendo así— al éxito en un concurso de agregación, organizado por secciones: Derecho público, Derecho privado o historia del Derecho. Cada uno de esos concursos consistía en una serie de pruebas en las principales materias de la disciplina. Ninguna de ellas incluía la filosofía del Derecho. Si se quería hacer un trabajo en filosofía del Derecho, había en primer lugar que hacer un trabajo en Derecho positivo, que se podía abordar de manera un poco teórica, y EISENMANN me sugirió que me interesara por la separación de poderes y por examinar una clasificación de las constituciones muy extendida en esa época para efectuar una distinción entre las constituciones de los regímenes representativos y también entre las numerosas constituciones que ha conocido Francia. Ese trabajo me condujo evidentemente a adquirir algunas nociones de teoría de las clasificaciones, de teoría constitucional, de historia constitucional y de metodología histórica.

Después de haber defendido la tesis, me presenté a, y logré, la agregación de Derecho público, como consecuencia de lo cual, fui nombrado profesor en Rouen, en donde enseñé durante diez años. Allí traté de crear un curso de teoría del Derecho, lo que no fue fácil, por razón de las reticencias de mis colegas y el escaso número de estudiantes interesados. Este escaso número era, por otro lado, en parte debido a la proximidad de París, porque los mejores estudiantes, los que querían seguir estudios a un nivel teórico, se iban a la Facultad de Derecho de la capital. Sin embargo, logré introducir una enseñanza, desde luego opcional, en el nivel del máster 2, crear un embrión de centro de investigación y dirigir algunas memorias concernientes a la teoría.

Se dice a menudo que para aprender algo es necesario enseñarlo, y eso es lo que yo hice con la teoría del Derecho, pero para enseñarlo, se necesitaba de todas formas adquirir algunos conocimientos de base, lo que no era fácil. Como esta disciplina no se enseñaba, solo había muy pocas publicaciones en lengua francesa y las bibliotecas públicas apenas tenían obras extranjeras en ese campo. Aparte de las traducciones de KELSEN de EISENMANN, de las que ya he hablado, no se disponía más que de los escritos de VILLEY, pero HART no había sido traducido, ni tampoco BOBBIO o los realistas americanos. Yo leía inglés y alemán, pero, en el segundo caso, con muchas dificultades y era, por lo demás, muy difícil procurarse obras recientes, y no sabía en absoluto italiano.

Mi suerte fue haber sido introducido ante BOBBIO, quien me recibió con una amabilidad y una generosidad extraordinarias. Él fue quien me envió a otros filósofos del Derecho italianos. Y así fue como conocí a TARELLO, a SCARPELLI y a sus respectivos alumnos, COMANDUCCI, GUASTINI o GIANFORMAGGIO. Pude aprender italiano e introducirme en la teoría analítica.

M. A.: *¿Cómo transcurrió después tu vida académica?*

M. T.: En 1978 fui nombrado profesor en la Universidad de París X Nanterre, que había sido creada al día siguiente de 1968 y que acababa de sufrir una crisis providencial. Esa universidad era ciertamente pluridisciplinar, pero limitada a las ciencias humanas y sociales, muy politizada y mayoritariamente orientada a la izquierda; los juristas, mucho más conservadores que sus colegas, se encontraban aislados. En 1976 obtuvieron del ministerio la creación de una facultad de Derecho en el seno de la Universidad de París V, que no la tenía, y dejaron Nanterre en masa. En 1978 solo quedaba un pequeño número de profesores que tuvieron que reclutar a nuevos colegas y yo pude beneficiarme de esa oportunidad.

En Nanterre las cosas han sido mucho más fáciles. Los colegas eran más interesantes y más abiertos, los estudiantes más interesados y más numerosos. Al principio enseñé sobre todo Derecho constitucional pero, poco a poco, me fue posible introducir la teoría del Derecho en los programas e incluso crear un máster 2 especializado.

Por lo demás, las cosas en Francia no habían cambiado solo en Nanterre. En el plano intelectual, el Derecho, que durante mucho tiempo había sido considerado como una técnica sin gran interés, en adelante fue objeto de un gran interés por parte de algunos filósofos, sociólogos, psicoanalistas o historiadores. Desde un punto de vista institucional, existía una asociación denominada «Asociación francesa de Filosofía del Derecho» que era miembro de la IVR, y que un cierto número de mis amigos encontraban, al mismo tiempo, muy tradicionalista, muy marcada por el iusnaturalismo, excesivamente aislada de las disciplinas no jurídicas, de los debates intelectuales tan vivos en otros países y completamente irreformable. Decidimos pues separarnos de ella y crear una nueva asociación, la Sociedad francesa de Filosofía jurídica y política (SFPJ) que reunía a los filósofos del Derecho procedentes de la filosofía y a otros procedentes del Derecho. Yo fui el primer presidente y la SFPJ consiguió ser reconocida como una segunda sección francesa de la IVR, además de la asociación que habíamos abandonado.

Una de las ambiciones de la SFPJ era desarrollar la enseñanza de la filosofía del Derecho en las facultades de Derecho. Creo poder decir que la situación actual de la

disciplina, si bien no es tan satisfactoria como en otros países, como Italia o España, hoy es claramente mejor que hace algunos años.

Nanterre introdujo un curso de teoría del Derecho en primer año, gracias al apoyo de algunos profesores extranjeros, que tenían experiencia en este tipo de enseñanza y que la aseguraron por turnos durante cuatro años¹, después de lo cual los profesores de Nanterre tomaron el relevo. El ejemplo ha sido seguido en otras varias universidades, si no en primer año, al menos en otros niveles. Se han creado nuevas revistas como *Droits* o *Jus Politicum*, y la nueva generación de profesores de Derecho, esto es, los que hoy llegan a la cincuentena, es políglota, mucho más abierta a otras disciplinas y a las culturas extranjeras, e incluso los que no enseñan teoría del Derecho no la desprecian, sino que, por el contrario, son favorables a emplear en el estudio del Derecho positivo los conceptos que aquella ha producido.

M. A.: *Pasemos ahora a hablar de tu obra escrita. Nos has explicado cómo ha transcurrido entre el Derecho público (el Derecho constitucional) y la filosofía del Derecho, y las razones de que haya sido así. ¿Podrías ahora señalar nos cuáles consideras que han sido tus principales contribuciones en este último campo, el de la filosofía del Derecho? ¿Ha habido, a lo largo de estos años, algún cambio de orientación en la manera de concebir la disciplina o, por el contrario, dirías que has seguido siempre una misma línea? ¿Y cómo ha influido en tu manera de cultivar la filosofía del Derecho tu doble condición de iusfilósofo y de constitucionalista?*

M. T.: Creo que es preferible comenzar por la última parte de la pregunta y volver un momento a la relación entre el Derecho constitucional y la teoría del Derecho, que ha sido muy importante para mí, pero no solo para mí, pues numerosos teóricos o filósofos del Derecho han escrito también sobre Derecho constitucional o sobre la teoría general del Estado. Piénsese en JELLINEK, LABAND, CARRÉ DE MALBERG, SCHMITT o KELSEN. Hay también evidentemente una relación con la historia constitucional, especialmente la historia constitucional francesa: los autores alemanes del siglo XIX razonan mucho a partir de los conceptos tal y como han sido contruidos y reconstruidos por la Revolución francesa, como soberanía nacional, representación, separación de poderes, derechos del hombre, pero también poder constituyente o garantía de la constitución. Esa relación ha sido muy importante en mi caso personal, puesto que, para preparar mi tesis sobre separación de poderes, que se centraba esencialmente en las constituciones revolucionarias, he tenido que leer a estos autores, así como a los que habían precedido a la Revolución, y también los debates en las asambleas. Ahora bien, los miembros de las asambleas revolucionarias eran en gran medida juristas y hombres de gran cultura. Los debates llevaban siempre a las grandes cuestiones de la teoría del Derecho, pero no se puede comprender lo que estaba en juego o analizar los discursos si no es a la luz de las teorías modernas y, a la inversa, se puede contribuir a esclarecer algunas de las grandes cuestiones de la teoría moderna por la forma como los revolucionarios plantearon y resolvieron los problemas prácticos.

Voy a dar cuatro ejemplos. El primero atañe a la teoría del acto jurídico. La Asamblea nacional constituyente, desde el otoño de 1789, había debatido sobre el poder legislativo. Como consecuencia de un compromiso entre los defensores de una mo-

¹ Se trataba de Riccardo GUASTINI, François OST, Manuel ATIENZA y Sheldon LEADER.

narquía a la inglesa, que querían que el rey dispusiera de un derecho de veto absoluto, y sus adversarios, la izquierda de la asamblea, que rechazaba todo tipo de veto, se decidió que habría un derecho de veto suspensivo. ¿Hacía eso del rey un coautor de la ley?, y la Constitución de 1971, ¿instituyó, en razón de ese veto, un régimen mixto? Es una cuestión que no se puede resolver mediante la simple lectura de los debates, porque solo un número relativamente restringido de diputados toman la palabra, sus discursos no reflejan necesariamente sus intenciones reales y, como se sabe, puede ocurrir muy bien que los legisladores crean estar haciendo una cosa y en realidad hacer otra. Se necesita pues investigar no lo que los constituyentes han dicho que querían hacer, sino lo que efectivamente han hecho. La cuestión es de gran importancia para los historiadores que, por lo demás, están divididos. Algunos estiman, en efecto, que con un veto que solo era suspensivo el rey estaba privado de todo poder, de forma que la asamblea dominaba de manera absoluta. Lo que siguió a la Revolución, en particular la dictadura de la Convención, estaría así en germen en las primeras decisiones del 89. Para otros, por el contrario, el veto suspensivo es un poder bien real y el uso que de él hizo Luis XIV en el 92 explica la caída de la monarquía. Ahora bien, la teoría del Derecho proporciona un instrumento que puede servir de árbitro entre las dos tesis. Según Charles EISENMANN, hay que llamar «coautor» de un acto jurídico al que tiene una competencia en la decisión, es decir, aquel cuyo consentimiento es necesario para su adopción. El rey de la constitución de 1791 puede oponerse a la adopción de una ley durante seis años, lo que en el periodo revolucionario es un tiempo considerable. Hay que hacer notar por lo demás que de este análisis se puede extraer una lección de metodología para la historia del Derecho y para el Derecho comparado: para entender los conceptos jurídicos, no cabe contentarse con analizar los sistemas históricos en los que operan, sino que se necesita previamente, para identificarlos, metaconceptos proporcionados por la teoría del Derecho [«Sur l'usage des concepts juridiques en histoire», *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 47, núm. 6 (diciembre 1992), 1171-1183, <https://doi.org/10.3406/ahess.1992.279103>].

El segundo ejemplo, por lo demás ligado al primero, concierne a la formación no ya de metaconceptos, sino de conceptos jurídicos propiamente dichos. Una vez decidido que el rey participa de manera decisiva en la formación de la ley, hay que justificar ese poder. Se había admitido desde el comienzo de la Revolución que solo y únicamente el pueblo era el soberano, pero que no ejercería su soberanía más que a través de representantes. Se admitía también, desde hacía mucho tiempo, que ejercer la soberanía era hacer la ley. De ello se seguía que quienes hacían la ley debían ser considerados como aquellos que expresaban no su propia voluntad, sino únicamente la del soberano y que ellos eran representantes. No eran representantes en razón de la manera como habían sido designados, sino que se les presumía representantes en razón de su participación en el poder legislativo. El cuerpo legislativo y el rey eran pues, ambos, representantes. Sin embargo, era imposible presentar al cuerpo legislativo electo y a un monarca hereditario como dos representantes del pueblo soberano. Se trataba de una imposibilidad no solamente política e ideológica, sino propiamente lógica, que comporta la dificultad de combinar gobierno mixto y soberanía popular. En un gobierno mixto, en efecto, el pueblo comparte la soberanía con un rey o eventualmente con los nobles, pero si comparte la soberanía, entonces no puede ser llamado soberano. En esas condiciones, si el poder legislativo está compartido —o es ejercido conjuntamen-

te— por varias autoridades, es necesario, bien considerar que ellas son conjuntamente soberanas, como en Inglaterra, y renunciar a presentarse como representantes, o bien presentarlas como representantes de entidades distintas, el pueblo, la nobleza, la corona, pero entonces ya no hay un único soberano. Para mantener a la vez que el gobierno es mixto, que es representativo y que hay un único soberano, la asamblea nacional tenía pues que cortar el nudo gordiano. La solución original consistió en considerar que el soberano no era el pueblo, sino una entidad superior, la nación, la cual podía ser representada por el cuerpo legislativo y por el rey. El concepto de nación había sido así secretado por el conjunto del sistema de justificación de la distribución de poderes (*La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2015). He utilizado más tarde este modo de análisis para otros conceptos como, por ejemplo, el de «ciudadano».

El tercer ejemplo es mucho más simple. Se refiere al poder judicial y a la teoría de la interpretación. Del hecho de que el ejercicio de la soberanía se hace por medio de la ley, resulta una concepción de la producción del Derecho y de la organización del poder, según la cual no puede haber otra fuente que la ley, de manera que los otros actos tienen que ser de pura ejecución de la ley y tienen que estar estrictamente subordinados a la ley. Así, la función de juzgar debía también consistir únicamente en la aplicación de la ley. Sin embargo, resulta obligado constatar que es imposible aplicar la ley sin interpretarla, al igual que la facultad de interpretar implica la capacidad de rehacerla. Los revolucionarios afrontan este problema práctico en los términos en que aparece en ciertos debates modernos entre la concepción de la interpretación como conocimiento y como creación. Desean prohibir a los jueces interpretar, pero saben que no pueden evitarlo en la práctica. Tampoco pueden hacer que esta función revierta al legislador, porque este acumularía entonces los dos poderes. Su solución consiste en una doble distinción. Se distingue en primer lugar entre la aplicación, que supone el conocimiento del sentido de la ley y que es pues susceptible de ser verdadera o falsa, y la interpretación, que es una función de la voluntad, que no es más que una recreación y que es necesario prohibir. Por otra parte, se distingue la interpretación *in abstracto*, considerada como una usurpación del poder legislativo y, por tanto, rigurosamente prohibida a los tribunales bajo pena de abuso de autoridad, y la interpretación *in concreto*, que no es más que una aplicación y que, por tanto, no debe ser únicamente autorizada, sino establecida como obligatoria. Sin embargo, la aplicación puede descansar en un desconocimiento del sentido verdadero de la ley. Hay, pues, que situarla bajo el control indirecto del cuerpo legislativo. Los juicios podrán ser revocados por un tribunal de casación, no por mala interpretación, sino por falsa aplicación de la ley. Sin embargo, puede tener lugar una contradicción persistente entre este tribunal y los tribunales inferiores, se crea una presunción de oscuridad de la ley, que entonces debe ser interpretada, pero es solo al cuerpo legislativo al que le corresponde dar una interpretación *in abstracto*. Así, el tribunal de casación puede aplicar sin interpretar y el legislador interpretar sin aplicar. Es evidentemente una ficción, pero una ficción necesaria para preservar la separación de poderes (*La séparation des pouvoirs*, Paris).

Esta ficción tendrá, por lo demás, efectos exactamente contrarios a lo que se esperaba: la posibilidad de una creación jurisprudencial de Derecho. En efecto, puesto que el tribunal de casación —más tarde, Corte de casación— hacía como que aplicaba sin

interpretar, le bastó con afirmar, sin tener ninguna necesidad de justificarlo, que la ley tenía tal sentido. Como los tribunales debían «aplicar» la ley, tal y como la entendía la Corte de casación, esta ha producido en realidad una interpretación abstracta, es decir, una regla general («La forza dei precedenti e gli effetti perversi del diritto», *Ragion pratica*, junio 1996, 65).

El cuarto y último ejemplo concierne a la idea de constitución, pero tiene también, me parece, un alcance epistemológico. Las constituciones del siglo XVIII, tanto en Francia como en América, se concebían no como normas que había que respetar porque eran obligatorias, sino como mecanismos, idealmente inderogables, que no se podían dejar de respetar —*a machine that would go of itself*— y que no necesitaban por tanto un órgano de control. El principio de estos mecanismos residía naturalmente en los equilibrios entre los poderes que, además, se suponía garantizaban la cualidad de la legislación moderada. Por supuesto, las constituciones modernas se entienden de otra manera, es decir, como normas obligatorias, cuyo respeto hay que garantizar mediante instituciones de control. Sin embargo, es posible utilizar esta concepción de la constitución para analizar los sistemas constitucionales modernos en términos de relaciones de fuerza entre órganos y comprender así las estrategias que les ha llevado a emplear [«La machine et la norme. Deux modèles de constitution», *Doxa*, 22 (1999), 331-347, reproducido en TROPER, *Le droit, la théorie du droit, l'Etat*, Paris, PUF, 2001, 147 y ss.]. Pero más allá incluso de las cuestiones de construcción de una constitución o del análisis de las estrategias de las autoridades constitucionales, cabe interrogarse sobre la naturaleza de la relación entre estos comportamientos y los sistemas que los hacen necesarios y analizarlo como una forma de causalidad.

M. A.: *Los ejemplos no pueden ser de mayor interés. ¿Fue así como llegaste a la filosofía del Derecho?*

M. T.: A partir de lo anterior y sobre estos temas, me empecé a interesar en algunos temas específicos de la teoría del Derecho, sobre todo desde una perspectiva realista, próxima a la de la escuela de Génova. Los reagruparé, sin preocuparme por el orden cronológico, en tres rubros principales, que se refieren respectivamente a la teoría de la ciencia del Derecho y la metodología, a la teoría general del Derecho y a la teoría general del Estado. Por otro lado, no se trata tampoco de un orden lógico, en el sentido de que las tesis a las que habría llegado trabajando sobre una cuestión habrían implicado otras tesis relativas a otra cuestión, sino más bien de un orden puramente contingente —y, por lo demás, fruto de una reconstrucción *a posteriori*— de la manera como he podido proceder por asociación de ideas más o menos conscientes.

M. A.: *¿Por dónde vas a empezar entonces?*

M. T.: Por la teoría general del Derecho. En primer lugar, me impactó la gran incertidumbre que parecía haber en la teoría kelseniana sobre la cuestión de la interpretación. En la teoría pura, se trata en una especie de apéndice que no está en coherencia con el resto. Siempre he encontrado muy curioso que KELSEN hable de interpretación de normas, cuando él define la norma como el significado de un acto humano y la interpretación como la determinación de un significado. ¿Cómo sería posible entonces determinar el significado de un significado? Se requiere pues que la interpretación se refiera no a normas, sino a enunciados. A la vista de estas definiciones, me ha parecido

que, si la interpretación auténtica, contrariamente a la interpretación como acto de conocimiento, era solo productora de sentido, entonces era ella —y solo ella— productora de normas. El intérprete auténtico es pues el verdadero autor de la norma que está obligado a aplicar [p. ej. (1981), «Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique», *Revue internationale de philosophie*, 35, 138 (4), 518-529, <http://www.jstor.org/stable/23945337>].

De eso extraje algunas consecuencias para la jerarquía de las normas. El intérprete auténtico determina de diversas maneras el significado de un texto. Antes de determinar el contenido de la prescripción significada por el texto aplicable, debe, al menos implícitamente, decidir que tiene el carácter de una norma jurídica, por ejemplo, que el preámbulo de una constitución o una Declaración de derechos no es un simple ornamento retórico, sino que enuncia normas, y debe también decidir a qué nivel jerárquico se sitúan esas normas. Fue por una operación de ese género como, mediante la famosa decisión *Marbury*, el tribunal supremo americano decidió que la constitución tenía un valor superior al de los actos del Congreso, y es así como ciertos tribunales constitucionales invocan y aplican principios supraconstitucionales. Extraigo de ello dos conclusiones: En primer lugar, que la jerarquía de normas la construye el intérprete y es inherente a su discurso. Por otro lado, una norma es válida, si por ello se entiende la pertenencia al orden jurídico, no en razón de su conformidad a una norma superior, sino porque una autoridad afirma aplicarla. Me parece también posible retomar la cuestión de la norma fundamental: la constitución es válida no porque encuentre su fundamento en una norma hipotética, sino porque los que afirman aplicarla presuponen que ella es válida y apta para servir de fundamento a otras normas [«Marshall, Kelsen, Barak and the constitutionalist fallacy», *International Journal of Constitutional Law*, 3, núm. 1 (1 de enero de 2005), 24-38, <https://doi.org/10.1093/icon/moi002>].

M. A.: *¿Y por lo que se refiere a la teoría de la ciencia jurídica y a la metodología?*

M. T.: Bajo la influencia de Charles EISENMANN, estuve marcado profundamente desde mis primeros pasos por Hans KELSEN. Sin embargo, no tardé en hacer de él una lectura o una reconstrucción realista, sin duda no muy correcta desde el estricto punto de vista de la historia del pensamiento, pero no tenía —y nunca he tenido— como objetivo ser ortodoxo ni, por lo demás, restituir la verdad de la Teoría pura del Derecho, sino extraer de ahí lo que se me presentaba como una teoría positivista de la ciencia del Derecho, filtrando todo aquello que, en la visión de KELSEN, depende de la idea de un *Sollen* objetivo, para no dejar más que la metodología de una descripción de normas entendidas solamente como los enunciados producidos por los actos de voluntad, es decir, como hechos.

También quedé impactado por el reproche de formalismo hecho a KELSEN y a la teoría analítica en general. En efecto, se constata en ellos una cierta indiferencia en cuanto al fondo del Derecho, a la historia de las doctrinas y a la historia del Derecho. Me parece sin embargo que, si se quiere dar una visión plenamente realista del Derecho, hace falta dar cuenta de lo que realmente hacen los legisladores, los jueces, los abogados o los profesores de Derecho. No es suficiente con mostrar que los jueces no se limitan a aplicar normas superiores y que en realidad crean Derecho. Hay que dejar constancia también de que lo crean y lo justifican con la ayuda de argumentos, que tienen una coherencia específica y que pueden resultar vinculantes. Por consiguiente,

debe asignarse a la teoría del Derecho un objeto más amplio: el discurso de los juristas. No se trata de una historia del pensamiento jurídico, ni incluso de una investigación sobre la influencia que el discurso pueda tener sobre el desarrollo del sistema jurídico o sobre el fondo del Derecho, sino de un examen de las condiciones en las que el sistema argumentativo bajo el que se encuentran encerrados los juristas contribuye a determinar la producción de nuevos argumentos.

Imputación y causalidad. Enseguida quise extraer las consecuencias de esta idea de que el Derecho pertenecía al mundo del *Sein*, que era un conjunto de hechos, y volver a considerar la idea kelseniana de que escapaba completamente a la causalidad. Importa sin embargo mantener la distinción entre enunciados y normas. Estas últimas no son más que el significado de los enunciados. Entre ellas, hay relaciones múltiples, en particular relaciones de imputación. A cambio de ello, los enunciados, la producción de los enunciados o incluso el acto de interpretación pueden ser considerados como hechos, que naturalmente están sometidos a la causalidad. La producción de un enunciado legislativo puede así tener múltiples causas históricas. Pero puede también concebirse que entre estas causas estén las percepciones que tengan sobre ello los productores de los enunciados y también los actores del conjunto de las normas en vigor. De esta percepción resultan para ellos restricciones diversas y, en particular, elecciones estratégicas. De la misma manera que un jugador de ajedrez puede decir que se vio obligado a hacer la única jugada que le permitía evitar el mate, un actor puede considerar que, en una cierta situación, no tenía otra elección que producir cierta disposición constitucional, cierta ley, cierto concepto o cierta jurisprudencia («La force de la contrainte et la causalité: obligation, obéissance, argumentation», en TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris: PUF, 2011).

Intenté aplicar estas ideas a la teoría de los conceptos jurídicos, distinguiendo, como lo había hecho a propósito del veto real, entre los conceptos jurídicos y los metaconceptos de la teoría. Estos últimos son intemporales y son producidos con el único fin de referirse a situaciones históricas variadas. En cuanto a los conceptos jurídicos, estos son los que sirven para la producción y la formulación de reglas. Están determinados, pues, por la situación del sistema jurídico a un momento histórico dado. Así, como acabamos de ver, es lo que ocurre con la cualidad de representante acordada al rey como única justificación posible para la atribución del derecho de veto y con la soberanía nacional como única justificación posible de la cualidad de representante del rey («L'histoire du droit et la théorie générale du droit», *Quaderni Fiorentini, Storia e diritto*, 2013).

Me parece que la búsqueda de una relación entre el estado del sistema y el nacimiento de los conceptos puede extenderse y aplicarse a cuestiones relevantes de la teoría general del Estado o de la teoría constitucional,

M. A.: ¿Queda todavía un rubro bajo el que agrupar tu producción teórica?, ¿no?

M. T.: Sí, la teoría general del Derecho y la teoría de la democracia. Se trata, en primer lugar, de la eterna *counter majoritarian difficulty*. ¿Cómo comprender que, en un sistema que se presenta como democrático, los jueces puedan poner obstáculo a la voluntad de los representantes del pueblo soberano? Desde luego, me he abstenido cuidadosamente de buscar una solución a esta cuestión y he tratado de situarme en un

punto de vista estrictamente descriptivo, exponiendo los diversos argumentos dirigidos a afirmar el carácter democrático del control de constitucionalidad de las leyes, no para evaluarlas, sino para intentar entender por qué tienen tal contenido en lugar de tal otro, por tanto, poniéndolas en relación con el conjunto del sistema jurídico en el que se insertan, es decir, a la vez con la estructura de este sistema y con el discurso jurídico. Así es como los juristas se ven obligados, al reconocer el papel creador de los tribunales, a buscar una justificación, sea en una sumisión al poder constituyente, sea en la idea de que los tribunales también serían, aunque no elegidos, representantes del soberano [«The logic of justification of judicial review», *International Journal of Constitutional Law*, núm. 1 (1 de enero de 2003), 99-121, <https://doi.org/10.1093/icon/1.1.99>].

Se pueden encontrar limitaciones de este tipo que permiten comprender la emergencia del Estado. En esto, de nuevo, partí de KELSEN, y muy en particular de tres de sus ideas. En primer lugar, de un fragmento de KELSEN, citado a menudo, en el que afirma que, detrás del Derecho, se oculta «la horrible cara del poder de la Gorgona». No pretendía retomar la teoría marxista del Derecho como simple reflejo de las relaciones de fuerza, sino subrayar que el poder estatal se ejerce en la forma jurídica, por medio del Derecho. Por otro lado, de la idea de que el Estado y el Derecho son una sola cosa y, por tanto, que el Estado se confunde con la forma jurídica, es decir, con la jerarquía de las normas. En otros términos, el Estado puede definirse como la empresa política en la que el poder se ejerce a través de normas jerarquizadas. La tercera idea de KELSEN es que, si el Estado y el Derecho se confunden, en cuyo caso se debe, según él, hablar del Estado *lato sensu*, solamente se está en presencia del Estado *stricto sensu* cuando el sistema está centralizado, pero, dice él, los dos conceptos están en una relación de implicación.

En mi opinión, de lo anterior se pueden extraer consecuencias importantes. Al constatar que, históricamente, la jerarquía de las normas, es decir, el Estado *lato sensu* aparece hacia el final del siglo XVI y ello es en la misma época en que el discurso jurídico dominante empieza a emplear los conceptos de Estado y de soberanía, se puede enunciar la hipótesis de que esos conceptos han emergido en razón de un límite nacido de la jerarquía de las normas. Así, la soberanía entendida como principio de imputación: desde que se admite que las normas son producidas por voluntades humanas y están jerarquizadas, es preciso entender que las normas supremas deben ser imputadas también a la voluntad de un ser real o ficticio, que no ha sido habilitado por ningún otro, cuyo poder no se justifica por alguna cualidad física o intelectual y al que, por esta razón, se le debe llamar «soberano» (*The Structure of the Legal system and the Emergence of the State*, <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/siwp/WP6Troper.pdf>).

M. A.: *En tus anteriores respuestas me das muchas sugerencias sobre por dónde proseguir con esta entrevista. Voy a tomar uno de esos hilos conductores.*

Nos has explicado de qué manera la teoría constitucional puede llevar a un estudioso a ocuparse de la teoría del Derecho. Así como tu opción por una concepción iusfilosófica que, de alguna manera, combina a KELSEN —cierta manera de entender a KELSEN— con lo que, yo diría, es también una cierta manera de entender el realismo jurídico: la de la escuela genovesa. Y lo que yo quiero preguntarte ahora es si no crees que esas inspiraciones de fondo responden a un tipo de realidad —de realidad jurídica y política— que quizá no sea ya la nuestra, o, por lo menos, que difiere en una medida considerable de la experien-

cia jurídica y política de nuestros días. Te pongo algunos ejemplos para que resulte más claro cuál es el sentido de mi pregunta.

Tú mismo señalas que la manera de KELSEN de plantear el problema de la interpretación resulta un tanto extraña y que ocupa, en la teoría pura, el lugar de una especie de apéndice no muy coherente con el resto de la obra. Y, sin embargo, en los últimos tiempos, parece indudable que la interpretación constituye más bien el centro de las teorías del Derecho que han ido surgiendo en los últimos tiempos; pienso, desde luego, en la teoría de DWORKIN, pero no es el único caso. También creo que se puede decir que, aunque KELSEN haya sido el creador de los tribunales constitucionales de tipo europeo, el funcionamiento de estos órganos no tiene demasiado que ver con la teoría kelseniana; entre otras cosas, porque un aspecto central de lo que tienen que hacer esos tribunales es interpretar la constitución para lo cual, en mi opinión, la teoría de KELSEN no sirve de mucho.

Por lo que se refiere al «realismo genovés», creo que se pueden abrigar algunas dudas sobre si verdaderamente es una teoría realista, o sea, una teoría que se ocupa de lo que es la realidad del Derecho. Así, no me parece nada obvio (nada realista) identificar sin más el Derecho con el lenguaje jurídico (aunque se incorpore también el de los operadores jurídicos) y la filosofía del Derecho con una empresa consistente exclusivamente en el análisis lingüístico. También se ha criticado a ese tipo de positivismo (pienso en autores como FERRAJOLI) porque están anclados en el Estado de Derecho legislativo, y no han tomado en cuenta —o no suficientemente— las peculiaridades del Estado de Derecho constitucional.

Y, en fin, una crítica a lo que podríamos llamar la teoría del Derecho dominante en los últimos tiempos (en donde, obviamente, se encuentran el normativismo y el realismo jurídico) es que conciben el Derecho casi exclusivamente como Derecho estatal, lo que significaría dejar fuera muchos otros fenómenos jurídicos, no estatales o no exclusivamente estatales, de gran relevancia en la era de la globalización.

¿Qué piensas en relación con esas posibles críticas? ¿Se aplicarían a tu concepción del Derecho, de la metodología jurídica y de la teoría política? ¿Hasta qué punto lo que se suele llamar la «constitucionalización» del Derecho afecta a tus planteamientos?

M. T.: Remarcas justamente que la actividad de los tribunales consiste ante todo en interpretar la constitución, pero concluyes de ello que la teoría de KELSEN no sirve de mucho. Como algunas veces dicen los jueces americanos, *I respectfully dissent*. Mientras que evidentemente estoy de acuerdo con la primera proposición, no me siento para nada obligado a aceptar la segunda. Hace falta, en efecto, preguntarse a quién debería servir esa teoría: ¿al tribunal constitucional?, ¿o a quienes tratan de describir o de explicar su organización y su comportamiento?

En el primer caso, es necesario distinguir entre la teoría kelseniana de la interpretación y el resto de la teoría pura del Derecho. Es cierto que si los miembros de un tribunal constitucional se preguntan cómo deben interpretar, no encontrarán en KELSEN ninguna ayuda. Y tampoco si se plantean la cuestión de saber si deben buscar principios implícitos en el conjunto del sistema jurídico, si deben proceder a balancear los derechos o también a hacer prevalecer una interpretación funcional sobre una interpretación literal. Sin embargo, también se plantean, colectiva e individualmente, y en forma permanente, otras cuestiones que afectan a su legitimidad y a la aceptabilidad de sus argumentos, y aquí es donde la parte central de la Teoría pura

les es necesaria. Quiero hablar de la estructura del orden jurídico y de la jerarquía de las normas. Ciertamente no hay una referencia expresa, pero está implícita y lo estaba por lo demás mucho antes de que KELSEN la generalice y la formalice. El mejor argumento posible consiste, en efecto, en invocar la jerarquía de normas y decir: «Nosotros no expresamos nuestra voluntad, ni nuestras preferencias personales, sino la norma superior; la constitución es superior a la ley y nosotros no hacemos más que aplicar la constitución». Era ya el argumento de John MARSHALL. Incluso los tribunales que aceptan examinar la validez de las leyes de revisión constitucional afirman que aplican principios jurídicos superiores a la constitución. Puede suceder incluso que esta idea de la jerarquía de normas parezca tan importante y tan central que el juez la invoque —en mi opinión, de manera muy equivocada— como si se tratara no de una proposición teórica, sino de un principio, dicho de otra manera, como si *debiera* de haber una jerarquía². Debe añadirse por lo demás que la contradicción que ya habíamos puesto de relieve en KELSEN, entre su teoría de la estructura del orden jurídico y su teoría de la interpretación, explica que el juez constitucional no pueda invocar la segunda y que se encuentre incluso obligado a presuponer, para poder pretender que se limita a aplicar una constitución que posee una significación objetiva, que la interpretación es una actividad puramente cognoscitiva. En Francia, Georges VEDEL, un gran profesor de Derecho que llegó a ser juez constitucional, interrogado sobre el punto de si la interpretación pertenecía al ámbito de la voluntad o del conocimiento, respondió que evidentemente pertenecía al de la voluntad, pero que el juez estaba obligado a hacer como si fuera una actividad del conocimiento.

Pero con ello se ve que la teoría kelseniana es útil para los teóricos que tratan de describir y de explicar los tribunales constitucionales desde un punto de vista externo. En primer lugar está la teoría kelseniana de la interpretación, entendida como una teoría realista, que permite comprender no lo que los jueces pretenden hacer, sino lo que realmente hacen, que es ejercer un poder discrecional y hacer prevalecer sus preferencias ideológicas. Pero está también la teoría que permite comprender que la jerarquía de las normas no es solamente algo dado, en lo que los jueces encuentran una justificación, sino algo producido por ellos.

M. A.: *¿Pasamos ahora al realismo genovés?*

M. T.: De acuerdo. Lo anterior me proporciona el vínculo para abordar tu crítica al realismo a la genovesa que confieso tener alguna dificultad para interpretar. Dices en primer lugar que no se podría identificar el Derecho con el lenguaje jurídico. Sin embargo, me parece que, a menos que se postule una esencia del Derecho o una realidad de los conceptos jurídicos, no podemos percibir y describir más que usos lingüísticos. Por supuesto, no se trata de reducir el lenguaje del Derecho a enunciados y, aun menos, únicamente a los enunciados legislativos, pero precisamente una de las principales aportaciones de la escuela de Génova ha consistido en distinguir los enunciados de sus significados, esto es, de las normas, y querer analizar el conjunto de

² Conseil Constitutionnel, *Décision n.º 92-309 DC, de 9 de junio de 1992*. Resolución que modifica el art. 47 bis del reglamento del Senado. «Considerando que en razón de las exigencias propias de la jerarquía de las normas jurídicas en el orden interno, la conformidad con la Constitución de los reglamentos de las asambleas parlamentarias debe apreciarse tanto en relación con la propia Constitución, como en relación con las leyes orgánicas previstas por ella».

las actividades mediante las cuales los operadores del Derecho producen esos enunciados o les atribuyen significados. En cuanto a la idea de que este tipo de positivismo estaría demasiado anclado en el Estado de Derecho, no me parece acertada. Como lo dices muy bien, el lenguaje jurídico que es necesario analizar es el de los operadores y, entre estos, están evidentemente los jueces y los teóricos del Derecho. Los jueces no son solo aquellos que están encargados de aplicar las leyes, sino también los que están instituidos para aplicar la constitución. Estos tribunales no son ya percibidos como podía serlo por KELSEN, un poco ingenuamente por lo demás, como aplicadores de un texto constitucional reputado claro, pues hacen muchas otras cosas, como por ejemplo aplicar principios constitucionales que se corresponden con valores morales y entre los que habría que llevar a cabo una ponderación. Los métodos de análisis del realismo me parecen perfectamente adaptados para describir desde un punto de vista metateórico este lenguaje del Estado de Derecho constitucional, que la escuela de Génova llama «neoconstitucionalismo», practicado a la vez por los jueces y por los teóricos del Derecho. Me parece inútil por ejemplo investigar si hay una diferencia de naturaleza entre los principios y las reglas o si los valores morales se convierten o no en principios constitucionales, cuando basta con constatar que estas ideas son sostenidas efectivamente por los teóricos y sirven como fundamento para la argumentación de los jueces. Esto es lo que permite entonces definir una tarea metateórica, que es la de comprender las razones por las que estas ideas se convierten en necesarias y emergen en ciertos contextos argumentativos.

Ahora bien, estas razones se atienen al hecho de que el Derecho es un sistema en el que los actores están en relaciones de interdependencia y actúan en función no solamente de sus preferencias, sino también de sus posibilidades reales, que dependen de las acciones posibles de los otros, teniendo en cuenta sus competencias respectivas. La conexión entre el kelsenianismo y el realismo es lo que permite describir y explicar los comportamientos reales mediante la estructura del sistema.

Por lo que concierne ahora a la idea de que el Derecho es concebido hoy por las teorías dominantes como un fenómeno exclusivamente estatal, creo que se necesita, antes de discutirla, ponerse de acuerdo sobre las definiciones de «Derecho» y de «estatal». Si no hay una esencia del Derecho y menos aún del Estado, las definiciones son puramente estipulativas y no valen más que para la función que son susceptibles de realizar. Hay que partir del sentido en el que se toman esos términos cuando se sostiene que el Derecho no es exclusivamente estatal, interrogarnos sobre las razones por las que se adopta, explícitamente o no, tal o cual definición, y después sobre los beneficios que una teoría general puede obtener de ello.

Algunas de las teorías que hablan de pluralismo jurídico se basan en una definición implícita del Derecho como conjunto de normas obligatorias y efectivas en un grupo dado, y se encuentran en efecto normas que presentan estos caracteres y que no son ni producidas ni sancionadas por autoridades estatales. Sin embargo, no hay razón para calificarlas de «jurídicas», y menos para llamar «norma jurídica» a toda norma que dé lugar a una sanción cualquiera en caso de comportamiento contrario, lo que llevaría por otro lado a calificar también como jurídicas a las normas religiosas, morales o sociales. Toda teoría basada en una definición tal parece padecer de dos defectos. Por un lado, es puramente tautológica y, por otro lado, nos priva de todas las ventajas que

aporta la concepción kelseniana clásica. La primera de esas ventajas, como Norberto BOBBIO lo ha mostrado muy bien, es evitar definir el Derecho como un conjunto de normas jurídicas, porque tal definición choca con la imposibilidad de definir a su vez la norma por alguna característica propia como apuntar a la justicia, ser percibida como obligatoria, ser producida por una voluntad estatal o ser sancionada coactivamente. Se evitan esas dificultades si, como lo hace KELSEN, no se define el Derecho por sus elementos, las normas, sino que, al contrario, las normas se definen por su pertenencia al sistema jurídico. La segunda ventaja, con tal de que se defina el sistema jurídico por su estructura, es la de comprender la especificidad del razonamiento jurídico que se funda sobre la jerarquía de las normas.

En cuanto a la tesis según la cual el Derecho hoy ya no sería exclusivamente estatal, ella presupone una definición particularmente estrecha del Estado. Solo sería estatal el Derecho producido por una autoridad pública, como el parlamento, el gobierno o los tribunales, así como el Derecho derivado directamente de esa autoridad, pero no estatal aquel que no tiene su fuente en una autoridad estatal o cuya violación no es posible de sanción en aplicación de una norma estatal. Se cita entonces fenómenos muy diversos: las costumbres, las decisiones de las jurisdicciones internacionales, el Derecho de la Unión Europea, las sentencias arbitrales, la *lex mercatoria* o incluso «el Derecho transnacional» producido por organismos privados en el dominio de las finanzas o del deporte. Es incontestable que esos fenómenos son cada vez más numerosos y que tienen efectos prácticos cada vez más importantes. Hay que hacer notar, sin embargo, que los límites son extremadamente vagos, porque los productores de todas esas normas y, por tanto, las mismas normas están a veces vinculadas de diversas formas con el orden jurídico estatal, bien sea porque las autoridades que las producen hayan sido creadas directa o indirectamente por tratados internacionales, o bien porque el Estado autoriza u ordena a los tribunales aplicar esas normas. Es, por otro lado, lo que ha ocurrido desde los primeros tiempos de la construcción del Estado moderno, cuando el rey ordenó que se escribieran las antiguas costumbres e hizo así de ellas una fuente del Derecho estatal. Igualmente, los tribunales constitucionales fundamentan el carácter obligatorio del Derecho europeo en las constituciones nacionales. Se podrían multiplicar los ejemplos de integración en el orden jurídico nacional de normas producidas por autoridades no estatales, pero lo esencial me parece que está en otra parte, en el hecho de que el modo de razonar de los operadores jurídicos sigue siendo en todos los casos el mismo, en que se trata de invocar una jerarquía de normas, de interpretar o incluso de ponderar principios. El que podamos llamar jurídicos a todos estos fenómenos de los que estamos hablando depende exclusivamente de que puedan ser tratados de la misma manera que el Derecho estatal.

M. A.: *Ha quedado clara tu adscripción al positivismo jurídico y a la filosofía analítica. Ahora me gustaría que nos hablaras sobre las otras grandes concepciones del Derecho que existen hoy en la filosofía del Derecho. Sin duda, son muchas, pero aquí me gustaría que te pronunciaras sobre tres de ellas que —me parece— son quizá las más relevantes (aparte del positivismo jurídico): el iusnaturalismo, el pospositivismo y las teorías «críticas» del Derecho. En una de tus obras traducidas al español, La filosofía del Derecho, haces bastantes referencias al Derecho natural, pero muy pocas a las otras dos. Perfilaré todavía algo más mi pregunta.*

En relación con el Derecho natural, ¿te parece de interés alguna de esas direcciones a las que se suele denominar como neoiusnaturalistas? ¿Tienen hoy en día influencia en Francia?

A propósito del positivismo, me gustaría saber cuáles son tus principales diferencias con autores como DWORKIN, ALEXY o NINO. Y dado que uno de los temas de los que más te has ocupado es el de la interpretación, ¿qué opinión te merece la posición de DWORKIN al respecto? ¿Está teniendo el positivismo alguna influencia en Francia o en los países francófonos? Finalmente, hace algunas décadas tuvo bastante difusión una tendencia iusfilosófica originada en Francia y llamada «théorie critique du droit». ¿Sigue siendo una corriente pujante en los países francófonos? ¿Y a qué crees que se debe el hecho de que, hablando en general, en las corrientes «críticas» del Derecho hayan jugado un papel tan central autores franceses (no juristas) como FOUCAULT, DERRIDA o BOURDIEU?

M. T.: Los teóricos que se declaran abiertamente iusnaturalistas actualmente son muy poco numerosos en Francia y afirman ser católicos. En mi opinión, son susceptibles de una doble crítica: o bien afirman principios derivados de otros principios que consideran evidentes pero a los que, en realidad, nadie está obligado a adherirse o que se pueden interpretar de diversas maneras; o bien pretenden derivarlos de la naturaleza de las cosas y chocan con la Ley de Hume. Sin embargo, el iusnaturalismo reaparece a menudo bajo una forma disfrazada, no entre los teóricos del Derecho, sino entre los dogmáticos con ocasión de los debates legislativos sobre cuestiones sociales. Se ha visto en los debates en el Parlamento sobre los matrimonios entre personas del mismo sexo, cuando cerca de 200 profesores de Derecho escribieron a los senadores una carta colectiva en la que declaraban, en su calidad de profesores de Derecho, que el proyecto de ley debía ser rechazado. No se referían, de todas formas, abiertamente a teorías iusnaturalistas o neoiusnaturalistas, sino que las disfrazaban con argumentos consecuencialistas sacados por lo demás de disciplinas extrajurídicas (los niños adoptados por parejas del mismo sexo no tendrían un desarrollo psíquico satisfactorio) y con argumentos tomados «de los fundamentos antropológicos del Derecho», en particular, el de que la sociedad reposa sobre la diferencia de sexos y que no se debería afectar a esos fundamentos.

En cuanto al neoiusnaturalismo, se trata de una noción más bien vaga. En Francia, la expresión se emplea raramente, y cuando se emplea, se hace en varios sentidos muy diferentes. Se ha puesto esta etiqueta, por ejemplo, a Leo STRAUSS y a varios otros autores que se apoyan también en ARISTÓTELES, como Alistair MCINTYRE o el mismo PERELMAN³ e incluso a los que ven el Derecho natural en los derechos subjetivos nuevos, como los de los animales o los de entidades naturales como los ríos. Pero también se ha hablado de neoiusnaturalismo a propósito de autores que santifican los derechos del hombre⁴ y afirman que los jueces toman sus decisiones o que deberían tomarlas no solamente aplicando reglas, sino también en relación con valores o principios objetivos que son externos al Derecho positivo, y el mismo HART no ha escapado a esta

³ S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophique du droit naturel. Histoire des idées et des doctrine*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 2002.

⁴ A. RANAUT, «Penser le sujet de droit, aujourd'hui», en G. PHILIPPE, F. OST y M. VAN DER KERCHOVE, *Images et usages de la nature en droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Droit 57, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1993.

calificación, a causa de su idea del contenido mínimo de Derecho natural⁵. En cuanto a DWORKIN, en ocasiones ha sido calificado de neoiusnaturalista y otras de neoiuspositivista.

Ahí precisamente reside, a mi juicio, una parte de la ambigüedad de DWORKIN, al menos del primer DWORKIN, con su teoría de los principios. En efecto, nunca se sabe si, para él, los jueces aplican realmente principios que no han sido puestos, sino que son descubiertos y que tienen naturaleza moral, o si deberían aplicar tales principios. Las dos respuestas son, por lo demás, poco satisfactorias, tanto la una como la otra.

La primera, que sería una descripción, no es empíricamente verdadera, tanto porque algunos de los principios han sido enunciados en realidad en textos jurídicos, especialmente en las constituciones, como porque si no lo han sido y las decisiones que los aplican no son anulables, eso significa que es el Derecho positivo el que autoriza a los jueces a utilizarlos. No hay ni siquiera ninguna certeza de que los jueces procedan realmente así y que se sirvan de tales principios para separarse de una regla. Algunos de los ejemplos que se dan, como *Riggs vs. Palmer*, pueden perfectamente entenderse como una interpretación banal de la ley escrita, sustituyendo la interpretación literal por una interpretación de acuerdo con la intención supuesta del legislador positivo. De manera que, en todo caso, si esos valores o esos principios se imponen efectivamente, no es más que sobre la base del Derecho positivo.

Por lo que se refiere a la respuesta prescriptiva, según la cual los jueces deberían buscar los principios, ella tropieza con las mismas críticas dirigidas a las tesis iusnaturalistas. Hay una dificultad añadida: DWORKIN piensa que los principios están dotados de un valor de verdad, pero si los jueces no proceden a tal búsqueda o si los principios que pretenden aplicar no son los buenos de acuerdo con DWORKIN, ¿serían, a pesar de ello, válidas sus decisiones?, pues, si son válidas, ¿para qué sirven los principios y para qué sirve la teoría?, y si no son válidas, entonces la visión de DWORKIN no es más que un medio de interpretar el Derecho a la luz de una teoría moral, como se ve en sus artículos en el *New York Review of Books*, que, a mi parecer, es lo que mejor hacía.

A causa de esta segunda respuesta, comprendo que sitúes a DWORKIN entre los pospositivistas, si la expresión se refiere a todos los que se oponen a la idea de que la ciencia, y en particular la ciencia del Derecho, puede limitarse a una descripción neutral de una realidad objetiva y que admiten que ella de hecho comprende y debe comprender el Derecho sobre la base de juicios de valor, en particular si esos valores están expresados en la constitución, a los que rechazan completamente la distinción entre discursos descriptivos y discursos prescriptivos o la ley de Hume o incluso la distinción entre la ciencia del Derecho y su objeto. En efecto, desde un punto de vista normativo, DWORKIN anima a tomar en cuenta los valores en la práctica jurisprudencial, pero también en la teoría del Derecho. Este pospositivismo prácticamente no ha sido teorizado en Francia. Aunque DWORKIN haya sido abundantemente traducido, lo que no es el caso de ALEXY ni de NINO, sus tesis apenas han tenido eco en las facultades de Dere-

⁵ RICCIARDI, *Diritto e natura*. H. L. A. Hart e la filosofia di Oxford, citado por M. BARBERIS, «Le néo-constitutionnalisme existe-t-il?», *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, núm. 25 (10 de junio de 2015), 101-124.

cho. Es más popular entre los filósofos, sobre todo los que se ocupan de filosofía moral o de filosofía política, y también entre los magistrados. Me parece que eso se explica bastante bien por las culturas respectivas de los profesores de Derecho y de los magistrados. Los primeros pretenden limitarse a una descripción del Derecho positivo, incluso si su práctica profesional desmiente a menudo esa pretensión. Podrán criticar una ley o una jurisprudencia e incluso invocar principios morales, pero raramente lo harán sobre la base de una reflexión epistemológica. En cuanto a los magistrados, están atrapados entre dos culturas, una que deriva de las concepciones racionalistas y legalistas de la época revolucionaria y napoleónica, que hace de ellos meros ejecutores de la ley que ni siquiera estarían autorizados a interpretarla, y, por otro lado, una cultura radicalmente opuesta, que les haría asumir un rol no solo de intérpretes, sino también de productores de Derecho. Esta segunda cultura, que se desarrolla y se extiende bajo la influencia del *common law*, pero también de la jurisprudencia de tribunales extranjeros, particularmente alemanes, y de los tribunales europeos de Estrasburgo y de Luxemburgo, tiene en realidad raíces profundas y antiguas en los tribunales soberanos del Antiguo régimen, cuyo poder político era inmenso, pero que habría sido destruido por la Revolución francesa. La reivindicación de hacer de la justicia un «verdadero» tercer poder se manifiesta principalmente en las instituciones de investigación y de formación de magistrados. Se legitima por las ideas de proporcionalidad, de ponderación, de diálogo de los jueces, indirectamente inspiradas en HABERMAS, en DWORKIN o en ALEXY, principalmente a través del tribunal constitucional alemán.

En relación al movimiento «*critique du droit*», ha sido muy estimulante, aunque haya sido la acción de un pequeño número de personas y su efecto hoy sea reducido. Apareció en un momento muy particular, cuando las facultades de Derecho eran muy conservadoras y la cultura dominante en el resto de la universidad era el marxismo, principalmente, por lo demás, un marxismo que buscaba renovarse, particularmente bajo la influencia de ALTHUSSER y que comenzaba a prestar atención a la superestructura, en particular, al Estado y al Derecho. Para los jóvenes juristas heterodoxos, era pues natural tratar de estudiar el Derecho bajo este ángulo, e hicieron un cierto número de publicaciones y organizaron encuentros, pero hoy, una vez que el marxismo perdió en la universidad mucho de su poder, de «crítica del Derecho», el movimiento ya no existe en cuanto tal. Me parece que queda esencialmente la idea general de que el análisis del Derecho puede ser un instrumento de crítica política y el interés por la sociología jurídica.

En fin, la influencia de los autores no juristas que citas, como FOUCAULT, BOURDIEU o DERRIDA, a los que habría que añadir el nombre de Bruno LATOUR, ha sido muy grande en Estados Unidos, pero muy débil entre los juristas franceses. En cambio, esa influencia es perceptible entre los politólogos, pues hay que recordar que un gran número de ellos han tenido una formación jurídica y que ellos enseñan principalmente en las facultades de Derecho.

M. A.: *En el número 1 de Doxa (en 1984) en el que tú participaste, a la pregunta de cuál considerabas que había sido hasta el momento tu mayor contribución a la filosofía del Derecho, contestabas refiriéndote a tu trabajo (de 1981) sobre KELSEN, la teoría de la interpretación y la estructura del orden jurídico. Desde entonces han pasado nada menos que treinta y cinco años. ¿Cómo contestarías ahora a esa pregunta? Si tuvieras que ser re-*

cordado por uno solo de tus trabajos (por ejemplo, si alguien quisiera hacer una antología de textos de iusfilósofos contemporáneos con esa limitación), ¿cuál elegirías? ¿Y por qué?

M. T.: Siempre tengo presente ese artículo sobre KELSEN y la teoría de la interpretación, en primer lugar, porque era mi primer trabajo de filosofía del Derecho, era joven y estaba impresionado por haber sido acogido en la *Revue internationale de philosophie*, y también porque contenía en germen una concepción realista radical, formulada todavía torpemente. Pero si puedo permitirme citar otro artículo sería el de la causalidad en el Derecho, ya mencionado. Retoma la teoría de las restricciones, que constituyere el complemento necesario de una teoría realista de la interpretación. Esta tropieza siempre con la objeción de que si la interpretación no es más que un acto de la voluntad y si la voluntad del intérprete no está restringida, no se puede comprender que haya una jurisprudencia coherente en lugar de decisiones vinculadas a preferencias morales o políticas de los jueces, que podrían cambiar a cada momento. La teoría de las restricciones tiene que poder explicar por qué los jueces se conforman de hecho a principios y a otros modos de justificación relativamente estables, dicho de otra manera, por qué, si bien no tienen la obligación, están obligados a ello. Este artículo no ha tenido mucho eco en tanto que trabajo epistemológico, pero, al menos a mi parecer, debería permitir conectar mejor el Derecho con las ciencias sociales, como intenté posteriormente hacer tratando de explicar la formación de los conceptos jurídicos mediante la configuración del sistema en un momento histórico dado.

M. A.: *Llegamos al final de la entrevista y me gustaría ahora que nos hablaras un poco sobre el futuro. ¿Tienes algún trabajo en marcha? ¿Hay algún tema sobre el que te habría gustado escribir y que te haya quedado, por así decirlo, pendiente? ¿Cómo ves el futuro de la filosofía del Derecho? ¿Qué crees que va a ocurrir con nuestra disciplina? ¿Está amenazada su permanencia en nuestras facultades de Derecho? ¿Hay algo que los filósofos del Derecho deberían hacer para asegurar ese futuro y que quizá no estén haciendo? ¿Qué consejo les darías a los jóvenes que están iniciando ahora (o que tienen pensado iniciar) una carrera como filósofos del Derecho?*

M. T.: Sigo con el mismo método y en colaboración con historiadores un trabajo sobre la representación. Se trata desde luego no de criticar o de alabar la teoría de la representación, sino de mostrar que ese concepto emerge necesariamente vinculado al de soberanía, en razón de restricciones argumentativas, que son inseparables de la jerarquía de normas.

En cuanto al futuro de la filosofía del Derecho, si bien me parece evidente que los juristas no dejarán de filosofar, ni los filósofos de reflexionar sobre el Derecho, y que se continuará con su enseñanza, abrigo algunos temores. El primero es que se cree (o que se amplíe) un foso entre la filosofía del Derecho y la práctica jurídica, bien porque los prácticos del Derecho pueden ser repelidos por el tecnicismo de la filosofía del Derecho, o bien porque no vean qué uso pueden hacer de ella o incluso que le reprochen el ignorar las cuestiones prácticas y el tecnicismo del Derecho y de la dogmática.

Mi segundo temor es que la filosofía del Derecho no tenga para los prácticos más que una función decorativa, que constituya para ellos únicamente una reserva de fórmulas retóricas o de argumentos de autoridad. No se trata solo de las sempiternas referencias a Antígona, sino incluso de reenvíos a teorías sobre la estructura del siste-

ma jurídico, a las que se quiere hacer jugar un papel normativo, como ocurre con la jerarquía de normas.

Pero, por otro lado, temo también que la filosofía del Derecho caiga en la tentación de querer jugar un papel en la producción del Derecho. Y esa tentación no afecta solo a los iusnaturalistas, a los que les gustaría hacer prevalecer tal o cual concepción de la justicia, sino también a los que, aun rechazando las doctrinas del Derecho natural, pretenden basar en una descripción del Derecho positivo principios de política jurídica.

A los jóvenes que quieran emprender una carrera como filósofos del Derecho, les recomendaría ante todo que no traten de ser exclusivamente filósofos del Derecho, sino que se esfuercen por ser también plenamente juristas y por estar en contacto también con la práctica.

