

CAPÍTULO TERCERO

CONSTRUCTIVISMO, TEORÍAS JURÍDICAS Y JUICIOS DE VALOR

I. JUICIOS DE VALOR Y DESCRIPTIVISMO

1. *Positivismismo jurídico y “punto de vista moral”*

En este último capítulo del libro abandonaré el plano del análisis general de las relaciones entre constructivismo y teoría del derecho, y me esforzaré, en cambio, por utilizar en concreto la perspectiva constructivista para examinar una cuestión específica que me parece de particular importancia para nuestra disciplina, y que considero puede ser ilustrada de manera más adecuada con la ayuda de esta perspectiva. Se trata de la cuestión de la relación entre juicios de valor y conocimiento jurídico.

Como ya he dicho más de una vez en el transcurso del presente trabajo, una idea extremadamente influyente y compartida por muchos en la tradición de investigación del positivismo jurídico ha sido siempre la que prefigura una suerte de oposición dicotómica entre dos tipos de discurso que teóricos del derecho, juristas y operadores jurídicos pueden desarrollar con referencia a un derecho positivo dado.

El primer tipo de discurso tiene un carácter *descriptivo*, en cuanto a que su función es la de *dar cuenta* del derecho positivo, independientemente de los objetivos (teóricos o prácticos) a la que esta operación puede estar encaminada. Esta función puede

recibir, a su vez, especificaciones diferentes: I) en el contexto de la *teoría del derecho*, el objetivo de estos discursos es el de proporcionar representaciones y explicaciones de ciertas características generales del derecho positivo, pertenecientes a una serie de organizaciones jurídicas comparables entre sí (supongamos que son las organizaciones jurídicas actuales de los países occidentales); II) en el contexto de la *dogmática jurídica*, el objetivo consiste en proporcionar interpretaciones y reconstrucciones con carácter sistemático de grupos de normas pertenecientes a ciertos sectores específicos de un ordenamiento jurídico dado; III) en el contexto de la actividad judicial, el objetivo es, por lo menos en los “casos fáciles”, *constatar* el significado de ciertas normas con el fin de poder aplicarlas a casos concretos.

El segundo tipo de discurso, en cambio, tiene carácter *prescriptivo y/o valorativo* (según se considere o no a la clase de lo ‘prescriptivo’ como inclusiva de aquella de lo ‘valorativo’), en cuanto su función es la de *tomar posición* en términos positivos o negativos sobre el derecho positivo mismo, por medio de la formulación de juicios de valor de carácter ético-político.⁴⁶¹

Esta contraposición, como ya dije en el capítulo anterior, no representa en absoluto, a mi entender, una tesis necesaria del iuspositivismo; pese a ello, en caso de que sea aceptada, entonces se puede hacer derivar de ésta una prescripción metodológica específica: la que, para ser exactos, recomienda a teóricos del derecho y juristas producir, dentro de los límites en los cuales quieran ofrecer conocimiento sobre derecho positivo, *discursos de corte puramente descriptivo*, es decir, discursos en donde estén radicalmente excluidos juicios de valor, del tipo que éstos sean.

La tesis de la separabilidad de estos dos tipos de discursos, con sus corolarios metodológicos, puede muy bien ser sostenida —y

⁴⁶¹ Una formulación clásica de tal contraposición es la ofrecida por Kelsen. Según este autor, la función de la ciencia jurídica no consiste en atribuir valores o en expresar valoraciones, sino, más bien, en la descripción de su propio objeto, descripción que es efectuada *prescindiendo* totalmente de juicios de valor. Cfr. Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, cit., p. 84.

de hecho lo es— por los iuspositivistas, independientemente de cómo ellos pretendan calificar la clase de los discursos descriptivos (por ejemplo, como discursos *científicos* en un sentido *fuerte*, o bien en un sentido más *débil*, como discursos genéricamente *informativos*). Ésta, en todo caso, ha sido configurada de manera diversa en el ámbito de la teoría del derecho, también por medio del uso de locuciones diversas: algunos, por ejemplo, tomando en cuenta la vinculación que tal tesis establece con el principio de *avaloratividad*, la caracterizan como *neutrality thesis*;⁴⁶² otros usan el apelativo de *iuspositivismo metodológico*⁴⁶³ para caracterizar justamente, en la misma línea de la enseñanza bobbiana, el tipo de iuspositivismo que resultaría de la aceptación de este principio. En este capítulo, al hacer precisamente referencia a la tesis que me dispongo a criticar, según la cual juristas y teóricos del derecho, al *describir* el derecho positivo, deben asumir una actitud absolutamente avalorativa, usaré la locución ‘tesis de la avaloratividad’.

Para los fines que me propongo en este capítulo, no tiene importancia dar cuenta de las distintas maneras en las que esta tesis puede ser coordinada con —o a veces lógicamente deducida por— otras tesis.⁴⁶⁴ No me ocuparé, por lo tanto, de tales problemas. En todo caso, queda el hecho de que esta tesis ya ha adquirido un significado canónico en el interior del iuspositivismo contemporáneo, expresando incluso para algunos el último bastión dentro del cual es posible protegerse de los asaltos del

⁴⁶² Retomo esta expresión que Füsser, K., “Farewell to ‘Legal Positivism’: the Separation Thesis Unravelling”, *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, editado por George, R. P., Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 119-162.

⁴⁶³ Véase, por ejemplo, Comanducci, P., *Assaggi di metaetica due*, Turín, Giappichelli, 1998, pp. 9-13.

⁴⁶⁴ Según la filosofía analítica con orientación prescriptivista, la *neutrality thesis* representa una de las consecuencias lógicas, en el campo jurídico, de la tesis de la *gran división*. En este sentido se expresa Celano, B., *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Turín, Giappichelli, 1994, p. 49.

iusnaturalismo, y por lo tanto la única manera, aún hoy actual y practicable, de desmarcar el iuspositivismo del iusnaturalismo.

También estoy convencido de que el iuspositivismo metodológico representa, en efecto, la manera más convincente de elaborar hoy en día una concepción defendible del iuspositivismo (*la interpretación más convincente del concepto del iuspositivismo*), pero siempre y cuando se separe esta asunción metodológica de las premisas epistemológicas descriptivistas con las cuales normalmente se combina, para vincularla de manera estable, por el contrario, con las premisas epistemológicas constructivistas.

Puede ser útil, para este propósito, examinar qué tipo de definición de iuspositivismo metodológico emerge de la adopción de un enfoque de tipo descriptivista, también porque será luego éste el punto de referencia crítico del cual partiré para una redefinición de tal noción.

Una formulación particularmente interesante de esta versión de iuspositivismo proviene de Comanducci, a la que me referiré ahora. Para Comanducci, el núcleo temático fundamental del cual conviene partir para establecer una demarcación entre iusnaturalismo y iuspositivismo (y por lo tanto para definir el iuspositivismo) está constituido aún por la cuestión de la *relación entre derecho y moral*. Lo que da vida a tres preguntas distintas que Comanducci se preocupa por distinguir con su habitual claridad. Se trata de preguntas que permiten aislar tres conexiones particularmente significativas entre derecho y moral. Luego serán los tipos de respuestas dadas a estas tres preguntas los que harán posible identificar las diversas posturas de los iuspositivistas respecto del tema de las relaciones entre derecho y moral.

El primer tipo de conexión es la *conexión justificativa*, con base en la cual uno puede plantearse la siguiente pregunta: “¿Es posible justificar una decisión jurídica sin tener que recurrir a argumentos morales?”.

El segundo tipo de conexión es la *conexión identificativa*, cuyo examen conduce a la siguiente pregunta: “¿Es posible identificar el derecho sin tener que recurrir a un *punto de vista moral*?”.

El tercer tipo de conexión es la *conexión axiológica*, cuyo significado puede ser oportunamente sintetizado al acudir a la siguiente pregunta: “¿Está bien que el derecho convierta en obligatoria una moral?”.⁴⁶⁵

¿Cuáles son, podemos preguntarnos ahora, las respuestas a las tres preguntas que Comanducci considera distintivas del iuspositivismo? En lo que concierne a la primera pregunta, el iuspositivismo sostendría, según Comanducci (y yo estoy de acuerdo con él), que en el razonamiento jurídico se pueden dar justificaciones que no apelan a argumentos morales, al menos si por ‘justificación’ se entiende “proporcionar razones a favor de una conclusión”.⁴⁶⁶

Por lo que respecta a la segunda pregunta, de acuerdo con Comanducci, se necesitaría distinguir el punto de vista moral del participante de aquel del *teórico del derecho*. Pues bien, al seguir un planteamiento de tipo iuspositivista, la presencia del punto de vista moral del participante, por como lo asumen en particular los funcionarios, podría ser considerado como necesaria —no universalmente, sino contingentemente—; es decir, ateniéndose a la manera en la cual están estructurados nuestros sistemas jurídicos. Por el contrario, la presencia del segundo punto de vista (el punto de vista moral del teórico del derecho) tendría que excluirse, al menos *si se considera el trabajo teórico como “libre de valores”* (y es justo ésta la asunción-clave que impugnaré de raíz en el discurso de Comanducci); y esto es válido también para el caso en que se considere, cosa que Comanducci desea —y por mi parte también—, que el teórico del derecho deba asimismo dar cuenta del punto de vista moral expresado por los participantes.⁴⁶⁷ Dice expresamente Comanducci al respecto: “dar cuenta es algo distinto del asumir un punto de vista moral... no es necesario que el teórico asuma un punto de vista moral al identificar

⁴⁶⁵ Comanducci, P., *Asaggio di metaetica due*, cit., pp. 8 y 9.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, pp. 9 y 10.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, pp. 10-12.

el derecho”.⁴⁶⁸ Circunstancialmente, justo esta afirmación será objeto de una parte relevante de mis observaciones críticas; sostendré, de hecho, que ésta es una afirmación ambigua que puede ser interpretada de dos maneras distintas según qué se entienda por la locución ‘punto de vista moral’. En una de las dos interpretaciones posibles, Comanducci se equivoca, porque *el punto de vista moral es un elemento necesario de la reconstrucción del derecho efectuada por el jurista*, limitadamente a los estados de derecho constitucionales de las organizaciones jurídicas occidentales. El bastión del iuspositivismo metodológico tiene que retroceder aún más, pero a una posición en donde esté completamente a salvo de los ataques de los iusnaturalistas.

Con relación a la tercera pregunta, el iuspositivista, según Comanducci, debería antes que nada intentar reformularla convenientemente; y debería hacerlo más o menos de esta forma: “¿está bien que existan límites al hecho de que el derecho convierta en obligatoria una moral?”.⁴⁶⁹ A esta pregunta, el iuspositivista debería naturalmente contestar que sí⁴⁷⁰ (algo de lo cual yo también estoy convencido).

El eje del discurso que desarrollaré en este capítulo, como se puede entender, gira alrededor de la segunda pregunta. Como he dicho arriba, mi intención es mostrar que, en un sentido que habrá que especificar, el *punto de vista moral* es un ingrediente necesario del trabajo del estudioso del derecho, en la medida en que este trabajo tenga como campo de referencia las actuales experiencias jurídicas de tipo occidental, que se caracterizan por la presencia de un nivel de normas de carácter constitucional. Pero, para desarrollar cabal y profundamente esta posición, se necesita antes que nada atacar los presupuestos epistemológicos de la tesis de la *avaloratividad completa y radical del conocimiento*, que muchos dan por descontada en el panorama de la filosofía analí-

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. 12.

⁴⁶⁹ *Idem*.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, pp. 12 y 13.

tica. De hecho, se puede sostener que el trabajo cognoscitivo del estudioso del derecho debe ser avalorativo solamente con base en la aceptación del postulado más general de la avaloratividad del conocimiento *tout-court*.

Es oportuno añadir, empero, que muchos de quienes se alinean a favor de la *tesis de la avaloratividad* en el ámbito del conocimiento jurídico están dispuestos a reconocer, por otra vía, que descripciones y valoraciones pueden muy bien presentarse juntas en las prácticas discursivas de los estudiosos del derecho; pero estos autores afirman que uno de los objetivos más significativos de la filosofía del derecho es precisamente el de eliminar esta —tal vez inevitable— “incongruencia práctica”, y establecer, en cambio, con la máxima claridad posible, límites conceptuales apropiados entre las dos clases de discursos.

Es importante notar que en este tipo de perspectiva los *juicios de valor jurídicos* son en todo y para todo equiparables a *juicios prácticos*, a juicios que expresan una toma de postura, positiva o negativa, respecto de un sistema jurídico dado (en su conjunto o en lo que concierne a cada norma), o que sirvan de todos modos como base para la justificación de acciones o de decisiones.⁴⁷¹ Aquí vale la pena anticipar mi punto de vista sobre la cuestión: estoy personalmente convencido de que esta equiparación carece de todo fundamento, como trataré de aclarar en el transcurso de este capítulo.

Se puede añadir también que la tesis de la avaloratividad es expresión de una actitud metodológica *monista* (según la cual un mismo método, el que se supone se adoptó en las ciencias naturales, debe adoptarse en todas las ciencias o “cuasi-ciencias”), característica de la concepción neopositivista de la ciencia. Pero también quienes sostienen este punto de vista no pueden dejar de

⁴⁷¹ Este tipo de convencimiento es expresado muy claramente, por ejemplo, por Ross, sobre todo cuando dice que la terminología descriptiva que es usada en el estudio doctrinal del derecho “has nothing to do with moral approval or condemnation” de las reglas de un sistema jurídico dado. *Cfr.* Ross, A., *On Law and Justice, cit.*, pp. 31 y 32.

reconocer que el campo de experiencia jurídico, en muchos aspectos, es profundamente distinto del campo de competencia de las ciencias naturales. En el primer campo, para tomar un ejemplo que nos toca muy de cerca, puede muy bien suceder (y de hecho sucede, en mi opinión, en las organizaciones jurídicas occidentales contemporáneas) que valores morales penetren profundamente en el derecho positivo, y de esta forma se vuelvan parte del objeto de estudio de los especialistas del derecho. Esta situación puede verificarse por la intervención del *legislador* (bajo la forma de principios jurídicos codificados, por ejemplo en un plano constitucional), como también por intervención de la *dogmática jurídica* y de la *actividad de interpretación judicial* (bajo la forma de *principios implícitos*, de construcción doctrinal o jurisprudencial); pero también, en definitiva, por obra de los comportamientos y de las actitudes puestas en acción por los miembros legos “leales” de la comunidad jurídica de referencia, que expresan, más o menos explícitamente, su aceptación comprometida con el punto de vista ético del sistema jurídico (o mejor dicho, de sus principios fundamentales). Aquí sea tal vez oportuno precisar que en el curso de este capítulo, cuando haga referencia a los valores éticos como objetos de indagación, usaré por razones de simplicidad expositiva la locución genérica ‘valores internos’, pretendiendo, sin embargo, incluir en ellos también los que sería más correcto llamar ‘juicios de valor internos’ (los juicios éticos expresados por los participantes en la práctica).

El reconocimiento, de muchas formas obligado, de estos *valores internos*, no debe necesariamente, sin embargo, ser considerado como una amenaza para la tesis iuspositivista de la avaloratividad, como hemos ya visto con la posición de Comanducci. Su respuesta, en el fondo, no es tan distinta de la de Bobbio,⁴⁷² cuando este último afirma que el jurista debe tratar estos valores “como si fuesen hechos”, es decir, con la misma actitud absolu-

⁴⁷² Bobbio, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 125 y 126.

tamente neutral que se supone adopten los científicos naturalistas respecto de los hechos de los que se ocupan.

Como he tenido ocasión de considerar varias veces en este libro, desde la introducción, la dicotomía entre *descripción del derecho* y *valoración del derecho* no entra habitualmente en juego sola; por el contrario, está ligada estrechamente (por la vía de las relaciones lógicas y/o conceptuales) a otras dicotomías, formando un conjunto dominado por profundas interacciones recíprocas.

Estas otras dicotomías, sobre las cuales ya he puntualizado más de una vez, se refieren a todo el espectro de las prácticas discursivas puestas en acción por los estudiosos del derecho, juristas y operadores jurídicos, y dividen invariablemente estas prácticas en dos clases contrapuestas entre sí, marcadas por etiquetas contrastantes. Me limito a corroborar aquí algunas de las contraposiciones más significativas: aquella entre “interpretar el derecho preexistente” y “crear nuevo derecho” (en la interpretación jurídica), entre “describir el *derecho como es*” y “prescribir cómo el *derecho debe ser*”, entre “producir discursos *sobre* el derecho” (y usar así argumentos *interpretativos*) y “producir discursos *en el* derecho” (y usar así argumentos *productivos*), entre “poner en acción discursos teóricos” y “poner en acción discursos doctrinales”, etcétera.

En todas estas dicotomías, como ya sabemos, hay siempre una idea central presupuesta en el fondo: aquella según la cual los discursos jurídicos (y las prácticas en donde éstos se encuentran integrados) deben ser claramente distinguidos a través del uso de dos atribuciones contrapuestas entre sí: ‘objetivo’ y ‘subjetivo’, ambas entendidas en un sentido *fuerte*. Al considerar el objeto específico de indagación de este capítulo, esto significa que todos los discursos descriptivos se deben calificar como *objetivos*, y todos los discursos valorativos se deben calificar, en algún sentido, como *subjetivos*.

Vale la pena observar, incidentalmente, que este tipo de demarcación, desde mi punto de vista, produce el resultado abso-

lutamente indeseable de colocar indiscriminadamente todos los juicios de valor (desde los “juicios de gusto” a los de carácter ético) en la misma clase, caracterizada por la propiedad de la *subjetividad*.

Una de las tesis que adelantaré en este capítulo es justamente que esta nítida demarcación entre *discursos descriptivos* (o puramente factuales) y *discursos valorativos* (por lo tanto subjetivos, e incluso arbitrarios) carece totalmente de fundamento. No habría ni siquiera necesidad de decir que Dworkin es un buen aliado en la batalla en contra de esta idea tradicional tan arraigada, aunque, como he observado más de una vez, él no es suficientemente claro y riguroso en su crítica a este planteamiento ni en la formulación de una posición alternativa.⁴⁷³

Será mejor volver ahora al ámbito de las temáticas expresamente tratadas en este capítulo. A continuación, anticipo sucintamente las tesis principales que serán sostenidas. En primer lugar, haré algunas afirmaciones críticas, de carácter epistemológico, sobre los presupuestos generales en los que se basa la tesis de la avaloratividad, y sugeriré contextualmente la posibilidad de una perspectiva epistemológica alternativa. Lo que quiero mostrar, desde este punto de vista, es que la tesis de la avaloratividad presupone habitualmente una concepción epistemológica *realista* y una concepción semántica *descriptivista*.

Para tal efecto, es oportuno hacer una importante aclaración. No me interesa, en este contexto —y no tendría de todos modos el espacio para hacerlo—, desarrollar un análisis de carácter histórico-reconstructivo que indague cómo ha surgido y desarrollado la idea de la *avaloratividad* de la *ciencia* en la cultura filosófica moderna, poniendo de relieve también algunas posiciones

⁴⁷³ Dworkin subraya muy claramente, no obstante, la exigencia de distinguir netamente, en el campo jurídico, entre *ethical claims* y *mere reports of taste*. Véase al respecto, por ejemplo, Dworkin, *Law's Empire*, *cit.*, p. 81. Para una distinción más argumentada, desde el punto de vista epistemológico, entre juicios de valor *objetivos* y *subjetivos*, véase Putnam, H., *Reason, Truth and History*, *cit.*, p. 156.

que han asumido un papel paradigmático determinante⁴⁷⁴ ni, al mismo tiempo, me interesa desarrollar el mismo tipo de análisis en el ámbito jurídico para ver cómo y a través de cuáles estudiosos ha tomado históricamente forma esta convicción dentro de la cultura jurídica contemporánea.⁴⁷⁵ Me limito a tomar, como punto de referencia, el principio de avaloratividad tal como éste está configurado en su versión *estándar*, en el ámbito de la filosofía de la ciencia contemporánea de inspiración neopositivista y generalmente más neoempirista, representando uno de sus postulados fundamentales.

Regresemos ahora a la noción de *iuspositivismo metodológico*. Al citar la posición de Comanducci, hice anteriormente referencia a la manera prevaleciente en la que esta noción es entendida, al menos en el área de la filosofía analítica del derecho. Es muy importante añadir, sin embargo, que esta situación ha cambiado profundamente en los últimos años, así como les ha sucedido a otros puntos sobresalientes que ya he ilustrado antes. Asistimos hoy, de hecho, en el área del iuspositivismo analítico, a numerosos

⁴⁷⁴ Está claro que este tipo de análisis, en el caso de que efectivamente se llevara a cabo, no podría prescindir de las contribuciones fundamentales de Weber (*cf.* Weber, M., *Il método delle scienze storico-sociali*, trad. it. P. Rossi (coord.), Turín, Einaudi, 1958).

⁴⁷⁵ Es por todos sabido que la idea de la avaloratividad de la teoría jurídica encuentra su primera y adecuada concretización en la cultura jurídica moderna, por causa de las formulaciones ofrecidas en los trabajos de Bentham y Austin. Se puede recordar, para este propósito, la distinción benthamiana entre *expository* y *ensorial jurisprudence* (Bentham, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, editado por Burns, J. H. y Hart, H. L. A., Londres, Athlone Press, 1970, pp. 293 y 294), y la afirmación austiniana según la cual “la existencia del derecho es una cosa, sus méritos o deméritos otra” (Austin, J., *The Providence of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, trad. it., Barberris, M. (coord.), Bolonia, Il Mulino, 1995, p. 228). Como se puede observar, ya en Austin está presente el vicio fundamental de la manera iuspositivista de tratar la cuestión de la avaloratividad, según la cual la intervención valorativa en el ámbito de los discursos jurídicos puede concretarse solamente en un tipo de discurso que es alternativo al descriptivo, y que se resuelve mediante tomar posición a favor o en contra del objeto mismo de la descripción.

intentos de cuestionar, aunque sea con fluctuaciones y ambigüedades, la dicotomía entre *descripción del derecho* y *valoración del derecho*. Aquí, de manera obvia, y debido a las otras dicotomías antes examinadas, la solución alternativa que hay que proponer no podrá estar dirigida al rechazo total de todo tipo de distinción entre los *discursos descriptivos* (que yo preferiría llamar *reconstructivos*) y los *discursos valorativos*. El objetivo debe ser, si acaso, trazar una distinción más adecuada, usando quizá instrumentos conceptuales más sofisticados (y sobre todo, adoptando en primer lugar una imagen de conocimiento distinta).

Regresando ahora a los cambios que se han verificado en el interior del iuspositivismo analítico contemporáneo, tal vez sea oportuno anticipar en líneas generales lo que sostendré posteriormente de manera más detallada: estas nuevas formas de enfocar el tema de la dicotomía “descriptiva-valorativa” y aquel referido a la presencia eventual de juicios de valor en el interior de los discursos jurídicos descriptivos, vinculado estrictamente con el primero, no logran, en la mayor parte de los casos, alejarse del horizonte conceptual de la tesis de la avaloratividad y, por lo tanto, no son capaces de evitar las malas interpretaciones, las inadecuaciones y las ambigüedades que la aceptación de esta tesis trae consigo.

Decía arriba que el primer objetivo de este capítulo será el de criticar los presupuestos epistemológicos de la tesis de la avaloratividad y de presentar de manera todavía muy provisional una perspectiva alternativa. Dentro de este contexto más general, me preocuparé de analizar críticamente la oposición entre discursos descriptivos y discursos valorativos, tal como se presentan en el campo jurídico. He dicho antes que el iuspositivismo tradicional concibe esta relación como una *oposición radical*. En este capítulo criticaré esta posición, sosteniendo que se basa en premisas infundadas, sobre todo en el nivel epistemológico. Realizaré, en cambio, un argumento articulado en cuatro pasos, que lleva a una conclusión alternativa muy fuerte: aquella según la cual los

juicios de valor son un *componente necesario* del conocimiento jurídico, pero sobre todo de los discursos de los estudiosos del derecho y de los juristas. No estoy del todo convencido, de hecho, de que la tesis de la valoratividad valga, en este sentido tan *fuerte*, también para los discursos cognoscitivos que son competencia de la teoría del derecho. Para estos últimos discursos, mi convicción actual es que su situación es bastante similar en el fondo a aquella en la cual se encuentran los discursos teóricos de las ciencias empíricas: una situación para la cual es necesario limitarse a admitir la mera *posibilidad* (para valorar caso por caso) de la presencia de juicios de valor. De cualquier manera, queda el hecho de que, de acuerdo con mi perspectiva, el principio de avaloratividad, al menos en su versión más rígida, ya no tiene un rol importante que desempeñar en el interior del conocimiento en general.

2. Juicios de valor “débiles” y “fuertes”

No es importante para mis objetivos proporcionar una definición precisa y detallada de la noción ‘juicios de valor’, tanto en lo general como al hacer referencia a los discursos jurídicos. Asumiré, por razones de espacio, que esta noción, por lo menos en sus características más generales, no suscita grandes controversias. Es pertinente aclarar, sin embargo, que al definir tal noción hago referencia a una clase particular de juicios de valor: aquellos que llamo *juicios de valor fuertes*.

Esta última clase de juicios de valor debe ser claramente distinta de otra clase, de la que forman parte los *juicios de valor débiles*. Entre estos últimos vale la pena mencionar, primeramente, los que Nagel llama *characterizing value judgments*,⁴⁷⁶ proporcionando ejemplificaciones en términos de *technicals appraisals*, de *definitions of quantitative standards*, etcétera; juicios todos que expresan convicciones y decisiones metodológicas cuya pre-

⁴⁷⁶ Nagel, E., *The Structure of Science*, Nueva York, Harcourt, Brace & World, 1961, p. 494.

sencia y pertinencia —en la actividad científica—⁴⁷⁷ nadie pone en tela de juicio. Otros tipos de juicios de valor débiles, en segundo lugar, son aquellos cuyos términos valorativos aparecen en una posición *lógicamente atributiva* (juicios del tipo de “éste es un buen x”, en el sentido de un “buen ejemplo” de un género o una clase dados). Estos juicios tienen normalmente un *carácter funcional*; esto significa que los criterios de valoración de los juicios tienen habitualmente una base factual. Aquí, en definitiva, la valoración concierne a la capacidad del objeto en cuestión para desempeñar la función especificada en el juicio mismo.⁴⁷⁸

Otros tipos importantes de juicios de valor débiles son aquellos cuya diferencia con los fuertes no depende del contenido semántico o de la función, sino más bien de su posición respecto de los discursos teóricos. Se trata, en otros términos, de juicios de valor *externos* de los discursos teóricos, en el sentido en que éstos normalmente intervienen o bien *antes* que la investigación inicie (por ejemplo, los juicios de valor que constituyen la “base motivacional” que puede impulsar hacia un cierto tipo de investigación) o *después* de que ésta haya sido completada (por ejemplo, las valoraciones relativas a las posibles aplicaciones de ciertos descubrimientos o de ciertas teorías científicas).⁴⁷⁹

Estos últimos juicios se deben distinguir claramente de los juicios *internos* en la investigación científica; es decir, de aquellos que influyen sobre la actividad cognoscitiva desde adentro, a partir de la fase en la cual se ponen en acción todos aquellos proce-

⁴⁷⁷ Retomo este tipo de configuración de los *juicios de valor caracterizadores* de Zolo, D., “Theoretical Language, Evaluations and Prescriptions, A Post-Empiricist Approach”, *Reason in Law*, editado por Farralli C. y Pattaro, E., vol. II, Milán, Giuffrè, 1988, pp. 376 y 377.

⁴⁷⁸ Este tipo de definición es proporcionada por Celano, B., *Dialettica della giustificazione pratica*, *cit.*, pp. 359-363.

⁴⁷⁹ Sobre estos juicios de valor *externo* se explaya Hempel, en el contexto de un discurso en el cual toma posición con mucha claridad en favor del principio de avaloratividad, al sostener la no admisión de los juicios de valor en el interior de la investigación científica (Hempel, C. G., *Aspects of Scientific Explanation*, Nueva York, Free Press, 1965, pp. 90-93).

sos (de carácter observativo, definitorio, etcétera) que facilitan un reconocimiento preliminar de un cierto campo de experiencia, hasta llegar a las fases de características teóricas en las que podría surgir el problema de la *theory-choice* (*juicios de la segunda fase*). Pero ya no me detendré sobre estos puntos, porque han sido suficientemente examinados en el ámbito epistemológico general en el primer capítulo.

En este trabajo, como es obvio, me ocuparé solamente de los juicios de valor fuertes, que son, pues, aquellos cuya presencia dentro del conocimiento plantea serios problemas que se deben a las formulaciones epistemológicas tradicionales. En cambio, ningún problema de este tipo surge en las relaciones entre juicios de valor débiles y conocimientos.

Ahora es posible ofrecer una breve y muy esquemática definición de los *juicios de valor fuertes*. Con esta noción, pretendo connotar los juicios que, colocándose al interior del conocimiento científico, desempeñan la función de proveer una apreciación —positiva o negativa— de un objeto dado (y puede tratarse de un objeto natural o cultural) o el resultado del conocimiento mismo (en la teoría, en cada noción teórica, etcétera). Esta apreciación se da normalmente por medio del empleo de *términos valorativos* como ‘bueno’, ‘justo’, ‘correcto’, ‘loable’, etcétera (y obviamente sus contrarios).

No habría ni siquiera necesidad de decir que en el campo jurídico los juicios de valor *fuertes*, más significativos y relevantes, son los que tienen un carácter *ético y/o político*. Estos juicios expresan una apreciación —positiva o negativa— con respecto a ciertos “materiales jurídicos” (reglas, principios, a veces un sistema jurídico en su conjunto, etcétera) de ciertos comportamientos de personas con distintos títulos en un determinado sistema (como operadores jurídicos o como ciudadanos) o de ciertas teorías o de cada noción jurídica. Esta apreciación se da muy a menudo con base en algún valor ético (el “respeto por la vida humana”, por ejemplo) o político (el valor de la justicia, en una de sus posibles configuraciones).

Bajo este perfil, uno de los problemas más importantes que será discutido más adelante es el de la *colocación, interna o externa* (respecto de un sistema jurídico dado), de los valores a los que hacen referencia los juicios relativos. Es muy diferente, pues, si estos valores están colocados en el interior o en el exterior del sistema jurídico al cual están referidos; de hecho, es del tipo de colocación de estos valores del que depende, en mi opinión, el calificativo de ‘necesaria’ asignado a la presencia del juicio de valor en el interior del juicio jurídico.

Ahora es posible formular un poco más claramente las cuestiones principales a las que trataré de contestar en este capítulo. Expresadas en términos muy esquemáticos, tales cuestiones son: “¿Cuáles son (si acaso los hay) el significado y la función desempeñada por los juicios de valor *fuertes* en el interior de los discursos cognoscitivos de los juristas?”; “¿estos juicios tienen un espacio y una relevancia significativa dentro de estos discursos, o tienen que ser eliminados por ellos, incluso para colocarse en el interior de otra clase de discursos?”.

No habría ni siquiera necesidad de decir que el problema tiene un *estatus normativo*. Aquí, en otros términos, no se está indagando si los juristas, en su actividad concreta, confunden juicios de hecho y juicios de valor, sino más bien si sería *correcto* a la luz de una determinada concepción epistemológica que lo hicieran.

3. *Juicios de valor y descripción del derecho en las teorías jurídicas descriptivistas*

Una vez aclaradas las nociones fundamentales que emplearé en el análisis, quisiera poner en evidencia, por medio de algunos ejemplos, el modo característico en el cual las teorías iuspositivistas de construcción descriptivista entienden la cuestión de la relación entre *juicios de valor y descripción jurídica*. Esta última locución es ciertamente inapropiada desde el punto de vista constructivista (este último, de hecho, pone en tela de juicio la

posibilidad misma de guiar *descripciones puras*); pero es la que utilizan las teorías jurídicas constructivistas al sustentar la tesis que prefigura la incompatibilidad radical entre juicios de valor y discursos jurídicos —en algún sentido— *informativos*.

De hecho, es precisamente ésta la posición clásica expresada por las teorías jurídicas descriptivistas. El discurso *descriptivo*, en cuanto discurso estructuralmente informativo, conlleva la descripción de hechos o cualesquiera que sean estas entidades asimilables a estos hechos como objetos de descripción, y es por tanto radicalmente incompatible con los juicios de valor *fuertes*; si, por casualidad, estos últimos lograran entrometerse en el discurso descriptivo, deberían ser eliminados, so pena de la imposibilidad de atribuir a este tipo de discurso el calificativo de ‘informativo’ o de ‘científico’ o, en términos más generales, de ‘cognoscitivo’.

Tomemos, como primer ejemplo, la posición de un autor que tiene el prestigio de expresar siempre con extrema claridad y de manera concisa sus tesis: Riccardo Guastini. Las tesis de este estudioso pueden asumir muy bien el significado de ejemplo paradigmático de una explicación descriptivista del problema que nos ocupa. De hecho, Guastini expresa muy lúcidamente el punto de vista clásico del descriptivismo sobre tal cuestión, sosteniendo abiertamente una dicotomía mutuamente excluyente entre *descripción del derecho*, por un lado, y *aceptación política o ética-mente comprometida*, por el otro.

Pero vayamos por partes: Guastini, ante todo, sostiene la tesis de la avaloratividad en su nivel más general, destacando que es una parte constitutiva de la gramática de la ciencia, en el sentido en que este vocablo es usado en la cultura contemporánea (afirmación, incidental y realmente muy discutible, como veremos después); desde este punto de vista, “describir” es radicalmente distinto de “avalorar” o de “justificar”.⁴⁸⁰ El fundamento de la

⁴⁸⁰ Guastini, R., “I fondamenti teorici e filosofici del garantismo”, *La ragioni del garantismo...*, cit., p. 65.

distinción entre *descriptivo* y *prescriptivo/valorativo* radica en la idea de que Guastini no piensa cuestionar en lo más mínimo que los enunciados del discurso descriptivo puedan ser verdaderos o falsos, mientras que los otros no.⁴⁸¹

La aceptación de estas premisas, para Guastini, implica que también en el campo jurídico se necesita delimitar claramente los discursos *descriptivos* (que de vez en cuando Guastini parece inclinarse a caracterizar como *científicos*) de los discursos de carácter político o éticamente comprometidos. De estas afirmaciones de carácter general derivan luego una serie de consecuencias específicas en el plano de la reconstrucción de toda una serie de actividades puestas en acción por teóricos del derecho y juristas, actividades en cuyo interior se mantiene vigente invariablemente el mismo tipo de contraposición.

No me sería posible entrar en detalles, aunque me gustaría, sobre todos estos puntos específicos. Me limito a señalar dos implicaciones particulares concernientes a *los discursos sobre la validez* y a *los discursos interpretativos*. En lo que concierne al primer tipo de discursos, Guastini destaca cómo los juicios de validez no pueden ser calificados como juicios de valor. Los primeros, en efecto, al contrario de los segundos, pueden muy bien entenderse como *enunciados descriptivos adiaforos*,⁴⁸² con la condición de que, naturalmente, la validez se entienda como “afiliación neutra al sistema”,⁴⁸³ y esto vale también para el caso de que el discurso se desplace sobre los juicios que atañen a la norma *fundamental* o *suprema* del ordenamiento. También en este caso, en efecto, se necesita distinguir oportunamente entre dos

⁴⁸¹ Guastini, R., *Distinguendo, studi di teoria e metateoria del diritto*, cit., p. 7.

⁴⁸² N. del t. : El autor usa el término *adiafori* en su forma italiana adjetivada. Se trata de una derivación de la palabra griega *a-diaphoría* (in-diferencia), del verbo *diapheréin* (diferir). En este contexto se deberá interpretar esta palabra en su co-texto.

⁴⁸³ Guastini, R., “I fondamenti teorici e filosofici del garantismo...”, cit., p. 63.

tipos de actitudes con respecto a esta norma: I) un *punto de vista interno cognitivo*, que supone simplemente el uso del criterio de validez; II) un *punto de vista interno normativo*, que supone la aceptación ético-política de la metanorma que ordena obedecer a las normas válidas. En este sentido, los juicios de validez tienen un carácter *re cognitivo*; los de obligatoriedad, carácter *normativo*.⁴⁸⁴ Aquí Guastini ratifica nuevamente la contraposición dicotómica, que para él es fundamental, entre *la operación de reconocimiento de una regla* que tiene carácter científico-descriptivo, y *la operación de aceptación de la misma*, que está moral o políticamente comprometida; para Guastini, como se puede ver, no hay “nada en medio” entre operaciones de reconocimiento, meramente descriptivas y operaciones de aceptación moral o políticamente comprometidas.⁴⁸⁵

No se puede expresar mejor, con tal calidad y concisión, lo que son los aspectos fundamentales de la manera típicamente descriptivista de entender la cuestión de la relación entre discursos descriptivos y juicios de valor. En el fondo, este tipo de posición se inscribe plenamente, viéndolo bien, en nuestra escuela analítica de filosofía del derecho, en nuestro modo de debilitar el iuspositivismo, a partir de las orientaciones expresadas por algunos “padres fundadores”, en particular por Bobbio y por Scarpelli. En los años sesenta, como es sabido, estos dos estudiosos expresaron opiniones distintas sobre el iuspositivismo: el primero, al dar una *interpretación científica*; el segundo, una *interpretación política*.⁴⁸⁶ Pero ninguno de los dos pensó nunca en poner mínimamente en tela de juicio la idea del discurso científico-descriptivo que debía ser radicalmente avalorativo.⁴⁸⁷

⁴⁸⁴ Guastini, R., *Distinguendo...*, cit., p. 318.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 329.

⁴⁸⁶ El acontecimiento está descrito de manera muy clara y esmerada por Pattaro, E., “Il positivismo giuridico italiano della rinascita alla crisi”, *Diritto e analisi del linguaggio*, cit., pp. 451-487.

⁴⁸⁷ Al respecto, Scarpelli expresa en varias ocasiones, muy claramente, esta postura epistemológica, al hacer referencia a la actividad científica en general.

Mientras que Bobbio, por lo menos en aquellos años, continuaba considerando como posible, para el jurista iuspositivista, el mantenimiento de una actitud descriptiva de tipo avalorativo,⁴⁸⁸ Scarpelli era de la opinión de que el jurista iuspositivista debía decididamente optar a favor de un enfoque políticamente comprometido.⁴⁸⁹

Muchas otras citas se podrían mencionar con relación a este modo radicalmente dicotómico de entender la cuestión de la relación entre el discurso descriptivo y juicios de valor en el ámbito jurídico. Me falta el espacio para dar cuenta del amplio abanico de opiniones que reproduce más o menos integralmente la formulación descriptivista arriba mencionada; me limito a recordar brevemente algunas de ellas. La opinión de Jori, por ejemplo, se mantiene en el surco de la contraposición entre discursos descriptivos y juicios de valor, aunque en esta ocasión se le atribuye a la descripción un carácter *semiótico* en cuanto a que tiene por objeto *entidades lingüísticas*. Para Jori, tal descripción —aunque en el sentido estricto de la palabra no puede ser considerada como empírica— debe ser de cualquier forma calificada como *neutral* respecto de los valores eventualmente vinculados por esas entidades.⁴⁹⁰

Otros ejemplos pueden obtenerse de escuelas analíticas distintas a la italiana. La formulación del problema, en todo caso, no cambia. Si se toma como referencia, por ejemplo, un conocido libro de Nino, se ve cómo en éste se reproduce la misma delimi-

Se puede ver, por ejemplo, lo que dice a propósito de las ciencias sociales en particular. Él destaca que quien quiera introducir las ciencias sociales en el gran río de la ciencia debe defender la avaloratividad; desde este punto de vista, los valores pueden entrar en la ciencia solamente o en el momento de la posición y de la aceptación de las tesis constitutivas de la ciencia; o en el momento de la determinación de los campos y de los temas de indagación, o, finalmente, en el momento de la invención teórica (Scarpelli, U., *L'ética senza verità, cit.*, pp. 296 y 297).

⁴⁸⁸ Bobbio, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico, cit.*, pp. 101-146.

⁴⁸⁹ Scarpelli, U., *Cos'è il positivismo giuridico, cit.*, pp. 49-100.

⁴⁹⁰ Jori, M., *Saggi di metagiurisprudenza, cit.*, pp. 98 y 99.

tación radical entre *discursos descriptivos* y *discursos valorativos*. Según Nino, de hecho, se necesita distinguir muy claramente entre discusión y sistematización del ordenamiento jurídico, por un lado, y lo que constituye su reelaboración, volcada a eliminar los elementos en determinación por medio de soluciones axiológicamente aceptables, por el otro lado.⁴⁹¹

Otro ejemplo importante está constituido por la posición de Bulygin. También para este autor se necesita distinguir entre dos tipos de enunciados que se pueden expresar en torno al derecho: I) los *enunciados teóricos*, de tipo descriptivo e informativo, que son factuales o empíricos en cuanto versan sobre determinados hechos sociales, sin expresar ninguna valoración; II) los *enunciados prácticos* que fundamentándose en normas jurídicas expresan pretensiones, peticiones, críticas, aprobaciones, etcétera.⁴⁹² Esta distinción, para Bulygin, expresa el sentido del enfoque científico del derecho sugerido por el iuspositivismo, enfoque según el cual “es posible describir el derecho positivo de un determinado país tal como es, sin decir cómo debería de ser”.⁴⁹³ Como de costumbre, para Bulygin este tipo de delimitación presupone que no haya nada que se interponga entre “descripción científico-valorativa del derecho positivo” y “aceptación política o éticamente comprometida”. Es precisamente éste, lo reitero, el punto crucial que trataré de poner en tela de juicio en el transcurso del capítulo; el hecho es que muchos de los discursos con carácter reconstructivo, puestos en acción por los juristas sobre el derecho positivo, no son calificables ni en un sentido ni en otro, ni expresan descripciones puras ni aceptaciones éticamente comprometidas.

Me parece importante subrayar ulteriormente, en conclusión, que esta posición descriptivista no cambia su parecer, aun cuando considero, como muchos teóricos iuspositivistas parecen estar dispuestos a hacer, no sólo que uno de los objetos imprescind-

⁴⁹¹ Nino, C., *Introduzione all'analisi del diritto*, cit., pp. 301-305.

⁴⁹² Bulygin, E., *Norme, validità, sistema normativi*, Turín, Giappichelli, 1995, pp. 54 y 55.

⁴⁹³ *Ibidem*, p. 108.

bles de la descripción jurídica esté representado por el punto de vista interno expresado por los participantes, y por lo tanto, por su aceptación de las normas del sistema, sino también que tal aceptación tiene una clara *valencia ética*.⁴⁹⁴ Se trata, incidentalmente, de una posición absolutamente compartible, debido a la parte en que se asevera que el estudioso del derecho iuspositivista tiene que dar cuenta del *punto de vista moral* expresado por los participantes; y, en cambio, de una posición completamente inaceptable, en la parte en la que se afirma que desde este punto de vista moral se puede dar cuenta de manera avalorativa.

Esta última, en el fondo, es la posición expresada por el “último Hart”. En efecto, este autor, en su *Postscript* de la segunda edición de *The Concept of Law*,⁴⁹⁵ al contestar algunas de las críticas suscitadas por Dworkin, parece estar dispuesto a reconocer que el estudioso, al recibir la aceptación de los participantes, tiene que dar cuenta de las razones morales que muy a menudo sirven para justificarlas;⁴⁹⁶ pero esto, para Hart (lo que es muy significativo en mi opinión), no implica en absoluto un cambio en la naturaleza de la descripción jurídica: ésta, por el contrario, permanece *moralmente neutral, sin alcanzar objetivos de justificación*, y esto en el sentido de que “it does not seek to justify or commend or moral or other grounds the forms and structures which appear in my general account of law, though a clear understanding of these is, I think, an important preliminary to any useful moral criticism of law”.⁴⁹⁷ Para Hart, en síntesis, las cuestiones interpretativas y valorativas *internas* deben ser registradas por el estudioso como cuestiones de hecho. Nuevamente, con sus

⁴⁹⁴ Véase, como ejemplo, la posición expresada por Holton, en un reciente ensayo en el cual sostiene que se necesita identificar una suerte de *moral attitude constraint* por la existencia de un sistema jurídico, según la cual “officials must take a moral attitude towards the law” (Holton, R., “Positivism and the Internal Point of View”, *Law and Philosophy*, 17, 1998, p. 597).

⁴⁹⁵ Hart, H. L. A., “Postscript”, *The Concept of Law*, 2a. ed., editada por Bulloch, P. A. y Raz, J., Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 238-276.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 242.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 240.

palabras: “description may still be description, even when what is described is an evaluation”.⁴⁹⁸

Como se puede ver, aquí se tergiversa una vez más el hecho de equiparar la neutralidad de la descripción con la ausencia, en ésta, de un objeto de justificación; entre “describir” y “justificar moralmente la propia aceptación” no hay, nuevamente, ningún término medio.

Es una opinión bastante extendida en el iuspositivismo contemporáneo que el hecho de tener en cuenta valoraciones morales expresadas por los participantes no implica, para el estudioso, ningún cambio en la naturaleza de su descripción. Para Geenawalt, por ejemplo, aunque el observador, para saber qué es el derecho, tiene que referirse a los juicios morales expresados por los participantes (en este caso por los operadores jurídicos), él puede muy bien limitarse a *replicar su proceso de pensamiento*, sin responder en primera persona.⁴⁹⁹

El mismo Guastini, al plantearse el problema de la manera en la cual se necesita interpretar, en clave descriptiva, los valores morales incorporados en la Constitución (incidentalmente, la Constitución justamente se vuelve, como se puede entender, el contexto privilegiado para enfrentar el problema de la presencia de los valores en el interior del derecho positivo), destaca en la misma línea de lo anteriormente dicho por otros autores ya mencionados, que una cosa es *valorar*; otra es *describir valores ajenos*. En otros términos, elaborar una doctrina moral es muy distinto a analizar y desarrollar sus implicaciones (incluso para criticarla). Por lo tanto, en opinión de Guastini, quien emplea los valores incorporados en la Constitución para juzgar sobre la validez de las leyes describe (en sentido lato) los valores constitucionales, pero no necesariamente los hace suyos.⁵⁰⁰

Por último, Celano, con su proverbial rigor, distingue oportunamente dos sentidos del problema de la avaloratividad en las

⁴⁹⁸ *Ibidem*, p. 244.

⁴⁹⁹ Greenawalt, K., *Too Thin and Too Rich...*, *cit.*, p. 21.

⁵⁰⁰ Guastini, R., *I fondamenti teorici e filosofici del garantismo...*, *cit.*, p. 64.

ciencias histórico-sociales, encauzándolos en dos preguntas distintas: I) “¿es posible conocer los fenómenos histórico-sociales sin expresar valoraciones sobre ellos?”; II) “¿es posible conocer los fenómenos histórico-sociales sin referirse en su descripción o interpretación a normas o valores (adoptados por los que se apartan del grupo social que se examina)?”.⁵⁰¹

Celano pudo entender realmente, con lucidez, el eje central del problema que quiero discutir. Él añade inmediatamente que si se acepta la gran división, se puede aceptar la segunda tesis, pero no la primera; se debe entonces negar que, para los fines de la comprensión de una formación histórico-social, es *necesario*, además de mencionar el hecho de tomar posición por las normativas o valorativas, asumir posiciones propias.⁵⁰² Pues bien, yo estoy convencido, en cambio, de que en algunos contextos de descripción (es decir, cuando los valores se vuelven objeto imprescindible de la descripción), es *necesario*, por el contrario, que el estudioso intervenga con juicios de valor, aunque para el estudioso mismo no signifique en absoluto tomar partido a favor o en contra de estos valores, con la finalidad, por ejemplo, de aceptarlos y/o de justificarlos. Pero sobre este punto regresaré muy pronto, en el primer apartado de la próxima sección.

4. *Juicios de valor en el iuspositivismo analítico contemporáneo*

En este apartado quisiera hacer notar cómo, en el iuspositivismo contemporáneo de inspiración analítica, esta rígida concepción de la delimitación entre el discurso descriptivo y el discurso valorativo empieza progresivamente a entrar en crisis para ser sustituida paulatinamente con algunos perfiles no bien definidos aún, pero que de alguna forma corresponden a opiniones más flexibles y dispuestas al reconocimiento de la presencia de estos juicios en

⁵⁰¹ Celano, B., *Dialettica della giustificazione pratica...*, cit., p. 49.

⁵⁰² *Ibidem*, p. 49.

el trabajo cognoscitivo de los juristas. Desafortunadamente, sin embargo, por lo menos en la mayor parte de los casos, a esta posición de apertura no le corresponde una conciencia adecuada de las implicaciones epistemológicas que están inevitablemente vinculadas a estos cambios eventuales de perspectiva. Nos encontramos en presencia, entonces, aunque con sus debidas excepciones o con posiciones aún ligadas a un cuadro de corte descriptivista, de malentendidos y ambigüedades que esta combinación híbrida entre “viejo” y “nuevo” trae consigo, o bien de posiciones que no logran expresar un cuadro —epistemológico o metodológico— verdaderamente alternativo, y que son por lo tanto incapaces de aclarar adecuadamente de qué manera la presencia de los juicios de valor en los discursos descriptivos pueda ser justificada.

En un plano más general, lo que se está verificando es que muchos estudiosos que podríamos con justa razón continuar llamando iuspositivistas (según la definición conceptual que hemos sugerido), no solamente abandonan las versiones más radicales de la *separability thesis*, sino que están dispuestos a aceptar, ciertamente dentro de determinados límites y con mucha cautela, alguna forma de *relación necesaria* entre derecho y moral, al menos con referencia a las actuales organizaciones jurídicas de los países occidentales.⁵⁰³ Con respecto a estos —pero también a otros igualmente interesantes— desarrollos conceptuales, en la filosofía jurídica contemporánea⁵⁰⁴ comienza a ser usada con éxito la etiqueta de ‘postpositivismo jurídico’.

Estos desarrollos conceptuales están claramente conectados, entre otras cosas, a cambios estructurales ocurridos desde tiempo

⁵⁰³ Véase, por ejemplo, las ideas expuestas por MacCormick, N., *Hart, H. L. A.*, Londres, Edward Arnold, 1981, pp. 160 y 161, y “Natural Law and the Separation of Law and Morals”, *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, editado por George, R. P., Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 129-131; y de Raz, J., *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 211.

⁵⁰⁴ Cfr. Jori, M., *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milán, Giuffrè, 1987, p. 48.

atrás en las organizaciones jurídicas occidentales, de los cuales sólo recientemente se han captado, con mayor claridad que en el pasado, algunas implicaciones teóricas. De manera particular, a lo que me quiero referir es a la situación por la cual en las organizaciones jurídicas occidentales que poseen una Constitución (Waluchow las llama *charter societies*),⁵⁰⁵ algunos valores morales han permeado profundamente en sus sistemas jurídicos,⁵⁰⁶ a veces en la forma de principios constitucionales codificados, otras de principios implícitos, fruto de reconstrucciones dogmáticas operadas por la doctrina. Podríamos, por lo tanto, decir, desde este punto de vista, que ya no existe una relación particular relevante entre derecho y moral, sino más bien muchas relaciones entre el derecho y *diferentes tipos de moral* (por ejemplo, una moral *interna* y morales *externas* al derecho positivo).⁵⁰⁷

En este punto se puede destacar, aunque sea superficialmente, que hay tal vez más puntos de contacto que elementos de contraposición entre concepciones neoiusnaturalistas y concepciones que son expresiones del postpositivismo jurídico. Pero, como he dicho muchas veces en este trabajo, esto no significa en modo alguno que la oposición entre las dos concepciones no deba de ser preservada (en un nivel *conceptual*).

Regresando nuevamente a las teorías que son expresión del postpositivismo jurídico, lo que quiero tratar de entender en este apartado es si estas últimas, junto con las innovaciones conceptuales de las que son portadoras, logran plantear la cuestión de la relación entre discursos descriptivos y juicios de valor de manera más fecunda de lo que lo han hecho las teorías iuspositivistas de orientación declaradamente más descriptivistas. Mi opinión personal, como ya lo dije arriba, es que las teorías postpositivistas muestran una mayor flexibilidad y apertura hacia el recono-

⁵⁰⁵ Waluchow, W., *Inclusive Legal Positivism*, cit., p. 97.

⁵⁰⁶ Esta situación es descrita brillantemente por Ferrajoli, L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 1979, pp. 349-352.

⁵⁰⁷ Sobre la distinción entre estos diversos tipos de moral insiste, por ejemplo, Viola, F., *Il diritto come pratica sociale*, cit., pp. 71-106.

cimiento de la presencia de juicios de valor en el interior de los discursos descriptivos, pero que, en última instancia, no logran ofrecer una posición coherente y cabal, principalmente por razones de carácter epistemológico. Pero ha llegado el momento, ahora, de mirar un poco más de cerca algunas tesis sustentadas por estos exponentes del postpositivismo jurídico.

El primer ejemplo está constituido por algunas afirmaciones expresadas por Raz. Este autor pone en evidencia —muy correctamente, desde mi parecer— dos puntos muy importantes. En primer lugar, él afirma que “to be acceptable an explanation of the law and of legal interpretation must explain how people can believe that their law, the law of their country, is morally good”.⁵⁰⁸ Como ya he tenido ocasión de destacar (por ejemplo, en el apartado anterior), sostengo que con afirmaciones de este tipo se registra verdaderamente un avance en las teorías iuspositivistas, porque, al caracterizar el punto de vista de la persona —en algún sentido— *comprometida a* sustentar un sistema jurídico dado, se logra ir más allá de las escuetas observaciones de Hart sobre la naturaleza de la aceptación prestadas por los miembros de la comunidad jurídica de referencia, para sustentar, aunque no siempre con la debida claridad, la tesis según la cual esta aceptación tiene una naturaleza estrictamente *ética*.

El segundo punto está conceptualmente vinculado al primero. Raz, en efecto, afirma que lo que significa realmente la primera afirmación, desde el punto de vista teórico, es que el derecho es *morally intellegible*. Pero ésta, añade Raz, es una *value-dependent distinction*, porque “in the end the notion of moral intellegibility is itself a moral notion, one whose employment presupposes substantive moral views”. Aquí, por lo tanto, según Raz, “one’s view of morallity colours what one finds morally intellegible”.⁵⁰⁹

⁵⁰⁸ Raz, J., “Intention in Interpretation”, *The Autonomy of Law, cit.*, pp. 260 y 261.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, p. 261.

En este punto parecería que estas aseveraciones pueden ser utilizadas como apoyo de la tesis de la —al menos posible— presencia de juicios de valor éticos en el interior de los discursos descriptivos de los juristas. Pero ésta sería probablemente una impresión equivocada, porque hay otras afirmaciones —no tan recientes— del mismo Raz, que él no pone explícitamente en tela de juicio en sus trabajos futuros (por lo tanto da la impresión de querer mantenerlas), y que contrastan con las primeras afirmaciones. Quiero aquí mencionar algunas observaciones hechas por Raz como apoyo a la *strong social thesis* ya mencionada previamente por mí (véase el capítulo II, sección III, apartado 3). Raz defiende esta tesis diciendo, entre otras cosas, que el derecho puede muy bien ser identificado sin hacer referencia a argumentos de carácter ético, argumentos que en cambio son muy relevantes para la *theory of adjudication*. Esta última teoría es sin duda una teoría ética, pero para Raz no forma parte, estrictamente hablando, de la teoría del derecho.⁵¹⁰ Raz añade además, en el mismo volumen arriba citado, que la teoría jurídica de todas maneras hace uso de argumentos de carácter valorativo, cosa que ocurre frecuentemente en las indagaciones que se plantean el problema de desarrollar una *good theory of society*, en las que se formulan inevitablemente juicios de importancia vinculados a las estructuras y a los procesos sociales que son objeto de la investigación.⁵¹¹ El juicio de importancia, siempre para Raz, no puede ser otro que “an evaluative judgment [but] it is not a judgment of the moral merit of anything”.⁵¹²

Soy de la opinión de que no es fácil dar coherencia en su totalidad a estas diferentes afirmaciones de Raz. Él, de hecho, parece aceptar contextualmente tanto la tesis en que el jurista debería hacer referencia a puntos de vista morales de carácter sustancial para entender mejor su objeto de estudio como a la tesis de que la

⁵¹⁰ Raz, J., *Ethics in the Public Domain*, cit., p. 193.

⁵¹¹ *Ibidem*, p. 219.

⁵¹² *Ibidem*, p. 221.

teoría jurídica puede —¿o debe?— legítimamente prescindir de argumentos de carácter ético.

También Waluchow, en un libro que ya he citado más de una vez,⁵¹³ insiste en la diferencia entre argumentos valorativos y argumentos éticos, y lo hace trazando una distinción —que a mí me parece muy dudosa, al menos como delimitación tajante— entre *valores éticos* y *valores científicos* (*sencillez, coherencia, profundidad*, etcétera). Precisamente estos últimos son los valores que pueden ser utilizados de manera provechosa —y legítima— por el conocimiento científico.

A continuación, Waluchow quiere contraponer las teorías —científicamente aceptables— que ofrecen explicaciones *value-relevant* a las concepciones —según él con un estatuto científico muy dudoso— que proporcionan interpretaciones *value-determined*;⁵¹⁴ concepciones en cuyo interior él introduce naturalmente a la concepción dworkiniana. Según Waluchow, por lo tanto, “one can see moral relevance without making a moral commitment”.⁵¹⁵ Una vez más creo poder destacar en estos estudiosos la incapacidad de ver, en el interior de los discursos que tienen por objeto el derecho positivo, una suerte de “vía intermedia” entre *descripciones avalorativas* —o por lo menos descripciones de las cuales están ausentes los juicios de valor *fuertes*, así como se han delineado aquí—, y *tomar una postura* que ofrezca justificaciones moralmente comprometidas. Como confirmación de esto se puede observar que, según Waluchow, el juicio de valor producido en el ámbito jurídico está siempre destinado a una actividad de *justificación práctica* (de normas, de acciones, de decisiones jurídicas, etcétera).

Siempre en el mismo sentido, Waluchow, al criticar a Dworkin, subraya que normalmente los estudiosos del derecho atribuyen el valor a las teorías y no a los datos (al contrario de lo que

⁵¹³ Waluchow, W., *Inclusive Legal Positivism*, *cit.*

⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 22.

⁵¹⁵ *Ibidem*, p. 23. Una posición muy similar es la expresada por Marmor, A., *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 55-57.

sostiene Dworkin); en otros términos, la opinión de Waluchow es que una cosa es intervenir en las teorías para convertirlas en las “mejores posibles”, y otra es convertir los datos en los “mejores posibles” (cosa que erróneamente Dworkin trataba de hacer).⁵¹⁶

Pero también la posición de Waluchow, probablemente, no sea tan coherente como podría parecer a simple vista. Él, de hecho, introduce un elemento que hace surgir muchas dudas, al preguntarse si los juristas pueden en verdad asumir una posición imparcial y objetiva al describir el derecho positivo y si, después de todo, esta *pure position* puede permitir realmente una comprensión adecuada de su objeto, sin duda *impuro*. Para este propósito, Waluchow destaca que “a commentator’s moral sense may be required in some instances if an adequate account of the phenomenon he sets out to describe is to be possible”.⁵¹⁷

Existen, sin embargo, situaciones específicas en las que Waluchow parece tener menos dudas acerca de la intervención de los juicios de valor, que son, no por acaso, las producidas por las interpretaciones constitucionales; de hecho, las interpretaciones constitucionales, como he dicho, son los casos en los que la relación con los *valores internos* al derecho es más fuerte. A propósito de la interpretación de normas constitucionales, Waluchow hace observaciones muy interesantes que son íntegramente compatibles. El dice, por ejemplo, hablando de la Corte Suprema de Canadá, que

the interpretation of the Charter should be governed by the objects or interest it was meant to protect. If so, then it is also reasonably clear that moral arguments will often figure in charter challenges. If one must interpret the Charter in light of its objects, and those objects are often rights and freedoms of political morality, then it follows that one cannot determine what the Charter means, and thus the conditions upon legal validity which it imposes, without determining the nature and extent of the rights of political morali-

⁵¹⁶ Waluchow, W., *Inclusive Legal Positivism*, cit., pp. 25 y 26.

⁵¹⁷ *Ibidem*, pp. 105 y 106.

ty it seeks to guarantee. Yet *one cannot do this without engaging, to some degree at last, in substantive moral argument.*⁵¹⁸

Apruebo plenamente esta afirmación, que retomaré en el apartado siguiente. Se puede desde ahora observar, de alguna manera, que no obstante las ambigüedades y las incoherencias, hay mucho que aprender de estas nuevas formas de mirar el tema de la relación entre *juicios de valor* y *descripción jurídica*.

Otras sugerencias muy interesantes, en una dirección muy similar, provienen de MacCormick. Él dice —correctamente, según mi modo de ver— que los valores de los que hablan los juristas son valores que pertenecen al derecho y no al estudioso mismo. Esto significa, siempre según MacCormick, que el jurista (llamado por él, en esa oportunidad, *homo juridicus*) “stands for the most reasonable set of values that can be imputed to the law... This postulated homo juridicus supplies the value stance that makes coherent legal science possible, without the scientist being or purporting personally committed to those very values”.⁵¹⁹ En otras palabras, MacCormick piensa —y aquí me detengo— que esta operación puede ser “in a disinterested and scientific way”.⁵²⁰

De las afirmaciones precedentes parecería poderse argüir, una vez más, que también MacCormick mantiene una suerte de oposición bipolar (sin ningún término medio) entre describir el derecho positivo (aunque la descripción incluya el “dar cuenta de valores”) y asumir un compromiso ético —positivo o negativo— con este derecho, para aceptarlo o rechazarlo.⁵²¹ MacCormick

⁵¹⁸ *Ibidem*, pp. 144 y 145 (la cursiva es mía).

⁵¹⁹ MacCormick, N., *The Ideal and the Actual of Law and Society*, cit., p. 26.

⁵²⁰ *Ibidem*, p. 26.

⁵²¹ Este tipo de posición emerge quizá aún más claramente en un ensayo anterior, en el cual él explícitamente acepta la distinción entre *descripción y crítica* del derecho positivo; *cfr.* MacCormick, N., *Taking the ‘Rights Thesis’ Seriously*, MacCormick, N., *Legal Right and Social Democracy*, Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 140.

corroborar este punto en otro ensayo, cuando afirma que “laws, like other social institutions, are fully intelligible only by reference to the ends or values they ought to realize, and thus by reference to the intentions that those who participate in making or implementing them must at least purport to have”. Pero no olvida añadir que “this does not entail any acceptance of substantive moral criteria as criteria of legal validity, but it does involve acknowledging the moral quality of the relevant ends and values, namely justice and the public good”.⁵²²

Por lo tanto, la opinión de MacCormick parece ser aquella según la cual “describir el derecho positivo” representa una forma de descripción más bien peculiar, y esto porque, entre otras cosas, incluye en su interior una actividad que se resuelve en *grasping values*, actividad cuya naturaleza, sin embargo, él no analiza lo suficiente. En el fondo está convencido de que el único valor en verdad relevante para la actividad científica sigue siendo el de la *verdad*.⁵²³ Hay que precisar, como quiera que sea, que no estoy seguro de que esto sea lo que en la actualidad MacCormick realmente piense acerca de esta materia, porque sus ideas sobre el argumento han conocido ciertamente algunos cambios a lo largo del tiempo. En el mismo ensayo que acabo de citar, por ejemplo, él está de acuerdo —así por lo menos me parece— con la idea de Finnis según la cual todas las explicaciones en el campo de las ciencias sociales son “orientadas a valores”.⁵²⁴ Ciertamente, el significado de esta afirmación habría podido ser mejor desarrollado por el mismo MacCormick, pero puede, de todos modos, ser interpretado como si implicara un cierto debilitamiento de la pretensión según la cual el valor de la verdad es el único valor importante para el conocimiento.

Y con todo habrá que decir que hay también otros teóricos del derecho postpositivistas que son más explícitos y determinantes

⁵²² MacCormick, N., *Natural Law and the Separation Between Law and Morals*, cit., p. 113.

⁵²³ MacCormick, N., *The Ideal and The Actual of Law and Society*, cit., p. 31.

⁵²⁴ *Ibidem*, pp. 32 y 33.

en reconocer la presencia de juicios de valor —también de carácter ético— en el interior de los discursos descriptivos de los juristas.

Por ejemplo, Perry destaca —muy correctamente— que la teoría jurídica, de la misma manera que otras teorías, necesita cuadros conceptuales “de fondo” para efectuar las que podrían ser calificadas como *lecturas interpretativas* de los datos jurídicos; pero estos datos, añade este autor, pueden ser conceptualizados de modos distintos (es decir, adoptando cuadros conceptuales diferentes). Precisamente aquí el argumento de Perry atraviesa un punto crucial; él afirma, de hecho, que la elección entre distintos cuadros conceptuales *requiere del uso de elementos éticos*, por la razón fundamental de que tal elección implica en cualquier caso *la asignación de una función del derecho*.⁵²⁵

Estoy convencido de que éste sea de verdad un paso adelante que va más allá de las incertidumbres y de las oscilaciones de otros postpositivistas. Aquí no se puede dejar de estar de acuerdo con Perry sobre este punto; así como no se puede más que estar de acuerdo con él cuando dice que “when a theory attributes a moral point or value to law from the participants perspective rather than the theorist’s the accompanying moral argument becomes part of the theory rather than a preliminary step in concept formation”.⁵²⁶

Otro reconocimiento explícito de la presencia de juicios de valor en los discursos jurídicos descriptivos proviene de Schauer, en algunas afirmaciones que ya he citado anteriormente (véase el capítulo II, sección III, apartado 2), y que por lo tanto no necesito repetir. Lo que interesa destacar en este contexto es que según Schauer, la “definition of law is a matter of choice rather than discovery, and (that)... moral factors loom large in making that choice”.⁵²⁷

⁵²⁵ Perry, S. R., *Interpretation and Methodology in Legal Theory, Law and Interpretation...*, cit., pp. 122 y 123.

⁵²⁶ *Ibidem*, p. 132.

⁵²⁷ Schauer, F., *Positivism as Pariah...*, cit. p. 33.

También Postema se mueve en el mismo sentido, en la tentativa de aclarar la naturaleza y el objetivo de su tesis sobre el razonamiento jurídico: la *authonomy thesis* (en la cual no viene al caso detenerme aquí). En el curso de esta tentativa, Postema presenta un punto de vista metodológico que llama *methodological assumption*, de acuerdo con el cual una teoría como la suya no puede ser solamente *descriptiva*, sino debe tener también una dimensión valorativa, y esto “because its aim is to illuminate the practice and make clear to us why it is important to have such a practice”.⁵²⁸

También para Shiner, el acercamiento al derecho no puede ser valorativo, porque la “attention... to the way that the existence of laws enters into practical reasoning leads to the recognition that the existence and content of laws is naturally of evaluative significance”.⁵²⁹ Hasta aquí estamos de acuerdo; lo que no se entiende, en cambio, es por qué este tipo de consideración sea visto por Shiner como incompatible con un enfoque de tipo iuspositivista. Lo que lleva a pensar que evidentemente Shiner posee una concepción inadecuada del iuspositivismo.

Stravropoulos, además, desarrolla consideraciones muy similares acerca de por qué una teoría del derecho se inclina naturalmente a contener juicios de valor; consideraciones que, sin embargo, tienen la ventaja de ser respaldadas por una adecuada conciencia de las implicaciones epistemológicas y sobre todo semánticas de la cuestión. En este autor, en definitiva, como he destacado en otras ocasiones, se puede encontrar un intento, aunque no cabalmente articulado (sobre todo en el plano epistemológico), por presentar un cuadro de referencia tanto epistemológico como semántico, como contexto de fondo para las tesis más típicamente jurídicas. Sobre el punto más específico del cual nos estamos ocupando, Stravropoulos sostiene que las asunciones éticas son necesarias para identificar el contenido del derecho (“¿qué concepto atribuir al derecho?”), aunque queda siempre el

⁵²⁸ Postema, G., “Law’s Autonomy and Public Practical Reason”, *The Autonomy of Law...*, cit. p. 81.

⁵²⁹ Shiner, R., *Norm and Nature*, cit., pp. 117 y 118.

hecho de que el derecho difiere de la ética, porque primero debe tomar en consideración elementos (los antecedentes, el sistema del derecho, etcétera) que actúan como vínculos que son muy diversos de los formulados por la ética.⁵³⁰

Es importante subrayar un punto en común con las afirmaciones arriba citadas de Perry, Schauer, Postema, Shiner y Stavropoulos: aquel según el cual examinar la naturaleza del derecho postula inevitablemente la intervención de juicios de valor en el discurso teórico. En sustancia, aunque sólo sea para definir el derecho, necesitamos efectuar operaciones (selectivas, interpretativas, etcétera) impregnadas de juicios de valor. Está claro que estas afirmaciones, en el caso de que fueran adecuadamente desarrolladas, pero también respaldadas por un cuadro epistemológico suficientemente articulado (lo cual desafortunadamente no sucede, por lo menos en la mayor parte de los casos) produciría como resultado considerar ciertos tipos de juicios de valor éticos como incluidos de forma estable en el conocimiento jurídico. Una posición de este tipo, entre otras cosas, colocaría estos juicios de valor incluso en el interior de la teoría jurídica; posición con respecto a la cual he expresado, en cambio, mis dudas, al menos con relación a la *necesidad* de esta presencia. Como he dicho, sin embargo, también en el interior de estas posiciones, ciertamente más avanzadas que las expresadas por otros postpositivistas, siguen faltando algunos elementos importantes para proporcionar una respuesta globalmente adecuada y provechosa para la cuestión de la avaloratividad o no de los discursos descriptivos de los juristas y de los teóricos del derecho; y elementos que faltan también, con mayor razón, en las posiciones de los otros estudiosos postpositivistas antes examinados. Lo que no se proporciona, en particular, es un “cuadro de fondo” coherente y bien articulado, dotado de premisas epistemológicas y filosóficas que permitan justificar de manera adecuada la tesis de la presencia (¿necesaria?) de los juicios de valor en el conocimiento jurídico.

⁵³⁰ Stavropoulos, N., *Objectivity in Law*, *cit.*, p. 187.

Muchos de los autores postpositivistas arriba mencionados, en verdad, tienen cosas muy interesantes que decir sobre esta cuestión. Son cuatro en particular las afirmaciones que me parecen de mayor relevancia, que se pueden suscribir: I) la descripción jurídica debe tomar en consideración los juicios de valor éticos expresados por las personas involucradas, con justa razón, en un sistema jurídico dado (Raz); II) se necesita poseer una suerte de *sentido moral* para comprender las cuestiones éticas (Waluchow); III) los valores con los cuales tenemos que ver son parte del objeto de estudio, y por lo tanto no pertenecen al estudioso (MacCormick); IV) necesitamos juicios de valor éticos para comprender una materia, como lo es la jurídica, que está impregnada de valores éticos cuya comprensión requiere, como sea, de la postulación de este tipo de juicios (Perry, Schauer, Postema, Shiner, Stavropoulos).

Se trata de elementos que deben tomarse en cuenta al elaborar un nuevo punto de vista sobre la cuestión; y aun, como he dicho arriba, sin poseer un cuadro conceptual de fondo suficientemente amplio y articulado, estas nuevas ideas no logran coincidir de manera conjunta para conformar una concepción coherente y cabalmente desarrollada.

De acuerdo con esto, el punto principal que queda por aclarar concierne al tipo de imagen de conocimiento capaz de proporcionar una justificación satisfactoria epistemológica a la tesis metodológica de la presencia —necesaria— de juicios de valor en el conocimiento jurídico. Ahora bien, los estudiosos postpositivistas ya mencionados (y otros que se podrían citar) no han sido capaces de —o no se han declarado dispuestos a— alejarse lo suficiente del modelo descriptivista tradicional del conocimiento o, en todo caso, no han optado explícitamente por un modelo alternativo, dejando la cuestión sin una respuesta específica. Es precisamente sobre este nivel ulterior de indagación (el epistemológico) que se situará el análisis que desarrollaré en la siguiente sección.

II. JUICIOS DE VALOR Y CONSTRUCTIVISMO

1. *La crítica constructivista al principio de avaloratibilidad*

Estoy convencido, como lo he dicho antes, de que las incertidumbres, las tergiversaciones y las inadecuaciones de las que he hablado en los últimos dos apartados de la sección anterior, a propósito de las posiciones expresadas por las teorías jurídicas contemporáneas, dependen, al menos en parte, de insuficiencias de carácter más general que se producen en un nivel epistemológico. Mi impresión, lo reitero, es que estas posiciones o presuponen una imagen inadecuada de conocimiento (que en el fondo no es tan distante de aquella, de corte descriptivista, que hizo suya el iuspositivismo más tradicional), con las perniciosas implicaciones que se derivan para el conocimiento jurídico, o, de todos modos, por diversas razones, no son capaces de abandonar esa misma imagen y, queriéndolo o no, terminan por no asumir una posición clara con respecto a la cuestión.

No quiero decir con esto que las de carácter epistemológico sean las únicas razones en las que se basa la elección a favor de la tesis de la avaloratibilidad; como quiera que sea, queda el hecho de que la adopción de esa imagen, junto con los vínculos inflexibles que impone a la actividad cognoscitiva, no permite de por sí ningún tipo de intervención de juicios de valor en su interior.

Al hacer la referencia a esta imagen, he adoptado a lo largo de todo este trabajo la locución ‘descriptivismo’, cuyo uso logra captar, como ya lo he reiterado, un aspecto importante de la relación peculiar que esta concepción cree divisar entre el lenguaje cognoscitivo y el mundo de los hechos.

Desde el punto de vista de esta imagen, parece absolutamente obvio que es realmente imposible encontrar un lugar para los juicios de valor *fuertes* en el lenguaje del conocimiento. Se crea, en resumidas cuentas, una incompatibilidad radical entre el lenguaje descriptivo (el lenguaje del conocimiento) y el lenguaje en el cual se expresan los juicios de valor. Conviene aclarar que esta

tesis no se vulnera incluso cuando los valores representen, por lo menos en parte, el objeto de la investigación.

Me parece particularmente evidente la estrecha conexión existente entre la concepción descriptivista y la manera en que los partidarios de la tesis de la avaloratividad plantean la distinción entre *juicios de hecho* y *juicios de valor*. Dice bien Putnam cuando afirma al respecto que esta manera de plantear la *distinction* descansa sobre una imagen metafísica equivocada, aquella “of the neutral facts (apprehended by a totally uncaring faculty of reason) and the will which having learned the neutral facts, must choose values either arbitrarily... or on the basis of instinct”.⁵³¹ Los juicios de valor, en sustancia, son incompatibles con el conocimiento, y justo porque el conocimiento está representado, en última instancia, en los términos de una *descripción de hechos*.

A este respecto, se impone una aclaración importante que equivale a ahuyentar un malentendido que podría surgir por una lectura, que desde mi punto de vista no sería correcta, sobre el argumento que desarrollaré en este apartado en contra de la tesis de la avaloratividad.⁵³² Mi argumento, viéndolo bien, no apunta en absoluto a anular la distinción entre *juicios de hecho* y *juicios de valor*. Eliminar esta distinción, entre otras cosas, volvería mi discurso completamente incoherente: ¿de qué manera podría justificar la intromisión de los juicios de valor en el discurso cognoscitivo (discurso que, de una manera u otra, contiene —también— juicios factuales de tipo informativo), si no fuera posible aislar y distinguir tales juicios, que tienen una función valorativa,

⁵³¹ Putnam, H., *Realism with a Human Face*, *cit.*, p. 150. Una posición similar, que localiza los orígenes de esta dicotomía en la alternativa, en mi opinión destituida definitivamente, entre *Strong cognitivism* en epistemología y *non cognitivism* sobre los valores, es la expuesta por McDowell, J., *Non-Cognitivism and Rule Following*, *cit.*, pp. 141 y 142.

⁵³² Este tipo de equívoco se ha creado, en efecto, más de una vez cuando he presentado, en varias ocasiones, este argumento, que me pertenece. Evidentemente, la versión que yo proporcionaba de éste no era suficientemente clara. Agradezco en particular a Paolo Comanducci por hacerme notar que mi formulación del argumento era inadecuada.

de los que tienen una función diversa (por ejemplo, de tipo informativo)? En cambio, lo que quiero afirmar, en realidad, son dos tesis distintas de la que se me atribuye, tesis que de ninguna manera son equiparables a la que postularía la anulación radical de la distinción de la que se habla.

En primer lugar, quiero afirmar lo que puede muy bien inferirse de las críticas formuladas al descriptivismo a lo largo de todo el trabajo: que los discursos que tienen función informativa no son de ninguna manera equiparables a los *discursos de carácter descriptivo*, si con tal locución se quiere hacer referencia a discursos cuyo objetivo es representar fielmente, en algún sentido, “pedazos de realidad” que tienen una configuración autónoma, a diferencia de aquellos contenidos en la descripción misma. Pero es bastante obvio que subrayar esto no quiere decir en absoluto abolir cualquier tipo de distinción entre juicios de carácter informativo y juicios que exhiben funciones distintas (por ejemplo, la de tipo *valorativo*). Si se anula la distinción entre juicios informativos y juicios de valor, lo reitero, toda la cuestión de la valoratividad o no de los discursos cognoscitivos pierde significado.

En segundo lugar, quiero afirmar que los juicios de valor *pueden* —y en algunos casos *deben*— intervenir en los discursos que tengan justamente función informativa, esto es, la de dar cuenta, de modo ciertamente *interpretativo-selectivo* (por lo menos si se acepta un planteamiento constructivista), de un cierto campo de experiencia. Esta intervención puede ser configurada de diversos modos, según el tipo de imagen que se ofrece del conocimiento y del tipo de papel que se considera deben tener en ésta los juicios de valor. Tal tipo de intervención puede ser concebida de modo muy permeable, si es el caso que condiciona necesariamente y de manera profunda cada tipo de discurso informativo; o de manera mucho menos permeable, si es el caso que concierne solamente a algunos aspectos de la actividad cognoscitiva, y no a otros. En ninguno de los dos casos, de cualquier modo, el reconocimiento de la presencia de los juicios de valor incita a anular cualquier tipo de diferencias con los juicios que tienen una función distinta.

Queda el hecho, sin embargo, de que al desarrollar mi argumento no necesito en absoluto inscribirme en la tesis más fuerte, con referencia a todo el ámbito de extensión de los discursos cognoscitivos. En el fondo, para alcanzar mi objetivo es suficiente con adherirme a la tesis más *débil*, que habla, en líneas generales, de una *posible presencia* (que habrá que verificar caso por caso) de los juicios de valor en los discursos cognoscitivos; la tesis *fuerte*, que se expresa en términos de la *necesidad* de la presencia de estos juicios, es aceptada para un campo de extensión más limitado, que concierne, como veremos, a los casos en donde *los valores forman parte del objeto del conocimiento*.

Regresemos ahora al examen de la tesis de la avaloratividad. Tal tesis, si se ve a través de la imagen descriptivista del conocimiento, produce, en el ámbito jurídico, una manera radicalmente dicotómica de entender la actividad de los juristas, que suena más o menos de esta forma: I) cuando los juristas ponen efectivamente en acción operaciones de tipo cognoscitivo; entonces ellos se esfuerzan por describir *neutralmente* ciertos objetos (para algunos se trata de *objetos normativos*); II) cuando, por el contrario, expresan juicios de valor sobre el derecho positivo (para aceptarlo o rechazarlo todo o en parte, para justificar decisiones o acciones por su procedimiento, etcétera), entonces éstos desempeñan una actividad completamente diferente, que, de cualquier forma, satisface exigencias de carácter *práctico* (y no *teórico*), y que puede eventualmente ser el preludio de una intervención sobre el objeto mismo (un *discurso en el derecho*) para generar cambios, en algún sentido. Tenemos así, por un lado, discursos de carácter *objetivo*, y discursos que expresan compromisos y decisiones de carácter *subjetivo*, por otro lado.

Creo firmemente, como ya he dicho, que esta posición es totalmente carente de fundamento, por las razones que más de una vez he evidenciado en el texto y sobre las cuales no me parece oportuno regresar. Me limito aquí a reiterar que el vicio fundamental de esta posición es el de contar con una concepción epistemológica que hoy se encuentra totalmente desacreditada (la perversa combinación entre *realismo* y *descriptivismo*), incluso en un ámbito

de aplicación (*las ciencias naturales*) en donde parecía haber cosechado sus éxitos más importantes. Con mayor razón, ahora, tal concepción debería considerarse como inutilizable en un ámbito de aplicación (*las ciencias humanas*) donde los hechos de incumbencia de los estudiosos están dotados de manera autónoma de valor y/o de significado, independientemente de la intervención del científico; hechos que requieren, por lo tanto, modalidades de acercamiento diferentes —pero no alternativas— con relación a las que persiguen los científicos naturales, modalidades ligadas a actividades de *comprensión* vistas como un paso lógicamente prioritario en la actividad explicativa.⁵³³

Lo que se necesita hacer ahora, para poner en tela de juicio la tesis de la avaloratividad, es buscar el mismo tipo de estrategia adoptada a lo largo de todo este libro: utilizar la perspectiva constructivista para ver si es posible, a través de ésta, alcanzar una solución distinta que mire de manera más provechosa y fecunda la cuestión de la relación entre juicios de valor *fuertes* y conocimiento (y entre juicios de valor *fuertes* y conocimiento jurídico). Si se anticipa por un instante el resultado de mi investigación, se puede afirmar sin más que al seguir tal perspectiva el primer resultado será abandonar el principio de avaloratividad, en su versión fuerte, y consecuentemente renunciar a su aplicación en el campo jurídico.

Si se procede desde una óptica constructivista, se podrían plantear muchas críticas tocantes a tal principio; por ejemplo, aquellas —y son las más fuertes— que se sirven del *carácter permeable* que caracteriza los juicios de valor que permean profundamente en nuestros esquemas conceptuales, cimentando todo tipo de actividad cognoscitiva a partir de los procesos de *constitución de los hechos*, hasta llegar a los procesos que deciden la importancia y la aceptabilidad de nuestros cuadros teóricos.

⁵³³ Véase, para este tipo de análisis, las relaciones entre comprensión y explicación en las ciencias humanas, el ya clásico e imprescindible libro de Von Wright, G. H., *Explanation and Understanding*, trad. it., Bolonia, Il Mulino, 1977.

Un importante estudioso partidario de la tesis de la permeabilidad de las valoraciones es Putnam. Según este autor, los juicios de valor intervienen incluso en nuestras operaciones perceptivas —aparentemente— más sencillas, y esto es así porque tales juicios forman parte estable de las estructuras teóricas con base en las cuales observamos los hechos.⁵³⁴ Las razones de esta presencia constante dependen de que lo que le interese al conocimiento no sea tanto encontrar *aserciones verdaderas*, sino aserciones que puedan calificarse como *adecuadas y relevantes*, y que entonces puedan ser consideradas como *racionalmente aceptables*. Pues bien, para poder ser consideradas como racionalmente aceptables, una aserción científica o, mejor aún, un conjunto de aserciones científicas, debe poder ser objeto conjuntamente o —a veces— separadamente de una serie de valoraciones que le confieren criterios tales como *coherencia, simplicidad, comprensión*, etcétera. Según Putnam, la razón por la cual privilegiamos estos valores se debe al hecho de que ellos forman parte de nuestra idea de conocimiento, idea que a su vez es parte de otras ideas de carácter más general (sobre la naturaleza humana y sobre su evolución). Con estas afirmaciones, Putnam sostendrá luego la tesis radical según la cual *el mundo empírico depende también de nuestros valores*, y esto porque los criterios de aceptabilidad que presiden la elección de nuestros esquemas incorporan valores.⁵³⁵

La idea de Putnam, por lo tanto, es que nociones como ‘coherencia’, ‘simplicidad’, etcétera, funcionan como *valores*; estos valores, así como todos los demás valores, se vuelven probablemente más familiares (por ejemplo, aquellos de carácter ético): son *action guiding terms*. En el fondo, describir una teoría como coherente quiere decir sostener que su aceptación está justificada, y decir esto implica sin duda que tenemos que aceptarla.⁵³⁶ Desde este punto de vista, como hemos visto, cualquier elección

⁵³⁴ Putnam, H., *Reason, Truth and History*, cit., p. 137.

⁵³⁵ *Ibidem*, pp. 128-137.

⁵³⁶ Putnam, H., *Realism With a Human Face*, cit., pp. 138-140.

de un esquema conceptual presupone valores y, naturalmente, el tipo de valores presupuestos depende del campo de experiencia del cual uno se ocupa. Si, por ejemplo, el campo de experiencia al cual se hace referencia comprende las relaciones interpersonales y los hechos sociales, sin hablar de los proyectos personales de vida, entonces la elección del esquema más apropiado involucrará *valores morales*.⁵³⁷

Este discurso conduce a Putman a la importante conclusión de que todos los valores están, en el fondo, en “el mismo barco” y funcionan de la misma manera para orientar nuestros procesos cognoscitivos; en sus palabras:

if values seem a bit suspect from a narrowly scientific point of view, they have, at the very least, a lot of ‘companions in the guilt’: justification, coherence, simplicity reference, truth, and so on, all exhibit the same problems that goodness and kindness do, from an epistemological point of view.⁵³⁸

Como puede verse, estamos en presencia de una tesis muy comprometida, para cuya defensa Putman ciertamente no se encuentra aislado en el panorama de las posiciones epistemológicas constructivistas.⁵³⁹ En este tipo de posiciones, las valoraciones son un componente estable y pervasivo del conocimiento, y esto porque los valores, conducidos a través de estas posiciones, representan un componente necesario extremadamente influyente de los esquemas conceptuales, anidando incluso en las soluciones más fundamentales que forman parte de estos esquemas.

Es importante precisar, sin embargo, que la adopción de una perspectiva constructivista, junto con la crítica de la tesis de la avaloratividad que la acompaña, no requiere necesariamente de

⁵³⁷ Putnam, H., *Reason, Truth and History*, cit., p. 231.

⁵³⁸ Putnam, H., *Realism With a Human Face*, cit., p. 141.

⁵³⁹ Posiciones muy similares, con relación a la prolífica presencia de los juicios de valor en el interior del conocimiento, son expresadas por N. Goodman (*Ways of Worldmaking*, cit., pp. 17-20), y por E. Z. Elgin (Elgin, *Between the Absolute and the Arbitrary*, cit., pp. 62, 176, 183 y 184).

una elección a favor de la tesis de la pervasividad de los juicios de valor. Puede ser suficiente seguir un camino menos comprometido y conformarse con una estrategia de ataque más débil; en particular, ésa que no postula la presencia necesaria de los juicios de valor en el conocimiento, pero que prevé su intervención solamente en determinadas situaciones, las que presentan ciertas características específicas, que examinaré en breve. Será precisamente éste el camino que seguiré para colocar las bases de mi argumentación a favor de la presencia necesaria de los juicios de valor en el conocimiento jurídico.

Una de las maneras más convincentes —pero también más difundidas— de perseguir esta estrategia de ataque más *débil* es la de utilizar las tesis de carácter metacientífico (es decir, las que se refieren exclusivamente a las prácticas científicas) y se apoyan en particular en las llamadas *underdetermination thesis*; se trata de la tesis según la cual en la práctica de la ciencia tenemos que ver frecuentemente con otras teorías que se adaptan igualmente bien a los hechos disponibles;⁵⁴⁰ esto puede pasar porque los hechos disponibles están presentes en gran cantidad y ofrecen respuestas discordantes, o bien, por el contrario, porque estos hechos son bastante inusuales y ofrecen confirmaciones débiles y dispersas (véase, por ejemplo, en el ámbito de las ciencias naturales, el caso de la cosmología). En estas situaciones, con la finalidad de proceder a la *theory choice*, el científico está obligado a apoyarse en criterios de segundo orden respecto de los empíricos, como, por ejemplo, los de *simplicidad*, de *profundidad*, de *elegancia en la formalización*, etcétera.⁵⁴¹ Es precisamente en esta fase de la actividad teórica donde nosotros *podemos* (¡y no *tenemos* que!) encontrar los juicios de valor.

⁵⁴⁰ Una de las versiones más clásicas de esta tesis es la ofrecida por Quine. Véase por ejemplo, Quine, W. V. O., “On the Reason for Indeterminacy of Translation”, *The Journal of Philosophy*, 67, 1970, p. 179.

⁵⁴¹ Es Elgin, entre otros, quien califica estos criterios ulteriores como *criterios de segundo orden* (cfr. Elgin, C. Z., *Considered Judgment, cit.*, pp. 134 y 135).

Tales juicios pueden permear en las teorías directamente, es decir, como valoraciones (de carácter estético o de carácter ético o ligadas a la preferencia de una cierta visión del mundo) que dirigen la *theory-choice* en ausencia de criterios más fuertes,⁵⁴² o bien *indirectamente*, es decir, como valoraciones ulteriores eventualmente referidas para resolver conflictos entre criterios de segundo nivel en juego.⁵⁴³

Se trata de enunciados que, a decir de Hesse, expresan “assertions that it is desirable that the universe be of such and such a kind and that it is or not broadly as it is desired to be”.⁵⁴⁴ Ejemplos de valoraciones positivas de este tipo que han tenido históricamente una fuerte influencia en la elección de las teorías científicas, naturalmente en ámbitos disciplinarios diversos que están constituidos, siempre en opinión de Hesse: I) por la creencia en la perfección de la simetría esférica, y por lo tanto de las sucesivas creencias de que los cielos son esféricamente simétricos (aquí la referencia es a la *astronomía*); II) por las creencias de que los hombres están en el centro del universo y, por lo tanto, son biológicamente superiores y únicos respecto de los demás organismos (aquí la referencia es a la *biología*); III) por las creencias de que la mente está devaluada si se considera como un mecanismo natural y es, por consiguiente, reducible a la materia (aquí la referencia es a la *teoría de la mente*).

Como se ve, estos juicios pueden intervenir en todas las disciplinas científicas y, por lo tanto, también en las ciencias natu-

⁵⁴² Cfr., para este tipo de indicación, en un nivel epistemológico general, Hesse, M., *Revolutions and Reconstructions...*, cit., pp. 133 y ss., 188 y ss., 193 y ss.; y, con referencia específica a las ciencias sociales, Thomas, D., *Naturalism and Social Science: A Post-Empiricist Philosophy of Social Science*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, pp. 126 y 27.

⁵⁴³ Kuhn es uno de los que mira con mayor atención a este tipo de juicios de valor: Kuhn, T. S., “The Essential Tension. Selected Studies”, *Scientific Tradition and Change*, Chicago y Londres, University of Chicago Press, 1977, pp. 321 y ss.

⁵⁴⁴ Hesse, M., *Revolutions and Reconstructions...*, cit., p. 188.

rales.⁵⁴⁵ En estas últimas disciplinas, no obstante, estos criterios han sido tendencialmente marginados en el desarrollo de la ciencia moderna, que ha preferido encomendarse preferentemente a criterios empíricos capaces de tener éxito en las predicciones y en el control del ambiente.⁵⁴⁶ En distintas ciencias humanas, en cambio, donde con menor frecuencia se trata de encontrar teorías que satisfagan de manera adecuada los criterios de carácter empírico, la intervención de los juicios de valor es más común. En estas disciplinas, la adhesión del estudioso a un cuadro de asunciones de valor, de carácter moral o social, tiene un papel importante en la investigación científica.⁵⁴⁷

2. *El argumento constructivista a favor de la valoratividad del conocimiento*

a) *la relación “estruralmente necesaria” entre derecho y moral*

Es importante aclarar que los argumentos que he adelantado hasta aquí se limitan a producir, como su mejor resultado, la remoción de una *prohibición metodológica* contenida en el principio de avaloratividad. Este primer resultado de la indagación se calificará como *tesis minimale sobre los juicios de valor*.

⁵⁴⁵ A este propósito, un buen análisis de la manera en la cual los valores de carácter extracientífico pueden jugar un papel en las explicaciones causales se encuentra en un trabajo de Miller. Este filósofo sostiene que “the usual scientific question of whether a causal description is adequate to explain may depend, for an answer, on a choice of a standard pattern as part of the most effective strategy for promoting what is desirable, i.e. desirable for scientific reasons” (Miller, R. W., *Fact and Method. Explanation, Confirmation and Reality in the Natural and Social Sciences*, Princeton, Princeton University Press, 1987, p. 110).

⁵⁴⁶ Este tipo de análisis es desarrollado de manera muy precisa por Hesse, M., *Revolutions and Reconstructions...*, cit., pp. 187 y 188.

⁵⁴⁷ Expresa con claridad esta opinión Zolo, D., “I possibili rapporti fra filosofia politica e scienza politica. Una proposta post-empiricista”, *Teoria politica*, I, III, 1985, p. 103.

Se trata, como se puede ver, de un resultado obtenido *en negativo* (la remoción de una prohibición). Hasta aquí lo que se puede sostener, de acuerdo con los argumentos ofrecidos, es la tesis de la *posibilidad eventual de la presencia de juicios de valor* en el conocimiento. Para obtener algo más, un resultado *en positivo*, es decir, para avanzar hacia la tesis de la presencia necesaria de los juicios de valor en un ámbito dado del conocimiento, tenemos evidentemente necesidad de utilizar recursos argumentativos complementarios. Es lo que trataré de hacer a continuación, disponiéndome a defender una tesis más comprometida y crítica: la tesis que afirma la *necesaria presencia de los juicios de valor en los discursos cognoscitivos puestos en acción por los juristas y por los operadores jurídicos*.

Para sustentar esta tesis, que se calificará como *fuerte*, en contraste con la tesis *minimale*, presentaré en este apartado un argumento en cuatro partes. Estoy convencido, por otro lado, de que el campo de referencia de la tesis *fuerte* puede ser consistentemente extenso hasta el punto de reunir todas aquellas actividades cognoscitivas en el ámbito de las ciencias humanas, dentro de las cuales *valores o también juicios de valor, de una manera o de otra, constituyen una parte del objeto por investigar*. Ésta es, en conclusión, la característica que los diversos campos de investigación deben poseer para que el atributo ‘necesario’ pueda ser usado, con justa razón, para calificar la presencia de los juicios de valor en esos ámbitos disciplinarios, y esto es válido también para el ámbito jurídico; el campo de referencia de esta tesis abarca, *grosso modo*, a las organizaciones jurídicas occidentales contemporáneas, para las cuales se puede muy bien asumir que haya valores de carácter ético-político situados de manera estable en su interior, valores que constituyen una parte importante del objeto de indagación de los juristas o de los operadores jurídicos.

Pasaré ahora a desarrollar el argumento, distinguiéndolo en sus cuatro partes.

1) La *primera parte* contiene la *tesis minimale*, tesis que ya he adelantado arriba y sobre la cual no regresaré nuevamente.

2) La *segunda parte* está dedicada a la exposición de la situación diferente en la que se encuentran las ciencias humanas con respecto a las ciencias naturales. Naturalmente, la situación puede aparecer como realmente diferente sólo si se acepta una epistemología alternativa a la neopositivista; por ejemplo, una epistemología con orientación postpositivista (dentro de la cual se coloca el constructivismo) con sus implicaciones metodológicas de tipo pluralista.⁵⁴⁸ Aceptar este tipo de planteamiento quiere decir, como ya he mostrado en el primer apartado de esta sección (véase la nota 72 de este capítulo, con la referencia a Von Wright), admitir que el método de la ciencia humana es —parcialmente— distinto del de las ciencias naturales, porque debe dar cuenta de las relaciones de significado, de valor, etcétera, que vinculan los *hechos humanos*, objeto de indagación, a las personas que los producen y los mantienen con vida.

Tal vez valga la pena agregar algo más sobre este punto, aunque sea brevemente. Lo que quiero decir es que los *hechos humanos* (por ejemplo, reglas, dinero, textos, objetos artísticos, etcétera), al contrario de los *hard facts*, existen, como bien ha mostrado Searle, *by human agreement*,⁵⁴⁹ en un sentido más fuerte, en el cual, según el constructivismo, la existencia de los hechos, de cualquier tipo que éstos sean, recibe una contribución determinante a partir de la intervención de nuestros esquemas conceptuales. Los hechos humanos existen en el *nivel calificado de existencia* de tipo cultural que les compete, porque “nosotros creemos que ellos existen”, manteniendo con vida su significado y su valor simbólico.

¿Qué implicaciones tiene esta situación para la actividad cognoscitiva de los estudiosos que se ocupan de los hechos humanos? Antes que nada, tiene la implicación de que los esquemas conceptuales utilizados por estos estudiosos contienen un *doble*

⁵⁴⁸ Ya he hablado, más de una vez, en este volumen, de la noción de “pluralismo metodológico” (véase la nota 42 y 124 del capítulo anterior, a las cuales remito para cualquier tipo de aclaración).

⁵⁴⁹ Cfr. Searle, J., *The Construction of Social Reality*, cit., pp. 1 y 2.

nivel hermenéutico,⁵⁵⁰ un doble nivel de significado. Tales esquemas, en efecto, describen y explican hechos que tienen ya un significado —y eventualmente un valor— para las personas que los producen y los mantienen con vida, pero que luego, en cuanto se vuelven objetos de indagación, reciben un significado por el esquema cognoscitivo utilizado. Se crea, entonces, una interacción entre dos niveles de significado (y eventualmente, como veremos, entre dos niveles de valoraciones).⁵⁵¹

El mismo tipo de complicación metodológica se produce cuando tenemos que ver con —también como objeto de indagación— valores y con relaciones de valor. De hecho, esto puede suceder en muchos ámbitos disciplinarios que forman parte de las ciencias humanas (antropología cultural, conocimiento jurídico, sociología, etcétera);⁵⁵² a nosotros, de cualquier modo, nos interesa en particular la situación del conocimiento jurídico, y a ésta tenemos que dirigir nuestra mirada.

Trataré de mostrar ahora, muy sintéticamente, que en nuestro campo disciplinario se observa precisamente una situación de este tipo, al menos si mantenemos (como hemos hecho siempre a lo largo de este texto), como campo de referencia exclusivo

⁵⁵⁰ Esta locución es usada por Giddens para dar cuenta de la compleja relación entre cuadros de significado usados por agentes y cuadros de significados que los estudiosos adoptan, en el intento de reconstruir los primeros (*cfr.* Giddens, A., *New Rules of Sociological Method: A Positive Critique of Interpretative Sociologies*, trad. it., Bolonia, Il Mulino, 1979, pp. 109 y 110).

⁵⁵¹ Geertz capta muy bien la interacción entre estos dos distintos cuadros de significado, haciendo referencia específicamente a la situación de la antropología cultural (*cfr.* Geertz, C., “From the Native Point of View: On the Nature of Anthropological Understanding”, *Interpretative Social Science. A Reader*, editado por Rabinow, P. y Sullivan, W. M., Berkeley y Los Ángeles, University of California Press, 1979, pp. 225-241).

⁵⁵² Para la tesis de la necesaria valoratividad de las ciencias humanas véase el trabajo fundamental de C. Taylor (“Interpretation and the Sciences of Man”, *Interpretative Social Science...*, *cit.*, pp. 25-71), que de eso da una versión más radical que la mía, considerándola como un aspecto fundamental de estas ciencias, independientemente de los objetos específicos de los cuales se ocupan cada vez.

de nuestra indagación, a las actuales organizaciones jurídicas de tipo occidental que presentan un nivel de disposiciones normativas y de carácter constitucional. En estas organizaciones jurídicas, como se tiende a reconocer de manera unánime hoy en día (aunque sean distintas las implicaciones que se deriven de tal constatación), los valores morales han permeado desde hace tiempo en el derecho; ante todo —pero no sólo— han entrado a formar parte del contenido semántico de las disposiciones que expresan principios constitucionales. Lo que ha pasado es un fenómeno muy conocido al que le dedicaremos una breve alusión. Me limito por esto a decir que con la formación de los modernos Estados constitucionales, el derecho positivo ha incorporado gran parte de los contenidos (en los términos de valores de justicia, por ejemplo) elaborados por el iusnaturalismo iluminista: el principio de igualdad, el valor de la persona humana, los derechos civiles y políticos, las garantías procesales, etcétera.⁵⁵³ Estos principios defendidos precedentemente bajo la forma de derechos naturales se han vuelto así *principios normativos fundamentales*, que contienen *imperativos negativos* e *imperativos positivos* (el derecho social).⁵⁵⁴

Este tipo de constataciones, junto a otras consideraciones de carácter más filosófico, lleva a algunos autores a afirmar que “el derecho positivo mismo como sistema de valores político-sociales es una moral positiva, y que en cada sistema jurídico están presentes elementos estructurales de moralidad”.⁵⁵⁵ Otros autores destacan que el hecho de que haya algunos principios morales incorporados en el derecho permite calificar el conflicto entre derecho y moral como en gran parte como interno (entre Consti-

⁵⁵³ Sobre este fenómeno de incorporación, obsérvese las consideraciones desarrolladas en el interesante libro de Triolo, L. (*Primato del diritto e giustizia. Diritti fondamentali e costituzione*, Turín, Giappichelli, 1996, pp. 13-35), sobre todo con relación a los *derechos fundamentales*.

⁵⁵⁴ Ferrajoli es uno de los estudiosos que más ha evidenciado esta característica de los Estados de derecho contemporáneos (cfr. Ferrajoli, L., *Diritto e ragione...*, cit., pp. 349 y 350).

⁵⁵⁵ Son afirmaciones de Viola, F., *Il diritto come pratica sociale*, cit., p. 105.

tución y ley), con la condición de que la *moralidad en conflicto* sea considerada como parte de la *moralidad positiva*, y no ya de la *moralidad crítica*;⁵⁵⁶ y otros autores se atreven a destacar que es el mismo derecho contemporáneo, independientemente de los contenidos valorativos que recurrentemente puede incorporar, el que representa de alguna manera una *hazaña moral*, aunque sólo sea por el hecho de que “nos dice cómo debemos comportarnos”, al especificar y determinar el contenido de principios morales abstractos.⁵⁵⁷

Aunque al hacer alusión únicamente al tema de la relación entre derecho y moral, como en el fondo me he limitado a hacer, se puede observar cómo, hoy en día, esta relación se ha vuelto una cuestión llena de matices y muy compleja; precisamente por esta cuestión merece sin duda un análisis más profundo, que desafortunadamente no puede llevarse a cabo en este apartado. Quiero solamente observar que muchas de las tesis arriba mencionadas, independientemente del origen —iusnaturalista o iuspositivista— de los autores, terminan por reconocer, aunque sea de maneras distintas, una cierta forma de *relación necesaria entre derecho y moral* (limitada al contexto representado por los Estados de derecho constitucionales contemporáneos).

Esta consideración debería hacernos reflexionar de manera un poco más atenta sobre el sentido en el cual hoy se puede efectivamente hablar de una contraposición entre iusnaturalismo y iuspositivismo. También los iuspositivistas pueden hoy reconocer en el fondo, sin causar mucho revuelo, una cierta forma de *conexión necesaria entre derecho y moral*, una conexión que no concierne, sin embargo (a la manera del iusnaturalismo tradicional), a los contenidos éticos específicos que *deben necesariamente ser com-*

⁵⁵⁶ Véase lo que afirma al respecto Ferrajoli, L., “Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su ‘Diritto e ragione’”, *Le ragioni del garantismo...*, *cit.*, pp. 518 y 519.

⁵⁵⁷ Así se expresa Alexander, L., “All or Nothing at All? The Intentions of Authorities and the Authority of Intentions”, *Law and Interpretation...*, *cit.*, pp. 359 y 360.

prendidos en el derecho, pero que implican de cualquier modo, inevitablemente, *la presencia de algún valor moral al interior del derecho positivo*.

Desde este punto de vista, estoy perfectamente de acuerdo con Greenawalt cuando dice que la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral es correcta cuando tiene una *valencia sistémica*, es decir, cuando sostiene que hay siempre “algo con valor moral” en el derecho;⁵⁵⁸ pero comparto también la tesis de Alexy cuando constata que la conexión necesaria no se establece en realidad entre el derecho y la *justa moral*, sino más bien entre el derecho y *alguna moral*. En este sentido, los principios que incorporan los valores morales tendrían, según Alexy, una *doble propiedad*, pues pertenecerían tanto al derecho como a la moral.⁵⁵⁹ Se podría expresar de manera apropiada esta tesis, que personalmente comparto, y siento que entre derecho y moral existe hoy una *conexión estructuralmente necesaria* que concierne a una relación necesaria con una cierta dimensión de la moral, dimensión que podrá asumir una y otra vez contenidos diversos, según el tipo de contexto en el cual uno se encuentre (y el tipo de moralidad positiva que predomina en ese lugar y momento).

Desde este punto de vista, por lo tanto, la contraposición entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo ya no radica en la convicción de que la relación entre derecho y moral sea necesaria ni tampoco en el hecho de que el primero, a diferencia del segundo, requiera que los juicios descriptivos sobre el derecho tengan forzosamente compromisos valorativos; al contrario, la contraposición, como he dicho antes (véase la sección III del capítulo anterior), al poner en evidencia la valencia *conceptual*, estriba en la manera distinta de concebir la relación entre derecho y valores morales. Para el iusnaturalista, los valores a los cuales el derecho hace —necesariamente— referencia, mantienen de todas formas (de un modo que habrá que precisar más adelante) una *dimensión*

⁵⁵⁸ Greenawalt, K., *Too Thin and Too Rich...*, cit., pp. 11 y 12.

⁵⁵⁹ Alexy, R., *Begriff und Geltung des Rechts*, trad. it., Turín, Einaudi, 1997, pp. 78-80.

objetiva y no dependiente de un contexto de referencia específico, y, por lo tanto, los juicios de valor que son requeridos para “conocer el derecho” tienen un fundamento metaético objetivista. Para el iuspositivista, al contrario, los valores a los cuales el derecho *necesariamente* —al menos para algunos estudiosos iuspositivistas— hace referencia son siempre *relativos* al contexto sociocultural en el cual uno se coloca, una y otra vez, y a las prácticas que en éste se llevan a cabo; entonces los juicios de valor que son —siempre para algunos iuspositivistas— necesarios para “conocer el derecho” tienen un fundamento metaético relativista.

Pero regresemos, ahora, a la cuestión que más nos interesa: la de la presencia de valores y relaciones con valores como objetos de indagación para el jurista y como puntos de referencia para el trabajo de los operadores jurídicos. Me refería arriba a un primer tipo de presencia, ejemplificado por la situación que ve presentarse muchas normas constitucionales de nuestras organizaciones jurídicas como *concretizaciones normativas de valor*.⁵⁶⁰ Basta un breve comentario para aclarar este punto (sobre el cual, por otro lado, ya me he detenido): lo que sucede es que algunos *estados de cosas sociales* (cierta manera de distribuir los recursos colectivos, de repartir los gastos y los beneficios sociales, de planear las instituciones públicas, de privilegiar los espacios individuales de libertad, etcétera), en la medida en la que sean apreciados en mayor grado por los miembros de una colectividad (o, mejor, por aquellos que los representan, los legisladores constitucionales, por ejemplo), están considerados por esta misma razón merecedores de protección normativa, protección que es válida para transformar la valoración en una orientación de la conducta social.⁵⁶¹

⁵⁶⁰ Es una afirmación que hago en mi *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo...*, *cit.*, p. 252.

⁵⁶¹ Para este tipo de análisis véase MacCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, *cit.*, pp. 234 y ss. MacCormick ha resaltado oportunamente que es precisamente por medio de los principios que nosotros articulamos y estructuramos los valores volviéndolos criterios de conducta (MacCormick, N. y Hart, H. L. A., *cit.*, p. 48).

Sería extremadamente reduccionista, sin embargo, considerar ésta como la única manera en la que los valores morales pueden hoy permear en el derecho. Este tipo de posición será, sobre todo, expresión de un enfoque *objetivista* del derecho, enfoque que he criticado más de una vez en este trabajo, por considerarlo, entre otras cosas, como incompatible con las premisas epistemológicas constructivistas. De acuerdo con este tipo de enfoque, en efecto, la relación entre derecho y moral se vería solamente en términos *estáticos*, como una relación que atañe exclusivamente a contenidos previamente fijados, independientemente de la intervención de los procesos de interpretación y de aplicación. En el caso de que, en cambio, partiéramos de un punto de vista del enfoque, alternativo al primero, del *derecho como práctica social*, entonces cambiaría ante todo un elemento fundamental del cuadro: la existencia social del derecho positivo sería considerada como resultado “de la intervención de muchas manos” y que se obtiene por medio de la acción de muchos sujetos que operan en las distintas fases de la vida del derecho. Tal existencia, pues, no podría ser considerada como cabalmente perfeccionada sino a través — también — de la intervención de las operaciones interpretativas y aplicativas (que, como sabemos, presuponen o incorporan actividades de carácter cognoscitivo) puestas en acción por los juristas y los jueces, así como mediante la intervención de los juristas y los juicios de reconocimiento —aceptación— exhibidos por los miembros legos de la comunidad.

Ahora bien, en este tipo de perspectiva está claro que se miraría la relación entre normas jurídicas y normas morales de *manera dinámica*, como una relación que se construye dentro de una práctica compleja y multiforme que concierne —también, pero no sólo— a los resultados de los procedimientos de aceptación, de interpretación y de aplicación de las normas. Desde este punto de vista, a menudo el problema principal no sería qué tipo de valoración moral dar, en el ámbito de aceptación o de interpretación, de un derecho que es ya cabalmente existente, sino, en primer lugar, en lo que concierne a juristas y operadores jurídi-

cos, de buscar producir un *derecho éticamente justo*, y entonces interpretar y aplicar el derecho evaluando su dimensión moral apropiada; por ejemplo, poniendo en evidencia las implicaciones éticas que concuerden mayormente con la *moral interna* (a reconfigurar constructivamente) protegida por el derecho;⁵⁶² en segundo lugar, en lo que concierne a los ciudadanos, el de aceptar —si se da el caso— el derecho con base en su *valor ético*.

A partir de esta perspectiva se necesitará conocer que hay otras maneras, además de las de carácter estático, de *transferir*, como dice Bodenheimer,⁵⁶³ *la moral al derecho*. Los valores pueden permear en el interior del derecho no sólo por la vía maestra de la intervención legislativa (quizá del legislador constitucional), que pone normas explícitas que contienen valoraciones éticas y referencias a valores, sino también por la vía, más oblicua y accidentada, de la reconstrucción dogmática y judicial, también en el nivel del derecho constitucional,⁵⁶⁴ de *principios implícitos*.⁵⁶⁵ Se debe destacar para este propósito que si se parte de la perspectiva constructivista, este trabajo de reconstrucción puede muy bien calificarse bajo ciertas condiciones como expresión de una actividad cognoscitiva,⁵⁶⁶ pero con la condición de que éste se fije el

⁵⁶² Dice muy bien al respecto Letizia Gianfformaggio, que desde un punto de vista interior al derecho, y por lo tanto desde una perspectiva dinámica, el derecho positivo es el que se considera *justo* (cfr. Gianfformaggio, L., *Il filosofo del diritto e il diritto positivo...*, cit., pp. 3-23).

⁵⁶³ Bodenheimer, E., “Hart, Dworkin, and the Problem of Judicial Lawmaking discretion”, *Georgia Law Review*, 11, 5, 1977, pp. 1168-1170.

⁵⁶⁴ Sobre el significado ético de la interpretación constitucional, con relación al ordenamiento jurídico estadounidense, véanse las observaciones de Richards, D. A. J., “Rules, Policies, and Neutral Principles: the Search for Legitimacy in Common Law and Constitutional Adjudication”, *Georgia Law Review*, 11, 5, 1977, pp. 1069-1114.

⁵⁶⁵ En lo que respecta a los *principios implícitos*, nunca se ha podido superar el análisis de Guastini, R., *Dalle fonti alle norme*, cit., pp. 31 y ss., 121 y ss.

⁵⁶⁶ Desarrollo la tesis de la función cognoscitiva de la —o por lo menos de una parte de la— actividad interpretativa en el último capítulo de mi *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo...*, cit.; aquí me falta el espacio para ocuparme detalladamente de la manera en la cual se puede elaborar una

objetivo de dar cuenta del derecho positivo existente, y ya no de crear otro radicalmente nuevo; y este discurso vale también en el caso de que este mismo *derecho existente* sea el resultado de actividades reconstructivas precedentes, de carácter doctrinal o jurisprudencial, que traigan a colación normas que antes permanecían latentes entre los “pliegues del sistema”.

Es oportuno añadir, finalmente, que los valores pueden permear en el derecho aun asumiendo la forma de las valoraciones éticamente comprometidas de los —o al menos de algunos de los— miembros legos de la comunidad de referencia, que aceptando los principios fundamentales de la organización jurídica de la cual forman parte, ponen en evidencia —más o menos explícitamente— su valencia ética.

Es oportuno, ahora, reordenar las observaciones hechas hasta aquí sobre la presencia de valores y de juicios de valor en los campos de experiencia representados por las organizaciones jurídicas occidentales contemporáneas, para aclarar mejor cuáles son las actividades *cognoscitivas* con las cuales se requiere un compromiso valorativo. Se pueden mencionar, en primer lugar, las actividades interpretativas de los juristas y de los operadores jurídicos, que pueden concernir a varios sectores del derecho, que asumen una relevancia valorativa particular cuando el objeto lingüístico por interpretar está constituido por enunciados que expresan principios constitucionales. En este último caso ya he usado (véase el capítulo II, sección I, apartado 1) —y lo continuaré haciendo— la locución ‘estudiosos del derecho’ para quienes se ocupan de interpretar principios constitucionales.

Se puede mencionar, en segundo lugar, una actividad que se puede considerar interpretativa en un sentido más amplio, y que hace referencia a la reconstrucción integral de un determinado

teoría de la interpretación jurídica con base en premisas constructivistas. Estoy convencido, por otra parte, de que este trabajo pueda llevar a resultados muy fructíferos; yo mismo he empezado a ocuparme de ellos en dos ensayos recientes: “Interpretazione giuridica e teorie del significato”, *cit.*, e “Interpretazione giuridica e significato: una relazione dinamica”, en *L'intenzione nell'interpretazione*, en *Ars Interpretandi*, 1998, pp. 129-154.

campo de experiencia jurídica —y por lo tanto no solamente de un sector suyo específico—, reconstrucción que implica las diversas prácticas que en éste se llevan a cabo (de interpretación, de aplicación, de aceptación, de uso social del derecho positivo) y los principios y los valores fundamentales desde donde se orientan tales prácticas. Se puede, si así se quiere, usar la locución ‘teoría del derecho’ para señalar este segundo tipo de actividad, teniendo cuidado de precisar que se trata de una teoría del derecho que se ocupa de elaborar nociones (por ejemplo, ‘principios generales del derecho’, ‘fuentes del derecho’) que se adecuan a un derecho positivo específico, y no ya de nociones (‘norma’, ‘interpretación’, ‘sistema jurídico’, etcétera) que se refieren a un campo de extensión más amplio representado por las experiencias jurídicas, comparables entre sí (las organizaciones jurídicas occidentales contemporáneas). También en el caso de la reconstrucción integral de cada campo de experiencia jurídico, al hacer referencia a quienes ponen en acción este tipo de actividad, usaré la locución ‘estudiosos del derecho’.

Son estos, entonces, los campos de indagación y de investigación en donde la presencia de valores y de juicios de valor es particularmente relevante, y vuelve necesaria, con base en el argumento que me dispongo a desarrollar, la intervención de *juicios de valor en función cognoscitiva* por parte del estudioso y del operador jurídico. Como se verá, pues, la presencia de los valores en el objeto produce consecuencias importantes en el plano metodológico, es decir, en el plano del tipo de actitud metodológica que se requiere de los juristas y de los operadores jurídicos mismos.

b) *La valencia cognoscitiva de la interpretación jurídica*

Me ocuparé, ahora, de la tercera parte del argumento, que apunta a justificar la tesis de la presencia necesaria del juicio de valor en el conocimiento jurídico. Como he dicho en el apartado anterior, la primera parte del argumento está representada por la

tesis minimale; la segunda parte, en cambio, contiene la tesis en la que valores y relaciones con valores son un componente necesario del objeto de indagación del conocimiento jurídico (y de otras ciencias humanas).

En esta *tercera parte*, el argumento adopta expresamente las premisas epistemológicas constructivistas para aclarar la manera en que estudiosos del derecho, juristas y operadores jurídicos tienen que acercarse a este objeto de indagación específico, representado por los valores y juicios de valor. Ahora bien, la prescripción metodológica principal que deriva de este cuadro epistemológico es que tampoco el objeto ‘valores’ puede escapar al tipo de reconstrucción de los procesos cognoscitivos operado por el constructivismo. Esto significa que ni siquiera los valores pueden ser objetivamente descritos por “como son en realidad”; en efecto, éstos deben, por el contrario, ser interpretados y reconstruidos selectivamente a la luz del esquema conceptual adoptado. En otras palabras, también los *contenidos estimativos* tienen que ser remodelados y delimitados por la intervención activa del conocimiento.

Sobre este aspecto vale la pena detenerse un momento para preguntarse cuáles son las implicaciones metodológicas específicas de las tesis epistemológicas constructivistas, cuando el objeto de indagación esté constituido por valores y juicios de valor.

Para aclarar este punto conviene utilizar, como ejemplo paradigmático, la situación en la cual los valores por reconstruir estén representados por el contenido normativo —éticamente comprometido— de principios constitucionales (no hay necesidad, a este respecto, de volver el ejemplo aún más específico, al referirlo a un determinado texto constitucional). Pues bien, sin entrar en el mérito de una indagación profunda sobre estas cuestiones, que escapa completamente al ámbito de este trabajo, se pueden hacer aquí algunas consideraciones, en el fondo muy banales, pero extremadamente relevantes para soportar la tesis que quiero sostener. Tales consideraciones sirven para volver aún más fuerte e incisivo el impacto (que se produce, de alguna forma, en todos

los campos del conocimiento) de los esquemas de reconstrucción cuando el objeto de su intervención son los valores mismos.

En primer lugar, es importante destacar que el contenido de los principios constitucionales es siempre de carácter muy general, incluso a veces genérico, cuando no —más o menos intencionalmente— ambiguo. Por lo tanto, dar cuenta del contenido semántico de estos principios quiere decir efectuar de una manera u otra elecciones interpretativas que privilegian —no de manera arbitraria— uno de los posibles significados que los enunciados que expresan los principios pueden soportar;⁵⁶⁷ y hacer esto quiere decir también entrar en el mérito de la cuestión del posible significado atribuible a nociones *essentially contested* como ‘libertad’, ‘igualdad’, ‘democracia’, etcétera.

Al hablar de los objetos que se propone la interpretación constitucional he usado, no por acaso, la frase “dar cuenta del contenido semántico de principio”. Así, para comprender adecuadamente el sentido de esta frase (¿qué significa “dar cuenta de principios”?), se necesitaría que surgiera la cuestión fundamental del estatuto epistemológico y metodológico de la interpretación jurídica. Pero se trata de una cuestión de la cual, como ya he dicho, no podré ocuparme en este apartado. Quiero solamente reiterar brevemente, contestando también algunas críticas⁵⁶⁸ que me han dirigido al respecto, un punto que ya he anticipado al final del apartado anterior.

Dicho en términos sumamente esquemáticos, mi opinión es, desde el punto de vista general, que la interpretación jurídica

⁵⁶⁷ Sobre los problemas que nacen, por la interpretación constitucional, con relación al hecho de que los principios por interpretar tienen un elevado grado de indeterminación, véase el importante trabajo de Moreso, J. J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

⁵⁶⁸ Pienso, por ejemplo, en las críticas que me ha dirigido Pierluigi Chiassoni en el curso de un seminario conducido por mí (Génova, 26 de enero de 1999), críticas con las cuales él sostenía que el tipo de interpretación constitucional, valorativamente comprometido, del cual yo hablaba era en realidad un ejemplo de *doctrina* y no de *teoría*, o en todo caso de actividad cognoscitiva.

puede ser calificada como actividad cognoscitiva en la medida en que se preocupe de dar cuenta, en clave constructiva, obviamente, de un *derecho* —en algún sentido— *preexistente* a la interpretación, y no de crear un *derecho completamente nuevo*. De hecho, el primer tipo de actividad interpretativa, bajo el perfil epistemológico, respeta los requisitos fijados por la perspectiva constructivista para todas las disciplinas cognoscitivas; y se diferencia, de manera completamente fisiológica, de algunas de estas disciplinas (y marcadamente de las disciplinas empíricas) previendo, haciéndole honor al principio del *pluralismo metodológico*, la modalidad de la *comprensión* —en lugar de la explicación— como técnica de acercamiento a los *hechos humanos* de su competencia (en este caso a documentos y a textos escritos).

Más en particular, de esto se deriva que la interpretación constitucional, en tanto tenga carácter *doctrinal o jurisprudencial*, pueda ser caracterizada desde luego como una actividad cognoscitiva, aunque dentro de los límites en los cuales su objetivo —directo o indirecto (cuando el conocimiento del derecho es instrumental respecto a la aplicación)— sea el de *dar cuenta del derecho constitucional* en algún sentido *existente*, cosa que puede implicar también, a veces, traer a la luz *principios latentes*. A esta actividad, en otros términos, se le puede atribuir un carácter cognoscitivo, con la condición de que ésta se limite a asignar a tales principios —de manera, como veremos, no neutral desde el punto de vista ético—, un significado *que sea coherente* con los significados (asumidos en su momento como ya dados) de los otros principios vinculados de alguna forma al primero (quizá por la vía analógica), de los cuales hasta el momento no se pone en tela de juicio su pertenencia al sistema, al menos desde el punto de vista del esquema conceptual adoptado. No tendría, en cambio, una valencia cognoscitiva, el tipo de interpretación constitucional que asignara a un determinado principio —tanto explícito como implícito— un significado *que no fuera de alguna forma coherente* con los significados ya atribuidos (y que no son objeto de discusión en este momento) al conjunto de princi-

pios *contiguos o afines* respecto del primero, principios que el esquema conceptual “en uso” considera que forman parte de un derecho positivo dado.

Personalmente, para ilustrar este punto extremadamente complejo y controvertido, no encuentro una mejor manera que la usada por Dworkin con su ya famosa analogía entre la interpretación judicial y el experimento literario de la *chain novel*.⁵⁶⁹ La analogía muestra claramente cómo, en los dos casos, existe una diferencia muy relevante: por una parte (para los escritores que participan en el experimento literario), entre “continuar la misma novela”, aunque escrita por muchas manos, e “iniciar una novela completamente nueva”, rechazando continuar la historia de manera coherente con respecto a lo relatado en los capítulos precedentes; y, por otro lado (para los jueces-intérpretes vinculados a la *cadena del derecho*), entre “interpretar los casos difíciles de forma coherente con las interpretaciones anteriores”, relativas a cuestiones y casos análogos, y “producir decisiones totalmente incoherentes” con respecto al cuadro de decisiones ya tomadas sobre asuntos análogos. Naturalmente, la analogía puede ser generalizada hasta descubrir todo el espectro de la interpretación jurídica, tanto doctrinal como operativa. Se necesita estar muy atento, sin embargo, a lo que con ella se quiere verdaderamente mostrar: la analogía en cuestión permite, sin duda, no sólo ilustrar las diferencias más relevantes entre estos dos tipos de actividad interpretativa, sino también comprender mejor que las dos actividades tienen un valor epistemológico completamente distinto, en el sentido de que una pertenece al universo del discurso del *conocimiento jurídico* y la otra a la *de la creación, en sentido fuerte, de un nuevo derecho*. Sin embargo, lo que la analogía no es capaz de hacer, es dar una contribución, en el plano de la metodología prescriptiva (en sentido *fuerte*), sobre cómo tienen que comportarse en estos casos los jueces. A veces, en efecto, puede ser más oportuno o más *éticamente correcto* para un juez “romper la cadena de un derecho sumamente injusto”, en lugar

⁵⁶⁹ Cfr. Dworkin, R., *A Matter of Principle*, cit., pp. 158-162.

de continuar “escribiendo la novela del derecho”. Pero no tengo ninguna intención de abordar estos delicados problemas.

Como se ve, aquí no se ha sugerido la eliminación de toda distinción entre diferentes tipos de interpretación con objetivos diversos; queda, al contrario, la distinción fundamental entre *interpretación en función cognoscitiva*, que da cuenta de principios existentes o construye otros nuevos coherentes con los existentes, y la *interpretación en función radicalmente creativa*, que crea principios completamente nuevos o que interpreta los viejos no respetando, en ambos casos, ninguna relación de coherencia con los principios ya consolidados. En esta última serie de casos, la actividad interpretativa puede ser legítimamente colocada en el interior de universos de discurso distintos de aquel del conocimiento, quizá dentro de ese universo de los discursos de carácter político y/o ideológico.

La distinción que propongo, nótese bien, no tiene nada que ver con aquella trazada por el iuspositivismo analítico tradicional, distinción, esta última, que se coloca en la lógica dicotómica que ya he criticado más de una vez al evidenciar sus presupuestos descriptivistas. Se trata de la distinción entre *teorías de la interpretación* y *doctrinas de la interpretación*, que ha sido usada en varias ocasiones, pero que tal vez no ha sido suficientemente debatida desde el punto de vista teórico, por Tarello⁵⁷⁰ y su escuela.⁵⁷¹ Detrás de esta distinción hay una noción extremadamente restringida, de inspiración neopositivista, de ‘teoría’, de acuerdo con la cual tal noción puede ser adoptada solamente con referencia a esquemas de descripción-explicación de fenómenos empíricos, para cuyas valoraciones pueden ser usados los atributos ‘verdadero’ y ‘falso’, interpretados, parecería, en el sentido de una correspondencia entre lenguaje y realidad;⁵⁷² y existe, por

⁵⁷⁰ Véase, para una formulación particularmente clara de la distinción, Tarello, G., *Diritto, enunciati, usi, cit.*, pp. 412, 413, 420 y 421.

⁵⁷¹ Véase al respecto Guastini, R., “Questione di stile”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVII, 2, 1987, p. 512.

⁵⁷² Tarello, G., *Diritto, enunciati, usi, cit.*, p. 412.

el contrario, una noción extremadamente ampliada de ‘discurso prescriptivo’ (cuyo discurso doctrinal constituiría una instancia), que en la práctica termina por incluir todos los discursos que no tienen carácter teórico.

Ahora bien, de acuerdo con esta distinción, la teoría de la interpretación tiene como objeto “el hecho de que una o más personas determinadas o determinables den un determinado significado a un determinado enunciado o conjunto de enunciados”;⁵⁷³ mientras que la doctrina de la interpretación está constituida por “representaciones, ideologías, relativas a la naturaleza de la actividad de interpretación”,⁵⁷⁴ o a cómo se debe interpretar, a cuál sea el *significado correcto* que se atribuye a un enunciado jurídico.⁵⁷⁵ No habría ni siquiera necesidad de destacar, para concluir este punto, que este tipo de distinción contrasta de manera profunda y radical con la perspectiva que ha sido admitida aquí.

Pero regresamos ahora a las implicaciones metodológicas que derivan, dentro de un cuadro epistemológico constructivista, del hecho de que valores y relaciones con valores constituyan uno de los objetos de la interpretación constitucional. La primera implicación, como hemos visto, está ligada al hecho de que muy a menudo los enunciados que expresan principios constitucionales son expresados de manera muy general y, a veces, ambigua. La segunda implicación concierne, en cambio, al hecho de que los principios que expresan valores no se presentan nunca solos en un texto constitucional, sino que son expresados por una red muy intrincada de enunciados estrictamente interrelacionados. Una de las consecuencias de la naturaleza reticular de estos principios es que en su interior no es habitualmente posible hallar un orden jerárquico preconstituido que sea capaz de determinar —de una vez por todas— cuáles son los principios más importantes y

⁵⁷³ *Ibidem*, p. 421.

⁵⁷⁴ *Ibidem*, p. 413.

⁵⁷⁵ *Ibidem*, p. 421.

cuál es la interpretación de su contenido.⁵⁷⁶ Esto ocurre —por lo menos— por dos razones fundamentales: una de carácter teórico-lingüístico; la otra, de carácter filosófico-político: I) con la primera se quiere poner en evidencia, como ya he dicho antes, que el contenido de estos principios es vago, genérico, a veces ambiguo, y no permite localizar un *orden preexistente*; II) con la segunda se resalta que, en todo caso, el carácter pluralista de los valores presentes en nuestras cartas constitucionales impide la codificación preventiva de un orden jerárquico fijo e inmutable.⁵⁷⁷

De estas consideraciones podría proceder la afirmación, de importancia fundamental para los objetivos que me propongo, según la cual *la construcción* (siempre parcial y sujeta a revisión) *de este orden*, que conduce, por ejemplo, al hallazgo de nexos y jerarquías entre los principios, *le corresponde en primer lugar al trabajo interpretativo de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional*.

Este tipo de trabajo constructivo podría requerir, por ejemplo, de la determinación de los ámbitos de extensión de los diversos principios constitucionales, con la solución anexa de los conflictos derivados de “cuestiones de límites”. También podría implicar, en las situaciones en las cuales uno se encuentra frente a casos concretos de aplicación (o quizá a ejemplificaciones dogmáticas de casos-tipo con las cuales medir el potencial aplicativo de los principios en juego), la valoración comparativa de los diversos principios potencialmente aplicables, pero compitiendo entre sí, con el objetivo de decidir cuál de estos principios es más importante desde el punto de vista ético (y por lo tanto con relación a la moral *interna* del derecho).

Se podría seguir largo y tendido con estos ejemplos obtenidos de la interpretación constitucional, pero desafortunadamente me falta espacio para hacerlo. Lo que me interesa resaltar es que la solución a tales dificultades y a otras similares no puede

⁵⁷⁶ Sobre este punto véase las observaciones de Zagrebelsky, G., *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Turín, Einaudi, pp. 170 y 171.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, pp. 171 y 172.

ser predispuesta permaneciendo en el plano de la *descripción o reconstrucción lingüística de los significados preexistentes de los principios en cuestión*, lo que sea que se quiera entender con esto.⁵⁷⁸ El intérprete necesita operar elecciones sobre el significado y sobre la importancia (incluso comparativa) de estos principios, a veces con base en lo que es preferible éticamente de cada uno de ellos (siempre desde el punto de vista de la moral *interna*).

Son justo estas consideraciones las que preparan el camino para llegar, al final, a sacar las conclusiones de mi argumento en favor de la —necesaria— *valoratividad del conocimiento jurídico*, conclusión que será presentada en el apartado siguiente.

3. *La tesis de la presencia “necesaria” de los juicios de valor en el conocimiento jurídico como forma de cognitivismo ético débil*

En la *cuarta y última parte* del esquema se puede finalmente presentar la conclusión del argumento: aquella, para ser exacto, según la cual este complejo trabajo de reconstrucción interpre-

⁵⁷⁸ En el mismo sentido se expresa Palombella, en un trabajo en verdad muy estimulante, que concierne justamente al tema objeto de mis reflexiones en este capítulo, el del *conocimiento de los valores jurídicos*. A menudo regresaré a este trabajo en el transcurso del capítulo, porque presenta no sólo numerosas conexiones con mis tesis, sino también perfiles que son susceptibles de críticas (y tal vez también malinterpretaciones de mi tesis). Sobre el punto en cuestión, sin embargo, Palombella destaca, correctamente, que los poderes valorativos de los jueces (pero el discurso vale para los intérpretes en general) no son suprimibles, porque los juicios de valor presentes en el ordenamiento no se dejan identificar de manera unívoca, y son imposibles aclararlos por medio de elecciones valorativas puestas en acción por el intérprete; y esta actividad, añade adecuadamente Palombella, no puede ser etiquetada como una “descripción lingüística de significados”; las definiciones lingüísticas, concluye Palombella (y hasta aquí estoy perfectamente de acuerdo con él), no pueden resolver los problemas de significado de los valores (Palombella, G., “Si possono conoscere i valori nel diritto? Per un modello epistemológico e pratico”, *Rivista Critica del Diritto Privado*, XVI, 2, 1998, pp. 14, 15, 20 y 21).

tativa de *significados impregnados de valor* no puede ser desarrollado de un modo adecuado por los intérpretes sin postular la intervención de *juicios de valor*. Se trata de juicios de valor que aquí se calificarán como *juicios de valor de segundo orden* (y esto porque son *juicios de valor que hacen referencia a valores*): juicios, en otros términos, que expresan, de alguna forma, una *apreciación* de los valores (en el contenido de principios) y de las valoraciones que son objeto de la actividad interpretativa (en sentido estricto y en sentido amplio), puestas en acción por los estudiosos del derecho, por los juristas y los operadores jurídicos. Lo que sostengo, en sustancia, *para comprender adecuadamente el significado de tales valores y de tales valoraciones*, es que *el intérprete debe necesariamente formular, a su vez, apreciaciones de carácter valorativo*, que son exclusivamente destinadas a la mejor comprensión de estos objetos, que están, justamente, cargados de valores.

Este tipo de intervención, justo porque se dirige hacia *una mejor comprensión* de objetos (en este caso, principios y actitudes) que forman parte del campo de experiencia jurídico, tiene ciertamente, por lo menos en mi opinión, una *función cognoscitiva*; y por lo tanto, esta posición encarna indudablemente una forma de *cognitivismo valorativo* o, como se podría decir también, visto que se está hablando prevalentemente de valores éticos, una forma de *cognitivismo ético*. Pero esto no debe escandalizarnos mayormente si uno es cuidadoso en precisar que se trata de un tipo de *cognitivismo ético débil*, totalmente desvinculado de una epistemología de carácter realista.

Para este fin es importante distinguir claramente el tipo de cognitivismo que propongo desde otras dos posiciones, que son muy diversas de ésta, y que aquí me limito solamente a mencionar. La primera posición puede ser caracterizada como un *cognitivismo ético fuerte*, que se apoya en una concepción epistemológica realista (que se puede llamar, en este caso, *realismo moral*) y en una concepción semántica descriptivista. Según este tipo de posición, dicho en términos muy sintéticos, existen *cua-*

lidades morales objetivas que existen independientemente de las actitudes y de las prácticas interpretativas que a éstas hacen eventualmente referencia (tesis del *realismo moral*); calidad que nosotros somos capaces de describir por medio de proposiciones que pueden ser sometidas a juicios de *verdad* o de *falsedad* (tesis *descriptivista*).⁵⁷⁹

Para el segundo tipo de posición, especularmente contrapuesto al primero, no hay necesidad de detenerse, porque expresa la forma de *no cognitivismo ético* que se reconoce en la tesis fuerte de la *avaloratividad del conocimiento*, y que ha representado el punto de partida del análisis crítico desarrollado en este capítulo. No repetiré, por lo tanto, cosas ya dichas; sólo precisaré que el no cognitivismo, en realidad, termina suponiendo la misma tesis epistemológica del realismo-descriptivismo, como muy oportunamente saca a relucir Stavropoulos. Este autor destaca que el no cognitivismo ético no hace más que presuponer aquella idea de la relación *mente-mundo* típica del realismo metafísico, con base en la cual se sostiene que el mundo “impinges on the mind through the senses”; los sentidos, desde este punto de vista, dirigen una información que puede ser decodificada de manera objetiva, y cuyo contenido no es corregible, y contribuyen a determinar así el contenido de las *foundational beliefs* sobre el mundo externo que permite luego el control de creencias más complejas.⁵⁸⁰ Se da absolutamente por descontado que los juicios de valor no pueden pertenecer a esta categoría que encarna la quintaesencia del discurso cognoscitivo; pero entonces ellos deben forzosamente pertenecer a la categoría de los *juicios de carácter subjetivo* (quizá expresados sobre una base emotiva), a menos que, naturalmente, no se les quiera considerar como *juicios objetivos*, en sentido fuerte, que describen “algo de la realidad”. Estamos en presencia nuevamente, como se puede ver, de la habitual *lógica dicotómica*

⁵⁷⁹ Se trata de una posición que está ejemplificada a la perfección por la concepción de M. Moore (“Law as a Functional Kind”, *Natural Law Theory*, cit., pp. 188-241.

⁵⁸⁰ Stavropoulos, N., *Objectivity in Law*, cit., pp. 121 y 122.

que es básicamente aceptada por gran parte de la filosofía analítica, tanto del derecho como de la moral, y que ha sido uno de los blancos principales de las observaciones críticas desarrolladas en este volumen.

El *cognitivismo ético débil* al cual me inscribo, en cambio, presupone una concepción epistemológica completamente alternativa a la anterior; es decir, la constructivista. Desde el punto de vista de esta perspectiva, el hecho de que los juicios de valor participen en la actividad cognoscitiva no implica de ninguna manera que a ellos les tenga que corresponder una suerte de relación biunívoca (entre “pedazos del lenguaje” y “pedazos de realidad”), de los “segmentos del mundo externo” específicos; quiere decir solamente que tales juicios anidan en el interior de los esquemas conceptuales en donde el conocimiento se articula, desempeñando, de manera absolutamente *peculiar y no fungible*, la función de contribuir a la mejora del conocimiento de ciertos objetos (representados por los contenidos valorativos expresados por principios y por juicios de valor que los miembros de la comunidad de referencia enuncian).

Se pueden utilizar aquí, con bastante libertad, algunas importantes afirmaciones de McDowell, que me parecen transitan en esta misma dirección. Según McDowell, desde el momento en que no existen propiedades genuinas de los objetos que no dependan de nuestro reconocimiento, entonces la distinción entre *propiedades valorativas* (fruto de actitudes) y *cualidades primarias* (las propiedades realmente existentes de los objetos) ya no puede ser trazada de manera nítida, como una oposición dicotómica, y esto permite, siempre según este autor, replantear radicalmente la cuestión del cognitivismo ético.⁵⁸¹

En sintonía con estas afirmaciones, se puede resaltar que el *cognitivismo ético débil* representa una vía intermedia entre dos posiciones metaéticas, ambas insostenibles: I) según la primera, los valores pueden ser conocidos en cuanto existen “platónica-

⁵⁸¹ Cfr. McDowell, J., *Non-Cognitivism and Rule Following...*, cit., pp. 156 y 157.

mente” en el mundo; II) para la segunda posición, los valores no juegan ningún papel cognoscitivo, porque no existen en sentido propio. Desde el punto de vista de mi posición, en cambio, se podría afirmar incluso que los valores, en cierto sentido, “están en el mundo”, pero no ciertamente como habitantes del mundo externo, sino más bien como producto de nuestras actitudes éticas, de nuestras prácticas valorativas, de ciertos usos colectivos del lenguaje (en función apreciativa).

Espero haber logrado mostrar adecuadamente, en este apartado, el sentido en el cual considero *necesaria* la presencia de los juicios de valor en el conocimiento jurídico: el conocimiento ejemplificado aquí —pero no agotado— de la interpretación jurídica en función cognoscitiva. Estoy profundamente convencido de que no se pueden comprender *objetos impregnados de valores* (como los principios constitucionales) sin la intervención, de parte del intérprete, de valoraciones capaces de facilitar, en primer lugar, el trabajo de atribución de un significado preciso a las genéricas (y a veces ambiguas) prescripciones contenidas en muchos principios jurídicos, o en los juicios de valor, casi nunca claros, coherentes ni explícitos, expresados por los participantes; y, en segundo lugar, capaces de contribuir al trabajo de construcción de un orden —y eventualmente de una jerarquía— entre estos materiales valorativos (principios y valoraciones particulares) que se presentan en orden abierto. Se trata, por otro lado, de materiales cuyo etiquetado, cuya relevancia, cuyo peso comparativo y cuyas propiedades ya no están objetivamente presentes en la realidad, por una suerte de mágica *autoasignación*, pero tienen que ser atribuidas en el ámbito de interpretación y de reconstrucción teórico-dogmática.

Puede ser útil, para tales efectos, mencionar algunas afirmaciones de Fallon con relación al carácter valorativo de los argumentos utilizados en la interpretación constitucional (con referencia, aunque absolutamente generalizable, a los Estados Unidos). Se trata de afirmaciones que son enteramente confiables, porque expresan una posición que está en absoluta sintonía con el discurs-

so que estoy desarrollando. Fallon se dispone, antes que nada, a definir estos *value arguments*: éstos son caracterizables como “claims about the moral or political significance of facts or about the normative desirability of outcomes. Defined in this way, value arguments assert claims about what is good or bad, desirable or undesirable, as measured against some standard that is independent of what the constitutional text requires”.⁵⁸² Luego, Fallon pasa a mencionar las situaciones en las cuales tales argumentos entran en función, situaciones que conciernen a casos por resolver en el ámbito de interpretación constitucional. Él cita dos situaciones, a propósito de las cuales se podría decir, en la primera, que los juicios de valor entran directamente, desde el principio; mientras que en la segunda entran en juego sucesivamente, en razón de la incapacidad de otros criterios más fuertes de desempeñar un papel decisivo para la solución del caso.⁵⁸³ Los dos tipos de casos de los cuales habla Fallon son: I) aquel en el cual el lenguaje de la Constitución contiene componentes valorativos, precisamente porque la Constitución ha convertido en positivos algunos valores, los cuales, además, son *esencialmente cuestionables*; su significado, entonces, depende de una “red de fondo” conformada por convicciones filosóficas y otras asunciones valorativas de carácter más general; II) aquel en el cual los *value arguments* intervienen en segundo término, cuando los otros tipos de argumentos considerados inderogables y pertenecientes a otras categorías son particularmente indeterminados o conducen a una situación de sustancial *paridad* entre las diversas soluciones abstractamente posibles.⁵⁸⁴

Este último punto, vinculado, como he dicho, a la *underdetermination thesis*, es desarrollado de manera muy persuasiva tam-

⁵⁸² Fallon, R. H., *A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation*, cit., p. 1205.

⁵⁸³ Es la situación que se verifica también en las ciencias naturales, en el contexto de la *theory choice*, y a propósito de la cual se habla, en metaciencia, de *underdetermination thesis* (véase el apartado 1 de esta sección).

⁵⁸⁴ *Ibidem*, pp. 1205-1207.

bién por Dworkin; me parece importante recordar, sobre todo, las afirmaciones que plantea a propósito de la interpretación, de competencia del estudioso, de una práctica jurídica y sobre todo de sus valores-guía. Según Dworkin, “very often... the raw behavioral data of the practice —what people do in what circumstances— will undermine the ascription of value: these data will be consistent, that is, with different and competing ascriptions”. En este caso “if the raw data do not discriminate between these competing interpretations, each interpreter’s choice must reflect his view of which interpretation proposes the most value for the practice- which one shows in the better light”.⁵⁸⁵

Pues bien, en los casos citados por Fallon y por Dworkin, y en todos los demás en los cuales los valores y juicios de valor constituyen objeto de indagación para el estudioso del derecho, las *capacidades valorativas* del intérprete están implicadas;⁵⁸⁶ y son capacidades que ciertamente ponen en juego su visión personal de los valores-objeto de indagación, de su importancia, de su peso comparativo, de sus relaciones (¿jerárquicas?). Esta visión personal, sin embargo, tiene un papel instrumental, después de todo, en cuanto está destinada a *la mejor comprensión* de esos valores; no a una tergiversación de su significado ni tampoco a una creación de valores distintos. Es decir: simplificando al máximo el *slogan metodológico* que me atrevo a lanzar aquí a los estudiosos y a los operadores jurídicos, aquel según el cual “hay necesidad de valores para tratar con valores”.

Una vez más, para comprender este punto, nos puede ser de ayuda la analogía que Dworkin propone recurrentemente entre

⁵⁸⁵ Dworkin, R., *Law’s Empire*, cit., pp. 52 y 53.

⁵⁸⁶ Al respecto dice muy bien Palombella que “no se comprenden valores sin hacer uso de facultades valorativas por parte del intérprete” (Palombella, G., *Si possono conoscere i valori nel diritto?...*, cit. p. 21.) Más adelante, en el mismo sentido, Palombella afirma que “se deben usar capacidades éticas para comprender posiciones éticas, facultades valorativas para comprender posiciones de valor, por lo tanto usar valores para comprender valores. En ello está la única manera de conocer valores” (*ibidem*, p. 22).

interpretación jurídica (en su sentido más amplio) e interpretación literaria, aunque aquí sería más correcto hablar de interpretación artística en general (esto es, la interpretación de una obra de arte). Aquí la analogía se propone ofrecer una mejor comprensión de una tesis central de Dworkin (*aesthetic hypothesis*), según la cual la interpretación de una práctica jurídica necesita inevitablemente recurrir a valoraciones por parte del intérprete. En el apartado siguiente someteré a algunas críticas la posición de Dworkin (que tiende a asemejar el estudioso con el participante). Aquí lo que me interesa es captar el sentido de la analogía.

Pues bien, según Dworkin, en ambos casos (en la interpretación de la práctica jurídica y de la obra de arte), la interpretación saca a relucir necesariamente la cuestión de la identificación —constructiva— de los valores (jurídicos y estéticos) al cual se refieren los dos fenómenos culturales (la práctica jurídica y el producto artístico); en ambos casos este trabajo interpretativo, para los estudiosos, requiere de la elaboración de las que él llama *normative theories*, y entonces de concepciones que facilitan una reconstrucción, valorativamente comprometida, del valor o de los valores fundamentales en los que las prácticas se inspiran. Incluso al estar valorativamente comprometidas, estas concepciones, según Dworkin, se preocupan por explicar una determinada práctica jurídica o un cierto *work of art*, y no, ciertamente, por cambiarlos en cosas distintas. Habrá entonces vínculos fuertes para las interpretaciones, proporcionados por el texto o por el objeto que se ofrece al trabajo interpretativo (cuya identidad dependerá también, de una manera u otra, de una teoría). Esto no quita que, siempre en opinión de Dworkin, haya igualmente disenso entre las diversas interpretaciones disponibles, y esto por la presencia, entre otras cosas, de diferentes teorías normativas sobre el significado global y sobre los objetivos de la literatura, del arte o del derecho.⁵⁸⁷

A modo de conclusión del apartado, me parece importante reiterar el sentido global de mi tesis. Desde el punto de vista general,

⁵⁸⁷ Dworkin, R., *A Matter of Principle*, cit., pp. 149-162.

lo que caracteriza el papel cognoscitivo de los juicios de valor no es, como habíamos visto, el hecho de que éstos describan “pedazos de realidad” (tesis absolutamente inviable desde una óptica constructivista), sino, por el contrario, el hecho de que éstos participen en esquemas conceptuales que tienen la función de dar cuenta de un campo de experiencia. Por lo tanto, como se verá también en el próximo apartado, lo que vuelve distintos los juicios de valor en función cognoscitiva de aquellos que tienen funciones diferentes (quizá de carácter político y/o ideológico),⁵⁸⁸ es que ellos entran de manera relevante en un discurso que tiene objetivos de *comprensión*, y por lo tanto *teóricos*, no ya de carácter *práctico* concernientes a tomar una postura sobre los valores mismos (por ejemplo, aceptarlos o rechazarlos) o bien concernientes a su uso en clave de justificación de decisiones, de comportamientos, etcétera.⁵⁸⁹ Estos tipos de juicios prácticos, como

⁵⁸⁸ Una diferencia entre distintos tipos de juicios de valor es opacada por Ten en el ámbito de un discurso sobre el papel de los principios en la interpretación jurídica, con referencia sobre todo a las divergencias entre Dworkin y los iuspositivistas. Ten, a decir verdad, no desarrolla su distinción en el sentido de la identificación de una categoría de juicios de valor en función cognoscitiva. El significado de su distinción, sin embargo, no dista de la manera en la cual yo entiendo la diferencia entre juicios de valor en función cognoscitiva y juicios de valor con otras funciones. Él, de hecho, dice que un primer tipo de actividad interpretativa (que se hallaría en una teoría iuspositivista) podría avanzar en la reconstrucción de un principio, hasta identificar las valoraciones de los miembros de la comunidad que son implícitas y presupuestas, partiendo de las explícitas; el segundo tipo, en cambio (que no encontraría lugar en la teoría iuspositivista), introduciría una regla normativa que valdría independientemente del hecho de que su contenido sea aceptado en una determinada práctica social (Ten, C. L., “The Soundest Theory of Law”, *Mind*, LXXXVIII, 1979, pp. 529 y 530).

⁵⁸⁹ Se puede estar de acuerdo, por lo tanto, bajo este perfil, con Coleman y Leiter cuando distinguen entre teorías filosóficas que ofrecen explicaciones, pero que no son meramente descriptivas en cuanto presentan concepciones polémicas; y teorías filosóficas normativas, que ponen en evidencia las condiciones con base en las cuales ciertas prácticas y ciertas instituciones pueden ser justificadas (cfr. Coleman, J. L. y Leiter, B., *Determinacy, Objectivity, and Authority, cit.*, pp. 207 y 208).

indicaré mejor en el apartado siguiente, son la expresión más apropiada del *punto de vista interno*, mientras que los juicios de valor en función cognoscitiva, en mi opinión, son expresión del *punto de vista externo*, aunque sea *moderado*.⁵⁹⁰

4. *Juicios de valor y punto de vista interno: las tesis internalistas fuertes*

En este apartado quiero tratar de distinguir, de manera más explícita y articulada que antes, mi tesis sobre la presencia necesaria de juicios de valor en el conocimiento jurídico de los otros autores que, desde las trincheras tanto iuspositivistas como iusnaturalistas, están listos para admitir esta presencia en la actividad de los estudiosos del derecho, pero que terminan luego por integrar esta actividad en una categoría distinta de la de los discursos cognoscitivos (al menos, tal como yo los entiendo): la categoría de los *discursos de carácter práctico*, en los cuales la descripción del contenido de normas o la reconstrucción de la práctica jurídica en su conjunto se presenta como necesariamente vinculada a la aceptación ético-política del sistema en su conjunto, o a la justificación de decisiones y de comportamientos. Justo por esta razón, muchos de estos autores avanzan la idea de que el conocimiento jurídico debe adoptar, en algún sentido, el *punto de vista interno*, sin que esto deba implicar, sin embargo, colocar en un mismo plano la figura del estudioso respecto de la del participante para todos los efectos en la práctica;⁵⁹¹ otros manifiestan aún la idea,

⁵⁹⁰ Una manera similar de concebir la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo me parece que se puede rastrear en un reciente trabajo de Schwartz, que habla de *método interno* y *método externo*. Según este autor, el método interno emplea instrumentos conceptuales para alcanzar objetivos prácticos, y refleja el punto de vista del participante; el método externo tiene, en cambio, objetivos teóricos y cognitivos (cfr. Schwartz, R. L., "Internal and External Method in the Study of Law", *Law and Philosophy*, 11, 1992, pp. 179 y 180).

⁵⁹¹ Puede ser útil observar que también en la epistemología contemporánea se asoman posiciones de este tipo, que sostienen que reconstruir las prácticas

muy a menudo vinculada con la primera, de que la ciencia jurídica sea una *ciencia práctica*.

Anticipando las conclusiones del examen crítico a que serán sometidas estas concepciones, quiero afirmar a continuación, como ya lo dije al final del apartado anterior, que considero estas posiciones como erróneas, por la razón fundamental de que el estudioso del derecho, en la medida en que produce conocimiento, se preocupa en primera instancia, a diferencia del operador jurídico (cuyo conocimiento es instrumental a una actividad práctica), de dar cuenta de —y de comprender el— material objeto de su indagación, aunque si, para hacerlo, deba necesariamente exhibir una actitud valorativa; y esto porque, entre los materiales-objeto de su indagación, como ya sabemos, hay valores y juicios de valor (los expresados por los participantes). Por lo tanto, desde el momento en que los objetivos del estudioso son directamente cognoscitivos, para alcanzarlos se vuelve necesaria la adopción del punto de vista externo, aunque sea en la versión *moderada* que requiere al estudioso dar cuenta, de una manera que no es ciertamente neutral desde el punto de vista valorativo, de juicios de valor internos expresados por los participantes.⁵⁹²

científicas requiere, precisamente, la adopción de un punto de vista *interno* a la práctica, justo porque, dado que la reconstrucción tiene que ver con nociones valorativas (tal como la de *justificación*), ésta termina produciendo informes que están impregnados de juicios de valor. Decir, de hecho, que una persona está “justificada en una creencia” quiere decir valorar positivamente su estado epistémico; y esto, para algunos, es suficiente para afirmar que “the epistemologist can be neither an uncritical participant in, nor completely detached observer of, our pre-analytic standards of epistemic justification, but, a reflective, and potentially a revisionary, *participant* (la cursiva es mía)”. Acerca de esta posición, Hack, S., *Evidence and Inquiry...*, *cit.*, pp. 12 y 13.

⁵⁹² Una motivación interesante en esta misma dirección procede de un reciente ensayo de Morawetz; si no he entendido mal su posición, me parece que este autor sostiene la tesis, no distante de la mía, según la cual el teórico del derecho, aun “estando en la posición externa”, debe, de alguna forma, “tomar partido”, y justo porque el objeto de sus investigaciones son, entre otras cosas, *las prácticas deliberativas* (de los jueces), cuyos participantes están a menudo en desacuerdo, en lo que concierne a sus estrategias argumentativas (*cfr.* Morawetz, T., “The epistemology of Judging: Wittgenstein and Deliberative

Como ya he dicho más de una vez, este tipo de situación implica una suerte de *doble nivel valorativo*,⁵⁹³ de manera que algunos juicios de valor (los del estudioso) intervienen para comprender mejor valores y juicios de valor que forman parte de la práctica objeto de indagación.

Admitir los compromisos valorativos de los discursos de los estudiosos del derecho, sin embargo, no implica de ninguna manera que éstos tengan que asumir un punto de vista interno, sobre todo porque los juicios de valor que estos estudiosos expresan son *juicios de valor en función cognoscitiva*. Otra cosa son, en cambio, los juicios de valor expresados con la finalidad de aceptación o de justificación. No se gana nada, por otro lado, en la comprensión de esta diferencia fundamental, si se dice que la *actividad interna* del estudioso mantiene en cada caso una dimensión cognoscitiva propia, cosa que permitiría diferenciar casi siempre su posición de la del participante.

Practices”, *Wittgenstein and Legal Theory, cit.*, pp. 3-27). Una posición muy distinta, en cambio, si no estoy equivocado, es la sostenida por Prieto Sanchís: este estudioso, aun aceptando (con base en consideraciones, que se pueden compartir en su totalidad sobre la importancia de la dimensión moral *interna* en el derecho constitucional) la tesis según la cual el jurista debe adoptar *un punto de vista externo moderado*, considera, sin embargo, que esto debe darse respetando las distinciones iuspositivistas tradicionales, como la que existe entre descripciones y valoraciones (*cfr.* Prieto Sanchís, L., *Constitucionalismo e positivismo, cit.*, pp. 201-225).

⁵⁹³ Acerca del *doble nivel valorativo* habla muy oportunamente Lucy, en el contexto de una posición que, sin embargo, es muy diversa de la mía, porque se inspira en el *cognitivismo ético fuerte* de Finnis. Vale la pena citar, como quiera que sea, la manera, particularmente persuasiva, con la cual él configura este doble nivel, empleando afirmaciones que son totalmente compartibles. Él, al interrogarse sobre la naturaleza del trabajo teórico producido por el estudioso del derecho, destaca que “the descriptions constitutive of this kind of descriptive theory are double evaluative: they are rooted in the evaluations and distinctions of the conceptual scheme of those who morally accept the rule or practice in questions; and those evaluations, distinctions and reasons for moral acceptance are themselves differentiated and evaluated by the theorist in the course of describing” (Lucy, W. N. R., *Criticizing and Constructing Accounts of Legal Reasoning, cit.*, p. 324).

Mi impresión es que muchos de quienes atribuyen a los estudiosos el punto de vista interno (le llamaremos, de ahora en adelante, *posiciones internalistas*) terminan por confundir dos tipos diversos de distinción que deben ser netamente separables: I) la distinción entre *punto de vista externo* y *punto de vista interno*, que sirve, entre otras cosas, para diferenciar el trabajo teórico del estudioso (valorativamente comprometido) de los empeños valorativos, más fuertes, del participante; II) la distinción entre *juicios de valor* (que, en su opinión, serían siempre *internos*) y juicios de hecho (que, en su opinión, serían siempre *externos*), distinción que, según yo, no se debe abandonar, pero que, en cada caso, debe ser reformulada, en el sentido antes precisado (en el apartado I de esta sección). Aquí no puedo más que reiterar que “adoptar el punto de vista externo” no implica en absoluto, para el estudioso, “asumir una actitud avalorativa”, cosa que en cambio sostiene todos aquellos para quienes lo científico (y consecuentemente también para el jurista, en la medida en que puede serlo) no debe expresar juicios de valor.

Pero vayamos por orden, y busquemos, primeramente, dar ejemplos de *posiciones internalistas*, intentando también distinguirlas entre sí. La referencia a estos ejemplos será un trabajo muy útil, porque me va a permitir recoger ideas muy interesantes, que servirán para enriquecer y afinar mi tesis sobre los empeños valorativos requeridos a los estudiosos del derecho. El hecho de que estos ejemplos expresen posiciones completamente divergentes de la mía no quiere decir para nada —no habría ni siquiera necesidad de mencionarlo— que no puedan contener análisis y sugerencias útiles para el desarrollo de mi argumento. Queda, en el fondo de estas posiciones, la idea, para mí inaceptable, de que *dar cuenta de una práctica* (que es el objetivo del estudioso) deba necesariamente implicar *la adopción de un punto de vista práctico*.⁵⁹⁴ Personalmente me quedo convencido, en cambio,

⁵⁹⁴ De la adopción de un *punto de vista práctico*, por parte del estudioso, habla Finnis, en el contexto de un discurso que será examinado críticamente en breve (cfr. Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, trad. it. de Di Blasi,

que *dar cuenta de una práctica quiere decir construir, desde el exterior, una teoría de la práctica misma.*

La distinción principal que se puede hacer entre las posiciones internalistas concierne al tipo diverso de implicación que es requerido al estudioso dentro de la práctica. Existen, en efecto, algunas posiciones más radicales, que consideran que los estudiosos deben adoptar, en todo y para todo, la posición del participante (el mensaje metodológico es: “participar para comprender”); otras posiciones, más ponderadas, sostienen, aunque de manera distinta, que la adopción del punto de vista interno no debe implicar, para el estudioso, “colocarlo al mismo plano que el participante”, sino más bien su colocación en una posición autónoma (con grados distintos de autonomía, según las tesis sostenidas).

1) Empecemos con las posiciones más radicales. Los primeros ejemplos que mencionaré pertenecen a autores que se muestran críticos respecto del positivismo jurídico tradicional, a pesar de que esto no quiere decir, por lo menos en mi opinión, poner en tela de juicio la elección de campo en favor del iuspositivismo. Las críticas se centran sobre todo en la tesis según la cual sería posible una descripción neutral del derecho, crítica con la que me encuentro totalmente de acuerdo, aunque no entiendo por qué se deba deducir de esta tesis, como única alternativa posible, la colocación interna, valorativamente comprometida, del estudioso.

Un ejemplo típico de este tipo de concepción, crítica con respecto al iuspositivismo descriptivista, es representada por Dworkin. Él tiene una posición muy firme, al inicio de *Law's Empire*, a favor del *participant's point of view*. Se puede deducir muy claramente de lo que él mismo dice, a propósito del objetivo fundamental del libro, al afirmar que él “tries to grasp the argumentative character of our legal practice by joining that practice

F., Viola, F. (coord.), Turín, Giappichelli, 1996, p. 3). Véase también las observaciones de Zagrebelsky, quien califica a la ciencia jurídica como *ciencia práctica*, en tanto que tiene como objeto de investigación, entre otras cosas, *principios* (Zagrebelsky, G., *Il diritto mite...*, cit., pp. 164 y 165).

and struggling with the issues of soundness and truth participants face”;⁵⁹⁵ y, poco después, aclara mejor aún el sentido de su discurso, destacando que, puesto que interpretar una práctica social es algo distinto de captar cada intención de los participantes, entonces el estudioso debe participar directamente en la práctica si quiere comprender su sentido global, y no hacer un reporte de aquello que piensa cada participante.⁵⁹⁶

Me parece que, al prescindir de las críticas de carácter más general que se pueden formular a las posiciones internalistas, críticas que reiteraré más adelante, el razonamiento de Dworkin no sea aquí el correcto: de la tesis —en mi opinión compartible— según la cual el teórico no debe preocuparse de identificar singularmente lo que los diferentes participantes piensan de la práctica (afirmación que suena como una crítica de alguna forma justificada al *individualismo metodológico*), sino más bien de captar el significado global; de esto no se deriva en absoluto la tesis según la cual el estudioso, para hacer esto, deba asumir una posición interna. Este trabajo de comprensión teórica, por el contrario, puede muy bien ser desarrollado desde el *exterior*; tener en cuenta lo que piensan los participantes (cosa que el estudioso de todos modos tiene que hacer) no quiere decir estar constreñido a perseguir pasivamente cada una de sus actitudes. Al contrario, el estudioso, siguiendo para ello las prescripciones metodológicas que proceden de la perspectiva constructivista, deberá aislar las actitudes de los participantes —consideradas— más relevantes, reconducir a un esquema coherente sus actitudes: en suma, interpretar lo que ellos piensan a la luz de un esquema conceptual de referencia. No se necesita que el estudioso asuma una posición interna para que todo esto pueda llevarse a cabo.

Otro ejemplo de posición crítica en las comparaciones de las tesis metodológicas descriptivistas de los iuspositivistas proviene de Shiner. También para este autor la colocación más apro-

⁵⁹⁵ Dworkin, R., *Law's Empire*, cit., p. 14.

⁵⁹⁶ *Ibidem*, p. 55.

piada del estudioso del derecho es la *interna*. Él lo dice, con la máxima claridad posible, cuando afirma que

legal practice has the internal point of view to law built in to the logic of its practice... The constraint of the theorist to reproduce the way in which laws function in the lives of those who have the internal point of view to law means that the theorist too must display the internal point of view, commitment to law.⁵⁹⁷

También aquí, al examinar la tesis de Shiner, pretendo prescindir de las críticas de carácter más general, que conciernen globalmente a todas las posiciones internalistas. Me limito a observar, en cambio, que el argumento principal que él utiliza para justificar su posición no tiene fundamento. Shiner sostiene que si el teórico quiere comprender una regla de la misma manera en que lo hacen quienes adoptan el punto de vista interno, “there must be some overlapping, some sharing of concepts between the theorist and the group in question”.⁵⁹⁸ Hasta aquí, todo bien. Más allá de esto, sin embargo, él se adscribe nítidamente a la colocación *interna* del trabajo de elaboración conceptual del estudioso. No está claro si él deriva esta afirmación de la precedente; si así fuera, entonces la conexión sería cuando menos imprecisa: no se logra distinguir, en efecto, alguna relación de implicación entre las dos afirmaciones. Que haya conceptos compartidos tanto por los estudiosos como por los participantes no implica de ninguna manera que los estudiosos, para comprender los conceptos en cuestión, deban adoptar el punto de vista interno.

Más adelante, sin embargo, Shiner formula su argumento principal al criticar el *moderate external point of view* de Hart y de MacCormick, porque, a decir de él, tales autores pretenderían con esto distinguir, en el aspecto interno, el aspecto cognitivo del aspecto volitivo, aislando así el aspecto cognitivo, para poder proyectarlo luego al *exterior*. Para Shiner, al contrario, hay en

⁵⁹⁷ Shiner, R., *Norm and Nature...*, cit., p. 159.

⁵⁹⁸ *Ibidem*, p. 148.

este caso “an indissoluble amalgam of cognition and volition”;⁵⁹⁹ si se quiere tener una comprensión plena de los fenómenos jurídicos, las dos cosas no pueden estar separadas. El estudioso, pues, en el momento en que conoce el derecho, debe contextualmente manifestar, si quiere comprenderlo adecuadamente, el compromiso de aceptar aquellos valores que están incorporados en éste.

No me parece, como he dicho, que el argumento tenga fundamento. Al contrario, creo que en el interior del campo más vasto de las ciencias humanas, la posibilidad de una comprensión adecuada de los fenómenos de los cuales éstas se ocupan (comprensión que no está vinculada a las actitudes de los participantes, sino que está al mismo tiempo cargada de valores) se encuentra precisamente en la distinción entre elemento cognitivo y elemento volitivo. Pasando a nuestro campo de indagación más específico, se puede notar que el estudioso tiene en cuenta, es verdad, la voluntad de los participantes, de aceptar ese sistema jurídico dado, pero esto no implica para nada, por su parte, un tipo de aceptación del sistema por parte del estudioso mismo. Bajo este perfil, el iuspositivismo moderno, desde sus orígenes benthamianos y austinianos, mantiene una línea de pensamiento coherente. Aquello que, si acaso, deber ser modificar en esta línea está ligado al hecho de que la actitud cognitiva de los estudiosos requiere la presencia necesaria de juicios de valor.

Un último ejemplo de las posiciones internalistas más radicales, en cambio, proviene de la trinchera de las concepciones iuspositivistas de base epistemológica descriptivista, y expresa de manera característica las tesis principales, incluso llegando a una conclusión diversa de aquella a la que otros exponentes de esta orientación llegarían. El ejemplo está constituido por algunas tesis sostenidas por Calsamiglia en un ensayo reciente.⁶⁰⁰ En ese contexto, el autor sostiene que el estudioso debería adoptar el punto de vista del participante, y esto sobre la base

⁵⁹⁹ *Ibidem*, p. 150.

⁶⁰⁰ Calsamiglia, A., “Una visione del diritto dal punto di vista del partecipante”, *Analisi del Diritto*, 1996, pp. 57-76.

de convicciones que están inspiradas por presupuestos epistemológicos de tipo descriptivista. Para Calsamiglia, en efecto, si la actividad de los estudiosos está calificada como *científica* (en el sentido de una ciencia jurídica vista como *ciencia deductiva*), entonces está condenada a la irrelevancia práctica, y esto porque no logra dar cuenta del razonamiento práctico, y, por eso mismo, a orientar las decisiones de tipo aplicativo.⁶⁰¹ Por el contrario, una teoría del derecho que quiera de verdad incidir de manera relevante en la práctica debe asumir abiertamente la posición del participante; y esto quiere decir, antes que nada, estar dispuestos a sostener que la cuestión “qué es el derecho” no puede absolutamente ser separada de la de “por qué debo obedecer al derecho”. Por lo tanto, una teoría del derecho que quiera ofrecer una solución a los problemas prácticos debe ser capaz de contestar a las dos preguntas; al hacer esto, sin embargo, la teoría no podrá más que requerir del estudioso un compromiso con los valores institucionales incorporados en el derecho.⁶⁰²

Aquello que me parece particularmente interesante de esta posición es que constituye un ejemplo de cómo, a partir de premisas epistemológicas descriptivistas rigurosamente mantenidas, se pueden alcanzar también resultados contrastantes respecto de aquellas premisas, en el plano de la *metodología jurídica prescriptiva*: en otros términos, es precisamente porque Calsamiglia considera que el conocimiento no puede más que producir “descripciones objetivas de carácter avalorativo”, que termina proponiendo a los juristas un modelo alternativo al del “conocimiento jurídico como descripción”, modelo que privilegia, en cambio, los aspectos creativos y más refinadamente *políticos* (en el sentido de la *política del derecho*) de la actividad del jurista. Con base en este modelo, el jurista, según Calsamiglia, debería buscar no tanto captar el significado abstracto de las normas, sino sugerir hipótesis concretas de decisión a los jueces, indicar las *mejores soluciones* para las controversias, colocándose al hacer esto en la

⁶⁰¹ *Ibidem*, pp. 59-61.

⁶⁰² *Ibidem*, pp. 64-72.

posición del participante comprometido en sostener los valores internos en ese ordenamiento.

Las afirmaciones de Calsamiglia se prestan a dos órdenes distintos de observaciones críticas. El primero concierne a las premisas descriptivistas presupuestas por Calsamiglia. Éstas, en efecto, determinan una visión extremadamente empobrecida y escueta del conocimiento y, lo más importante, del conocimiento jurídico, con base en el cual todas las actividades que podrían repercutir de manera significativa en la práctica, en realidad, se producen por fuera de la esfera cognoscitiva. En caso de que, en cambio, se partiera de premisas constructivistas, entonces se presentaría un cuadro completamente distinto: se vería antes que nada que, como ya lo he mostrado abundantemente a lo largo de todo el volumen, el conocimiento incide de manera marcada en la práctica (¡inclusive sobre la existencia social de las normas!), sin ninguna necesidad de transformarse en algo más.

El segundo orden de observaciones concierne al tipo de actividad aconsejado por Calsamiglia al estudioso. Muchas de estas actividades (por ejemplo, la vinculada a la identificación de las máximas decisiones de casos concretos), viéndolo bien, no se pueden ubicar dentro del conocimiento jurídico, sino más bien al interior de la *política del derecho*. No hay nada de malo en este tipo de sugerencias, sólo que no se entiende por qué estas actividades deberían ser perseguidas en perjuicio de la actividad cognoscitiva. En cambio, hay que reconocer en realidad que tanto la actividad cognoscitiva como la de política del derecho son actividades distintas que pueden, sin embargo, ser ambas legítimamente desarrolladas por los juristas. No se gana nada, en lo referente a la comprensión de estas actividades, si se infla desmesuradamente una y se empobrece excesivamente la otra, casi como si el estudioso debiera hacer una elección entre dos prácticas que se excluyen recíprocamente. Me parece más correcto, en conclusión, decir que ambas actividades son relevantes para la práctica, aunque sea de manera distinta, implicando ambas la intervención de juicios de valor (una con fines de comprensión,

la otra de aceptación y de justificación). Es importante, sin embargo, distinguir las de manera correcta, evitando que una tome indebidamente el lugar de la otra.

5. *Juicios de valor y punto de vista interno:
las tesis internalistas débiles*

2) Las *posiciones internalistas* menos radicales son las que sostienen, es verdad, que el estudioso del derecho debería asumir una *posición interna*, pero que añaden también, más claramente que las posiciones precedentes, que tal posición debe diferenciarse de la de los participantes. Son naturalmente diversas las maneras en las cuales es concebida tal distinción entre la colocación del estudioso y la del participante; y diversos son también los recorridos teóricos y las concepciones filosóficas “de fondo” que contribuyen a determinar el contenido de dichas posiciones. Aquí daré también unos ejemplos, empezando por las posiciones que se mueven en el horizonte del iusnaturalismo (de acuerdo con la definición ya dada del *iusnaturalismo*, visto en oposición conceptual, mutuamente excluyente, al *iuspositivismo*). También por esta segunda serie de ejemplos se verá cómo éstos llegan a contribuir de manera relevante a una clarificación de las cuestiones aquí examinadas, y a un refinamiento de las tesis que estoy desarrollando en este capítulo.

El primer ejemplo está representado por la posición de Finnis. Se trata de una posición particularmente interesante, porque, en su caso, la tesis internalista se acompaña de una visión particularmente rica y articulada de la dimensión valorativa presente en el trabajo del estudioso del derecho. Muchas son las tesis específicas que plantea acerca de esto, y que comparto; lo que no comparto en cambio, más allá de la tesis internalista, es el fondo filosófico o, mejor dicho, metaético, de sus tesis jurídicas, fondo que aparece inspirado en un *cognitivismo ético fuerte* que es —al menos para mí— absolutamente insostenible. En otros términos, lo que diferencia mi posición de la de Finnis no es tanto la cues-

tión de la intervención de los juicios de valor en el conocimiento jurídico (cosa que ambos reconocemos y le atribuimos gran importancia), sino la cuestión del fundamento de tales juicios, que para Finnis tiene un carácter objetivo, es decir, descansa sobre algunas instancias éticas universales, mientras que para mí tiene un carácter relativo y contingente.

Veamos brevemente, ahora, los aspectos del pensamiento de Finnis que más nos interesan en este lugar. El discurso de Finnis sobre la valoratividad del conocimiento jurídico radica en algunas premisas de carácter más general, que conciernen a las ciencias humanas en su conjunto. Sus afirmaciones, lo reitero, las comparto, por lo menos en la medida en que sostienen que en las ciencias humanas no es posible dar una descripción teórica de los hechos sociales sin la participación, por parte del estudioso, en una actividad —éticamente no neutral— de comprensión de su objeto y de su valor, así tales hechos son concebidos por las personas que los ponen en acción; no las comparto, por el contrario, cuando sostienen que comprender el valor o el objeto de tales hechos (de ciertas acciones, por ejemplo) quiere decir identificar “lo que es *realmente bueno* para los seres humanos” y “lo que es *realmente requerido* por la racionalidad práctica”.⁶⁰³ Aquí están evidentemente presentes las huellas, bien visibles, de una concepción metaética orientada hacia el cognitivismo ético fuerte.

¿Cuáles son las implicaciones de este discurso para el conocimiento jurídico? Pues bien, para Finnis estas implicaciones se producen a partir del problema, prejudicial respecto a los otros, de la definición misma de derecho. Finnis hace notar, acertadamente, cómo tal trabajo teórico requiere necesariamente de un trabajo *selectivo* de parte del estudioso (la pregunta a la cual éste debe responder es: “¿Qué cuenta como derecho?”); se trata de un trabajo cuyas características selectivas no son adecuadamente comprendidas por los iuspositivistas, que consideran, en cambio,

⁶⁰³ Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, cit., p. 3 (las cursivas son mías).

que se puede identificar el derecho descriptivamente, sirviéndose de sus propiedades no valorativas, y que terminan luego por no lograr explicar la diferencia entre las diversas definiciones, diferencias que dependen, justamente, de la manera distinta de seleccionar las características —consideradas más relevantes— del derecho.⁶⁰⁴ Desde un punto de vista constructivista, no se puede más que estar de acuerdo, obviamente, con la crítica al descriptivismo jurídico y a su concepción *objetivista*, según la cual el derecho puede ser descrito como un *dato objetivo* de la realidad social.

Pero veamos más en particular, ahora, qué conlleva, para el estudioso, poner en acción el tipo de trabajo selectivo requerido por la definición de derecho. Pues bien, la selección de algunos aspectos de los fenómenos jurídicos considerados como más significativos y relevantes, para Finnis, depende de la adopción de un *punto de vista práctico*, que concierne, esto es, a la decisión y a la acción; esto quiere decir que el teórico debe preguntarse qué se debería considerar importante en ese campo de experiencia por aquellos cuyos intereses y actividades constituyen el objeto por describir.⁶⁰⁵

Aquí ya se puede empezar a señalar una ulterior diferencia entre mi posición y la de Finnis. El problema, en este caso, está constituido por la manera en la cual se configura la noción de ‘punto de vista práctico’. Si por *punto de vista práctico* se entiende el punto de vista de quien reconstruye teóricamente una práctica, tomando en cuenta lo que es considerado por los participantes como significativo y relevante en su interior, entonces no se puede más que estar de acuerdo, aunque se pueda destacar que el uso de tal expresión cree algunas confusiones; tal vez sería mejor, bajo este perfil, hablar del *punto de vista teórico*, que tiene como objetivo, en este caso, la reconstrucción de una práctica. Si, en cambio, con el uso de esta locución se quiere decir que el punto de vista práctico es el de quien está comprometido

⁶⁰⁴ *Ibidem*, pp. 4-6.

⁶⁰⁵ *Ibidem*, pp. 12-18.

internamente con la práctica en cuanto, por ejemplo, acepta y usa sus normas para justificar decisiones y comportamientos, entonces se sostiene una tesis que no comparto en lo absoluto. Pero es precisamente esta segunda versión del punto de vista práctico la elegida por Finnis, aunque no está muy claro cómo él pretende resolver la cuestión de la diferencia en la colocación entre estudioso y participante, ambos situados en una posición interna.

Pero seguimos adelante: para Finnis, la adopción del punto de vista práctico permite identificar, en un trabajo definitorio, *los casos centrales y paradigmáticos del derecho*, aquellos en los cuales se manifiesta con particular claridad y riqueza la presencia peculiar, en los participantes, de un *punto de vista jurídico*; ahora bien, para Finnis estos casos son aquellos en los cuales la obligación jurídica está considerada presuntivamente una obligación moral; los casos en los cuales, por ejemplo, mantener con vida un ordenamiento es considerado por el participante como un ideal moral.⁶⁰⁶ Incidentalmente, esta última afirmación resalta un aspecto extremadamente importante del derecho positivo, que la teoría jurídica no puede ignorar, incluso aquella de corte iuspositivista.

¿Cuáles son las conclusiones del discurso hasta aquí desarrolladas por Finnis con respecto a la cuestión de los compromisos valorativos que competen al estudioso del derecho, incluso en relación a los que corresponden al participante? Finnis se preocupa por afirmar, antes que nada, que no corresponde a la teoría determinar “lo que debe ser hecho” en el interior de la práctica (declaración de intenciones a la cual, sin embargo, él no se mantiene fiel); tal teoría, de todos modos, “no puede prescindir de los conceptos que los hombres dotados de sensatez práctica han considerado idóneos para describirse a sí mismos lo que creen digno de ser hecho y realizado...”.⁶⁰⁷ Todo esto quiere decir, para Finnis, que en el fondo corresponde al estudioso decidir cuáles son las exigencias de sensatez práctica que vuelven importante,

⁶⁰⁶ *Ibidem*, pp. 10-15.

⁶⁰⁷ *Ibidem*, p. 17.

desde un punto de vista práctico, que “se tenga el derecho”; esto no implica, pero (también ésta es una indicación metodológica que, a mi parecer, no es respetada por él) que la teoría esté sujeta inevitablemente, siempre y de cualquier manera, a las concepciones que cada estudioso posee alrededor de “lo que es bueno” y a “lo que es sensato”. La competencia del estudioso, en cambio, no va más allá del espectro de actividades que consisten en proporcionar juicios de *significatividad* y de *importancia* sobre los asuntos humanos de los que se ocupa.⁶⁰⁸

Lo que Finnis quiere decir, no siempre con la debida claridad, es que el conocimiento descriptivo del estudioso necesita de conceptualizaciones preliminares, y por lo tanto de “un conjunto de principios de selección y de relevancia delineados por algún punto de vista práctico”.⁶⁰⁹ En el esquema conceptual del estudioso, por lo tanto, junto a asunciones de carácter teórico, coexisten también algunas valoraciones fundamentales —objetivamente fundadas— alrededor del “bien humano” y de las “exigencias prácticas fundamentales de los seres humanos”, que, aunque entran en un circuito que Finnis caracteriza como “equilibrio reflexivo”,⁶¹⁰ junto a los resultados de las descripciones explicativas de un determinado contexto práctico de acciones humanas, están luego aquellas que le imprimen un carácter decisivo a la teoría, precisamente porque expresan las ideas básicas sobre qué es un *florecimiento humano genuino* y una *auténtica sensatez práctica*.

Se imponen, en este punto, algunas consideraciones críticas. Me parece que Finnis, considerándolo bien, no logra resolver una incertidumbre de fondo que acompaña todo su análisis de la naturaleza y de las tareas del conocimiento jurídico, incertidumbres que versan sobre cuál deba ser el papel y la colocación del estudioso. Con respecto a este conocimiento, él quisiera, por un lado, mantener los aspectos de imparcialidad y atención para los

⁶⁰⁸ *Idem.*

⁶⁰⁹ *Ibidem*, p. 18

⁶¹⁰ *Idem.*

hechos (constituidos, en este caso, por los juicios de los participantes); por otro lado, él quisiera salvaguardar su orientación hacia algunos valores fundamentales (*bien común, sensatez práctica*), cuya configuración no puede para él ser completamente encomendada a las determinaciones de los participantes. En el conflicto entre estos dos tipos de instancias, me parece que son las segundas las que llevan las de ganar, y esto porque renunciar a ellas quiere decir, para Finnis, poner en tela de juicio su cuadro de referencia metaético, que, como lo he dicho, se inspira en un cognitivismo ético fuerte.

Si esta interpretación de su pensamiento está fundamentada, de ésta se derivan entonces una serie de consecuencias importantes con relación a la coherencia y a la total conveniencia de su concepción epistemológica, con sus corolarios metodológicos anexos. Se podría observar entonces, primeramente, que el equilibrio reflexivo que él propone (entre los prejuicios de la teoría y los juicios de los participantes) es en el fondo un *equilibrio ficticio*, porque le corresponde al teórico decidir, al fin y al cabo, “lo que está bien para los participantes”, y lo que éstos tienen que hacer si quieren reflejar las instancias de la *sensatez práctica*, tal como está configurada por el estudioso.

Esto, en mi opinión, es también el motivo por el cual Finnis rechaza claramente tomar una postura en lo que hace a la distinción entre la colocación interna del estudioso y la colocación interna del participante. Viéndolo bien, en su concepción, Finnis, aunque él nunca lo dice expresamente, termina por convertirse en *un participante para todos los efectos*, precisamente porque él toma también (en su papel de estudioso) sus decisiones fundamentales sobre “cómo debe comportarse (dependiendo de los fines) en la práctica misma”. Pero se trata de un participante muy particular, que tiene también la tarea (en razón de su *autoridad epistémica*) de indicar a los otros participantes los valores y los fines a los que deben ser dirigidos sus comportamientos.

Me doy cuenta de que tal vez estoy exagerando la posición de Finnis, que ciertamente él no se expresa en estos términos. En

todo caso, esto me parece el resultado natural de su planteamiento, si es seguido coherentemente hasta el fondo, cosa que tal vez Finnis no está dispuesto a hacer, en razón de cautelas ligadas al reconocimiento de las exigencias metodológicas que una teoría social descriptiva debería respetar. Considero, en conclusión, que las instancias del cognitivismo ético fuerte terminan por llevarse las de ganar respecto de la teoría descriptiva. Se podría decir, bajo este perfil, que la posición de Finnis, tal como él mismo la presenta, se puede inscribir entre las *tesis internalistas débiles*; pero, por la interpretación que he dado de éstas, podría pertenecer en realidad a la clase de *tesis internalistas fuertes*.

También la posición de Viola, para permanecer en el campo de las posiciones antipositivistas, contiene, como veremos, una incertidumbre de fondo con relación al tipo de posición —considerada de todos modos como *interna*— que corresponde al estudio de la práctica jurídica (y de las prácticas sociales en general). Tratemos de ver muy brevemente por qué.

Habrà que decir que las convicciones de Viola sobre la exigencia de que el estudioso del derecho adopte una postura interna a la práctica tiene orígenes remotos; ya en un trabajo de diez años atrás, Viola afirmaba muy claramente que en el *saber moral* (cuya expresión fundamental es el *saber jurídico*), el que conoce está directamente implicado en lo que tiene que conocer;⁶¹¹ y en particular, con referencia específica al derecho, destaca que en la consideración del derecho se impone el *punto de vista antropológico*; adoptar este punto de vista significa reconocer que “las normas, en cuanto guías de la conducta, proporcionan razones para las acciones y pueden ser observadas sólo a partir de las actitudes de los agentes, del grado de aceptación y de los significados que desempeñan en relación a las valoraciones de la conducta propia y ajena”.⁶¹²

⁶¹¹ Viola, F., *Autorità e ordine del diritto*, Turín, Giappichelli, 1987, p. 68.

⁶¹² *Ibidem*, p. 463.

En un trabajo más reciente,⁶¹³ Viola desarrolla estas indicaciones hasta delinear una posición más acabada y articulada de la cuestión de la posición del estudioso. Él parte, entre otras cosas, de la afirmación, absolutamente compartible, de que para enfrentar adecuadamente el problema del conocimiento teórico de una práctica se necesita desplazar el *principio de valoratividad* en su versión neopositivista, y esto porque el estudioso debe expresar valoraciones a partir de la fase de la identificación de los fenómenos que pertenecen a la práctica jurídica. En sus palabras, “el científico debe valorar los comportamientos o los hechos sociales con el fin de poder identificar aquéllos que pertenecen a la práctica misma”.⁶¹⁴

En lo que concierne a la cuestión de la postura del estudioso, Viola afirma contundentemente que debe adoptar el punto de vista interno, pero no es del todo concluyente cuando se trata de identificar más precisamente su posición, sobre todo con relación a la de los otros participantes en la práctica, que tienen un papel más o menos institucional. Viola, de cualquier forma, identifica tres posibles tipos de postura del estudioso: I) una *postura muy débil*, casi indistinguible del acercamiento externo, y desde la cual el jurista observa las reglas tal como son consideradas por el participante en la práctica, sin que esto implique ningún juicio moral personal; II) una *postura muy fuerte*, con base en la cual el jurista no puede más que participar para todos los efectos en la práctica social (sirve para este caso el principio según el cual “una práctica social se conoce solamente practicándola”), porque él debe aceptar los principios y las fuentes del sistema jurídico que observa; III) una *postura moderada intermedia*, con base en la cual la actitud del estudioso es *interna* sin duda alguna, pero distinta de la de los participantes, porque está dirigida al examen del problema de la identificación de la estructura y de la identidad de la práctica; el jurista,

⁶¹³ Viola, F., *Il diritto come pratica sociale*, cit.

⁶¹⁴ *Ibidem*, p. 23.

en este sentido, podría ser considerado como una *institución interna a la práctica*.⁶¹⁵

¿Cuál, entre los tres tipos de posturas, es la que Viola considera como la más apropiada para el estudioso? Ahora bien (y aquí empiezo a introducir alguna consideración crítica), esto, en realidad, Viola no lo dice de manera muy explícita. Son particularmente claras, es verdad, las críticas que él dirige a la tesis *débil*, acusada de no lograr diferenciar adecuadamente la posición *débilmente interna* de aquella etiquetada como *externa*; y la tesis *fuerte*, acusada de poner en peligro la objetividad del saber científico, y dejando el derecho, además, a merced de lo que la gente piensa. Se podría llegar a pensar, por lo tanto, que Viola escoge terminantemente la tesis *moderada*, que convierte al jurista en orgánicamente interno a la práctica, pero encomendándole contextualmente una tarea específica: la de definir su identidad.⁶¹⁶ Sin embargo Viola, no por caso, se da cuenta de que también este tipo de postura crea no pocos problemas, sobre todo porque se corre el riesgo de confundir el papel del *jurista* con el del *juez*, el cual tendría también la tarea de “custodiar la autenticidad de la práctica jurídica”.⁶¹⁷ Se trata, incidentalmente, de una dificultad que es común también a otros autores que sitúan al estudioso dentro de la práctica; Dworkin, como hemos visto, la resuelve de manera muy radical, negando completamente cualquier papel autónomo del estudioso: este último, en opinión de Dworkin, debe escoger deliberadamente el punto de vista del juez.

La posición de Viola no hace más que confirmar, como se ve, todas las eventuales dificultades de las tesis internalistas. El hecho es que el estudioso, cuando está proyectado firmemente dentro de la práctica, corre fuertemente el riesgo de perder su autonomía, yendo de la posición del participante-ciudadano a la del participante-institucional, como lo es el juez. Es un riesgo que evidentemente no se corre si el estudioso se coloca (en cuanto

⁶¹⁵ *Ibidem*, p. 22.

⁶¹⁶ *Idem*.

⁶¹⁷ *Ibidem*, p. 23.

estudioso, naturalmente) *al exterior de la práctica*, en un tipo de configuración en la cual su conocimiento está diseñado en términos más ricos y articulados respecto de lo que ocurre en las concepciones descriptivistas. Este enriquecimiento concierne, como ya sabemos, a diversas dimensiones del conocimiento: I) el aspecto *teórico*, correspondiente, por ejemplo, al papel pervasivo y selectivo de los esquemas conceptuales; II) el aspecto *valorativo*, relativo a la presencia de los juicios de valor; III) el aspecto *pragmático* referido a la incidencia práctica de este tipo de conocimiento.

Deseo cerrar este breve examen de algunos ejemplos de las tesis internalistas citando algunas posiciones que proceden de la vertiente del iuspositivismo. Un ejemplo particularmente significativo de esta posición está constituido por algunas tesis expresadas por Raz a propósito de los asertos que él llama *detached legal statements*. Se trata, según Raz, de asertos proferidos por los estudiosos del derecho que ponen en tela de juicio la dicotomía “interno/externo” propuesta por Hart, porque por un lado se refieren a “what legal rights or duties people have”, y por lo tanto no versan “about people’s beliefs, attitudes... about the law” (no son pues *externos* en el sentido de Hart); y, por otra parte, no tienen la fuerza de las afirmaciones internas ordinarias, porque su pronunciamiento no obliga al hablante a aceptar el contenido normativo expresado por ellos.⁶¹⁸ Cuando los estudiosos expresan tales asertos, ellos “are not primarily concerned in applying the law to themselves or to others but in warning others of what they ought to do according to the law”.⁶¹⁹

¿Qué tipo de posición está exponiendo Raz aquí? Si se sigue la interpretación que de su discurso ha ofrecido Perry, entonces se deduce que Raz coloca al estudioso en el interior de la práctica: este último formula un *normative statement* que no lo compromete con el punto de vista normativo expresado, pero que de igual forma es pronunciado a partir de la misma colocación del

⁶¹⁸ Raz, J., *The Authority of Law...*, cit., p. 153.

⁶¹⁹ *Ibidem*, p. 155.

participante con pleno derecho. Perry califica esta posición como *moderate internalist thesis*: el estudioso se comporta como un participante en el sentido de que se identifica con la institución, y que usa el lenguaje normativo y el aparato del derecho; se trata, sin embargo, de un participante distinto del que tiene pleno derecho, en tanto que no está obligado a aceptar la autoridad moral del derecho.⁶²⁰

Muchas otras posiciones provenientes de la vertiente del iuspositivismo podrían mencionarse,⁶²¹ pero desafortunadamente me falta espacio para hacerlo.⁶²² Prefiero exponer algunas obser-

⁶²⁰ Perry, S., *Interpretation and Methodology in Legal Theory...*, cit., pp. 126-128.

⁶²¹ Una posición de este tipo es expresada, por ejemplo, por Schiavello, según la cual es preferible considerar al estudioso como *interno* a la práctica, en tanto la descripción de ésta presupone inevitablemente alguna justificación (Schiavello, A., "Internal Point of View: Dworkin a confronto con Hart", *Analisi e Diritto*, 1997, pp. 187 y ss.). Es una tesis que no puedo compartir, como se infiere de las observaciones desarrolladas en este apartado. No logro entender, en particular, por qué una reconstrucción de la práctica debería necesariamente implicar una justificación de esta última.

⁶²² Me limito a recordar nuevamente el ensayo ya citado de Palombella, en el cual él afirma que "usar valores para comprender valores" (cosa que hace el estudioso) significa asumir una posición interna; esto porque "el punto de vista externo está destinado... a las descripciones-explicaciones de fenómenos naturales... mientras que el punto de vista interno es inevitable cuando el objeto consiste justo en el entrelazamiento de datos externos y de valores internos..." (Palombella, G., *Si possono conoscere i valori nel diritto?...*, cit., p. 32). En este tipo de situación, siempre según Palombella, el observador se coloca necesariamente en la posición del participante, aunque de esto se desprende "la homologación... de cada juicio madurado de tal manera que lleva a una aceptación de las valoraciones de los demás, o a una postura necesariamente adherente a las normas fundamentales del ordenamiento" (*ibidem*, p. 31). Como ya he dicho más de una vez en este apartado, y como ratificaré nuevamente al criticar la posición de Raz, no logro encontrar ninguna razón inderogable que justifique la inevitabilidad del punto de vista interno, en las situaciones en las cuales el estudioso debe medirse con las valoraciones de los participantes o con los valores *internos* al sistema. Está claro, de todos modos, también por lo que concierne a la posición de Palombella, que la tesis internalista puede ser aceptada sólo al precio de restringir indebidamente el ámbito de extensión del punto de vista cognoscitivo *externo*, que de hecho, en el caso de Palombella, está

vaciones críticas sobre las posiciones que he mencionado arriba, observaciones que no hacen otra cosa sino volver a proponer la habitual pregunta: ¿qué razones hay para colocar al estudioso del derecho en el interior de la práctica, con el gran riesgo de ser aplastado por la posición del participante o del funcionario? ¿Qué necesidad hay de hacerlo, tomando en cuenta sobre todo que quien plantea esta tesis se preocupa por sostener, contextualmente, que en realidad los estudiosos y los participantes son figuras sustancialmente diversas que asumen compromisos muy diferentes? En el caso particular de las tesis examinadas, no logro entender en verdad por qué un *detached statement* debería ser considerado como una *afirmación interna*; me parece, en realidad, una afirmación mucho más cercana a una afirmación externa. Tal vez la razón es que las nuevas y más ricas competencias que agravan el trabajo del estudioso del derecho vuelven más difícil, para quien adopte una perspectiva epistemológico-semántica descriptivista, insertarlas en el interior de *una actividad cognoscitiva entendida como descripción-explicación objetiva y neutral*. Bajo este perfil, colocar al estudioso al exterior quisiera decir correr el riesgo de asimilar su actividad a la que se supone —siempre según el modelo descriptivista— desempeña el científico natural, en cuanto “observador imparcial del universo”. Esta preocupación no tiene obviamente más razón de ser si se elige una perspectiva de tipo constructivista. Tal perspectiva, lo reitero, permite salvaguardar las instancias de objetividad —en un sentido débil— del conocimiento, pero, a la vez, enriquecerlas sobre una base *valorativa y pragmática*.

Me parece importante, en todo caso, como conclusión del apartado, que independientemente de las críticas que podemos presentar hacia estas tesis, éstas tienen también muchas virtudes, y han contribuido además a enriquecer y a debatir mis posiciones sobre la —necesaria— valoratividad del conocimiento jurídico.

limitado (¡de manera incluso excesiva!) a las descripciones-explicaciones de los fenómenos naturales. El injustificado empobrecimiento del punto de vista externo determina la ampliación desproporcionada del punto de vista interno.

Estas tesis han puesto en evidencia algunos puntos muy importantes en los cuales, quien se disponga a continuar en este proyecto de investigación, deberá apoyarse de una manera u otra. Enumeraré algunos de estos puntos, formulándolos en el léxico epistemológico y teórico que he elegido: I) el papel fundamental de la dimensión práctica del conocimiento jurídico; es decir, de su capacidad de repercutir sobre la práctica jurídica, sin por ello desnaturalizarse; II) la exigencia imprescindible de que la teoría dé cuenta, al reconstruir una práctica jurídica, de las opiniones y de las actitudes sobre el derecho de los participantes: se trata de ideas y de opiniones que tienen un colorido ético, y que no deben entenderse de manera individualista, en la forma cuantitativa del *sondeo de opinión*, sino como elementos para una reconstrucción global del significado que tiene la práctica para los participantes (o mejor, para la parte más activa y comprometida de los participantes); III) la ulterior exigencia de que, al hacer esto, la teoría no se aplaste, o incluso no se anule por las posiciones de los participantes, sino que, aun al continuar interactuando con las categorías y los significados que ellos han hecho suyos, mantenga una autonomía de juicio propia; IV) la indicación, fundamental para la tesis de la valoratividad desarrollada en este apartado, de que este trabajo teórico no puede producirse sin la intervención de valoraciones de parte del estudioso.

Estas afirmaciones, que son íntegramente compatibles, no deben hacernos olvidar el error fundamental de todas las posiciones internalistas, esto es: el error ligado a la idea según la cual no es posible, para el estudioso del derecho, satisfacer todas estas exigencias siguiendo una postura de tipo *externo*, sino al contrario, manteniendo solamente una posición *interna* de manera estable.

Reitero aquí mi opinión: estas exigencias y estos objetivos, que también considero de fundamental importancia, pueden igualmente ser muy bien llevados a cabo por el estudioso desde una posición externa más cómoda y apropiada, que lo libera del peligro de una confusión de papeles con el participante, confusión que implicaría también la dificultad de distinguir claramente

entre *valoraciones y aceptaciones-justificaciones*. Esto me parece de verdad el punto fundamental: comprender una práctica jurídica en términos valorativos, utilizando juicios de valor, no requiere necesariamente ningún compromiso de aceptación de la práctica ni ninguna actividad de justificación en su interior.

En conclusión, regresando a lo dicho en el primer apartado de la sección, espero haber logrado mostrar que el iuspositivismo, tal como yo lo he entendido, puede tranquilamente aceptar lo que Comanducci llama el *punto de vista moral*, al menos si con ello se entiende el tipo peculiar de acercamiento que el estudioso del derecho manifiesta hacia los objetos de los cuales se ocupa, acercamiento que está inevitablemente contaminado por la presencia de juicios de valor. El conocimiento jurídico, en realidad, desde mi punto de vista, no puede jamás prescindir de juicios de valor, y, cuando los expresa con conocimiento de causa, no pierde ninguna de las características que competen a una actividad cognoscitiva.⁶²³

Se puede, por lo tanto, subrayar nuevamente, para este propósito, que si se acepta esta perspectiva, se necesita entonces concluir que Comanducci está equivocado cuando afirma que el iuspositivismo se caracteriza por el rechazo del *punto de vista moral*, a menos que, naturalmente, este punto de vista no sea caracterizado en el sentido de la aceptación moral del derecho positivo o de su uso en términos de justificación de decisiones y de comportamientos.

Me parece importante observar, finalmente, que en el curso de esta indagación mi posición ha sido fiel, a pesar de todo, a los dictados básicos que han constituido siempre el esqueleto

⁶²³ Me parece importante, a este efecto, mencionar algunas afirmaciones de Zaccaria, con las cuales estoy absolutamente de acuerdo. Zaccaria destaca que una teoría del derecho que pretenda enlazar teoría y praxis no puede renunciar a una inclusión de elementos estimativos y de valor; las mismas argumentaciones usadas por los estudiosos se fundamentan, siempre según Zaccaria, en *standards* sustanciales de valor que en última instancia no pueden ser reconducidas a un mero conocimiento de tipo lógico (Zaccaria, G., *Complessità della ragione giuridica*, cit., p. 86).

fundamental del iuspositivismo. Mi posición, en efecto, continúa distinguiendo claramente, de acuerdo con las convicciones fundamentales expresadas por los padres del iuspositivismo moderno (Bentham y Austin), la *descripción* —pero prefiero llamarla *reconstrucción*— del derecho de la *aceptación del derecho*. Más recientemente, el mismo Hart, en el fondo, ha corroborado este punto cuando ha esclarecido que *su teoría es descriptiva en cuanto no se propone objetivos de justificación*; a decir verdad, él ha añadido que su teoría es descriptiva por el hecho de ser moralmente neutral, y esto es más discutible, por lo menos desde mi punto de vista, porque no está claro qué se entiende aquí por *moralmente neutral*: ¿significa que ésta, como ejercicio de conocimiento, no expresa en absoluto juicios de valor o que no expresa solamente aquellos que carecen de función cognoscitiva y rechaza por lo tanto, en algún sentido, el hecho de *tomar partido*?

Me parece que Hart se inclina por la primera hipótesis, como se puede deducir de la siguiente cita. Él, antes que nada, destaca, siempre a propósito de su teoría, que “it does not seek to justify or commend on moral or other grounds the forms and structures which appear in my general account of law, though a clear understanding of these is, I think, an important preliminary to any useful moral criticism of law”;⁶²⁴ pero luego se alinea muy claramente a favor de la idea tradicional del iuspositivismo descriptivista, según el cual es muy posible *describir como hechos* los juicios de valor de los participantes en la práctica; y esto quiere decir que las cuestiones interpretativas y valorativas *internas* deben ser registradas por el teórico como cuestiones de hecho. Siempre en palabras de Hart, “description may still be description, even when what is described is an evaluation”.⁶²⁵

⁶²⁴ Hart, H. L. A., *Postscript...*, cit., p. 240.

⁶²⁵ *Ibidem*, p. 244.

6. *Juicios de valor y función crítica del jurista*

La tesis sobre la valoratividad del conocimiento jurídico que he elaborado en este capítulo presupone, como lo he aclarado en los apartados precedentes, la distinción, de fundamental importancia para mi trabajo, entre *juicios de valor de naturaleza cognoscitiva* y *juicios de valor de naturaleza diversa* (cuya variada extracción, origen y función no interesa aquí examinar). Tal distinción, que ya he desarrollado suficientemente (y por lo tanto no lo haré nuevamente ahora), entre otras cosas, permite superar una dificultad que es característica de las concepciones descriptivistas: la que precisamente no logra distinguir, con la debida claridad y precisión, *entre diversos tipos de juicios de valor* que tengan diferentes grados de *objetividad* (o, por el contrario, distintos grados de *subjetividad*), diferentes modalidades de *control* (pero para algunos de estos juicios podría también no haber posibilidad alguna de control), diferentes capacidades de incidir sobre los procesos cognoscitivos y así sucesivamente.

El hecho es que la tendencia de las posiciones descriptivistas es la de establecer una clara dicotomía, mutuamente excluyente, entre *discursos descriptivos*, por un lado, y *discursos prescriptivos-valorativos*, por el otro, con el resultado de “poner en el mismo saco” todos los distintos tipos de valoraciones supuestas abstractamente, donde juicios éticos muy comprometidos y —normalmente— con alto grado de participación social (del tipo “la esclavitud es injusta”) coexisten alegremente con juicios de carácter totalmente individual y subjetivo (del tipo “el helado de fresa me gusta más que el de pistache”). Pues bien, no obstante, parecería también que a partir de nuestras intuiciones más consolidadas de sentido común haya fuertes diferencias entre *juicios éticos* y *juicios de mero gusto*.

Hemos visto, sin embargo, que se cambia el cuadro epistemológico de fondo, con el rechazo preliminar implícito a las premisas descriptivistas; entonces la cuestión debe ser planteada sobre bases completamente distintas. No quiero, en todo caso, dete-

nerme nuevamente sobre este punto, sobre el cual he discutido ampliamente, sino para reiterar que el rechazo al descriptivismo permite en realidad ver mucho más claramente la distinción, arriba mencionada, entre *juicios éticos* y *juicios de gusto*, y esto tanto bajo un perfil epistemológico muy general⁶²⁶ como con referencia específica al campo de experiencia jurídico.⁶²⁷

Esta distinción nos hace entender, lo repito, que la intervención de los juicios de valor en función cognoscitiva está dirigida a dar cuenta y a reconstruir valores y juicios de valor que forman parte del material objeto de indagación, y no ya de introducir, subrepticamente o no, nuevos valores en el interior del derecho. Aquí, una vez más, mi discurso se cruza con el de Palombella, que realiza algunas afirmaciones muy similares a las mías.⁶²⁸ También debido a esto no logro francamente entender el sentido de las críticas que Palombella, en este punto de su análisis (si no he entendido mal las referencias de su discurso) dirige a mi manera de concebir la tesis de la avaloratividad. Mi impresión es, sin embargo, que aquí Palombella malinterpreta, en más de una ocasión, mi pensamiento. En este punto, sin embargo, conviene

⁶²⁶ Sobre la importancia de distinguir, en el conocimiento, entre valoraciones, aunque sean “extremas” (y por lo tanto, por ejemplo, en condiciones de incertidumbre estratégica sobre el desarrollo de una disciplina), que están dirigidas a mejorar nuestra comprensión de la realidad, y valoraciones absolutamente subjetivas y personales, se exploya muy oportunamente Toulmin, con observaciones de admirable claridad (Toulmin, S., *Human Understanding, cit.*, pp. 238-246).

⁶²⁷ Dworkin ha sido seguramente uno de los filósofos del derecho contemporáneos que más ha insistido sobre la exigencia de distinguir, en la interpretación jurídica, entre dos tipos distintos de valoraciones: i) las que tienen sin duda un carácter constructivo, pero que están vinculadas al derecho preexistente; ii) y las que expresan juicios éticos personales del intérprete, que no respetan los vínculos con la *cadena del derecho*. Dworkin ilustra icásticamente este punto, por medio a la acostumbrada analogía con la interpretación artística. Bajo este perfil, él destaca como hay una gran diferencia “between saying how good a particular work of art can be made and saying how good that is” (Dworkin, R., *A Matter of Principle, cit.*, p. 158).

⁶²⁸ *Ibidem*, p. 26.

detenerse un momento sobre estas críticas, tanto para traer a la luz las malas interpretaciones en las cuales incurre Palombella, como, y aún más importante, para aclarar ulterior y definitivamente (en el espacio de este volumen) el sentido global de mi tesis.

Palombella me atribuye prejudicialmente (al menos eso creo) una distinción de base entre actividad cognoscitiva, entendida obviamente en clave constructivista, y una actividad de creación aún más *fuerte*, incontrolable e independiente de los vínculos.⁶²⁹

Dos observaciones se imponen en este punto. La primera es que esta distinción no reviste un significado particular en la economía de mi trabajo, y esto porque el segundo tipo de actividad es obviamente algo tan distinto de la actividad cognoscitiva, como para sugerir no perder demasiado tiempo en el esfuerzo de delimitar sus confines en lo que hace a esta última. Como se ha podido ver, desde el planteamiento mismo del primer capítulo del volumen, las distinciones que son de real interés no son tanto las que conciernen a la demarcación entre “lo que es conocimiento” y “lo que no lo es”, sino más bien las que se preocupan de establecer las diferencias entre mi imagen del conocimiento (el constructivismo) y las imágenes alternativas a éste (el realismo metafísico y el relativismo epistémico).

La segunda observación señala de antemano un primer malentendido en la interpretación que Palombella ofrece de mi tesis: él, en efecto, al referirse a la imagen del conocimiento que yo propongo, nota cómo ésta configura el conocimiento como “una verdadera construcción valorativa, comprometida profundamente en términos de la aceptación del intérprete...”⁶³⁰

Aquí se consideran muy oportunos otros dos señalamientos. Primeramente, nunca dije que el conocimiento sea siempre una construcción valorativa; al contrario, he puesto atención en distinguir *la tesis minimale sobre los juicios de valor* según la cual

⁶²⁹ *Idem.*

⁶³⁰ *Idem.*

éstos *pueden* (y éste es el caso, sobre todo, de las ciencias naturales) intervenir en el conocimiento a partir de la *tesis fuerte* (que se refiere sobre todo al conocimiento jurídico) según la cual los juicios de valor *deben* entrar en el conocimiento. En segundo lugar, nunca he sostenido, en el caso específico del conocimiento jurídico, que el intento de *dar cuenta*, por cierto en un modo valorativamente no neutral, *de valores* debería implicar también *la aceptación* de los mismos; es más, una parte relevante de mis esfuerzos se ha dedicado a la crítica de esta posición, calificada, con diversos matices, como *internalista*.

Palombella, en realidad, pretende poner en tela de juicio mi distinción entre *juicios de valor en función cognoscitiva* y *juicios de valor en función creativa fuerte*. Sin embargo, al hacer esto, él incurre en un equívoco ulterior, porque me atribuye la tesis según la cual uno de los aspectos principales de tal distinción está ligado al hecho de que los juicios creativos *fuertes* no pueden sujetarse a algún tipo de control.⁶³¹ A decir verdad, nunca he entendido la distinción arriba mencionada de este modo: en mi modesta opinión, la cuestión no es en absoluto aquella de que los primeros sean —en algún sentido— controlables, y los otros no. Es más, puede muy bien darse el caso de que las valoraciones creativas *fuertes* se sometan a formas de control incluso muy rígidas. Ciertamente, se someten a controles, por ejemplo, de las actividades que engloban valoraciones y que se pueden etiquetar, sin duda, como productoras de nuevo derecho, como la actividad legislativa, y, en algunos casos, la judicial (en los casos particularmente difíciles); para ambas se puede suponer de hecho una nutrida serie de controles de carácter institucional. La distinción que desarrollé, en realidad, pone el acento, en clave *holística*, sobre el distinto tipo de función global de los discursos en cuyo interior se van a introducir las valoraciones. Algunos tipos de juicios de valor tienen función cognoscitiva, porque se alojan en el interior de esquemas y sistemas

⁶³¹ *Ibidem*, p. 27.

de aseveraciones que tienen en su conjunto esa función (la de dar cuenta de un campo de experiencia); otros tipos de juicios no tienen tal función, porque se alojan en discursos que tienen una función diferente (por ejemplo, de tipo político-ideológica).

Me parece que desde este punto de vista, esta distinción se sostiene perfectamente, y que los juicios considerados por ella como separados no son en absoluto idénticos desde el punto de vista epistemológico, como en cambio querría Palombella.⁶³² La *creación de normas* permanece como algo radicalmente diverso del *conocimiento de normas*.

Es justo con base en estos malentendidos que Palombella puede hablar tranquilamente, refiriéndose de nuevo, me imagino, a mi posición de la “convicción por la cual no es posible describir nada, y el uso de juicios de valor permea el conocimiento del derecho, traduciéndolo en *interpretación militante* (o sea conexas al compromiso valorativo —aceptación— del sistema)”.⁶³³ Nada más distante de mi posición epistemológica, como una mirada superficial a este libro puede ciertamente mostrar.

El examen de la interpretación que Palombella ofrece de mis tesis me ha llevado al punto medular que constituye, entre otras cosas, el último punto de discusión en el presente volumen. Más en general, la cuestión de la intervención de los juicios de valor en el conocimiento jurídico lleva a interrogarse sobre el sentido en que debe entenderse la *función crítica* del estudioso del derecho respecto a los materiales normativos (normas particulares, un sistema jurídico en su conjunto) que son objeto de sus indagaciones. Ha sucedido con frecuencia en la cultura jurídica, que la intervención de juicios de valor, para tomar posición para aceptar o rechazar, desde el punto de vista ético-político, ciertos contenidos normativos que hayan sido considerados con frecuencia como la vía maestra para reconocer una función crítica al trabajo del estudioso del derecho. Desde el punto de vista del

⁶³² *Idem*.

⁶³³ *Ibidem*, p. 28 (la cursiva es mía).

esquema aquí adoptado, sin embargo, este tipo de función crítica es considerado como incompatible con el conocimiento, y esto es así porque implica la aceptación o el rechazo de los contenidos normativos sometidos a la indagación. Hará falta, entonces, ver de qué modo la intervención de los juicios de valor con función cognoscitiva pueda permitir al estudioso desarrollar su función crítica de un modo diverso, y eventualmente compatible con la actividad cognoscitiva.

La cuestión, en el iuspositivismo tradicional, encuentra una respuesta en resumidas cuentas sencilla y tranquilizadora; expresión también de la lógica dicotómica que tantas veces he criticado aquí: la función crítica del jurista, en cuanto expresión de una actitud de tipo prescriptivo-valorativo, es vista como contrapuesta a la función descriptiva con la cual se expresa el conocimiento del derecho; y, en consecuencia, por una parte se tiene la *descripción del derecho*; por la otra, en una visión completamente dicotómica, la *valoración crítica* del derecho mismo.

De hecho, el iuspositivismo ha reconocido siempre la importancia, para el estudioso, de ejercer ambas actividades, pero siempre las ha mantenido constantemente separadas en cuanto pertenecientes a dos universos de discurso incompatibles entre sí. Pero esto nunca le ha quitado importancia al hecho de que estos dos tipos de discurso fueran expresión de exigencias muy relevantes para la actividad del estudioso. Veamos, más en particular, de qué tipo de exigencias se trata.

La primera exigencia, que se refiere al perfil cognoscitivo, es la *valencia objetiva* (en algún sentido) que los discursos cognoscitivos deberían de cualquier forma tener en cada ámbito de investigación, pero particularmente en el ámbito jurídico, donde mantener este requisito puede contribuir a proteger valores importantes de nuestras organizaciones jurídicas, tales como, por ejemplo, el de la *certeza del derecho*.

La segunda exigencia, que se refiere al perfil valorativo, es la *dimensión crítica* de los discursos de los juristas, ligada a la formulación de juicios de valor de carácter ético-político sobre el derecho positivo. Un ejemplo de estos tipos de juicios son los

juicios de legitimidad sobre las normas de un derecho positivo dado, puestos en acción con base en la apreciación de su conformidad o no con los principios constitucionales.

Pues bien, anticipando por un instante las conclusiones de esta breve discusión, establezco inmediatamente la tesis que sostendré a este propósito: si el reconocimiento del compromiso valorativo necesario del conocimiento jurídico es aceptado (cosa que se da por descontada en este trabajo), entonces se vuelve posible combinar a la vez, en el interior del mismo contexto epistemológico y teórico, estas dos características muy importantes de los discursos de los juristas. Quiero decir que estos discursos podrán ser contextualmente considerados tanto *cognoscitivos* como *críticos*, aunque en un sentido muy limitado de *crítica del derecho* que buscaré poner en claro con base en algunas importantes afirmaciones de Ferrajoli. En síntesis, a partir de la posición aquí asumida, *conocer y valorar críticamente* un derecho positivo dado pueden ser consideradas, bajo ciertas condiciones (sólo un cierto tipo de crítica, por ejemplo, puede ser considerado relevante desde un punto de vista cognoscitivo), como *dos partes inseparables* de una misma *empresa cognoscitiva*.

Pero vayamos por partes y busquemos examinar un poco mejor lo que sostienen las posiciones iuspositivistas de estructura descriptivista. Uno de los autores que más ha insistido en poner al orden del día la cuestión de la función crítica del jurista ha sido ciertamente Luigi Ferrajoli. Su pensamiento en la materia constituye una mezcla extremadamente refinada de elementos tradicionales, bien consolidados en el interior del iuspositivismo (por ejemplo, el pleno respeto a la lógica dicotómica, de estructura descriptivista, que inspira la contraposición entre descripciones y valoraciones) y de elementos innovadores vinculados a la identificación de un tipo diferente de *crítica del derecho* (la *crítica interna*) respecto a la que normalmente se tiende a privilegiar (la *crítica externa*). Con sus tesis deberemos obligatoriamente medirnos de nuevo: será el último de los repetidos momentos de discusión que ha habido en este libro.

Veamos ahora, infelizmente de manera muy breve, cuáles son las tesis planteadas por Ferrajoli sobre los juicios de valor expresados por el jurista y sobre la función crítica correlativa que su presencia permite explicitar. Ferrajoli distingue muy oportunamente entre un *papel crítico interno* y un *papel crítico externo* que puede llevar a cabo el estudioso del derecho. Pero es el primero el que interesa en forma particular a Ferrajoli, porque implica —siempre y de cualquier forma— todas las actividades de interpretación y de reconstrucción dogmática que competen al estudioso; el segundo se refiere, en cambio, a la crítica del derecho positivo hecha *desde el exterior*, es decir, utilizando valores externos al derecho positivo, y es en consecuencia de menor interés en esta sede, porque en todo caso no puede postular el desarrollo de actividades cognoscitivas.

¿Cómo se justifica el papel crítico interno? El análisis de Ferrajoli es muy conocido, y puede ser sintéticamente resumido de la forma siguiente: la formación de los modernos Estados de derecho constitucional, y por lo tanto la presencia de un nivel constitucional de normas (muchas de las cuales encierran y protegen valores) constituyen fenómenos que requieren modificaciones muy relevantes a la noción de ‘validez’ tradicional. Lo que sucede es que las normas jurídicas ordinarias —y señaladamente las de producción legislativa— no están sometidas solamente a *vínculos de tipo formal* (que miran a la dimensión del *vigor* de las normas), sino también a *vínculos de tipo sustancial* (que conciernen a la dimensión de la *validez verdadera* de las normas). Estos últimos comportan la activación, por parte de los juristas, de un *test* ulterior respecto del que consiste en la aseveración de la corrección formal del acto productivo de normas; se trata, para ser exactos, del *test* que consiste en la apreciación, obviamente cargada de valoraciones, de la conformidad del contenido del significado de las normas ordinarias mismas, respecto al de las normas de grado constitucional.⁶³⁴ En esta segunda serie de ca-

⁶³⁴ Ferrajoli, L., *Diritto e ragione...*, cit., pp. 348 y 349.

sos, corrobora Ferrajoli, la verificación de la conformidad en los contenidos no puede prescindir de juicios de valor. En este tipo de operación, de hecho, el jurista no puede limitarse a describir los valores contenidos en las normas constitucionales, pero los asume como parámetros del propio juicio jurídico, independientemente, además, de su no adhesión moral, que puede sugerirle muy bien una *crítica externa*.⁶³⁵

Llegados a este punto, parecería que la posición de Ferrajoli coincide perfectamente con la mía. Según Ferrajoli, como hemos visto, el trabajo interpretativo de los juristas no puede prescindir de la intervención de valoraciones, aunque sea a partir de los juicios de validez; y esto porque el derecho positivo mismo, al menos aquel de los actuales Estados de derecho constitucionales, está impregnado de valores. No se puede sino compartir esta tesis, que Ferrajoli tiene el mérito de presentar de manera muy convincente. Hay, sin embargo, otros elementos que conducen a evitar entusiasmos fáciles y a reconsiderar las ideas globales de Ferrajoli acerca de la cuestión de la valoratividad: el hecho es que, junto a esta selección de campo abierta a favor de la valoratividad del trabajo de los juristas, en el pensamiento de Ferrajoli conviven otras convicciones igualmente bien consolidadas, que se refieren, de modo particular, a la tesis, fundamental para toda concepción descriptivista, de la *avaloratividad del conocimiento científico*; y se trata, nótese bien, de una tesis de la que él nunca se ha retractado, incluso en sus trabajos más recientes. Ferrajoli, en realidad, subraya varias veces su conformidad con esta tesis con la mayor claridad posible. Uno de los pasajes en el que expresa de la forma más abierta y explícita posible esta tesis es cuando destaca que las proposiciones en las que aparecen términos valorativos no son verificables, porque los términos valorativos no expresan características objetivas de los objetos, sino solamente valoraciones subjetivas;⁶³⁶ y es igualmente evidente que, en el fondo

⁶³⁵ *Ibidem*, pp. 476-916.

⁶³⁶ *Ibidem*, p. 97. Véase también, para otra formulación de la tesis, Ferrajoli, L., *Note critiche ed autocritiche...*, *cit.*, pp. 471 y 472.

de esta afirmación, destaca la tesis según la cual el conocimiento científico es tal en la medida en que es *conocimiento verificable*.

La primera impresión que puede surgir, en este punto, es que exista un conflicto abierto entre estos dos aspectos del pensamiento de Ferrajoli: él nos está diciendo, contextualmente, que el jurista tiene necesidad de expresar juicios de valor en su trabajo interpretativo, y que sin embargo la ciencia jurídica, si quiere permanecer como tal, debe asumir un carácter completamente avalorativo. No parece que el conflicto pueda ser resuelto postulando que Ferrajoli comparte la distinción entre *conocimiento* y *ciencia*, y que por tanto acepta la tesis de la avaloratividad para el conocimiento jurídico considerado de manera general, mientras la niega para la ciencia jurídica verdadera. Esta distinción, en realidad, no tiene lugar en el esquema conceptual de Ferrajoli, así como no tendría lugar en cualquier esquema inscrito en la tradición epistemológica descriptivista.

Viéndolo bien, el único modo de componer el conflicto es el de postular que Ferrajoli quiere continuar manteniendo escindidas, en sintonía con la opción descriptivista de fondo, estas dos actividades del jurista: I) la típicamente descriptiva, que se concreta en la *descripción avalorativa del derecho* (y que, en este punto, asume un papel muy periférico en su teoría); II) y aquella, de carácter no cognoscitivo, que contiene valoraciones y referencias a valores, y que expresa la valencia crítica del trabajo del jurista (y que asume un papel progresivamente absorbente en su teoría). El hecho de que Ferrajoli hable en los dos casos de *ciencia jurídica* no puede usarse, a mi entender, como un argumento contra esta interpretación, porque esta dicción, en el discurso de Ferrajoli, asume con mucha frecuencia el papel de término general que sirve para denotar todas las diversas actividades, no abiertamente ideológicas o políticas, desarrolladas por el jurista.

En Ferrajoli, por tanto, persiste aún el prejuicio descriptivista que ve al conocimiento como un discurso verificable de carácter avalorativo, que se propone como objetivo alcanzar la verdad como ideal límite. Este prejuicio no le impide por cierto

sostener en su justa medida las nuevas tareas que corresponden al jurista en los Estados de derecho constitucionales contemporáneos, sino que desgraciadamente le impiden una visión unificada de su actividad desde los puntos de vista epistemológico y metodológico.

Estoy convencido, en cambio, de que si se adopta una perspectiva constructivista, entonces se puede adquirir la notable ventaja de incorporar en una única actividad, con coordenadas epistemológicas y metodológicas comunes, tanto el *trabajo reconstructivo* como el *trabajo crítico* del jurista (con tal de que se trate de *crítica interna al derecho positivo*). En el caso en que, en cambio, los juicios de valor no debieran tener lugar en la actividad cognoscitiva, entonces resultaría de ello un cuadro extremadamente empobrecido e insuficiente del conocimiento jurídico; tendría muy poco sentido continuar luchando para que el trabajo cognoscitivo continúe manteniendo un lugar relevante en el espectro de las actividades de los estudiosos del derecho y de los juristas. Tendría poco sentido, al llegar hasta aquí, continuar luchando por reservar al trabajo del jurista una dimensión cognoscitiva, si éste se redujera a la discusión objetiva del significado de enunciados.

Ya en la conclusión de este capítulo, pero también de la obra en general, es oportuno regresar por un instante a la definición de iuspositivismo que había sugerido en el capítulo anterior, en la forma de la definición *minimale* de tipo conceptual. Pues bien, luego de haber enfrentado y resuelto positivamente la cuestión de la valoratividad del conocimiento jurídico, ahora es posible mirar más claramente el pasaje del concepto a una concepción específica de iuspositivismo, y reiterar así un aspecto fundamental de la concepción iuspositivista que presenté en este libro. La tesis conceptual *minimale* del iuspositivismo, según la cual el derecho es un *producto social radicalmente contingente*, recibe aquí una interpretación más rica de cuanto no sucede con el iuspositivismo tradicional, de carácter descriptivista; la concepción del iuspositivismo que propongo, de hecho, incluye en el campo de extensión de la locución ‘producto social contingente’ incluso a los *instrumentos (o herramientas) sociales* particulares que

son los valores ético-políticos, valores que exhiben, naturalmente, configuraciones diversas según el contexto (es decir, del tipo de organización jurídica) en el que son producidas y aceptadas como contenidos de principios jurídicos.

Desde tal punto de vista, esta concepción se inserta en la fecunda tradición de investigación del iuspositivismo contemporáneo que suele llamarse *inclusive positivism*;⁶³⁷ con una importante diferencia, empero: mi posición, a diferencia de las que tienen los demás exponentes del *inclusive positivism*, se alinea muy abiertamente a favor de un cuadro epistemológico y semántico que se inspira en el constructivismo, en la versión que he elaborado en esta obra. Por lo que respecta, en cambio, a los otros exponentes de esta tradición de investigación (en su alineación de carácter epistemológico y semántico), como lo he ya observado tantas veces, son menos precisas y articuladas, y oscilan desde una aceptación, no muy convencida, en verdad, de las premisas descriptivistas, a algunas tímidas aperturas hacia diferentes posiciones, que como quiera que sea casi nunca son desarrolladas adecuadamente.

Por último, como conclusión, quiero corroborar que tal concepción iuspositivista es capaz de ser, con respecto a los sofisticados ataques del neiusnaturalismo, un bastión mucho más sólido y eficaz del ofrecido por el iuspositivismo tradicional. Tal posición de defensa se apoya, una vez más, en las asunciones del *iuspositivismo metodológico*, entendidas, sin embargo, no en el sentido de la defensa de la avaloratividad de las descripciones proporcionadas por los juristas iuspositivistas, sino en el sentido del respeto a la distinción fundamental entre *reconstrucciones de carácter cognoscitivo*, si bien valorativamente orientadas, del derecho positivo, y el hecho de *tomar posición* respecto a ellas, que pueden preludiar una aceptación —o un rechazo— del derecho positivo mismo, o su utilización en clave de justificación de decisiones o de comportamientos.

⁶³⁷ Acreditados exponentes de la *Inclusive positivism* son W. Waluchow (*Inclusive Legal Positivism, cit.*) y Coleman (“Negative and Positive Positivism”, *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence, cit.*, pp. 28-48).