

INTRODUCCIÓN

Incluso en sus más recientes versiones analíticas que hoy aspiran a reagruparse bajo la etiqueta de *postpositivismo jurídico-analítico*, la teoría jurídica iuspositivista (que aun con muchos distinguos constituye el punto de referencia teórico de mis investigaciones), ha mirado casi siempre a la experiencia jurídica a través de *estructuras categoriales estandarizadas de tipo dicotómico*. El objetivo más o menos explícito de estas categorizaciones es el de identificar, dentro del ámbito de las variadas actividades (realizadas por los juristas, por los operadores jurídicos, etcétera) que tienen por objeto lo que por el momento, sin ninguna cautela analítica, podemos llamar *normas jurídicas*, dos polaridades contrapuestas, dos modos radicalmente alternativos de hacer referencia a estos “objetos jurídicos”. Al hacer esto, se termina por reconstruir el universo de estas actividades jurídicas alrededor de dos modalidades alternativas, de las cuales la primera está construida con base en la idea de la *descripción*; la segunda, sobre la idea de la *creación y/o de la valoración*. En pocas palabras, la imagen que emerge de este esquema bipolar es la de una rígida separación entre dos tipos distintos de actividades: por una parte, todas las actividades de carácter *objetivo* (en un sentido fuerte de “objetividad” que será especificado más adelante), destinadas de alguna forma a *representar* o a *constatar* el derecho positivo existente en ese momento (en un contexto dado, obviamente); por la otra, todas las actividades de carácter *subjetivo* (en un sentido igualmente fuerte de “subjetividad”, que será también especificado a lo largo

del trabajo) en el interior de las cuales ese mismo derecho positivo ya no es objeto de descripción, sino que, por el contrario, trata de *asumir una postura*, de intervenir para modificar algunas de sus partes, o bien, incluso, de crear un nuevo derecho.

Este tipo de reconstrucción dicotómica toca todos los puntos nodales del “trabajo sobre el derecho positivo” desarrollado por los juristas y por los operadores jurídicos, pero, de manera particular, implica la actividad de interpretación jurídica. Naturalmente, a la luz de presupuestos teóricos y metodológicos (y, más en general, epistemológicos) diferentes, de este esquema bipolar se pueden dar configuraciones igualmente distintas. Permaneciendo siempre en el ámbito de las actividades arriba mencionadas, se puede acentuar al máximo el aspecto de la descripción, dejando el perfil de la creación y/o valoración como elemento residual (es el caso de las orientaciones *formalistas* en el ámbito de la teoría de la interpretación). O se puede considerar el aspecto creativo y/o valorativo como el elemento central del trabajo de los juristas y de los operadores, relegando los elementos descriptivos a los “casos académicos”, como hipótesis límite no realistas (es el caso de las orientaciones *antiformalistas*, también en el ámbito de teoría de la interpretación). El desarrollo bipolar del esquema permanece de cualquier modo invariable, inmovilizado en la forma de la *oposición mutuamente excluyente* (o se da un caso o se da el otro). En ambos casos, la idea de que aún hay espacio para una *actividad descriptiva objetivamente connotada*, o por lo menos abstractamente configurable, aunque no realizable en la práctica (cosa que sostienen los antiformalistas), asume un papel verdaderamente central.

En un plano más general, se podría decir que la historia del positivismo jurídico moderno (observación que podría extenderse a toda la historia de la cultura jurídica moderna) ha exhibido constantemente este curso “oscilatorio”, en el interior del cual las teorías jurídicas han privilegiado muy a menudo, una y otra vez, los extremos opuestos de los dos polos, ya sean los perfiles de la “descripción objetiva”, o los de la “toma de posición de carácter

subjetivo”, y/o de la “creación no sometida a vínculos”, ocasionando, entre otras cosas, que sea este mismo impulso hacia uno de los extremos la causa de un rebote hacia la dirección opuesta. Lo que se ha verificado recurrentemente es un fenómeno no desconocido en epistemología, entre otros campos de la cultura filosófica: la conscientización de la sustancial insostenibilidad de las posiciones objetivistas en aquel momento dominantes (por ejemplo, aquellas que sostenían que la interpretación se resolvía normalmente en una “constatación” del significado de normas jurídicas), la cual ha impulsado a muchos teóricos hacia el extremo opuesto, es decir, hacia posiciones radicalmente subjetivistas, convencidos de que ésa era la única opción posible para quien rechazara el objetivismo, y viceversa, naturalmente.

Después de todo, las cosas no cambian sustancialmente con el advenimiento de las teorías jurídicas iuspositivistas de inspiración analítica, incluso de las más recientes. Cierto, el análisis de las multiformes actividades de los juristas y de los operadores jurídicos asume la forma del *análisis del lenguaje* (análisis de los *discursos* de los juristas y de los operadores jurídicos); también *lingüístico*, exclusiva o prevalentemente, según los casos, se vuelve el objeto de estos discursos. Este análisis se encuentra constituido, como es sabido, por entidades lingüísticas, por *enunciados jurídicos en función prescriptiva*, respecto de los cuales las normas constituyen, por lo menos según algunos de estos estudiosos, su *significado proposicional* y, por lo tanto, el resultado de la actividad interpretativa dirigida a los enunciados.

Sin embargo, el notable aumento de sofisticación y de rigor en el análisis no corresponde, en mi opinión, a un cambio de perspectiva sobre el aspecto epistemológico. Perdura, en efecto, aquella visión dicotómica que hemos mencionado antes, pero esta vez formulada sobre los discursos jurídicos. En este sentido, *los discursos jurídicos descriptivos*, que exhiben la función de representar la realidad —lingüística— del derecho, se contraponen a los *discursos jurídicos prescriptivos y/o valorativos* (la añadidura de los discursos valorativos como categoría autó-

noma, concierne solamente a las concepciones minoritarias, que no comparten las orientaciones analíticas *prescriptivistas*). Aquí, la alternativa fundamental, en suma, se caracteriza como una contraposición entre *discursos en función puramente descriptiva* y *discursos en función puramente prescriptiva y/o valorativa*. También aquí, nótese bien, la idea de la posibilidad de configurar (por lo menos en abstracto) descripciones *puras* y *objetivas* asume un papel central, incluso en los casos en donde (por ejemplo, de parte de las concepciones realistas “escépticas”) se sostenga que este tipo de descripciones no se llevan a cabo en el ámbito de los discursos jurídicos.

Ahora bien, el objetivo de fondo de este trabajo es demostrar que este tipo de contraposiciones dicotómicas se debe refutar, antes que nada por razones genuinamente *epistemológicas*. No quiero decir con esto (¡faltaba más!), que se degrade la fundamental exigencia de establecer las oportunas distinciones entre diversos tipos de discursos jurídicos; quiero sostener solamente que estas contraposiciones son radicalmente inadecuadas, y por lo tanto se deben sustituir por otras más fecundas y plausibles (sobre cómo se deben estructurar estas nuevas distinciones mencionaré algo en el transcurso del trabajo). Por otra parte, no quiero tampoco plantear la tesis según la cual no hay otros niveles posibles, además del epistemológico, de los cuales partir para lanzar la ofensiva contra las posiciones aquí criticadas; por el contrario, estoy convencido de que otras estrategias de ataque son perfectamente factibles, partiendo tanto del nivel teórico del análisis como del nivel pragmático. Se podría mostrar, por ejemplo (algo diré más adelante sobre este punto), que este tipo de posiciones producen consecuencias perniciosas en el plano de una mejor cabida de algunos valores fundamentales de los Estados de derecho contemporáneos. Es decir, favorecen una visión inadecuada del papel del jurista, relegando su actividad crítica con respecto al derecho positivo a una dimensión “subjetivista”, a fin de cuentas marginal. Sin embargo, lo que más me interesa en este trabajo es formular argumentos epistemológicos, argumen-

tos que son, además, decisivos, porque ponen radicalmente en tela de juicio los presupuestos de todas las posibles versiones de las concepciones. Me esforzaré por hacer ver también, circunstancialmente, que prescindir de estos presupuestos no requiere en absoluto abandonar el iuspositivismo. Una versión actualizada del positivismo jurídico analítico (en un sentido de iuspositivismo obviamente por precisar) elaborado sobre premisas *postharianas*, es perfectamente compatible con presupuestos epistemológicos alternativos a los compartidos por otras concepciones iuspositivistas que hoy son más exitosas.

Dicho —por ahora— en términos extremadamente incultos y sintéticos, lo que propongo es sustituir la *epistemología de la descripción* por la *epistemología de la construcción*, al *descriptivismo* por el *constructivismo*. Sostendré en las páginas siguientes que el positivismo jurídico, incluso el analítico (pero a decir verdad no sólo el iuspositivismo), presupone en el fondo, más o menos explícitamente, una epistemología de corte *descriptivista*, inspirada en la concepción del *realismo metafísico*, que no resiste un examen crítico conciso, realizado a partir de las epistemologías contemporáneas de inspiración postpositivista. Aun más: propondré en particular, como alternativa epistemológica, una *imagen constructivista del conocimiento*, y trataré, en consecuencia, de explorar todas las posibles implicaciones que derivan, para las teorías jurídicas, de la adopción de tal perspectiva.

Este trabajo insinúa de manera fundamental que es absolutamente necesario detener este pernicioso “movimiento oscilatorio” activado por las teorías jurídicas iuspositivistas, para inscribirse en posiciones “intermedias” que rechazan esta lógica de tipo dicotómico, en la cual, por ejemplo, o se reconocen posiciones objetivistas *fuertes* o de otro modo se cae en el relativismo.

En opinión de quien escribe, hoy día están ampliamente disponibles los recursos epistemológicos y teóricos para alcanzar este objetivo. En lo que concierne a los recursos epistemológicos, estoy convencido de que una concepción constructivista puede proveer las bases, en el ámbito de la teoría del conocimiento, para

una reconstrucción más meticulosa y fecunda de las modalidades de funcionamiento de las diversas prácticas sociales concernientes al conocimiento, la interpretación, la aplicación, el uso social del o —mejor aun— de un determinado “derecho positivo”.

Esta monografía constituye en cierto sentido la coronación de un trabajo de investigación desarrollado durante muchos años, y que ha producido numerosos resultados parciales. Entre ellos se encuentra el volumen, dirigido principalmente a los estudiantes, con el título *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*. Desde este punto de vista, he de destacar que uno de los capítulos, concretamente el tercero, es el resultado de una sustanciosa reelaboración de un ensayo publicado anteriormente; en su conjunto, sin embargo, el libro no representa ciertamente una mera recopilación de estudios ya publicados. Primeramente porque estos estudios han sido reelaborados y modificados, a veces profundamente; en segundo lugar, aun más importante, porque estos ensayos, al ser prevalentemente coyunturales, constituyen, como he descubierto poco a poco, etapas de una investigación unitaria dirigida a un objetivo común.

Estos trabajos, por lo tanto, adquieren una nueva luz, y se cargan de nuevos significados en el interior del diseño integral del trabajo monográfico que aquí presento. En otras palabras, me he dado cuenta, aunque en forma retrospectiva, de que al preparar estos trabajos coyunturales estaba pensando ya en un trabajo monográfico de amplio alcance, del cual, a su vez, iba explorando cada una de las partes.

Esta finalidad unitaria está constituida, como ya he dicho, por el planteamiento de una concepción integral del conocimiento: la concepción *constructivista*, cuya aplicación aquí se propone para el ámbito de las teorías jurídicas. Me he preguntado, en otros términos, qué habría cambiado para la teoría —y la metateoría— jurídica, si se hubiera decidido adoptar “estratégicamente”, como esquema de interpretación de las prácticas cognoscitivas de carácter jurídico, una imagen *constructivista* del conocimiento, en lugar de la otra imagen, hasta hoy dominante, que yo llamo *des-*

criptivista. En este libro trato de mostrar, entonces, que con la adopción de una perspectiva epistemológica constructivista hay muchos cambios importantes (pero, antes que nada, cambia la misma concepción del derecho), con relación a lo sustentado en tradiciones de investigación que aún hoy están vigentes. Dicho de manera muy esquemática, se pasa del derecho como algo *dado* al derecho como *práctica social*.

Como decía antes, este libro tiene como tema central el problema del conocimiento jurídico. Se podría observar que también mi primer libro, que lleva por título *Scienza giuridica e scienze naturali. Modelli e analogie*, se ocupaba del mismo ámbito de investigación. Existe, sin embargo, una diferencia muy importante entre ese trabajo monográfico, cuyo objeto específico de investigación era el *conocimiento jurídico científico* (la *ciencia jurídica*) y el presente trabajo, cuyo objeto, en cambio, está constituido por el *conocimiento jurídico* en su *conjunto*, visto como una etiqueta que abarca distintas actividades cognoscitivas, como, por ejemplo, el *conocimiento jurídico de sentido común*. En este último caso la indagación ya no se dirige exclusivamente a un sector específico —también importante— de un tipo de conocimiento: la *ciencia jurídica*, sino que se refiere a un ámbito más vasto del conocimiento jurídico en general. No habría ni siquiera necesidad de añadir que, desde esta perspectiva, el conocimiento científico no se identifica en absoluto con el conocimiento *tout-court*.

A esta ampliación de la investigación sobre el conocimiento le corresponde también una progresiva profundización del objeto de los temas tratados, en particular en el sentido de un acercamiento más claro del marco de la imagen de conocimiento escogida. Mientras, de hecho, en mi primer texto hacía referencia al *postpositivismo*, al considerarlo como el cuadro general de referencia adecuado en el ámbito epistemológico; aquí, en cambio, hablo más específicamente de la concepción *constructivista* del conocimiento, vista como una de las orientaciones más productivas e innovadoras del postpositivismo. Existe, sin embargo, como veremos, un elemento que diferencia el constructivismo

de muchas otras concepciones postpositivistas: una parte considerable de estas últimas concepciones se preocupa casi exclusivamente de indagar sobre el conocimiento científico, mientras que el constructivismo aspira a presentarse como una teoría del conocimiento de carácter general.

La ampliación del ámbito de investigación del que hablaba antes no se refiere solamente al nivel epistemológico. A diferencia de mis trabajos anteriores, aquí la indagación epistemológica se enlaza estrechamente con la teórica. Se enlaza, específicamente, con una de las tesis de partida fundamentales de mi investigación: la de que existe una *interacción muy estrecha entre objeto y método del conocimiento*. La elección en favor de un enfoque constructivista termina por influenciar profundamente el enfoque en el ámbito de la teoría del derecho, dirigiéndolo hacia determinadas direcciones de investigación (*heurística positiva* del programa de investigación) y bloqueando algunas otras (*heurística negativa*). En suma, la imagen constructivista del conocimiento está estrechamente vinculada, como trataré de explicar a continuación, a un acercamiento específico de teoría del derecho, al que hoy se le llama *teoría del derecho como práctica social* (expresión, a decir verdad, demasiado vaga, que trataré de aclarar mejor más adelante).

El libro está dividido en tres capítulos. En el primero trato de delinear, en forma sintética, las características fundamentales de una imagen constructivista del conocimiento. En el segundo capítulo me ocupo de las implicaciones de carácter más general, que derivan, para el conocimiento jurídico y para la teoría del derecho, en la adopción de la perspectiva descriptivista o de la constructivista, alternativamente. En el tercero y último capítulo trataré una implicación de carácter más específico, que atañe a la cuestión de la relación entre juicios de valor y conocimiento jurídico.

Para cerrar esta breve introducción, quisiera señalar finalmente cuáles son las orientaciones filosóficas y teóricas que han influenciado mayormente a este libro. Las tesis que sostengo aquí

se vinculan de manera particular, desde el punto de vista filosófico general, a las orientaciones de la filosofía postanalítica que se refieren a los análisis del “segundo Wittgenstein”, siguiendo, obviamente, las interpretaciones que me parecen más acreditadas de un pensamiento que es en verdad difícil de etiquetar; desde el punto de vista epistemológico, a las recientes concepciones postpositivistas del conocimiento que tratan de encontrar una suerte de “vía intermedia” entre objetivismo, en sentido *fuerte*, y relativismo, también en sentido *fuerte*; desde el punto de vista teórico-jurídico, a las concepciones *posthartianas* del positivismo jurídico analítico, con constante atención a algunas tesis de Dworkin (en particular, para su tesis de la interpretación jurídica vista como *interpretación constructiva*).

Cuantitativamente demasiado extendidas y cualitativamente demasiado relevantes son las deudas que he contraído en estos años con mis colegas y amigos con los que he discutido sobre mis tesis. Para no correr el riesgo de incomodar a alguien, he decidido evitar los agradecimientos de rigor. Sin embargo, quiero hacer una excepción “colectiva”: la que se refiere a los estudiantes que han frecuentado en estos últimos años mis clases de filosofía del derecho, estudiantes que han representado un *test* muy importante para las ideas que poco a poco iba elaborando. Su presencia vigilante y activa me ha estimulado siempre a presentar mis ideas en la forma más clara y exhaustiva posible.

Un agradecimiento particular lo amerita Giorgio Pino, por su sustanciosa ayuda en las correcciones de los borradores. Finalmente, un agradecimiento, seguramente no solemne, pero sí lo más caluroso y afectuoso posible, se lo debo a mi familia (a mi esposa y a mis dos hijas), que han soportado pacientemente mi quizá demasiado largo aislamiento.