

Vittorio Villa

**«CONSTRUCTIVISMO Y TEORÍA
DEL DERECHO»**

DOXA 22 (1999)

CONSTRUCTIVISMO Y TEORÍA DEL DERECHO

Vittorio Villa
Universidad de Palermo

1. Introducción

Dado que el tema de esta mesa redonda es de carácter muy general, me parece una buena ocasión para presentar los resultados de una investigación en la que he estado trabajando muchos años y de la que hasta ahora sólo he dado a conocer conclusiones parciales (en la forma de ensayos de ocasión); sin embargo, finalmente esta investigación va a ver la luz en forma completa, en una monografía titulada «Costruttivismo e teoria del diritto» que aparecerá en Giappichelli, en la colección dirigida por Paolo Comanducci y Riccardo Guastini. Ciertamente, creo que algunos de los resultados de mi investigación están en perfecta sintonía con el tema propuesto: en el fondo, lo que trataré de hacer en esta ponencia es proponer una reconversión (ante todo epistemológica) de algunos presupuestos comunes de las teorías jurídicas analíticas contemporáneas, probando de examinar algunas de las posibles implicaciones que para la teoría del Derecho supondría la adopción de la perspectiva epistemológica que llamo «constructivista».

He dicho que la reconversión debe ser «ante todo epistemológica» porque desde hace tiempo estoy convencido de que en la base de la teoría del derecho analítica de inspiración iuspositivista, hoy dominante, hay presupuestos epistemológicos (en gran medida implícitos) que acaban por determinar las coordenadas fundamentales de un cierto modo de hacer teoría del Derecho, y también de orientar la práctica jurídica. Lo que quiero decir es que una determinada teoría del conocimiento (y una cierta imagen del lenguaje cognoscitivo) influye profundamente en el modo de formular y de resolver algunas cuestiones fundamentales de la teoría jurídica. Este tipo de actitud teórica es sustancialmente compartida, entre otros, por uno de los participantes en esta mesa redonda, por Riccardo Guastini.

Estoy convencido además de que la teoría jurídica contemporánea de inspiración analítica atraviesa un momento de crisis, y de que ésta no puede superarse moviéndose sólo en el plano teórico; es necesario intervenir en

el plano epistemológico para primero identificar y después eliminar las raíces «profundas» de estas dificultades.

2. La imagen epistemológica constructivista

Siguiendo el esquema de mi libro, pero respetando también la concatenación lógica de los temas, el primer punto que voy a tratar es el de la imagen epistemológica constructivista. Ello exige un enorme esfuerzo de síntesis, no en vano en el libro su desarrollo ocupa unas 120 páginas muy densas. Intentaré, en cualquier caso, exponer muy esquemáticamente algunos aspectos fundamentales.

2.1. Constructivismo y filosofía analítica

«Constructivismo» es un término ambiguo que en la filosofía contemporánea significa cosas –incluso muy– diversas: yo examino ocho significados diferentes («constructivismo ético-político», «constructivismo del orden social», «constructivismo institucional», «constructivismo sistémico», «constructivismo social», «constructivismo empírico», «constructivismo sociológico», «constructivismo post-positivista»). Dejando de lado el análisis de los diversos significados y de las relaciones entre ellos, me interesa ahora el último: el *constructivismo post-positivista*. Se trata de una orientación que forma parte plenamente de la filosofía analítica, comparte la epistemología de orientación analítica en el sentido de que se inserta de manera estable en esta tradición de investigación, comparte problemas, métodos, estilos de análisis. En particular, esta orientación representa una de las fases históricas de la reflexión epistemológica (genéricamente *post-positivista*) de la filosofía analítica después de la crisis del neopositivismo. En esta crisis, que tuvo lugar hacia finales de los años «60», se injertaron algunas tendencias más o menos marcadamente relativistas (Kuhn y Feyerabend); y después, a partir de éstas se produjo una reacción orientada hacia el realismo (el *realismo científico*). Ahora bien, el constructivismo representa un intento de responder a ambos desafíos (el del *realismo*, de una parte, y el del *relativismo*, de otra) y trata de recorrer un camino intermedio al de las alternativas representadas por *el realismo y el antirrealismo, el objetivismo y el relativismo*; ello supone una ampliación del campo de discusión, ésta no se limita sólo al campo, ya demasiado «arado», del conocimiento científico, sino que se extiende también a otras formas de conocimiento (en particular al *conocimiento de sentido común*). *El constructivismo post-positivista es una teoría general del conocimiento, y no simplemente una teoría de la ciencia.*

El constructivismo post-positivista (en adelante, «constructivismo» a secas) se desarrolla, por consiguiente, a partir de la segunda mitad de los años «70» y debe sus formulaciones más interesantes y elaboradas a los trabajos

de Putnam, Goodman, Elgin, Toulmin, Mary Hesse. De cuanto diré, sin embargo, asumo íntegramente la responsabilidad: en el curso de estos años mi trabajo me ha llevado a elaborar una perspectiva que si bien es deudora de las contribuciones de todos estos autores (y de otros muchos obviamente), tiene una configuración y un desarrollo absolutamente autónomos.

2.2. Constructivismo y esquemas conceptuales

Hay dos características del constructivismo que hacen buena la idea de que trata de situarse a mitad de camino del realismo y del relativismo: la nota del *pluralismo de los esquemas conceptuales* y la de los *vínculos de la actividad cognoscitiva*. En sustancia, el constructivismo pretende configurar el conocimiento como una actividad que puede articularse en torno a diversos esquemas conceptuales (para cada particular campo de experiencia) y que, en consecuencia, puede desarrollar diversas «lecturas interpretativas» de las diferentes porciones de la realidad, pero lo hace de un modo reglamentado por vínculos precisos (no hay nunca una proliferación incontrolada, ni tampoco una rígida uniformidad).

Veamos primero la nota relativa a los esquemas conceptuales. El constructivismo toma de Quine la idea de que el conocimiento se produce siempre desde un punto de vista: no es posible en modo alguno colocarse en una suerte de *cosmic exile* del mundo que permita mirarlo desde la perspectiva del *God's eye view*: no disponemos de un punto de vista externo desde el que determinar cuáles de nuestras posibles «descripciones» se correspondan a un mundo que, según la tesis realista aquí criticada, se considera íntegramente pre-constituido en su composición (en términos de objetos, propiedades, géneros, etc.) con independencia de nuestra intervención cognoscitiva. Esta sería precisamente la perspectiva que Putnam llama *realismo metafísico*. Por el contrario, el conocimiento (científico o no) siempre necesita la mediación de esquemas conceptuales (donde por «esquemas conceptuales» se entiende conjuntos de creencias de diverso tipo jerárquicamente organizadas y relativas a una determinada porción de realidad; creencias que se expresan en conceptos, concepciones, teorías, generalizaciones empíricas, etc.) que ofrecen *reconstrucciones interpretativas* de un determinado campo de experiencia; se trata, en suma, de *reconstrucciones selectivas, parciales y miradas* a través de las cuales el flujo desordenado de *inputs* provenientes del mundo externo, que nos bombardean constantemente, es reordenado y estructurado en torno a objetos, propiedades, géneros, etc.; reconstrucciones que, si bien se mira, podrían incluso producir resultados diferentes respecto de los que se producen en el interior de un determinado contexto. Desde este punto de vista, la realidad nunca contiene *auto-descripciones*: es lo suficientemente maleable para permitir reconstrucciones

diversas en función del contexto histórico-cultural en el que nos movemos, de los intereses explicativos que nos mueven, del tipo de ambiente en el que estamos insertos, etc. En este sentido, la relación con la realidad nunca es *transparente* (el constructivismo rechaza la *transparency thesis*).

En este punto me parece importante aclarar que aquí la locución «interpretación» (y sus derivados) se entiende en su acepción a-técnica más general (queda fuera, por tanto, el sentido específico en el que se habla de «interpretación jurídica»), alude a «un proceso a través del cual con la ayuda de ciertas categorías y de ciertas asunciones de «fondo» presupuestas se asigna a un cierto elemento o dato (o a un conjunto de elementos o de datos), un determinado significado en el interior de una red de nociones interconectadas entre sí». En este sentido, perfectamente se puede decir que la actividad interpretativa acompaña siempre al conocimiento, desde la fase misma de *individualización de los objetos singulares* que forman parte de un cierto campo de experiencia, pasando por la fase del *reconocimiento de sus propiedades relevantes*, hasta la fase de *búsqueda de los principios y de las leyes* que guían su clasificación y, en ocasiones (para cierto tipo de objetos), su «comportamiento».

Pero volvamos a las características del constructivismo: otro aspecto importante está ligado al hecho de que su misma presencia muestra la radical inadecuación de las oposiciones dicotómicas que la epistemología tradicional establece entre *realismo* y *anti-realismo*, *objetivismo* y *relativismo*. Bien mirado, el constructivismo no se reconoce en ninguna de estas perspectivas: se opone tanto al *relativismo fuerte* (porque no puede negarse que el constructivismo sea una *forma débil* de relativismo), como al realismo metafísico; pero se opone también a la concepción que normalmente se contrapone al realismo, esto es, al *anti-realismo*. En particular, la diferencia con este último viene dada por el hecho de que el primero (el constructivismo) se presenta como una perspectiva global; el segundo, por el contrario, al menos tal como normalmente lo configuran sus sostenedores, no se presenta como una alternativa epistemológica completa al realismo, sino que pretende contestar sólo algunos aspectos concretos; no pone en cuestión el hecho de que, en otros aspectos, el realismo pueda mantenerse como concepción «de fondo» (véase al respecto la posición de Dumment).

2.3. *El constructivismo como perspectiva exigente*

Como ya he dicho, el constructivismo sólo puede ser mantenido coherentemente si se extiende a todos los dominios del conocimiento; resulta incoherente aceptarlo sólo para el conocimiento científico. Como han mostrado algunos antropólogos (Whorff y Douglas), se aplica también al conocimiento de sentido común. El hecho de que los esquemas de sentido co-

mún nos parezcan en correspondencia natural con la «realidad de todos los días» depende de su fuerte arraigo social y cultural (desde la tierna infancia) y no de un pretendido reflejo entre lenguaje y realidad. Desde este punto de vista, poseer un lenguaje quiere decir compartir un modo de dividir y de representar el mundo a través del uso de categorías y de nociones que si bien son siempre contingentes muchas veces están profundamente «enclavados» en nuestros esquemas «ordinarios» (aunque no tengo el espacio para hacerlo, aquí podría discutirse el sentido en que algunos elementos –conceptuales– del esquema son transcendentales en un sentido diferente al de Kant, pero próximo al de Strawson o de Hampshire).

2.4. Realismo metafísico y descriptivismo

Desde el punto de vista de la relación entre el lenguaje cognoscitivo y la realidad, la perspectiva del realismo metafísico produce una concepción de ese lenguaje que llamo *descriptivista*; esto es, una concepción conforme a la cual el lenguaje cognoscitivo *genuino* es el que se esfuerza por reflejar y reproducir la realidad tal como es (la metáfora de la *mente como espejo*). Ciertamente la reproducción no puede valer para todas las aserciones en una relación «uno a uno», y aquí interviene la dimensión *fundacionalista* del descriptivismo conforme a la cual se puede sostener que las creencias de carácter cognoscitivo están estructuradas en niveles jerárquicos: en la base están las creencias *intrinsically warranted*, las que no se basan en otras creencias pero que reflejan «without distortion what is given in experience» (la definición es de Elgin).

Naturalmente el constructivismo replica que las «descripciones puras» no existen: toda descripción descende desde un esquema interpretativo, desde una previa reconstrucción selectiva de campo. La mente no es un espejo sino un *reflector*: lanza haces de luces artificiales que sólo pueden iluminar alguna cosa al precio de dejar alguna otra en la oscuridad.

2.5. Constructivismo, relativismo, vínculos

Si se toma en consideración sólo la nota del pluralismo de los esquemas, es decir, si no se le agregan ulteriores cualificaciones, la concepción constructivista puede fácilmente ser interpretada como relativista. Pero el constructivismo no es una concepción relativista, al menos en el sentido fuerte de relativismo, pues éste considera creencias de carácter cognoscitivo las que de hecho son sostenidas desde el consenso de la mayoría de los miembros de una comunidad usando sólo criterios «internos» al esquema adoptado. Pero hay más: el constructivismo, y este es un punto fundamental de mi trabajo, sostiene que con mucha frecuencia los resultados epistemológicos relativistas no son otra cosa que el fruto de compartir premisas objeti-

vistas *demasiado fuertes* (las del realismo metafísico). El relativista sería, en este sentido, *un objetivista o un realista desengañado* que acepta en líneas generales las premisas realistas y descriptivistas, pero que considera que de hecho éstas no pueden ser aplicadas en general o en un determinado dominio de objetos, por lo que se está constreñido a ser relativista. El razonamiento de base desde el cual se mueve el relativista frecuentemente es: «si el conocimiento es descripción, allí donde las descripciones no se dan o no son posibles es el campo de los juicios de carácter subjetivo, sea cual sea el modo en que estos se configuren».

Por el contrario, ser constructivista quiere decir aceptar la otra cara de la moneda, la de los *vínculos* de la actividad cognoscitiva: desde este punto de vista, el conocimiento, a pesar de su total dispersión (y por tanto de su radical irrecognoscibilidad e incomunicabilidad), siempre tiene necesidad de discurrir a través de canales bien visibles, de moverse a lo largo de trazados bien fijados y socialmente compartidos.

No es posible examinar aquí en detalle la amplia serie de vínculos a los que, al menos en mi opinión, el conocimiento está sometido. En el libro se distinguen seis: *vínculos teórico-culturales*, *vínculos biológicos*, *vínculos sociales*, *vínculos lingüísticos*, *vínculos epistémicos* y *vínculos pragmáticos*.

Aunque sea de forma esquemática y burda, intentaré decir algo de cada uno de estos vínculos.

En relación con los *vínculos de carácter teórico-cultural*, en líneas muy generales, puede decirse que dependen de la existencia misma de los esquemas conceptuales, en cuyo interior el conocimiento, que es potencialmente difuso, resulta constantemente canalizado de manera que adopta formas estandarizadas y públicamente reconocibles. Desde este punto de vista, el conocimiento está siempre históricamente vinculado por los *conceptos* que presupone y por las concepciones en que se articula (aquí sería necesario hacer un *excursus* sobre los conceptos, pero no tengo tiempo para desarrollarlo).

Por lo que se refiere a los vínculos de tipo lingüístico quiero tan sólo resaltar que ser miembro de una determinada comunidad lingüística (ya sea una comunidad social para el lenguaje de sentido común, ya sea una comunidad científica para los lenguajes especializados de las diversas ciencias) quiere decir poseer un sistema de nociones y de categorías que ofrecen una «reconstrucción de campo» estandarizada, públicamente reconocible y socialmente aceptada. Incluso aquí los mismos elementos lingüísticos que contribuyen al pluralismo de los esquemas y de las interpretaciones (porque diferentes lenguajes pueden incorporar diferentes «visiones del mundo») establecen contextualmente un dique muy sólido respecto de los cambios indiscriminados. La razón fundamental de ello me parece absolutamente

obvia: poseer y hablar un lenguaje es un fenómeno esencialmente social; los diferentes miembros de la comunidad no pueden cambiar a placer las reglas y los significados del propio lenguaje (so pena de una total incomunicación); ni siquiera las comunidades lingüísticas pueden colectivamente cambiar las reglas y los significados *todos conjuntamente y todos de una vez*.

En relación con los vínculos de tipo biológico, por lo que sabemos (esto es, estando a los resultados más consolidados de las disciplinas científicas que se ocupan de estos problemas) puede afirmarse que provienen de modalidades tendencialmente estables y homogéneas con las que funciona, y ha funcionado en el pasado conocido, nuestra organización cerebral, neuronal y psicológica; y que determinan una completa *uniformidad estructural* de toda una serie de procesos ligados a la percepción sensorial, a la formulación de nuestras aserciones más «primitivas» sobre la experiencia (ha habido quien –Quine y Hesse, en particular– ha sostenido que la especie humana posee una suerte de *sentido innato de la semejanza*), a la formación de expectativas, a la conceptualización de datos empíricos, y así sucesivamente. En todos estos casos, se trata de procesos que representan los pasos necesarios de la actividad cognoscitiva; procesos que, si bien no son capaces de producir resultados unívocos, restringen mucho el espectro de posibles resultados, ya que determinan estructuras suficientemente estables que permiten tratar de forma sustancialmente uniforme el flujo de los *inputs* provenientes del mundo externo, que de otro modo resultaría incontrolado.

Por lo que se refiere a los vínculos de tipo social, tan solo recordar que operan en la medida en que se reconoce, como pienso que debe ser, que el conocimiento es una *práctica social*, cuyas reglas metodológicas y cuyos avances sustanciales deben estar sujetos, entre otras cosas, a la condición fundamental –necesaria pero no suficiente– del *consenso* (para calificar ulteriormente) de la comunidad de referencia. Parafraseando a Wittgenstein podría decirse que no se puede generar conocimiento *privadamente*; cualquier resultado individual (por ejemplo, un descubrimiento científico o una innovación teórica) no puede alcanzar el rango de *adquisición cognoscitiva* si no resulta en algún sentido *aceptado* por los miembros de la comunidad de referencia (aceptación incluso mediada por oportunas negociaciones de diverso género).

2.6. Vínculos epistémicos y vínculos pragmáticos

Trato aparte los dos últimos tipos de vínculos de mi taxonomía, los *vínculos de carácter epistémico* y los *de carácter pragmático*, porque pueden generar la impresión de una *circularidad viciosa* debido a la tesis constructivista de que todo esquema conceptual en torno al que se articula el conocimiento suministra siempre, invariablemente, una interpretación selecti-

va de un determinado campo de experiencia; lo que produce una verdadera y propia «construcción» de los objetos que lo forman. En efecto, esta tesis puede leerse en clave relativista, en modo tal que todo esquema no sólo construye su propio mundo, cognitivamente insondable desde el exterior, sino que construye también la única fuente de derivación de los criterios epistémicos de validación y de justificación del esquema; así, el esquema permanece completamente sustraído a cualquier tipo de valoración comparativa en relación con otros esquemas disponibles.

Para evitar este resultado, que resultaría ciertamente funesto para la teoría del conocimiento, lo que me parece que hay que hacer es ver si por casualidad subsisten elementos que estando, en algún sentido, fuera del círculo (es decir, que no estén completamente predeterminados por los esquemas de adopción) permiten formas de justificación, de control y de relación con la experiencia.

Uno de estos elementos está constituido por los vínculos epistémicos. La clase de los vínculos de tipo epistémico incluye el espectro de los diferentes criterios («verdad», «controlabilidad empírica», «capacidad predictiva», «profundidad explicativa», «éxito pragmático», «valor estético», etc.) que pueden usarse para orientar los procesos de selección y justificación inherentes a los esquemas conceptuales, «desde el exterior» (la justificación del esquema completo) y «desde el interior» (la justificación de un elemento particular de un esquema, por ejemplo una teoría). Tales criterios, en el ámbito en que pueden realmente desarrollar un rol independiente en relación con el cuadro conceptual localmente aceptado, funcionan también como vínculos frente a la indiscriminada proliferación de esquemas porque guían sincrónica y diacrónicamente los procesos de cambio conceptual y teórico, determinan los productos cognoscitivos que se abandonan y los que se mantienen.

Obviamente me falta espacio para desarrollar un examen detallado de estos vínculos y de su impacto anti-relativista: sólo puedo afirmar bruscamente -y remito a mi libro para la justificación de mi tesis- que este rol independiente de los vínculos puede efectivamente reconocerse, sobre todo en lo que concierne al conocimiento científico. Para obtener este resultado es necesario estar dispuesto a admitir que, además de la *justificación interna* de un esquema (para la que puede funcionar bien el criterio de la coherencia entre los diferentes elementos, incluso en la versión sofisticada del *equilibrio reflexivo*), hay también una *justificación externa* del esquema localmente aceptado que remite a elementos (conceptos, principios disciplinares asentados -Toulmin-, ideas metafísicas, etc.) que si bien no son independientes de cualquier esquema (remiten, por ejemplo, de una parte al conocimiento de sentido común, y de otra a los cuadros filosóficos, epistemoló-

gicos y metodológicos aceptados en el momento), son sin embargo independientes del específico cuadro desde el que se tomó la salida.

Esto que acabo de decir lleva, en definitiva, a admitir que los sistemas cognitivos de la ciencia son entidades complejas y jerárquicamente estructuradas, en cuyo interior las diferentes «piezas» pueden gozar de una autonomía parcial y ser utilizadas en funciones de control y justificación de otras piezas del esquema. Admitir una justificación –parcialmente– externa no quiere decir necesariamente estar dispuesto a discutir todo el esquema al completo, todo el conjunto y todo de una vez (esto sucede excepcionalmente, por ejemplo en las revoluciones científicas). Las diferentes piezas del esquema general pueden incluir a su vez específicos cuadros teóricos, imágenes filosóficas y epistemológicas muy asentadas, cuadros conceptuales de sentido común, etc.

En relación con los vínculos pragmáticos, con esta denominación pretendo referirme a todos los límites de la actividad cognoscitiva que derivan del hecho de que ésta tiene que medirse con *un sólo y único mundo*; entendido no como un objeto de representación lingüística, sino como un resultado de estímulos sensoriales y como un punto de referencia para acciones e interpretaciones no verbales, de carácter práctico. Por tanto, a la pregunta de si desde un punto de vista constructivista es más correcto afirmar que «existen varios mundos» o, por el contrario, que «existe sólo un mundo», es necesario prejudicialmente responder anteponiendo un saludable «depende»: esto es, la respuesta *depende* del sentido que atribuyamos a los enunciados en cuestión.

Una vez hecha esta introducción, puede mostrarse que ambas afirmaciones son correctas siempre que se entiendan en dos sentidos diversos. Para ser más exactos, es igualmente correcto decir que «existen varios mundos», siempre que la afirmación haga referencia al mundo como «objeto de representación» (tesis que se da por descontada desde una óptica de tipo constructivo); como decir que «existe un solo mundo», siempre que este mundo se entienda como *emergente de inputs sensoriales* y como *objeto de transacciones no verbales* (por ejemplo, como punto de referencia de nuestras capacidades, no mediadas lingüísticamente, de «manipular» la realidad externa). Desde este punto de vista, el constructivismo no se opone para nada al realismo, sino que comparte con él algunos aspectos fundamentales. En otros términos, es verdad que el constructivismo se opone al realismo (metafísico) en *clave epistémica*, bajo la caracterización de la actividad cognoscitiva como *representación*, pero también es verdad que tal oposición no subsiste (a menos que se quiera sostener alguna versión -absolutamente implausible- del idealismo) cuando la relación con la experiencia es entendida en el sentido *pragmático* y *pre-lingüístico* arriba ilustrado. Es

precisamente en este sentido en el que la epistemología contemporánea de inspiración post-positivista usa las expresiones *realismo mínimo*, o *realismo práctico*, o incluso *realismo pragmático*.

3. Constructivismo y teoría del Derecho

3.1. Los resultados del descriptivismo en el campo jurídico

Miremos ahora el aspecto que más nos interesa: el de las posibles aplicaciones de este tipo de perspectivas al campo del conocimiento y de las prácticas jurídicas en general. Debemos preguntarnos «qué cambio supone para la teoría jurídica y la práctica del Derecho la admisión programática de una concepción epistemológica constructivista».

Me parece evidente que el primer resultado de esta adopción es una crítica radical a los presupuestos realistas y descriptivistas que, en mi opinión, están presentes de forma preeminente en buena parte del pensamiento jurídico contemporáneo, analítico o no. Y esto bien mirado vale también para buena parte de las tendencias que manifiestan actitudes teóricas de tipo relativista o convencionalista (como, por ejemplo, el realismo jurídico, la escuela crítica del Derecho). En estos casos, efectivamente, se mantiene muy firme la idea fundamental de que el conocimiento es descripción o representación fiel de la realidad (puede que sólo para algunos campos privilegiados), pero se afirma también que esta idea no es aplicable en el ámbito de experiencia jurídico que es, por el contrario, un terreno adecuado para un amplio abanico de operaciones que son de un tipo radicalmente diferente y con las que los juristas y operadores jurídicos hacen otras cosas despachándolas como «actividades científicas» (creación de nuevo Derecho, intervenciones políticas, manipulaciones ideológicas, etc.).

El descriptivismo produce en el campo jurídico determinadas consecuencias: unas directamente y otras indirectamente. *Directamente*, puede producir concepciones objetualistas del Derecho, esto es, concepciones que sostienen que el Derecho consiste esencialmente en objetos en si existentes (tales como, por ejemplo, normas, enunciados prescriptivos, hechos psicosociales); esto es, objetos con existencia y configuración autónomas, independientemente de la intervención –de todos modos necesaria– de las prácticas cognoscitivas, interpretativas y argumentativas que después se refieren a ellos. En ciertos aspectos, me parece que el pensamiento de Kelsen representa muy bien este tipo de actitud teórica por cuanto una cosa es hablar de la existencia del Derecho (como fenómeno normativo) y otra hablar del modo en el que lo interpretamos y lo aplicamos.

Indirectamente, el descriptivismo puede producir concepciones relativistas, como por ejemplo aquellas según las que el Derecho es, en última

instancia, fruto de decisiones de los órganos públicos (el pensamiento apunta a Ross). En efecto, esta tesis es a menudo sostenida también sobre la base del presupuesto epistemológico según el cual el conocimiento «genuíno» es verdadera representación fiel de la realidad (en el ámbito de las *hard sciences*), cosa que, sin embargo, no puede suceder en el Derecho.

3.2. *Descriptivismo y grandes dicotomías del pensamiento jurídico*

Independientemente de la referencia a específicas teorías jurídicas, la adhesión al realismo y al descriptivismo produce la aceptación generalizada de una serie de grandes dicotomías que considero claramente inadecuadas y que deben ser ciertamente revisadas. Desde este punto de vista, ser descriptivista en el ámbito jurídico quiere decir estar dispuesto a admitir la existencia de dicotomías del tipo: «describir el Derecho positivo» vs. «tomar postura frente a él», «expresar juicios factuales o cuasi-factuales sobre el Derecho» vs. «expresar juicios de valor sobre él», «descubrir significados preexistentes» vs. «crearlos completamente de nuevo», etc. A continuación, pondré algunos ejemplos más específicos de este tipo de actitud teórica.

3.3. *Las reconstrucciones interpretativas suministradas por las teorías jurídicas*

Como alternativa a lo sostenido por las concepciones descriptivamente orientadas, desde una perspectiva constructivista se puede sostener ante todo la tesis de que las teorías jurídicas no pueden pretender jamás representar el Derecho «tal como es en la realidad social» (cualquier cosa que éste sea). Si no pueden hacerlo las teorías en las ciencias naturales, con mayor razón no podrán las teorías jurídicas. Las teorías jurídicas ofrecen reconstrucciones selectivas y miradas del campo de experiencia jurídica, reconstrucciones que tienden a recortar unos objetos del campo en lugar de otros (normas, hechos psico-sociales, prácticas), a atribuir a tales objetos ciertas propiedades en lugar de otras (por ejemplo, la normatividad frente a la capacidad de influir psicológicamente los comportamientos), a reagrupar los objetos en ciertas clases en lugar de en otras (reglas y normas frente a mandatos). El objetivo al que las teorías pueden tender no es el de la «verdad como correspondencia con la realidad», sino el de la coherencia y el de la adecuación de la reconstrucción conforme a un conjunto diferenciado de criterios epistémicos sobre los cuales sería demasiado prolijo detenerse, pero de los que ya he dicho algunas generalidades más arriba. En todo caso, las teorías jurídicas para ser consideradas candidatos aceptables en una posible competición entre alternativas teóricas, deben satisfacer entre otras cosas la amplia serie de vínculos a los que ya me he referido; vínculos que toman como causa también el conocimiento de sentido común, las intuiciones

y los conceptos de los que éste está compuesto (aunque de forma más intensa de lo que sucede en las ciencias naturales).

3.4. *Constructivismo y teoría del Derecho como «práctica social»*

Del hecho de que el constructivismo esté dispuesto a reconocer la existencia de una *pluralidad vinculada de esquemas* en el interior del ámbito de experiencia jurídica no se sigue que no haya teorías más o menos coherentes, adecuadas y convincentes. Personalmente estoy convencido de que la constelación de teorías que hoy se agrupan bajo el nombre de «el derecho como práctica social» están en mayor sintonía con una concepción constructivista que otras. La idea central de esta perspectiva me parece que es la de que el Derecho es ante todo un conjunto de prácticas, de carácter cognoscitivo, interpretativo, argumentativo, etc., en vez de un conjunto de objetos; estos últimos son siempre resultados contingentes del trabajo desde las prácticas. La idea de «práctica» es, en definitiva, lógicamente anterior a la de «objeto».

He dicho que es un planteamiento más coherente con las premisas constructivistas. ¿Por qué? Es más coherente sobre todo porque es una perspectiva radicalmente anti-objetualista, es decir, no presupone que el Derecho sea un conjunto de objetos en sí concluidos antes incluso de la intervención de todas las prácticas que se concretan en lo que podríamos llamar el *uso social* del Derecho mismo (hay aquí una obvia armonía, que no tengo tiempo de desarrollar, pero que sí trato en el libro, con el análisis wittgensteniano sobre el *rule following*). En este sentido, podría decirse que el Derecho existe en cuanto que *usado socialmente* por los miembros de una comunidad (en un sentido que caracterizaré más adelante) como criterio-guía de los comportamientos (salvando las complicaciones debidas al hecho de que el Derecho es un sistema de reglas).

3.5. *Constructivismo y teoría hartiana de las reglas sociales*

Esta afirmación nos lleva directamente a Hart y a su análisis sobre qué quiere decir para los miembros de una comunidad «tener una regla», análisis, en mi opinión, fundamentalmente correcto (aunque necesite enmiendas y ajustes que, por otro lado, el positivismo post-hartiano ha hecho). A mi me parece posible hacer una interpretación constructivista de este aspecto de la teoría de Hart en la dirección de la teoría del Derecho como práctica social. Como es sabido, para Hart la condición de verdad de afirmaciones como «una determinada regla social *x* existe en un determinado contexto espacio-temporal y en el interior de una determinada comunidad *z*» viene dada por el hecho de que en torno a ella se produzca la convergencia de actitudes de tipo crítico-reflexivo de una porción significativa de los miembros de la co-

munidad de referencia (el «punto de vista interno» de los participantes).

Ahora bien, dejemos de lado en esta sede las complicaciones ligadas a las específicas características de las reglas jurídicas y limitémonos a hacer algunas observaciones sobre las implicaciones constructivistas de este tipo de análisis para las reglas sociales en general. Para Hart, la aceptación de la regla constituye el presupuesto de su existencia social (como fenómeno normativo y no como mero hábito); pero una condición de la aceptación es ciertamente el conocimiento de la regla misma, especialmente del modelo de conducta que ella exige; pero entonces el conocimiento –de sentido común– de la regla por parte de una porción relevante de los miembros de la comunidad es también un presupuesto de su existencia.

3.6. *Constructivismo y conocimiento jurídico de sentido común*

Cuanto he dicho hasta ahora equivale a reconocer que el conocimiento de sentido común, cuando su objeto está constituido por reglas, participa en este sentido específico en el proceso de producción de las reglas mismas; y que este discurso se aplica también obviamente a las reglas jurídicas (salvadas las complicaciones ligadas a las características específicas de éstas).

Quiero precisar que en estos casos se está en presencia de una característica ulterior poseída por ciertos tipos de «ciencias humanas» (las que tienen como objeto reglas) y que el constructivismo reconoce para todo el ámbito de las ciencias humanas en general. Esta característica viene del hecho de que tales ciencias se ocupan de hechos humanos, de hechos creados y mantenidos en existencia por el hombre (según algunos, como Collin y Searle por ejemplo, el reconocimiento de este aspecto equivaldría a sostener la única forma posible de constructivismo); hechos, por tanto, que tienen un significado y/o un valor para aquellos que los producen; dado este hecho complejo, el estudioso al atribuir significado y/o valor a estos hechos debe dar cuenta de los significados y/o valores ya presentes (el *doble nivel hermenéutico* de las ciencias humanas). Ahora bien, en los casos en los que estas ciencias se ocupan de reglas, no sólo deben dar cuenta del punto de vista interno de los participantes, sino que deben aclarar también que este punto de vista, en sus presupuestos cognoscitivos, es un elemento que contribuye a la existencia misma de las reglas que son objeto de investigación.

Como se ve, en estos casos la relación de tipo interactivo entre conocimiento científico y conocimiento de sentido común es particularmente estrecho y fecundo. Se trata de una característica que constituye una de las diferencias más significativas existentes entre ciencias humanas y ciencias naturales; son diferencias que el constructivismo, junto a todas las corrientes epistemológicas post-positivistas, está dispuesto a reconocer, utilizándolo también como elemento de apoyo a la tesis del *pluralismo metodológico*

(las ciencias humanas exhiben métodos -parcialmente- diferentes de las ciencias naturales, si bien comparten a nivel epistemológico una imagen común de ciencia).

4. Teorías jurídicas y juicios de valor

4.1. *El constructivismo y la dicotomía entre «describir el derecho positivo» y «tomar posición sobre él»*

Me parece útil ahora, en la última parte de esta ponencia, poner dos ejemplos concretos de cómo la perspectiva constructivista contribuye a poner radicalmente en cuestión algunas dicotomías tradicionales del pensamiento jurídico. Los ejemplos se refieren a los juicios de valor y a la interpretación jurídica.

La primera dicotomía que examino opone «describir el derecho positivo», es decir, emitir juicios factuales o «cuasi-factuales» sobre él, y «tomar postura sobre el derecho positivo», es decir, expresar juicios de valor (de contenido subjetivo).

Dicho muy brevemente: estoy convencido de que esta dicotomía, por como está formulada, depende de la aceptación de las premisas epistemológicas descriptivistas; premisas que en este caso están ligadas, diría que casi «fisiológicamente», con la adhesión al principio de avaloratividad del conocimiento en su *versión fuerte*. En una descripción «pura», como la que tendencialmente suministra el conocimiento genuino según las concepciones descriptivas, no pueden entrar obviamente elementos subjetivos como son los juicios de valor. Desde este punto de vista, el conocimiento es considerado como una descripción objetiva, mientras que los juicios de valor como tomas de posición subjetivas; el resultado es que todos los juicios de valor, sean del tipo que sean, se meten en un único contenedor.

Ahora bien, en la línea de lo dicho más arriba estoy convencido de que si se sustituye el realismo descriptivista por el constructivismo, el cuadro cambia radicalmente: el resultado es que se pone en discusión la dicotomía arriba mencionada y se introduce en su lugar *la tesis de la necesaria presencia de –algunos tipos de– juicios de valor en el interior del conocimiento jurídico*. Trataré ahora de justificar esta conclusión a través de un argumento que se divide en cuatro partes.

4.2. *El argumento de la necesidad de la presencia de –algunos tipos de– juicios de valor en el interior del conocimiento jurídico.*

Desarrollemos ahora las cuatro partes del argumento.

1) La primera parte está constituida por la que llamo *tesis mínima sobre los juicios de valor*, en cuyo favor ahora no tengo tiempo de argumentar;

desde un punto de vista constructivista carece de fundamento la prohibición impuesta por el principio de avaloratividad para todo tipo de conocimiento. Por el contrario, desde un plano muy general se afirma que los juicios de valor *pueden*, aunque no *deben*, intervenir en el interior del conocimiento.

2) La segunda parte está constituida por la afirmación de la tesis ya mencionada del *doble nivel hermenéutico*. En el caso específico, esta tesis lleva a reconocer que en el campo jurídico, y especialmente en el de las organizaciones jurídicas de tipo occidental, los objetos con los que debemos operar (constituidos por normas jurídicas) están ellos mismos empapados de valores. En tales organizaciones hay, si bien en modos y formas diversas, un conjunto de principios constitucionales que constituyen la protección normativa de ciertos valores considerados como fundamentales. En este caso, por tanto, los valores no están sólo presentes en el modo en que el estudio se acerca al objeto, sino que están presentes en el objeto mismo del cual se ocupa.

3) La tercera parte está constituida por la reafirmación de la tesis constructivista según la cual el conocimiento opera siempre a través de la mediación de esquemas conceptuales que suministran reconstrucciones de campo de carácter interpretativo-selectivo. Esto vale, naturalmente, incluso cuando los objetos están constituídos –al menos parcialmente– por valores.

4) La cuarta y última parte del argumento está representada por la enunciación de la *tesis fuerte sobre los valores*: se trata de la tesis según la cual el estudioso (el jurista incluido) debe necesariamente intervenir con juicios de valor cuando el objeto de su conocimiento está constituido –también– por valores. Hay en definitiva necesidad de valores para tratar adecuadamente con valores. Los juicios de valor, para el jurista-intérprete, son en este sentido necesarios para atribuir un preciso significado a tales valores, para ponerlos en algún orden jerárquico, para establecer relaciones de relevancia e importancia.

4.3. Algunas implicaciones del argumento

A) En este tipo de postura, la distinción entre juicios de hecho y juicios de valor no es completamente abandonada, sino sólo reformulada de un modo más adecuado. Por ejemplo, la distinción se mantiene cuando sirve para separar netamente entre juicios de valor en función cognoscitiva y juicios de valor en función creativa.

B) Recurriendo a la distinción hartiana entre «punto de vista interno» y «punto de vista externo», pierde fundamento la tesis que sostiene que los juicios de valor sólo puedan ser legítimamente expresados desde el interior del sistema jurídico por el participante, mientras que el estudioso colocado en el exterior debe limitarse a suministrar descripciones. Esta tesis estable-

ce un ligamen necesario entre, por una parte, la «posición interna» y la expresión de juicios de valor y, por otra, la colocación externa y la formulación de descripciones; la idea de base es que los juicios de valor sirven sólo para desarrollar funciones justificativas, nunca explicativas. Pero se trata de una tesis infundada: como he mostrado antes, se puede estar en el exterior (es la colocación «natural» del estudioso) y expresar legítimamente juicios de valor; para ser más preciso, aquellos que se formulan en función cognoscitiva.

C) Este argumento permite comprender mejor la conexión entre dos aspectos muy relevantes del trabajo del jurista que normalmente se toman por separado, pero que es muy importante considerar como estrechamente co-ligados: estoy hablando del aspecto ligado a la dimensión cognoscitiva del trabajo del jurista, y del ligado a la dimensión crítica. Desde mi punto de vista, para el jurista estudiar un cierto Derecho positivo significa, necesaria y contextualmente, considerarlo también como un objeto de intervenciones críticas: al menos bajo la específica característica de la *dimensión valorativa interna* de ese Derecho, esto es mirando los valores –implícita o explícitamente– contenidos en él (piénsese en el discurso de Ferrajoli sobre el contenido de la validez relativo a la relación entre ley ordinaria y Constitución y en trabajo crítico que el examen de tal relación puede requerir del jurista).

5. Constructivismo, significado e interpretación

5.1. La dicotomía entre «descubrir un significado preexistente» y «crear un significado nuevo»

En las teorías tradicionales de la interpretación, incluso en las analíticas, se presta poca atención a la noción de significado; circunstancia bastante extraña si se tiene en cuenta que las diferentes definiciones de interpretación acaban por incluir esta noción, aunque sin problematizarla. Esta afirmación se refiere a las dos concepciones, especulativamente contrapuestas, que se disputan el terreno en relación con la teoría de la interpretación: las *teorías formalistas* y las *teorías antiformalistas*.

En la línea de lo aquí sostenido, estoy convencido de que ambas concepciones acaban por aceptar, aunque sea implícitamente, la dicotomía fundamental entre «descubrir un significado preexistente» y «crear uno completamente nuevo», quien afirma esta dicotomía acepta la tesis común del conocimiento como «descripción objetiva» y la aplica al plano semántico: a la actividad de «describir significados». Las premisas epistemológicas descriptivistas contribuyen aquí a producir una determinada teoría del significado, que es visto como una «entidad» que preexiste a la interpretación.

Las teorías formalistas aceptan en positivo esta tesis para la interpretación jurídica; las teorías antiformalistas la aceptan sobre un plano más general, pero no la consideran aplicable a la interpretación jurídica (aunque tal vez auspician que lo sea, como hace Guastini).

5.2. Una teoría constructivista del significado

Ahora bien, también aquí la intervención de las premisas constructivistas produce una revisión radical de ciertas creencias tradicionales, en este caso sobre la interpretación; en primer lugar, llevan a una teoría del significado diferente de la que señalaré brevemente algunas características.

1) En primer lugar, el constructivismo determina una *visión dinámica del significado* a partir de la cual se reconoce un nexo conceptual recíproco entre interpretación y significado. Interpretar quiere decir «atribuir significados»; y viceversa, el significado mismo es el producto de la interpretación.

2) En segundo lugar, el constructivismo invita a la teoría semántica a elaborar una concepción que constituya una vía intermedia entre el objetivismo (el significado es objetivamente descubierto) y el relativismo (el significado es íntegramente producto del intérprete en las diferentes situaciones comunicativas concretas). ¿Qué teoría? Una teoría que yo califico como *estratificada y de formación progresiva*, según la cual el significado tiene varias dimensiones y nunca es producido todo de una vez (ni antes ni después de la interpretación).

Habría mucho que decir sobre las diversas dimensiones del significado y sobre el proceso, complejo y articulado, que determina su producción; no puedo hacerlo en esta sede. Me limito a destacar que la epistemología constructivista está particularmente en sintonía con una *teoría de la interpretación pragmáticamente orientada*, que es la que he tratado de elaborar en trabajos precedentes. Según esta teoría, el contexto de recepción del mensaje es un elemento determinante para la formación del significado, pero siempre sobre el fondo de elementos semánticos previos (por ejemplo, el *first meaning* de Davidson), que preexisten a las diversas situaciones concretas en que los mensajes normativos son interpretados.

5.3. Como reformular las distinciones relevantes en sede de interpretación

Tampoco aquí las cuestiones que están sobre el tapete pueden resolverse renunciando a trazar distinciones; pero el hecho es que las tradicionales presentan graves carencias y deben ser profundamente revisadas. La distinción que propongo como alternativa a la ejemplificada por la dicotomía mencionada en el párrafo anterior opone *interpretación en función cog-*

noscitiva (que, aunque en modo constructivo, se refiere claramente al Derecho preexistente, al Derecho del que hay que tomar los significados) a *interpretación en función creativa* (que quiere intervenir sobre el Derecho preexistente, atribuyéndole nuevos significados –y produciendo por tanto nuevas normas– que no son coherentes con la mejor interpretación completa posible del Derecho existente). También aquí es importante que el jurista y el juez intérprete procuren conjugar empeño crítico y finalidad cognoscitiva, objetividad débil y pluralismo de opciones.

5.4. Conclusiones

Lo que he tratado de ofrecer es solamente un primer esbozo de una teoría que trata de suministrar una interpretación constructivista no sólo del conocimiento jurídico, sino también de su objeto, el «Derecho»; ello se debe a que en una concepción de este tipo no es posible separar netamente el plano del método (con sus presupuestos epistemológicos) del plano del objeto. Según el constructivismo, entre método y objeto hay interacciones complejas; y ello vale también para la teoría jurídica. Como se ha visto, un determinado modo de teorizar sobre el Derecho está guiado por una serie de elementos que funcionan como vínculos para las opciones teóricas posibles; y, además, el método preseleccionado influye sobre el modo de configuración del objeto.

En todo caso, resulta urgente la exigencia de que la teoría jurídica de inspiración analítica comience a discutir seria y profundamente los presupuestos de fondo (filosóficos, epistemológicos, semánticos) que han orientado durante estos largos cuarenta años su peculiar modo de conducir el análisis teórico en el campo jurídico. Esta exigencia se impone con independencia de la valoración que se haga de la fecundidad de la aproximación que he sugerido en estas páginas.

(Trad. de Josep Aguiló Regla)

