

I. Epistemología jurídica

1. CONOCER EL DERECHO

Que el derecho pueda ser conocido, es en sentido técnico una presuposición, o sea, un presupuesto necesario de muchas prácticas sociales complejas. Su cognoscibilidad —podríamos decir: la calidad disposicional del derecho a ser conocido objetivamente— otorga sentido a prácticas que de otra forma no lo tendrían, como por ejemplo:

- la enseñanza del derecho y su correlativo aprendizaje;
- el asesoramiento legal por parte de “profesionales” o “expertos”,
- las discusiones entre las partes en un proceso acerca de la solución correcta del conflicto —es decir, la solución basada sobre el derecho aplicable— y la actividad de aplicación de normas previas por parte de los jueces;
- el conjunto de operaciones llevadas a cabo por la dogmática jurídica, y
- las creencias compartidas en la certeza del derecho como valor e ideal regulativo, etcétera.

En otras palabras, debemos presuponer que el derecho es cognoscible si queremos llevar a cabo esas actividades sin engañar “ideológicamente” no solo a los demás, sino a nosotros mismos.

Ni los más radicales representantes del realismo jurídico, escandinavo o estadounidense, o de los *Critical Legal Studies*, han llegado a negar la posibilidad de conocer de alguna forma, algo al que se le pueda llamar “derecho”, dado que ellos tienen como

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

mínimo la pretensión de presentar teorías científicas verdaderas acerca del derecho.

Pero circulan dudas sobre el grado de *objetividad* del conocimiento jurídico. Dudas como las de los realistas, que provienen del interior del pensamiento jurídico, o dudas externas que provienen de los estudios económicos o políticos.

Y entonces, ¿cómo se conoce el derecho?, ¿con qué metodología, instrumentos, procedimientos? Las formas de conocer el derecho —tema que intentaré tratar de manera muy general en este breve ensayo— son el objeto de la epistemología jurídica.¹

La epistemología jurídica guarda unas relaciones muy estrechas con la reflexión sobre la ciencia del derecho,² que en efecto ha sido, y es a menudo presentada como el objeto específico de la epistemología jurídica. La reconstrucción histórica y el análisis, también comparativo del “método” propio de la ciencia del derecho, serían entonces las tareas típicas de la epistemología jurídica. No puedo aquí sin embargo, por razones evidentes, dar cuenta en perspectiva diacrónica de la discusión sobre el “método” de la ciencia del derecho.³ Me parece suficiente subrayar cómo el eje central de estas discusiones son las relaciones —de inclusión-exclusión, de asimilación-diferenciación— entre la ciencia del derecho y la ciencia, o más modestamente, las otras ciencias. El cambio de las concepciones —y de las prácticas— de la ciencia ha afectado sin lugar a dudas la configuración de

¹ Cfr. Samuel, G., *Epistemology and Method in Law*, Aldershot, Ashgate, 2003, p. 12: “Legal epistemology will thus involve a reflection on the activity of legal science or, if the notion of a legal science is unacceptable, on what it is to have knowledge of law”.

² Cfr. Calsamiglia, A., *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1986; Nino, C. S., *Algunos modelos metodológicos de ‘ciencia’ jurídica*, México, Fontamara, 1993; Ratti, G. B., *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Turín, Giappichelli, 2008.

³ Cfr. al menos, acerca del debate en los siglos XIX-XX: la clásica obra de Larenz, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín-Göttingen-Heidelberg, Springer, 1960; Carrino, A. (ed.), *Metodologia della scienza giuridica*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1989; Chiassoni, P., *L’utopia della ragione analitica. Origini, oggetti e metodi della filosofia del diritto positivo*, Turín, Giappichelli, 2005; y la síntesis muy ágil de Millard, É., *Théorie générale du droit*, París, Dalloz, 2006.

Epistemología jurídica

la ciencia del derecho, determinando al menos parcialmente, su modificación. Para entender la situación actual de la epistemología jurídica, debemos por tanto, dirigir nuestra atención hacia el debate epistemológico contemporáneo, hacia las discusiones actuales acerca de la ciencia y más en general, acerca de las formas de conocimiento.

2. EMPIRISMO Y CONSTRUCTIVISMO

Las dos posturas —las dos familias de concepciones— que en el último siglo se han enfrentado en el campo epistemológico, son el empirismo y el constructivismo.⁴ El primero supone necesariamente el realismo “metafísico”, es decir, la convicción, que no puede ser verificada empíricamente, de que existe un mundo externo, independiente de los sujetos que lo conocen. El segundo no supone necesariamente el realismo “metafísico”, pero tampoco lo rechaza necesariamente.

Según el empirismo, la dirección de ajuste (*direction of fit*)⁵ apropiada —también en las ciencias sociales— es la que podríamos llamar episteme-a-mundo: la epistemología depende de la ontología, la epistemología adecuada es la que se ajusta al objeto investigado (a su naturaleza, a su manera de ser). Según el constructivismo, en cambio, la dirección de ajuste apropiada —también y quizás sobre todo en las ciencias sociales— es la que podríamos llamar mundo-a-episteme: la ontología depende de la epistemología, en el sentido que no hay para los hombres otra manera de acceder a la “realidad” que a través de nuestras “gafas” epistemológicas.

El empirismo es una postura muy bien conocida y casi de sentido común desde hace tiempo. Utiliza el concepto de verdad como correspondencia y criterios heurísticos verificacionistas (o bien falsacionistas). La postura constructivista y su noción

⁴ En muchas ocasiones estas posturas han sido también llamadas, respectivamente, realismo y antirealismo. Prefiero no utilizar estas dos expresiones en aras de evitar una confusión con otros “realismos” mencionados en el texto: el metafísico y el jurídico.

⁵ Cfr. Anscombe, G. E. M., *Intention*, Oxford, Blackwell, 1957, sect. 32.

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

de “niveles de realidad”,⁶ es en cambio relativamente reciente y menos conocida. Por eso me parece pertinente presentarla con algún detalle.

Según el constructivismo, podemos conceptualmente distinguir una visión retínica y una visión epistémica del mundo. La primera está constituida por la percepción de los datos sensoriales brutos que nos permite ver el mundo, pero no entenderlo. Vemos cosas, oímos sonidos, olemos aromas, etc., pero no los entendemos, no los conocemos, no los reconocemos, etc. La visión retínica es igual para todos los seres humanos “normales” y nos ofrece una idéntica imagen del mundo. La visión epistémica en cambio, está constituida por la inserción de los datos sensoriales en la red de nuestros conocimientos previos, por la reelaboración de esos datos a la luz de nuestros conocimientos, por la misma parcial determinación de lo que vemos sobre la base de lo que nos esperamos ver. Se trata, por tanto, de una visión impregnada de teoría, que por supuesto utiliza además instrumentos que potencian los cinco sentidos humanos. Siempre, después de los primeros meses de vida, los hombres tienen una visión epistémica, en el sentido de que la visión retínica incesantemente viene reelaborada epistémicamente.

La visión epistémica, dependiendo de la calidad y cantidad de los conocimientos poseídos, puede brindarnos y de hecho nos brinda una visión “estratificada” del mundo: la realidad es percibida diferentemente según los diferentes puntos de vista que se asumen. Expresándose de otra forma, podríamos decir que percibimos —o sea construimos— varios niveles de realidad. Un mismo objeto, un mismo estado de cosas puede, por tanto, tener apariencias profundamente distintas según la diferente visión epistémica con la que se lo mira.

Pongo un ejemplo trivial. Una mesa está constituida por una superficie compacta y sin huecos, si su imagen retínica está reelaborada epistémicamente en el interior de una teoría física

⁶ Cfr. Goodman, N., *Ways of Worldmaking*, Indianapolis-Cambridge, Hackett, 1978; Piattelli Palmarini, M. (ed.), *Livelli di realtà*, Milán, Feltrinelli, 1984; Watzlawick, P. (ed.), *L'invention de la réalité. Comment croyons-nous ce que nous croyons savoir?* (1981), París, Seuil, 1992.

Epistemología jurídica

preatómica, mientras que está constituida por una red de conexiones químicas y electromagnéticas, y entonces tiene muchos “huecos”, si su imagen retínica, tal vez a través de un microscopio, está reelaborada epistémicamente en el interior de una teoría física contemporánea. No tiene mucho sentido afirmar que la primera imagen es falsa —o irreal— y la segunda es verdadera —o real—, o viceversa. Solo se trata de dos diferentes niveles de realidad o si se prefiere, de la adopción de dos distintos puntos de vista. Por decirlo con las palabras de uno de los constructivistas más convencidos en el ámbito jurídico: “la única realidad con la que tenemos contacto es una *realidad para nosotros*, en el sentido de una realidad que constituye el resultado, siempre revisable, de nuestras tentativas de reconstruirla a partir de los esquemas conceptuales —potencialmente plurales— en cada ocasión disponibles en el interior de un determinado contexto cultural”.⁷

Verdaderas no son, entonces, las proposiciones que reflejan correctamente la realidad, como afirma el empirismo, que en última instancia postula la existencia de una realidad que es independiente del sujeto que la conoce. Verdaderas pueden llamarse las proposiciones que son coherentes en el interior de nuestros esquemas conceptuales, y según los criterios de nuestras teorías acerca de la realidad. Una realidad que epistémicamente —pero también ontológicamente, en opinión del constructivismo más radical, que no comparte el realismo “metafísico”— depende de los sujetos que la conocen, o sea que la construyen.

En el marco jurídico reencontramos ambas posturas, la empirista y la constructivista, en sus respectivas versiones descriptivas —que responden a la pregunta “¿Cómo se conoce?”— y normativas o metodológicas —que responden a la pregunta “¿Cómo se debe conocer, cuáles son los procedimientos correctos o adecuados para conocer?”—, aun si la constructivista es quizás todavía poco difundida, sobre todo entre los operadores prácticos del derecho.

⁷ Villa, V., “Alcune chiarificazioni concettuali sulla nozione di *inclusive positivism*”, en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Turín, Giappichelli, 2001, pp. 255-88, en la p. 277. Cfr. también Villa, V., *Costruttivismo e teorie del diritto*, Turín, Giappichelli, 1999.

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Cabe sin embargo advertir que la postura constructivista tiene unos argumentos a su favor. La gran mayoría de los juristas sigue siendo convencida que la epistemología depende, en última instancia, de la ontología: es decir, adhiere a una metafísica realista. Pero se va difundiendo la idea según la cual no disponemos de un acceso directo e inmediato a la realidad, ni siquiera a los “hechos brutos”. Por tanto, si no queremos convertirnos en empiristas totalmente ingenuos, debemos admitir que la correspondencia o no de nuestras proposiciones con la realidad depende también de la previa configuración del objeto de investigación. Así se llega a pensar que en alguna medida la ontología depende de la epistemología, no en el sentido —típico del constructivismo más radical— que toda realidad es *subject-dependent*, sino en el sentido que nuestros *criterios* de verdad —no nuestro *concepto* de verdad— son necesariamente coherentistas. Las proposiciones son verdaderas en la medida en que corresponden a una “realidad” previamente configurada, es decir, al fin y al cabo, si corresponden a —o sea son coherentes con— otras proposiciones previamente aceptadas, que generalmente pertenecen a conjuntos de proposiciones que llamamos teorías. Esta posición epistemológica sigue siendo en el fondo empirista —o al menos realista metafísica—, pero tiene en cuenta debidamente la enseñanza de Quine.⁸

En el ámbito jurídico, entonces, una epistemología adecuada, además de ser deudora de los fines de la investigación y de su consecuente nivel de abstracción, depende en primer lugar de qué es el derecho, de su naturaleza, de su estatus ontológico. Pero lo que el derecho es depende a su vez, en alguna medida, de cómo configuramos el derecho, es decir, de qué concepto de derecho manejamos. Y sobre este punto quiero detenerme ahora.

3. EL OBJETO “DERECHO”

La pregunta “¿Qué es el derecho?”, en el interior de un enfoque analítico, puede interpretarse de dos maneras distintas: como

⁸ Quine, W. V. O., “Two Dogmas of Empiricism” (1951), en *From A Logical Point of View. 9 Logico-Philosophical Essays*, 2ª ed. rev., Nueva York-Hagerstown-San Francisco-Londres, Harper & Row, 1961, pp. 20-46.

Epistemología jurídica

una pregunta ontológica sobre la naturaleza del derecho, o bien, como una pregunta lingüística sobre qué significa la palabra “derecho”. Las dos preguntas son bien diferentes, ya que se refieren a objetos potencialmente diferentes. La segunda es claramente metalingüística, mientras que la primera versa sobre un objeto del cual se está justamente buscando la naturaleza, que bien podría no ser solo lingüística.

Mientras que las actividades que hay que desarrollar para contestar a la segunda pregunta consisten principalmente en recoger usos lingüísticos, las actividades que se deben llevar a cabo para contestar a la primera pregunta pueden ser de muchos tipos distintos, nunca reducibles a la mera recolección de usos lingüísticos. Las dos preguntas, aún si claramente pueden tener muchas relaciones entre sí, son conceptualmente diferentes, versan sobre objetos *prima facie* diferentes y deben por tanto ser tratadas en modo distinto para evitar confusiones.

La filosofía analítica del derecho ha ido progresivamente desplazando su interés desde la segunda hacia la primera cuestión, también porque la pregunta acerca de los significados de la palabra “derecho” ha sido contestada amplia y profundamente por varios teóricos del derecho en la segunda mitad del siglo xx, que han contribuido a elaborar una respuesta estándar a aquella cuestión.⁹

A la pregunta ontológica, en cambio, no hubo y no hay todavía una respuesta estándar. La pregunta ha sido interpretada de las maneras más variadas: como pedido de definición de un concepto o bien de identificación de un fenómeno; y en ese último caso como pedido de descripción de un dato preexistente o de construcción teórica del objeto de investigación. Y así sucesivamente.

En el interior del enfoque analítico en teoría del derecho, la respuesta solía consistir en la tesis según la cual el derecho es un fenómeno eminentemente lingüístico. Se puede por ejemplo afir-

⁹ Cfr. entre otros: Williams, G., “The Controversy Concerning the Word ‘Law’ (1945)”, en Laslett, P. (ed.), *Philosophy, Politics and Society*, Oxford, Blackwell, 1956; Tarello, G., *Progetto per la voce “Diritto” di una enciclopedia*, en “Politica del diritto”, II, 6, pp. 741- 47; Nino, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, 2a ed., Astrea, Buenos Aires, 1988.

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

mar¹⁰ que el derecho —positivo— es un subconjunto de discursos que se inserta en el conjunto más general de los discursos en el marco jurídico, que podemos llamar el “lenguaje jurídico”. Este último incluye al menos cuatro tipos de discursos:

1. discursos *del* derecho, o sea, el conjunto constituido por los documentos normativos autoritativos (Constitución, leyes, decretos, reglamentos, etc.);
2. discursos *acerca* del derecho, o sea, el conjunto de discursos que versan descriptiva o valorativamente, sobre los discursos del y con el derecho;
3. discursos *con* el derecho, o sea, el conjunto de los discursos que se configuran como juicios jurídicos o razonamientos jurídicos, es decir, discursos que toman, proponen o justifican decisiones jurídicas;
4. discursos *para* el derecho, o sea, el conjunto de discursos preliminares respecto de los demás, que enfrentan problemas lógicos, metodológicos y epistemológicos en el análisis de los discursos jurídicos.¹¹

El derecho —positivo— en nuestras organizaciones jurídicas, no podría entonces identificarse únicamente con los discursos del derecho, sino más bien como la conjunción de todos los discursos del derecho y de algunos discursos con el derecho, sin olvidar las interacciones y los nexos genéticos que unen el derecho positivo a los demás discursos con el derecho y a los discursos acerca del derecho y para el derecho.

Hoy en día, sin embargo, las respuestas más difundidas y relevantes a la pregunta acerca de la configuración del derecho no apuntan más a subrayar exclusivamente los componentes lingüísticos del fenómeno jurídico. A pesar de ser muy variadas, creo que todas pueden ser agrupadas en dos grandes clases —o en una combinación entre las dos—: la que afirma que el derecho es un

¹⁰ Cfr. Comanducci, P., *Diritto positivo: due esercizi di dissezione*, en Zaccaria, G. (ed.), *Diritto positivo e positività del diritto*, Turín, Giappichelli, 1991, pp. 113-24.

¹¹ Hoy sin embargo, prefiero a esa tipología otra, un poco más sencilla, que distingue entre discursos en el derecho (que agrupan los discursos del y con el derecho) y discursos acerca del derecho.

Epistemología jurídica

conjunto de hechos y la que afirma que el derecho es un conjunto de normas. La combinación está constituida por la afirmación que el derecho es un conjunto de razones para la acción, que son hechos que tienen una especial vinculación con las normas jurídicas.¹² Pero no me detendré aquí sobre esa última respuesta.¹³

Según la manera en que se configure el derecho —como conjunto de hechos o en cambio como conjunto de normas— varía la epistemología apropiada para conocerlo. La tesis me parece trivial, pero no siempre se saca de ella una de sus consecuencias necesarias: es decir, que no puede haber un único enfoque epistemológico para acercarse al fenómeno jurídico. Hay varios enfoques, todos en algún sentido adecuados.

El derecho como conjunto de hechos —de hechos “institucionales” según la terminología de Searle—¹⁴ suele ser definido hoy en día como una práctica social que está constituida por una multitud de comportamientos, lingüísticos y no, de individuos, grupos e instituciones, por sus relaciones recíprocas, por un sistema de distribución de bienes y valores sociales, por un aparato coactivo, etc. La epistemología adecuada para conocer —describir, explicar, entender— estos fenómenos debería ser brindada por las ciencias y la filosofía sociales —sociología, psicología, análisis económico, teoría jurídica de corte realista, etc.—. Estos enfoques epistemológicos se desarrollan en diferentes niveles de generalidad y de abstracción: van desde investigaciones sobre los mecanismos sociales comunes en cada derecho moderno hasta investigaciones de alcance muy restringido y de baja abstracción, como las que versan, por ejemplo, sobre la práctica de las entrevistas del presidente de la República italiana al momento de la formación de un nuevo gobierno, en los últimos diez años.

Problemas epistemológicos muy interesantes y discutidos hoy en día en la literatura pertinente, surgen en relación a las

¹² Cfr. Raz, J., *Practical Reason and Norms*, Londres, Hutchinson, 1975.

¹³ Sobre la cual véase al menos: Bayón, J. C., *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, CEC, 1991; Redondo, M. C., *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, CEC, Madrid, 1996.

¹⁴ Cfr. Searle, J. R., *The Construction of Social Reality* (1995), Penguin Books, Londres, 1996.

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

condiciones de verdad de las proposiciones que dan cuenta del derecho como práctica social, ya que los hechos institucionales que en buena medida constituyen esta práctica, son —siguiendo a Searle— ontológicamente subjetivos y su existencia depende de creencias compartidas además de reglas constitutivas. Por tanto, los procedimientos de verificación de la correspondencia entre las proposiciones de las ciencias sociales y los hechos institucionales tienen que ser distintos de los procedimientos de verificación en las ciencias naturales, que se ocupan en general de fenómenos ontológicamente objetivos. En mi opinión, esto sigue afectando el grado de objetividad epistemológica de las proposiciones acerca del derecho como práctica social, que me parece muchas veces inferior al grado alcanzado por las proposiciones de las ciencias naturales. Dicho de otra forma, es mucho más difícil en las ciencias sociales que se formen paradigmas, como suele pasar en las ciencias naturales y en las formales.

El derecho, concebido y configurado como conjunto de normas, es el que se enseña y se estudia tradicionalmente desde la Edad Media en las facultades de Derecho, que se produce por ejemplo en los parlamentos, se aplica en los tribunales, se cumple o no por parte de los individuos, etcétera.

Conocer el derecho así configurado, tiene gran relevancia social, ya que todos, aun si a veces por distintas razones estamos interesados en enterarnos de qué acciones han sido prohibidas, obligatorias o permitidas por las autoridades: “¿Qué se debe o no se debe hacer —según un derecho, por ejemplo según el derecho italiano vigente—?”, esta es la pregunta fundamental a la que quieren contestar los enfoques epistemológicos de quienes configuran el derecho como un conjunto de normas. Los documentos producidos por las autoridades y sus actuaciones institucionales, desde este punto de vista, solo son los medios a través de los cuales se puede conocer un derecho que no se identifica con aquellos hechos, sino que es en cambio el contenido de significado de aquellos. Conocer un derecho es principalmente interpretar actos y documentos autoritativos, usando técnicas semánticas generales —propias de una lengua natural— y específicamente jurídicas, y después sistematizar de varias formas los contenidos normativos individualizados.

Epistemología jurídica

Es la dogmática jurídica¹⁵ o quizás más en general, la cultura jurídica interna —o sea el conjunto de los operadores jurídicos—, la que cumple principalmente el papel social de conocer y hacer conocer un derecho, es decir sus normas, o lo que es lo mismo, qué se debe o no se debe hacer según cuanto él dispone.

Hay por supuesto miles de problemas epistemológicos conectados con la metodología de la dogmática jurídica, relativos a las condiciones de verdad, o como hoy se prefiere decir, de corrección de sus proposiciones, y a la objetividad contextual o no, débil o fuerte, de los conocimientos adquiridos por ella.¹⁶

En el presente trabajo por razones de brevedad, no puedo detenerme en un análisis pormenorizado de la naturaleza de las variadas actividades llevadas a cabo por la dogmática, que no son claramente todas de tipo cognoscitivo. Solo me parece oportuno destacar la ambigüedad con la que a veces se plantea la relación entre un derecho y la dogmática jurídica que le corresponde, preguntándose si este derecho constituye o no un “dato” para la dogmática.¹⁷

La ambigüedad del planteamiento depende de la sutil ambigüedad de la palabra “dato”. En una primera acepción, por “dato” se entiende cualquier objeto de conocimiento que “se da”, es decir que existe independientemente del sujeto que intenta conocerlo. En una segunda acepción, por “dato” se entiende cualquier objeto que “viene dado por”, es decir que proviene de un sujeto diferente del sujeto cuyo punto de vista ha sido tomado en consideración, en nuestro caso: la dogmática jurídica. Podríamos quizás afirmar que en la primera acepción, “dato” designa algo preconstituido con respecto al conocimiento, en la segunda algo preconstituido con respecto a la decisión.

Por tanto cabe reformular la cuestión, dividiéndola en dos preguntas para evitar la ambigüedad:

¹⁵ La dogmática es a veces llamada *scientia iuris* a veces *iuris-prudentia*, según se quiera subrayar uno que otro aspecto de su metodología.

¹⁶ Cf., entre otros, Nino, C. S., *op. cit.*; R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica* (1978), CEC, Madrid, 1989.

¹⁷ Cf. Comanducci, P., *op. cit.*

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

- a) “¿Un derecho —positivo— es o no un objeto preconstituido con respecto a la actividad cognoscitiva de la dogmática?”
- b) “¿Un derecho —positivo— es o no un objeto preconstituido con respecto a la actividad decisional de la dogmática?”

Creo que hoy en día nadie contestaría con un sí o con un no rotundos a estas preguntas. Lo que son realmente interesantes —desde un punto de vista epistemológico— son los matices con que se pueden responder las dos preguntas, dando cuenta también y sobre todo, del rol de la dogmática como fuente intersticial del derecho y como productora y reproductora de influentes ideologías en el marco de la cultura jurídica interna y externa.

4. LA TEORÍA DEL DERECHO

Hasta ahora he presentado sumaria pero explícitamente, dos grandes familias de enfoques epistemológicos referidos respectivamente al derecho como conjunto de hechos —los de las ciencias sociales— y al derecho como conjunto de normas —los de la dogmática—. Pero más bien implícitamente, he presentado, *usándola*, una tercera familia de enfoques epistemológicos: los de la teoría o filosofía del derecho, que apuntan a conocer, como se usa decir, *el* derecho y no *un* derecho —o algunos derechos—, al que apuntan en cambio las ciencias sociales y la dogmática.

Al menos en la tradición metodológica de tipo analítico, la teoría del derecho se ocupa exactamente de los mismos objetos de las ciencias sociales y de la dogmática. La gran diferencia del enfoque iusfilosófico depende esencialmente del mayor nivel de abstracción en el que se colocan sus discursos, que lleva a los filósofos del derecho a elaborar modelos reconstructivos y explicativos de la realidad, más que a describirla directamente. Esto aclara, por ejemplo, por qué la filosofía del derecho se ha ocupado preferentemente de la estructura y de las funciones de los diferentes sistemas jurídicos y no de sus contenidos normativos específicos.

Epistemología jurídica

Sobre el estatuto epistemológico de la teoría del derecho los mismos teóricos discrepan fuertemente entre sí.¹⁸ Sin embargo, hay un acuerdo bastante amplio sobre cuáles deberían ser los objetos privilegiados de la teoría del derecho. Es decir, los mismos que admirablemente individualizó Herbert Hart hace unas décadas:¹⁹ los conceptos jurídicos fundamentales —empezando pero no terminando con el concepto de derecho—, los razonamientos jurídicos, las relaciones entre derecho y moral. Se trata también de tres áreas centrales de las prácticas sociales llamadas “derecho” —es decir, del derecho así como es configurado por las ciencias sociales— y de tres problemas centrales de aquellos conjuntos de normas que la dogmática configura como derecho.

Estoy personalmente convencido de que la teoría del derecho debería seguir investigando estos objetos, seguir asumiendo actitudes analíticas —por ejemplo cumplir con el imperativo de Norberto Bobbio: *¡Distingue frequenter!*—, y seguir utilizando instrumentos de análisis lingüístico, al lado del uso creciente de investigaciones ontológicas.

Si se dan estas condiciones, si la filosofía del derecho logra cumplir con estas pautas, creo que seguirá teniendo un lugar importante, me atrevería a decir necesario, en la formación de los juristas como lo ha tenido en el último siglo de este y del otro lado del Atlántico.

¹⁸ Un ejemplo entre muchos está constituido por la reciente discusión entre Ferrajoli, Jori, Guastini y yo sobre la cuestión de si la teoría del derecho pueda o no, deba o no ser normativa, o si en cambio deba y pueda ser no-valorativa. Discusión en la que, creo, ninguno de los cuatro ha logrado convencer a los demás. Cfr. P. Comanducci, *Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali*, L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, L. Ferrajoli, *La pragmatica della teoria del diritto*, M. Jori, *Pragmatica, scienza giuridica e diritti*, R. Guastini, *Rigidità costituzionale e normatività della scienza giuridica*, todos en Comanducci, P. y Guastini R. (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Turín, Giappichelli, 2004.

¹⁹ Cfr. Hart, H. L. A., “Philosophy of Law, Problems of”, en Edwards P. (ed. en jefe), *The Encyclopedia of Philosophy*, Nueva York-Londres, The MacMillan & The Free Press/Collier-MacMillan Limited, 1967, vol. VI, pp. 264-276.