

## PRÓLOGO

Es una opinión casi indiscutida entre los estudiosos de la filosofía y la teoría del derecho que el centro de los debates iusfilosóficos se ha trasladado paulatinamente —y de modo creciente— hacia las áreas anglosajonas de cultura e investigación. Esto se hace especialmente evidente a partir de la enorme influencia ejercida en el ámbito del pensamiento jurídico por las ideas de Herbert L. A. Hart, en virtud de las cuales, ya sea para venerarlas o criticarlas, se construye lo más difundido de la iusfilosofía actual. En efecto, todo el debate entre los positivismos incluyente y excluyente, la renovación del iusnaturalismo llevada a cabo por John Finnis, Robert P. George, Joseph Boyle y varios otros en la denominada Nueva Escuela de Derecho Natural, el principalismo de Dworkin, el institucionalismo de Neil MacCormick y las teorías argumentativas, como las de Aulis Aarnio, así como la mayoría de los representantes del positivismo analítico, tienen como trasfondo las doctrinas principales de ese profesor inglés.

Por otra parte, luego de varios siglos de olvido, menosprecio o simple desinterés, la problemática de la interpretación ha resurgido con una enorme fuerza, en especial como respuesta al positivismo predominante en la primera mitad del siglo XX, manifestándose en expresiones como la hermenéutica ontológica de Hans Georg Gadamer, la hermenéutica radical —de cuño nietzscheano— de Jacques Derrida, así como las propuestas de Umberto Eco, Paul Ricoeur, Mauricio Beuchot, Gaspare Mura, Maurizio Ferraris, Jean Grondin y Gianni Vattimo, entre muchos otros. Para estos autores, el positivismo resulta ser un reduccionismo radical, que deja de lado necesariamente todo el ámbito de los saberes humanos e históricos, a los que se accede por media-

ción del lenguaje y que requieren inexcusablemente un método interpretativo de aproximación.

Ahora bien, esta perspectiva hermenéutico-interpretativa ha tenido una fuerte repercusión en el campo de los saberes jurídicos, lo que es razonable, toda vez que el derecho es una praxis social humana, que se expresa primordialmente por mediación del lenguaje y donde los métodos de verificación empírica propios del *Approach* positivista tienen poco o ningún lugar. Por otra parte, el derecho, junto con la teología, han sido tradicionalmente los ámbitos privilegiados de desarrollo de las actividades y método interpretativos, lo que ha sido puesto de relieve especialmente por Gadamer y Ricoeur. Entre los juristas que han adoptado el modo hermenéutico de aproximación, se destacan los italianos Francesco Viola, Francesco D'Agostino, Emilio Betti y Giuseppe Zaccaria, así como algunos españoles: Gregorio Robles, Pedro Serna, Andrés Ollero y Antonio Osuna Fernández-Largo y los alemanes Arthur Kaufmann, Joseph Esser, Karl Larenz y Winfried Hassemer. También puede incluirse en esta nómina al norteamericano Ronald Dworkin, aunque su impronta hermenéutica sea más particular y mixturada con elementos de la filosofía analítica y del individualismo político anglosajón.

En el libro que ahora introducimos, la autora, la estudiosa argentina Pilar Zambrano, doctorada en Derecho en la Universidad de Navarra, docente en la Universidad Austral e Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet), ha emprendido la tarea de sintetizar y valorar, desde una posición abierta a la vez que crítica, las aportaciones a la teoría de la interpretación jurídica de algunas de las versiones actuales de la filosofía jurídica anglosajona deudora de Hart. Es decir, ha encarado la difícil empresa de enfrentar argumentativamente las dos más recientes líneas de pensamiento iusfilosófico mencionadas más arriba: el positivismo remozado dependiente del antiguo profesor de Oxford, y la problemática interpretativa propia de las doctrinas hermenéuticas. Zambrano ha escogido para esta tarea a un representante notorio del positivismo jurídico incluyente,

Wilfrid J. Waluchow, al principal portavoz actual del positivismo excluyente, Joseph Raz, y al autor que obra como puente entre la hermenéutica continental y la filosofía analítica, Ronald Dworkin.

En el primer capítulo de la obra, Zambrano analiza las propuestas de los autores positivistas, primero de Waluchow y luego de Raz, poniendo en evidencia dos afirmaciones principales: la primera, que del pensamiento de ambos surge con claridad que la tarea interpretativa incluye, necesaria o constitutivamente, un momento valorativo, de carácter principalmente teleológico; y la segunda, que el punto de partida positivista de ambos autores, más allá de sus diferencias, los obliga a concebir esta relación como meramente contingente o accidental. Esta última afirmación es central dentro del esquema positivista, toda vez que la aceptación de la continuidad necesaria y de contenidos entre la normatividad práctico-moral y el derecho obligaría al abandono liso y llano del positivismo.

Por ello, para no abandonarlo, los autores analizados procuran registrar la innegable presencia del elemento valorativo-teleológico en la dimensión interpretativa del derecho, pero atribuyéndole un valor débil, contingente en un caso (Waluchow) y excepcional en el otro (Raz). Pero en cualquiera de los dos casos se trata siempre de una relación no-constitutiva, sólo casual, excusable y, en definitiva, prescindible, al menos en ciertos casos. Zambrano pone aquí en evidencia este carácter en definitiva efímero e insuficiente de la relación interpretación-valoración-finalismo, contrastándolo con la decisividad y necesidad con que esa relación aparece en la experiencia jurídica, concebida ésta integralmente como una praxis social normativa.

Por su lado, Dworkin parte de una clara toma de posición antipositivista, que se refleja en todas las dimensiones de su vasta obra y que ha tenido una relevante repercusión en el pensamiento jurídico contemporáneo. Y en lo que se refiere al tema que aborda Zambrano en este libro, Dworkin realiza una larga serie de distinciones, subdistinciones y matices, que Zambrano estudia con

acribia y prolijidad, centrándose en la concepción dworkiniana del derecho como práctica social interpretativa, constructiva y creativa. Según el autor norteamericano, el derecho es una práctica social *interpretativa* porque los participantes “atribuyen” un sentido a la práctica, es *constructiva* porque el derecho se construye a través de las prácticas en que consiste, y es *creativa* porque esta construcción se realiza desde un punto de vista valorativo. Cabe destacar aquí que, para Dworkin, la interpretación no es meramente un presupuesto de la aplicación del derecho, sino la esencia del fenómeno social denominado “derecho”, que traspasa todas sus dimensiones y la totalidad de su dinámica.

Ahora bien, esa creación interpretativa del derecho no puede ser completamente libre y, en definitiva, arbitraria, ya que una de las funciones innegables del derecho es la de la exclusión de la arbitrariedad. Zambrano pone en evidencia que, para Dworkin, no puede haber en ese caso una discreción irrestricta y ella debe, por lo tanto, resultar limitada por ciertos elementos de la misma realidad jurídica. Y esto es así, toda vez que en el caso de una creación ilimitada de los contenidos jurídicos, no se estaría en presencia propiamente de una *interpretación*, sino de la mera creación de normas completamente nuevas, tal como lo sostenía Kelsen en el último capítulo de la segunda edición de su *Reine Rechtslehre*.

Dworkin, por su parte, intenta establecer ciertos límites racionales a la discreción interpretativa al sujetarla a dos instancias objetivas: la primera, que denomina “preinterpretativa” y que radica en la necesidad de atenerse a las normas vigentes en la práctica jurídica de que se trata; y la segunda, que llama “de encaje”, según la cual la interpretación debe corresponderse con una descripción fiel de la concreta práctica jurídica. Esta exigencia de “encaje” implica que el uso público de la coacción supone un trato coherente de los ciudadanos, que debe concretarse a través de los principios de equidad, debido proceso y justicia. En especial de esta última, que puede resumirse en el respeto a la dignidad de cada participante en la práctica jurídica.

Zambrano elabora una interpretación benévola de esta doctrina dworkiniana, según la cual la propuesta del profesor norteamericano superaría las elucubradas por Waluchow y Raz y para la cual el juicio valorativo sería propio de todo razonamiento jurídico y de todas sus dimensiones y elementos. A la inversa de Waluchow, para quien la valoración es contingente con referencia a una regla de reconocimiento meramente empírica, y de Raz, para el cual esta valoración resulta un caso excepcional en la interpretación, Dworkin sostendría la existencia de una valoración universal y omnipresente, que traspasaría e informaría todo el razonamiento jurídico, de principio a fin.

Ahora bien, el problema es que la presentación dworkiniana no solamente es confusa y alambicada, sino que también se presta para una lectura diferente y opuesta a la lectura benévola de Zambrano. En rigor, la dificultad proviene de que Dworkin, siendo un jurista enormemente inteligente e intuitivo, percibe con gran claridad los problemas y barrunta o vislumbra las soluciones, pero no puede formularlas con precisión y solidez en razón —entre otras cosas— de su deficiente formación filosófica de base. Esto lo lleva a realizar innumerables distinciones, matizaciones y a incrementar la complejidad de sus presentaciones, sin arribar generalmente a resultados rigurosos y sistemáticos. De todos modos, es necesario destacar que Dworkin intuye correctamente que las valoraciones y sus referencias teleológicas no pueden ser un elemento meramente contingente o excepcional del razonamiento y la interpretación jurídicas, sino que deben de algún modo —que no alcanza a precisar del todo— tener una presencia necesaria o constitutiva en todo el ámbito de la praxis jurídica.

En el último capítulo, Zambrano propone su propia versión de la cuestión estudiada, partiendo de la constatación de que la indagación teleológico-valorativa forma parte esencial de toda interpretación, como consecuencia del carácter práctico y de la mediación lingüística propia del derecho. Del carácter práctico, toda vez que no resulta posible comprender una acción humana, menos aún una acción humana jurídica, sin conocer la intención

de los agentes. Y en lo que respecta a la necesaria mediación lingüística de la praxis jurídica, está claro que no puede interpretarse ningún texto, jurídico y en general práctico, sin conocer la intención lingüística y pragmática del emisor. De este modo, el carácter de praxis social que reviste el derecho requiere constitutivamente una referencia hacia fines valiosos. Zambrano establece que la interpretación jurídica tiene, desde esta perspectiva, dos límites a su carácter creativo: uno “inferior” dado por las estructuras lingüísticas en que se manifiesta el derecho; y uno “superior”, que radica en un sentido objetivo de la justicia.

Respecto de este último punto, Zambrano trae a colación una doctrina desarrollada por Sergio Cotta, quien distingue un aspecto *morfológico* del derecho, que lo distingue como un conjunto de mandatos coactivo que emanan de fuentes sociales, de un aspecto *fenomenológico* y de otro *ontológico*. Respecto del fenomenológico, éste registra los fines que de hecho se han propuesto y se proponen las distintas tradiciones jurídicas, mientras que el ontológico explica estos fines desde las finalidades intrínsecas de la naturaleza humana. En esta última perspectiva, resulta claro que los fines del derecho no se cumplen acabadamente sin el respeto de los fines esenciales o naturales del hombre. Y es esta última dimensión la que marca la diferencia decisiva con las estudiadas previamente (Waluchow, Raz y Dworkin); en efecto, sólo si se parte de la existencia de ciertas finalidades —que se ordenan a ciertos bienes— radicadas constitutivamente en el modo de ser propio del hombre, es posible superar las aporías y perplejidades a que conducen tanto los positivismos como el iusnaturalismo débil sostenido por Dworkin.

Aquí radica entonces el núcleo explicativo del libro de Zambrano: los positivismos y el iusnaturalismo débil dworkiniano detectan con acierto la presencia de toda una dimensión teleológico-valorativa en los procesos de razonamiento e interpretación jurídica, pero al negar el objetivismo fuerte, es decir, en términos de Cotta, “ontológico”, terminan por considerarla contingente, excepcional o sólo transubjetiva, sin poder explicarla de modo

consistente. Por ello, sólo si es posible conocer estos fines-bienes de un modo objetivo: ontológico, según Cotta, práctico-racional, según otros autores como John Finnis, resulta viable que ellos pongan un límite racional, axiológico y decisivo a la inescapable discrecionalidad de las interpretaciones que se realizan en todos los niveles de la realidad jurídica.

En un libro publicado recientemente (*Filosofía del derecho. El conocimiento y la interpretación jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, vol. 3), el autor de estas líneas ha defendido la existencia necesaria de un axioma que da sentido a todo el sistema de reglas de la interpretación jurídica y que radica en la necesaria ordenación axiológica de toda la actividad hermenéutica a la realización de la mayor justicia en cada situación jurídica. Una doctrina similar es la sostenida por Zambrano en la conclusión de este libro: la dimensión teleológico-valorativa de la interpretación jurídica aparece como necesaria y se justifica decisivamente cuando se reconoce la existencia de ciertos fines-bienes propios del modo de ser —de la naturaleza— del hombre. Esto hace posible trascender positivamente las dudas e inconsecuencias a que conducen los positivismos de toda especie, y que no resultan superadas por un iusnaturalismo débil, incapaz de llegar el núcleo de objetividad ética que da sentido a todo el derecho.

El libro de Zambrano constituye, por todo lo expuesto, una presentación y una superación sólida, prolija y penetrante de algunas de las más difundidas doctrinas contemporáneas acerca de la interpretación jurídica. Dicho en otras palabras, este libro es una muestra de como es posible abordar los temas de la iusfilosofía desde la perspectiva de un iusnaturalismo abierto, informado e inteligente; abierto, porque parte de la conveniencia de estudiar el pensamiento de los más notorios iusfilósofos contemporáneos, de todas las escuelas, y de la posibilidad de aprender de ellos cosas relevantes, capaces de contribuir positivamente a la reformulación y desarrollo de la tradición iusnaturalista; informado, porque supone un estudio detallado, amplio y objetivo de las doctrinas de los diversos autores que aborda, a los que trata

sin desprecio y analiza con una acribia que merece ser destacada, e inteligente, porque aprovecha en forma matizada y penetrante las contribuciones positivas de los autores que estudia y las supera con una propuesta sistemática, rigurosa y personal.

Pilar Zambrano ya puso en evidencia estas cualidades en un reciente libro, elaborado sobre la base de su tesis doctoral (*La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político*, Buenos Aires, Ábaco, 2005) y las reitera ahora potenciadas en la presente obra. En definitiva, se trata en este caso de un libro actual, serio e interesante, que aborda un tema de especial importancia y que vale la pena estudiar —no sólo leer— por todos aquellos que se interesen por el desarrollo de las ideas iusfilosóficas en la actualidad.

Carlos I. MASSINI CORREAS