

ANUARIO

Nº35 · 2019

**El constructivismo
jurídico: algunos riesgos**

Páginas 101-127

EL CONSTRUCTIVISMO JURÍDICO:

ALGUNOS RIESGOS

Hugo Osorio Morales

Magister en Tributación por la Universidad de Chile, master of International Taxation, The University of Sydney. Doctorando en Derecho, mención en Constitucionalismo y Derecho, Universidad Austral de Chile. Valdivia, Chile.

hugo.osorio.morales@gmail.com

RESUMEN

El trabajo aborda el capítulo IV del libro *Argumentación e Interpretación Jurídica*. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo de la profesora Isabel Lifante Vidal, titulado «El constructivismo interpretativo». Se analizan críticamente dos cuestiones. Primero, se sostiene la conveniencia de una mayor aclaración y fundamentación en relación con la metaética y la fundamentación de los aspectos normativos de las prácticas interpretativas. Segundo, se argumenta que el constructivismo propuesto por la autora tiende a producir un estado de indeterminación y confusión característico de aquellas teorías cuyo punto de partida es cómo las cosas debieran ser, en vez de como en realidad son.

PALABRAS CLAVE

Interpretación, constructivismo, indeterminación

JURIDICAL CONSTRUCTIVISM:

SOME RISKS

ABSTRACT

The paper addresses chapter four of Isabel Lifante Vidal's book, *Argumentación e interpretación jurídica*. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo, entitled «El constructivismo interpretativo». Two issues are critically discussed. First, the desirability of greater clarification and justification of meta-ethics is discussed, and some difficulties on the foundation of normative aspects of the interpretative practices are highlighted. Second, it is argued that the constructivism proposed by the author tends to produce a state of indeterminacy and confusion, characteristic of those theories whose point of departure is how things should be, rather than how they actually are.

KEYWORDS

Interpretation, constructivism, indeterminacy

I. INTRODUCCIÓN

En *Argumentación e interpretación jurídica*, Isabel Lifante Vidal (en adelante, IL) expone diversas concepciones de la interpretación jurídica. Lo hace con el declarado propósito de «defender una concepción constructivista o dependiente de valores de la interpretación jurídica y mostrar su superioridad frente a concepciones rivales» (2008: 11). A juicio de la autora, la mejor comprensión de las propuestas literalistas o intencionalistas es aquella que las presenta como concepciones constructivistas, aunque erradamente opten por una comprensión formalista y no axiológica del valor del derecho (Lifante Vidal, 2008: 15).

El compromiso de la autora con la propuesta constructivista lleva a que su exposición en el capítulo IV sea relativamente breve y deba abordarse considerando las razones que se despliegan a lo largo de toda la obra. Estos comentarios, en consecuencia, tenderán a extenderse también a toda la obra.

El presente trabajo se divide en dos secciones. La primera no tiene más aspiración que exponer sintéticamente la reconstrucción —o, como señala la autora, interpretación— de la teoría constructivista de Dworkin. En la segunda se presenta un análisis que pretende destacar algunos riesgos y dificultades de la propuesta que ofrece la autora. Ello se hace desde dos perspectivas. Primero, se apunta a algunos aspectos de la reconstrucción que podrían requerir un mayor desarrollo o precisión. En segundo lugar, se discuten dos riesgos de la propuesta constructivista, relacionados con la indeterminación racional del derecho y las dificultades que se enfrentan al intentar descubrir el mundo.

II. EL CONSTRUCTIVISMO INTERPRETATIVO DE ACUERDO CON ISABEL LIFANTE VIDAL (IL)

A juicio de IL, los principales aportes de Dworkin fueron, en primer lugar, situar a la interpretación jurídica en el centro de la reflexión iusfilosófica; y, segundo, sostener que existen criterios de corrección en la interpretación

que derivan a la propia naturaleza de la actividad interpretativa como labor constructiva y necesariamente valorativa (Lifante Vidal, 2018: 173, 174). Los elementos centrales de la propuesta de Dworkin los expone en tres apartados dedicados respectivamente a la actividad interpretativa general, a la interpretación del derecho y a la tesis de unidad de valor.

1. La interpretación

La autora señala que, de acuerdo con Dworkin, la interpretación en general es una práctica social y que por ello cuando interpretamos un objeto o un evento estamos, al mismo tiempo, interpretando la práctica de la interpretación en el género al que nos unimos, conforme a los objetivos considerados valiosos en ella, artísticos, literarios, jurídicos, etc. (Lifante Vidal, 2018: 176, 77). Cuando se interpreta, se opta por una comprensión de lo que implica interpretar, una comprensión que supone atribuirle a la actividad un propósito valioso¹ y, a menos que lo consideremos una actividad sin sentido, ella está orientada a la verdad en sentido amplio o corrección respecto de las pretensiones de ese ámbito. Hablar de corrección no impide que exista incertidumbre sobre la interpretación correcta, pero sí se opone al escepticismo externo, esto es, al que sostiene que la indeterminación sería el juicio «por defecto» (Lifante Vidal, 2018, p. 177).

IL señala que, para Dworkin, la actividad interpretativa y la científica serían los dos grandes ámbitos de la actividad intelectual y que, aunque desde luego existen diferencias entre ellos, no son de entidad suficiente como para no poder hablar en ambos casos de verdad (Lifante Vidal, 2018: 177). En cualquier investigación, científica o interpretativa, deben distinguirse dos tipos de objetivos: los intrínsecos y los justificativos. Los objetivos intrínsecos son siempre los de buscar la verdad de algo. Los objetivos justificativos son aquellos que nos hacen considerar justificado realizar la investigación. En la ciencia, los objetivos justificativos no son inmediatamente prácticos; en cambio, en la interpretación sí lo son. En la interpretación, los objetivos intrínsecos y justificativos convergen: su verdad depende de los objetivos prácticos por los que tiene sentido realizar la interpretación. Es decir, qué es una adecuada interpretación depende

1 Por eso, explica la autora, Dworkin señala que «la interpretación es por tanto interpretativa» (Lifante Vidal, 2018: 177).

de las razones por las que consideramos valioso interpretar (Lifante Vidal, 2018: 178, 179). El objeto de la interpretación es presentar lo interpretado como el mejor ejemplo posible del género al cual pertenece, lo que remite a la necesidad de establecer lo que es valioso en el género interpretativo que se realiza (Lifante Vidal, 2018: 182).

2. La interpretación del derecho

IL propone que la principal contribución de Dworkin a la filosofía del derecho se encuentra en su idea de que es necesario ensanchar los horizontes de los juristas, en el sentido de entender que el derecho no puede verse como un conjunto finito de estándares, sino que como una práctica social destinada a satisfacer ciertos valores (Lifante Vidal, 2018: 187). El derecho tiene un aspecto autoritativo, pero se encuentra supeditado a los valores que dan sentido a la práctica. Por eso, el aspecto valorativo tendrá necesariamente supremacía sobre el autoritativo (Lifante Vidal, 2018: 188).

De acuerdo con la autora, Dworkin distingue cuatro tipos de conceptos que se utilizan para hablar de derecho: sociológico, de carácter criteriológico y que apunta a un determinado tipo de estructura social; taxonómico, que permite clasificar una regla o principio como norma jurídica y no de otro tipo; doctrinal, que se usa para determinar lo que exige, prohíbe o permite el derecho de una jurisdicción; y aspiracional, que se usa para describir una virtud política. Los dos últimos tienen especial trascendencia filosófica. Una teoría del derecho debe optar por una interpretación del concepto aspiracional del derecho. En este contexto, la teoría del derecho como integridad se presenta como una teoría normativa a propósito de cómo debe ser entendido dicho valor, y lo hace integrando dos dimensiones: ajuste o equidad procedimental, y justificación o justicia sustantiva (Lifante Vidal, 2018: 188, 189).

Para la interpretación jurídica, el ámbito o concepto del derecho que interesa es el doctrinal. Conforme a Dworkin, el concepto doctrinal es también un concepto interpretativo, lo que quiere decir que cada conclusión sobre lo que el derecho requiere en un caso determinado es resultado de una interpretación, donde se presenta el objeto interpretado como el mejor ejemplo posible de su género, en consecuencia, la interpretación supone

consideraciones valorativas (sobre los valores inherentes en el género relevantes y sobre los elementos del objeto de interpretación que mejor representa esos valores), lo que implica que cada conclusión sobre lo que el derecho es envuelve consideraciones valorativas (Lifante Vidal, 2018: 190).

Frente a las prácticas sociales se puede desarrollar una actitud interpretativa que requiere, primero, la suposición de que la práctica social tiene algún valor, y segundo, que los requerimientos de la práctica social no son necesariamente los que siempre han sido, sino que puedan entenderse y modificarse conforme a su sentido. Es por esto que la interpretación jurídica es una interpretación colaborativa: el intérprete debe asumir que la práctica tiene sentido y que él mismo es partícipe de ella, compartiendo un mismo proyecto con el resto de los operadores jurídicos (Lifante Vidal, 2018: 190, 191).

La autora señala que, de acuerdo con Dworkin, pueden distinguirse tres etapas interpretativas. Primero, existe la «pre interpretativa», de carácter predominantemente descriptiva, donde se identifican en forma provisional los materiales jurídicos. En segundo lugar, se encuentra la «propriadamente interpretativa», donde «se pretende establecer una justificación general de los principales elementos que conforman la práctica identificada en la etapa anterior» (Lifante Vidal, 2018: 192), y se materializa a través de teorías que, basadas en la determinación de los valores y objetivos que la práctica persigue, dan cuenta de los materiales de la etapa anterior. La tercera etapa es la «post interpretativa» o «reformadora». Su objetivo es ajustar la práctica al sentido descubierto en la etapa anterior, es decir, «se trataría de determinar qué es lo que necesita la práctica para conseguir una máxima realización de los principios que se considera que la justifican» (Lifante Vidal, 2018: 193, 194). Sus juicios evaluativos buscarán, como se vio al discutir la interpretación, que el objeto sea el mejor ejemplo posible del género al que pertenece. Se reestructura la práctica a la luz de sus objetivos, lo que puede llevar al abandono o reforma de reglas ya identificadas, o a la incorporación de otras nuevas. En ella se selecciona una de las teorías identificadas en la etapa anterior y ello se hace buscando la que mejor desarrolla el valor que se asigna a la práctica jurídica. El juez se debe ubicar en la etapa post interpretativa, resolviendo los problemas jurídicos mediante la elaboración «de la mejor teoría que reconstruya todo el material jurídico relevante para resolver el concreto problema planteado» (Lifante Vidal, 2018: 194).

Ahora bien, la autora destaca que, aunque se identifiquen tres etapas interpretativas, debe considerarse que el proceso es holístico (Lifante Vidal, 2018: 196). Su relación es análoga al equilibrio reflexivo rawlsiano. Aunque podría pensarse que es en la tercera etapa donde se debe «salir del derecho» y recurrir al razonamiento moral, Dworkin niega tal posibilidad, pues daría cuenta de una concepción dualista de derecho y la moral. Señala que derecho y moral son prácticas sociales, no conjuntos de estándares de una u otra forma conectados. Prefiere señalar que el derecho sería una rama de la moralidad política, que a su vez provendría del tronco de la moral.²

3. La unidad del valor

De acuerdo con IL, el «giro interpretativo» que implica la teoría de Dworkin no apunta solo a la particular relevancia que otorga a la interpretación, sino que dice relación con un cambio de paradigma que propone ver al derecho como una práctica social de naturaleza interpretativa, inmersa en otras prácticas, como la moralidad política. A su juicio, la propuesta de Dworkin no es ni formalista ni escéptica porque escapa a esta contraposición impuesta por el paradigma analítico. No es escéptica, porque la actividad del intérprete está guiada por una búsqueda de corrección o verdad que trasciende la subjetividad del intérprete. Y no es formalista, porque la pretensión de verdad no puede definirse exclusivamente en términos de verificabilidad empírica. La corrección de la interpretación dependerá de la coherencia de la interpretación con la mejor reconstrucción jurídica, aquella que consiga desarrollar al máximo su valor. Los jueces, entonces, deben actuar como filósofos morales y políticos (Lifante Vidal, 2018: p. 199, 200).

Semejante postura compromete a Dworkin con la aceptación de una cierta objetividad de los valores, presupuesto a cuya afirmación y defensa ha dedicado gran parte de su obra. Para ello desarrolla una argumentación que procede en diversos pasos. Explica, en primer lugar, que debe sostenerse la tesis de la unidad del valor, esto es, que los valores éticos (sobre cómo se debe vivir la propia vida) y los morales (sobre cómo debemos comportarnos

2 La autora resalta que esto no supone señalar que el derecho sea parte de la moral, ni negar la posibilidad de hablar de derecho injusto porque a lo que se refiere Dworkin con derecho y moral es a prácticas sociales interpretativas, no conjuntos de estándares (Lifante Vidal, 2018: 198).

con los demás) dependen unos de otros.³ La ética está integrada por dos principios fundamentales y conectados: el principio de autorrespeto, que obliga a tomar en serio la propia vida, a vivir bien; y el de autenticidad, conforme al cual las personas tienen el deber de identificar lo que cuenta como éxito en su vida (Lifante Vidal, 2018: 201).

Conforme a tales principios, no hay que mantenerse libre de toda influencia, pero tampoco puede dejarse el valor únicamente a la convicción. Debe construirse un orden coherente que refleje la concepción de los deberes y virtudes morales, e integrar ese orden en una red más amplia de valores. Una persona es responsable en la medida en que sus interpretaciones particulares alcanzan una integridad global, «de manera que cada una respalda las demás en una red de valor a la que se presta una adhesión auténtica» (Lifante Vidal, 2018: 202). Se debe buscar la coherencia valorativa exhaustiva en las convicciones y ser auténticos en esas convicciones. De acuerdo con Dworkin, somos responsables si nos comprometemos con la integridad y autenticidad como ideales de vida y nos esforzamos por lograrlos. Se trata, en palabras de Ruiz Miguel, de un «coherentismo denso» (2015: 43) conforme al cual las convicciones morales son verdaderas cuando son auténticas, sinceras, coherentes y lo suficientemente amplias para no ser simplistas o dogmáticas (Ruiz Miguel, 2015: 42). Las personas responsables moralmente pueden no alcanzar la verdad, pero deben buscarla.

Ahora bien, como estas convicciones son individuales y solo cada uno puede calibrar su autenticidad, se puede actuar responsablemente (desde su sincera y coherente perspectiva), pero en forma incorrecta. La exigencia de responsabilidad no se justifica por su capacidad de reducir las posibilidades de actuar en forma incorrecta, sino que se exige por el respeto a nosotros mismos. Por esto es que la moral surge de la ética: «es el respeto por nosotros mismos —que es uno de los principios fundamentales de la ética— el que nos lleva a respetar la dignidad de los demás» (Lifante Vidal, 2018: 204).

De esta forma, los principios éticos permiten identificar el contenido de la moral y, además, ayudan a definir la concepción de justicia, la que se condensa en dos principios que debe respetar todo gobierno si quiere ser

3 La peculiar definición de ética y moral corresponde al idiosincrático uso que hace Dworkin de tales palabras.

legítimo: el de igual consideración por el destino de todas las personas, y el de respetar el derecho y responsabilidad de cada uno a decidir cómo hacer de su vida algo valioso (Lifante Vidal, 2018: 204, 205).

III. APUNTES CRÍTICOS

A continuación se analiza críticamente la propuesta constructivista que nos ofrece IL. Como se anunció al inicio, ello se hace desde dos dimensiones. En la primera, se discuten dos puntos de la exposición en donde podría resultar deseable una mayor fundamentación o precisión. En tal sentido, se aborda la presentación de la propuesta metaética de Dworkin y los aspectos normativos de las prácticas. Desde la segunda dimensión, se discute sobre algunos aspectos que resultan problemáticos en la propuesta constructivista que expone la autora. En concreto se discutirá sobre la indeterminación del derecho y los riesgos de confusión característicos de aquellas teorías cuyo punto de partida es cómo las cosas debieran ser, en vez de como en realidad son .

1. Metaética

Un elemento central de la propuesta constructivista de Dworkin, que la autora recoge y comparte, es su argumentación sobre la imposibilidad del discurso metaético. Sin embargo, y no obstante su papel central en la tesis de la objetividad de la moral, en el texto, salvo algunos pasajes puntuales, apenas se le menciona y no parecen entregarse razones suficientes para comprenderla y adherir a ella.

En efecto, la autora nos señala que Dworkin niega que la metaética sea un nivel distinto y separado de la ética porque la afirmación de que dos hipótesis interpretativas están empatadas sería una tesis sustantiva que se califica de positiva y que requiere argumentos interpretativos (Lifante Vidal, 2018: 177, 178). Agrega más adelante, al hablar de las ocasiones interpretativas, que un análisis útil de un concepto interpretativo no puede ser neutral, sino que participa de las controversias que busca esclarecer. Esto sería un corolario de que no cabe distinguir un nivel de análisis filosófico externo

respecto de las prácticas que se pretende comprender. En otras palabras, que no es posible sostener una posición «arquimédida» o metaética porque las teorías sobre las opiniones morales solo son inteligibles como juicios morales (Lifante Vidal, 2018: 185, 186).

Pues bien, de acuerdo con Dworkin, o el escéptico externo es incoherente, o realmente afirma una posición determinada respecto de las cuestiones morales en discusión (Ruiz Miguel, 2015: 48, 53), o bien su discurso es irrelevante (Leiter, 2012: 318). Esta tesis es controversial; la literatura al respecto, extensa.⁴ No pretendo abordar semejante materia. Lo que sí me interesa destacar es que diversos autores consideran que tal tesis, al menos como se plantea por Dworkin, no resulta convincente. Así, por ejemplo, Leiter afirma que no existen —o, al menos, él no conoce— autores que consideren las propuestas de Dworkin, sobre escepticismo interno y externo, satisfactorias (Leiter, 2012: 294), y Ruiz Miguel, en ningún caso un escéptico en materia moral (Ruiz Miguel, 2014: 140-145), califica su postura sobre la metaética de extraña, extravagante y seguramente inasumible si se toma «al pie de la letra» hasta sus últimas consecuencias (Ruiz Miguel, 2015: 39).

El problema es que, si no se acepta este argumento, la tesis de la objetividad de la moral que propone Dworkin queda privada de gran parte de su sustento. Y es que, como señala Ruiz Miguel, la estrategia argumentativa de Dworkin es principalmente destructiva o crítica de otras posiciones; en particular de aquellas que sostienen la posibilidad de un discurso metaético (Ruiz Miguel, 2015: 40). Su «impenitente cruzada contra la negación de la pretensión de objetividad propia de la visión ordinaria de la moral» se sostiene sobre la tesis general, «repetida hasta la saciedad» de que tal negación es imposible porque supone un discurso metaético, cuando tales discusiones son siempre dentro del mismo nivel sustantivo y normativo (Ruiz Miguel, 2015: 41). A ello suma, es cierto, algunos lineamientos que la práctica interpretativa debería mantener para llegar a semejante verdad, y que la autora recoge al discutir la unidad del valor: las convicciones morales son verdaderas cuando son auténticas, sinceras, coherentes y lo

4 Los textos de Leiter y Ruiz Miguel que se citan a continuación proporcionan una amplia bibliografía al respecto.

suficientemente amplias para no ser simplistas o dogmáticas (Ruiz Miguel, 2015: 42). Pero el rechazo a la posibilidad del discurso metaético parece, dentro de la estrategia de Dworkin, central.

IL señala que obviamente la tesis de Dworkin se compromete con una cierta objetividad de los valores, presupuesto en cuya defensa ha dedicado gran parte de su obra (Lifante Vidal, 2018: 200). En este contexto, parece que el espacio y la argumentación que destina a justificar la supuesta imposibilidad de la discusión metaética, argumento central de objetividad de los valores, resulta insuficiente, situación especialmente llamativa en el contexto de una obra por lo demás exhaustiva. Considerando, entonces, que el punto no es en absoluto pacífico, ¿qué tiene que decir IL a esto?

2. Sobre los aspectos normativos de las prácticas

La autora, luego de reprochar la inconsistencia de las tesis de Guastini para justificar la propuesta moderada de su escepticismo, sugiere que el problema se originaría en lo que denomina «tesis del segregacionismo discursivo» que exigiría una nítida separación entre los discursos teórico/descriptivos y los prácticos/normativos (Lifante Vidal, 2018: 124). A su juicio, la teoría de la interpretación jurídica tiene que dar cuenta de que la actividad interpretativa es constructiva, no de mero conocimiento ni de mera voluntad. Sus resultados incorporan pretensiones de corrección que no apelan, como los de verdad científica, a criterios compartidos de verificabilidad empírica, sino que a otro tipo de criterios, como podría ser la aceptabilidad pragmática a la luz de los fines y valores que pretende desarrollar la práctica en cuestión (Lifante Vidal, 2018: 125). Luego señala que todas las prácticas, incluso las científicas «incorporan una serie de valores que dan lugar a su aspecto normativo y se utilizarían como criterios para valorar la preferencia de unas soluciones sobre otras para los problemas que se planteen al seguir la práctica» (2018:126). Cita, al respecto, al filósofo de la ciencia Joseph Rouse (Lifante Vidal, 2018: 126).

Resulta llamativo que se cite a un filósofo naturalista para respaldar la idea de que todas las prácticas, incluso las científicas, deben incorporar valores como criterios para establecer la preferencia de unas soluciones sobre otras para los problemas que se plantean al seguir la práctica. Rouse, en efecto,

adscribe expresamente a lo que llama los tres compromisos centrales de la corriente filosófica naturalista: primero, el rechazo de lo sobrenatural o trascendente del mundo natural; segundo, la aceptación de formas de vida y de pensar consistentes con la comprensión científica de la naturaleza; tercero, el rechazo a toda «primera filosofía», previa o autoritativa sobre la comprensión científica (Rouse, 2015: 3).

Desde luego, la filosofía de la ciencia ha dirigido su atención a las prácticas científicas y los aspectos normativos que se derivan del reconocimiento de la comunidad científica. De hecho, el artículo que cita la autora fue publicado originalmente en la colección *The practice turn in contemporary theory* (Rouse, 2001).⁵ Sin embargo, no parece que de esta preocupación, al menos tal como la expone el autor mencionado, se desprenda un soporte a la propuesta constructivista.

Rouse ofrece una conscientemente provocadora propuesta que pretende explicar de mejor forma las prácticas científicas (Rouse, 1999: 1). Intenta, a través de ella, superar el dualismo entre las dimensiones normativas de la actividad humana y la natural, inerte y física del mundo (Rouse, 1999: 1). Para ello invita a mirar hacia las propuestas de los estudios culturales en relación con las prácticas a partir de las cuales emergerían los significados, lo que a su vez permitiría comprender en forma adecuada los logros de las ciencias (Rouse, 1999: 1, 2).

Propone aclarar una ambigüedad en el uso del término «prácticas». Tal término puede ser utilizado para referirse a meras regularidades, uso propio de la teoría social; o en su concepción normativa, propio de la filosofía (Rouse, 2001: 189). Así, el término puede entenderse como meras regularidades observables objetivamente o en forma normativa, esto es, comprendiendo que tales regularidades suponen creencias o comportamientos inapropiados o correctos (Rouse, 2001: 190). Aclarado que es posible concebir las prácticas como más que meras regularidades, propone que hacerlo resulta útil. Lo sería, a su juicio, porque permitiría superar el enfrentamiento entre antirrealismo (instrumentalismo o constructivismo social) y realismo (Rouse, 2001: 191); explicar la evolución temporal del conocimiento

5 Como señala el autor, una versión expandida del artículo se encuentra en Rouse (1999).

científico (Rouse, 2001: 192); llevar a lo que denomina una concepción del conocimiento «deflacionario» que niega su existencia coherente más allá de lo que construyen las diversas prácticas (Rouse, 2001: 195); y un particular posicionamiento teórico y político de los estudios de la ciencia vinculado a una más sólida concepción de reflexividad (Rouse, 2001: 195, 196). Se trata, sin duda, de una sofisticada propuesta para la comprensión de las prácticas, pero no resulta claro que permita sostener la tesis constructivista de la autora.

Es posible que IL haya querido recalcar, simplemente, que la ciencia somete las teorías a criterios generalmente aceptados, tales como la simplicidad, la unificación explicativa, la precisión predictiva, la consistencia con otras teorías o el conservadurismo, etc. Si este era el objetivo, estamos frente a una verdad evidente, pero de escasa relevancia para la propuesta constructivista porque se trata de valores que no dependen de las preferencias del estudioso, sino de construcciones desarrolladas por la comunidad científica, probablemente bajo criterios de mayor productividad pasada y éxito tecnológico. Los filósofos naturalistas de la ciencia cuestionan el empirismo lógico «desde dentro» afirmando, por ejemplo, la inconsistencia de sus supuestos y, en particular, de la distinción entre verdades analíticas y sintéticas (Quine, 1953: 20-46). Sin embargo, difícilmente propondrían una teoría que sostiene la fuerza de sus postulados en la corrección moral, de acuerdo con las ideas que de ellos tenga el estudioso, y no de criterios normativos generalmente compartidos en la comunidad científica y que están relacionados con elementos empíricos.

Por supuesto, lo anterior puede resultar, hasta cierto punto, irrelevante. ¿Por qué deberíamos aceptar las tesis naturalistas y/o pragmáticas al discutir sobre la interpretación jurídica? El derecho y las ciencias sociales —se puede argumentar— parecen muy diferentes de las ciencias naturales. Tal vez ni siquiera puedan, o deban, calificarse de científicas. No pretendo afirmar una tesis de unidad del conocimiento, ni mucho menos sugerir una metodología o teoría epistémica general para el derecho. Lo que quiero señalar es, simplemente, que difícilmente se puede extraer de las propuestas naturalistas y/o pragmáticas un soporte para las tesis constructivistas. La autora parece justificar las tesis constructivistas con base en algunas

propuestas de un filósofo interesado en proporcionar una más sofisticada comprensión de las prácticas, pero lo hace desde una perspectiva naturalista y/o pragmatista que no parece servirle de sustento sino todo lo contrario.⁶

Ahora bien, de mayor interés que una cita o la opinión de un autor sobre cómo deberían comprenderse las prácticas científicas, podría resultar que la obra clarifique o desarrolle una propuesta con relación a la distinción entre los elementos normativos de las prácticas —desde luego existentes en la científica— por un lado, con los elementos de razonamiento práctico o moral que son objeto de tal práctica, por el otro. Esto es, si puede discutirse plausiblemente que es necesario distinguir entre elementos normativos que ayudan a explicar el funcionamiento de las comunidades científicas, si se quiere desde un punto de vista sociológico, por una parte, de la afirmación que en lo estudiado existen criterios morales como criterios de corrección, entendidos a la manera constructivista, por la otra. Posiblemente se trata de cuestiones situadas en planos de discurso distintos que pueden abordarse fructíferamente en forma separada.

La ciencia tiene, desde luego, componentes ideológicos, culturales y valóricos. Pero eso no significa, no al menos en forma necesaria, que las prácticas que pretenden conocer y describir el mundo recurran a criterios de corrección vinculados a los valores de quienes participan en esas prácticas, ni que se deba renunciar a la aspiración de un conocimiento descriptivo, o a los supuestos empiristas o naturalistas que pueden sostenerlo. Es otras palabras, creo que es posible que las conclusiones de la autora no se sigan de sus premisas. Esta distinción de valores, sociológicos o externos al partícipe, e interna o cercana a quien realiza la práctica —o, tal vez, bajo la propuesta de la autora, su superación— justifican una mayor clarificación.

⁶ La autora señala, en ocasiones, que la propuesta de Dworkin constituiría un «cambio de paradigma». No es posible saber si el uso de tal terminología es simplemente referencial o apunta a una concepción de relativismo epistémico en línea con ciertas interpretaciones radicales (por ejemplo, de estructuralistas, sociólogos del conocimiento y posmodernistas) de la «incommensurabilidad» de los paradigmas a los que se refería Kuhn (e.g. «el científico aristotélico y el que sigue a Newton viven en mundos distintos, sin criterios objetivos de corrección») y del holismo de Quine. Abordar tales interpretaciones ciertamente excede al ámbito de este trabajo. Sin embargo, cabe mencionar que tales interpretaciones fueron rechazadas no solo por los propios Kuhn y Quine, sino que por la enorme mayoría de los científicos (salvo, probablemente, por proponentes del «Programa fuerte» de la sociología). Por lo demás, la consecuencia ética de estas posturas tiende a ser el relativismo ético y el escepticismo en relación con la corrección objetiva en la moral, conclusión que ciertamente no se compadece con la propuesta constructivista.

3. Indeterminación racional

La autora reprocha que el escepticismo moderado de Guastini se basa en tesis contradictorias, por lo que siguiendo sus propios postulados debe optar: o bien por el escepticismo radical, renunciando a la existencia de significados previos (o, al menos, a su relevancia); o bien a un escepticismo moderado, pero renunciando a la tesis de la indeterminación radical del derecho y a la inexistencia de criterios de valor de verdad o corrección en el ámbito de la interpretación (Lifante Vidal, 2018: 92, 93, 102 y ss.). Pues bien, cabe preguntarse si la propuesta de Dworkin que describe la autora, comprometida con la idea de una objetividad moral, lleva en realidad a una indeterminación racional y global del derecho.

El problema de la indeterminación ha sido objeto de amplia discusión iusfilosófica. Siguiendo en esto a Leiter, puede señalarse que el derecho está racionalmente indeterminado respecto a un caso determinado cuando la clase de razones jurídicas es insuficiente para justificar un solo resultado en ese caso (Leiter, 2012: 44). El autor propone que los componentes de esta clase serían (a) las fuentes de derecho legítimas, (b) los métodos legítimos de interpretación de las fuentes jurídicas, (c) los modos legítimos de caracterizar los hechos y (d) maneras legítimas de razonar (Leiter, 2012: 43). En suma, señala que tal indeterminación podrá ser global, si las razones jurídicas son insuficientes para justificar un solo resultado en todos los casos, o local, si lo son en un conjunto determinado de casos (Leiter, 2012: 45).

Lifante Vidal afirma que si bien la previsibilidad del derecho es condición necesaria (aunque no suficiente) para el desarrollo de la autonomía personal, ello no debe llevar a una comprensión formalista del valor del derecho. Agrega que es formalista la propuesta que pretende una aplicación de las normas con independencia de las razones justificativas que subyacen a ellas (Lifante Vidal, 2018: 222). Y concluye que, si bien debe darse una cierta prioridad a los argumentos interpretativos conectados con la dimensión autoritativa del derecho, tal prioridad se justificaría y se podría excepcionar con los argumentos que abren el razonamiento jurídico a la racionalidad práctica general.

La autora afirma que la propuesta constructivista reconoce que debe darse cierta prioridad a los argumentos conectados con la dimensión autoritativa del derecho y que la interpretación ha de encajar en los materiales jurídicos porque no hacerlo sería inventar el derecho, no interpretarlo (Lifante Vidal, 2018: 226). La pregunta es si su propuesta acepta realmente estos límites. La propia autora ha afirmado que la propuesta constructivista se caracterizaría «por dar preferencia a los valores o principios del derecho, sobre su dimensión autoritativa» (Lifante Vidal, 2008: 277). Los criterios autoritativos siempre se podrán excepcionar con argumentos derivados de la racionalidad práctica. Para Dworkin, la interpretación no trata de dilucidar el significado de una proposición o la intención de un hablante, sino de captar el sentido de una práctica —su mejor sentido— como un todo (Laporta, 2015: 28). La propuesta supone la indeterminación del primero y más fundamental elemento de la clase de razones jurídicas que se han mencionado, esto es: las fuentes de derecho legítimas; además de poner en cuestión la legitimidad de los métodos legítimos de interpretación de las fuentes jurídicas. Lo anterior supone una indeterminación global del derecho.

Supongamos que enfrentamos un caso que *a priori* puede subsumirse en una regla determinada. Se trata de una fuente legítima (v.gr., una ley dictada por el parlamento) interpretada en forma unívoca conforme a un método legítimo (v.gr., método literal) en la cual los hechos pueden caracterizarse claramente y el razonamiento legítimo parece evidente. Lo que señalo es que la propuesta que describe la autora nos lleva a una indeterminación completa porque, aun en este caso, no puede saberse si la moral práctica excepciona la regla. Esto es, en cualquier caso, una interpretación constructiva nos obliga a analizar si la respuesta de la regla es consistente con el ordenamiento jurídico y los principios que lo sostienen. Podrá argumentarse que semejante propuesta no pone en duda que se trate de fuentes legítimas, sino que solo advierte que no necesariamente son ellas perentorias o concluyentes. Pero sucede que, si en todos los casos debemos reconstruir el mejor derecho a la luz de los principios del ordenamiento jurídico y los valores, precisamente para verificar si el resultado es contrario a la regla, no parece existir reconocimiento alguno al elemento autoritativo del derecho. Y es que, si el análisis que se propone lleva a concluir que el resultado es contrario a la regla, la propuesta es no aplicarla, probablemente porque ella, en realidad, no es realmente derecho.

Se *declara* que existe un límite derivado del aspecto autoritativo del derecho, pero se *propone* (una teoría que supone) una exacerbación de los principios y una relativa irrelevancia de las reglas que, en la práctica, desconocen este valor. No es extraña, en este sentido, la afirmación de la autora de que las que hayan sido las intenciones de los creadores de la ley apenas tienen importancia (Lifante Vidal, 2018: 137).

Ahora bien, los jueces no son «silogistas» y la aplicación del derecho no es una labor de mera subsunción. No se pretende negar acá que las reglas tengan razones que las justifican y explican, ni que los ordenamientos jurídicos integran también principios, al menos si se les entiende como normas indeterminadas por contemplar un supuesto de hecho o antecedente abierto. Lo que quiero destacar es que conceptualizar la indeterminación a nivel de interpretación, como señala la teoría positivista y realista, o de ponderación, como propone Dworkin⁷, no es indiferente (Atienza y García Amado, 2016: 48 y ss.). El argumento interpretativo no centra su mirada en los hechos del caso, sino en las razones para interpretar la norma de una u otra manera. «El acento no se pone en las circunstancias del caso, sino en la conformación genérica de la norma» (Atienza y García Amado, 2016: 49). En la interpretación en abstracto, el núcleo de la discusión se refiere a razones generales referidas a los efectos futuros de la norma así interpretada. En cambio, en la ponderación, la decisión se reconduce a la decisión de cada caso, se vuelve casuística, porque mira a hacer justicia del caso concreto.⁸ Como lo señala la autora, la perspectiva constructivista se compromete con un enfoque caso a caso (Lifante Vidal, 2018: 168, 169), el derecho no se mira desde la perspectiva del legislador, sino que «como el derecho aplicable a un caso concreto, como la búsqueda de la decisión justificada de ese caso: la única respuesta correcta» (Lifante Vidal, 2008: 275).

Esto tiene consecuencias prácticas importantes. Primero, porque constituye una invitación a los intérpretes, y particularmente a los jueces, a indagar constantemente en lo que creen que son los valores y principios del sistema

7 Aunque Dworkin no utilice el lenguaje de la ponderación, creo que podemos entenderlo en forma razonable como subyacente a su propuesta.

8 Se dirá que el resultado de la ponderación es una regla general y abstracta aplicable a casos futuros, pero como en tal hipotético caso futuro debe nuevamente ponderarse (completa indeterminación de Dworkin) y no habrá dos casos iguales, la nueva regla será, una vez más, derrotable. El legislador, cuando establece excepciones, su número es finito. Cuando lo hacen los jueces, son infinitos.

en que operan. Para la propuesta constructivista, recordemos, los jueces deben actuar como filósofos morales y políticos. Segundo, porque podemos razonablemente suponer que el legislador, al establecer la regla, ponderó los valores en conflicto y, sin embargo, acá se invita a «ponderar» una vez más. Y si la mejor reconstrucción se opone a la regla, simplemente llama a no aplicarla. Tercero, porque la propuesta constructivista permite ocultar las preferencias ideológicas personales del juez —su género, su religión, etc.— bajo la apariencia de un descubrimiento. Es decir, puede entregar, en la práctica, una herramienta de cobertura para la particular ideología. Por lo demás, incluso asumiendo por un momento que efectivamente existe la moral verdadera, ¿por qué debemos confiar en que son los jueces los más indicados para descubrirla?

En fin, porque se trata de una postura que tiende a reducir el poder autoritativo del derecho, puede, en definitiva, resultar antidemocrática. Y es que, si reconocemos el principio democrático del poder político, ¿no debemos aceptar que existe el mal derecho, el derecho injusto? Una cosa es afirmar que existen razones para no aplicar el derecho injusto, pero reconociendo su existencia teórica o, acá y ahora, en el caso en estudio. Otra cosa es señalar que cuando es injusto simplemente no es derecho.⁹ La primera opción exige poderosas razones que deberán valorarse, la segunda más bien oculta el problema.

Se podrá argumentar que el derecho es más que un conjunto de normas proveniente de ciertas autoridades. Como se ha visto, la autora señala que cuando Dworkin afirma que el derecho es una rama de la moralidad, ello no se opone a la idea de derecho injusto porque se refiere a prácticas interpretativas y no a conjuntos de estándares. Pero, en primer lugar, parece difícil compatibilizar la idea de que el derecho es parte de la moralidad política con la de que el derecho puede ser injusto. En segundo lugar, la propuesta constructivista hace necesario redefinir dónde residen las instancias decisorias de la democracia.

9 El propio Dworkin pareció dubitativo sobre si el derecho injusto era válido, pero por su injusticia no debía ser aplicado, o simplemente era inválido. Las normas que obligaban a devolver a los esclavos que había huido a Estados no esclavistas serían válidas, pero injustas; mientras que algunas de las más inicuas ¿normas? nazis simplemente no eran derecho. Ver Moreso (2015: 96).

Dicho lo anterior, puede observarse que, en la práctica, estas claras diferencias teóricas tienden a difuminarse. Las reglas, de hecho, suelen verse derrotadas. Un creyente de la interpretación constructiva y de la ponderación tal vez señalará que, si bien, tanto las reglas como los principios son derrotables, las primeras tienen vocación de ser inderrotables, esto es, que en principio excluyen la deliberación (aunque en ocasiones tal vocación se vea frustrada), mientras que los principios se caracterizan por ser derrotables y exigir ponderación (Atienza y García Amado, 2016: 98). El positivista podrá señalar que, si bien las reglas tienen en principio excepciones finitas, en los hechos pueden ser derrotadas por decisiones de los jueces, solo que en tales casos los jueces probablemente no estarán aplicando el derecho (Atienza y García Amado, 2016: 126). El positivista tal vez se oponga a la ponderación y llame a la interpretación. El constructivista, tal vez afirme que la ponderación no es más que una forma especial de interpretación (Atienza y García Amado, 2016, p. 100). Tal vez la propuesta de Dworkin, reconducida a las herramientas tradicionales interpretativas, suponga simplemente aceptar la existencia de lagunas normativas axiológicas, tema ampliamente estudiado por los realistas genoveses.¹⁰

Si las propuestas teóricas, en la práctica, tienden a difuminarse, podría pensarse que acogerse a una u otra explicación, y discutir sobre todo ello, carece realmente de utilidad. Creo que no es así. Creo que la definición es importante porque la pregunta central que subsiste es la siguiente: ¿qué debe hacer un juez cuando se enfrenta a un caso en que el derecho, incluidas sus reglas y principios, no le permiten llegar a una solución que le parezca justa? Incluso un autor nada formalista como Atienza señala que en tal caso no puede sino reconocer sus límites porque el derecho es un fenómeno autoritativo, y no reconocerlo es caer en el activismo judicial (Atienza y García Amado, 2016: 106). Creo que la propuesta constructivista no clarifica en forma suficiente este límite, sino que más bien tiende a difuminarlo. Y creo que ello trae consecuencias, tanto en relación con el real, no meramente ritual, reconocimiento del carácter autoritativo del derecho, como con la efectiva protección de los principios democráticos.

10 Y, en particular, por Guastini. Para una discusión general, ver Chiassoni (2011: 191 y ss.).

4. El mundo como es y el mundo como debiera ser

En esta última sección propongo abordar, desde una perspectiva general, los riesgos de contaminar el descubrimiento del mundo con las preferencias y deseos personales y lo que, en este contexto, puede suponer la propuesta constructivista. Para ello, en primer lugar, recordaré brevemente uno de los tantos debates entre Dworkin y Posner. Propondré que en él realmente se enfrentaban dos formas de ver el mundo, una moral y otra realista. Luego ilustraré, mediante un caso vinculado a la economía y la tributación, la tendencia humana a contaminar con preferencias y deseos la percepción del mundo. Concluiré intentando mostrar de qué forma todo esto se relaciona con la propuesta constructivista que nos ofrece la autora.

En alguna oportunidad, Dworkin acusó a Posner, juez de apelaciones norteamericano y conocido exponente de la escuela del análisis económico del derecho, de liderar una cruzada «anti teoría» (Dworkin, 2007: 35). Posner, ese «nuevo bulldog de Darwin» (Dworkin, 2007: 89), adscribiría a una teoría moral basada en un implacable pragmatismo darwiniano (Dworkin, 2007: 105-111). El problema, a juicio de Dworkin, era que existen dos formas de resolver los problemas jurídicos: el «teorizado», que él propone, basado en una amplia red de principios jurídicamente derivados; y el «práctico», que propondría Posner, donde solo cabe preguntarse sobre el problema práctico inmediato y las posibles consecuencias de las decisiones, análisis para el cual resultarían inútiles las teorías amplias, generales y complejas como la suya (Dworkin, 2007: 64, 65).

Pero sucede que, aunque efectivamente Posner adhiere a un pragmatismo vinculado a criterios de eficiencia, su propuesta se basa en una teoría. Una teoría que —entre otras cosas— afirma que los casos que analizan los tribunales superiores tienen elementos de indeterminación y que los jueces muchas veces resuelven influenciados por razones personales de orden moral o político, no jurídicas (Leiter, 2012b: 866, 867). La diferencia entre las posturas de Dworkin y Posner no radica en que la primera sea teórica y la segunda práctica, sino en que proponen dos tipos distintos de teoría: una moral y otra realista. La teoría de Dworkin analiza los problemas jurídicos a partir de cómo las cosas debieran ser. En su visión, existen respuestas correctas para todos los problemas jurídicos y es, a través de

una interpretación constructivista y moral, que se puede llegar a ellas (Leiter, 2012b: 867, 871). La teoría realista, en cambio, tiene su punto de partida en cómo las cosas realmente son. Afirma que los problemas jurídicos no siempre tienen una sola posible respuesta correcta, es escéptica en relación con que las razones y doctrinas que los jueces invocan en sus sentencias expliquen realmente el motivo de sus decisiones (Leiter, 2013: 954), y sostiene que las razones que dan los jueces para justificar sus decisiones no son más que el comienzo de la indagación para comprenderlas, no el final.¹¹

Existen claras diferencias entre las propuestas constructivistas y quienes adhieren al positivismo y al realismo jurídico.¹² Pero estas diferencias no radican en que unas sean teorizadas y otras prácticas, sino en cual creen que es la mejor forma de conocer al mundo, el derecho y el proceso interpretativo. De hecho, probablemente la discusión sobre qué teoría o acercamiento es mejor, una realista o una moral, no es en absoluto exclusiva del derecho, ni del pensamiento contemporáneo. Puede entenderse como una manifestación de una larga disputa intelectual sobre la mejor forma de comprender el mundo que se proyecta, al menos, hasta el pensamiento clásico griego (Leiter, 2013: 867).

Cuando Tucídides intenta comprender las causas tras las graves condiciones impuestas por los atenienses al derrotado pueblo melio, imagina un diálogo en donde los primeros se niegan a ofrecer tranquilizadoras, pero en definitiva ficticias y meramente retóricas, razones morales que justifiquen sus imposiciones. Razones de merecimiento o de justicia, tal vez vinculadas al pasado triunfo sobre los persas, o a pasadas traiciones. Prefieren afirmar, con fría sinceridad, que «...en el cálculo humano, la justicia solo se plantea entre fuerzas iguales. En caso contrario, los más fuertes hacen todo lo que está en su poder y los débiles ceden» (Tucídides, 2014: 541). La ruda explicación de Tucídides no es reconfortante y ciertamente no da cuenta del mejor de los mundos posibles. Pero explica con extraña claridad el fenómeno histórico que intentaba describir. La actitud de Platón es, en esto, radicalmente distinta. Afirma que el mundo, correctamente entendido, tendrá

11 Como señala Hart, aunque existe una retórica judicial que sugiere que el ordenamiento jurídico no deja casos sin regular y el juez simplemente descubre tal respuesta, parecen existir buenas razones empíricas para sospechar que ese lenguaje y esas razones deben mirarse con escepticismo. Ver Hart (2012: 274).

12 Como observa Leiter, el realismo es una teoría (descriptiva de la adjudicación) compatible o más bien que supone el positivismo. Ver Leiter (2012: 99 y ss.).

necesariamente sentido moral (Leiter, 2012b: 867). Su Sócrates nos cuenta —en el *Fedón*— que, ilusionado con la ciencia de Anaxágoras, esperaba que el científico le señalara si la Tierra está en el centro del mundo, si es redonda o plana y las velocidades de esta, de la Luna y de los astros. Pero no quería solo las respuestas. Esperaba, además, que el sabio le explicara, «por qué es mejor que la Tierra sea de tal forma» y «de qué modo le es mejor a cada uno experimentar lo que experimenta» (Platón, 2014: 98). Agrega que luego de leer sus textos, se sintió defraudado, pues el científico ateniese no basaba sus explicaciones en qué era «lo mejor para cada uno y el bien común para todos», sino que en «aires, éteres, aguas y otras muchas cosas absurdas» (Platón, 2014: 98).

El constructivismo propone una teoría que no solo permite entender el funcionamiento del derecho, sino que lleva al descubrimiento de su propósito. El método realista, como Tucídides, entrega respuestas menos gratificantes. La explicación realista, científica, causal, contingente, parece limitada, empobrecedora de la realidad, superficial, trivial, porque explica cómo las cosas suceden, no su motivo, sentido o finalidad. ¿No es esta la crítica que los argumentativistas y constructivistas dirigen contra los positivistas? Su simpleza, su trivialidad, su incompletitud, su incapacidad de abordar los aspectos más interesantes de la práctica jurídica: la práctica del derecho, la ponderación y la argumentación racional (Atienza y García Amado, 2016: 108-110).

Puede parecer que lo dicho es injusto. Se podría afirmar que, para un constructivista, el derecho es diferente a las ciencias físicas y biológicas y que, en todo caso, únicamente un conocimiento teórico, que solo pretende describir el mundo, puede asumir la perspectiva de Tucídides, pero que su propuesta no quiere solo descubrir el derecho, sino que mejorarlo. Pero ese no es el punto que se quiere cuestionar. Lo que acá se quiere destacar es que la propuesta constructivista genera un doble riesgo. Primero, tiende a agravar la tradicional lejanía —sino simple ignorancia— de los abogados respecto al conocimiento del mundo. Si la indagación moral es capaz de entregarnos el conocimiento del mundo y del derecho que necesitamos, no parece necesario indagar en esos «aires, éteres, aguas y otras muchas cosas absurdas» a las que se refería Platón. Reconduciendo la materia al tema que acá interesa, no parece necesario indagar en las consecuencias

que tienen las interpretaciones y decisiones judiciales en el mundo real, ni tampoco sobre el funcionamiento de la sociedad, cuestión —esta última— que no proporciona el razonamiento jurídico o la lógica, sino que las disciplinas externas al derecho que se ocupan de tales materias, como la psicología, la sociología o la economía. Segundo, y más importante aún, proporciona una cobertura ideológica que facilita la contaminación de los juicios de jueces y operadores sobre qué es el derecho, por las preferencias, prejuicios e intuiciones políticas individuales. Es la consciente y cuidadosa separación del ser y del deber ser lo que permite sacar a la luz la verdadera discusión ética.

Para ilustrar estos puntos puede ser de utilidad un pequeño caso extraído del análisis económico de la tributación. Como es sabido, las modificaciones a los impuestos al trabajo afectan no solo la cantidad de personas que están dispuestas a trabajar, sino la cantidad de horas en que lo hacen. Lo que no es tan claro es de qué forma se produce esta interacción. En concreto, si se aumenta la tributación al trabajo, la gente ¿trabjará (querrá trabajar) más o menos? Existe claridad en que el aumento de este tipo de tributación genera dos efectos contrapuestos. Por un lado, las personas, en promedio, tenderán a trabajar más, porque necesitan hacerlo para mantener los ingresos y consumo que requieren. Es el «efecto renta», el que intuitivamente se desprende de la idea de que «con este impuesto no queda otra que trabajar más para pagar las cuentas». Pero, por otro lado, las personas, en promedio, tenderán a trabajar menos, porque simplemente reciben menos por su trabajo. Intuitivamente: «con este impuesto, lo que me pagan no es suficiente para justificar que deje de hacer otras cosas que me gustan, no vale la pena trabajar tanto».¹³

A priori sabemos que existen estos dos efectos, pero no sabemos cuál prevalece. Ninguna discusión teórica puede resolver la duda. Para lograrlo debemos experimentar u observar la realidad. Es decir, debemos recurrir a técnicas empíricas (observaciones temporales y de regresión múltiple, experimentos, *quasi* experimentos, etc.). Ahora bien, supongamos que usted

¹³ El ingreso después del impuesto es, en definitiva, el precio del ocio. El impuesto reduce esta suma (por hora de trabajo recibía \$10 y ahora solo \$8). Esto significa que el precio relativo del ocio ha bajado. El precio de una hora de ocio en vez de trabajo ha bajado de \$10 a \$8. En consecuencia, por este efecto, subirá el ocio y bajará el trabajo, porque el precio del ocio es más bajo.

tiene una tendencia igualitaria o libertaria. Esta ideología ¿debería afectar el resultado de sus experimentos u observaciones? (Asumamos, desde una perspectiva neoclásica tradicional, al menos para este análisis, que más trabajo es deseable). Desde luego, si usted es igualitario *le gustaría* que el aumento del impuesto haga que la gente trabaje más o, al menos, que no les hagan trabajar menos, porque si trabajan menos, ese es un punto en contra del aumento de impuestos. En cambio, si usted es libertario *le gustaría* que el impuesto haga que la gente trabaje menos, porque si trabajan más eso es un punto a favor de aumentarlo.

Pero, desde luego, que usted prefiera una u otra cosa, que su ideología o preferencias sean igualitarias o libertarias, no debería afectar el resultado de los estudios empíricos sobre el efecto del aumento de impuestos en el trabajo. La gente, cuando le aumentan los impuestos (en un país y época determinados), trabaja más o no lo hace.¹⁴ Que alguien prefiera una de las opciones porque mejor se aviene a sus valores o ideología resulta, para establecer el resultado, irrelevante.

Es posible que, si encarga los estudios empíricos a diversas personas, todas debidamente calificadas y honestas, sus resultados tenderán a reflejar sus preferencias. Es muy fácil contaminar las observaciones con lo que se desea o espera encontrar. Por eso, por ejemplo, en el ámbito farmacológico los estudios empíricos utilizan la metodología de doble ciego. Porque no solo puede ocurrir que los resultados se vean afectados si el paciente sabe si toma el placebo o la droga, resultado hasta cierto punto predecible, sino también —y este es el punto central— porque incluso si el paciente no lo sabe, el hecho de que el experimentador lo sepa modifica los resultados reportados de las observaciones. Que el experimentador, instruido y honesto, sepa si el paciente ignorante del tema toma la droga o el placebo, modifica su percepción de los resultados. Por eso, uno de los objetivos de un estudio riguroso de la realidad es, mediante la obtención de resultados verificables, separar el ser del deber ser.

14 Por cierto, en el ejemplo que se menciona tales resultados existen. Para el mercado laboral de Estados Unidos de América. Los trabajadores primarios muestran escasa sensibilidad a cambios de tasas (sustitución, 0,1), mientras que los secundarios muestran reacciones mucho más importantes (sustitución, 0,5 - 1). Ver Gruber (2011, pp. 628).

Podría, en este punto, lanzar la acusación de que acá se incurre en la falacia del hombre de paja. Todo lo anterior lo saben tanto los proponentes de las perspectivas constructivistas, como aquellos que adhieren a una visión cognitivista o escéptica. Lo saben, de hecho, todos quienes tienen un interés serio en estas materias. Se coincide en que se debe actuar sobre el mejor conocimiento del mundo y que resulta ilegítimo modificarlo para hacer más fácil la implantación de particulares preferencias valorativas. Es más, un constructivista podría incluso argumentar que la existencia de este tipo de problemas demanda adoptar una perspectiva que incentive el desarrollo de una moral crítica sofisticada capaz de proteger de mejor forma del error, el abuso y la indebida manipulación.

Pero ese es, precisamente, el problema o riesgo que quiero destacar. La historia de la ciencia muestra la continua dificultad de separar nuestra constatación de lo que es y lo que debe ser. El origen del derecho, al menos en parte, se explica por el deseo de proveer certeza y extraer, del ámbito de las consideraciones morales particulares, las decisiones amparadas por la coerción del Estado. Un mundo en que los adjudicadores fueran siempre filósofos sabios y capaces de encontrar la mejor respuesta para todos los casos, probablemente no necesitaría derecho.

Lo que acá se plantea no apunta a la eventual existencia o conveniencia de unidad de valor, o de una moral objetiva, o de una conexión entre derecho y moral. Al fin y al cabo, es posible que la multiplicidad de aspectos y propósitos en el derecho haga plausible sostener que las distintas teorías del derecho logran capturar diversas verdades básicas de la práctica jurídica (Bix, 2012, p. 359). A lo que acá se quiere apuntar es a las condiciones del error y lo que la propuesta constructivista supone en ese contexto. Los seres humanos (y los jueces, en ningún caso expertos éticos, tanto o más que el resto), deseamos que el mundo tenga sentido moral y tendemos a cubrirlo con nuestras expectativas, deseos, ideología, preferencias e intuiciones (además de, en ocasiones, meros caprichos, intereses profesionales, ambición y numerosos otros factores). Se trata de una tendencia poderosa que afecta incluso a actores razonablemente instruidos y honestos. La propuesta constructivista invita a una confianza excesiva e injustificada en la capacidad crítica humana. El riesgo es que ello proporcione cobertura

para ocultar las preferencias personales y, además, genere las condiciones para decisiones e interpretaciones basadas en un deficiente conocimiento del mundo y de sus consecuencias.

BIBLIOGRAFÍA

Atienza, Manuel y García Amado, Juan Antonio (2016). *Un debate sobre la ponderación*. Lima: Palestra Editores.

Bix, Brian: (2012). «Ideales, prácticas y conceptos en la teoría del derecho». En Jordi Ferrer Beltrán, José Juan Moreso y Diego Papayannis (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, pp. 343-360.

Chiassoni, Pierluigi (2011). *Técnicas de interpretación jurídica: Breviario para juristas*. Madrid: Marcial Pons.

Dworkin, Ronald (2007). *La Justicia con toga*. Madrid: Marcial Pons.

García Amado, Juan Antonio (2012). *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Gruber, Jonathan (2011). *Public finance and public policy*. Nueva York: Worth Publishers.

Hart, H.L.A. (2012). *The concept of law* (3° edición). Oxford: Oxford University Press.

Lifante Vidal, Isabel (2008). «La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista». En *Anuario de Filosofía de Derecho*, XXV, pp. 257-278. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3134477>

——— (2018). *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Laporta, Francisco J. (2015). «El ensayo “Objectivity and Truth: You’d better believe it” de 1996 y la teoría ética de Dworkin». En José M. Sauca (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho: Tomando en serio el imperio del erizo*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, pp. 21-38.

Leiter, Brian (2012). *Naturalismo y teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons (trad. Giovanni Battista Ratti).

——— (2012). «In Praise of Realism (and against “Nonsense” Jurisprudence)». En *Georgetown Law Journal*, 100, 3.

Recuperado de: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2554&context=journal_articles

——— (2013). «Legal realisms, old and new». En *Valparaiso Law Review*, 47, 4. Recuperado de: <https://scholar.valpo.edu/vulr/vol47/iss4/5/>

Moreso, José Juan (2015). «Los intocables del derecho». En José M. Sauca (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho: Tomando en serio el imperio del erizo*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, pp. 91-104.

Platón (2014). *Fedón*. Madrid: Gredos (trad. Carlos García Gual).

Quine, William Van Orman (1953). *From a Logical Point of View*. Cambridge: Harvard University Press.

Rouse, Joseph (1999). «Understanding scientific practices: cultural studies of sciences as a philosophical program». En *Division I Faculty Publications*, 23. Recuperado de https://www.academia.edu/30917280/Understanding_Scientific_Practices_Cultural_Studies_of_Science_as_a_Philosophical_Program

— — — “Two concepts of practices”. En Theodore R. Schatzki, Karin Knorr Cetina y Eike Von Savigny (eds.), *The practice turn in contemporary theory*. Nueva York: Routledge, pp. 189-198.

——— (2015). *Articulating the World. Conceptual understanding and the scientific image*. Chicago: The University of Chicago Press.

Ruiz Miguel, Alfonso (2014). «Por qué no es realista ser realista jurídico (genovés): algunos problemas del punto de vista externo». En *Analisis e Diritto*, 2014, pp.129-148. Recuperado de: https://www.academia.edu/10098026/Por_qu%C3%A9_no_es_realista_ser_realista_genov%C3%A9s_algunos_problemas_del_punto_de_vista_externo

——— (2015). «Dworkin y el limbo de la metaética». En José M. Sauca (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho: Tomando en serio el imperio del erizo*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, pp. 39-71.

Tucídides (2014). *Historia de la Guerra del Peloponeso*. Madrid: Alianza Editorial (trad. Antonio Guzmán Guerra).