

# Tarello y la desmitificación del pensamiento jurídico

Pierluigi Chiassoni

## 1. *Apocalípticos e integrados*

En un libro publicado en 1964, Umberto Eco destacaba dos posturas básicas asumidas por los intelectuales frente al fenómeno, entonces nuevo, de la cultura de masa.

Por un lado, estaban los “integrados”: es decir, los que se habían adaptado rápidamente a la derrota de la cultura de *élite*, convirtiéndose en defensores sin más del nuevo orden, que los sedujo con sus promesas de un porvenir radiante de educación y progreso para todos.

Por el otro, estaban los “apocalípticos”: es decir, los que advertían del riesgo de desertificación cultural que inevitablemente habría traído consigo la masificación de la cultura<sup>1</sup>.

Cabe notar, sin embargo, que como los tres mosqueteros no eran tres, sino cuatro, también las posturas frente a la cultura de masa en los años sesenta no eran dos, sino tres. Al lado de los apocalípticos y de los integrados, estaban también los intelectuales que, como el mismo Eco, habían elegido asumir una postura que podríamos llamar “realista”, la cual consistía en la descripción desapasionada y en la evaluación prudente del fenómeno, sin dramatizaciones.

La tripartición entre integrados, apocalípticos, y realistas tiene una relevancia clasificatoria universal. Incluso en el derecho y en la cultura jurídica, generación tras generación, podemos destacar juristas integrados, juristas apocalípticos (a menudo los mismos, pero hacia el final de su vida), y, sin lugar a dudas, juristas realistas.

---

<sup>1</sup> U. Eco, *Apocalittici e integrati. Comunicazioni di massa e teorie della cultura di massa*, Milano, Bompiani, 1964. Ver, por ejemplo, los ensayos *I nichilisti fiammeggianti* y *Da Pathmos a Salamanca*.

En la cultura jurídica italiana de los años sesenta y setenta, Giovanni Tarello (1934-1987) fue probablemente el representante y defensor más destacado de una postura realista.

Como para todo realista, en el árbol genealógico que tiene su origen en la obra jurídica de Jeremy Bentham, el problema que Tarello consideraba fundamental, ya no era el de asumir una posición frente al derecho positivo (y cuál posición asumir), sino otro. Este otro problema, considerado preliminar y prejudicial, era el problema de adoptar y proporcionar una visión del derecho, con arreglo a experiencias como la experiencia italiana contemporánea, que estuviera, en la medida de lo posible, libre de compromisos ideológicos: libre, en particular, de los compromisos más peligrosos, como son aquellos compromisos inconscientes, que estipulamos (casi) sin percatarnos, por conformismo, por hábito mental, por carencia de sentido crítico, por debilidad mental, por pereza, por conveniencia.

Por supuesto, al evaluar la postura realista de Tarello tenemos que no olvidarnos de la amonestación del escéptico. Este nos advierte que nunca es posible salir de las jaulas de esquemas conceptuales ideológicamente comprometidos: que sólo se puede pasar de una jaula a otra, también ideológicamente comprometida, de forma que pensar poder hacer diferentemente es una ilusión (“En contra del positivismo según el cual hay hechos, hace falta afirmar que no, que no hay hechos, sino sólo interpretaciones”: es, más o menos en estos términos, la famosa advertencia de Friedrich Nietzsche).

Ahora bien: desde un punto de vista epistemológico, Tarello adoptó – en una forma programática extrema – la postura del empirismo y del racionalismo crítico compartida por Norberto Bobbio y Uberto Scarpelli, los próceres de la filosofía analítica del derecho italiano de la segunda posguerra.

Por consiguiente, frente a la admonición del escéptico, Tarello habría defendido su posición afirmando: *en primer lugar* que, en todo caso, ella era *menos ideológica* de las visiones compartidas por los juristas, teóricos, y filósofos del derecho de su tiempo, siendo una posición del todo consciente del riesgo siempre presente de ceder a compromisos ocultos e inadvertidos, al ser capaz de separar la teoría de la ideología; *en segundo lugar* que, además, su posición debía considerarse *más*

*ventajosa* en aras de un conocimiento desencantado de los aspectos centrales de la experiencia jurídica. Es más, al estar en contacto con la advertencia del escéptico, Tarello habría puesto de relieve la fuerte carga desmitificadora de sus análisis y sus elaboraciones conceptuales.

Herbert Hart identifica el motor de toda la obra jurídica de Bentham en el intento de “desmitificar el derecho”<sup>2</sup>. Con referencia a Tarello, prefiero atribuirle el intento, que llevó a cabo en buena parte, de “desmitificar el pensamiento jurídico”. En efecto, esta segunda expresión parece más exacta para dar cuenta de la orientación básica de los escritos de Tarello. Sin embargo, es necesario formular una precisión. Según Tarello, el pensamiento jurídico – es decir, las doctrinas de los juristas y las construcciones de los filósofos del derecho culturalmente más influyentes, por lo menos en sus directrices y enfoques, en cada momento histórico – forma parte integrante del derecho positivo; se incorpora al derecho positivo, lo moldea, hace que el derecho sea lo que es. De forma que la desmitificación del pensamiento jurídico es, al mismo tiempo, desmitificación del derecho.

En la obra de Tarello, como veremos más adelante, desmitificar el pensamiento jurídico quiere decir destruir las imágenes falsas y engañosas del derecho, construidas por los juristas, reemplazándolas con imágenes (en lo posible) axiológicamente neutras y respaldadas por datos empíricos acertados. Una imagen, en particular, representa el blanco hacia el cual apuntan todos los escritos de Tarello: se trata de la imagen del derecho positivo como *realidad objetiva*, como objeto dotado de existencia y consistencia intrínsecas frente a los juristas y demás operadores, que serían condenados, por ende, a jugar el papel marginal y pasivo de expositores y servidores obsequiosos.

Este escrito contiene dos partes. En la primera parte, haré una breve exposición de la meta-filosofía jurídica de Giovanni Tarello: de su manera de concebir la tarea del filósofo del derecho en nuestras organizaciones jurídicas y políticas. En la segunda parte, daré tres ejemplos de operaciones de desmitificación del pensamiento jurídico llevadas a cabo por Tarello: (1) la crítica de las teorías tradicionales de la

---

<sup>2</sup> H. L. A. Hart, *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1982.

interpretación jurídica; (2) la crítica de los conceptos jurídicos normativistas; (3) la crítica de las concepciones del derecho como ordenamiento jurídico. El apartado conclusivo, en fin, arrojará luz sobre la variedad de normativismo defendida por Tarello: el normativismo hermenéutico.

## 2. *La filosofía del derecho como “meta-jurídica”*

Cuando Tarello empezó su carrera de estudioso y crítico de la cultura jurídica, en Italia habían dos formas dominantes de hacer filosofía del derecho: la filosofía del derecho “filosófica”, o “de (y para) los filósofos”, y la filosofía del derecho “jurídica”, o “de (y para) los juristas”<sup>3</sup>.

La primera forma consistía básicamente en especulaciones sobre la filosofía de la justicia que, no obstante, eran presentadas, a menudo, conforme al esencialismo propio de la cultura iusnaturalista, como investigaciones científicas sobre la verdadera naturaleza del derecho, llevadas a cabo con la ayuda de herramientas proporcionadas por alguno de los “grandes” sistemas filosóficos (como, por ejemplo, el idealismo (neo) hegeliano y el neo-kantismo).

La segunda forma consistía, en cambio, en investigaciones de teoría general del derecho positivo, llevadas a cabo a la manera de la *allgemeine Rechtslehre* alemana del siglo XIX.

Sin embargo, desde finales de los años Cuarenta, Bobbio y Scarpelli (y después los demás filósofos analíticos de la llamada “Escuela de Bobbio”, o “Escuela de Turín”) habían abierto la vía para una nueva manera de hacer teoría general del derecho, empleando las herramientas del análisis lingüístico. Además, ellos habían también reflexionado, siempre desde un punto de vista analítico, sobre la ciencia jurídica (estudio doctrinal del derecho), presentándola como ejercicio de análisis lingüístico y de reconstrucción racional del derecho positivo, concebido, a su vez, como un discurso y, precisamente, como (en sentido amplio) el discurso del legislador<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1965, parte I.

<sup>4</sup> N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, 1950, en U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Comunità, 1976, pp. 287-324.

Ahora bien. Combinando las sugerencias de la nueva filosofía analítica del derecho, con las sugerencias provenientes, por un lado, de sus estudios sobre el realismo jurídico estadounidense<sup>5</sup> y, por el otro, de la historiografía del derecho romano más progresista, representada por las enseñanzas de Riccardo Orestano<sup>6</sup>, Tarello llega a concebir la filosofía del derecho como «*metagiuridica*» (meta-jurídica). Propone, en particular, un modelo de investigación filosófica acerca del derecho, caracterizándolo desde la perspectiva del objeto, de las herramientas, y de los objetivos.

En relación con el *objeto* de sus investigaciones, la meta-jurídica, por supuesto, tiene que concernir al derecho. Sin embargo, es menester hacer dos precisiones.

*Primera precisión.* Tarello entiende el derecho como un fenómeno social del cual es preciso considerar, en aras del desarrollo de investigaciones útiles (no ociosas), tres características. En primer lugar, el derecho tiene un *carácter práctico*: es un fenómeno político, es un “espacio” donde se desencadenan y componen poderosos conflictos de intereses materiales y espirituales. En segundo lugar, el derecho tiene un *carácter histórico*: vive en la historia, es un fenómeno históricamente determinado y mutable. En tercer lugar, el derecho tiene un *carácter lingüístico*: es un fenómeno lingüístico, constituido por discursos destinados inevitablemente a la indeterminación.

*Segunda precisión:* a la luz de los rasgos del derecho arriba mencionados, y sobre todo de su carácter de fenómeno lingüístico inevitablemente indeterminado, y por lo tanto semánticamente no auto-suficiente, Tarello considera que la meta-jurídica no puede asumir al derecho como objeto exclusivo de sus investigaciones, sino que debe ocuparse también de la doctrina jurídica (ciencia jurídica) y de la jurisprudencia. En otras palabras, la meta-jurídica debe ser, también, meta-jurisprudencia (para utilizar un término introducido por Norberto Bobbio en un conocido ensayo de 1967<sup>7</sup>). Esto sugiere que el objeto de la meta-jurídica sea, no ya el derecho positivo estrictamente

---

<sup>5</sup> G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962.

<sup>6</sup> Ver, sobre este punto, G. Tarello, *Quattro buoni giuristi per una cattiva azione*, 1977, en Id., *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, Bologna, Il Mulino, 1989, pp. 241-261.

<sup>7</sup> N. Bobbio, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, en Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970.

entendido (leyes, costumbres, constituciones, ...), sino la experiencia jurídica, que incluye, al lado del derecho positivo estrictamente entendido, la cultura jurídica, tanto de los operadores jurídicos, como de los laicos.

En lo que concierne a las *herramientas* de sus investigaciones, la meta-jurídica tiene que emplear los instrumentos del análisis lingüístico y de la historiografía analítica.

Derecho, doctrina jurídica y jurisprudencia son fenómenos lingüísticos (discursos). El análisis lingüístico representa, por lo tanto, la herramienta principal (podríamos decir, “natural”) para adquirir conocimientos genuinos y acertados de tales realidades. Según Tarello, el análisis lingüístico, en particular, representa un instrumento poderosísimo para la comprensión de cualquier cultura jurídica, pues es útil para llevar a cabo tres operaciones de capital importancia epistémica.

La primera operación – de *lexicografía crítica* – consiste en detectar los significados de los términos jurídicos “portadores de conceptos”: indagando si, y cuáles, son de uso común y, en cambio, cuáles dependen de estipulaciones de juristas o filósofos determinados, y sacando a la luz ambigüedades y otras indeterminaciones.

La segunda operación – de *análisis funcional* – consiste en establecer la función de los discursos de juristas y jueces, a la luz de la distinción básica, aunque no exhaustiva, entre *discurso asertivo* y *discurso prescriptivo*.

La tercera operación – de *identificación del trasfondo* – consiste, por último, en identificar las ideologías, las teorías, y los intereses que están detrás de los términos, conceptos, y construcciones empleados por los legisladores (en las definiciones legislativas), los jueces y los juristas, también mediante la formulación de conjeturas.

Derecho positivo, doctrina jurídica y jurisprudencia, sin embargo, son también fenómenos históricos. Es necesario, por lo tanto, investigar la historia de las ideas, conceptos, actitudes, ideologías y teorías jurídicas. Se trata, en particular, de desarrollar una investigación de historiografía analítica sobre la cultura jurídica: es decir, una investigación que sea inmune a cualquier providencialismo (no importa si de corte religioso o materialista), y que se dedique a la genealogía de términos, conceptos y maneras de pensar que influyen sobre el derecho, arrojando luces del contexto en el cual fueron inventados, su retro tierra ideológico y material, los usos

que tienen los mismos términos en diferentes contextos, los cambios en el significado de los mismos términos cuando cambia el contexto social, político e institucional.

En lo que concierne, finalmente, a sus *objetivos*, la meta-jurídica tiene que perseguir tres: primero, proporcionar conocimiento empíricamente acertado; segundo, proporcionar propuestas (razonables) de terapia y policía lingüística; tercero, proporcionar consideraciones de crítica racional o técnica de la doctrina y de la jurisprudencia.

El *objetivo del conocimiento* debe proporcionar informaciones acertadas sobre una cultura jurídica durante su desarrollo histórico. Se trata, por ejemplo, como hemos visto, considerando las herramientas de la meta-jurídica, de sacar a la luz el origen y la función práctica, si la tiene, de un determinado aparato de tesis, términos y conceptos doctrinales. Se trata, además, de iluminar las ideologías escondidas en las formas habituales de pensar, como un paso necesario para su evaluación racional. El objetivo del conocimiento requiere, por lo tanto, que se desencadene una despiadada “caza a las ideologías” de los juristas (entendidos en sentido lato).

El *objetivo terapéutico* requiere elaborar y proporcionar aparatos terminológicos y conceptuales que sean mejores que los aparatos que están siendo utilizados en una cultura jurídica en un tiempo y en un lugar determinados, desde la perspectiva de su univocidad, claridad, capacidad explicativa, y neutralidad valorativa.

El *objetivo de policía lingüística* consiste en señalar la presencia de usos ideológicamente comprometidos de los términos jurídicos y formular recomendaciones acerca de su empleo o no-empleo.

El *objetivo de crítica racional o técnica* requiere, finalmente, proporcionar una evaluación de las operaciones que llevan a cabo juristas y jueces, bajo la perspectiva: (a) de las técnicas argumentativas empleadas y no-empleadas, (b) de la disponibilidad de soluciones alternativas, (c) de sus consecuencias prácticas.

Cabe advertir que el filósofo del derecho que decida abarcar la meta-jurídica como forma de investigación filosófica, escoge un camino difícil (la puerta estrecha), donde sólo lograrán algo los que sean, al mismo tiempo, juristas (preferiblemente, dotados de conocimientos acertados sobre una pluralidad de sectores específicos del derecho positivo), filósofos (analíticos), historiadores (no providencialistas), y sociólogos

(descriptivos) de la cultura jurídica. En palabras de Tarello, la filosofía del derecho verdaderamente útil al conocimiento y a la práctica del derecho no es una tarea, ni para los «superficiales pretensiosos», ni para las «almas bellas que suspiran», sino sólo para una tercera especie de ius-filósofos: los «robustos identificadores de puntos de vista críticos»<sup>8</sup>.

Después de estas reflexiones, podemos pasar ahora a considerar algunos ejemplos de análisis desmitificador tarellano.

### 3. *Crítica de las teorías tradicionales de la interpretación jurídica*

La teoría de la interpretación representa uno de los ingredientes principales de la obra de Tarello. En ella se destacan claramente dos partes: una parte crítica y una parte constructiva. La parte constructiva consiste en la elaboración de una teoría de la interpretación fuertemente innovadora. La parte crítica tiene como blanco las teorías tradicionales de la interpretación jurídica. Estas, según Tarello, estaban afectadas directa o indirectamente por el “formalismo” o “conceptualismo” interpretativo, y por lo tanto estaban comprometidas con una manera mistificadora de representar el fenómeno de la interpretación en el derecho.

El manifiesto de la teoría tarellana de la interpretación puede ser identificado en un ensayo de 1966, escrito con ocasión de un congreso nacional de filosofía del derecho, intitulado: *Il “problema dell’interpretazione”: una formulazione ambigua*<sup>9</sup>.

En este escrito, en aras de defender una nueva manera de concebir, tanto el fenómeno de la interpretación jurídica, como las tareas de las teorías de la interpretación, Tarello parte de dos constataciones.

La primera constatación es que los juristas y filósofos del derecho italiano del siglo XX están acostumbrados a concebir que las teorías de la interpretación jurídica tienen como objetivo proporcionar una solución “*al problema de la interpretación*”,

---

<sup>8</sup> G. Tarello, *Riforma, dipartimenti e discipline filosofiche*, en “Rivista critica di storia della filosofia”, 1970, p. 112; sobre la meta-jurídica, véase por ejemplo, P. Chiassoni, *Concezioni analitiche originarie della metagiurisprudenza. Una rilettura apologetica*, en “Notizie di Politeia”, 21, 80, 2005, pp. 69 ss.

<sup>9</sup> G. Tarello, *Il “problema” dell’interpretazione: una formulazione ambigua*, en “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 43, 1966, pp. 349-357.



que entienden aparentemente como un “problema” concerniente a la naturaleza de la interpretación jurídica, y, en particular, de la interpretación judicial (en efecto, a menudo hablan, también, del “problema de la interpretación y aplicación del derecho”).

La segunda constatación es que la idea de que la interpretación jurídica plantee *un* problema «implica necesariamente» un conjunto de tesis («asunciones y presupuestos») que son propias del “formalismo interpretativo”. Entre dichas tesis, según Tarello, figurarían, en particular, las siguientes:

1. las normas jurídicas constituyen el objeto de la interpretación jurídica;
2. las normas jurídicas tienen un significado verdadero, pre-constituido a la interpretación;
3. el significado verdadero de las normas jurídicas puede ser descubierto siguiendo las directivas (cánones, criterios) impuestas por la naturaleza misma de las normas.

Ahora bien, Tarello sostiene que las teorías tradicionales de la interpretación jurídica están doblemente equivocadas: sea en su obsesión por “el problema” de la interpretación, sea en lo que concierne a las tesis que son el presupuesto de tal obsesión.

La obsesión por “el problema de la interpretación jurídica” está equivocada por la falta de análisis. Una reflexión, aun superficial, sugiere, según Tarello, que la interpretación jurídica, en cuanto fenómeno complejo en nuestras experiencias jurídicas, plantea a los juristas y filósofos, no ya *un* problema, sino *dos* – y precisamente, como veremos más adelante, *dos conjuntos* de problemas –.

Por un lado, el fenómeno plantea el problema, de carácter descriptivo, de establecer *qué es*, y *cómo es*, en efecto, lo que estamos acostumbrados a llamar “interpretación jurídica”. Aquí se trata de investigar qué hacen los jueces, los juristas y los demás operadores del derecho cuando “interpretan”; que herramientas emplean en su “interpretación”; que teorías e ideologías presuponen en sus actividades de “interpretación”, etc.

Por el otro, el fenómeno plantea el problema, de carácter prescriptivo y valorativo, de establecer *cómo debe ser* la interpretación jurídica: cuáles herramientas deben ser empleadas, y cómo, y hacia cuáles objetivos prácticos debe dirigirse.

El primer conjunto de problemas pertenece a la teoría de la interpretación jurídica, propiamente dicha. El segundo conjunto de problemas pertenece, en cambio, a la ideología de la interpretación jurídica.

Pasando a las tesis formalistas presupuestas, en contra de las ideas según las cuales cada norma tiene un significado verdadero, pre-constituido a la interpretación, y que este puede ser descubierto siguiendo las directivas impuestas por la misma naturaleza de las normas, Tarello utiliza un *argumento* (que podríamos llamar) *genealógico*, articulado en dos etapas:

I. las dos ideas tienen su origen en un conjunto de doctrinas que se remontan a la edad del derecho común; se trataría, precisamente, de cuatro doctrinas: (a) la doctrina del carácter aditivo del derecho humano en relación con un derecho natural de origen divino preexistente; (b) la doctrina de la *causa legis* (*nulla lex sine causa*); (c) la doctrina de la *ratio legis* (*nulla lex sine ratione*), como especificación jurídica del principio (ontológico) de la razón suficiente (*nihil sine ratione*); y, por último, (d) la doctrina de la *voluntas principis* (*nulla lex sine voluntate*);

II. desafortunadamente, hoy en día, todas estas doctrinas están totalmente desacreditadas. De modo que la obsesión por “el problema” de la interpretación sería el fruto de la viscosidad de ideas sospechosas.

Sin embargo, la crítica más radical, que llega acompañada de una revolución conceptual (que me atrevería a definir) copernicana, atañe a la primera de las ideas formalistas presupuestas por las teorías tradicionales de la interpretación: la idea, aceptada sin más por todos, según la cual el objeto de la interpretación jurídica esté constituido por *normas*.

Trayendo a colación los principales resultados de su reflexión analítica sobre el lenguaje prescriptivo, el derecho y la interpretación jurídica, Tarello propone que el aparato conceptual tradicional, donde la interpretación consiste en descubrir el significado verdadero de las normas, y donde las normas tienen significados verdaderos que esperan ser descubiertos por los intérpretes, sea reemplazado por otro aparato terminológico y conceptual. Se trataría, en particular, de abarcar las siguientes tesis:

(1) el *objeto* de la interpretación jurídica *ya* no son las *normas jurídicas*, sino las *oraciones jurídicas*: es decir, oraciones contenidas en documentos autoritativos como, por ejemplo, leyes y constituciones;

(2) la interpretación (en sentido propio) es, por consiguiente, la *actividad de atribución de significado a oraciones jurídicas*;

(3) las normas no *tienen* significados (verdaderos), sino que *son* significados: son, precisamente, los significados (prescriptivos) de las oraciones jurídicas autoritativas;

(4) las normas no son *ya*, por lo tanto, *objetos que preexisten* a la interpretación, es decir, pre-constituidos, con “sus” significados, a la interpretación, sino los *productos* o *resultados* de la interpretación jurídica;

(5) no hay correspondencia biunívoca entre oraciones jurídicas y normas: por el contrario, cada oración, usualmente, tolera ser interpretada de diferentes maneras<sup>10</sup>.

#### 4. *Crítica de los conceptos jurídicos normativistas*

La crítica que Tarello formula en contra de las teorías tradicionales de la interpretación jurídica tiene un alcance desmitificador que, claramente, va más allá de ellas. En efecto, la tríade conceptual oración autoritativa / interpretación / norma, y el conjunto de tesis que la acompaña, proyecta su luz demoledora también sobre las teorías (generales) del derecho. Tal luz afecta, en particular, las teorías del derecho dominantes en los años sesenta y setenta, que son teorías normativistas.

---

<sup>10</sup> G. Tarello, *Il “problema” dell’interpretazione: una formulazione ambigua*, pp. 353-354. Todas estas ideas serán precisadas y defendidas más detenidamente en Id., *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1974, y en Id., *L’interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980. Allí se encuentra, en particular, (lo que llamo) un modelo psicológico de estructura de la interpretación jurídica, de tipo intuicionista-argumentativo, y un modelo metodológico, concerniente a las herramientas de la interpretación, de tipo argumentativo simple: las herramientas de la interpretación son un conjunto de “argumentos interpretativos”, básicamente de origen retórico, que representan esquemas de motivación que cada intérprete tiene a su disposición, según los objetivos perseguidos, y que funcionan como instrumentos de control social sobre las atribuciones de significado y otras operaciones interpretativas, en la medida en que dichos esquemas sean “aceptados” (en términos hartianos) por la cultura jurídica.

Según el normativismo, en una caracterización muy genérica, pero, según creo, no engañosa, el derecho es un conjunto – sistema, ordenamiento – de normas dotadas de ciertas características específicas (coerción, atribución de poderes normativos).

Ahora bien, si las normas, genealógicamente, son los productos de actividades de interpretación (en sentido amplio: no voy a tratar de este punto aquí), la descripción de los derechos positivos como conjuntos – sistemas, ordenamientos – de *normas* resulta ser una descripción parcial, y, de hecho, engañosa, en la medida en que no da cuenta de la centralidad del fenómeno de la interpretación en las experiencias jurídicas.

Los conceptos normativistas de derecho (pero lo mismo se puede afirmar de otros conceptos jurídicos, y en particular teórico-generales, como los de laguna y antinomia) deben, por lo tanto, ser redefinidos *secundum interpretationem*: deben ser transformados en conceptos transparentes-frente-a-la-interpretación, o bien deben ser expresamente considerados como conceptos *salva interpretatione*, es decir, conceptos programáticamente opacos frente a la interpretación. En el primer caso, la interpretación tiene que ser incluida en la definición del concepto de derecho (y de otros conceptos generales como los de norma, laguna y antinomia); en el segundo caso, los conceptos jurídicos puramente normativistas tienen que ser considerados conceptos que, conscientemente, dejan de lado el fenómeno de la interpretación, para concentrarse sobre problemas de teoría de las normas y teoría de los sistemas normativos – por ejemplo, problemas de lógica de las normas y lógica de los sistemas normativos –.

Ahora bien, el segundo ejemplo de análisis desmitificador tarelliano que voy a considerar a continuación consiste precisamente en la crítica a un concepto normativista de derecho y en la propuesta de sustituirlo por otro, transparente-frente-a-la-interpretación. La operación concierne, en particular, al concepto de “derecho positivo” comúnmente utilizado en la cultura jurídica italiana de los años setenta<sup>11</sup>.

Como conclusión de una investigación sobre los usos lingüísticos, Tarello detecta la siguiente noción de “derecho positivo”, aceptada pacíficamente en la cultura

---

<sup>11</sup> G. Tarello, *La nozione di diritto positivo nella cultura giuridica italiana*, en “Sociologia del diritto”, 2, 1977, pp. 315-324.

jurídica italiana: el derecho positivo es un *conjunto de normas*, y precisamente, *el conjunto compuesto por la legislación promulgada y publicada según las formas previstas, por las otras normas producidas de conformidad con los procedimientos previstos por la ley, y por las costumbres a las cuales la ley haga reenvío*<sup>12</sup>.

Se trata, sin lugar a dudas, de un concepto normativista, claramente opaco frente a la interpretación. Según Tarello, tal opacidad (como yo la llamo) no es casual, ni ociosa. Sirve, en cambio, para una operación, que él califica como ideológica, que consiste en presentar el derecho positivo italiano como un conjunto unitario de normas determinadas, coherentes entre sí, estables, producidas y eliminadas solamente mediante procedimientos formales, y aceptadas por todos. Tiene, en otras palabras, una función de mitificación del derecho vigente, presentándolo como un conjunto de elementos objetivos (las leyes y las otras normas conformes a las leyes), que están a disposición de todo jurista, juez, o ciudadano. Sin embargo, una mirada desapasionada de la realidad revela, según Tarello, la «extrema mutabilidad de los contenidos» del derecho positivo independientemente de los cambios «en el sistema de la legislación formal», los conflictos al interior de la doctrina jurídica y de la magistratura acerca del significado de los documentos legislativos, la elevada indeterminación «de amplios sectores del derecho positivo» como consecuencia de dichos conflictos y mutabilidad. La noción común de derecho positivo proporciona, por lo tanto, una imagen engañosamente simple e idealizada del derecho positivo: una imagen *falsa* a nivel del conocimiento del derecho, que refleja la ideología de origen iluminista del derecho como coincidente, básicamente, con las leyes promulgadas por un legislador representativo, y que Tarello considera «formalista», «legalista», «positivista», y «estatalista».

Por estas razones, llevando a cabo una operación de policía lingüística, Tarello propone reemplazar la noción común de derecho positivo – descriptivamente falsa e ideológicamente comprometida – con una noción diferente, fruto de estipulación, según la cual, por “derecho positivo” es oportuno entender:

---

<sup>12</sup> G. Tarello, *La nozione di diritto positivo nella cultura giuridica italiana*, pp. 316, 322.

*El conjunto de los significados normativos atribuidos de hecho al conjunto de los documentos legislativos, según las jerarquías estructurales de tales documentos en la representación que de tales jerarquías ofrecen, de hecho, los órganos de aplicación del derecho, con exclusión de las oraciones legislativas que expresan normas de incentivación caídas en desuso y que, por lo tanto, los órganos de aplicación no están llamados a aplicar y, por consiguiente, no tienen el poder de manipular*<sup>13</sup>.

Se trata de una noción deliberadamente realista, que pretende dar una descripción verdadera de lo que es el derecho positivo italiano, arrojando luces sobre el fenómeno de la interpretación y conectando la «legislación formal» con la praxis aplicativa «que determina el contenido del sistema». La ventaja de tal noción sería, en particular, según Tarello, la de permitir darse cuenta del

*mecanismo mediante el cual, un sistema formalmente rígido y cerrado, deviene, en la realidad, un sistema abierto a todas las divisiones profundas que, hoy en día, presenta la sociedad italiana*<sup>14</sup>.

La metáfora mecanicista empleada en el pasaje apenas citado revela el intento desmitificador del análisis de Tarello. La cultura jurídica, con su aparato conceptual, tiende a menudo a ocultar los verdaderos mecanismos del derecho. Es tarea del (buen) filósofo del derecho sacarlos a la luz y proporcionar herramientas conceptuales que los hagan transparentes.

##### *5. Crítica de las concepciones del derecho como ordenamiento jurídico*

El tercer, y último, ejemplo de operación tarelliana de desmitificación del pensamiento jurídico del cual deseo hablar, aunque muy brevemente, hace referencia, como dije al comienzo, a las teorías “ordenamentales” del derecho: es decir, a las

---

<sup>13</sup> G. Tarello, *La nozione di diritto positivo nella cultura giuridica italiana*, p. 324.

<sup>14</sup> G. Tarello, *La nozione di diritto positivo nella cultura giuridica italiana*, p. 324.

teorías que presentan el derecho, no ya como simple conjunto de normas, sino como ordenamiento jurídico, dotado de ciertas propiedades específicas.

En un ensayo de 1974, *Il diritto come ordinamento*, realizado también con ocasión de la participación en un congreso nacional de filosofía del derecho, Tarello lleva a cabo un ataque frontal en contra de las tres teorías ordenamentales más prestigiosas en la cultura jurídica italiana del momento: la teoría institucionalista de Santi Romano, la teoría normativista de Hans Kelsen y, por último, la teoría normativista de Bobbio y de su Escuela.

Según Tarello, las tres teorías, no obstante las diferencias que las separan, comparten una misma postura frente al derecho positivo, proporcionando una imagen del mismo como entidad *intrínsecamente ordenada*: tanto en cuanto conjunto ordenado de instituciones (Romano), como en cuanto conjunto coherente y completo de normas validas (Kelsen), o bien en cuanto conjunto unitario, eventualmente coherente y completo, de normas (Bobbio).

Ahora bien, Tarello sostiene que tal imagen proporciona una representación equivocada de los ordenamientos jurídicos positivos, pues, al igual que la noción común de derecho positivo, es una imagen que oculta la presencia de la praxis interpretativa y de los conflictos que típicamente la caracterizan.

Por lo tanto, según Tarello, solo hay una forma de protegerse contra la carga ideológica de la locución “ordenamiento jurídico”: esta consiste en utilizarla en el sentido no-teórico de los juristas, donde es sinónimo de “derecho” (“derecho objetivo”), o, mejor, en utilizarla lo menos posible.

Cabe advertir que, también aquí, podemos encontrar en la obra de Tarello una *pars construens*: una propuesta acerca de una noción normativista de derecho. Se trata, empero, de una noción ya no estructural, sino funcional, que caracteriza al derecho como el conjunto de las reglas que, en una determinada sociedad, disciplinan:

- (a) la represión de las conductas consideradas como socialmente peligrosas (y no físicamente necesarias, ni patológicas);
- (b) la atribución de bienes y servicios a individuos y a grupos;

(c) la institución y atribución de poderes normativos (creación y distribución de poder)<sup>15</sup>.

## 6. *Normativismo hermenéutico*

Al comienzo presenté a Tarello como a uno de los exponentes más destacados del realismo jurídico en la cultura italiana de los años sesenta y setenta.

El realismo jurídico, en términos abstractos, es el conjunto de las teorías del derecho que comparten cuatro posturas:

1. la adopción de una epistemología empirista;
2. la adopción de un punto de vista programáticamente crítico del pensamiento jurídico (actitud de desmitificación);
3. el rechazo del formalismo interpretativo;
4. el rechazo del normativismo.

Las dos primeras son posturas meta-teóricas; las dos últimas son, en cambio, posturas teóricas que representan, a mi parecer, los resultados más relevantes de la adopción consecuente de las dos posturas meta-teóricas.

Ahora bien, como conclusión, deseo reflexionar brevemente sobre la manera como Tarello, en su obra, rechaza el normativismo. Aquí creo que merecen ser destacados tres puntos.

En primer lugar, no se trata de un rechazo total, es decir, del rechazo de cualquier forma de normativismo, sino sólo del rechazo de un tipo de normativismo: precisamente, del normativismo objetivista, ingenuo, que asume o sugiere una objetividad de las normas jurídicas y de los ordenamientos jurídicos que ellos, en efecto, no poseen.

En segundo lugar, Tarello opone al normativismo objetivista, un normativismo no-objetivista, crítico, que podríamos llamar hermenéutico: las normas siguen siendo un componente importante de los derechos positivos; sin embargo, son variables que

---

<sup>15</sup> G. Tarello, *Organizzazione giuridica e società moderna*, 1984, en Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 153-154.



dependen de las operaciones de interpretación, llevadas a cabo por los operadores, al interior de una cultura jurídica, con los límites y oportunidades que esto conlleva.

En tercer lugar, en el normativismo hermenéutico, la interpretación pasa de ser un fenómeno teóricamente marginal para convertirse en un fenómeno teóricamente central: forma el “puente” indispensable entre oraciones jurídicas (disposiciones, materiales autoritativos) y normas.

No obstante, Tarello se habría resistido probablemente al uso de expresiones, que hoy en día son comunes como consecuencia del llamado “*Interpretive turn*”, cuales “el derecho es interpretación” o “el derecho es argumentación”. Se trata, pues, de expresiones sospechosamente sencillas, demasiado genéricas, para ser aceptadas por un «robusto identificador de puntos de vista críticos».