

Consideraciones sobre el objeto de la filosofía jurídica

Por MARINA GASCON ABELLAN

Albacete

SUMARIO: I. ¿Unidad o pluralidad de objetos.—II. Lenguaje de los juristas y lenguaje del Derecho.—III. Ciencia y filosofía en el conocimiento del Derecho.—IV. Justicia y argumentación práctica.—V. Observación final.

I. ¿UNIDAD O PLURALIDAD DE OBJETOS?

Con frecuencia se observa en los escritos de los filósofos del Derecho aquello que criticara M. Schlick de la filosofía. Cuando abrimos un libro de texto de filosofía, decía este autor, «o cuando examinamos una de las extensas obras de un filósofo de hoy encontramos a menudo una inmensa cantidad de energía dedicada a la tarea de descubrir qué es la filosofía»¹. Desde luego, si eso pudo decirse de la filosofía en general quizás se debería afirmar con mayor motivo de la filosofía del Derecho, donde a las dificultades de definición propias del término y de su azarosa historia, se une la ingente cantidad de tareas que se le atribuyen y la falta de acuerdo acerca de cuáles son las que le corresponden. Por si fuera poco, esta inquietud ante la propia identidad se incrementa hoy ante la difícil justificación de la disciplina en un nuevo plan de estudios que parece apostar decididamente por una árida tecnificación donde apenas encuentra cabida un conocimiento que no sea estrictamente empírico.

1. SCHLICK, M., «El futuro de la filosofía» (1932), trad. cast. de A. Deaño, en MUGUERZA, J., (comp.) *La concepción analítica de la filosofía*, Madrid, Alianza Editorial, 1974, p. 284.

Pero la emprendida reforma de las enseñanzas jurídicas no sólo parece poco favorable al fomento de las disciplinas tenidas por especulativas, sino que, al menos en nuestro caso, resulta contradictoria. Hasta la constitución de las áreas de conocimiento, la filosofía del Derecho en España presentaba una posición un tanto ambigua que —si se me permite simplificar— se situaba a medio camino entre una ética de raíces principalmente escolásticas y una jurisprudencia de impronta positivista. Inicialmente, el legislador pareció orientarse por el primero de los caminos, acentuando los vínculos con una filosofía moral y política, en verdad no ya necesariamente escolástica, que pudiera aportar aires nuevos y críticos a las construcciones propias de los juristas. Más tarde, sin embargo, viene a proponer como objeto básico de reflexión de los filósofos del Derecho una Teoría del Derecho que de modo tradicional se ha reclamado como una «metadogmática» unida a los saberes jurídicos. En suma, esa posición difícil de nuestra disciplina en las facultades de Derecho, con todo lo que tiene de contradictorio, pero también de inquietante, tal vez se haya perpetuado con esta doble elección que parece orientarse a preocupaciones y métodos diferentes.

Por eso, quizás ahora más que nunca, la elucidación del sentido de la filosofía jurídica se resume en la manida cuestión de resolver el estatus de una disciplina en la que se dan cita consideraciones filosóficas y jurídicas. El problema, como afirma L. Prieto, consistiría «en optar entre el Derecho como objeto de una reflexión crítica y el Derecho como disculpa para el desarrollo de una construcción ajena a lo jurídico»². En palabras tantas veces repetidas de N. Bobbio, se trata de decidir entre una filosofía de Derecho «desde arriba», que sería la trasposición de los grandes sistemas filosóficos al campo del Derecho, y una filosofía del Derecho «desde abajo», que parta de la experiencia jurídica misma³. Optar, en suma, entre dos estilos diferentes de concebir la filosofía del Derecho: el estilo filosófico, que la concibe como una *weltanschauung*, una concepción del mundo mejor o peor *aplicada* al Derecho, y el estilo de los juristas, según el cual la filosofía del Derecho constituye una cierta explicación y reflexión crítica sobre el Derecho y sobre el trabajo de los propios juristas, pero construida a partir de «específicos problemas conceptuales nacidos en el seno de la jurisprudencia misma»⁴.

La opción por el primer enfoque, que se desprende de algunos escritos sobre filosofía del Derecho, tal vez ha provocado la falta de interés y hasta un cierto desprecio por parte de los profesionales del

2. PRIETO, L., «Un punto de vista sobre la filosofía del Derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV (1987), p. 592.

3. BOBBIO, N., «Naturaleza y función de la filosofía del Derecho», en *Contribución a la teoría del Derecho*, edición a cargo de RUIZ MIGUEL, A., Valencia, F. Torres, ed., 1980, pp. 91-101.

4. GUASTINI, R., *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 295-296.

Derecho, incluidos a veces los colegas universitarios, quienes difícilmente encuentran alguna conexión entre su propia experiencia y saber jurídicos y las oscuras especulaciones cerradas en sí mismas que algunos filósofos les presentan⁵, lo que es tanto más preocupante si recordamos que la disciplina se enseña precisamente en las facultades de Derecho. Bien es verdad que si el filósofo del Derecho no debe olvidar nunca la experiencia jurídica, tampoco parece aconsejable que permanezca pegado a ella, pues en tal caso caería en un dogmatismo tan empobrecedor como criticable y, sobre todo, bastante inútil, ya que la dogmática, la aclaración y sistematización del material jurídico-positivo, posee sus propios especialistas⁶. Por eso parece juiciosa y últimamente bastante difundida una posición más matizada que, sin olvidar la realidad jurídica, procura situarse en una perspectiva externa y trascendente al sistema y a sus operadores, asumiendo una labor crítica del Derecho y del saber dogmático que permita la formación de un jurista capaz de abrir su mente más allá de la normatividad empírica «a fin de poner de relieve las insuficiencias, condicionamientos e implicaciones del trabajo dogmático y del mismo Derecho positivo»⁷. Es más, esta labor crítica se hace particularmente acuciante hoy en día, cuando aparece explícito el componente ideológico de la actividad de los juristas y se asiste incluso a una definición del Derecho no estrictamente normativa, sino abierta a la realidad del poder y a las exigencias sociales.

Con todo, esta tirantez entre la tentación metafísica, que puede convertir a la filosofía del Derecho en un añadido ornamental de los saberes jurídicos, y la tentación empirista, que puede hacer de ella un elemento supérfluo junto a esos saberes, complica extraordinariamente la delimitación de un objeto o campo de reflexión propio. Tal vez por ello, en ocasiones, puede dar la impresión de que la filosofía del Derecho es un cajón de sastre donde tiene cabida cualquier tema que apetezca a sus cultivadores o que, por una u otra razón, no encuentre mejor acomodo en otras disciplinas, del análisis sociológico a la crítica del utilitarismo, de la cibernética a la eutanasia. Así se ha podido decir que «la filosofía del Derecho, ni tiene un contenido fijo, ni un método prefijado»⁸.

5. Vid. en este mismo sentido el escrito de ATIENZA, M., en *DOXA*, «Problemas abiertos de Filosofía del Derecho», núm. 1 (1984), pp. 29-34.

6. Con razón dice A. KAUFMAN que tan mala es la filosofía del Derecho del filósofo puro como la del jurista puro, «Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho, Dogmática jurídica», en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, KAUFMAN, A., HASSEMER, W., (ed.), ed. española de ROBLES, G., Madrid, Debate, 1992, p. 27.

7. PRIETO, L., «Un punto de vista sobre la filosofía del Derecho», *cit.*, p. 596. También en el mismo sentido PECES-BARBA, G., *Introducción a la filosofía del Derecho*, Madrid, Debate, 1983, p. 187, LÓPEZ CALERA, N., *Filosofía del Derecho*, Granada, Comares, 1985, pp. 13 y ss. y PÉREZ LUÑO, A.E., «La filosofía del Derecho y la formación de los juristas», *SISTEMA*, núm. 49 (1982), pp. 93 y 90.

8. GIL CREMADES, J.J., en «Problemas abiertos...», *cit.*, p. 106, quien, sin embargo, añade que la disciplina sí tiene una exigencia: «suministrar a la praxis jurídica una metateoría, que permita una reflexión, y por tanto una crítica de la forma normativa en que se aborda dicha praxis».

Ciertamente, aunque la heterogeneidad sea grande, parece, sin embargo, haberse alcanzado cierto grado de consenso en torno a un núcleo común e indiscutible que estaría formado por tres géneros de reflexión que, si bien reciben también denominaciones distintas e incluso contenidos no siempre coincidentes, parecen haber divulgado bajo estas tres rúbricas: teorías del Derecho, teoría de la ciencia jurídica y teoría de la justicia. Descritas con trazos muy gruesos, la primera tendría por objeto el conocimiento del Derecho positivo, pero un conocimiento diferente al que ofrecen las distintas dogmáticas; la segunda se propondría el estudio de la actividad de los juristas o, más precisamente, de las condiciones y posibilidades del conocimiento jurídico; por fin, la tercera constituiría una reflexión sobre el llamado Derecho justo, es decir, sobre los valores o principios morales que un Derecho debe reunir para merecer el calificativo de justo.

Ahora bien, si esta elemental aproximación es acertada, enseguida percibimos que dichas teorías no representan en realidad proyecciones distintas de un mismo núcleo común, sino pura y simplemente problemas dispares: la teoría del Derecho supone un estudio del Derecho positivo, tan peculiar como se quiera a fin de distinguirse de la dogmática, pero estudio del Derecho positivo al fin y al cabo; la teoría de la ciencia, en cambio, se refiere a un lenguaje de otro orden, como es el lenguaje de los juristas; y la teoría de la justicia, por último, es, desde la perspectiva del positivismo jurídico, un ejercicio de metafísica, pues su preocupación se centra precisamente en lo que no es Derecho positivo. De manera que reunir las tres tareas bajo la rúbrica de filosofía del Derecho pudiera resultar en apariencia tan falto de razón como adscribir los estudios de Derecho penal y de Derecho canónico a una misma cátedra; cada una de estas teorías parece que puede desenvolverse por sí sola, sin necesidad de basarse o recurrir a las demás.

Desde luego no cabe excluir que la filosofía jurídica constituya un cajón de sastre capaz de recoger éstas y cualesquiera otras reflexiones, y de hacerlo con total independencia entre ellas. Sin embargo, cabe también pensar que esa consideración un tanto despectiva no sea una consecuencia ineludible del género de problemas que integran la filosofía jurídica, sino más bien de un cierto enfoque reductivo de las mismas. Por ello, en lo sucesivo me propongo exponer las peculiaridades de cada una de las áreas enunciadas, intentando mostrar qué tipo de enfoque se requiere para una comprensión unitaria de las mismas.

II. LENGUAJE DE LOS JURISTAS Y LENGUAJE DEL DERECHO

No cabe duda que si el lenguaje de los juristas tiene por objeto al Derecho, la filosofía jurídica bien puede asumir como objeto de su reflexión el propio lenguaje de los juristas. La tarea es ampliamente

aceptada bajo el nombre de teoría de la ciencia jurídica o metajurisprudencia y comprende, al menos, dos grandes grupos de problemas. Por un lado, los referentes a lo que normalmente se conoce como ciencia o dogmática jurídica, que se identifica con la actividad «doctrinal» que los estudiosos del Derecho realizan con el objeto de interpretar las reglas y categorías jurídicas articulándolas en un sistema; por otro, aquellas cuestiones que surgen como consecuencia de la concreta interpretación y aplicación del Derecho.

En función de esta división temática tal vez sería mejor hablar de una «teoría de la dogmática jurídica» y de una «teoría de la decisión judicial». La primera tendría como objeto de estudio la actividad de los «juristas teóricos» en cuanto intérpretes del Derecho y constructores de un sistema «científico», centrando su interés en los conceptos que la dogmática no explica pero presupone siempre⁹, en las condiciones de posibilidad de su conocimiento y en el estatus del mismo. La segunda, parte de la labor que realizan los «juristas prácticos» y, en concreto, los operadores jurídicos cuando crean y aplican el Derecho, acaso dejando al margen la creación del poder constituyente¹⁰, por lo que su interés gira en torno a la tarea de interpretación y argumentación implícita en todo proceso de decisión. Naturalmente, entre una y otra no es fácil ni quizás conveniente trazar una nítida frontera, pues la decisión en que desemboca la interpretación operativa descansa en una previa comprensión del Derecho y ésta, a su vez, aparece ordenada en vista de las decisiones que habrán de adoptarse¹¹.

Asímismo, un problema que tradicionalmente no ha merecido suficiente atención, pero que, a mi juicio, debe formar parte también de este capítulo, es el de la legislación o producción de normas generales. En realidad, la cuestión pudo suscitarse —y debió hacerse— desde el momento en que la concepción gradual del ordenamiento vino a sustituir a esa nítida escisión entre creación y aplicación del Derecho propia del primer positivismo, pues la tesis kelseniana de que no existe una diferencia cualitativa y sí sólo cuantitativa entre juez y legislador tiene dos consecuencias: una primera, que es en la que más se ha insistido, consiste en mostrar el fracaso de la lógica deductiva y la dimensión creativa y no cognoscitiva (o no sólo cognoscitiva) de la interpretación judicial; pero una segunda debió consistir en interrogarse sobre

9. Vid. GONZÁLEZ VICEN, F., «El positivismo en la Filosofía del derecho contemporánea», en *Estudios de filosofía del Derecho*, Tenerife, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 61 y ss.

10. ROBLES, G., «Problemas abiertos...» *cit.*, pp. 205-06.

11. Ya Kelsen advertía, subrayando desde luego el distinto carácter de la interpretación realizada por la ciencia jurídica, que «en la aplicación del Derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del Derecho aplicable *se enlaza* con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación de Derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra», *Teoría pura del derecho* (2.^a ed., 1960), trad. de J. Vernengo, México, UNAM, tercera reimp. de la 1.^a ed., 1983, p. 354.

el razonamiento legislativo con el mismo interés que se ponía en los problemas del razonamiento aplicativo. En definitiva, Kelsen sostuvo que «la tarea de lograr, a partir de la Ley, la única sentencia correcta, el único acto administrativo correcto, es en lo esencial la misma que la de crear, dentro del marco constitucional, la única ley correcta»¹², y si esta constatación obligaba a plantearse en términos más complejos los problemas de interpretación de las leyes, no se comprende por qué no habría de obligar también a plantearse en similares términos los problemas de la legislación, concibiendo a ésta como un caso especial de razonamiento jurídico. Por lo demás, como escribe M. Atienza, «si la teoría de la argumentación jurídica pretende introducir algún tipo de pauta que permita controlar —racionalizar— el uso de los instrumentos jurídicos, entonces parece claro que no puede renunciar a extender este control al momento de producción de las normas»¹³.

Ahora bien, venimos hablando de conocimiento científico y de actividad racional, pero ¿cuál ha de ser su paradigma? Lógicamente, y puesto que la filosofía del Derecho aparece inextricablemente unida al nuevo orden diseñado por el positivismo¹⁴, creo que todo planteamiento habrá de tomar como punto de referencia la situación creada por la teoría de la ciencia positivista, máxime cuando ese positivismo último y exacerbado que fue el *neopositivismo* del *Círculo de Viena* redujo las tareas de la filosofía a simple análisis lógico¹⁵. En este sentido cabe recordar que el positivismo señala el final de la teoría del conocimiento y su sustitución por la teoría de la ciencia, «puesto que, para él, el sentido del conocimiento es definido por lo que las ciencias efectúan y puede ser explicitado de manera suficiente mediante el análisis metodológico. Si una teoría del conocimiento traspasa el marco de la metodología científica, recibe el mismo veredicto de superfluidad y de falta de sentido que había atribuido antes a la metafísica»¹⁶. En suma, la idea de que la única verdad era la verdad científica, esa autocomplacencia de la ciencia consigo misma, tuvo como consecuencia que el paradigma científico fuese el modelo a seguir por cualquier disciplina que se pretendiera digna.

La expresión «ciencia del Derecho» es relativamente cercana, pues según nos cuenta P. Koschaker¹⁷ fue Savigny quien la introdujo a princi-

12. KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 353.

13. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, CEC, 1991, p. 237; del mismo autor vid. «Contribución para una teoría de la legislación», en *DOXA*, núm. 6 (1989), pp. 385 y ss.

14. Vid. GONZÁLEZ VICEN, «El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea», en *Estudios de la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 47 y ss.

15. Así lo concebía R. CARNAP en su «Filosofía y sintaxis lógica» (1935), trad. de C. Solís, recogido en *La concepción analítica de la filosofía*, cit., p. 305.

16. HABERMAS, J., *Conocimiento e interés* (1968), trad. de M. Jiménez y otros, Madrid, Taurus, 1982, p. 76.

17. KOSCHAKER, P., *Europa y el Derecho romano*, trad. de J. Santa Cruz, Madrid Ed. Rev. Der. Priv., 1955, pp. 301 y ss.

pios del s. XIX y sólo muy tardíamente sería exportada fuera del ámbito germánico. Sin embargo, pronto se cuestionaría el uso de la expresión y, a partir del célebre opúsculo de Von Kirchmann, *La jurisprudencia no es ciencia*¹⁸, han sido moneda corriente las disputas entre quienes proclaman la cientificidad del discurso jurídico y quienes le niegan tal carácter. Ahora bien, el sentido de la discusión hay que ponerlo en relación con el canon epistemológico positivista, punto de referencia de cualquier actividad que se pretendiera científica, al menos en el contexto intelectual en que se desarrolla la primera filosofía del Derecho.

La evolución del problema es bien conocida: desde el positivismo tan sólo cabía asemejar el discurso jurídico a alguno de los cuerpos científicos incuestionados: el modelo lógico-deductivo de la lógica y las matemáticas, que producía un tipo de verdad «tautológica», y el modelo verificacional de las ciencias de la naturaleza, cuyas verdades «empíricas» resultaban de la contrastación con los hechos observables. Así las cosas, enseguida se encauzarían los esfuerzos teóricos en dos frentes: por un lado, se procura aproximar la reflexión doctrinal o científica a los patrones epistemológicos empiristas y, por otro, se intenta acomodar la argumentación y justificación operativa a las técnicas deductivas lógico-formales. Desde esta óptica, tanto el conocimiento como la aplicación del Derecho se presentan como actividades puramente cognoscitivas. El Derecho es el «ius positum», un objeto perfectamente identificable al que los juristas se acercan desde una razón objetiva acrítica y desideologizada, y el proceso de comprensión y conocimiento jurídico es, tanto en el ámbito de la «ciencia» jurídica como en el de la decisión judicial, una técnica neutral y aséptica. El jurista científico se enfrenta al Derecho como el astrónomo al firmamento; su quehacer es, como el de éste, metódico y exacto y aspirará, por tanto, al desarrollo de una metodología y una lógica del conocimiento jurídico con los mismos patrones que la metodología y la lógica científica¹⁹. Y análogamente, el decisor/aplicador del Derecho encuentra su modelo en un juez vinculado al Derecho preexistente, conocedor exacto de la realidad jurídica y aplicador de «la solución» correcta en el caso concreto; un juez, a diferencia del legislador, irresponsable políticamente y cuya legitimidad le viene dada, precisamente, por esa vinculación a la ley²⁰.

No procede reconstruir aquí la historia de los esfuerzos y fracasos del positivismo por perfilar un modelo de ciencia jurídica que, de un lado, fuese fiel al paradigma epistemológico dominante y que, de otro,

18. VON KIRCHMANN, J.H., *La jurisprudencia no es ciencia* (1947), trad. de A. Truyol, Madrid, CEC, 3 ed., 1983.

19. En realidad, en palabras de un prestigioso representante del neopositivismo, «la epistemología o teoría del conocimiento no es más que una parte especial del análisis lógico», CARNAP, R., «Filosofía y sintaxis lógica», *cit.*, p. 295.

20. Vid. PRIETO, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 105 y ss.

guardase una relación con la actividad efectiva, teórica o práctica, de los juristas²¹. Acaso el intento de Kelsen por diferenciar entre normas jurídicas (*Rechts-Normen*) y proposiciones de la ciencia jurídica (*Rechts-Sätze*), suponiendo que estas últimas, auténticos enunciados descriptivos, podían ser verdaderas o falsas²², constituye la culminación de ese esfuerzo positivista; pero culminación también frustrada²³, pues como escribe A. Calsamiglia, «la posibilidad de la ciencia jurídica kelseniana se basa en una ficción: aunque el Derecho tenga relaciones con la política y con la sociedad... la elaboración de una teoría objetiva y científica de Derecho, *exige suponer* que tales relaciones no son relevantes para el estudio del Derecho»²⁴.

En realidad, las tradicionales polémicas acerca de la naturaleza científica de la labor del jurista y acerca de si la teoría de la ciencia o metajurisprudencia debía conformarse con una descripción de lo que realmente hacen los dogmáticos y los operadores jurídicos o, por el contrario, debía emprender una tarea prescriptiva destinada a «mostrar» los postulados de la verdadera ciencia²⁵, parecen haber perdido virulencia. Pattaro, por ejemplo, tras analizar el modelo de Bobbio, bastante aproximado al quehacer de los juristas pero a costa de usar un concepto amplio de ciencia²⁶, y el de Ross que, a la inversa, parte de un paradigma riguroso de ciencia empírica que poco tiene que ver con lo que generalmente se llama ciencia del Derecho²⁷, llega a conclusión de que ésta proporciona cuando menos una «certeza no positivista»,

21. Vid. LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho* (4 edic., 1979), trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 2 edic., 1980, pp. 39 y ss.; HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Historia de la filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 88 y ss. Aludo en el texto a lo que BOBBIO, N., ha llamado la duplicidad del saber, esto es, a la existencia de un conocimiento que, para ser verdadero, no era jurídico y de otro que, por ser jurídico, no era verdadero. Vid. *Teoría della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1950, p. 63; también «Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje» (1950), en *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 173 y ss.

22. Vid. KELSEN, H., *Teoría pura... cit.*, pp. 84 y ss.; también «Una teoría realista y la teoría pura del derecho», en *Contribuciones a la teoría pura del Derecho*, trad. de E. Vásquez, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969, p. 30.

23. El propio KELSEN se apartaría de esa distinción. Vid. LOSANO, M., «La doctrina pura del Diritto dal logicismo all'irrazionalismo», que figura como prólogo a la edición italiana de la *Allgemeine Theorie der Normen* (1979) (*Teoria Generale delle Norme*), trad. de M. Torre, Torino, Einaudi, 1985.

24. CALSAMIGLIA, A., *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1977, p. 76.

25. Vid. JORI, M., *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 328 y ss.

26. Sobre la concepción de ciencia del Derecho en N. BOBBIO puede verse «Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje», «Ser y deber ser en la ciencia jurídica», y «Derecho y ciencias sociales», todos ellos recogidos en *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit. y *Teoría della scienza giuridica*, cit., Vid. También RUIZ MIGUEL, A. *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Madrid, CEC, 1983, pp. 131 y ss.

27. Vid. ROSS, A., *Hacia una ciencia realista del Derecho* (1946), trad. de J. Barboza, Buenos Aires, A. Perrot, 1961; *Sobre el Derecho y la justicia* (1958), trad. de

esto es, una certeza que «no se fundamenta ni en la observación empírica, ni en la reflexión ('lógica') de sus razonamientos, sino en la circunstancia de que los juristas comparten una determinada cultura jurídica, ya que son miembros de una misma comunidad lingüístico-jurídica, lo que les permite (e incluso dentro de ciertos límites les obliga a) participar en un juego lingüístico con arreglo a un sistema de convenciones y reglas comunes...»²⁸. En otras palabras, el problema de la ciencia del Derecho parece haber trasladado su centro de gravedad de los resultados al proceso; de la verificación de la coherencia lógica o de la exactitud empírica de los resultados a la determinación de las condiciones que debe reunir el proceso, o sea, el razonamiento que conduce a esos resultados. Pero sobre ello volveremos más adelante.

Por otra parte, la asunción del carácter normativo de la actividad jurídica resulta comprensible si tenemos en cuenta que la ilusión de asepsia y neutralidad del conocimiento parece desvanecerse incluso en el campo de las ciencias empíricas, donde hoy se pone en duda su naturaleza puramente observacional. «En respuesta a la opinión de que la percepción nos proporciona hechos puros, se arguye que el conocimiento, las creencias y las teorías que ya sustentamos juegan un papel fundamental en la determinación de lo que percibimos»²⁹. Y el problema no reside sólo en el número de intereses y valores que están en juego en la investigación científica, sino en que además ha tomado cuerpo la tesis de que no existen hechos puros sino más bien hechos interpretados desde alguna teoría; los presupuestos teóricos con que el científico se enfrenta al conocimiento de los hechos condicionan la realidad observada, de manera que se hace imposible distinguir entre un lenguaje teórico y un lenguaje observacional³⁰. Y si la catedral epistemológica de las ciencias físico-naturales se resquebrajó, siendo como era el canon incuestionable de objetividad, no habría de correr mejor suerte la ciencia del Derecho.

G. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1963. Vid. también L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo*, Valencia, F. Torres, 1981, pp. 177 y ss. Subraya la evolución del pensamiento de ROSS, HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Historia de la filosofía...*, cit., pp. 178 y ss.

28. PATTARO, E., *Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia jurídica* (1978), trad. de J. Iturmendi, Madrid, Reus, 1980, p. 379. Y es que, como explica V. NEUMANN, «la ciencia jurídica no puede verse obligada a aceptar problemas o soluciones de fuera; esto es, no se debe pensar en someter la ciencia jurídica a uno de los modelos teóricos-científicos existentes», «La teoría de la ciencia jurídica», en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, cit., p. 351.

29. BROWN, H.I., *La nueva filosofía de la ciencia* (1977), trad. de G. Solana y H. Marraud, Madrid, Tecnos, 1983, p. 105.

30. En la teoría de la ciencia de las últimas décadas se ha aceptado mayoritariamente que el científico se acerca a la realidad condicionado por una serie de prejuicios teóricos o ideológicos, que precisamente en la teoría de T. Kuhn integran un *paradigma* científico que permite identificar los problemas, interpretar los hechos, comparar teorías y explicar el progreso científico; *La estructura de las revoluciones científicas* (1961), trad. de A. Contín, México, FCE, 1971.

Sin embargo, es posible que los mayores ataques a la concepción positivista de la ciencia del Derecho y a su teoría de la interpretación no hayan procedido de «fuera», es decir, de la crítica efectuada por unos filósofos de la ciencia que hubieran levantado acta de la no adecuación del trabajo de los juristas a los patrones metodológicos científicos, o de la propia crisis de esos patrones, sino que han procedido de dentro, de las filas de los propios juristas que, con relativa frecuencia desde finales del siglo pasado, vienen a subrayar, no sólo que la ciencia del Derecho no se ajusta al modelo positivista de ciencia, sino que *tampoco debe hacerlo* si quiere cumplir su misión social y ser fiel a lo que tradicionalmente ha sido. Naturalmente, distinguir entre críticos «externos» e «internos» tan sólo tiene un valor aproximativo, pues los argumentos muchas veces se comparten y entrecruzan.

En efecto, el ideal de ciencia jurídica positivista suponía una peculiar concepción de las funciones de la dogmática y de los operadores jurídicos, donde tanto aquella como éstos debían limitarse a ser un fiel reflejo del orden jurídico positivo, y de ahí el estatus cognoscitivo que se atribuye a la interpretación, los dogmas de la plenitud y coherencia, la limitación de los procedimientos de integración, etc. Pero ya desde la Jurisprudencia de intereses y, sobre todo, desde la Escuela de Derecho libre, las reacciones contra la ideología exegética y conceptual, que consideraba a la ley como única fuente del Derecho y a la voluntad del legislador como único criterio para asignar significado a la ley, no hicieron más que multiplicarse. Así, por un lado, en lo que respecta a la actividad operativa, aunque la adhesión formal al orden positivo no se cuestiona, si se hacen explícitas las consideraciones de todo tipo que influyen en las decisiones jurisprudenciales. Y por otro lado, con referencia a la actividad doctrinal, se pone de manifiesto que una función no reconocida pero importantísima de la dogmática jurídica consiste en reformular el sistema legislado adaptándolo a las pautas valorativas vigentes; una función que consiste, por lo tanto, no en «describir y predecir los fallos judiciales, sino (en) indicar a los órganos jurisdiccionales cuál es la solución correcta para un caso genérico»³¹.

Lógica consecuencia de todo lo anterior es que hoy día parece haberse abandonado la vieja quimera de una ciencia jurídica pura, o sea, depurada de todo juicio de valor y de todo ingrediente fáctico, así como también, desde luego, la concepción cognoscitiva y mecánica de la interpretación. La radical escisión sujeto/objeto del conocimiento carece ahora de sentido o, al menos, del sentido que se le atribuyó desde el positivismo más riguroso, pues resulta manifiesto que tanto lo que hacen los juristas teóricos como lo que hacen los juristas prácticos no posee la certeza que en otro tiempo se supuso, lo que, entre otras co-

31. NINO, C.S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, 1974, pp. 31 y ss.

sas, obliga a situar al dogmático y, sobre todo, al operador jurídico en un lugar y con una responsabilidad muy distinta a la que se deducía a partir del modelo positivista. Desde luego, cuál sea ese lugar y esa responsabilidad se presta a múltiples discusiones, pero el alejamiento de aquel modelo resulta patente; como dice R. Alexy en la primera página de su *Teoría de la argumentación*, «uno de los pocos puntos en los que existe acuerdo en la discusión metodológico-jurídica contemporánea» es en que «la decisión jurídica, que pone fin a una disputa jurídica, expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente, en muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados»³².

Ahora bien, si la opinión expresada por Alexy es —como parece— unánime, ¿cómo mantener los viejos ideales de la unidad de solución justa, de un jurista netamente separado del legislador, de la exclusión de toda discrecionalidad, etc.?; si la experiencia nos muestra que un mismo supuesto de hecho recibe diferentes soluciones desde presupuestos axiológicos distintos, ¿es que estamos abocados necesariamente a una anarquía epistemológica?; en otras palabras, ¿hemos de renunciar a toda racionalidad y disolver el Derecho en un conjunto informe de decisiones subjetivas y arbitrarias? Más bien sucede lo contrario. Precisamente, tras la crisis de la jurisprudencia mecanicista, y consiguientemente enervado el principio de vinculación del juez a la ley, urge de nuevo dotar de objetividad y racionalidad a la argumentación jurídica. En esta tarea se empeña el llamado pensamiento retórico o dialéctico, o también pensamiento problemático³³, que en un afán por superar el irracionalismo que amenazaba con apoderarse de toda interpretación, considera necesario establecer un modelo argumentativo que haga controlable el razonamiento jurídico³⁴, y de ahí que se insista tanto en la «motivación» de la sentencia. Lo que ahora resulta incuestionable es que el papel que la ley representa en la decisión varía en cada caso y puede resultar secundario; es, a lo sumo, una razón más

32. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, (1978), trad. de M. Atienza e I. Espejo, Madrid, CEC, 1989, p. 23. En otras palabras, como señala W. HASSEMER, «lo que se ha demostrado es que el juez, por regla general, dispone de *espacios* de decisión», «Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley», en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, cit., p. 215.

33. *Pensamiento sobre problemas* es la expresión con la que L. RECASENS SICHES denomina a este tipo de deliberación «que arranca de un complicado y minucioso análisis de esos problemas prácticos», *Introducción al estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1981, p. 260. También para T. VIEHWEG la tónica es «una técnica del pensamiento problemático», en *Tópica y jurisprudencia* (1953), trad. de L. Díez Picazo, Madrid, Taurus, 1969, p. 44.

34. Sobre todo ello puede verse el trabajo de PRIETO, L., *Ideología e interpretación jurídica*, cit., en especial cap. II.

para decidir —y con frecuencia la más importante— pero no la única³⁵. Pero quizás el problema principal de este pensamiento es que, depositando una confianza excesiva en las virtudes del razonamiento o en algún orden superior de justicia, puede desembocar en referencias valorativas extralegales y, no obstante, pretendidamente objetivas.

En efecto, ya se haga referencia a una serie de misteriosos *topoi* capaces de generar el *consensus omnium*³⁶ o, como hace la hermenéutica, a un «ordenamiento de valores anteriores a toda legislación»³⁷ o a la tradición, el principio de autoridad y los prejuicios³⁸, ya se recurra como es el caso de la nueva retórica, a un Derecho real distinto del Derecho aparente expresado en la ley³⁹ o a un «Derecho natural positivo»⁴⁰, lo cierto es que para garantizar la racionalidad y objetividad de la argumentación judicial, tanto la tópica como la nueva retórica y la hermenéutica invocan una serie de discutibles principios extrasistemáticos que permiten preservar la figura del juez como órgano no político y vinculado, no a la ley pero sí a estas reglas y pautas hermenéuticas.

También en este sentido, aunque desde premisas metódicas diferentes, una función análoga desempeña el «juez Hércules» de R. Dworkin, sobre todo en los llamados «casos difíciles»⁴¹, si bien, para mantener la racionalidad de las decisiones judiciales no necesita recurrir a elementos extrajurídicos porque su posición se sostiene en una reformulación del propio concepto de Derecho en virtud de la cual éste no sólo contiene normas, sino también «principios» que constituyen razones morales para decidir⁴². Ahora bien, aunque se presenten dentro de las fronteras del Derecho, se trata de nuevo de principios cuyo origen no es legal ni jurisprudencial, sino que hunden sus raíces en el sistema de moralidad sobre el que descansa el propio Derecho, es de-

35. Vid., por ejemplo, PERELMAN, Ch., «Il ragionamento giuridico» (1965), en *Diritto, morale e filosofia*, trad. de P. Negro, Nápoles, Guida, 1973, p. 139.

36. Vid., en especial, WIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, cit., que constituye el manifiesto del pensamiento tópico. Sobre la tópica jurídica, véase de GARCÍA AMADO, J.A. *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.

37. ESSER, J., *Principios y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado* (1956), trad. de E. Valenti, Barcelona, Bosch, 1961, p. 7.

38. GADAMER, H.G., *Verdad y método* (1975), trad. de A. Agud y R. de Agapito, Salamanca, Sígueme, 1977.

39. Quizás el autor más representativo de la nueva retórica sea PERELMAN, Ch; puede verse de él *La lógica jurídica y la nueva retórica* (1976), trad. de L. Díez Picazo, Madrid, Civitas, 1979; y, junto con OLBRECHTS-TYTECA, L., *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris, PUF, 1958.

40. FORIERS, P., «Le juriste et le Droit naturel. Essai de définition d'un Droit naturel positif», en *Revue Internationale de Philosophie*, XVII, 1963, pp. 335 y ss.

41. DWORKIN, R., *Los derechos en serio* (1977), trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, p. 146.

42. Esta parece ser también la interpretación que A. RUIZ MIGUEL da de la teoría dworkiniana en «Creación y aplicación en la decisión judicial», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1984, Tomo I, p. 9.

cir, no son identificables por su respaldo social efectivo o mediante alguna regla de reconocimiento⁴³, y de ahí que en cierto modo resulten asimilables a esas razones extrasistemáticas del pensamiento dialéctico. En suma, intentos todos más o menos sólidos para dotar al razonamiento jurídico y a la decisión judicial de una seguridad y certeza que la ley y la lógica ya no pueden proporcionar. Desde el punto de vista institucional de la posición del intérprete poco ha cambiado, sin embargo, pues el legislador sigue atendiendo a su ideología y el juez, en cambio, a la justicia⁴⁴.

En mi opinión, y sin perjuicio de reconocer la gran contribución que el pensamiento aporético ha realizado en la tarea de desentrañar el complejo proceso del razonamiento jurídico, su intento de justificar la actividad del jurista manteniéndolo en esa imagen de técnico neutral e irresponsable políticamente, puede terminar oscureciendo la naturaleza de su actividad, amén de contribuir a un cierto encubrimiento de la misma⁴⁵. Me parece, por ello, que la filosofía del Derecho debe desempeñar su función crítica no justificando (encubriendo) la actividad del jurista, sino mostrando su verdadero carácter y obligándolo, si se quiere, a asumir su propia responsabilidad como titular de un poder de decisión.

Sin embargo, que la metajurisprudencia deba limitarse a describir cómo son las cosas y no a justificar a cualquier precio un determinado tipo de jurista, no quiere decir que sus propias formulaciones carezcan de alcance práctico; antes al contrario, suele suceder que las reflexiones de la teoría de la ciencia despiertan en el jurista cierto sentimiento de obligatoriedad. Por eso, suscribo la opinión expresada por L. Prieto cuando dice que un objetivo plausible para la metajurisprudencia será «proponer en la medida de lo posible instrumentos más seguros y depurados para que el razonamiento jurídico, que expresa esa certeza no positivista y que constituye un elemento de control, se aproxime al ideal que dice profesar»⁴⁶. Ahora bien, creo que en estas condiciones la metajurisprudencia viene a entroncarse con el razonamiento moral y con la teoría de la justicia en la medida en que, por un lado, propone modelos de argumentación práctica general; y por otro, si en esas deci-

43. Vid. la caracterización dworkiana de los principios en los capítulos 2 y 3 de *Los derechos en serio*, cit. Entre los numerosos comentarios y críticas, vid. en España PRIETO, L., «Teoría del Derecho y filosofía política en R. Dworkin», en *Revista española de Derecho constitucional*, núm. 14 (1985), pp. 353 y ss. y, más recientemente, RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y normas*, Madrid, CEC, 1991, pp. 152 y ss.; así como la monografía de PORRAS DEL CORRAL, M., *Derecho, igualdad y dignidad. En torno al pensamiento de Dworkin*, Universidad de Córdoba, 1989, pp. 94 y ss.

44. PRIETO, L., *Ideología...*, cit., p. 65.

45. En los planteamientos retóricos y hermenéuticos, así como en DWORKIN, resulta dudoso hasta qué punto se pretende describir el razonamiento jurídico práctico y a partir de qué momento se formula un modelo a seguir. Vid. las observaciones de PINTORE, A., *La teoría analítica dei concetti giuridici*, Napoli, Jovene, 1990, pp. 146 y ss.

46. PRIETO, L., «Un punto de vista...», cit., p. 602.

siones jurídicas están presentes valoraciones y juicios políticos, dicho modelo debería también propiciar la racionalidad en la elección de los «principios» o de la filosofía política⁴⁷. De manera que, sin necesidad de abrazar las tesis de Dworkin, desde el momento en que se acepta que el lenguaje de los juristas no constituye el reflejo aséptico y mecánico del Derecho, sino que incorpora decisiones morales y políticas, es indudable que la metajurisprudencia ha de abrirse igualmente a ese mundo del razonamiento moral; con lo cual hoy la nítida frontera entre la teoría de la ciencia y la teoría de la justicia parece difícilmente sostenible.

Pero, sobre todo, de cuanto hemos dicho se desprende una conclusión que, a mi juicio, altera las tradicionales fronteras entre Derecho y dogmática jurídica, entre teoría de la ciencia y teoría del Derecho. Pues si los juristas no se limitan a «conocer» las reglas, si en todo acto de interpretación hay un momento de «creación» jurídica, es obvio que el fenómeno jurídico ya no puede reducirse a lo expresamente normado. En los procesos de interpretación y decisión se produce una *interacción* entre el sistema normativo y el bagaje axiológico del intérprete, de forma que bien pudiera hablarse de una constante *recreación* del sistema jurídico. Y si esto es así, se hace ciertamente difícil establecer una separación estricta entre Derecho y ciencia jurídica, entre normas y proposiciones normativas⁴⁸. Asimismo, la teoría de la ciencia y la teoría del Derecho dejan de ser dos reflexiones completamente dissociadas; pues si el discurso de los juristas ya no se presenta como un lenguaje *sobre* el Derecho, sino que en cierto modo forma parte de él, su comprensión y crítica no puede seguir siendo tampoco una competencia exclusiva de la teoría de la ciencia, sino que ha de compartirla con la teoría del Derecho; propiamente, se difuminan las fronteras entre una y otra. En realidad, como dice Guastini, nos hallamos en presencia de tres niveles de lenguaje: el lenguaje del legislador o, en sentido más amplio, de las tradicionales fuentes del Derecho; el metalenguaje de la metajurisprudencia; y el meta-metalenguaje de la teoría del Derecho⁴⁹.

III. CIENCIA Y FILOSOFÍA EN EL CONOCIMIENTO DEL DERECHO

Creo que en la páginas anteriores ha quedado formulado en sus líneas generales el contenido de una teoría del Derecho cuya finalidad

47. J. BELL analiza tres modelos de racionalidad: el «Consensus model» (la función creativa de los jueces se mantiene dentro de los valores mayoritarios de la sociedad), el «rights model» de DWORKIN y el «legislator model» (el juez adopta decisiones políticamente relevantes en los casos difíciles), *Policy Arguments in Judicial Decisions*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 9 y ss.

48. *Vid.*, en general, ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, Barcelona, Barcanova, 1985, cap. 4, pp. 185 y ss.

49. GUASTINI, R., *Dalle fonte...*, *cit.*, p. 307.

sigue siendo la tradicional de ofrecer un concepto del orden jurídico, pero cuyo objeto —el Derecho mismo— se nos muestra hoy con perfiles mucho más complejos, pues hemos aceptado que se compone no sólo de materiales procedentes de las «fuentes», singularmente del legislador, sino también del propio lenguaje de los juristas, al menos del de los operadores jurídicos. En consecuencia, dar cuenta de lo que es el Derecho requiere plantearse no sólo la estructura de los enunciados normativos «primarios», sino también su conexión con el lenguaje «secundario» de los intérpretes, sobre todo de los que adoptan decisiones. A su vez, si tenemos en cuenta que ese lenguaje no es científico o puramente cognoscitivo, sino valorativo y que se desenvuelve a través de una argumentación jurídica que forma parte de la argumentación práctica general, se comprenderá que responder a la pregunta qué es Derecho se complica extraordinariamente, pues supone ir mucho más allá del mero análisis de las disposiciones normativas.

Tal vez esto explica que un autor como Kaufmann identifique sin más filosofía y teoría del Derecho⁵⁰ y explica también que sea precisamente en esta sede donde hoy se sitúa el debate tradicional acerca de la distinción entre ciencia y filosofía. En cualquier caso, me parece que desde esta perspectiva se logra armonizar dos estilos o enfoques distintos de concebir la teoría del Derecho que recientemente ha recordado R. Guastini⁵¹. Uno primero, representado por Bobbio, pero que se puede hallar en numerosos autores⁵², diferencia con bastante nitidez entre Teoría del Derecho y Teoría de la Ciencia jurídica, de modo que aquélla estudiaría el lenguaje legislativo (en sentido amplio), mientras que ésta se ocuparía del lenguaje de los juristas o jurisprudencia. Y uno segundo, que presenta la teoría del Derecho como una metaciencia respecto de la ciencia jurídica, identificándola en suma con lo que generalmente se llama teoría de la ciencia jurídica⁵³.

Sea como fuere, más allá de la polémica casi verbal acerca de si la teoría del Derecho agota toda la filosofía jurídica o acerca de sus discutibles fronteras⁵⁴, creo que el interrogante fundamental es si tiene algún sentido una teoría filosófica junto a una teoría científica, pues en principio el objeto de ambas parece idéntico: determinar qué es el orden jurídico y cuál su estructura y funcionamiento. Dicho de otro

50. KAUFMANN, A., «Filosofía del Derecho...», *cit.*, pp. 34 y ss.

51. GUASTINI, R., *Dalle fonti alle norme*, *cit.*, pp. 290 y ss.

52. Por ejemplo, «con algunas matizaciones» es el punto de vista de DÍAZ, E., *Sociología y filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 3.^a reimp. de la 2.^a edic., 1984, p. 249.

53. Entre nosotros, G. ROBLES se expresa en estos términos: «La Filosofía del Derecho —o, como preferimos llamarla, la Teoría del Derecho— es análisis del lenguaje de los juristas», *Introducción a la Teoría del Derecho*, Madrid, Debate, 1988, p. 17.

54. Baste pensar que la prestigiosa publicación *Rechtstheorie*, fundada en 1970, lleva como subtítulo «Revista de lógica, Metodología Cibernética y Sociología del Derecho».

modo, este género de reflexión, ¿debe adscribirse al ámbito de la filosofía o al mundo de la ciencia?, ¿es posible o tiene sentido construir dos metalenguajes distintos, uno filosófico y otro científico, a partir de un mismo lenguaje del Derecho?

Ciertamente, también estas son preguntas que sólo adquieren relevancia con el positivismo, y no ya porque sea en ese contexto cultural donde se plantea con mayor énfasis el sentido de todo saber filosófico en tensión con la ciencia, sino también porque con anterioridad la escisión del horizonte jurídico entre un Derecho natural y un Derecho positivo resolvía de antemano las dificultades, pues resultaba plenamente viable el desarrollo de dos reflexiones paralelas: una, que pudiéramos llamar filosófica y cuyo objeto sería el Derecho natural, y otra científica dirigida al Derecho positivo; en terminología de Grocio, una jurisprudencia universal y otra particular. Es más, paradójicamente, en sentido estricto científica sólo podría considerarse la primera, pues la jurisprudencia particular, por tener un objeto histórico y contingente como el Derecho positivo, no podía alcanzar las verdades firmes e inmutables de las matemáticas, que a su vez constituían el modelo epistemológico de la época⁵⁵.

Como hemos visto, sin embargo, el positivismo y consiguientemente la filosofía del Derecho que el mismo alumbra parten de dos postulados esenciales: primero, que sólo existe un conocimiento legítimo o fiable, que es el conocimiento científico, de manera que el saber filosófico no puede buscar una verdad alternativa o distinta⁵⁶; y segundo, la afirmación de un monismo jurídico absoluto: sólo existe un Derecho y ese es el Derecho positivo. De manera que la vieja jurisprudencia universal parecía hallarse en un callejón sin salida: ni podía reivindicar un objeto de conocimiento distinto (el Derecho natural) al que analizaban los juristas «científicos», ni podía tampoco desarrollar un método propio (filosófico) que pudiera desembocar en resultados diferentes a aquellos que se obtenían a través de la ciencia del Derecho.

González Vicen ha descrito perfectamente las heterogéneas y a veces contradictorias líneas de defensa trazadas por la filosofía del Derecho frente a la ciencia jurídica: teorías psicologistas, sociológicas, comparativistas, pero sobre todo «Teoría General del Derecho», cuyo cometido consistía en «hallar los elementos permanentes... (del) orden normativo, aquellos conceptos o «principios» que se dan siempre en el Derecho positivo, independientemente de su contenido histórico concreto»; para ello, «ha de eliminar lo variable y diverso en los órdenes

55. Vid. CASSIRER, E., *El mito del Estado* (1946), trad. de E. Nicol, México, FCE, 1974, pp. 193 y ss.

56. Como escribe BOBBIO, la doctrina de la doble verdad «es la más extrema y débil defensa de la metafísica dogmática frente al asalto victorioso de las ciencias», «Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho», en *Contribución a la teoría...*, cit., pp. 74-75.

jurídicos y formular por la comparación abstractiva y la inducción aquellas nociones que le son inherentes y constantes»⁵⁷. En suma, la *Allgemeine Rechtslehre* habría de suponer el grado más elevado en la escala de abstracción de las ciencias jurídicas particulares, hasta el punto de no ser más que una especie de «parte general de las partes generales».

Ahora bien, esta reducción de la Teoría General del Derecho a simple generalización de las ciencias jurídicas particulares no podía considerarse base suficiente para fundar un conocimiento filosófico con sustancia propia⁵⁸, y quizás fueron los autores neokantianos quienes con más contundencia arremetieron contra este restrictivo entendimiento empírico-inductivo de la teoría general del Derecho. Así, para R. Stammler, lo que separa la filosofía del Derecho de la Teoría general es que la primera tiene como objeto lo absolutamente válido, el «sistema de formas puras que envuelven nuestras nociones jurídicas»⁵⁹. También E. Lask previno contra el equívoco de creer que una investigación empírica podía transformarse en filosófica por un aumento en el grado de generalización⁶⁰, y G. Radbruch manifestaba la imposibilidad de fundamentar inductivamente la universalidad del concepto de Derecho: por el contrario, éste se deriva deductivamente de «la idea de Derecho» entendida como valor de justicia⁶¹. Bien es verdad que, como señala Delgado Pinto, el neokantismo tampoco puede servir de base sólida a la actual filosofía del Derecho, pero en cierto modo su anhelo no deja de estar presente entre nosotros, y el propio autor citado es un buen ejemplo⁶².

N. Bobbio ha planteado una crítica penetrante a esta pretensión de formular desde una teoría del Derecho filosófica conceptos «a priori» y universales. Cabe aceptar que el conocimiento formal de las normas pueda prescindir del conocimiento de los comportamientos regulados y, en general, de las esferas de experiencia social y económica a que los mismos se refieren, pero «no se puede decir de ningún modo que sea *absolutamente* independiente de toda experiencia. La regla jurídica es

57. GONZÁLEZ VICEN, F., «El positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea», *cit.*, pp. 59-69.

58. *Vid.* GONZÁLEZ VICEN, «El positivismo...», *cit.*, p. 59.

59. STAMMLER, R., *Tratado de filosofía del Derecho*, trad. de la 2 ed. alemana de W. Roces, México, Editora Nacional, 1980, p. 5.

60. LASK, E., *Filosofía jurídica*, trad. de E. Martínez, Buenos Aires, Depalma, 1946.

61. RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho* (3.^a ed., 1933), trad. de J. Medina, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, p. 49, donde escribe que el concepto de Derecho «no es de naturaleza jurídica, sino prejurídica, es decir, de carácter a priori en su relación con la ciencia jurídica... el Derecho no es tal porque los fenómenos jurídicos singulares permitan ser inordinados por él, sino al contrario, los fenómenos jurídicos son cabalmente jurídicos porque el concepto del Derecho los encierra o comprende».

62. DELGADO PINTO, J., «Los problemas de la filosofía del Derecho en la actualidad», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, núm. 15 (1975), p. 33.

un hecho de la experiencia social y todos los elementos constitutivos de una definición general de la regla jurídica son empíricos»⁶³. Precisamente por ser empíricos, los conceptos de la teoría del Derecho no pueden pretender validez universal, sino que a lo sumo serán generalizaciones útiles.

Para el normativismo en general, la teoría del Derecho tiene un carácter *formal*, en el sentido de que estudia las formas o estructuras que sirven de «recipientes» a los variables contenidos jurídicos, es decir, «la estructura calificativa de ciertos actos y hechos del mundo social y económico, que adquieren el carácter de la juridicidad precisamente en cuanto que son referibles a esta estructura y, como tales, son los *contenidos variables* de una forma constante»⁶⁴. Pero esa «constancia» o permanencia de las formas tampoco debe entenderse como absoluta ni universal; la teoría del Derecho es también una teoría del Derecho positivo y «no está dicho que la estructura que califica la experiencia como experiencia jurídica sea idéntica en todos los ordenamientos»⁶⁵. De ahí que, si entendemos la filosofía como un saber «a priori» y «universal», Bobbio rehuse concebir la teoría del Derecho como un género de reflexión iusfilosófica.

Con todo, creo que el dilema entre una teoría del Derecho filosófica y una teoría del Derecho científica ha perdido el dramatismo que en otros tiempos pareció revestir. Tal vez porque, como dice Dreier, «pueden considerarse como fracasados los intentos...de trazar una frontera nítida entre ciencia y filosofía»⁶⁶ y, consiguientemente, «no hay criterios internos para determinar donde termina la ciencia del Derecho, y donde empieza la filosofía del Derecho»⁶⁷, lo cierto es que hoy tiende a hablarse más modestamente de enfoques o problemas filosóficos que, en palabras de Hart, serían aquellos «que permanecen abiertos incluso cuando se ha alcanzado un alto grado de conocimiento profesional de los sistemas jurídicos particulares o de los estudios empíricos y dogmáticos»⁶⁸. Por eso, la teoría del Derecho tiende a situarse en un punto intermedio entre dos posiciones límite: de un lado, aquella que pretendiera ofrecer un concepto universal de todo Derecho existente e incluso pensable y, de otro, aquella que, por ejemplo, se circunscribe-

63. BOBBIO, N., «Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho», *cit.*, pp. 81-82.

64. BOBBIO, N., «La Teoría del Derecho y sus críticos», en *Cotribución...*, *cit.*, p. 134.

65. BOBBIO, N., «Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho», *cit.*, p. 80.

66. DREIER, R., «Concepto y función de la Teoría General del Derecho» (1975), trad. de G. Robles, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 52, 1978, p. 133.

67. ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, *cit.*, p. 26.

68. HART, H.L.A., «Problems of Philosophy of Law», en EDWARDS, P., (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*, vol. VI, New York, The MacMillan and The Free Press, London, Collier-MacMillan, 1967, p. 264. En un sentido análogo se expresa ROSS, *Sobre el Derecho...*, *cit.*, p. 26.

se a dar cuenta del Derecho español a 1 de enero de 1993, siquiera fuese, como quiere Bobbio, en sus aspectos de forma o estructura ⁶⁹.

La teoría del Derecho presenta, pues, al igual que la dogmática o la sociología jurídicas, un fundamento empírico, por cuanto pretende dar cuenta o explicar un Derecho positivo histórico y variable a partir de la observación de su estructura y funcionamiento. Ahora bien, como indica Ferrajoli el lenguaje de la teoría del Derecho, como todo lenguaje teórico, incluye términos no explícitamente definibles a base de observaciones; igual que ocurre, por ejemplo, en el ámbito de la teoría de las ciencias naturales, con los conceptos de masa o temperatura. Por eso, mientras que las proposiciones de la dogmática son verdaderas o falsas según la descripción que ofrezcan de las normas a partir del análisis o interpretación del lenguaje legal ⁷⁰ —y lo mismo cabe decir de la sociología jurídica respecto de los comportamientos o hechos de relevancia jurídica—, los conceptos de la teoría del Derecho son enteramente contruidos por el teórico. Términos como «norma», «ordenamiento», «validez» o «ilícito» no son meras reformulaciones metalingüísticas de los enunciados normativos, sino que tienen el carácter de «convenciones o estipulaciones elaboradas por el teórico en función de su idoneidad para explicar o sistematizar los fenómenos observados en sede dogmática y/o sociología jurídica» ⁷¹. Naturalmente, también aquí se reconoce que entre el lenguaje dogmático y el de la teoría del Derecho no existe una separación radical, pero sí una orientación o función diferente: mientras que la dogmática procura la clasificación del sentido de las normas, la teoría del Derecho pretende ofrecer un modelo explicativo de la experiencia jurídica; un modelo que no es «a priori» en el sentido de ajeno a la experiencia, pero cuyos conceptos, en cuanto pretenden justamente ordenar esa experiencia, no son absolutamente fiduciarios de la misma.

En el fondo, detrás de todos estos intentos y aproximaciones no deja de latir el viejo anhelo de la jurisprudencia universal de lograr un conocimiento no dependiente de la histórica y variable voluntad del poder cristalizada en las normas jurídicas; es decir, la teoría del Derecho construida desde la filosofía sigue buscando aquellos elementos comunes y permanentes a toda experiencia jurídica. Ciertamente, ahora se trata de un conocimiento que parte de esa experiencia, pero que pretende servir de modelo interpretativo para la misma y que, por ello, ha de sobreponerse a lo contingente, pues sólo así podrá ordenar esa heterogénea y variable sucesión de normas y de hechos; como escribe Scarpelli, la teoría del Derecho, «en la dimensión en que pueda ser lla-

69. Vid. FERRAJOLI, L., «La semantica della teoria del Diritto», en SCARPELLI, U., (ed.), *La Teoría Generale del Diritto. Problemi e tendenze attuali*, studi dedicati a N. Bobbio, Milano, Ed. di Comunità, 1983, pp. 82-83.

70. Hacemos ahora abstracción de los problemas, ya examinados, que presenta en todo caso la búsqueda de una interpretación verdadera.

71. FERRAJOLI, L. «La semántica della teoria del diritto», *cit.*, p. 111.

mada más correctamente teoría formal, en cuanto relativa a la forma, y universal, en cuanto relativa a la forma de toda experiencia jurídica posible, es teoría sobre las figuras necesarias de la cualificación jurídica»⁷².

Pues bien, la experiencia jurídica suele presentarse por la teoría del Derecho principalmente como una experiencia normativa, que reclama un conocimiento específicamente jurídico cuyo objeto han de ser las proposiciones de deber ser y cuya aspiración es alcanzar una verdad jurídica independiente de la verdad factual o de la rectitud axiológica. Desde esta perspectiva, que es esencialmente la kelseniana, la teoría del Derecho se configura como un esquema de calificación normativa autosuficiente: la juricidad es «una etiqueta o marca de fábrica» de la norma⁷³ que se obtiene exclusivamente mediante su producción a partir de otra norma válida del sistema y, en última instancia, de la norma fundamental⁷⁴. La teoría pura, animada por el deseo de «descontaminar» el conocimiento jurídico tanto de elementos valorativos como factuales⁷⁵ intentó expulsar del Derecho toda consideración moral, política o sociológica y construir una ciencia exclusivamente jurídico-normativa⁷⁶.

Sin embargo, parece cuando menos problemático que pueda mantenerse un normativismo de estricta observancia y, desde luego, creo que la teoría del Derecho contemporánea —incluso la de fidelidad más o menos kelseniana— no elude la consideración de elementos fácticos e incluso valorativos. De entrada, esto se manifiesta en la determinación de la propia base del sistema que ha de dotar de validez al conjunto de las normas; Kelsen ya reconoció que su *Grundnorm*, más que una hipótesis, era una ficción, en el sentido de que no sólo contradecía la realidad, sino de que también constituía una contradicción en sí misma⁷⁷. Como escribe Passerin D'Entreves, «detrás de la 'norma fundamental' de Kelsen, detrás del 'criterio último de calificación' de Hart, aparece una realidad política y social que, en el lenguaje común, indicamos con una denominación,

72. SCARPELLI, U., «La teoría generale del Diritto: prospettive per un trattato», en *La teoria generale del Diritto. Probleme e tendenza attuali*, cit., p. 319.

73. FROSINI, V., *La estructura del Derecho* (1973), trad. de A. E. Pérez Luño y M. J. Magaldi, Bolonia, Real Colegio de España, 1974, p. 104.

74. Es la idea, constantemente reiterada por KELSEN, de que «una norma pertenece a un orden jurídico sóloamente por haber sido instaurada conforme a lo que determina otra norma de ese orden», *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 243.

75. Recordemos que KELSEN parte de la distinción neokantiana entre «ser» y «deber ser» de donde deriva la exigencia de una ciencia jurídica que sólo tiene que ver con realidades normativas. Vid. GONZÁLEZ VICEN, F., «Sobre el neokantismo lógico-jurídico», cit., pp. 37 y ss.

76. Lo que no significa, como recuerda BOBBIO, que los problemas sociológicos no admitiesen una teoría propia, ni que el pensamiento de KELSEN se mantuviera in-conmovible, «La Teoría pura del Derecho y sus críticos», cit., p. 133.

77. KELSEN, H., *Teoría generale delle norme*, cit., p. 46.

ambigua si se quiere y, con todo, pertinente»⁷⁸ que es el poder. En la regla de reconocimiento de Hart la cuestión aparece aún más clara: su existencia es una cuestión de hecho⁷⁹. Pero lo fáctico no sólo se hace presente en la base del sistema, sino en todos sus entresijos, pues, como ya sabemos, la producción de una ley o de una sentencia no constituye el simple reflejo mecánico de lo establecido en una norma superior, sino que incorpora también intereses, ideologías o moralidad. Lo que, como indica Ferrajoli, muestra «la insuficiencia de una aproximación exclusivamente normativista o exclusivamente realista»; la teoría del Derecho debe ser ambas cosas al mismo tiempo si quiere satisfacer la doble perspectiva de observación, fáctica y normativa, que admite (y exige) el fenómeno jurídico; sólo así, por ejemplo, la teoría del Derecho podrá dar cuenta del sentido que tiene una norma válida, pero ineficaz, de la contradicción entre normas o de la fractura entre el «deber ser» del Derecho y el «ser» de su efectividad social⁸⁰.

Ciertamente, este normativismo realista⁸¹ no equivale a concebir el Derecho como mera expresión del más fuerte, ni a ver en las normas una sucesión inconexa y arbitraria de las decisiones subjetivas de sus órganos emisores, sino tan sólo a reconocer el fundamento fáctico del sistema jurídico y la necesidad de integrar en su estudio el enfoque normativo y el enfoque de la efectividad. En definitiva, «el normativismo abre una perspectiva de justificación a la luz del deber ser, mientras que el realismo ofrece una perspectiva observacional a partir de hechos jurídicos»⁸². Una teoría del Derecho así concebida, concluye Ferrajoli, no sólo persigue una finalidad científica, sino también una función civil que puede hacer de ella y de la ciencia jurídica «un precioso instrumento de análisis y de crítica del Derecho vigente: de una crítica, se entiende, no de tipo iusnaturalista o de *jure condendo*, sino iuspositivista o de *iure condi-*

78. PASSERIN D'ENTREVES, A., «Dos cuestiones en torno al Derecho», en *Derecho natural* (1951), trad. de M. Hurtado, Madrid, Aguilar, 1972, pp. 256-7. En parecidas palabras se expresa N. BOBBIO: «Considerar el poder como el fundamento último de un ordenamiento jurídico positivo no significa reducir el Derecho a la fuerza, sino simplemente reconocer que la fuerza es necesaria para la realización del Derecho», *Teoría General del Derecho*, cit., p. 185.

79. HART, H., *El concepto de Derecho*, cit., p. 137. Vid. ampliamente DE PÁRAMO, J.R., *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Madrid, CEC, 1984, pp. 242 y ss.

80. FERRAJOLI, L., «La semántica...», cit.

81. También E. PATTARO habla de un «realismo normativista como alternativa al positivismo jurídico», *Elementos para una Teoría del Derecho* (1985), trad. de I. Ara, Madrid, Debate, 1986, pp. 279 y ss.; y G. PECES-BARBA, en relación con el tema de los derechos fundamentales, propugna «llegar a conclusiones realistas y positivistas», *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988, p. 226.

82. PRIETO, L., «La sombra del poder sobre el Derecho. Observaciones a propósito de la teoría del Derecho de N. Bobbio», trabajo en prensa que he consultado por gentileza del autor.

to, es decir, respecto al propio «deber ser» inactuado o violado por el Derecho positivo»⁸³.

Finalmente, la superación de la concepción kelnesiana estricta no sólo se orienta hoy a través de ese intento de armonización entre normativismo y realismo, sino que parece asumir también una dimensión axiológica, en el sentido de subrayar la importancia de la filosofía moral y política que encarna todo orden jurídico y cuya ponderación puede resultar indispensable para comprender y aplicar sus normas. Este enfoque resulta obvio en un autor como Dworkin que expresamente niega la separación conceptual entre Derecho y moral, hasta el punto de que, como observa A. Pintore, la actitud del juez Hércules se halla «comprometida valorativamente con las instituciones sociales de las que se ocupa», y su función es producir «decisiones jurídicas congruentes con un sistema de principios que exprese las ideas morales de la comunidad, independientemente de que sean coherentes con las ideas jurídicas vigentes, o estén al servicio del bienestar social»⁸⁴.

Con todo, y al margen de las observaciones críticas que se han formulado a este planteamiento⁸⁵, creo que el mantenimiento de la separación conceptual entre Derecho y moral no impide reconocer la existencia de principios morales en el sistema normativo, y de reconocer asimismo que el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento moral⁸⁶. El propio Hart, en su respuesta a Dworkin, ha escrito que «en algunos sistemas jurídicos la conformidad con ciertos principios morales —por ejemplo, un catálogo de derechos y libertades individuales— es reconocida por los tribunales como parte de un criterio básico de validez jurídica» y que nada impide que la regla de reconocimiento pueda «identificar directamente ciertos principios por su contenido»⁸⁷. Y, si esos principios han de ser tomados en consideración por el teórico o por el intérprete, parece claro que éstos no podrán rehusar el razonamiento moral que aquéllos exigen.

Esto último puede incluso resultar particularmente cierto en un sistema jurídico como el español. Por ejemplo, Peces-Barba, un autor que en lo fundamental se mantiene fiel a una concepción positivista del Derecho, no encuentra dificultad en decir que los valores superiores del ordenamiento jurídico son «la cabeza de la Constitución material» y que, como tales, permiten reconstruir la «teoría material de la justicia sin necesidad de sostener posiciones iusnaturalistas»⁸⁸. En definitiva,

83. FERRAJOLI, L., «La semántica...», *cit.*, p. 130.

84. PINTORE, A., *La teoria analitica dei concetti giuridici*, *cit.*, pp. 152-53.

85. *Vid.* algunas de ellas en PRIETO, L., «Teoría del Derecho y filosofía política en R. Dworkin», *cit.*, pp. 353 y ss.

86. *Vid.* ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, *cit.*, en particular capítulos V y VI.

87. HART, H.L.A., «El nuevo desafío al positivismo jurídico», trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. R. de Páramo, *SISTEMA*, núm. 36 (1980), pp. 7 y 8.

88. PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 89 y 101.

ello significa que la atribución de validez a una norma ya no puede concebirse como una cuestión estrictamente formal o que contemple sólo el procedimiento y la competencia del órgano, sino también como un problema sustantivo que requiere interrogarse sobre el contenido de dicha norma a la luz de todo un horizonte de valores plasmados en la Constitución; y, consiguientemente, la labor del jurista, sobre todo en los casos difíciles, no se limitará a una constatación de esos aspectos formales, sino que requerirá el desarrollo de toda una argumentación a partir de principios de moralidad.

IV. JUSTICIA Y ARGUMENTACION PRACTICA

Creo que a estas alturas hemos aportado suficientes razones para que una filosofía del Derecho, incluso entendida de modo riguroso, no pueda abdicar de lo que generalmente se llama teoría de la justicia, pues tanto el análisis del lenguaje del Derecho como el del lenguaje de los juristas —que a veces se confunden— desemboca en una reflexión acerca de la argumentación jurídico-moral y, a la postre, acerca del modelo de legitimidad. Es más, para algunos autores este sería el tema central de la filosofía jurídica⁸⁹, lo que, por cierto, resulta coherente con toda una tradición que «dio sentido al yusnaturalismo como modo de pensamiento jurídico que cruza la historia intelectual de Occidente»⁹⁰.

Como es sabido, el panorama que ha presentado la filosofía moral y política de gran parte de este siglo ha venido caracterizado por la actitud no cognoscitivista propia del más estricto positivismo, lo que provocaría durante muchos años la falta de interés por las cuestiones de ética normativa⁹¹. Ciertamente, desde esta perspectiva, para la que la filosofía era un instrumento al servicio del análisis lógico del lenguaje⁹², la filosofía del Derecho como teoría de la justicia veía reducidas sus ta-

89. Por ejemplo A. KAUFMANN escribe que «las dos preguntas fundamentales de la filosofía del Derecho son: 1) *qué* es el Derecho justo, y 2) *cómo* lo reconocemos», «Teoría de la justicia. Un ensayo histórico-problemático», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, núm. 25 (1985), p. 37.

90. DELGADO PINTO, J., «Los problemas de la filosofía del Derecho...», *cit.*, p. 26.

91. K. O. APPEL presenta el no-cognoscitismo ético como una actitud derivada del cientifismo y que, por tanto, reúne los siguientes rasgos: 1) No es posible derivar normas de los hechos; 2) La ciencia versa sobre hechos, por lo que no es posible la fundamentación científica de la ética normativa y 3) Sólo el saber científico es objetivo (en el sentido de intersubjetivo), por lo que no es posible una fundamentación intersubjetiva de la ética normativa; en APPEL, K.O. *La transformación de la filosofía* (1973), trad. de A. Cortina, J. Chamorro y J. Conill, Madrid, Taurus, 1985, p. 359.

92. Vid. WITTGENSTEIN, *Tractatus Logico-Philosophicus* (hay traducción al castellano de J. Muñoz e I. Reguera, en Madrid, Alianza Editorial, 1987), especialmente las proposiciones 4.0031 y 4.112.

reas al análisis lingüístico de los juicios de valor. La teoría de la justicia quedaba así asimilada a lo que suele denominarse «metaética», un estudio centrado en las posibilidades mismas de los juicios de justicia y cuyos resultados, debido a los concretos presupuestos teóricos de los que se partía⁹³, terminarían arrojando a la ética a las tinieblas de la irracionalidad. No es ésta quizás la sede adecuada para reconstruir los avatares de una filosofía moral alertada por las inquietudes y la desazón que produjo la falacia naturalista, pero sí debemos señalar que, en general, y se compartan o no sus postulados, este pensamiento tuvo la gran virtud de enseñarnos a extremar las cautelas a la hora de reflexionar sobre los valores, lo que sigue constituyendo un buen punto de partida para iniciar la reflexión sobre el Derecho justo o sobre el poder legítimo⁹⁴.

No obstante, a pesar de la fuerte huella dejada por una razón analítica que no conservaba ninguna esperanza en relación con la ética, desde hace algún tiempo asistimos a una «rehabilitación de la filosofía práctica»⁹⁵, pues, en verdad, las principales corrientes de filosofía moral actuales no quieren —ni acaso puedan⁹⁶— renunciar a una fundamentación racional de la justicia; pretenden convencer apelando a razones, y no a cuestiones emocionales. Buena prueba de ello lo constituye la publicación en las últimas décadas de obras que, aunque a veces desde postulados ideológicos dispares, recuperan la preocupación por los temas éticos y abordan sin titubeos problemas morales que parecían estar vedados por la filosofía analítica o por el neopositivismo; me refiero, en el concreto campo de la filosofía jurídica y política, a contribuciones como la de R. Nozick, R. Dworkin y, en particular, J. Rawls, cuya *Teoría de la justicia*⁹⁷, de fulgurante éxito internacional,

93. Me refiero, claro es, al prejuicio de negar la existencia de un ámbito de racionalidad teórica más allá de los confines de la ciencia, sin admitir, al mismo tiempo, un uso práctico para la razón. Vid. MUGUERZA, J., *La razón sin esperanza*, Madrid, Taurus, 1977, cap. I, especialmente, pp. 29 y ss.

94. PRIETO, L., «Un punto de vista...», *cit.*, p. 608. También señala las virtudes del positivismo en este aspecto KOLAKOWSKI, L., *La filosofía positivista* (1966), trad. de G. Ruiz-Ramón, Cátedra, Madrid, 1979, p. 247.

95. Este es precisamente el título de los trabajos editados por RIEDEL, M., *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, 2 vols., Freiburg i. B., Rombach, 1972-74. Vid. al respecto, MUGUERZA, J., *La razón sin esperanza*, *cit.*, en particular, cap. VIII, «Últimas aventuras del preferidor racional».

96. Pues, como escribe E. FERNÁNDEZ, «La filosofía del Derecho no puede renunciar a tratar racionalmente el tema de la justicia, ni la teoría de la justicia puede abdicar de la racionalidad práctica», «Filosofía del Derecho. Teoría de la justicia y racionalidad práctica» (1982), en *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1984, p. 37.

97. RAWLS, J., *Teoría de la justicia* (1971), trad. de M. D. González, México, FCE, 1979. Vid. la presentación de M. A. RODILLA a la recopilación de trabajos de RAWLS, J., *La justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, trad. y recopilación de M. A. Rodilla, Madrid, Tecnos, 1986, donde expone las razones del impacto de su teoría de la justicia.

supuso un detonante formidable en un mundo analítico saturado de metaética⁹⁸.

Pues bien, la teoría de la justicia creo que enfrenta hoy un doble enjuiciamiento a propósito del Derecho. Por un lado, un enjuiciamiento que pudiéramos llamar *externo* de las normas e instituciones jurídicas, donde se inquieren los requisitos que debe reunir el Derecho para merecer la adhesión moral de los ciudadanos, aunque esta cuestión, con ser fundamental, no agota la relación entre justicia y Derecho. Teniendo en cuenta que el Derecho no es sistema rígido de normas, sino que está abierto a la interpretación y que ésta presenta una dimensión valorativa, la teoría de la justicia *es también* un enjuiciamiento *interno* que ha de servir como guía para proporcionar interpretaciones jurídicas satisfactorias, pues si en los procesos de interpretación y aplicación del Derecho hay siempre un componente de creatividad, resulta deseable ajustar estas operaciones a reglas o directrices que aseguren la racionalidad de las decisiones. En cualquier caso, con independencia del nivel de enjuiciamiento que consideremos, emprender estas tareas con sentido presupone la fijación de un referente axiológico con relación al cual determinar la justicia o injusticia de las reglas e instituciones jurídicas o la corrección o no de una interpretación concreta. Y este es, precisamente, el objeto propio de lo que se ha dado en llamar *ética normativa*, sin duda uno de los capítulos fundamentales de la teoría de la justicia⁹⁹.

Naturalmente, esto no significa que pueda darse por resuelto el problema previo de la fundamentación racional de los juicios de valor. Este nivel de reflexión, que conforma la problemática propia de la *metaética o ética analítica*, ni es exclusivo de la filosofía analítica, ni dejó de tener sentido una vez superado el relativismo ético que ésta implicaba. Antes al contrario, la pregunta por las posibilidades racionales del conocimiento moral es una cuestión primordial de cualquier teoría ética que quiera abordar con sentido la tarea de la justificación de los criterios de moralidad o de justicia; y, como enseguida se verá, acaso en el panorama filosófico-moral actual, enclavado sobre una razón práctica procedimental, constituya también su primera y única tarea. En suma, pues, una teoría de la justicia que no se cierre al planteamiento de problemas morales ni renuncie a la fundamentación racional de

98. MARTÍNEZ GARCÍA, J.I., «La recepción de Rawls en España», *Anuario de Filosofía del Derecho* (1986), p. 609; del mismo autor *vid. La teoría de la justicia en John Rawls*, Madrid, CEC, 1985.

99. Antes de seguir adelante, interesa señalar aquí que los «criterios de justicia» que constituyen el objeto de la ética normativa, no han de identificarse necesariamente con un grupo fijo de valores materiales; la meta de la ética normativa puede (y acaso deba) ser más modesta: proporcionar simplemente reglas formales de justicia —nada más, pero tampoco nada menos— reservando la determinación de los valores o principios materiales a los discursos prácticos reales. Tal habrá de ser, si no me equivoco, el resultado a que conducen las modernas éticas procedimentales.

los criterios de valor, se despliega en dos grandes niveles de reflexión: por un lado, la teoría prescriptiva —que comprende el estudio y la determinación de los criterios de justicia que han de servir para enjuiciar al Derecho— y la metaética o metateoría de la justicia —que abordará el problema de las condiciones y límites de una teoría ética—¹⁰⁰.

En efecto, tras el hundimiento del Derecho Natural racional, aquellos que no quedaron satisfechos por la alternativa del relativismo ético habrían de seguir enfrentándose al mismo problema de los fundamentos morales del Derecho positivo; unos fundamentos que ya no podían explicarse apelando a principios morales del Derecho Natural positivados —pues el carácter contingente del Derecho positivo hace que esos principios puedan cambiar a voluntad— pero que tampoco podían ser liquidados sin renunciar a ese momento de incondicionalidad que todo Derecho necesita¹⁰¹. En el panorama iusfilosófico actual, el criterio que mide la justicia del Derecho ya no puede identificarse con un sistema axiológico de contenidos materiales fijos y mayoritariamente positivados; al contrario, «la moralidad integrada en el derecho positivo ha de tener más bien la fuerza trascendedora de un procedimiento que se regula a sí mismo, que controla su propia racionalidad», pues «la racionalidad procedimental (constituye)... la única dimensión que queda en que puede asegurarse al derecho positivo un momento de incondicionalidad y una estructura sustraída a ataques contingentes»¹⁰². En otras palabras, la recuperación de la teoría de la justicia se opera sobre todo con la elaboración de un concepto procedimental de racionalidad práctica que supone, en realidad, una actualización del formalismo kantiano. Esta es la línea en la que se encuentran la teoría de la justicia de J. Rawls y la ética discursiva de K. O. Apel y J. Habermans.

La teoría de la justicia de J. Rawls, que parte de la idea de contrato social como modelo para la adopción de decisiones colectivas, articula mediante la figura de la «posición original» las restricciones normativas bajo las que el egoísmo de individuos libres e iguales conduce a la elección de normas correctas. La justicia del resultado viene determinada por la racionalidad del procedimiento —asegurada aquí mediante la fijación de limitaciones que establece la «posición original». Ahora bien, esta recuperación del formalismo kantiano como criterio de justificación moral no se agota en sí mismo, sino que, desde este marco de justificación contractualista, la teoría de Rawls fundamenta principios «materiales» de justicia. Como afirma M. A. Rodilla, la obra rawlsiana se presenta con intenciones a un tiempo más modestas y más ambiciosas que los desarrollos de metaética analítica. Más modestas porque no pretende ofrecer una fundamentación última de la ética, y más ambi-

100. Vid. ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, cit., p. 368.

101. Vid. J. HABERMAS, «¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?», trad. de M. Jiménez Redondo, *DOXA*, núm. 5 (1988), pp. 21 y ss.

102. *Ibidem*, pp. 34 y 37.

ciosas porque «no renuncia a la pretensión de formular y justificar racionalmente principios materiales de justicia social. Pero con ello Rawls parece moverse en el plano de un discurso *práctico* más que en el de un discurso *filosófico-práctico*». Más brevemente, su teoría de la justicia contiene «un conjunto de principios sustantivos para juzgar la rectitud de las normas e instituciones»¹⁰³.

Un paso más en el proceso de procedimentalización de la racionalidad práctica lo constituyen las teorías de K. O. Apel¹⁰⁴ y J. Habermas¹⁰⁵, según las cuales la racionalidad del procedimiento queda asegurada, no por las restricciones normativas a la acción de los agentes que participan, sino por las características de la propia argumentación, que constituye una institucionalización de los discursos práctico-morales¹⁰⁶. En realidad, desde la ética discursiva se llega incluso a reformular la tesis de la vinculación necesaria entre Derecho y moral¹⁰⁷ aunque, si he entendido bien, no en el sentido tradicional que criticara el positivismo, es decir, no suponiendo que el orden jurídico sólo merece tal nombre cuando es moralmente bueno, sino en el sentido de que la pretensión de corrección de las normas jurídicas es análoga a la pretensión de corrección de los juicios y normas morales, que, por tanto, se evalúa desde los mismos parámetros. En otras palabras, esa vinculación entre Derecho y moral se establece o aflora a través de un concepto normativo de legitimidad, dado que son legítimas las normas y juicios jurídicos que «pueden ser aceptados en los discursos práctico-morales»¹⁰⁸. Ahora bien, la justificación de esta tesis del vínculo conceptual entre Derecho y moral exige la demostración de que los procedimientos jurídicos principales (los que regulan la creación y aplicación de las normas jurídicas) que se proponen como criterios de legitimación son discursos morales institucionalizados para la justifi-

103. Vid. la presentación de M. A. RODILLA a *La justicia como equidad*, cit., p. XIV.

104. De K. O. APPEL puede verse *La transformación de la filosofía*, cit., así como *Estudios Éticos*, trad. de C. de Santiago, Barcelona, Alfa, 1986.

105. Pueden verse de J. HABERMAS, la *Teoría de la acción comunicativa* (1981), trad. cast. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 1987, 2 vols.; *Conciencia moral y acción comunicativa* (1983), trad. cast. de R. García Cotarelo, Barcelona, Península, 1985 y de Th. McCARTHY, *La teoría crítica de J. Habermas* (1978), trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Tecnos, 1987.

106. Pero, sobre todo, quizás la diferencia más relevante con las teorías neocontractualistas de la justicia sea que en virtud de éstas últimas, cada individuo puede en principio justificar las reglas básicas de justicia (vid. MUGUERZA, J., «Ética y comunicación (una discusión del pensamiento ético-político de J. Habermas)», en *Teorías de la democracia*, GONZÁLEZ, J. M., y QUESADA, F., (coords.), Madrid, Anthropos, 1988, p. 151), mientras que para la ética discursiva la fundamentación de los principios de justicia es una cuestión esencialmente cooperativa, que requiere la participación de todos y que, por consiguiente, supone un marco institucional que regule y asegure el diálogo.

107. Así, expresamente, en TOURI, K., «Ética discursiva y legitimidad del Derecho», trad. de J. Aguiló, *DOXA*, núm. 5 (1988), p. 48.

108. *Ibidem*.

cación de las normas y decisiones jurídicas, y en este sentido, quizás el intento más depurado de legitimación normativa del Derecho sea el realizado por J. Habermas sobre la base de una razón práctica esencialmente comunicativa.

La ética comunicativa de Habermas toma como punto de partida el principio de universalización kantiano, pues sólo se aceptan como válidas aquellas normas «que han de poder convertirse en ‘ley general’»¹⁰⁹, pero con la particularidad de que se excluye la aplicación monológica de este principio¹¹⁰ y de que, además, no se renuncia a la incorporación de intereses, inclinaciones o necesidades particulares, siempre que sean generalizables en el discurso. Pues bien, Habermas sostiene que los procedimientos jurídicos son una institucionalización del discurso práctico-moral, de manera que, análogamente a lo que sucede en éste, donde sólo caben los argumentos, también en aquéllos la racionalidad de los resultados vendrá garantizada por el hecho de que todo participante «tiene que suponer pragmáticamente que en principio todos cuantos pudieran verse afectados podrían participar como iguales y libres en una búsqueda cooperativa de la verdad en la que la única coerción que puede hacerse es la coerción sin coerciones que ejercen los buenos argumentos»¹¹¹. En suma, la fuerza legitimadora del procedimiento legislativo se basa no en su legalidad, como pensara Max Weber, sino en el hecho de que constituye una institucionalización del discurso práctico-moral.

Análogamente, y puesto que la aplicación del Derecho no puede entenderse como una operación subsuntiva, sino que requiere un desarrollo reconstructivo del mismo, también el procedimiento judicial puede entenderse como un discurso práctico institucionalizado; es más, el desarrollo de este capítulo desde la teoría del Derecho ha proporcionado valiosos instrumentos a la ética del discurso. Para R. Alexy, en efecto, la argumentación jurídica es un caso especial del discurso práctico porque la argumentación jurídica se refiere «a cuestiones prácticas» y porque sus resultados implican «pretensiones de corrección» análogas a las de las normas y juicios morales; y se diferencia del resto de la argumentación práctica porque se desarrolla bajo ciertas restricciones, de las cuales una de las más importantes es su vinculación al Derecho vigente¹¹².

Ahora bien, la recuperación de la racionalidad práctica que tiene lugar sobre todo con las éticas dialógicas no significa necesariamente la recuperación de una filosofía práctica sustantiva o, por decirlo de

109. HABERMAS, J., *Conciencia moral y acción comunicativa*, cit., p. 83.

110. En efecto, «una norma sólo puede aspirar a tener validez cuando todas las personas a las que afecta consiguen ponerse de acuerdo en cuanto participantes del discurso práctico», *Ibidem*, p. 86.

111. HABERMAS, J., «¿Cómo es posible la legitimidad...», cit., p. 39.

112. *Teoría de la argumentación...*, cit., pp. 206 y ss.

Otro modo, de una ética normativa en el sentido que tradicionalmente se le atribuyó. Habermas lo expone sin rodeos: lo que una ética discursiva puede hacer es reconstruir las condiciones (reglas) necesarias para garantizar la racionalidad de los acuerdos, pero la determinación de las normas, valores o principios materiales que están justificados en cada caso depende de los discursos prácticos reales, para lo cual la filosofía no posee ninguna competencia especial. La ética discursiva tendría así un alcance meramente terapéutico que consistiría en esclarecer las presuposiciones normativas implícitas en nuestras argumentaciones prácticas cotidianas y que han sido «adquiridas de modo natural en el proceso de socialización», pero nunca en proporcionar el contenido de una ética normativa ¹¹³. En suma, a la teoría de la justicia no le correspondería la fijación de contenidos materiales de justicia, lo que siempre depende de los discursos reales. «El teórico moral puede tomar parte en ellos en tanto que afectado, pero *no* puede conducir esos discursos *por su propia cuenta*» ¹¹⁴. Por eso, una teoría de la justicia que, como la de Rawls, se extiende a ámbitos de contenido, debe entenderse sólo como una participación más en el discurso que se lleva a cabo entre los ciudadanos. En cierto modo, a la teoría de la justicia sólo le cabría, pues, esa función terapéutica que quería L. Wittgenstein.

La conclusión pudiera resultar desalentadora por partida doble: desde el punto de vista del Derecho y de la política, la ética comunicativa se presenta tal vez como una empresa muy modesta, pues nos dice *cómo* hay que hacer las cosas, pero no *qué* hay que hacer ni, sobre todo, qué es lo que debe hacerse; es decir, parece no proporcionar ningún criterio para evaluar la justicia de una norma más allá de la mayor o menor legitimidad que presente su modo de producción. Y, a la inversa, desde el punto de vista de la moral, el planteamiento se antoja excesivamente ambicioso, pues parece dejar en manos del diálogo intersubjetivo la definición de toda norma moral, con el consiguiente riesgo de asfixiar la conciencia individual bajo el peso de la decisión colectiva.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, la modestia es más aparente que real. No es éste lugar para explicar con detalle las exigencias y condiciones que debe reunir el diálogo para merecer el calificativo de genuino discurso ético ¹¹⁵, pero a poco que se reflexione sobre los elementos que requiere la competencia comunicativa es posible colegir la presencia de numerosos principios morales fácilmente transformables en criterios de limitación del poder, en derechos fundamentales o en reglas programáticas de la acción política; por ejemplo, todo hablante puede expresarse libremente y cuestionar cualquier información, ha de

113. HABERMAS, J., *Conciencia moral...*, cit., p. 122.

114. *Ibidem*.

115. Vid. HABERMAS, J., *Conciencia moral...*, cit., pp. 109 y ss. y *Teoría de la acción comunicativa*, cit., vol. II, pp. 211 y ss.

conducirse con arreglo al principio de universalización, los hablantes se sitúan en una posición simétrica y se reconocen igual competencia, etc. De hecho, entre nosotros, se ha ensayado una fundamentación de los derechos humanos, de los civiles y políticos, pero también de los económicos, sociales y culturales, a partir de la ética del discurso; los derechos, escribe Prieto, «resumen las reglas que hacen posible el debate acerca de las decisiones con trascendencia colectiva; pero, al mismo tiempo, articulan también las pretensiones dirigidas a satisfacer las necesidades que se postulan como generalizables; pretensiones que, a su vez, pueden interpretarse como nuevas exigencias para la formación del consenso»¹¹⁶, es decir, como nuevas exigencias de la justicia.

El segundo riesgo, es decir, que la ética comunicativa pueda desembocar en un nuevo totalitarismo donde la única voz competente sea la de la colectividad, tampoco me parece fundado o, al menos, es rotundamente desmentido por uno de los expositores más autorizados del pensamiento habermasiano: la ética comunicativa, dice Th MacCarthy, «no aboga por la supresión de la subjetividad concreta para asegurar que el individuo sea idéntico a lo universal. Antes bien, presupone diferentes individuos con sus diferentes necesidades y deseos, emociones y sentimientos, biografías y futuros anticipados —en una palabra, con diferentes identidades personales. Lo que exige es que en aquellas áreas de vida en común sujetas a normas sociales vinculantes, estas últimas sean resultado de un acuerdo obtenido en una comunicación libre de dominio»¹¹⁷. Por ello, la ética comunicativa me parece compatible con la alternativa del diseño que propone Muguerra¹¹⁸ y, en todo caso, con la existencia de límites morales a la acción del Estado y del Derecho positivo¹¹⁹.

V. OBSERVACION FINAL

Abrimos esta reflexión preguntándonos si la actual filosofía del Derecho puede pretender una unidad de objeto y de método o si, por el contrario, constituye una mera yuxtaposición de tareas y enfoques heterogéneos reunidos bajo una misma rúbrica sin más justificación que alguna herencia histórica o la necesidad de dar acomodo a cuestiones y problemas que no encuentran mejor ubicación en otra parte. Acaso al

116. PRIETO, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 65.

117. MacCARTHY, Th., *La teoría crítica*, cit., p. 461. Vid. también CORTINA, A., *Crítica y utopía: la escuela de Francfort*, Madrid, Cíncel, 1987, p. 153.

118. Vid. MUGUERZA, J., «La alternativa del disenso. En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos», en J. MUGUERZA y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, PECES-BARBA, G., (coord.), Madrid, Debate, 1989.

119. De ello me ocupé más ampliamente en *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Madrid, CEC, 1990 pp. 195 y ss.

final la respuesta dependa fundamentalmente de lo que hagan los propios filósofos del Derecho y del modo en que enfoquen sus tareas tradicionales, pero desde distintas perspectivas creo haber sugerido algunas razones en favor de una concepción unitaria de la filosofía jurídica como género de conocimiento específico dentro de los saberes jurídicos.

De un lado, en efecto, la rígida separación entre el lenguaje de los juristas y el lenguaje del Derecho, que daba vida a dos «teorías» distintas, y, de otra parte, la no menos rigurosa escisión entre la normativa jurídica y la moral, que fundamentaba una segunda división teórica, se muestran hoy difícilmente sostenibles. Primero, porque del lenguaje de los juristas al lenguaje del Derecho se transita sin solución de continuidad, hasta el punto de que el lenguaje de unos juristas particularmente cualificados —los operadores jurídicos— se considera resueltamente lenguaje jurídico; de manera que las conclusiones últimas de la antigua teoría general del Derecho se sitúan actualmente en la metajurisprudencia o teoría de la ciencia, y, a su vez, ésta conduce de forma irremediable a la teoría del Derecho. No otra cosa significa, por ejemplo, la afirmación de que las claves de identidad de un sistema jurídico residen en el comportamiento de los órganos primarios¹²⁰; o que la actividad de los juristas presenta una dimensión prescriptiva o creadora y no simplemente cognoscitiva.

Y asimismo, por lo que se refiere a la segunda de las divisiones antes aludida, la pretensión de corrección de los discursos jurídicos, tanto de creación legislativa como de aplicación de normas, remite a las exigencias de corrección del discurso práctico general, es decir, remite a una reflexión acerca de la argumentación moral, que precisamente ha obtenido un especial desarrollo en los últimos años gracias en parte al estímulo de las teorías de la argumentación jurídica. En otras palabras, y sin necesidad de renunciar a la saludable distinción entre ética y política, entre moral y Derecho¹²¹, el estudio del lenguaje jurídico y de los juristas en cuanto que lenguaje prescriptivo exige su confrontación con las reglas que lo presiden y que no son otras que las propias de la argumentación práctica.

Ciertamente, cuanto acabamos de decir tal vez pueda cimentar esa unidad última de las tareas que se reúnen bajo el nombre de filosofía del Derecho, pero quizás no la existencia o justificación de un objeto propio y específico frente a las demás formas de conocimiento jurídico. Y es cierto: la filosofía del Derecho no puede tener un objeto diferente desde el momento en que reconocemos que el lenguaje de los juristas es Derecho, que los problemas de legitimidad o de justicia son

120. Vid. RAZ, J., *The concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, London, Oxford University Press, 1970, en especial cap. VIII.

121. Vid. PRIETO, L., *Ética y política*, Ciudad-Real, Universidad de Castilla-La Mancha, 1922.

también con frecuencia problemas constitucionales, o que la corrección argumentativa es una condición exigible a la interpretación jurídica, pues en suma lo que esto significa es que son también competencia de cualquier empresa que pretenda dar cuenta cabal del Derecho. Sin embargo, el mismo objeto puede admitir enfoques diferentes y acaso el sentido de la filosofía del Derecho se cifre en adoptar uno especial que hemos intentado defender aquí y que, en síntesis, consiste en mostrar la distancia que separa la práctica institucional de sus ideas regulativas; en mostrar las incoherencias entre el deber ser normativo y la realidad empírica —aunque se halle expresada también en normas—, entre el modelo cognoscitivo de la interpretación y su efectiva función prescriptiva, entre la imagen pasiva y neutral del jurista y su protagonismo como órgano de decisión, entre el discurso de los operadores jurídicos y sus criterios o ideales de corrección, etc. Con ello, y sin buscar moradas metafísicas, es posible que la filosofía jurídica sea capaz de satisfacer su anhelo (y su justificación) de ofrecer algo más que un mero conocimiento empírico, pero que al propio tiempo tenga algún interés para ese conocimiento, no dando la espalda a la realidad del Derecho.