

TEORÍA DEL DERECHO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

Pedro Serna

"Parece necesario reiterar la conveniencia de mantener nuestra disciplina como iniciación a los estudios del Derecho en primer curso, y también como reflexión recapituladora en el final de la licenciatura, quinto curso. Sin embargo, no parece razonable que la asignatura de primer curso se denomine Derecho natural. Es un anacronismo y supone una toma de posición ideológica impropia de la denominación de una asignatura de licenciatura. Como en muchas otras cosas, precursor de esta posición que hoy cae por el peso de sus razones, el profesor González Vicén propuso en una reunión de decanos de Derecho de Barcelona, en los años 60, la supresión de esa denominación. En la elaboración del futuro plan de estudios debe tenerse en cuenta ese problema y sustituirse el Derecho natural por una Introducción al Derecho, evitando, eso sí, que esta denominación incluya esta asignatura en la órbita de los civilistas, durante tantos años monopolizadores, sin título alguno, de los conceptos generales del Derecho"¹.

1. G. PESES-BARBA, "Sobre la Filosofía del Derecho y su puesto en los planes de estudios", en *Libertad, poder, socialismo*, Madrid, Cívitas, 1978, p. 267-268. Sobre la ilegitimidad a que se alude, cfr. también G. CARRIÓN, prólogo a W. N. HOHFELD, *Conceptos jurídicos fundamentales*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968, pp. 7-21.

Estas palabras del profesor Peces-Barba pueden o no ser compartidas. Sin embargo, lo cierto es que se limitan a constatar una situación de hecho. Después del fervor iusnaturalista de la posguerra mundial, las aguas han vuelto al cauce de un cierto escepticismo, y no son mayoría precisamente quienes todavía hablan de Derecho natural. Esto explica que deba ser saludada la reciente reforma de los planes de estudio de la licenciatura, que suprimen la vieja asignatura de primer curso y hacen aparecer una *Teoría del Derecho* que va más lejos que la *Introducción al Derecho* a que se acaba de aludir, tal vez para garantizar que no se trata exactamente de resolver el expediente de los conceptos fundamentales del Derecho del modo en que lo viene haciendo la manualística tradicional del Derecho civil cuando explica el Título Preliminar del Código o, más ampliamente, la parte general de la asignatura.

Las comunidades científicas, en este caso la de los filósofos del Derecho, trabajan habitualmente tomando como punto de partida una teoría determinada que, formulada de modo más o menos preciso, orienta el trabajo investigador, el lenguaje de la disciplina, etc. Este marco teórico puede designarse con el nombre de Teoría Matriz o matriz disciplinaria².

El poder configurador de las matrices disciplinares suele ser temporal e incluso puede decirse que provisional. Su vida se prolonga mientras consiguen servir como marco de trabajo y horizonte de enfoque de los problemas teóricos y prácticos que se plantea cada comunidad científica. Cuando esto ya no es posible, o bien cuando los principios epistemológicos, conceptuales, etc.,

2. Cfr. T. S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2^a ed, University of Chicago Press, 1970, *passim*; y del mismo autor, *The Essential tension. Selected Studies in Scientific Tradition and Change*, Chicago, University of Chicago Press, 1977, particularmente el ensayo del mismo nombre. También puede consultarse F. GONZÁLEZ NAVARRO, "La teoría general de sistemas como matriz disciplinaria y como método jurídico (una nueva terminología de la reciente jurisprudencia)", en *Persona y Derecho* 21, Pamplona, 1989, pp. 23-172.

sobre los que se sustenta la matriz disciplinar vigente comienzan a ser cuestionados, el paradigma comienza a modificarse hasta que tiene lugar una "revolución científica"³, es decir, hasta que una nueva teoría releva a la primitiva en su condición de matriz y aquella queda relegada al mundo de la historia del pensamiento, aunque en ocasiones no se acepta de inmediato la sustitución⁴. En el mejor de los casos, se la emplea para explicar parcialmente ciertos problemas o áreas de problemas.

Algo similar a esto ha sucedido con la doctrina del Derecho natural. El viejo Derecho natural se ha vuelto inapreciable a la luz de la teoría del conocimiento dominante⁵, y por eso el conjunto de doctrinas que lo describen y exponen hizo crisis con el auge del positivismo filosófico, y fue sustituido por la nueva matriz disciplinar aportada por dicho positivismo, a saber, la Filosofía del Derecho⁶, a partir del s. XIX. En España, ciertamente, el Derecho natural ha sobrevivido casi 200 años más que en el resto de Europa, pero su suerte estaba echada desde hace tiempo. No en vano, la sustitución de hecho por la Filosofía del Derecho se produjo hace ya tiempo en nuestras aulas, donde bajo el rótulo "Derecho natural" se enseña una primera parte de la asignatura de Filosofía del Derecho.

3. T. S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, cit., p. 92.

4. Ahora bien, "rechazar un paradigma sin sustituirlo por otro es rechazar la ciencia misma. En tal acto no se refleja el paradigma, sino el hombre". *Ibid.*, p. 79.

5. No puedo ahora ocuparme de las causas teóricas del fracaso iusnaturalista, aunque lo he hecho en P. SERNA, "Modernidad, Postmodernidad y Derecho natural: un iusnaturalismo posible", en *Persona y Derecho*, 20, Pamplona, 1989, pp. 155-188. Además, para comprender más profundamente las razones de su crisis como matriz disciplinar, deberían añadirse a las razones teóricas, otras de carácter político, académico e incluso psicológico.

6. Cfr. F. GONZÁLEZ VICÉN, "La Filosofía del Derecho como concepto histórico", en *Estudios de Filosofía del Derecho*, La Laguna, 1979. Una versión discrepante en F. CARPINTERO, "Naturrecht y Rechtsphilosophie", en *AFD* 3, Madrid, 1986.

Antes de proseguir, conviene dejar claro que la constatación de su crisis no equivale a que la doctrina del Derecho natural carezca por completo de fundamentos. Dicha equivalencia sólo podría formularse si se afirmase un concepto de verdad en la línea de las teorías discursivas del conocimiento, para las cuales el desacuerdo, o la falta de evidencia, equivalen, tal vez poco justificadamente, a la falsedad. La posición aquí defendida debe entenderse por referencia a una teoría de la ciencia y del discurso práctico que conducen a postular el abandono del Derecho natural *como matriz disciplinar*, como ámbito de discusión filosófica de los problemas jurídicos, puesto que no cabe hacer ciencia sin comunidad científica. Fuera del ámbito intersubjetivo, definido en este caso por la comunidad científica, sólo cabe la sabiduría, es decir, el saber personal, no necesariamente razonado ni comunicable. Por otra parte, dicho abandono no invalida a priori la posibilidad de llegar al concepto de Derecho natural desde una nueva teoría matriz⁷, ni impide sostener los contenidos de la teoría iusnaturalista de la justicia.

Esto último es, en realidad, más importante de lo que puede parecer a primera vista, puesto que, para buena parte de los teóricos positivistas del Derecho actuales, lo verdaderamente importante no es sostener un conjunto de afirmaciones teóricas acerca del Derecho, en abierto contraste con la teoría jurídica y metaética que sustenta las posiciones iusnaturalistas. En el positivismo jurídico posterior a 1945, lo que verdaderamente importa es oponerse a la tradición moral representada por el iusnaturalismo. Positivismo y iusnaturalismo son vistos, pues, como teorías jurídicas que se inscriben en el contexto más general de sus respectivas tradiciones morales, y que forman parte de un conjunto más o menos definido de valores. En virtud de esto se comprende que muchos pensadores positivistas, forzados por la amplia crítica

7. Cfr., como ejemplo, J. FINNIS, *Natural Law and natural rights*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 7^a reimpresión corregida; y R. P. GEORGE (ed.), *Natural Law Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992.

desarrollada durante la primera mitad de este siglo, dirigida tanto a sus postulados teóricos como axiológicos y, sobre todo, epistemológicos y de método, no hayan tenido inconveniente en renunciar a muchos de tales postulados, a cambio de seguir siendo positivistas. Lo importante es, más allá de lo que pueda ser el positivismo jurídico como teoría, ser positivista⁸.

Por su parte, la Filosofía jurídica también ha sido víctima de otro fuerte cuestionamiento, en parte por la crisis de la idea misma de Filosofía a resultas de la influencia del positivismo, en parte también por la crisis del propio positivismo jurídico a cuyo impulso respondía la Filosofía jurídica que sustituyó como matriz al Derecho natural. La Teoría del Derecho representa, pues, un intento de encauzar el discurso sobre el Derecho que se lleva a cabo en un nivel superior al dogmático, sin retornar al Derecho natural pero tampoco a posiciones "filosóficas"⁹, desprestigiadas por mor

8. Cfr. C. ORREGO, *H.L.A. Hart, abogado del positivismo jurídico*, Pamplona, 1995, pp. 109-119 y passim; se trata de una tesis doctoral dirigida por mí, donde se demuestra precisamente esta afirmación. Para el caso de Bobbio y otros autores, esta misma tesis sostenida por Orrego, puede encontrarse en R. A. FALK Y S. I. SHUMAN, "The Bellagio Conference on Legal Positivism", en *Journal of Legal Education* 14 (1961), pp. 213-228.

9. No debe confundirse, por tanto a la Teoría del Derecho con el contenido de algunos manuales y exposiciones de carácter general que llevan este título. Dicho contenido, y la perspectiva formal que adoptan, son los propios de la Filosofía del Derecho tradicional, con algunos ribetes de análisis del lenguaje o cosas parecidas. Los índices suelen evidenciar su origen, que responde más a criterios de docencia y adaptación a las directrices de los nuevos planes de estudio, que a una reelaboración de los temas de la disciplina según un modelo epistemológico nuevo. Cfr. L. MARTÍNEZ ROLDÁN Y J. A. FERNÁNDEZ SUÁREZ, *Curso de Teoría del Derecho y metodología jurídica*, Barcelona, Ariel, 1994; y M. SEGURA ORTEGA, *Teoría del Derecho*, Madrid, Ceura, 1991. En algún caso el tono llega a ser excesivamente propedéutico y ceñido a la descripción casi jurídico-dogmática del ordenamiento español. Así sucede con el de J. DE LUCAS Y OTROS, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992. Una saludable excepción, el trabajo de M. CALVO GARCÍA, *Teoría del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1992.

de la crisis del positivismo jurídico y de la misma Filosofía¹⁰.

1. EL NACIMIENTO DE LA TEORÍA DEL DERECHO

La Teoría del Derecho ha nacido, ante el fracaso sucesivo del Derecho natural racionalista y de la Filosofía del positivismo jurídico, como propuesta de una nueva matriz. Recibe este nombre, en gran medida, para diferenciarla de la Filosofía del Derecho de influencia positivista.

Esa nueva propuesta ha de hacer frente a la situación heredada. Pero la superación de la polémica iusnaturalismo-positivismo debe hacerse sin recurrir a soluciones fáciles. Por una parte, hay que encontrar un nuevo modelo epistemológico, capaz de eludir los problemas e inconvenientes de los anteriores, o al menos, de hacerse cargo de las críticas de que estos han sido objeto. Por otra, el nuevo planteamiento debe estar en condiciones de acoger los problemas ya planteados en el seno del positivismo y de la teoría del Derecho natural, evitando resolver la cuestiones difíciles mediante el recurso a su calificación como "pseudoproblemas" o cuestiones "sin sentido".

Esta es la tarea que aguarda a la Teoría del Derecho, aunque la nueva propuesta científica todavía es fragmentaria. En el fondo, nos encontramos muy lejos de estar ante una matriz disciplinar plenamente constituida. Ello es lo que explica que bajo el flamante rótulo se agrupen en nuestros días muy diversas propuestas, unas más ambiciosas que otras.

10. A pesar del enorme interés que reviste, debe quedar para otro estudio el análisis de la crisis teórica del positivismo que, desde mi punto de vista, está determinada desde el momento mismo de su constitución. Me remito al trabajo de C. ORREGO. *H. L. A. Hart ...*, cit., especialmente, cap. VI. Sobre la "crisis" de la Filosofía, que no se suscribe aquí, se harán las oportunas referencias más adelante.

Algunas de estas propuestas pretenden constituirse como el estudio del lenguaje de los juristas¹¹, mientras que otras se autoconsideran una simple metateoría descriptiva de la dogmática jurídica¹², etc. Aunque se trata de una tarea de gran interés, no es este el momento de realizar un examen crítico de las diversas propuestas de Teoría del Derecho. Entre nosotros ha iniciado este trabajo Rodríguez Molinero¹³, cuya conclusión fundamental es la constatación de la mencionada diversidad, y la posibilidad de identificar en el panorama contemporáneo de la Teoría del Derecho cuatro grandes direcciones, que pueden agruparse todavía más generalmente en dos bloques: aquellas propuestas que aspiran a convivir con la Filosofía jurídica, y las que pretenden sustituirla¹⁴. Este autor ha pasado revista a los distintos trabajos científicos de las últimas décadas que tratan el tema o se autodenominan Teoría del Derecho. Se seguirá, en líneas generales, su exposición, aunque las valoraciones de cada corriente son autónomas.

1.1. *La Teoría del Derecho como respuesta parcial*

La primera dirección señalada por Rodríguez Molinero la integran quienes consideran la Teoría del Derecho como ciencia fundamental y fundante de la ciencia jurídica en general y de las ciencias jurídicas particulares; una especie de teoría del conocimiento jurídico científico¹⁵.

11. G. ROBLES, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Madrid, Debate, 1988, *passim*.

12. E. ZULETA PUCEIRO, *Teoría del Derecho: una introducción crítica*, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 21.

13. Cfr. M. RODRÍGUEZ MOLINERO, "Teoría del Derecho como complemento o en sustitución de la Filosofía del Derecho", en *Anuario de Derechos Humanos* 4, Madrid, 1986-87, pp. 338-357.

14. *Ibid.*, p. 339.

15. Este parece ser el caso, entre otros, de K. ADOMEIT, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Madrid, Civitas, 1984. Lo mismo se desprende de la

La segunda es la dirección prefigurada por quienes propugnan una Teoría del Derecho como proyección necesaria de la teoría de la Sociedad, y no del Estado, como se hacía hasta hace poco, o por lo menos de la Sociedad y del Estado. Esta dirección se vincula, entre otras corrientes, a la teoría de sistemas y al marxismo y neomarxismo.

Desde mi punto de vista, ambas deben ser rechazadas como modelo global, aunque no en sus aportaciones particulares, a causa de su parcialidad. No se trata de que no quepa hablar de una teoría general del conocimiento jurídico científico, sino de que esta disciplina no puede sustituir a la Filosofía del Derecho porque sólo aborda uno de los bloques temático-problemáticos del universo jurídico.

Algo similar cabe decir de la segunda dirección propuesta, que puede servir para comprender más profundamente la conexión entre Derecho y sistema social y, en último extremo, entre Derecho y sujeto humano. Sin embargo, y dejando constancia de que la aceptabilidad de sus resultados dependerá del modo como se tematice en cada caso la sociedad misma y el ser humano, esta visión globalizante de la realidad jurídica en el más amplio contexto del Estado o del sistema social, si es sólo eso, corre el riesgo de olvidar otros problemas, de naturaleza más analítica, que plantea el Derecho, como, por ejemplo, la estructura lógica de las normas y del sistema; o de marginar definitivamente los asuntos relacionados con la teoría de la justicia¹⁶.

En conclusión, los modelos a que se acaba de aludir no pueden acoger la totalidad de las cuestiones que se plantean. Tal vez tampoco lo pretendan, puesto que ambos son tan fragmentarios en relación al conjunto de interrogantes que cabe plantear acerca del Derecho, que no sólo pueden convivir con la Filosofía, sino que la

respuesta de R. GUIBOURG a la encuesta realizada en *Doxa*, Alicante, 1, 1984, p. 109.

16. Una excepción, hasta cierto punto, G. LUMIA, *Principios de Teoría e ideología del Derecho*, Madrid, Debate, 1984.

reclaman para responder a cuestiones que caen fuera de su objeto. Es más, pueden incluso convivir entre sí, porque su fragmentariedad les hace diferir no sólo en los métodos, sino también en los ámbitos y dimensiones de la realidad jurídica de que se ocupan. En efecto, la consideración del Derecho desde el sistema social no ha sido asunto frecuente de la Filosofía del Derecho, sino más bien de la sociología jurídica. El de la fundamentación de la ciencia jurídica sí constituye uno de los temas clásicos de la Filosofía jurídica, aunque debe reconocerse que tradicionalmente le han prestado más atención los juristas dogmáticos con preocupaciones teóricas que los filósofos del Derecho¹⁷.

1.2. *La Teoría del Derecho como sustitución de la Filosofía del Derecho*

Otra de las direcciones apuntadas por Rodríguez Molinero la forman quienes decididamente optan por una Teoría del Derecho como alternativa forzosa e inevitable de la Filosofía del Derecho. Esta posición se alza sobre la consideración de base de que el iusnaturalismo como modelo ha fracasado definitivamente por causas epistemológicas, y que también lo ha hecho la Filosofía del Derecho, por razones del mismo género. La declaración de fallecimiento de la Filosofía del Derecho ha sido realizada alternativamente por tres corrientes doctrinales: la Filosofía analítica, heredera en parte del positivismo lógico; la Teoría crítica, ya sea de inspiración trascendentalista, habermasiana, ya de orientación postestructuralista; y, finalmente, la Teoría de sistemas. Cada una de ellas argumenta con razones diferentes, y tal vez también incompatibles entre sí.

17. Cfr. K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 4^a ed., trad. M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994, Parte histórico-crítica (pp. 31-175).

Por una parte, la *Systemtheorie* tiende connaturalmente a disolver la Filosofía en Sociología, tematizando según modelos causales o explicativos la relación entre Derecho y sistema social¹⁸, y asumiendo como misión no el comprender en profundidad el Derecho, sino proporcionar a la dogmática opciones conceptuales¹⁹.

Por lo que se refiere a la *kritische Theorie* de tradición alemana, aunque en su caso debe tenerse en cuenta que se trata de una Sociología muy próxima a la Filosofía social. A su vez, la teoría crítica de tradición francesa rechaza la Filosofía porque sustituye la realidad por el fragmento, y concibe el pensar como pura interpretación sin objeto último. De ahí que la única tarea que le queda reservada es la del desenmascaramiento. Más adelante se volverá sobre esto.

Por lo que se refiere a la actual Teoría del Derecho de inspiración analítica, tiene su origen en una triple raíz. Por una parte, la Jurisprudencia analítica anglosajona, iniciada por Bentham y Austin a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX; por otra, el Círculo de Viena y el positivismo lógico de filiación neo-kantiana; y, finalmente, el normativismo kelseniano²⁰.

De la primera y de la última adopta el concepto de Derecho como norma coactiva común a ambas, y la consiguiente negación de la posibilidad del Derecho natural. De la segunda, toma básicamente el no-cognitivismo ético de orientación preferentemente emotivista, compartido por Kelsen, pero no por la primitiva Juris-

18. Cfr. W. KRAWIETZ, "El concepto sociológico del Derecho", en *Doxa 5* (1988), pp. 265-267; A. OLLERO, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1989, p. 76. Más directamente, N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Munich, Rowohlt, 1972, 2 vols. Sobre el concepto de racionalidad y finalidad en el funcionalismo, de los que depende su explicación sociológica, Cfr. N. LUHMANN, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, Frankfurt, Suhrkamp, 1973, especialmente pp. 18-54.

19. Cfr. N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, cit., p. 354 ss.

20. Una visión panorámica, a cargo de algunos de sus principales exponentes, en U. SCARPELLI (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milán, Edizioni di Comunitá, 1976.

prudencia analítica, crítica con el iusnaturalismo pero defensora a la vez de una ética objetiva y racional; así como el método representado por el análisis lógico-lingüístico.

Al ser Kelsen la única de estas influencias que desarrolla una teoría completa del Derecho, resulta perfectamente comprensible que la obra de los autores analíticos, cuando no se mantienen en el plano más general de la ética o del lenguaje normativo (Scarpelli, Von Wright, Hare), acabe constituyendo un diálogo casi continuo con el jurista checo, cuyas ideas centrales se aceptan como objeto de discusión y lugar común, incluso en aquellos autores que inicialmente constituyen su pensamiento por referencia a las tesis de la Jurisprudencia analítica anglosajona, como es el caso de Hart²¹. Así, puede afirmarse que la obra de autores como Ross, Bobbio, Raz, o Alchourrón y Bulygin se entiende básicamente por referencia a Kelsen, aunque no se excluyan otras influencias, ni las oportunas discrepancias²².

Pero la actual Teoría analítica del Derecho supone también una radicalización del planteamiento kelseniano, en la medida en que la concepción de las normas como juicios²³, en sintonía con la filiación kantiana del autor vienes, exige ser reducida a enunciados,

21. Cfr. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2^a ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 35-37 y passim. Cfr. también M. PAWLIK, *Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts. Ein Kritischer Vergleich*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993.

22. Cfr. A. ROSS, *On Law and justice*, Londres, Stevens and Sons, 1958, prefacio y p.1; N. BOBBIO, *Teoría general del Derecho*, trad. cast. E. Rozo Acuña, Madrid, Debate, 1991, prólogo del autor a la versión castellana, pp. 8 y 9; del mismo autor, *Contribución a la Teoría del Derecho*, ed. a cargo de A. Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres editor, 1980, especialmente pp. 241-261; J. RAZ, *The Concept of a Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 1973, pp. 1-4 y 93-120; y C.E. ALCHOURRÓN Y E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2^a reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 11.

23. Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2^a ed., Viena, Deuticke, 1960, pp. 4-9; y *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, Manz, 1979, especialmente capítulos 1 y 3.

es decir, a lenguaje, en el planteamiento de los analíticos de influencia vienesa y anglosajona. La filosofía analítica se muestra, también en su versión jurídica, como una transformación de la filosofía trascendental²⁴. Además, para la vertiente realista escandinava, el normativismo kelseniano resulta insuficiente, demasiado idealista, e incluso metafísico²⁵.

La orientación analítica presenta, por tanto, como presupuesto básico, admitido sustancialmente por casi todos los autores, la reducción del objeto material de la Teoría jurídica al lenguaje jurídico. En efecto, si se concibe el Derecho como norma eficaz, es decir, respaldada por una voluntad, que es la del Estado o, en general, la de quien tiene poder suficiente para imponerse, y se reduce la norma a un enunciado lingüístico, en la práctica los confines del Derecho vendrán determinados por el lenguaje. El Derecho acaba siendo reducido a una forma de lenguaje.

Ello permite un tratamiento más exacto que el de la vieja Filosofía, cuyo objeto (el Derecho), exigía en primer lugar ser dibujado en sus contornos mediante una definición precisa. Ahora, en cambio, cabe proceder mediante un estudio analítico, descompositivo, del material jurídico, y mediante la verificación de los resultados que se alcancen en la investigación. Por ello no es de extrañar que se considere como rasgo característico de la Teoría del Derecho, que la diferencia de la Filosofía jurídica, su actitud descriptiva y particular, y su atención a lo formal²⁶. A su vez, esto permitirá una mayor intersubjetividad y, en consecuencia, las

24. Sobre filosofía analítica como transformación de la filosofía trascendental, cfr. A. LLANO, *Metafísica y lenguaje*, Pamplona, Eunsa, 1984, pp. 34-64.

25. Cfr. el detallado estudio de A. OLLERO, "Un realismo a medias: el empirismo escandinavo", en *Derechos humanos y metodología jurídica*, cit., pp. 21-62.

26. Cfr. A. KAUFMANN Y W. HASSEMER (eds.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 5^a ed., Müller, Heidelberg, 1989, ed. castellana a cargo de G. Robles, *Pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Debate, 1992, p. 36.

investigaciones jurídicas básicas irán adquiriendo, en sí mismas y en la apariencia, la respetabilidad de la ciencia. El camino seguro de la ciencia, que Kant había buscado sin éxito para la antigua "Reina de las ciencias", aparece ahora diáfano para el saber básico sobre el Derecho, a condición de que, dando un paso más en la dirección kantiana, reduzcamos a lenguaje los juicios en que consisten las normas jurídicas, es decir, el Derecho mismo.

La cuenta de resultados de lo que antecede arroja un haber numeroso, sin duda, pero también abundantes puntos débiles.

La reducción del Derecho a norma –juicio prescriptivo que reúne ciertas características– facilita el camino para el giro lingüístico, puesto que los juicios se expresan mediante el lenguaje. La contemporánea Filosofía del lenguaje, de las más diversas orientaciones, ha proclamado la trascendentalidad de lo lingüístico en la constitución del pensamiento, proponiendo el análisis del lenguaje como método de la Filosofía. Se ha operado así, en nuestro siglo, el llamado giro lingüístico, que supone una radicalización y "cientificación" de la Filosofía trascendental, según se ha dicho.

Ahora bien, dicho giro supone también una reducción del objeto de estudio, al igual que sucede con la filosofía trascendental. La trascendentalización del pensamiento en la constitución del conocimiento de la realidad condujo a una marginación de ésta última en el saber filosófico y en la imagen del mundo. Ahora es el pensamiento mismo el que corre el peligro de una suerte similar, en beneficio de la expresión lingüística. Entre nosotros, es la posición de Robles, en su trabajo *Introducción a la Teoría del Derecho*, cuya legitimidad depende de que no margine ningún grupo de los problemas que tradicionalmente plantea el universo jurídico.

Sin embargo, adolece de dificultades importantes la posición de Robles, que vale la pena estudiar aquí porque servirá para poner de relieve algunas de sus ventajas, y también muchos de los puntos débiles del modelo lingüístico en Teoría del Derecho. A juicio de este autor, tanto el positivismo jurídico, configurado desde la

epistemología de la Física del siglo XVII, que presenta la realidad en términos de *hechos*, como el iusnaturalismo, caracterizado por un modelo epistemológico metafísico, parten de la idea de que la realidad nos es dada de antemano, aunque disientan en el modo de acceso a ella y en los caracteres de la realidad misma. Por otra parte, ambos conciben el lenguaje como vehículo del pensamiento, como un mero útil o herramienta, aunque en ocasiones ni siquiera se plantean el problema del lenguaje²⁷.

Frente a tal posición, el *linguistic turn* del pensamiento del siglo XX posibilita que la Filosofía deje de ser teoría de la ciencia para convertirse en reflexión epistemológico-analítica del lenguaje. "Entre la idea y el hecho se alza el lenguaje, que abraza y comprende a los dos, y los humaniza"²⁸.

La Teoría del Derecho es el análisis del lenguaje de los juristas²⁹. Representa una forma de Filosofía jurídica que no debe llamarse Filosofía del Derecho, para no confundirla con aquella reflexión sobre lo jurídico que tiene por base gnoseológica el positivismo físcalista; y se constituye como análisis del lenguaje de los juristas porque tomar como punto de partida el lenguaje ordinario se presta a inexactitudes y, además, en este último se imita el lenguaje de los juristas.

¿Por qué lenguaje de los juristas y no lenguaje del Derecho? Porque "el Derecho es, en todo caso, el resultado de lo hablado o de lo escrito, esto es, de lo comunicado. Es un medio de comunicación (no sólo, como decía Kelsen, una técnica de la coacción), y como tal es lenguaje, pues no hay modo de comunicarse si no es mediante el lenguaje. Pero, además, 'lenguaje del Derecho' o 'lenguaje jurídico' no puede significar otra cosa que el lenguaje creado y usado por los juristas, ya que son éstos los que crean el Derecho (esto es, el lenguaje jurídico) y lo aplican"³⁰. "Juristas"

27. Cfr. G. ROBLES, *op. cit.*, p. 154.

28. *Ibidem*.

29. *Ibid.*, p. 155.

30. *Ibid.*, p. 158-159.

designa aquí no sólo a los juristas dogmáticos, sino también a los órganos de creación y aplicación del Derecho.

Aun reconociendo las aportaciones de la crítica hermenéutica del positivismo³¹, el modelo de la nueva ciencia es la Semiótica, en su triple plano sintáctico, pragmático y semántico³².

La pragmática se traduce en una teoría de la decisión jurídica que abarca tanto la decisión judicial como la legislación y la retórica o teoría de la argumentación. Este vendría a ser el *topos* específico de la teoría de la justicia, tanto en la vertiente del caso concreto como en la vertiente legislativa (política jurídica).

El punto de vista sintáctico da lugar a la teoría lógico-lingüística o teoría de la estructura formal del Derecho, que abarca la teoría de las normas, la teoría del sistema, de los conceptos jurídicos fundamentales, de las relaciones entre ordenamientos jurídicos distintos y, por último, la crítica de la Teoría general del Derecho.

Finalmente, la semántica arroja una teoría de la dogmática jurídica, que comprende una introducción histórica; la teoría de los textos jurídicos (categoría que debe hacerse extensiva a la acción social); la teoría de la interpretación dogmática y de la justicia intrasistemática (valores y principios del orden jurídico y función crítica del jurista dogmático).

A juicio de este autor, las ventajas del esquema propuesto son diversas, y entre ellas puede destacarse que la distinción de los diversos planos de estudio del lenguaje jurídico posibilita el

31. Sobre la complejidad de las relaciones entre los modelos analíticos y la hermenéutica, cfr. la interesante recopilación de M. JORI (ed.), *Ermeneutica e filosofía analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Turín, Giappichelli 1994.

32. Una visión panorámico-histórica en P. DUBOUCHET, *Sémioptique juridique. Introduction à une science du droit*, Paris, PUF, 1990. Naturalmente, debe distinguirse entre aquellas teorías jurídicas que adoptan un modelo semiótico sobre la base de la reducción del Derecho al fenómeno jurídico-lingüístico, y aquellas otras que manejan la semiótica sin identificar Derecho y lenguaje. Ejemplo de este último tipo es G. KALINOWSKI, *Introducción a la lógica jurídica*, Buenos Aires, Eudeba, 1973, pp. 35-65.

análisis de teorías ajenas y de polémicas entre teorías: el esquema propuesto "ayuda muy decisivamente para situar en su nivel de lenguaje las distintas teorías sobre el Derecho, resultando indirectamente el que si una determinada teoría pertenece a uno de los niveles del lenguaje jurídico, puede no tener nada que ver con los otros, y por lo tanto, en sus niveles 'indiferentes' la teoría examinada no tiene nada que decir, o al menos no tiene que decir nada constructivo"³³.

El planteamiento se esclarece con un ejemplo: "la Teoría pura del Derecho se encarga de examinar una problemática que encaja en el nivel de la Teoría de la estructura formal del Derecho, al menos si se considera aquella en su conjunto y sus preocupaciones teóricas principales. En la teoría pura del Derecho no encontramos desarrollada una Teoría de la dogmática jurídica, ni tampoco una Teoría de la decisión. En este mismo nivel se situaría Hart o Ross y, en general, los autores que han desarrollado una Teoría general del Derecho en el sentido del positivismo. Por el contrario, un autor como Dworkin hay que situarlo en el plano de la decisión jurídica, pues toda su problemática y planteamiento incide alrededor de este problema. De esta forma, su polémica con Hart es un auténtico 'diálogo de sordos', pues ambos, al situarse en planos diferentes del lenguaje de los juristas hablan de distintos asuntos. Las imprecisiones de Dworkin contra el positivismo son también comprendidas dentro de esta clave. Algo parecido sucede, por ejemplo, con Villey y, en general, con el pensamiento iusnaturalista, cuya preocupación fundamental es discutir los valores, es decir, los criterios materiales de la decisión jurídica"³⁴.

No cabe duda de que en el planteamiento propuesto existen claras ventajas; por ejemplo, la mayor ordenación y estructuración del trabajo que puede hacerse a partir de la distinción entre los

33. G. ROBLES, *op. cit.*, p. 168.

34. *Ibid.*, p. 169.

niveles de lenguaje. Sin embargo, también presenta dificultades, principalmente tres.

El ejemplo transcritto da pie para formular brevemente una primera observación sobre lo que tal vez sea la dificultad principal del esquema presentado por Robles, que se encuentra estrechamente relacionada con lo que se ha señalado como su principal aportación sistemática. En efecto, la excesiva compartmentación de los niveles de estudio difícilmente permite una intercomunicación entre los resultados científicos de los mismos; al menos, el citado autor no alude al problema. Más bien, en el ejemplo que aporta, parece sobreentenderse que una determinada teoría sólo admite, en rigor, ser encuadrada en un determinado nivel y no resultar susceptible de implicaciones o resonancias en otros niveles.

Lo que sucede realmente es que, precisamente porque el Derecho no es algo dado, y porque se inscribe plenamente en el ámbito de la praxis humana, ha de existir de modo necesario una conexión entre la pragmática (teoría de la decisión), la semántica (comprensión hermenéutica textual y existencial que afecta necesariamente a la tarea del intérprete juzgador y del legislador), y la sintaxis (la estructura formal, que en el fondo está presuponiendo un determinado concepto de Derecho, el normativo en el caso de Robles). Es cierto que la Doctrina pura no ofrece una teoría de la decisión; pero también es cierto que, al menos en el plano de la decisión judicial, esto representa ya una postura teórica, a saber, la del irracionalismo. A su vez, los planteamientos clásicos del Derecho natural contienen toda una concepción de la norma jurídica, por más que su preocupación fundamental pueda venir constituida por la justicia material. A mi juicio, no ofrece la menor duda que el planteamiento kelseniano, si bien referido principalmente a la teoría de la estructura formal del sistema jurídico y de las normas, representa una visión del Derecho con patentes consecuencias semánticas y pragmáticas, aunque se trate en ocasiones de consecuencias formulables por vía negativa. La

articulación de los diferentes planos no acaba, pues, de alcanzar una verdadera unidad, lo cual supone el riesgo de que la Teoría jurídica pierda netamente su condición de saber auténtico; un conjunto de teorías más o menos articulado pero no dotado de unidad no constituye verdaderamente un saber³⁵.

En segundo lugar, hay algo de artificioso en la estructuración planteada por Robles. Por una parte, la distribución de los temas iusfilosóficos clásicos en los planos semántico, sintáctico y pragmático puede resultar forzada en algunos momentos, sobre todo en el caso de la semántica, donde parecen haberse incluido algunos asuntos que no acaban de encajar en los otros dos. Por otra, se aprecia una tensión no definitivamente resuelta en su esquema general. En algunos momentos parece que nos encontramos ante una semiótica diádica, merced a la insistencia en el no-descriptivismo y en la consideración de la Teoría del Derecho como análisis del lenguaje de los juristas, que viene identificado sin más con el Derecho. Esto equivaldría a renunciar tácitamente a la identificación del objeto jurídico en términos esenciales y, por tanto, al rechazo de toda definición del Derecho. El discurso sobre lo jurídico sería, entonces, lo más semejante a un relato sin apenas distinción entre lenguaje objeto y metalenguaje, o entre narrador y narración. Sin embargo, la pretensión del autor de configurar una Teoría jurídica útil al jurista práctico, y la distinción tajante de niveles semántico, pragmático y sintáctico, sitúan este modelo claramente en la línea de las semióticas triádicas, que dan cabida en el estudio del lenguaje no sólo al significante y al concepto significado, sino también a la realidad significada por el signo lingüístico. Esto se aprecia con claridad al concebirse, por ejemplo, el nivel sintáctico como una descripción de la estructura formal del Derecho -que viene identificado con el ordenamiento y éste con el conjunto de las normas jurídicas. Ahora bien, eso presupone el

35. Cfr. F. D'AGOSTINO, "Unidad del saber jurídico y fundamento ontológico del Derecho", en *Persona y Derecho* 9, Pamplona 1982, p. 75.

abandono de la posición hermenéutica y la adopción, pura y simple, del concepto positivista-normativista del Derecho, con perfiles muy similares a los de la corriente analítica. De este modo, lo que parecía ser un intento de superación del positivismo, no acaba de lograr definitivamente su propósito³⁶.

Finalmente, si Robles puede distinguir con tanta facilidad los diversos planos es porque ha adoptado la posición epistemológica descriptivista a que se acaba de aludir, sin aclarar suficientemente que, en último extremo, la pragmática y la semántica dependen estrechamente, en su planteamiento, de la sintaxis; ni, consiguientemente, el modo en que dependen de ella. Por ejemplo, no está claro qué opción teórica subyace detrás de la inclusión del tema de los principios jurídicos en la semántica; y, sin embargo, debe haberla, puesto que la imagen de los principios experimenta decisivas alteraciones si se la considera desde la teoría de la decisión judicial –nivel de la pragmática– o desde la teoría de las fuentes –nivel sintáctico–.

Este modelo, pues, no logra superar el descriptivismo sustancialista en la definición del Derecho, puesto que presupone tácitamente el normativismo. Además, da lugar a una visión incompleta de lo jurídico, necesitada de unificación para ser plenamente comprendida³⁷.

A mi juicio, el modo de no incurrir en estos defectos es interrogarse nuevamente por el *sentido del Derecho*, por el fundamento de lo jurídico, por su horizonte humano, según se intentará mostrar a continuación³⁸. En realidad, la solución no pasa por abandonar las posiciones esencialistas acerca de lo jurídico, como sugiere Nino para superar la polémica entre iusnaturalismo y

36. Sobre el alcance de la diferencia entre modelos semióticos con y sin referente en el plano de la Teoría jurídica, cfr. M. JORI, "Semiotica e teoria del diritto", en *RIFD* 64 (1987), especialmente pp. 200-210.

37. Cfr. F. D'AGOSTINO, art. cit., p. 76.

38. *Ibidem*.

positivismo jurídico³⁹. Si el discurso filosófico sobre el Derecho no descansa sobre la pura equivocidad, debe existir algo así como la esencia de lo jurídico⁴⁰. Ahora bien, las cosas comienzan a complicarse si se identifica esencia con esencia sustancial, y se comienza a identificar Derecho con algún objeto dado, ya se trate de la norma positiva, o de la *ipsa res* de los tomistas, o del derecho subjetivo de los kantianos, etc. Desde ese momento, la unilateralidad del planteamiento, que puede venir condicionada por la epistemología subyacente, como se ha apuntado, o por una determinada opción ética, política o ideológica, da lugar a las distintas cadenas de razones, que en ocasiones llegan a marginar determinados conjuntos de problemas, como el de la justicia, por ejemplo, o a presentar como excluyentes o separadas realidades que no tienen por qué serlo, como ha sucedido durante la Modernidad con las nociones de ley y derecho subjetivo⁴¹ y, anteriormente, con la separación entre bien jurídico y derecho⁴². De esta forma, la senda trazada entre los árboles acaba impidiendo ver el bosque, la unidad "esencial" de lo que merece según nuestro común uso el calificativo de jurídico.

Tal vez sean consideraciones de índole similar a las precedentes las que hicieron a Hegel encabezar su *Filosofía del Derecho* con las siguientes palabras –este parece, al menos, el mejor modo de leerlas, a la luz de los conceptos hegelianos de *Espíritu objetivo*, *Verstand* y *Vernunft*–: "La ciencia filosófica del Derecho tiene por objeto la *Idea del Derecho*, es decir, el concepto del Derecho y su realización. (...) La filosofía trata con ideas y no con lo que se

39. Cfr. C. S. NINO, "El enfoque esencialista del concepto de Derecho", en *La validez del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, pp. 191 ss.

40. Ello sin perjuicio de que el Derecho sea una realidad perteneciente al mundo de la cultura, aunque ahora no es posible detenerse más en este punto.

41. Esa escisión se remonta a T. HOBBES, *Leviathan*, cap. XIV; *De cive*, cap. I, nn. 7-10. También puede encontrarse más matizadamente en J. LOCKE, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, cap. 7, n. 88, en concordancia con cap. 2, nn. 4-8.

42. Cfr. G. OCKHAM, *Opus nonaginta dierum*, 6, 4; y 65, 7, entre otros.

suele llamar *meros conceptos*. Ella muestra, por el contrario, la unilateralidad y falta de verdad de éstos últimos, así como que el *concepto* (no lo que con frecuencia recibe este nombre y no es más que una determinación abstracta del entendimiento) es lo único que posee *realidad*, pues se la da a sí mismo⁴³. Por esta razón conviene huir de lo que puede llamarse ingenuos sustancialismos, frecuentemente influenciados por la adhesión poco reflexiva de quienes los profesan a una determinada escuela iusfilosófica. Pero no deben despreciarse las visiones esenciales del universo jurídico.

En el fondo, las aproximaciones a la noción de Derecho que se acaban de calificar como "sustancialistas", tal vez con no excesiva propiedad, suponen una interrupción del preguntar que las convierte en dogmáticas. Tomemos como ejemplo el modelo normativista, entendido en general: El Derecho es el conjunto de normas válidas que constituyen un ordenamiento eficaz. Ahora bien, ¿qué añade la consideración de "jurídicas", el "nombre de Derecho", a su realidad de normas, o conjunto de normas? Podrá responderse que el "ser Derecho" supone que son ellas las que deben ser obedecidas por los ciudadanos (Hobbes, Bentham), o simplemente las aplicadas por los jueces (el resto de los normativismos que no suscriben la tesis de la obediencia). Ahora bien, la pregunta que acaba de formularse y sus posibles respuestas no clausuran definitivamente la posibilidad de seguir preguntando. La decisión de detenerse aquí supone renunciar a parte de los fundamentos y, por tanto, a parte de la realidad. Frente a esa actitud cabe adoptar otra diferente, que consiste en seguir preguntando: ¿por qué deben los jueces aplicar esas normas como base para la resolución de los conflictos, o los ciudadanos obedecerlas? En la respuesta a esta cuestión juega necesariamente una concepción determinada sobre la posición del hombre en la sociedad, el papel del Derecho, su sentido de la existencia de los hombres. La respuesta al por qué del

43. G. W. F. HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, trad. J. L. Vermal, Barcelona, Edhsa, 1988, p. 55.

Derecho, la respuesta a la pregunta fundamental tiene, por tanto, prioridad lógica sobre la respuesta a qué sea el Derecho, sobre la pregunta conceptual, u ontológica⁴⁴.

El Derecho se da en un determinado acontecer existencial, y la referencia a dicho ámbito sirve, como han mostrado diversos autores de este siglo, no sólo para comprender su sentido último, sino también para percibir con mayor nitidez la persistente presencia e interrelación de conceptos como los ya aludidos de poder, norma o derecho subjetivo, tanto en la experiencia jurídica universal, como en los diferentes intentos de explicación teórica de la misma, y en el lenguaje ordinario, que revela la pre-comprensión de estos fenómenos por parte de la sociedad⁴⁵.

Pues bien, ese preguntar por el sentido no puede llevarse a cabo desde la opción representada por esta Teoría del Derecho, porque semejante pregunta es siempre y constitutivamente filosófica, metacientífica. En su elucidación, el lenguaje puede ofrecer pistas abundantes, pero necesita ser trascendido, asumiendo con todas las consecuencias el riesgo fatal de la pérdida de científicidad, esto es, superando la primacía de lo metodológico sobre lo sustantivo. En rigor, la afirmación de Robles que considera el Derecho como lenguaje, como medio de comunicación, y no simplemente como técnica de coacción o control social es una afirmación *filosófica* que remite a toda una teoría antropológica, y también a una teoría de la sociedad. Y ello con el añadido de que, desde su propia postura, no resulta justificable tal afirmación, ni se pueden obtener de ella las fructíferas consecuencias, en diversos planos, que cabría concluir desde la perspectiva de la ontofenomenología, por ejemplo, que estudia lo jurídico desde la existencia común del hombre

44. Cfr. J. DE LUCAS, "La pregunta fundamental", en *Persona y Derecho* 9, Pamplona 1982, pp. 121-125.

45. Cfr. S. COTTA, "La coexistencialidad ontológica como fundamento del Derecho", en *Persona y Derecho* 9, Pamplona 1982, pp. 13-18.

en sociedad, pudiendo percibir su función como lenguaje, lenguaje de la convivencia⁴⁶.

Pero volvamos sobre lo anterior. Considerar que el Derecho es lenguaje, o medio de comunicación, es establecer una tesis rigurosamente filosófica, totalizante y, por ello, superadora de su propio método y carente de sentido en el seno de la Teoría del Derecho. Esta última, en virtud de dicho método, es analítica, mientras que la definición conceptual posee una índole abarcante, sintética. Y lo mismo sucede con la pregunta sobre el sentido, que sólo cabe plantear, y responder, desde un ejercicio totalizador de la razón.

Por eso, cuando desde posiciones epistemológicas como la del positivismo, o la de la Teoría del Derecho –heredera suya en tantos aspectos– se ofrece un concepto de Derecho, se falta al rigor metodológico y a la coherencia interna, y se yerra normalmente al tomar la parte por el todo, ocultándose que los problemas a este nivel son de naturaleza filosófica en sentido estricto.

Por todo lo dicho cabe concluir que las propuestas de sustitución, basadas en el análisis del lenguaje y la adopción del modelo semiótico, resultan ser también incompletas y, por tanto, incapaces de decretar definitivamente la muerte de la Filosofía del Derecho⁴⁷.

1.3. *La Teoría del Derecho como complemento y propedéutica de la Filosofía del Derecho*

Lo que se acaba de afirmar no equivale a despreciar el esfuerzo de claridad que supone una Teoría del Derecho así entendida. Por

46. Cfr. S. COTTA, *El Derecho en la existencia humana*, Pamplona, Eunsa, 1987, p. 193.

47. Alguna autora ha llegado a la misma conclusión por otra vía. Cfr. A. LÓPEZ MORENO, "El lugar de la moderna teoría jurídica", en *AFD* VII, Madrid, 1990, pp. 289-290.

el contrario, puede y debe ser bien recibida en los estudios jurídicos una disciplina de índole básicamente formal, capaz de ir más allá de los límites intrínsecos de la Teoría General del Derecho, vinculado a una visión normativista-positivista⁴⁸, y de plantear al jurista la esencial apertura de los problemas del Derecho al campo de la Filosofía.

Tal es, pues, la concepción que de la Teoría del Derecho parece más viable, y que debe caracterizarse como propedéutica de la Filosofía jurídica en la medida en que se abre necesariamente a ella. La nueva disciplina puede hacerse cargo de buena parte de los temas clásicos de la Filosofía del Derecho, particularmente algunos de los relacionados con la teoría del conocimiento jurídico (determinados aspectos de la pragmática y de la semántica) y con el estudio del orden jurídico-positivo y sus elementos estructurales (sintaxis). El límite de esta capacidad expansiva viene determinado por los temas del concepto de Derecho y la antropología filosófica del Derecho. Como se ha dejado dicho, pertenecen ambos bloques temáticos a la Filosofía del Derecho; sin embargo, la sistemática tradicional y la necesidad de unificar los datos plurales que ofrece la Teoría jurídica sobre el mundo del Derecho les convierten en asuntos previos.

La Teoría del Derecho no puede prescindir, al menos en la versión que se propugna aquí, de algo que constituye, desde cierta óptica, un punto de partida, a saber, que el Derecho se relaciona directísimamente con la regulación y orientación de la acción de los hombres. Ello determina que la tarea de descripción tiene que estar orientada, sin incurrir en confusión de planos de discurso, por la consideración esencial del Derecho a que se acaba de hacer referencia, esto es, por la consideración del Derecho como orden

48. Cfr., por ejemplo, R. VERNENGO, *Curso de Teoría general del Derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1988; R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría general del Derecho y de la ciencia jurídica*, Barcelona, PPU, 1989; con matices, R. SORIANO, *Compendio de Teoría general del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1993, 2^a ed..

humano, con todo lo que eso lleva consigo. Del fenómeno jurídico cabe dar explicaciones, pero no acceder a una auténtica comprensión o, más aún, a un verdadero conocimiento, sin ponerlo en contacto con el sentido de la acción humana y la vida de los hombres en sociedad. Los artefactos se definen siempre por su finalidad, por su sentido, y nunca exclusivamente por las formalidades que los constituyen. Limitarse a esto último supone ofrecer una respuesta parcial, seccionada y, en todo caso, poco útil para la actividad práctica a que se orienta todo artefacto, como puede verse con especial claridad en aquellas definiciones del Derecho que pretenden excluir toda referencia a la justicia, o al bien común⁴⁹.

Aquí se hacen patentes de nuevo las razones del matiz introducido más arriba a la tesis de Nino sobre la necesidad de superar el esencialismo en la consideración del Derecho. En definitiva, la descripción de la Teoría del Derecho debe tener a la vista, desde el comienzo, la cuestión del *sentido humano del Derecho*. Realmente, cualquier descripción de realidades del tipo que sea exige tomar como punto de referencia alguna configuración mental. Menos "objetivo" resulta, a este respecto, "describir" el orden jurídico por referencia exclusiva a las "objetividades" que lo integran, rehusando considerar los sujetos que son protagonistas del mismo y la relación del Derecho con ellos. Por ello, y no ocultándose sus limitaciones de otro orden que no es posible tratar ahora, las aproximaciones funcionales y sociológicas al fenómeno jurídico resultan preferibles a las exclusivamente formalistas.

Lo que se acaba de señalar permite comprender la propuesta hecha en este trabajo de un análisis que, siendo inicialmente descriptivo, pueda prolongar la tarea del teórico del Derecho en la forma de una teoría crítica⁵⁰ del sistema y de los operadores

49. Cfr. C. ORREGO, *op cit.*, pp. 553-593, y 617-618.

50. Cfr. E. FERNÁNDEZ, *Estudios de ética jurídica*, Madrid, Debate, 1990, pp. 20-24; y N. LÓPEZ CALERA, *Filosofía del Derecho*, Granada, Comares,

jurídicos, no en abstracto o desde una posición ahistorical o ideológica, sino en relación directa y a la luz de los factores estructurales y funcionales del orden jurídico vigente en el momento social en que se desarrolla su trabajo intelectual. De esta forma, podrá señalar las insuficiencias de la concepción vigente del Derecho, e irse aproximando a la frontera donde la Teoría del Derecho enmudece, donde los interrogantes exigen una respuesta que sólo puede dar, según algunos, la ideología o, según otros, esa forma superior de conocimiento que se viene llamando, desde hace siglos, Filosofía.

2. LA NECESIDAD DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Ahora bien, la función crítica de la Filosofía del Derecho, o de la Teoría jurídica que se hace Filosofía no está desligada del tema ontológico ni de la pregunta por el sentido. Al contrario, señalar las insuficiencias y criticar el orden jurídico vigente requieren necesariamente una instancia desde la cual hacerlo. Dicho de otro modo, si se pretende que la crítica signifique algo más que la expresión de un deseo o de un parecer contrario, ha de fundarse, de un modo u otro, en el ser de las cosas y de las personas o, si se quiere, en la cuestión del sentido. No se puede adoptar un relativismo universal y, a la vez, sostener una actitud crítica del orden vigente que no esté traspasada de subjetivismo.

Ello significa, con toda probabilidad, que la nueva Teoría del Derecho se ha de prolongar en una Filosofía jurídica que se asienta sobre la adopción expresa de una ontología jurídica como horizonte unificador, y también de una antropología que sirve de base a sus afirmaciones sobre el *sentido del Derecho*.

1985, pp. 13-26. No se asumen, sin embargo, en su totalidad, los "principios o prejuicios" (pp. 24-40) de este último autor.

Se puede intentar que esa postura ontológica sea cualitativamente distinta de la que representan la doctrina del Derecho natural, por una parte, y el positivismo jurídico por otra, pero parece inevitable orientarse en esa dirección. La alternativa resulta ineludible: o hay ontología, o todo es interpretación. Las renuncias a la ontología, al estilo de lo que se acaba de aludir, ocultan en realidad una precisa, y pobre, posición ontológica. A su vez, la interpretación sin objeto tiende a resolverse en el vacío, lo cual se advierte con claridad si se repara en la lección que ofrecen, de diferente forma, la hermenéutica y la filosofía postestructuralista francesa, mal llamada postmoderna⁵¹. En ambos ejemplos históricos se hace patente que no todo puede ser interpretación.

Esta última es la propuesta del postestructuralismo francés, de algunos de los defensores de una hermenéutica filosófica sin ontología y, en último extremo de Nietzsche⁵², como ha señalado agudamente Ballesteros⁵³. A juicio de este autor, ciertos aspectos del pensamiento del filósofo alemán, como la defensa de lo fragmentario y la consideración de la filosofía como interpretación indefinida, ejercen una poderosa influencia sobre los autores franceses (Derrida, Foucault, Lyotard, Baudrillard, etc.). Para Foucault, prosigue Ballesteros, la interpretación no puede acabar jamás y ello significa, ni más ni menos, que no hay nada que interpretar: "Es necesario (...) que el intérprete descienda, que se convierta, como dice Nietzsche, en 'el buen excavador de los bajos fondos' (Aurora, 446). Pero, en realidad, no se puede recorrer esta línea descendente cuando se interpreta, sino para restituir la exterioridad resplandeciente que fue recubierta y enterrada. Y es

51. Cfr. P. SERNA, recensión al libro de J. BALLESTEROS, *Posmodernidad: Decadencia o resistencia*, en *Persona y Derecho*, 21, 1989, pp. 225-230.

52. Cfr. F. NIETZSCHE, *Menschliches, allzumenschliches*, 1^a parte, Aforismos 5, 12, 26, 31, 32, entre otros, en *Nietzsche Werke* IV, 2, Berlín, Walter Gruyter, 1967, pp. 32 ss.

53. Cfr. J. BALLESTEROS, *Posmodernidad: Decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 86.

que, si el intérprete debe ir personalmente hasta el fondo, como un excavador, el movimiento de interpretación es, por el contrario, el de un desplome, el de un desplome cada vez mayor, que deja que por encima de él se vaya desplegando la profundidad de forma cada vez más visible; y la profundidad se vuelve ahora un secreto absolutamente superficial de tal forma, que el vuelo del águila, la ascensión de la montaña, toda esta verticalidad tan importante en Zarathustra no es, en sentido estricto, sino el revés de la profundidad, el descubrimiento de que la profundidad no era sino un juego y un pliegue de la superficie⁵⁴ Cada signo, cada pensamiento, deviene entonces una mera interpretación de otros signos, y el saber no se orienta a comprender el mundo sino simplemente a "hacer tajos", a desenmascarar, mostrando la heterogeneidad de lo que se imaginaba uniforme o fragmentando lo que se pensaba unido⁵⁵.

En este momento, lo decisivo para nosotros es que también la actitud crítica de quienes rechazan toda ontología, pretendiendo quedar instalados en el mundo de la interpretación sin término, presupone de algún modo una peculiar y obligada visión del hombre. En concreto, señala Ballesteros que la epistemología de la interpretación indefinida se relaciona, aunque sea por vía negativa, con una antropología que instaura el primado de lo fragmentario, de la voluntad, del instante y del poder de disposición del sujeto, conectando con lo más esencial del pensamiento moderno, y conduce a obligados corolarios, como la ampliación de lo alienable en el hombre; el capitalismo consumista; la consideración de lo jurídico, de lo político y, en general, de lo institucional como represión; la presentación de la política como puro teatro; el elitismo, etc. La renuncia a la ontología posibilita el primado del principio del placer sobre el principio de realidad, lo cual permite que se esfume el reconocimiento del otro. "Al potenciar la dimen-

54. M. FOUCAULT, *Nietzsche, Freud, Marx*, trad. A. González Troyano, Barcelona, Anagrama, 1970, pp. 30-31.

55. Cfr. J. BALLESTEROS, *op. cit.*, p. 89.

sión del deseo, desaparece el reconocimiento de la diferencia entre las personas (...) todo es indiferente y, por tanto, todo está permitido (...) El yo es sobre todo voluntad de poder, y la verdad no es más que encubrimiento de ese mismo afán"⁵⁶.

Esta renuncia a lo real priva de sentido a cualquier discurso acerca del Derecho, puesto que, en ese contexto, tan absurdo resulta rendir culto a lo que se percibe como puro instrumento de coacción sistemática como rechazarlo. Por tal motivo el problema del sentido constituye uno de los grandes temas del pensamiento actual, y el teórico del Derecho no puede renunciar a abordarlo.

Recapitulando lo dicho hasta ahora, la Filosofía del Derecho sobrevivirá necesariamente a la consolidación de la Teoría del Derecho porque esta última exige y, a la vez, se muestra incapaz de aportar una respuesta al problema ontológico, al problema del sentido del Derecho, y reclama también prolongarse como crítica de los ordenamientos jurídicos vigentes. Esta última es, sin duda, la tarea fundamental de la Teoría de la justicia, una de las partes centrales de la Filosofía jurídica, que no puede desarrollarse con el instrumental teórico y epistemológico de la Teoría del Derecho.

56. *Ibid.*, pp. 90-91.

RECENSIONES

