
FRANZ WIEACKER

(Gotinga)

**Formalismo y naturalismo en la ciencia jurídica moderna.
En torno a una «filosofía del derecho positivo» ***

I

1. Las reflexiones siguientes no pretenden contribuir a la “condiciones de posibilidad” de una filosofía moderna (o teoría crítica) de la ética social en cuanto tal; para ello le falta al autor una competencia específica. Aquí nos vamos a preguntar más bien, desde el punto de vista de una ciencia jurídica práctica, por los servicios que tal ética puede prestar a la aplicación del derecho y a la legislación. Para la preparación de esta pregunta es indispensable una alusión previa, elemental e incluso aparentemente trivial, a la función pública de los ordenamientos jurídicos, cuyo desconocimiento me parece responsable de un doble malentendido: por un lado, de las exageradas expectativas que la ciencia jurídica proyecta hoy sobre la teoría general de la ciencia —igual que en otros tiempos sobre la filosofía—; y por otro, de las arrogantes exigencias que las teorías generales de la ciencia presentan hoy —como en otros tiempos los sistemas tradicionales de la filosofía— en orden a una recepción sin reservas de sus proyectos por la praxis jurídica. Sólo esa alusión que acabamos de mencionar nos podrá enseñar lo que aquellas disciplinas generales pueden rendir para la función específica del derecho y lo que no.

* Traducción de Modesto Saavedra.

2. Las funciones del derecho afectan a un sector de la acción pública: la administración de la justicia. En la medida en que, con la aparición de una ciencia jurídica cultivada en Europa, esta acción se vió sometida a una disciplina científica, aquellas funciones se convirtieron en el objeto de una "ciencia de la acción", análogamente a lo que ocurrió antiguamente con la medicina, y —en la forma de la teología— con la predicación y la *cura animarum*, e incluso en tiempos más recientes con la acción técnica, económica e incluso política. Las funciones específicas de la acción jurídica consisten, de un lado, en la decisión de conflictos sociales y económicos (entre individuos y entre grupos, o bien entre grupos e individuos) y, de otro lado, en la ordenación planificada de la vida pública y en la prevención de los conflictos mediante la legislación, los acuerdos normativos y la jurisprudencia cautelar.

3. Ciertamente, no toda la acción pública es acción jurídica. Los conflictos sociales pueden también resolverse mediante decisiones de fuerza o mediante un acuerdo libre, y el gobierno y la administración pueden ser ejercidos arbitrariamente (sea de una manera despótica o tutelar). Para que exista una decisión en forma jurídica es específicamente necesario que se realice mediante la aplicación de una regla general —una norma— al caso conflictivo; de tal manera que, como es característico de la administración y del gobierno jurídicos, no se realice según un juicio ocasional y oportunista, sino en el marco de tales reglas generales.

Ahora bien, también existen reglas sociales y generales del comportamiento que pueden concurrir con o sustituir a las reglas jurídicas: los preceptos del culto, la moral, los usos y costumbres, e incluso la moda. Según los criterios aceptados por la teoría del derecho, lo que distingue a las normas jurídicas de estas reglas es, *cum grano salis*, la referencia a un comportamiento social externo y —típicamente— la posibilidad de exigir su cumplimiento por la fuerza. Estos criterios distinguen también a los ordenamientos jurídicos como un todo de otros sistemas de reglas, como los códigos del comportamiento religioso, moral o incluso simplemente convencional.

II

1. El problema que aquí nos ocupa tiene su origen en una deficiencia inevitable de las normas generales, especialmente de las ar-

ticuladas lingüísticamente, en cuya aplicación consiste la decisión jurídica concreta. En el moderno Estado legal las reglas jurídicas son establecidas, típicamente, por los órganos legislativos, constitucionalmente competentes. Si las leyes diesen una indicación exhaustiva y clara para todos los casos en que hubiesen de ser aplicadas, entonces los sistemas legales de reglas no necesitarían ser completados por reglas de decisión extralegales. No es necesario explicar por qué no es realizable, bajo ninguna circunstancia, este ideal de un extremo positivismo legal. La limitación de toda expresión lingüística, la infinidad de todos los casos pensable y el cambio temporal incesante de las condiciones de la aplicación, excluyen sencillamente la limitación de las decisiones jurídicas a la aplicación de las leyes. Ahora bien, para que la aplicación jurídica no sea arbitraria, sino que siga teniendo forma jurídica, es decir, para que pueda seguir siendo entendida como la aplicación de una regla general, debe recurrir necesariamente a sistemas extralegales de reglas. Esto significa —prescindiendo del caso trivial, poco interesante aquí, de la clara subsunción bajo un texto legal— que es necesaria la búsqueda de una regla general extralegal de valoración, no articulada en la ley, y la relación de este juicio general de valor con el caso que hay que decidir. En esto se basa esencialmente la dependencia de todas y cada una de las aplicaciones jurídicas de un plan de valoración no articulado lingüísticamente, es decir, de un código de deber-ser social prelegal o bien extralegal.

2. Con respecto a dicho plan previo de valoración tiene que medirse también, bajo ciertas circunstancias, la misma legislación. Ciertamente, la cuestión de un deber-ser jurídico prelegal no es aquí la regla, sino el caso límite. Mientras que para la aplicación jurídica siempre se ha planteado allí donde el texto legal no proporcionaba indicaciones claras, se presenta frente al legislador sólo en la forma de la pregunta de si una ley deja de ser vinculante (o bien deja de ser aplicable *en un caso concreto*) al entrar en conflicto con un mandato valorativo extralegal de rango superior; sencillamente, se presenta como la cuestión de la posibilidad y, en caso afirmativo, de los criterios de las leyes injustas. Una cuestión semejante sólo queda prohibida, como se sabe, por una posición extremista dentro del positivismo legal; por el contrario, es permitida por todos los ordenamientos jurídicos positivos que se han adherido a principios valorativos extralegales, como lo son en cualquier caso todos los Derechos nacionales que reconocen la convención de los derechos humanos. En conclusión, la pregunta por la posibilidad y por la

cognoscibilidad de un deber-ser jurídico prepositivo —simplificadamente: la pregunta por un Derecho Natural en sentido amplio— se plantea, pues, no sólo para la aplicación jurídica, sino también para las condiciones-marco de la misma legislación.

III

1. De estas reflexiones resulta que la implicación de un deber-ser jurídico prepositivo es una condición previa ineludible incluso para el funcionamiento externo de los ordenamientos jurídicos positivos. La expresión general, no ya pragmática, de este postulado, es la pregunta filosófica por la fundamentación metafísica, ética o lógica de la validez de proposiciones prepositivas del deber-ser jurídico; utilizando una expresión histórico-filosófica: la pregunta por un Derecho natural, un Derecho racional o una doctrina del Derecho natural. En el curso de la tradición occidental, tales preguntas las han planteado y contestado de forma diferente, sucesivamente, la Sofística, Aristóteles, la Stoa, la Escolástica, el Derecho racional de la Ilustración y, por último —si prescindimos de los epígonos del Derecho natural precrítico—, Kant y Hegel.

Con todo, aquí no nos importa tanto, como ya se indicó al principio, la pregunta filosófica misma cuanto la convicción empírica de las comunidades jurídicas, históricas y actuales, acerca de la existencia de reglas jurídicas vinculantes, previas a su establecimiento por el legislador. En algunas teorías jurídicas modernas, la relevancia de estas convicciones para un sistema jurídico vigente está fundada en que el consenso —o bien el potencial de consenso— acerca de valoraciones prepositivas, fundamenta o eleva la capacidad de reconocimiento y asentimiento de las proposiciones jurídicas positivas. (En este sentido, Theodor Viehweg, por ejemplo, ha indicado que una ideología jurídica lo más simple posible —él dice incluso: trivial— es la condición más favorable para el funcionamiento del ordenamiento jurídico positivo de una sociedad determinada). Como también ocurre que la cuestión *filosófica* del logro de una fundamentación metafísica o lógico-analítica de la existencia y del contenido de un deber-ser positivo no parece haber tenido una importancia decisiva para la cuestión *histórica* de la efectividad de una ideología jurídica.

Por ello el consenso valorativo de una sociedad dada no debe ser entendido necesariamente como coincidencia sobre los detalles contingentes de una doctrina de las obligaciones éticas o de un derecho natural. Para su eficacia basta evidentemente la coincidencia sobre la posibilidad de la existencia y del reconocimiento de un deber-ser prepositivo obligatorio, a fin de producir el consenso básico o “suelo jurídico” que, según la experiencia histórica, es el presupuesto del funcionamiento de los sistemas de reglas sociales. La prueba histórica de ello es la correspondiente existencia de tal consenso básico, a pesar de innumerables controversias, en la doctrina antigua de los deberes de la Academia, de los peripatéticos y de la Stoa, en la Teología moral y en la Filosofía social de la Edad Media, y en el Derecho racional de la Modernidad desde la Escolástica española tardía hasta Christian Wolff, pasando por Grocio y Pufendorf.

2. Con esto se han nombrado ya los más importantes sistemas ético-sociales que han acompañado en cada caso a las épocas de esplendor de la cultura jurídica occidental antigua: la jurisprudencia clásica de la república romana tardía y de la época imperial temprana; la Legística y la Canonística de la alta y baja Edad Media y el *jus commune* del Antiguo Régimen desde la alta Modernidad hasta 1800 aproximadamente. En estos tres periodos la aplicación del Derecho —y no sólo en el Derecho privado— estaba en manos de juristas profesionales. Pero estos juristas pertenecían al mismo tiempo a una cultura general que había hecho ya suya, cada vez, una ética social generalmente aceptada. Esta pertenencia no estaba solamente asegurada por la procedencia social de los juristas, sino también por la formación general que había precedido en cada caso a su instrucción especializada: en el caso de los juristas romanos, por la “*éγκύκλιος παιδεία*” de la formación helenística; en el de los legistas medievales, por el *studium generale* en la Facultad de las Artes; en el caso de los juristas del Antiguo Régimen, por la Escuela humanística o —en el caso particular inglés— por el estudio de las matemáticas o de los clásicos en las viejas Universidades. Y, a menudo, la cultura de los juristas profesionales estaba vinculada con las doctrinas de la ética social general de una forma más específica: en los juristas romanos, por una instrucción previa en la retórica forense; en los canonistas medievales por la teología moral del *forum internum*; y en los juristas de la alta Modernidad por el hecho de que las lecciones sobre el Derecho natural o los deberes naturales del hombre y del ciudadano eran capítulos propedéuticos

del mismo estudio profesional, y se mantuvieron en gran parte de Europa y de América latina hasta bien entrando el siglo 19.

Así, en Austria la reforma Thun-Hohensteiniana de los estudios, en 1854, puso fin a la formación básica de Derecho natural: paradójicamente, para erigir un baluarte contra el racionalismo ahistórico y progresivo, mientras que precisamente entonces la reforma, en la persona de Josef Ungers, abrió el camino también en Austria a la ciencia formalista de las Pandectás.

IV

1. Si recordamos que en el resto de Alemania había ocurrido lo mismo en la primera mitad del siglo 18, siguiendo a la Facultad de Derecho de Berlín, estamos ya ante las nuevas fuerzas que pusieron fin al viejo consenso de la tradición europea antigua acerca de un Derecho natural general y vinculante, por lo menos en la forma que había tenido hasta entonces, y que crearon con ello el punto de partida para la situación designada con el tema de “la ciencia jurídica moderna entre formalismo y naturalismo”. Pensamos en la crítica del conocimiento de Kant, en el temprano historicismo que culmina en la Escuela histórica del Derecho y, un poco después, en los primeros efectos del realismo científico-natural. Seguramente estas fuerzas procedían también de la tradición precedente (que ellas llevaron, a través de nuevos estadios de la reflexión y el descubrimiento de nuevas realidades, a subsiguientes puntos culminantes); sin embargo, esto no cambia nada el hecho de que, precisamente así, socavaron necesariamente el viejo “suelo jurídico” común de esta tradición e hicieron imposible además la formación de un nuevo *consensus* sobre premisas prepositivas, generalmente vinculantes, de los ordenamientos jurídicos vigentes.

2. No se puede discutir que la crítica del conocimiento de Kant, en su aplicación a una “doctrina del derecho natural”, ha destruido desde la base la creencia en la posibilidad de un conocimiento precritico de contenidos iusnaturalistas. En cambio, se ha demostrado injusta la interpretación, dominante desde el neokantismo, que considera a Kant como el fundador del “formalismo en la ética” (Sche-ler). Los estudios Kantianos más recientes parecen haber puesto de manifiesto que los “Principios de la doctrina del Derecho natural” de Kant y su “Metafísica de las costumbres”, apuntaban a una ética

material fundada transcendentemente, siguiendo el plan de trabajo filosófico de su período crítico. Es verdad que, con ello, también sacó de quicio las condiciones de los contenidos del derecho natural heredados hasta entonces, pero eso no fué consecuencia de su formalismo, sino que estaba basado en la autonomía de la ley moral, que Kant mantiene también para la metafísica de la doctrina del Derecho natural. Pues esa autonomía puso fuera de juego la concepción, dominante hasta entonces, del Derecho natural como el orden de preceptos socialmente obligatorio y, por tanto, necesariamente heterónomo, de los *officia hominis et civis*, que había sido el fundamento aceptado del Derecho natural para Grocio, Pufendorf y Christian Wolff, así como para Hobbes, Thomasius e incluso John Locke.

Esto se muestra asimismo en que la doctrina del Derecho natural de Kant no es una doctrina de las obligaciones, sino una teoría de la libertad. Es por eso por lo que, para él, un deber-ser jurídico natural sólo resulta de la limitación de la libertad del sujeto por la máxima según la cual ésta puede coexistir con la libertad de otros sujetos jurídicos. En esta perspectiva es particularmente instructivo el concepto paradójico de Kant de una “ley permisiva” (con la cual fundamenta la preferencia del primer ocupante de bienes en la sociedad primitiva), paradójico en la medida en que un sistema del Derecho natural debía ser primariamente, *per definitionem*, un sistema de reglas del deber-ser natural y no un sistema de permisiones, es decir, de proposiciones de poder. La doctrina del derecho natural de Kant, por el contrario, es ya en su punto de partida, no un sistema de mandatos o prohibiciones naturales, sino de proposiciones jurídicas concesivas.

Esto se confirma en seguida por la utilización de esta teoría de la libertad en la concepción de Savigny acerca de los derechos privados. Pues, de hecho, un orden jurídico de la autonomía privada —si bien sólo este tipo de orden— puede ser construido Kantianamente como una estructura de facultades (“poderes de la voluntad”) concedidas al individuo por un sistema de proposiciones jurídicas atributivas y limitadas solamente por las correspondientes facultades de otros sujetos jurídicos. En un proyecto semejante, la obligación de otros sujetos jurídicos privados de no realizar perturbaciones o privaciones de derechos absolutos, así como el deber de prestación del deudor, sólo puede aparecer como reflejo de los dere-

chos absolutos (o del derecho de reclamación de un acreedor: pues para Savigny, todavía en el sentido de la tradición del derecho racional, la reclamación se fundamenta en la enajenación de una *partícula libertatis* del deudor al acreedor). Para esta concepción de la ley es instructivo que Savigny —como ha mostrado sobre todo H. Kiefner— reduce sorprendentemente el concepto de derecho privado a los derechos patrimoniales: el derecho de las personas, del matrimonio y de la familia, el derecho de las corporaciones (cuando no se trata sólo de su capacidad patrimonial) y el *ius publicum* en su totalidad, no podían ser organizados en un sistema con los medios de la teoría Kantiana de la libertad.

V

1. Con esto ha surgido ya una explicación de por qué la “ley jurídica” autónoma de Kant, en el interior de una “filosofía del Derecho positivo” (Hugo), que se proclama abiertamente de Kant, tenía que llevar al formalismo. Otro elemento más de ese formalismo fue la distinción de Kant entre moralidad y legalidad —sin que el atributo de la legalidad se limitara al derecho positivo (en contra de la doctrina del derecho natural)—. Para Kant el derecho natural también era un límite del espacio de la libertad, siendo sólo éste el que hace posible actuar según la ley moral autónoma, y Savigny, como es sabido, recogió precisamente esta idea. Sin embargo, en la medida en que la ciencia del derecho positivo de una sociedad económica en expansión, el interés en el despliegue de la moralidad autónoma se trastocó en el interés en la libertad de actuación económica, en esa medida empalideció también la deducción de la validez del derecho positivo a partir de un orden de mandatos superior a las leyes.

Tampoco obtuvieron ninguna influencia en la ciencia del derecho privado del siglo 19 las renovadas fundamentaciones metafísicas del derecho. En los comienzos de la Escuela histórica del Derecho, la concepción de la historia de *Schelling* como revelación del espíritu absoluto en la temporalidad, tal vez había tenido todavía alguna influencia en la doctrina de las fuentes del Derecho de Savigny. Pero la ciencia de las Pandectas no persiguió conceptualmente este pensamiento; y su explicación falta por completo en la “Filosofía del Derecho” de Hegel —según Welzel la forma plena de un Derecho natural que ha llegado a nosotros pasando a través de la crítica de Kant—. Con ello, la ciencia jurídica se había aislado por todos lados frente a los

presupuestos filosóficos de la ética social; en su lugar se colocan ahora las ideologías de los sistemas constitucionales positivos, como la democrática de la *nation une et indivisible*, la de la “restauración de las ciencias políticas” o, entre ambas, la del *juste milieu* del primer institucionalismo.

2. El vacío surgido de esa forma lo rellenaron algunas especies del positivismo, que pueden ser comprendidas con la expresión de *formalismo jurídico*. En los principales países europeos tomó este formalismo diversas formas. En Francia se manifestó en el estricto legalismo de la Escuela de la exégesis; en Inglaterra —por lo que respecta a la teoría del Derecho— en el positivismo decisionista de J. Austin, en el que se unieron influencias de la Escuela histórica del Derecho con viejas tradiciones del pensamiento científico propias de este país, desde Occam y Hobbes. En Alemania adquirió el formalismo mayores pretensiones científicas y, al mismo tiempo, se hizo más radical. A falta de una codificación nacional común, no pudo formarse aquí un legalismo decidido, especialmente en el Derecho privado. Su lugar lo ocupó un positivismo jurídico científico, cuya pieza básica fue el sistema de la Pandectas, positivismo ingenuo desde el punto de vista de la crítica del conocimiento, pero extraordinariamente brillante, y que se alimentaba aún del sistema del Derecho racional precrítico. Especialmente formalista llegó a ser la “jurisprudencia de conceptos”, desde el momento en que sus conceptos perdieron la relación con un proyecto social global, conservada todavía en el Derecho natural tardío.

3. El esplendor de este positivismo científico no duró mucho tiempo. A su ingenuidad crítica se le enfrentaron finalmente adversarios filosóficos. Pero mucho más importante fue el hecho de que su aristocrática arrogancia científica cayó sacrificada precisamente a las codificaciones nacionales que procedían de su seno —según la ley por la cual las revoluciones espirituales no “devoran a sus hijos” tanto como a sus padres intelectuales. En esa situación la ciencia jurídica no intentó legitimarse de nuevo filosóficamente sino a partir del comienzo de nuestro siglo. Adoptó preferentemente el neokantismo como la filosofía formalista que se le adecuaba. Siguiendo a Rickert, la ciencia jurídica distinguía ahora entre el *Ser* empírico del Derecho como objeto de elaboración “ideográfica” (mediante la historia del Derecho, el Derecho comparado y la investigación de los hechos jurídicos), y el deber-ser del Derecho, como objeto de una ciencia “nomológica” del Derecho, que elabora leyes generales

(como la teoría general del Derecho y la dogmática). A través de Stammler, Max Ernst Mayer, Lask y Radbruch y, en algún aspecto, también el joven Kelsen, el neokantismo se convirtió, en las primeras décadas de nuestro siglo, en la filosofía más aceptada de la ciencia del Derecho positivo.

VI

1. Entretanto, el naturalismo jurídico se había convertido bastante tiempo antes en el adversario decisivo del formalismo. Bajo esta expresión se reúnen aquí las variadas corrientes que ven en el Derecho exclusivamente un fenómeno de la realidad social; en particular se cuentan entre ellas las direcciones evolucionistas y materialistas, así como las sociologistas y behavioristas que se presentan con el término de Realismo en Norteamérica y los Países Escandinavos. Esta nueva confrontación fue consecuente: en la medida en que los impulsos del idealismo crítico se enarenaron en un formalismo vacío, la legitimación material del Derecho positivo tuvo que ser recabada en las valoraciones sociales empíricas, si no quería conformarse simplemente con el mandato del legislador o de la *volonté général*.

2. Las dos vías principales por las que irrumpió este naturalismo fueron, de una parte, el utilitarismo social de Bentham y de sus seguidores, y de otra, el evolucionismo biológico de Darwin; pues al materialismo dialéctico le estuvo negada entonces una influencia inmediata sobre la ciencia jurídica. Inspirada por ambas direcciones, en la ciencia jurídica alemana fue R. von Jhering, desde mediados de siglo, el pionero más importante, aunque ingenuo, del naturalismo, tras el fracaso en la "Jurisprudencia constructiva" (tal vez su rendimiento intelectual más importante). Con su protesta de renegado contra la jurisprudencia de conceptos, con la concepción evolucionista del Derecho de su brillante libelo "La lucha por el Derecho", y aún con su melancólico y desesperado fragmento "El fin en el Derecho", Jhering fue el héroe fundador de los tres movimientos reformadores más importantes de la ciencia jurídica alemana moderna: la Escuela Moderna del Derecho Penal, la Escuela del Derecho libre (que retuvo el papel del marginado estimulante), y su más moderada hermana, la jurisprudencia de intereses, que con una feliz mezcla de utilitarismo y fidelidad a la ley ejerció una

influencia casi dominante desde los años veinte sobre la praxis civilista.

3. Incluso fuera de estas direcciones largo tiempo clásicas, el naturalismo fué, no sólo en Alemania, la potencia más fuerte de la crítica jurídica y, finalmente, también de la política jurídica. Así, la crítica social realizada por Gierke al Derecho civil y la crítica socialista del "Socialismo teórico" invocaban, contra el formalismo jurídico, las realidades sociales del Derecho. Y esta lucha continúa hasta hoy en las reivincaciones territoriales que en las últimas décadas la teoría y la crítica jurídica de la sociología general elevan reiteradamente a la provincia de la ciencia del Derecho. En Francia el naturalismo se expresó mediante la *fonction sociale* de Duguit, así como a través de la doctrina de la *défense sociale*; en los Países Escandinavos mediante un realismo behaviorista agresivo y en Norteamérica más bien moderado; en los comienzos de la Unión Soviética fue recibido ya en la conocida cláusula general del § 1 del Código Civil de 1922. Por otra parte, el utilitarismo ético de estas direcciones se ha convertido en un firme componente de la ideología del Estado democrático del bienestar, especialmente en los Países Escandinavos, en Inglaterra y en Alemania.

4. Si bien el naturalismo centroeuropeo coincide con el realismo americano-escandinavo, le faltan en conjunto dos matices específicos. Ciertamente, también él considera los valores como entidades empíricas (concretamente como fenómenos de la conciencia), y también para él son, pues, formalistas y pluralistas. Sin embargo, en Alemania raramente encontramos aquella ascesis valorativa, en cierto modo exasperada, con la que el realismo declara como "acientíficas" las expresiones sobre los valores (Lundstedt), cuando no como sinsentidos transcendentales, y sólo permite expresiones sobre vivencias subjetivas de valores. Como más próximo encontramos ciertas resonancias en Max Weber y, en otra constelación, en Hans Kelsen y sobre todo entre los inquisidores actuales de la sospecha de ideología.

Sobre todo, también le falta al naturalismo centroeuropeo, como al continental, en definitiva, el rasgo decisionista del realismo americano, según el cual la realidad del Derecho sería esencialmente la posibilidad de cómo el juzgado competente decidirá el próximo caso (igual) (Cardozo, Llewellyn, Roscoe Pound; en los Países Escandinavos Alf Ross). Esta fórmula, evidentemente orientada por un *judge-made-law*, se enfrenta en los países continentales con la vinculación del poder judicial a la legislación.

VII

1. Para entender la situación actual, lo más importante es la idea de que el formalismo y el naturalismo son hermanos enemigos, de que son las dos caras de la misma medalla. Ambos prohíben la legitimación del Derecho positivo mediante valores de justicia generales y materiales; para ambos se sigue de ahí la estricta distinción entre el ser y el deber-ser del Derecho. El formalismo se declara incompetente para el ser empírico del Derecho, que según él no produce ningún criterio para el deber-ser jurídico; por el contrario, el naturalismo se declara incompetente para un deber-ser jurídico general, que para él no puede ser objeto de enunciados científicos. El formalismo conduce consecuentemente al relativismo axiológico; el naturalismo, a la hipostasización de lo jurídicamente debido mediante aspiraciones empíricas (como interés, defensa social, bienestar general o posibilidad de cumplimiento). A ambas corrientes principales del siglo 19 les está cerrado el acceso, por principio, a la pregunta por un deber-ser jurídico prepositivo.

2. A muchos teóricos del Derecho esta situación les parece hoy insatisfactoria con buen fundamento. Moralmente insatisfactoria: ni el formalismo ni el naturalismo hablan de la justicia, y sin embargo “el hombre tiene hambre y sed de justicia”, y no sucedáneos de la justicia. Metódicamente insatisfactoria: si el “Derecho” es normativo *per definitionem*, o sea, algo debido, entonces presentar el Derecho como simple *factum* significa sustituir la pregunta por el Derecho por la simple descripción de situaciones o aspiraciones empíricas. Y, finalmente, también prácticamente insatisfactoria: si la decisión jurídica es una acción pública según una regla que es hallada mediante un proceso de valoración, y si —en los casos de interés— esta regla no viene precisada por una ley o por un precedente vinculante, el juez tiene que seguir un criterio de valoración aún no articulado. ¿Debe buscar ese criterio únicamente en su subjetividad, o debe seguir a la mayoría de la comunidad jurídica? Y en este último caso, ¿a la mayoría simplemente, o a la mayoría de los “ilustrados”, o de los que “piensan jurídicamente”, o de los juristas competentes, o simplemente el juicio del promedio? y ¿de dónde debe extraer —independientemente de cual sea la respuesta— los parámetros para estas categorías, que a su vez implican nuevamente un juicio de valor? Y, no en último término, ¿cómo se debe procurar el juez, caso por caso, los datos empíricos para conocer el juicio

—la mayoría de las veces puramente hipotético— de cualquiera de estos grupos o mayorías?

3. ¿Hay una salida al dilema, definitivo en apariencia, entre un formalismo que no puede indicar el contenido de un deber-ser pre-legal y la evidente falacia del naturalismo que pasa del ser empírico a un deber-ser? Tal como yo lo veo, todos los esfuerzos teóricos prometedores en favor de una salida convergen hoy en un punto crítico: todos están aplicados a la búsqueda de criterios objetivables y demostrables para la justicia de la legislación y de la aplicación del Derecho. Persigamos algunos de estos intentos realizados en la generación que parte del final de la segunda guerra mundial:

(a) A la larga, han llegado a fracasar ciertas repristinaciones del Derecho natural precrítico y de las filosofías jurídicas idealistas, como la teoría de las instituciones de Hauriou, el renacimiento del Derecho natural en los últimos años cuarenta y los primeros cincuenta, los esfuerzos en torno a una ética material de los valores, así como los del neohegelianismo. Independientemente de cómo se piense sobre su justificación filosófica (sobre la que no nos corresponde ningún juicio), frente a las objeciones de las teorías críticas y a los controles de los datos empíricos no tienen ninguna posibilidad de imponerse. La herencia actual de la tradición filosófica clásica, la filosofía de la existencia y la renovación fundamental ontológica de la hermenéutica, tampoco han logrado hasta ahora proporcionar criterios para el conocimiento de contenidos de deber intersubjetivamente vinculantes; y, por lo menos, la misma filosofía de la existencia se ha mostrado desinteresada, incluso, de tales tareas, fiel a sus puntos de partida.

(b) Por una razón justamente opuesta vale decir lo mismo para las teorías críticas que han renunciado a la fundamentación metafísica de un derecho suprallegal y por ello están en las candilejas del actual interés teórico-jurídico: el empirismo lógico y la teoría analítica del lenguaje. Cualquiera que sea el modo como se estime el mérito en descubrir ilusiones injustificadas del Derecho natural precrítico o de la metafísica jurídica idealista, por lo que respecta a la fundamentación de posibles contenidos de un deber-ser jurídico prepositivo, sólo son la continuación del antiguo formalismo con un diferenciado instrumental crítico. También a ellas les afecta la objeción de que no pueden mostrar criterios objetivables para

la acción y la decisión jurídica correctas, y, según sus propios presupuestos, tampoco pueden estar interesadas seriamente en ello. Únicamente la lógica deóntica (o lógica de las normas) se ha propuesto esta tarea por primera vez, desde el suelo de la teoría crítica; sin embargo, si percibo correctamente el estado de la discusión, hasta ahora le ha faltado la prueba de la solidez material de sus premisas de partida, de un modo similar al caso de la “norma básica” de Kelsen (en el sentido de su periodo clásico).

VIII

1. El fracaso de los planteamientos habidos hasta ahora se funda evidentemente en que no han sido capaces de contribuir, con medios científicos, a enunciados decisivos sobre la justicia material de una regla jurídica positiva o de una norma extralegal de valoración para una decisión aplicadora del Derecho. Consecuentemente, algunas nuevas propuestas pretenden por ello fundar este juicio de justicia en datos objetivamente comprobables: concretamente, o en la función social regulativa de una regla jurídica general o de una decisión (2 a), o en su reconocimiento general (2 b).

2. (a) La influyente —sobre todo en Alemania— “Systemtheorie” de Niklas Luhmann busca esta legitimación, como es sabido, en el “procedimiento”, es decir, en el efecto socialmente estabilizador de la formalización jurídica de la resolución de conflictos sociales; con lo cual, además, puede referirse indudablemente a una experiencia histórico-jurídica de primer orden. Vista en el contexto de la tradición, esta teoría asume fundamentos jurídicos decisionistas, como los tiene sobre todo en Inglaterra una vieja tradición que se remonta, más allá de J. Austin, a Hobbes y en último término al nominalismo de Occam, y que hoy está representada también por el “Concept of Law” de Hart. Aún cuando la “Systemtheorie” renuncia explícitamente a criterios materiales de justicia para las decisiones adoptadas, hay que concederle, sin embargo, que rebasa una fundamentación jurídica exclusivamente formalista en la medida en que puede mostrar un valor material de justicia en la pacificación de un conflicto social, y con ello un fundamento suficiente para un deber-ser jurídico exigible —si bien con un recorte semejante al realizado, de otra manera, por Kant en su doctrina del Derecho natural—.

(b) En todo caso, el Derecho es un fenómeno de interacción social. Por ello es lógico que otras teorías actuales vean su legitimación en la coincidencia social acerca de valores jurídicos, en el consenso valorativo. Así, por ejemplo, Viehweg busca una guía para la justicia práctica en las verdades comunes aceptadas (*τόποι, loci communes*); e, igualmente, recurre Perelmann en su “Nouvelle Rhetorique” a la formación de consenso mediante la persuasión “retórica”. Detrás de ambas propuestas está la muy antigua tradición de la comunicación mediante el *sensus communis*. Si la tópica y la nueva retórica enlazan con la tradición antigua, en particular con la aristotélica, las teorías modernas del “discurso racional” persiguen los mismos fines por vías menos tradicionales, en su aplicación a la teoría de la argumentación jurídica. Los procedimientos de tal *Legal Reasoning* han sido considerablemente discutidos en los Estados Unidos desde los años cincuenta, con la inclusión, empero, de lógicas operativas (*Logic of Inquiry, Dual Technique*; en relación con el *Legal Reasoning*, sobre todo Toulmin, J. Stone, y otros). En Alemania la formación de consenso mediante el discurso racional la ha rastreado, sobre todo, Habermas. Otra variante la constituyen los esfuerzos por hacer fructíferas las concepciones lingüístico-teóricas acerca de la estructura de las expresiones lingüísticas “performativas”, como vehículos signícos para la ética práctica (C. Stevenson, *Ethics and Language* ², Newhaven 1967, enlazando con Wittgenstein y G. Morris). En estas fundamentaciones comunicativas de la ética pervive indudablemente el tema tradicional del *sensus communis*, sobre el que versa hoy sobre todo, por otras vías, el interés de la renovada hermenéutica.

3. Todos estos planteamientos parecen coincidir en la premisa de que, tras el fracaso de las fundamentaciones jurídicas transcendentales, los criterios objetivables de los juicios de justicia sólo se pueden obtener si las cuestiones de la acción práctica correcta —en nuestro caso de la decisión jurídica— pueden ser decididas con medios científicos, es decir, si pueden ser fundamentadas racionalmente. Una decisión puede valer como fundada “racionalmente” cuando es obtenida sobre la base de una discusión racional de los argumentos relevantes (y posee por ello la posibilidad de lograr el consenso). Como presupuesto de la racionalidad del discurso (y, por consiguiente, de la formación del consenso) se introducen dos premisas más, aunque de carácter heurístico: la existencia de una “Sociedad Abierta” que permita tal discurso, y la creencia de que el

comportamiento social puede ser motivado en definitiva por la razón práctica. En ese sentido, la “Ethical Theory” de Brandt, por ejemplo, y la “Freedom and Reason” de Hare, se han ocupado de la solución de cuestiones de la moral práctica. La “Theory of Justice” de Rawls, que se ha difundido y se ha hecho influyente rápidamente, ha extendido estos esfuerzos a la cuestión de la justicia práctica: un proyecto metódicamente asegurado y sugestivo para nuestro tema, a pesar de algunos elementos de la teoría de los juegos y de las decisiones, o sea, formalistas, y a pesar del carácter necesariamente heurístico de la suposición de un *moral sense* (medio).

El trasfondo común de estas reflexiones lo forman, a lo que se ve, las expectativas que enlazan hoy con una “rehabilitación de la filosofía práctica” y que podrían redundar en cierta medida en provecho de una teoría de la acción pública correcta, tal como es reclamada por la aplicación jurídica y la legislación. En la medida en que estos esfuerzos se mantienen libres de la precipitada sustitución de los conocimientos morales y antropológicos de carácter general por ideales sociales temporales y parecidos, en esa medida aparecen de hecho como criterios apropiados (*quide conduct*) para las decisiones jurídicas, criterios que no persisten en un formalismo vacío ni en el oportunismo de la empirie social, sino que se acercan a la justicia posible según el estado actual del conocimiento. En este sentido, una filosofía práctica rehabilitada sería también una filosofía de la esperanza en un Derecho que al mismo tiempo fuese una realidad social y un deber normativo: concretamente —sí puede decirse sin exceso— un desafío para la aproximación a una mejor realidad posible.