



LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y SUS TEMAS. SOBRE LA NO NECESIDAD DE LA "TEORÍA DEL DERECHO" COMO SUCEDÁNEO

Juan Antonio García Amado

La filosofía del derecho parece permanentemente abocada a una crisis de identidad y a la perpetua discusión sobre su razón de ser y sus fronteras. No es ajena a la crisis la práctica frecuente de iusfilósofos propensos a la evasión y que en aras del cultivo de lo sublime abandonan fértiles campos de estudio y dan, además, argumentos a quienes ven en la iusfilosofía una especulación perfectamente inútil y ajena a cualquier preocupación del jurista de a pie. En tal contexto, no puede extrañar escesivamente que surjan voces que reclamen la presencia de nuevos saberes que se ocupen del terreno abandonado.

Así es como, especialmente desde los años setenta, se viene proponiendo la "teoría del derecho" como disciplina que se ocupe de la investigación general sobre el derecho positivo, dejando a la filosofía del derecho reducida a una disquisición sobre valores abstractos. Frente a tales planteamientos, pienso que una más adecuada y ambiciosa formulación de los cometidos de la iusfilosofía hace que pierda buena parte de su sentido toda propuesta de independización para la teoría del derecho. Esta no tiene, pues, por qué verse como sustitución de la filosofía del derecho o como amputación de una de sus partes legítimas, sino como un aspecto

más de su cometido, globalmente planteado. No puede ser el teórico del derecho un sujeto distinto del filósofo del derecho si no es a costa de reducir a éste a puro ornato prescindible. Por todo esto, creo que el mejor modo de abordar el asunto de la teoría del derecho es tratar de formular los grandes temas o tareas de la filosofía del derecho, sus campos de actuación, mostrando la inevitable interrelación entre todos ellos. La teoría del derecho puede ser una parte legítima dentro de ese marco general.

En suma, la tesis de fondo es la siguiente. Si la teoría del derecho se propone con los mismos problemas y alcances que la filosofía del derecho el problema es puramente terminológico y no requiere más argumentos que los de conveniencia; si se plantea como sustitución de la filosofía del derecho, pero con alcances más restringidos, enviando al limbo de la especulación inconsistente lo que no se adecúa al paradigma "científico" de turno, habría que discutir tanto la "filosofía" subyacente a tales planteamientos epistemológicos como las connotaciones ideológicas y sociales de dicho enfoque; y si lo que se busca es meramente reivindicar una parte o dimensión de la filosofía del derecho, quizá un tanto abandonada en algunos lugares y tiempos, no habría nada que objetar, salvo el matiz de que una plena clarificación del lugar y el papel de la teoría del derecho exige una adecuada explicación de la interrelación de sus temas y métodos con los de las otras partes de la iusfilosofía¹

1. Un planteamiento similar está presente en Kalinowski, quien al preguntarse qué significa la denominación "teoría general del derecho" dice que sólo ve tres posibilidades: o es sinónimo de "filosofía del derecho", o es la designación de una filosofía del derecho concebida de una manera tal que hace preferible esa denominación a la de "filosofía del derecho", o es una disciplina distinta y específica. Respecto de la primera posibilidad dice que no ve ninguna razón para preferir tal cambio de nombre para designar lo mismo; en cuanto a la segunda, sostiene que no está de acuerdo con "una teoría del derecho que no sería más que un sucedáneo positivista de la filosofía del derecho"; y sobre la tercera manifiesta que no se le alcanzan los caracteres de una tal disciplina



Con ese planteamiento general, en las páginas que siguen me limitaré a desarrollar, con un enfoque tanto histórico como sistemático, lo que considero que son los grandes campos temáticos de la filosofía del derecho.

Serán cuatro las partes en que dividiré la problemática iusfilosófica en sentido estricto: ontología jurídica, epistemología jurídica, teoría general del derecho y filosofía socio-jurídica. Con este esquema se pretenderá no sólo parcelar el campo de estudio, sino mostrar también ciertas líneas de evolución de la filosofía del derecho hasta nuestros días.

Cada uno de esos cuatro campos temáticos se especificará por relación a cuatro ejes o variables relativos al derecho: la *materia* o ser último en que la juridicidad se cifre, los *sujetos* y *sus juicios*, el *sistema jurídico* en cuanto producto o material dado y estructurado, y el *contexto* en el que la vida del derecho transcurre. Veremos también cómo cada una de las partes reseñadas se estructura preferentemente en torno a uno de esos cuatro ejes, si bien en la mayoría de los casos no podrá evitar tomar postura o asumir tesis relativas a los otros tres.

I. ONTOLOGÍA JURÍDICA

Me atrevería a decir que la temática ontológica constituye la cuestión central de la filosofía del derecho. Otra cosa es que cada vez se plantee con menos frecuencia y que habitualmente se reflexione en otras áreas iusfilosóficas dando por supuesto y no explicitando las tesis ontológicas que como trasfondo se asumen. Pero una filosofía del derecho que no sea capaz de sacar a la luz y fundamentar los presupuestos últimos acerca del "ser" del derecho, de la naturaleza última de la realidad y, dentro de ella, de lo que

llamamos derecho², se moverá siempre en una indefinición y superficialidad en buena medida invalidantes³.

a. *Materia*

Este eje es el central en la óptica ontológica. Como ya se adelantó, bajo el epígrafe "materia" nos referimos a los elementos o componentes últimos de que consta lo jurídico. Es la cuestión referente a si la esencia última de lo jurídico consiste en ideas o

2. Según la definición de Weinberger, se denomina ontología jurídica "las investigaciones filosóficas sobre la esencia del derecho, que quieren exponer las características fundamentales *de todo* sistema jurídico y no sólo de un ordenamiento jurídico determinado, históricamente dado" (WEINBERGER, O., *Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Rechts*, Wien, Manz 1988, p. 16). Entre nosotros, García San Miguel traza así los temas de la ontología jurídica: "El primer problema con que tiene que enfrentarse una ontología jurídica es el de situar al Derecho en alguno de los campos de entes conocidos: el reino de lo natural, de lo biológico, de lo psicológico, de lo espiritual, etc. Naturalmente, la ontología jurídica habrá de examinar también si el Derecho constituye un dominio ontológico con características propias no incluíble, por tanto, en ninguno de los otros dominios. Así, pues, la primera pregunta de la ontología jurídica puede formularse en estos términos: ¿cuál es el modo de ser propio de esa realidad que llamamos Derecho?" (GARCÍA SAN MIGUEL, L., *Notas para una crítica de la razón jurídica*, Madrid, Universidad Complutense-Facultad de Derecho, 2ª ed., 1975, p. 26).

3. En palabras de Vladimir Kubes, "veo el verdadero núcleo de toda la iusfilosofía (...) en la solución de la tarea *jurídico-ontológica*. La ontología jurídica debe anteceder a todo punto de vista sobre el derecho. Las investigaciones jurídico-ontológicas son predeterminantes para toda investigación jurídico-noética y lógico-jurídica, así como para toda investigación de la problemática del derecho", pues "no existe ningún conocimiento del método previo al conocimiento de la cosa", observación esta última con la que cuestiona Kubes la incidencia que desde el neokantismo se hace en el método y la epistemología en detrimento de la investigación ontológica (KUBES, V., *Rechtsontologie und ihre Beziehung zur Struktur des Rechts*, en J. MOKRE, O. WEINBERGER (eds.), *Rechtsphilosophie und Gesetzgebung*, New York, Springer 1976, pp. 44 ss.).

valores ideales con existencia propia, actos materiales, lenguaje, datos fácticos, pensamientos, etc⁴. De la respuesta a esta cuestión dependerán necesariamente las posturas que puedan adoptarse en temas axiológicos, lógicos, epistemológicos, etc. Piénsese, y los ejemplos son casi ociosos, que mal se puede sostener un iusnaturalismo o una teoría objetivista de los valores jurídicos si no se comparte una ontología idealista⁵, o que difícilmente se entenderían las posturas del llamado realismo jurídico sin la base empirista y materialista que compone su ontología de fondo. De igual manera, si algo separa la teoría general del derecho que pretendió la fenomenología jurídica, tal como la desarrolló por ejemplo Reinach⁶, de la que es habitual entre los iusfilósofos de la línea

4. Opalek distingue desde el punto de vista ontológico entre doctrinas multidimensionales y doctrinas monodimensionales del derecho. Para las primeras el derecho es una combinación de todos o algunos de estos elementos: expresiones lingüísticas (nivel normativo), experiencias (nivel psicológico), conductas (nivel sociológico) y valores (nivel axiológico). Las concepciones monodimensionales reducen la esencia de lo jurídico a uno solo de estos aspectos: el derecho es sólo o esencialmente norma (normativismo), o experiencia (psicologismo), o conducta (realismo conductista extremo) o valores (iusnaturalismo extremo). Cfr. OPALEK, K., "Tre lezioni introduttive alla filosofia del diritto", *Analisi e diritto*, 1991, pp. 247-248, 254.

5. Hablamos de iusnaturalismo en un sentido fuerte o más propio. Téngase en cuenta la distinción que establece Pérez Luño cuando dice que conviene distinguir "un iusnaturalismo *ontológico, dogmático o radical*, que postula un orden de valores producto de un objetivismo metafísico, del que pretende derivar valores y principios materiales universalmente válidos para cualquier Derecho digno de serlo; de un iusnaturalismo *deontológico, crítico o moderado*, que no niega la juridicidad del Derecho positivo injusto, pero establece criterios de racionalidad para comprobar su disvalor y, por tanto, para fundamentar su crítica y su substitución por un orden jurídico justo" (PÉREZ LUÑO, A-E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Sevilla, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia 1993, p. 54).

6. Para Reinach, "los llamados conceptos específicamente jurídicos tienen un ser extrajurídico-positivo, del mismo modo como los números tienen un ser independiente de la ciencia matemática. El derecho positivo puede ensancharlos o modificarlos como quiera, pero no los inventa, sino que los encuentra. Y más aún: para esas formas (*Gebilde*) son válidas leyes eternas que son independientes

analítica, es la diferente postura sobre si existen o no esencias ideales de lo jurídico o si, por el contrario, la realidad cognoscible del derecho se agota en un lenguaje regido por una cierta lógica del pensamiento o del lenguaje mismo.

La filosofía jurídica no puede ser un campo desvinculado de la filosofía general, lo cual es especialmente cierto en lo que tiene que ver con la ontología y la epistemología. De ahí que no quepa hablar de una ontología específica de lo jurídico que no participe de una ontología general. Lo que hay es un objeto jurídico específico sobre el que se proyecta el interrogante ontológico general.

El modo como se conciba el "ser" del derecho estará condicionado por las tesis que se mantengan acerca de la materia y los modos del ser en general. El que el derecho pueda conceptuarse como materia o como idea, por ejemplo, dependerá de la ontología general que se profese. Así, pensemos en las repercusiones que para el modo de plantearse el ser del derecho tuvo y tiene la polémica ontológica de los universales⁷; igualmente determinante

de nuestra percepción, del mismo modo que las leyes de la matemática. El derecho positivo puede adoptarlas o puede también separarse de ellas, pero incluso cuando procede vulnerándolas no puede afectar a su peculiar existencia" (REINACH, *Zur Phänomenologie des Rechts. Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, München, Im Kösel 1953, p. 17). No hay que perder de vista que un dato esencial separa a Reinach del iusnaturalismo: un derecho positivo que no sepa adecuarse a esas formas conceptuales apriorísticas de los conceptos jurídicos o que no respete las reglas formales de su interrelación es un derecho erróneo o cognoscitivamente descaminado, no un derecho que pierda su validez. "Naturalmente, reconocemos por completo que el derecho positivo establece sus determinaciones en absoluta libertad, con base en las necesidades económicas, en las concepciones morales, etc., no vinculado por la esfera de las leyes apriorísticas a que nos referimos" (*Ibid.*, pp. 16-17. Vid. también pp. 191, 200-201). No son contenidos morales, sino esencias conceptuales lo que el método fenomenológico busca al proyectarse sobre el derecho.

7. Para la conexión entre el nominalismo de Ockham y la actual iusfilosofía analítica, que contempla el derecho fundamentalmente como lenguaje, al margen de toda metafísica, cfr. LEGAZ LACAMBRA, L., *Problemas y tendencias de la filosofía del derecho contemporánea*, Madrid, s.e., 1971, pp. 105 ss.

será la solución que se dé al problema de la metafísica, como conocimiento de realidades o esencias ideales, no empíricas. Piénsese también en las posibilidades que para la incardinación ontológica de lo jurídico se abren con doctrinas ontológicas actuales como la de los tres mundos de Popper o los tres géneros de materialidad de Gustavo Bueno; o, remontándose más atrás, no puede olvidarse tampoco la aportación de Husserl a la ontología de los objetos mentales.

Esas cuestiones ontológicas generales cobran especificidad particular cuando se proyectan sobre el "ser" concreto de lo que se entiende por derecho. Absolutamente fundamental es la discusión acerca del estatuto ontológico de las normas jurídicas. Piénsese, sin más, que la polémica iusfilosófica sobre el derecho como *Sein* o como *Sollen* tiene inevitables connotaciones ontológicas. En clave ontológica se suele plantear también la relación entre derecho y moral, como relación atinente al ser o esencia última de lo jurídico, ya sea como realidad material específica, ya sea como esencia valorativa que comparte con la moral un mundo de esencias ideales intangibles. Numerosas doctrinas de la validez jurídica se explican únicamente desde postulados ontológicos de fondo; por no decir todas, pues casi siempre las teorías formalistas de la validez responden a posiciones antiidealistas y antiesencialistas. De la misma manera, algo tan aparentemente técnico y coyuntural como pueda ser la teoría de los conceptos jurídicos fundamentales se suele abordar en clave ontológica, como se aprecia en la frecuencia con que se hace mención de la "naturaleza" de los conceptos o las instituciones jurídicas, dando por supuesto que se trata de realidades cuya clave o razón de existir no se agota en una cierta legislación o una determinada organización social. Baste pensar en cuántas instituciones jurídicas aparecen justificadas sobre la base, aparentemente trivial, de afirmar que el hombre es sociable por naturaleza, de lo que se seguirá que la institución "x" es connatural al hombre y necesaria, con perfiles prefijados además, en derecho, incluso contra los designios del legislador.

La antítesis básica en el modo de concebir la materia jurídica desde la reflexión ontológica se plantea entre idealismo y materialismo. El ejemplo más claro de posturas idealistas viene dado por los iusnaturalismos que sostienen la existencia ideal, universal e intemporal de ciertas normas válidas por definición, en razón de su propia idealidad, incontaminada de las determinaciones y condicionamientos materiales y humanos. Pero el idealismo, como ya se ha señalado, se profesa también con frecuencia en quienes, sobre la base de esquemas provenientes de la jurisprudencia de conceptos, construyen incluso las categorías e instituciones del derecho positivo en cuanto reflejo de conceptos o categorías intemporales y racionales en sí mismos. De ejemplos de esto está llena, por ejemplo, la dogmática civilística.

La escala de posturas materialistas, por su parte, va desde el empirismo "grosero" de ciertos realistas que no están dispuestos a aceptar más ser real que el puro dato fáctico o, a lo sumo, los datos componentes de la psicología, en cuanto hechos subjetivos, hasta posturas más matizadas, que junto con los hechos o los pensamientos asumen también la existencia de las ideas como realidad específica, en cuanto productos objetivados del espíritu, no en cuanto realidades existentes al margen o con anterioridad a los hechos y los sujetos⁸. En mi interpretación, Kelsen entiende de este modo el derecho cuando lo describe como realidad espiritual o producto del espíritu⁹, y en esta clave concibe la validez en cuanto elemento "ideológico" esencial en la existencia del derecho, lo cual encontré, como es bien sabido, el rechazo desde la ontología empirista del realismo jurídico, más elemental en sus esquemas. El

8. Entre la literatura más reciente, destaca, dentro de esta línea, la postura de P. AMSELEK, en su trabajo "Les règles juridiques en tant qu'objets mentaux", ARSP, 79, 1993, p. 311 ss.

9. Cfr., por ejemplo, KELSEN, H., *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Aalen, Scientia, reimpresión de la segunda edición, de 1928, p. 77.

Sollen kelseniano no sería, pues, realidad ideal, sino "ideacional" o "intelectual"¹⁰.

Otro dilema ontológico importante, relacionado con el anterior, se da entre universalismo y particularismo de lo jurídico. Una ontología jurídica idealista, que vea la clave de lo jurídico en esencias ideales y apriorísticas, trazará del ser del derecho un cuadro universal, común a todo lugar y momento¹¹, no meramente en cuanto a las condiciones bajo las que todo derecho puede ser pensado, al modo neokantiano, es decir, con carácter formal, sino en lo que tiene que ver con los contenidos o la configuración material de los conceptos y las instituciones. En cambio, una ontología no idealista difícilmente verá ningún "ser" del derecho que vaya más allá de los derechos históricos, con sus trazos particulares en cada momento. Todo lo más, bajo esta óptica, cabrá operar por inducción a partir de los caracteres de cada derecho histórico, buscando la existencia de notas comunes que justifiquen un concepto general que no por común deja de poseer la contingencia de los productos históricos, es decir, que no puede pretenderse válido para todos los mundos posibles. Bajo tal punto de vista no hay un "universal" derecho, no hay más derecho que los derechos, con sus diferencias y peculiaridades.

Gran parte de la contemporánea filosofía del derecho no se plantea directamente cuestiones ontológicas, pero se articula sobre la base de descartar determinados postulados ontológicos. Así,

10. Cfr., por ejemplo, KELSEN, H., *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, Manz, 1979, pp. 22, 132, 136, 138.

11. Como dice Guastini, a este planteamiento "subyace un discutible modo de pensar—hoy, en verdad, ya no muy acreditado—según el cual todos los sistemas jurídicos, sin distinción de tiempo ni de lugar, presentarían trazos comunes, no contingentes". El problema, según este mismo autor, es que lo que esas construcciones suelen hacer es generalizar indebidamente ciertas características que ni siquiera son propias de todos los sistemas jurídicos históricos, sino que sólo son peculiares de los sistemas jurídicos modernos y occidentales (GUASTINI, R., *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli 1990, p. 304).

cuando se dice que la filosofía del derecho es ante todo teoría general del derecho, entendida fundamentalmente como análisis del lenguaje jurídico, se está rechazando casi siempre el idealismo ontológico y viendo la esencia final del derecho en el lenguaje y, a lo más, en las relaciones lógicas entre los términos con que se construye el discurso jurídico. Sin un escepticismo ontológico¹² de fondo tendría difícil justificación una tan restrictiva visión de los contenidos de la filosofía del derecho. No obstante, incluso desde esos parámetros se impone el análisis expreso de la problemática ontológica, pues habrá que fundamentar dicho escepticismo si no se quiere que sea un dogma gratuito.

b. *Sujetos*

El campo central de la ontología jurídica es lo que hemos denominado la materia del derecho. Mientras la reflexión iusfilosófica fue esencialmente ontológica, principalmente como metafísica, los restantes ejes que estamos utilizando ocupaban en la reflexión un lugar secundario o derivado. Lo fundamental era determinar las esencias de lo jurídico y sólo secundariamente importaba de qué modo podían los sujetos conocerlas, pues el conocimiento principal era ese conocimiento ontológico mismo, con lo que la filosofía (unida, si acaso, a la teología) era el centro último del conocimiento de las cosas del derecho. El dato ontológico proporcionaba el referente con el que medir la verdad o falsedad última de los conocimientos jurídicos restantes, hasta el punto que, como ocurre en nuestro mismo siglo con la doctrina

12. Bulygin distingue entre escepticismo ontológico y escepticismo epistemológico. El primero niega que existan ciertas realidades, como por ejemplo los valores universalmente válidos; el segundo niega que tales realidades sean accesibles a la razón humana. Vid E. BULYGIN, "Sobre el status ontológico de los derechos humanos", en ALCHOURRON, C. E., BULYGIN, E., *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales 1991, p. 623.

fenomenológica de Reinach, podía sostenerse que cuando el legislador no acertaba a reflejar en su regulación la esencia última de una determinada institución, era el legislador mismo el que erraba y hasta el derecho positivo era, desde el punto de vista del conocimiento del verdadero ser del derecho, un derecho falso o equivocado, por mucho que fuera formalmente válido. Por supuesto, más rotundamente aún opera este esquema de verdad o falsedad de lo jurídico en las construcciones iusnaturalistas¹³.

De todos modos, numerosas construcciones acerca de los sujetos del derecho beben directamente en los postulados de una ontología idealista o metafísica. Aquí nos hallamos con un dilema ontológico más. Así, desde posturas escépticas que rechacen la metafísica y el idealismo difícilmente se podrá asumir la realidad de sujetos colectivos del derecho que tengan una existencia previa a su constitución por el derecho mismo o a la contingencia de los hechos sociales determinantes. Toda visión organicista, que eleve a sujeto principal del derecho o a titular fundamental del mismo a entidades tales como "el pueblo", "la nación" o "la comunidad", entendidos como esencias superiores y distintas a los individuos que los componen y a las contingencias de lo histórico, se encontrará con el problema de cómo justificar el tipo de existencia de tales entidades trascendentes de lo material y lo individual. En cambio, una ontología escéptica no podrá ir más allá del individuo particular o de sus específicas y contingentes agrupaciones históricas como titular y destinatario de las normas jurídicas.

c. *Producto/sistema jurídico*

Si denominamos ontologistas a las tesis que sostienen la existencia de realidades jurídicas ideales y suprapositivas, tenemos

13. Véase, como caso bien representativo, KALINOWSKI, G., *Le problème de la vérité en morale et en droit*, Lyon, Emmanuel Vitte 1967. Para la posición del autor, pp. 155 ss.

que la reflexión estructural sobre el sistema jurídico como producto dado, como realidad específica, interesará tanto menos cuanto mayor sea ese ontologismo. La reflexión sobre este aspecto es propia ante todo, como veremos, de la teoría general del derecho, y no es casual que ésta se desarrolle sobre todo a partir de la crisis del ontologismo jurídico y con el paso de una filosofía del derecho vista como reflexión sobre lo trascendente e idealmente universal del derecho a una iusfilosofía concebida básicamente como reflexión inmanente al derecho, que lo asume como dado y busca su racionalidad interna y no su racionalidad por referencia a parámetros externos a la lógica y al lenguaje en que las normas jurídicas se expresan.

El problema central de este eje es el de la *racionalidad* del derecho como producto o sistema articulado de normas. Desde una ontología idealista y metafísica esa racionalidad se concibe ante todo como derivada o refleja: si existe una esencia suprapositiva de lo jurídico o de sus partes, el sistema o sus partes serán tanto más racionales cuanto mayor sea la medida en que reflejen o se adapten a ese patrón ideal. En cambio, cuando se parte del escepticismo ante ese género de idealidades, la racionalidad que se busca será fundamentalmente lógica o lingüística, tendrá más que ver con la coherencia interna del producto que con su congruencia con una realidad ontológica externa o previa¹⁴. De todos modos, con ello la problemática ontológica no desaparecerá, pues siempre funcionará como determinante el estatuto ontológico de la lógica y del mismo lenguaje en su relación con el mundo.

14. Como dice Bobbio, explicando el giro hacia el análisis lingüístico propio de la concepción "moderna" de la ciencia, a partir del positivismo lógico, "la cientificidad de un discurso no consiste en la verdad, es decir, en la correspondencia del enunciado con una realidad objetiva, sino en el rigor de su lenguaje, en la coherencia de un enunciado con todos los otros enunciados que junto con él forman sistema" (BOBBIO, N., "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", en *Diritto e analisi del linguaggio*, ed. de U. Scarpelli, Milán, Ed. di Comunità 1976, p. 300).

d. *Contexto*

El contexto social en que el derecho se desenvuelve no es objeto directo del tratamiento ontológico. Ahora bien, cabe aquí también trazar una cierta escala. En la medida en que se siente una ontología o ser específico de lo jurídico se tenderá a ver la realidad del derecho como independiente de las determinaciones contextuales; por contra, el escepticismo ontológico sobre el derecho encontrará una de sus salidas en disolver el ser de lo jurídico en los acontecimientos y las configuraciones sociales.

De ahí que el escepticismo ontológico en materia de derecho tenga una de sus desembocaduras en el sociologismo: no hay más ser del derecho que las prácticas y vivencias sociales efectivas en cada tiempo y lugar, de modo que nociones con carga ontológica, como la de validez, se disuelven en el dato sociológico de la efectividad y en el dato material de la praxis.

II. EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA

Así como la ontología jurídica centra su atención primordialmente en el eje que hemos denominado de la materia, la epistemología jurídica o teoría del conocimiento jurídico atiende preponderantemente al eje relativo al sujeto y sus juicios. Y si señalábamos que la preocupación ontológica predominó en la etapa anterior al racionalismo¹⁵, será a partir de éste, y de modo especial

15. Como explica Zacher, antes de la Ilustración y Kant "la filosofía del derecho era (como la filosofía en general) directamente referida a la objetividad. El ser del derecho recibe su dimensionamiento y fundamentación en una metafísica iusnaturalista que fundamenta qué sea lo jurídico sobre la base de datos ontológicos (...). El derecho es lo racional, y racional es lo que, ontológicamente predeterminado, puede ser extraído de los datos del ser" (ZACHER, E., "Zum Verhältnis von Rechtsphilosophie und Rechtstheorie", en Jahr, F., Maihofer, W. (eds.), *Rechtstheorie. Beiträge zur Grundlagendiskussion*, Frankfurt M., Vittorio Klosterman 1971, p. 225).

a partir de Kant, cuando se pase a considerar que el problema central de la reflexión iusfilosófica no radica en qué sea en sí mismo el derecho, sino en cómo puede conocerse racionalmente. Con el auge del racionalismo y de la ciencia moderna preocupará ante todo el saber si es posible un conocimiento científico del derecho o un conocimiento jurídico paragonable en su certeza al de la ciencia empírica. La epistemología jurídica se desarrolla así como interrogante relativo a cómo cabe el conocimiento verdadero del derecho o a cuál sea el estatuto del conocimiento jurídico. Un lugar preferente lo ocupará el tema de si es viable una ciencia del derecho.

a. *Materia*

La epistemología jurídica se pregunta cómo es posible un conocimiento jurídico racional y trata de clasificar los conocimientos jurídicos según su grado posible de racionalidad o verdad. Naturalmente ese conocimiento versará sobre una materia previamente asumida o aceptada como específicamente jurídica, con lo que la conexión con la problemática ontológica es inevitable¹⁶. De todos modos, el giro epistemológico de la filosofía posterior a Kant ha consistido en poner entre paréntesis el tema del ser y subordinarlo al tema del conocer. La distinción kantiana entre fenómeno y noúmeno será crucial. No importará tanto el ser en sí, la auténtica realidad por sí misma subsistente, cuanto el ser que puede ser conocido. Los límites del conocimiento posible marcan también los límites del filosofar con sentido. Si vemos la realidad a través de las categorías de nuestro entendimiento importa saber cómo es posible ese conocimiento y cuáles son sus grados de

16. "Una comprensión integral del fenómeno jurídico hace inevitable la pregunta acerca de su fundamento, a la que no se sustraen ni siquiera las teorías científicas del derecho" (COTTA, S., *Justificación y obligatoriedad de las normas*, Madrid, Ceura 1987, p. 151).

certeza, de modo que todo lo que rebasa el conocer posible se abandona como especulación irrelevante. La filosofía ya no será tanto teoría del ser como teoría del conocimiento. Y la filosofía jurídica comenzará una evolución que llevará a preguntarse cómo es posible el conocimiento del derecho, por analogía o comparación con el conocimiento de la ciencia natural.

También aquí cabe señalar una antítesis básica. Al hablar del conocimiento jurídico las posturas se dividen entre los dos polos siguientes: El conocimiento del derecho como conocimiento de una realidad dada o en sí, o el conocimiento del derecho como constitutivo de su propio objeto. La primera postura puede estar representada por la fenomenología jurídica; la segunda se puede apreciar en ciertas posturas neokantianas y en varios textos del Kelsen de la primera época. Curiosamente, la evolución de la fenomenología seguida de la mano de sociólogos como Alfred Schütz llevará a postular que fenómenos como el derecho responden a una construcción social de la realidad.

Nociones como las de norma o sistema jurídico, o los conceptos jurídicos, aparecerán respectivamente, según esas posturas epistemológicas, como realidades ideales que tiene que alcanzar un conocimiento de esencias que sepa desprenderse de lo histórico o contingente; o como categorías formales insertas en el pensamiento, en cuanto categorías apriorísticas del conocer o condiciones que hacen posible el pensamiento sobre el derecho; o como construcciones sociales o partes de un imaginario social sin las que el derecho no puede ya no sólo pensarse, sino simplemente vivirse y operar.

El problema de la objetividad del conocimiento jurídico recibirá respuestas distintas según cada uno de esos enfoques de partida. Para el fenomenólogo el conocimiento jurídico objetivo es el que capte las esencias últimas que constituyen la realidad ideal del derecho y la lógica peculiar de su interrelación; bajo el prisma neokantiano el problema fundamental es el de cómo construir una ciencia de lo jurídico cuya objetividad y universalidad provengan

de la sintonía con las categorías que hacen posible un riguroso conocimiento categorial de lo jurídico; para la tercera de las posturas reseñadas las claves del conocimiento jurídico sólo pueden descifrarse mediante el desvelamiento de la mecánica de la construcción social de las realidades colectivas.

Hay, ciertamente, una manera de abordar la problemática epistemológica reduciendo al mínimo o no planteándose las implicaciones ontológicas que van unidas a doctrinas como las reseñadas. Podría considerarse incluso como la postura predominante entre quienes hoy propugnan que el campo principal de la iusfilosofía es la teoría de la ciencia jurídica, entendida como análisis del lenguaje de dicha ciencia. Se trata de asumir como parámetro del conocimiento racional las reglas de la lógica y de aplicarlas al discurso sobre una materia cuyo estatuto o proveniencia última no se suscita como problema susceptible de desentrañamiento filosófico. Así se ve, por ejemplo, cuando Pattaro se plantea que el atribuir como misión de la iusfilosofía el análisis del lenguaje jurídico supone disponer de un criterio previo acerca de qué sea en sustancia lo jurídico, qué caracteres componen la naturaleza de ese derecho en torno al que se estructura el lenguaje objeto de análisis. Mas Pattaro responde, sobre la base de un escepticismo ontológico y/o epistemológico de fondo, que el problema se puede soslayar entendiendo que el derecho en torno al que el discurso jurídico en cada momento se estructura viene constituido por una tradición en la que ese discurso se inserta. "La filosofía del derecho —dice Pattaro— al ocuparse de entidades lingüísticas, de lenguajes que son derecho o tienen que ver con el derecho, se ocupa de aquello que según la tradición es o tiene que ver con el derecho"¹⁷. Con esto,

17. PATTARO, E., *Introduzione al corso di filosofia del diritto I*, Bolonia, CLUEB 1990, p. 61. Críticamente sobre ese planteamiento de Pattaro, mostrando cómo la apelación a la tradición no deja de suscitar problemas para el modo en que Pattaro entiende la filosofía del derecho como análisis del lenguaje jurídico, véase PÉREZ LUÑO, A.-E., *Lecciones de filosofía del derecho*,

evidentemente, se trata de restringir el campo de problemas que la filosofía del derecho puede tratar con sentido, pero en ningún caso se puede ocultar que nociones como la de tradición son susceptibles también de investigación ontológica y epistemológica, como muestran direcciones tan distintas como la sociología fenomenológica o la filosofía hermenéutica de autores como Gadamer.

b. *Sujeto*

Es el eje central de la epistemología jurídica, y se traduce en el interrogante acerca de si caben juicios objetivos y racionales sobre el derecho, si es posible un conocimiento de lo jurídico que se adecúe a los patrones de certeza y racionalidad que en cada caso se tengan por modélicos del conocer.

Podemos desglosar esta problemática de la racionalidad del conocimiento jurídico en tres partes: racionalidad lógica o formal, racionalidad científica y racionalidad valorativa o práctica.

— En primer lugar, si los principios de la lógica formal son de aplicación directa al sistema jurídico y a las relaciones entre normas, tenemos que esas mismas reglas lógicas desempeñan un papel central en el conocimiento del mismo derecho. La racionalidad del conocimiento sería, entonces, una racionalidad refleja, pero no reproduciría o reflejaría contenidos materiales y un determinado ser objetivo, sino una racionalidad formal. Las reglas de la lógica constituirían el sustrato común al pensamiento y al objeto jurídico pensado.

Otra visión es la que representa el conglomerado de las normas jurídicas como un conjunto carente de racionalidad lógica inmanente, pero entendiendo que corresponde al conocimiento jurídico, y en particular a la ciencia del derecho, la labor de poner en ese

material un orden regido por los parámetros formales de la lógica. En este caso el conocimiento jurídico-científico adopta un papel creativo o de configuración última del material normativo: no lo crea, pero lo ordena y le da la forma última que permite su conocimiento y manejo racional.

Estas dos posturas se pueden ver representadas sucesivamente en el primer Kelsen y en el Kelsen de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*. Mas cabe también ejemplificar con Kelsen, el Kelsen posterior a 1960, un tercer punto de vista, con arreglo al cual las normas no se entienden como reglas o enunciados susceptibles de relaciones lógicas o de tratamiento formal, sino como expresión de intenciones subjetivas. En ese caso no compete al conocimiento jurídico ni reflejar un orden lógico inmanente al material jurídico, orden que no existiría en modo alguno, ni reformular con pautas lógicas ese material, pues esto equivaldría a la suplantación del legislador o instancia habilitada o legitimada para sentar actos normativos. El conocimiento jurídico será entonces mera descripción de estados de cosas, pero ya no racionalización del material jurídico. La objetividad de ese conocimiento dependerá ya tan sólo de la fidelidad con que describa esos actos normativos y sus contenidos, absteniéndose no sólo de valoraciones, sino también de toda reelaboración lógica de su objeto. La racionalidad formal se refugia exclusivamente en la exigencia de objetividad en la descripción y de coherencia en el sistema de proposiciones interno de la ciencia. La racionalidad del conocimiento no será material y los principios lógicos se aplicarán únicamente al sistema de proposiciones descriptivas, no al objeto descrito: podrá, por ejemplo, describirse coherentemente una realidad jurídica contradictoria, pero no describirse contradictoriamente esa realidad.

— La racionalidad científica del conocimiento jurídico, entendiéndose por tal la racionalidad empírica, depende del modo de concebir el objeto jurídico. Cuando la clave del derecho se ve en valores o contenidos ideales el modelo de su conocimiento racional

no podrá ser el del conocimiento empírico o científico-natural, sino el conocimiento filosófico de esencias o valores. En esos casos, la correspondiente epistemología no situará a la ciencia jurídica en la cúspide del conocer jurídico racional, salvo que se utilice un concepto premoderno de ciencia y se considere a la filosofía, en cuanto conocer especulativo, como suprema ciencia. Pero cuando dicha teoría del conocimiento se rechaza y se utiliza el modelo de la ciencia moderna como más alto patrón del conocimiento racional, la solución dependerá del modo de entender el objeto de ese conocimiento científico-jurídico.

En unos casos se pensará que la especificidad de lo jurídico no se halla en un reino ideal de formas o valores, pero tampoco en la mera facticidad, sino que lo específico del derecho es una especial normatividad, un *Sollen* peculiar, de modo que el conocimiento jurídico no puede parangonarse exactamente al conocimiento de hechos o datos naturales, meramente empíricos. Si las normas constituyen una realidad especial en virtud del particular "sentido" que las especifica, su conocimiento científico deberá ceñirse también a esquemas distintos de los de la ciencia empírica. Tal es el caso paradigmático de la idea de ciencia normativa que maneja Kelsen, ciencia que se llama normativa porque conoce normas, que son una realidad especial, pero ciencia para la que las exigencias de objetividad, neutralidad y rigor descriptivo no son menores que en la ciencia natural. Pero también por la vía de la especialidad del objeto jurídico, en tanto esta vez que objeto cultural, se ha tratado de justificar el peculiar estatuto de la ciencia del derecho como ciencia cultural¹⁸.

En otros casos la elevación del modelo de ciencia empírica a pauta de racionalidad del conocimiento jurídico no se tropieza con especiales dificultades, pues se parte de entender empíricamente la existencia del derecho y de rechazar como metafísica y puramente

18. Vid., por ejemplo, RACBRUCH, G., *Rechtsphilosophie*, 8ª ed., edición de E. Wolf y H-P. Schneider, Stuttgart, K.F. Koehler, 1973, pp. 217 ss.

especulativa cualquier pretensión de especificidad no fáctica de lo jurídico. Así sucede cuando el derecho se contempla como comportamientos o actos de los jueces, en cuyo caso, como ocurre con el realismo norteamericano, la ciencia jurídica tiene evidentes conexiones con la ciencia psicológica; o cuando el núcleo del derecho se coloca en comportamiento y actitudes sociales, en cuyo caso la suprema ciencia jurídica tendrá carácter sociológico.

— El tercer tipo de racionalidad que en la epistemología jurídica se discute es la racionalidad valorativa o práctica. Se trata de saber si caben juicios objetivos acerca de valores, y esto en una doble sede, teórica y práctica. En sede teórica por cuanto que de la respuesta que se dé a ese interrogante dependerá el que se considere viable o no la elaboración de una teoría de la justicia o de los valores jurídicos en general que pueda pretenderse racional y no puramente arbitraria o meramente ideológica; y en sede práctica por cuanto que la práctica del derecho es esencialmente praxis decisoria y es ineludible plantearse si cabe racionalidad para los valores que guían las decisiones jurídicas.

Tenemos así que dos ramas o aspectos de la filosofía del derecho, como son la teoría de la justicia o, más ampliamente, la axiología jurídica, y la metodología jurídica, entendida como disciplina que se ocupa de las vías o métodos para la lograr el mayor rigor u objetividad en las decisiones jurídicas, dependerán en sus postulados básicos de la doctrina epistemológica que se sustente, de cómo se responda a la cuestión de si cabe o no racionalidad práctica o valorativa. Por eso creemos que el tema de la razón práctica en derecho se puede ubicar como apartado de la epistemología jurídica, aunque quepan ulteriores desarrollos autónomos de la cuestión. Mas tales desarrollos sólo tendrán sentido, como decimos, sobre la base de la previa disquisición epistemológica acerca de si es posible algún modo de conocimiento racional de valores, de si la práctica valorativa puede tener respaldo en alguna forma de conocimiento racional.

A ese respecto, las posturas básicas oscilarán entre los polos del cognitivismo y el no cognitivismo. El cognitivismo o creencia de que cabe conocimiento racional y verdadero de qué sea lo bueno o lo justo también en materia de valores jurídicos, es propio, por supuesto, de todo iusnaturalismo, pero también se da en doctrinas como la teoría material de los valores, de inspiración fenomenológica. Otra cosa es que entre los autores que profesan el no cognitivismo o escepticismo epistemológico en estas cuestiones exista la tendencia a tildar de iusnaturalista toda doctrina cognitivista en materia de justicia o valores jurídicos¹⁹, lo que da pie para calificar como iusnaturalistas a autores actuales como Dworkin o Habermas.

En este asunto la evolución es un tanto pendular. Circunscribiéndonos a algunas etapas del presente siglo, vemos como el escepticismo propio del positivismo del primer tercio de siglo desemboca en el irracionalismo metodológico de un Kelsen o en el irracionalismo político de una Carl Schmitt. El renacer iusnaturalista posterior a la Segunda Guerra Mundial sucumbirá pronto ante los renovados ataques positivistas, provenientes esta vez fundamentalmente del ámbito anglosajón. Pero desde los años setenta se produce un amplio y heterogéneo movimiento de "rehabilitación de la razón práctica", que tiene algunos hitos cruciales en la filosofía alemana, entre el neoaristotelismo y la ética discursiva; en la teoría de la justicia de Rawls, con su inspiración kantiana más o menos patente; o en la reformulación de la noción de sistema jurídico por obra de Dworkin, por no hablar del papel precursor jugado también por filósofos del derecho como Perelman o Recaséns. A doctrinas por lo demás tan heterogéneas les es común una creencia básica: existen criterios o pautas procedimentales que permiten formular valoraciones racionales. En unos casos el campo investigado no es específicamente jurídico sino

19. Así, Weinberger dice que "las doctrinas iusfilosóficas que afirman que existe conocimiento práctico las designo como doctrinas iusnaturalistas" (WEINBERGER, O., *Norm und Institution*, cit., p. 72).

ético o ético-político, como ocurre con Rawls; en otros, la doctrina se formula directamente al hilo de la problemática de la metodología y la decisión jurídica, como sucede con Dworkin, y desde ahí se extrapola a otros ámbitos la doctrina construida; y existen autores que extienden su filosofía práctica de índole cognitivista tanto al campo de la teoría ética general como al del sistema jurídico y la decisión jurídica, como ocurre con Habermas²⁰.

Esta evolución explica que la llamada teoría de la argumentación venga ocupando en los últimos años un lugar creciente en la reflexión iusfilosófica. Su tema básico es el de la racionalidad de la valoraciones que acontecen en la decisión jurídica y su postulado fundamental es que la racionalidad de las mismas se acredita sobre la base de ciertos requisitos formales o procedimentales del discurso o argumentación con que las valoraciones se justifican o fundamentan²¹. Mas que la problemática última es esencialmente epistemológica se pone de relieve si vemos que la discusión inicial o de fondo versa sobre si es posible la razón práctica, sobre si cabe un conocimiento racional de valores, ya se sostenga que el razonamiento jurídico en que esos valores se justifican es una rama del razonamiento práctico general, si bien con notas específicas, como quiere Alexy, ya que es un razonamiento práctico especial y distinto. Pero en el propio enunciado de este problema se aprecia

20. HABERMAS expresa su filosofía del derecho en su libro *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt M., Suhrkamp, 1992. Un resumen crítico de esta obra puede verse en GARCÍA AMADO, J. A., "La filosofía del derecho de Jürgen Habermas", *Doxa*, 13, 1993, pp. 235-258.

21. Como dice Klaus Günther, se trata de mostrar, "qué clase de fundamentos son relevantes en qué momento de la argumentación jurídica si se quiere mantener la pretensión de que los juicios jurídicos singulares son algo más que decisiones casuales, ejercicios de poder o meros elementos de enlace en la reproducción del código jurídico" (GÜNTHER, K. "Vernunftrecht - nach dem versäumten Augenblick seiner Verwirklichung", *Kritische Justiz*, 25, 1992, p. 195).

con claridad cómo la discusión de base tiene fundamentales ribetes epistemológicos.

c. *Producto/sistema jurídico*

Hemos dicho que el punto central de la preocupación epistemológica está en el sujeto y la racionalidad de sus juicios. El análisis del sistema jurídico en tanto que producto dado o material de reflexión tiene aquí un interés derivado y condicionado por las tesis que se sostengan respecto al eje anterior. Bajo la óptica epistemológica no importa tanto cómo es el derecho o en qué forma se estructura, cuanto cómo puede conocerse y qué estatuto de certeza o racionalidad poseen los juicios sobre él. Pero la manera de entender el sistema jurídico en cuanto objeto o material dado dependerá en buena medida de las tesis epistemológicas que se sustenten.

Si se pone en la lógica la clave de la racionalidad, el sistema jurídico se verá como producto racional o irracional, o como susceptible o no de conocimiento, según que se entienda o no como lógicamente articulado. Cuando se piensa que la única o superior racionalidad es la del conocimiento empírico, se tratará de ver el derecho como conjunto de hechos, si es que se quiere defender que sea posible un conocimiento racional y fiable de lo jurídico. Si se cree que cabe la racionalidad práctica no habrá inconveniente en incorporar al sistema jurídico principios o valores metapositivos. La epistemología que se profesa condiciona, pues, o bien el modo de entender la composición de lo jurídico o bien el juicio acerca de la racionalidad o irracionalidad del derecho en cuanto material o producto dado. Si el derecho consta únicamente de aquello que admite conocimiento racional, podrá verse el sistema jurídico como producto racional o susceptible de racionalización; si se admite que posee componentes que no encajen en lo que la epistemología de turno admita como material susceptible

de conocimiento, el juicio acerca de la racionalidad de los ordenamientos tendrá que ser en todo o en parte negativo.

d. *Contexto*

La inserción contextual del derecho se plantea desde el punto de vista epistemológico ante todo como problema de la relación entre el conocimiento jurídico y los conocimientos que versan sobre otro tipo de realidades: economía, sociología, ciencia política, antropología, etc. El escepticismo ontológico y epistemológico en materia jurídica suelen llevar a propugnar la apertura de los estudios jurídicos hacia las aportaciones de otras ciencias del hombre y de lo social que muestren los verdaderos perfiles del derecho como fenómeno comportamental y societario. En esa clave se puede entender la corriente de pensamiento que en la Alemania de los años sesenta y setenta postulaba la mayor presencia de las ciencias sociales en el estudio del derecho y en la formación de los juristas. Curiosamente, el retorno de la confianza en la razón práctica como garante de la racionalidad jurídica supuso una vuelta atrás en esa dirección que pretendía fundir la ciencia jurídica y la filosofía del derecho en las ciencias sociales, y un regreso de la iusfilosofía a temas comunes ya no con esas ciencias, sino con la ética y la filosofía política. Sólo al nivel de la sociología del derecho se mantiene aquella conexión, si bien hay que reconocer que la iussociología o bien tiene grandes dificultades para consolidarse como disciplina jurídica o bien adolece de una permanente discusión acerca de si su estatuto es prioritariamente sociológico o jurídico, sobre si sus resultados interesan sólo a quien estudia la sociedad o poseen relevancia central para conocer qué sea el derecho, y no sólo utilidad instrumental para el legislador o ciertos operadores jurídicos guiados por intereses distintos del conocer.

III. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Esta parte tercera de nuestra división de la iusfilosofía tiene su centro de atención en el que hemos denominado tercer eje de cuestiones, referidas al derecho en tanto que sistema o producto dado. La teoría general del derecho se plantea como examen o análisis de los caracteres estructurales del derecho, asumido o entendido como sistema de normas estructuradas con arreglo a ciertas relaciones formales. El auge de la teoría general del derecho va unido a la preponderancia de un modo determinado de concebir lo jurídico, como sistema de normas positivas, y se impone como temática iusfilosófica²² con el triunfo del modo positivista de ver el

22. Conviene mencionar que el auge de la "teoría del derecho" (*Rechtstheorie, Jurisprudence*) ha llevado a veces a hacer de ella una disciplina distinta de la filosofía del derecho. Así se observa por ejemplo en Alexy y Dreier, para quienes la teoría del derecho o *Jurisprudence*, en cuanto "teoría jurídica del derecho", sería distinta de la "teorías filosóficas del derecho", por ocuparse más estrechamente con temas del ámbito de la decisión judicial y de otras formas de decisión jurídica. A la teoría del derecho pertenecerían la teoría general del derecho, la metodología jurídica y la teoría de la ciencia jurídica, mientras que la filosofía del derecho se ocuparía de la historia de la filosofía jurídica y de la ética jurídica (ALEXY, R., DREIER, R., "The Concept of Jurisprudence", *Ratio Juris*, 3, 1990, p. 4). Aquí no compartimos esa visión restrictiva de la filosofía del derecho e integramos dentro de ella la teoría del derecho. Algo parecido podría decirse de la concepción de Ost y van Hoecke, para quienes la *legal theory*, a diferencia de la filosofía del derecho, trata de desarrollar explicaciones de carácter no normativo y no valorativo (VAN HOECKE, M., OST, F., "Epistemological Perspectives in Legal Theory", *Ratio iuris*, 6, 1993, p. 34). Para estos autores, la misión de la teoría del derecho es coordinar y sistematizar en base interdisciplinaria las aportaciones de disciplinas como la lógica del derecho, la sociología jurídica, la antropología jurídica, la psicología jurídica, la semiótica jurídica y el análisis económico del derecho (*ibid.*, p. 33). Ya Kelsen había trazado claramente la separación: "Creo que la filosofía del derecho y la teoría general del derecho tienen por igual su razón de ser. La filosofía del derecho trata de responder a la cuestión de qué reglas debe el derecho adoptar o establecer; en otros términos, su tema específico es el problema de la *justicia*. Dado que la justicia es un postulado de la moral, la filosofía del derecho constituye una rama de la filosofía moral o ética. Su método es el mismo de

derecho. Se acepta que éste es exclusiva o prioritariamente un sistema o conjunto estructurado de normas positivas. Esas normas se expresan en un lenguaje, tienen una naturaleza esencialmente lingüística y aparecen ordenadas sistemáticamente con arreglo a ciertos principios formales. La teoría general del derecho se plantea como disciplina o rama que trata de poner de manifiesto los caracteres básicos que conforman las normas jurídicas y los conceptos utilizados en el derecho y en la ciencia jurídica, y como análisis también de las interrelaciones lógicas que presiden la incardinación de las normas en el sistema, así como de las notas especificadoras de los sistemas jurídicos²³.

esta disciplina. Por el contrario, la teoría general del derecho tiene como tema el derecho *tal como es de hecho*, efectivamente, es decir, el derecho *positivo*, tanto nacional como internacional. Su objetivo es analizar la estructura del derecho positivo y fijar las nociones fundamentales del conocimiento de este derecho" (KELSEN, H., Respuesta al cuestionario contenido en *Archives de Philosophie du Droit*, 7, 1962, p. 131).

23. Conviene distinguir la teoría general del derecho de la "teoría del derecho" (*Rechtstheorie*) que en los años setenta tuvo su eclosión en Alemania como alternativa, en buena medida, a la filosofía del derecho. Mientras la teoría general del derecho circunscribe su análisis a las formas y elementos del sistema jurídico y a los propios conceptos con que el sistema se construye y estudia, la *Rechtstheorie* se plantea con alcances más amplios, como cajón de sastre de temas y disciplinas que abarcan casi todo lo que se puede incluir en la filosofía del derecho, salvo los temas axiológicos. Dreier explica cómo a la *Rechtstheorie* se llega desde tres direcciones: la analítica inglesa, que da prioridad al análisis lógico y lingüístico, la realista, que propende al análisis sociológico y psicológico, y la neokantiana en Alemania, que culmina en el rechazo, por metafísica, de la filosofía del derecho entendida como teoría de los valores jurídicos. Ese origen plural hace que la *Rechtstheorie* se vea como cajón de sastre en el que concurren disciplinas particulares diversas, como la teoría general del derecho, la teoría del método jurídico, la antropología jurídica, la lógica deóntica, la lingüística jurídica y la informática jurídica. Por tanto, la relación entre teoría general del derecho y *Rechtstheorie* queda dibujada así por Dreier: "La expresión 'Teoría general del Derecho', por consiguiente, significa hoy, si se quiere, una 'Parte general' (*Allgemeine Teil*) de la Teoría del Derecho en su conjunto" (DREIER, R., "Concepto y función de la Teoría General del Derecho", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 52, 1978, p. 125). Lo que Dreier deja claro es que la *Rechtstheorie* surge

a. *Materia*

El objeto de análisis de la teoría general del derecho está constituido, como decimos, por las normas positivas, los conceptos jurídicos y los sistemas jurídico-normativos. La cuestión ontológica acerca de si el derecho posee un ser último distinto de esas normas y sistemas o, incluso, de cuál sea la esencia última de tales normas y sistemas se deja entre paréntesis, para pasar a examinar las normas y sistemas en cuanto realidades dadas y efectivamente operativas. De todos modos, el apogeo de esta rama obedece históricamente al predominio del escepticismo ontológico y epistemológico propios del modo positivista de contemplar el derecho. Si no existe o no puede conocerse la esencia última o la idea universal del derecho, o sus contenidos racionalmente necesarios, sí que cabe conocimiento cierto de la existencia de las normas positivas y los ordenamientos nacionales, y a la averiguación de sus rasgos básicos y sus relaciones se dedica esta teoría general²⁴. Si con el racionalismo kantiano y su acento en la

históricamente como "Teoría del Derecho positivo", por oposición a una filosofía del derecho entendida como teoría del derecho natural o como especulación en torno al derecho que debe ser y no al derecho que realmente es (*ibid.*, p. 129).

24. Cómo la problemática ontológica sigue operando en el trasfondo se comprueba, por ejemplo, cuando Hernández Marín explica que la expresión "teoría general del derecho", en su sentido actual, proviene de un trabajo de Adolf Merkel, de 1874, y tal disciplina sería "el estudio de los principios y nociones comunes a las diversas ramas de un ordenamiento jurídico y comprende incluso (a semejanza de la 'jurisprudencia general' o 'filosofía del Derecho positivo' de John Austin (1790-1859)) el estudio de los principios y nociones comunes a los diversos ordenamientos jurídicos" (HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica*, Barcelona, PPU 1989, p. 31). Ahora bien, según Hernández Marín, Merkel "pensaba que existen realmente, en un mundo ideal, en un mundo que no es el mundo de los hechos, principios y nociones que inspiran o se plasman en las diversas ramas de un ordenamiento jurídico y en los diversos ordenamientos jurídicos, siendo tarea de la teoría general del Derecho estudiar dichas entidades ideales". Por contra, Hernández Marín traza el objeto de la teoría general del derecho huyendo

epistemología el mundo que cuenta es el que puede conocerse, con el positivismo lógico y lingüístico el mundo que puede conocerse es el que puede expresarse en un lenguaje. Y el derecho, desde ahí, será visto fundamentalmente como lenguaje por la teoría general del derecho.

La lógica y la filosofía del lenguaje son sus útiles principales. Su labor es esencialmente clarificadora del lenguaje normativo y está guiada también por la búsqueda de las interrelaciones lógicas entre las normas y los sistemas jurídicos. No se trata, pues, de construir un modelo universal de derecho o de sistema jurídico, sino de partir de la efectiva estructuración del material normativo existente en un determinado ámbito histórico y espacial, a fin de descomponerlo analíticamente y descubrir sus estructuras, relaciones y presupuestos. Otra cosa es que por esa vía inductiva pueda acabar esta teoría preguntándose por los caracteres o los conceptos comunes a los derechos de cualquier lugar y tiempo, como quiso hacer Austin.

La orientación definitivamente antimetafísica de la teoría general del derecho se impondrá con la iusfilosofía analítica, que en la estela del positivismo lógico y de la filosofía del lenguaje ordinario se planteará el análisis del lenguaje jurídico como cometido principal de la filosofía del derecho. De este modo, la materia fundamental con que la teoría general del derecho opera es el lenguaje, el lenguaje jurídico con que las normas se expresan y, en su caso, también el lenguaje con que la ciencia del derecho describe su objeto y construye sus conceptos, buscando en uno y otro caso el rigor lógico y la clarificación conceptual. En suma, lo que del derecho se toma como materia de análisis es el lenguaje en que se

de esas implicaciones propias de una ontología jurídica idealista: "Por 'teoría general del Derecho' entiendo el estudio de las características o rasgos comunes a las diversas ramas de un ordenamiento jurídico o a los diversos ordenamientos jurídicos; pero, sin presuponer que existan, en algún mundo ideal, propiedades o rasgos que se plasman en las normas de las distintas ramas del Derecho o de los diversos ordenamientos jurídicos" (*ibid.*).

manifiesta y las relaciones lógicas entre sus términos. El derecho es visto como sistema de signos lingüísticos que se examinan en su vertiente sintáctica (lógica del lenguaje normativo) semántica (interpretación de los términos jurídicos, buscando limar las ambigüedades) e, incluso pragmática, poniendo en relación el lenguaje con los actos en que se utiliza o que con ese lenguaje son calificados.

b. *Sujetos*

Desde la teoría general del derecho la posición del sujeto no importa en tanto que sujeto cognoscente del derecho, tema propio de la epistemología. Se atiende ante todo a las posiciones subjetivas calificadas o clasificadas desde las normas y el sistema normativo. Lo que cuenta aquí como problema a investigar es el sujeto tal como se ve desde el propio sistema normativo; interesan las distintas posiciones o estatutos que resultan de la relación entre las normas y sus destinatarios, así como el papel que el propio sistema otorga a las acciones de los sujetos como elementos movilizados de su propia dinámica. El sujeto cuenta como titular de derechos, obligaciones, potestades, autorizaciones, inmunidades etc., pues comprender la interrelación entre esas distintas posiciones y de todas ellas con el sistema normativo, significa calar en la mecánica interna del funcionamiento de dicho sistema. En este campo la obra que abrió camino y es de obligada referencia es la de Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*²⁵.

La labor de clarificación conceptual que dentro de este apartado se lleva a cabo no es un mero ejercicio de virtuosismo analítico carente de relevancia práctica, pues de cómo se dibuje el mapa conceptual o lingüístico de las situaciones jurídicas posibles

25. HOHFELD, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina 1968, trad. de Genaro R. Carrió. El original inglés es de 1913.

dependerá el que tenga sentido o no hablar de cosas tales como derechos colectivos, derechos-deber, derechos de los animales, derechos de los niños, etc., asuntos todos de innegable trascendencia práctica

c. Producto/sistema jurídico

Si el eje central de la ontología jurídica era el de la materia y el de la epistemología jurídica los sujetos y sus juicios, el sistema en cuanto que producto dado y objeto de análisis es el eje fundamental de la teoría general del derecho. Téngase en cuenta que esta rama se impone en el momento en que no sólo es visto el derecho positivo como el único o principal objeto posible de análisis iusfilosófico, sino que en todo momento ese derecho positivo se concibe como conjunto o sistema ordenado con arreglo a una determinada lógica interna. Pues bien, como ya se ha dicho, a la teoría general del derecho le interesa tanto la descomposición del sistema para analizar en sus partes y en su lenguaje sus elementos constitutivos, las normas y, en su caso, los conceptos, como la visión de conjunto del sistema para averiguar cuáles son las notas lógicas o formales que lo estructuran, de qué tipo es la interrelación entre sus elementos y qué términos son constitutivos del lenguaje que permite operar al sistema y mantener su dinámica.

En esta sede de análisis estructural y formal del sistema tienen cabida asuntos como la clasificación de las normas y de los sistemas jurídicos, el examen de las partes de las normas jurídicas, el análisis formal del razonamiento jurídico, el examen de los tipos de relaciones entre normas, tales como las de jerarquía, especialidad, deducibilidad o correspondencia, etc. Del mismo modo, a esta parte pertenece el examen de los mecanismos formales de la producción normativa, con su complemento en la teoría de la derogación.

d. *Contexto*

Hemos dicho que la teoría general del derecho contempla las estructuras internas del ordenamiento y las notas características de los elementos de que se compone, y que lo externo al sistema, como los sujetos, lo observa con los parámetros clasificatorios o de calificación que el ordenamiento ofrece. Lo mismo ocurre con el contexto. No corresponde a la teoría general ocuparse de los condicionamientos sociales de lo jurídico o de la interrelación empírica entre derecho y sociedad. Los fenómenos sociales le interesan únicamente como campo sobre el que formalmente operan las categorías jurídicas como esquemas clasificatorios. La teoría general del derecho no atiende a las conductas en su materialidad o en sus determinaciones objetivas, sino únicamente en cuanto objeto de categorización deóntica. Vista la sociedad desde el derecho, sus normas y sus categorías, se puede utilizar el tópico de que el derecho, como el aire, está por todas partes, pues toda conducta es susceptible de clasificación bajo el esquema de lo jurídicamente prohibido o permitido. El contexto interesa a la teoría general del derecho fundamentalmente a efectos de la discusión de temas como la llamada cláusula de cierre, el "espacio libre de derecho" o las relaciones formales entre sistemas jurídicos diversos.

IV. FILOSOFÍA SOCIO-JURÍDICA

La filosofía socio-jurídica²⁶ sería aquella parte o rama de la

26. Tomo la denominación de HERNÁNDEZ MARÍN, R., "Concepto de la Filosofía del Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 10, 1993, p. 175, quien, tras definir la filosofía socio-jurídica como aquélla que contempla el derecho "como un fenómeno social, relacionado con otros fenómenos sociales", la rechaza como modelo de iusfilosofía y la contrapone a la "filosofía del Derecho en sentido estricto", que tendría dos partes: la teoría general del

filosofía del derecho que atiende a la interrelación entre el derecho y la sociedad. El eje en torno al que se centra es el contexto. Busca una explicación de la interacción entre derecho y sociedad, lo que supone un estrecho parentesco de esta rama con la sociología jurídica. Pero no se confunde con una sociología del derecho puramente empírica y estadística, sino que más bien se acerca a la teoría de la sociedad o la filosofía social²⁷. Se trata de ofrecer explicaciones y conceptos relativos al derecho pero concibiendo éste como parte de un todo social más amplio con el que interactúa, de modo que esos conceptos y explicaciones habrán de ser parte de un sistema teórico mayor en el que se exprese la visión de la mecánica de las relaciones sociales.

Me atrevería a decir que la década de los ochenta señala el principio del auge de esta rama o perspectiva explicativa de lo jurídico. Si la crisis de la metafísica significó el tránsito del predominio de la temática ontológica a la temática epistemológica; si la crisis del positivismo puramente empirista y el auge del positivismo lógico, con su exaltación de la racionalidad formal y lingüística como supremas pautas de racionalidad, conllevaron el predominio de la teoría general del derecho de inspiración analítica,

Derecho y la teoría de la ciencia jurídica. Ya anteriormente este mismo autor había dicho que "aunque en la reflexión filosófico-social el Derecho sea un objeto de estudio (en realidad, objeto de especulación acientífica) más o menos importante, la filosofía social, por definición, no es filosofía del Derecho" (HERNÁNDEZ MARÍN, R., "Filosofía del Derecho", en FERREIRO, J. J., etc. (eds.), *La enseñanza del derecho en España*, Madrid, Tecnos 1987, p. 97).

27. Señala Opalek que, la filosofía del derecho debe ser también filosofía social, es decir, "partiendo del derecho, debe presentarlo como uno de los fenómenos sociales, explicar la interdependencia con los otros fenómenos sociales y la participación en el cambio social" (OPALEK, K., "Tre lezioni introduttive alla filosofia del diritto", cit., p. 275). Para la idea de "teoría de la sociedad" o "filosofía social" que aquí manejamos, y para sus interrelaciones con la teoría jurídica y la filosofía del derecho, puede verse GARCÍA AMADO, J. A., Voz "Société (Théorie de la)", en *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ª ed., Paris, L.G.D.J. 1993, pp. 557-559.

la crisis de los esquemas positivistas a la que en los últimos años se asiste ha significado la búsqueda de nuevos paradigmas explicativos para el derecho.

Esa crisis reciente se puede desglosar en dos aspectos relacionados. Por un lado, hay un declive progresivo de la idea del derecho como medio o instrumento único o prioritario de control social, especialmente de control negativo. Esto se traduce no sólo en un cambio en el modo de utilizar la herramienta jurídica, de manera que, como con suma claridad señaló Bobbio²⁸, se pasa del derecho como medio de control, basado casi exclusivamente en sanciones negativas, al derecho como medio de dirección social, mediante una mecánica sancionatoria de carácter positivo apoyada en incentivos para los comportamientos que se quiere promover. Además, la creciente complejidad tanto de la configuración interna de los sistemas jurídicos, como de la trama de relaciones entre sistemas jurídicos diversos (piénsese en el constante aumento del papel que juega el derecho internacional, en el crecimiento de las relaciones jurídicas transnacionales, en el difícil encuadre categorial de las relaciones entre derecho comunitario y sistemas nacionales, etc.) hacen cada vez más dificultosa la aplicación de los esquemas, en el fondo muy simples, de la teoría general del derecho de raigambre positivista y formalista²⁹.

Por otro lado, como segundo aspecto de la mencionada crisis de la visión positivista del derecho, cunde en la teoría de los últimos años la idea de que no es el derecho el mecanismo único o ni siquiera prioritario de estructuración social y de dirección de los comportamientos y gobierno de las sociedades. Más bien se

28. Cfr. BOBBIO, N., "Hacia una teoría funcional del derecho", en *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Astrea 1976, pp. 9 ss., especialmente 24 ss.

29. Véase al respecto, LA TORRE, M., "Derecho y conceptos de derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 16, 1993, pp. 75-76.

acrecienta la impresión de que el derecho positivo es una emanación superestructural que sanciona u oculta un funcionamiento del poder que opera por otras vías, fundamentalmente la económica y la ideológica. Repárese por ejemplo en que la conciencia de esta realidad ha llevado a ciertos movimientos que en nuestros días pretenden cambios sociales a buscar vías de actuación alternativas³⁰. Así, va quedando demostrado que el derecho es impotente para detener el deterioro ecológico, con lo que presta mejores resultados para ese fin la acción educativa y propagandística. De la misma manera, una buena parte del movimiento feminista rechaza el instrumento jurídico como cauce de igualación social de la mujer y apela también para sus objetivos a vías alternativas³¹.

Piénsese también hasta qué punto la corrupción política y económica que inunda los Estados occidentales en nuestros días socava los fundamentos jurídicos de la convivencia y erige en clave de los comportamientos básicos que rigen los Estados otro tipo de relaciones e intereses distintos de los que el derecho proclama y supuestamente protege³². Y, por poner un ejemplo más, inves-

30. Muy gráficamente explica Pérez Luño que en nuestras sociedades se dan simultáneamente los fenómenos de "hipertrofia legislativa" e "hipostenia legislativa": como consecuencia de la mitificación de la ley y de la atribución al legislador de la resolución de cada vez más y más intrincados problemas sociales acaba por desvirtuarse el mecanismo legislativo en su estructura formal y en su eficacia, por lo que acaba en un "debilitamiento y desconfianza respecto a la legalidad como marco de solución de los conflictos sociales" (PÉREZ LUÑO, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, cit., pp. 80-81).

31. Mas no sólo los movimientos "alternativos" toman conciencia de la ineficacia del derecho como medio de transformación o dirección social. También, como dice López Calera, "los grupos oligárquicos tienden a dominar los subsistemas sociales no jurídicos, porque saben que allí están las claves de la determinación de la realidad histórica. La economía, la cultura y la información son ámbitos más eficaces para la intervención pública que lo político o lo jurídico" (LÓPEZ CALERA, N. M., *Filosofía del Derecho*, Granada, Comares 1992, pp.15-16).

32. Este aspecto ha sido destacado recientemente por Ferrajoli como expresión de lo que denomina "crisis de la legalidad", crisis que se expresa en "la ausencia o ineffectividad de los controles y en la variada y espectacular

tigaciones sociológicas como la de Boventura de Sousa Santos³³ ponen de relieve cómo en el seno de los Estados nacionales existen grandes islas en las que el derecho positivo formal apenas cuenta y donde los grupos dirimen los conflictos con arreglo a normas de implantación social informal o espontánea, lo cual lleva a numerosos autores de hoy, especialmente en Francia, a sostener que se da en nuestras sociedades un pluralismo jurídico, una pluralidad de sistemas jurídicos interactuantes, en lugar del sistema jurídico único por cada Estado, como es dogma en el positivismo³⁴.

Ante todas esas situaciones la teoría jurídica ha de plantearse una explicación del derecho que atienda a su función efectiva en la sociedad y a los factores sociales que condicionan su realidad. Y una teoría de tal tipo sólo puede ser una parte dentro de una más amplia teoría de la sociedad. La filosofía del derecho no puede renunciar a este campo de estudio, ya que cualquier disquisición sobre el ser del derecho que no sea capaz de mantener los ojos abiertos ante el efectivo ser social del derecho terminará perdiéndose en especulaciones gratuitas. De la misma manera una teoría del conocimiento jurídico no podrá dejar de prestar atención a los mecanismos sociales del conocimiento y a la implantación y función social de las disciplinas que estudian el derecho. Y una filosofía del derecho que quiera agotarse en teoría general del derecho y cierre los ojos al cómo y el porqué de la precisa

fenomenología del ilegalismo del poder", que da pie a un sistema de corrupción que se desarrolla como una especie de "Estado paralelo" (FERRAJOLI, "Il diritto come sistema di garanzie", *Ragion pratica*, 1, 1993, p. 143).

33. Vid. especialmente DE SOUSA SANTOS, B., *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, Coimbra, 1980 (separata del número especial del *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, "Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Teixeira Ribeiro, 1979).

34. Desde las filas del pluralismo jurídico y propugnando, ante la crisis de la idea del derecho como sistema formal y cerrado, nuevos modelos explicativos del derecho que lo vean como sistema informal y abierto, véase ARNAUD, A. J., "Du jeu fini au jeu ouvert. Réflexions additionnelles sur le Droit post-moderne", *Droit et Société*, 17-18, 1991, pp. 38-55.

configuración que los sistemas y conceptos jurídicos revisten en cada momento, estará condenada a perderse en un conceptualismo estéril para el conocimiento de lo jurídico, por muy refinado que sea su instrumental de análisis. Al fin y al cabo, si el derecho es lenguaje, la perspectiva completa sólo se tendrá cuando se estudie algo más que su sintaxis y su semántica: habrá que mirar también cómo y por qué se usa en la sociedad ese lenguaje y de qué manera se dictan o se imponen las reglas del mismo. Con esta óptica, la filosofía del derecho recupera plenamente su conexión con la praxis del derecho.

a. *Materia*

La materia objeto de análisis es la sociedad misma, el conjunto de relaciones sociales en las que el derecho se incardina como un factor más, determinándolas y determinado por ellas. Son los mecanismos del funcionamiento social el objeto primero de análisis, tomando el derecho como uno más de ellos.

Indudablemente, los resultados de ese examen estarán determinados por la concepción del todo social de que se parta, con lo que también aquí las implicaciones ontológicas están patentes. Ahora bien, se tiende en el tiempo actual, bajo la influencia de teorías de la sociedad de diverso cuño, a ver hasta las mismas concepciones ontológicas como funcionales para el modo de desenvolverse la sociedad. Enfoques sistémicos, etnometodológicos, deconstruccionistas o ligados a la llamada filosofía de la posmodernidad propenden a disolver hasta la propia teoría social en el seno de una mecánica inmanente a los sistemas sociales que dicta incluso los patrones explicativos y las categorías conceptuales como escalas de su propio desenvolvimiento, como elementos de

la autorreproducción del sistema en el plano simbólico³⁵, plano que operaría como fundamental factor aglutinante. También estos planteamientos recientes tienden a ver el derecho como lenguaje, pero como parte de un discurso social que es colectivo, no como texto cuyo sentido último se agote en el análisis sintáctico y semántico.

b. *Sujetos*

Para la filosofía socio-jurídica no interesa prioritariamente el sujeto individual, sino el grupo social. Los individuos aparecen como piezas fungibles de un mecanismo de vida colectiva cuyas reglas se trata de desentrañar. Es más, la filosofía socio-jurídica puede atribuir la condición de sujetos del hacer social a colectivos o agrupaciones de todo tipo. Piénsese, por ejemplo, en el papel que desempeñan los distintos sistemas sociales, como subsistemas del sistema social global, en la teoría sistémica de Luhmann o en la teoría del derecho reflexivo de Teubner o Willke. Se trata de uno de los casos en que viene a cuento lo que se está llamando la desaparición del sujeto en la actual teoría social.

Desde esos parámetros sistémicos la dinámica social no se explica como obra del hacer de sujetos individuales, sino como resultado de mecanismos sistémicos, del interactuar de sistemas

35. Ese planteamiento está magistralmente representado por Boventura de Sousa, que resalta la dimensión simbólica de todos los conceptos con los que la ciencia social se representa todo tipo de realidades sociales, incluido el derecho, y se propone, mediante una analogía geográfica, trazar una "cartografía simbólica del derecho", pues "el derecho, esto es, las leyes, las normas, las costumbres, las instituciones jurídicas, es un conjunto de representaciones sociales, un modo específico de imaginar la realidad que, a mi entender, tiene muchas semejanzas con los mapas". Vid. DE SOUSA SANTOS, B., "Uma cartografia simbólica das representações sociais: o caso do direito", *Revista crítica de ciências sociais*, 24, marzo 1988, pp. 139ss. La cita corresponde a la página 141.

sociales (el jurídico, el científico, el moral, el económico, etc.), cada uno de los cuales se rige por su propio código interno y contempla el resto de la realidad en sus claves propias. El sujeto individual, desde esos planteamientos, no existiría; tan sólo queda de él la visión que cada sistema tenga de sus respectivos sujetos; no cuenta el ser humano como realidad independiente y autónoma, sino el titular de derechos y obligaciones jurídicos, el organismo biológico, el que tiene o no tiene bienes económicos, etc. La racionalidad que importa es la "sistémica", la del sistema social como sistema de interacciones comunicativas, no la del razonar individual acerca del conocimiento de las cosas, conocimiento que sólo es posible como verdadero en tanto que conocimiento mediatizado por la inserción sistémica del sujeto.

c. Producto/sistema jurídico

Bajo el punto de vista funcional que aquí domina, no interesa del sistema jurídico su articulación interna o su modo de estructurarse, sino sus efectos hacia el exterior. Es la dinámica recíproca de causas y efectos entre el sistema jurídico y el resto de la realidad social lo que importa aquí. Por tanto, el derecho es tomado como sistema de relaciones entre fenómenos, y se trata de averiguar qué mecanismos gobiernan esas relaciones y cómo puede forjarse un sistema de conceptos teóricos capaz de dar cuenta de la complejidad de las mismas.

d. Contexto

Es, como ya se ha señalado, el eje central de la investigación socio-jurídica. Más aún, tal como acabamos de ver que se dibuja la visión del sistema jurídico, se puede incluso sostener que en esta perspectiva desaparece la diferencia entre el derecho y su contexto,

pues uno y otro son por igual centro de atención, y sólo se precisa tener claro, aunque sea en términos puramente convencionales, qué realidad dentro del cuadro social se califica como derecho, para, a continuación, proceder a mostrar de qué índole son sus interacciones con el resto de los fenómenos sociales.

La filosofía socio-jurídica, así planteada, tiene claras connotaciones prácticas. No sólo porque sus teorías o descubrimientos son susceptibles de utilización tecnocrática, sino también porque sus doctrinas admiten casi siempre una lectura política y sirven para la crítica de la práctica jurídico-política en vigor. Piénsese que uno de los dilemas o centros de discusión a propósito de la función social del derecho es el que enfrenta a quienes defienden que el derecho puede desempeñar una labor fundamental de dirección y ordenación social y a quienes propugnan que la sociedad puede organizarse mejor y progresar más si se deja que operen sin restricciones jurídicas otros mecanismos o dinámicas sociales. Recuérdese, por seguir con ejemplos ya utilizados, cómo Luhmann critica por sus consecuencias contradictorias y contraproducentes las pretensiones de juridificar la protección de los bienes ecológicos³⁶, o cómo la teoría jurídica de Teubner lleva a propugnar un derecho abstencionista en relación con la dinámica económica³⁷.

36. Para un repaso crítico de algunas de las vías que, desde doctrinas próximas a la teoría de sistemas autopoieticos, se han propuesto como alternativa a la protección jurídica de la ecología puede verse OST, F., "L'auto-organisation écologique des entreprises: un jeu sans conflits et sans règles?", *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, 28, 1992, pp. 147-175.

37. Sobre esto último, cfr. GARCÍA AMADO, J.A., "Sociología sistémica y política legislativa", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 5, 1988, especialmente pp. 268 ss; GARCÍA AMADO, J.A., "Sobre los modos de conocer el derecho. O de cómo construir el objeto jurídico", *Doxa*, 11, 1992, pp. 209-210.

El siguiente cuadro resume los temas de la filosofía del derecho que hemos venido glosando y recoge también qué eje predomina en cada una de esas ramas y en qué momento o bajo qué coordenadas teóricas predominó cada una de ellas.

	Ontología jur.	Epistemología jur.	Teoría Gral. D ^o	Fil. soc-jur.
Materia	***			
	Pensam. clásico			
Sujeto		***		
		Racionalismo		
Sistema			***	
			Positivismo/E ^o social	
Contexto				***
				Posmodernidad Crisis del E ^o

Si esos son los campos principales en que se divide la filosofía del derecho, es posible preguntarse dónde quedan otras partes habitualmente citadas como integrantes de la filosofía jurídica. Hemos dicho que el cometido último del filósofo del derecho es dar un concepto y una explicación de lo jurídico que abarque todos los aspectos y dimensiones del derecho. Para ello, ciertamente, tendrá que echar mano de las aportaciones de otros sectores de estudio u otras disciplinas. Pero que el filósofo del derecho deba conocer desde el derecho positivo hasta las construcciones de la dogmática jurídica no quiere decir que el estudio del derecho positivo sea su fin básico o que la dogmática jurídica sea una parte de la filosofía del derecho.

Consideraremos brevemente la ubicación de otros estudios o disciplinas que tienen que ver con la práctica investigadora o docente de los filósofos del derecho, o que se mencionan entre las partes de su materia, pero que, en mi opinión, no constituyen aspectos independientes o principales de ésta.

Un primer grupo de materias serían aquéllas que o bien son fundamentales en el acervo de conocimientos de un filósofo del derecho (ejemplo, la historia de la filosofía, en particular, de la filosofía del derecho y del Estado) o que versan sobre aspectos que en la filosofía del derecho se discuten con profusión (caso prototípico es la teoría de la justicia). Pero, pese a esa su importancia (del mismo modo que importante es también que el iusfilósofo conozca la dogmática jurídica de su momento) su estudio completo y específico se puede considerar como propio de otras disciplinas, lo que no quiere decir que no pueda el filósofo del derecho hacer al mismo aportaciones relevantes (de la misma manera que nada impide que un filósofo del derecho realice importantes estudios en materia de letra de cambio o de arrendamientos).

Entre esas disciplinas fundamentales para el filósofo del derecho pero cuyo estudio completo pertenece a otros especialistas, o que justifican la existencia de otras disciplinas, están, de modo muy destacado, la teoría de la justicia y la historia de la filosofía del derecho.

La teoría de la justicia, o la axiología jurídica en general, es cometido de la disciplina filosófica denominada ética. La teoría acerca de qué sea el bien o de cómo se fundamentan los valores pertenece a la ética. No hay una justicia específica del derecho, ni un sistema de valores éticos específico e independiente para el derecho, por mucho que la justicia y los demás valores revistan notas especiales al predicarse de las normas o las acciones jurídicas; pero también la teoría general de la justicia o de los valores morales se especifica al aplicarse a la familia, o a las relaciones entre Estados, o a las relaciones de amistad entre las personas, o a las prácticas profesionales, o a la ciencia, sin que por ello haya que

entender que la ética se fragmenta en tantas subdisciplinas diferentes como campos de acción de la moral, que son tantos como amplio es el espectro de las acciones humanas.

Por supuesto, son numerosísimos los filósofos del derecho que se ocupan de asuntos de ética, del mismo modo que otros muchos realizan investigación sociológica y hasta teológica, sin que esto dé pie suficiente para entender que la ética, la sociología o la teología sean ramas de la filosofía del derecho. Una cosa es trazar el cuadro de los temas centrales y específicos de la iusfilosofía, como hemos pretendido en las páginas anteriores, y otra bien distinta levantar acta de la variedad de asuntos cultivados por los iusfilósofos. Del mismo modo, se puede comprobar que, por ejemplo, numerosos civilistas han escrito sobre temas de filosofía del derecho, sin que por eso deba pensarse que la filosofía del derecho es una parte del derecho civil.

La idea de que el filósofo del derecho tiene como tarea prioritaria la de descubrir cuál sea el derecho justo es probablemente una secuela de la vieja idea de que la justicia es componente esencial del concepto de derecho. La discusión de esa tesis conceptual sí es un cometido central del iusfilósofo, pero la discusión acerca de qué sea lo justo (y ya no de qué sea lo jurídico) no podrá desarrollarse con garantías al margen de la disciplina filosófica que llamamos ética. Que los resultados de la ética sean de la mayor importancia para el iusfilósofo no puede discutirse; que el iusfilósofo deba suplantar al filósofo moral o que ambas disciplinas se solapen es más cuestionable. Como dice Guastini, "las doctrinas de la justicia, las valoraciones críticas del derecho y similares son cosas, todas ellas, que habitualmente se sitúan en el campo de la filosofía política y/o de la ética normativa. El análisis lógico de los juicios de valor, por su parte, constituye el campo específico de la metaética³⁸".

38. GUASTINI, R., *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli 1990, p. 303.



Insisto. Las aportaciones de la ética en estos temas han de ser conocidas por el filósofo del derecho y pueden perfectamente figurar entre sus enseñanzas en las Facultades de leyes; y puede el iusfilósofo hacer incursiones en las investigaciones en ese campo, igual que puede hacerlas en la sociología y el derecho civil. Pero los temas centrales a los que la filosofía del derecho tiene que responder y que justifican su existencia como disciplina autónoma que trata del objeto jurídico, son otros.

Y aún un argumento más en favor del carácter derivado de la teoría de la justicia como rama de la filosofía del derecho. El que se considere que es posible construir con sentido una teoría de lo justo o qué caracteres revista ésta, en su caso, dependerá de qué postura mantenga cada autor en materia ontológica y epistemológica. El escepticismo en esos campos descalifica el tema de la justicia, materialmente entendido, como cuestión iusfilosófica. Sólo desde una ontología que pueda asumir la existencia de valores como objeto de conocimiento, y de una epistemología que crea que existen medios intelectuales para el conocimiento cierto de valores, tiene sentido plantearse la elaboración de una teoría de la justicia que sea algo más que crítica de las teorías de la justicia. Mas, naturalmente, cuando se estima que la justicia es constituyente ontológico del verdadero ser del derecho y que es posible para el hombre conocer cuál sea el derecho justo, el verdadero derecho, el desarrollo de una teoría de la justicia será requisito ineludible para que pueda la filosofía del derecho ofrecer y desglosar el concepto de derecho, tal como es su cometido.

Algo en cierto modo similar ocurre con los derechos humanos como tema iusfilosófico. En los derechos humanos podemos distinguir dos aspectos principales: el positivo y el moral. Como derechos positivados, es decir, como parte del derecho positivo, su estudio corresponde a la dogmática o ciencia jurídica, fundamentalmente la dogmática constitucional, pero también la del derecho internacional, etc., en cuanto una parte más de sus respectivos campos de investigación sobre el derecho positivo. Todo

lo más que desde ese punto de vista queda para la teoría general del derecho, como parte de la filosofía jurídica, es la clarificación conceptual de "derechos humanos" o "derechos fundamentales", o de cada uno de ellos en concreto, tratando de responder a cuál sea su significado y su encaje en categorías jurídicas como las de "derecho subjetivo", "deber", etc.

El segundo aspecto de los derechos humanos es su dimensión moral. Aquí la clave está en su fundamentación filosófica, en las razones que avalan el juicio de que el derecho debe tener un contenido que respete determinadas libertades o pretensiones de los individuos. Más con ello hemos vuelto a la teoría de la justicia, esto es, a la ética, con lo que rigen de nuevo las consideraciones anteriores. Hablar, por ejemplo, de los derechos humanos como "derechos morales" apenas tiene sentido dentro de la teoría general del derecho, y es más bien discusión acerca de si la terminología de los derechos tiene también cabida coherente dentro de la ética, es decir, de una disciplina que no opera con normas jurídicas, sino con reglas de otro tipo.

En suma, también el de los derechos humanos es un campo importante, pero secundario como objeto de la filosofía del derecho. En cuanto derecho positivo, es una parte más dentro del ámbito de la ciencia jurídica y uno más de los aspectos del sistema jurídico que la teoría general del derecho observa con miras analíticas. En materia de su fundamentación moral, la ética es el campo apropiado. Y en lo que tiene que ver con la discusión de si pueden existir como derechos jurídicos (valga la redundancia) distintos de los reconocidos por el derecho positivo, nos vemos abocados a los temas de la ontología y la epistemología jurídica. No se discute, pues, que este campo admita investigación iusfilosófica. Hay en los derechos humanos problemas relativos, por ejemplo, a su concepto y a su fundamentación que recibirán su mejor tratamiento desde los sectores de la filosofía jurídica. Lo que sostengo es que lo mismo ocurre con otras ramas del ordenamiento, llenas también de cuestiones merecedoras de suscitar el

interés de los iusfilósofos. Piénsese en el caso del derecho penal y los problemas relativos a la justificación del castigo penal, la medición de la pena, o la dimensión filosófica y científico-social de conceptos centrales de la dogmática penal, como culpa, libertad, imputación, bien jurídico, etc.; por no hablar del derecho constitucional, plagado de problemas relacionados con la filosofía del derecho. Estas circunstancias hacen que el de los derechos humanos sea un ámbito en el que se aprecia con particular fuerza la importancia para el iusfilósofo del trabajo interdisciplinar, pues si se intenta ofrecer una visión global del concepto y la fundamentación de los derechos humanos habrá que operar integrando las aportaciones del derecho constitucional, la historia del derecho y del pensamiento político, el derecho internacional, la ética, etc.³⁹.

En cuanto a la historia de la filosofía del derecho, su estudio es, desde luego, de la máxima importancia para el filósofo del derecho, y su enseñanza sumamente formativa para el estudiante. Que el filósofo del derecho debe dominar la historia de su disciplina y la sucesión de las doctrinas es tan indudable como que el economista ha de saber de historia de la economía o el filósofo moral de historia de la ética. Pero no implica que la investigación sobre la historia de la iusfilosofía sea tema central de la misma; es, más bien, presupuesto indispensable, punto de partida imprescindible. Además, también aquí cabe argumentar que la historia de la filosofía del derecho es una parte dentro de la historia de la filosofía y que tiene dentro de esta última su sede más apropiada y coherente.

Consideraciones un tanto similares caben también a propósito de la lógica jurídica. Por una lado, puede verse como una dimen-

39. Al fin y al cabo, como dice Prieto Sanchís, "los derechos humanos no constituyen una entidad autónoma que pueda ser enjuiciada al margen y con independencia del resto de los elementos básicos del sistema que forman en conjunto una filosofía política de origen histórico y de perfiles muy precisos" (PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate 1990, p. 14).

sión más de la lógica general, por mucho que quepa elaborar sistemas específicos de lógica deóntica como propios de los sistemas normativos. Por otro lado, que en la filosofía del derecho, en especial en la parte correspondiente a la teoría general del derecho, se haga uso del instrumental lógico para el análisis de los sistemas y los razonamientos jurídicos no significa que el desarrollar esas herramientas lógicas sea tarea central del iusfilósofo, aunque también aquí hay que decir que nada obsta a que se dedique asimismo a esas cuestiones.

Hay otras áreas de investigación susceptibles de estudio por el filósofo del derecho, bien porque aporten instrumentos intelectuales y conceptuales útiles para su labor específicamente iusfilosófica, bien en tanto que proyecciones o desarrollos de alguna de las cuatro partes que hemos reseñado. Tal es el caso, por ejemplo, de la informática jurídica. Otras, como la teoría de la legislación, pueden considerarse apartados especiales o derivaciones de la teoría general del derecho, y su utilidad es tanto analítica como técnica o instrumental.

Especial atención merece la metodología jurídica. La importancia de su estudio por el iusfilósofo es obvia, mas si no la situamos como parte autónoma de la iusfilosofía es por considerar que sus problemas esenciales se abordan desde la epistemología jurídica y desde la teoría general del derecho. En efecto, el problema filosófico de la metodología de la aplicación del derecho es el de la racionalidad de las decisiones jurídicas, esto es, de las valoraciones que la determinan, con lo que nos movemos dentro del ámbito epistemológico en torno a la cuestión de si cabe la razón práctica y un conocimiento o justificación racional de valores⁴⁰. En

40. Como recientemente han apuntado MacCormick y Summers, es un error entender que la interpretación es un asunto puramente formal y no darse cuenta de que se trata de una cuestión en la que entran en juego los valores fundamentales del derecho, de modo que sólo puede ser correctamente realizada por quienes poseen una adecuada visión de los valores, intersubjetivamente reconocidos, que en el derecho se plasman. Y concluyen que "una respetable



el mismo marco nos ubicamos si la metodología se entiende como metodología de la ciencia jurídica, con lo que el problema pasa a ser el de qué requisitos convierten un juicio en científico y si, en suma, es posible una ciencia del derecho. En lo que se refiere a los criterios y formas de interpretación de los términos del lenguaje legal o a los modos de solventar los defectos "lógicos" del sistema jurídico (lagunas, antinomias), caemos de lleno en los temas y modos de análisis de la teoría general del derecho.

teoría de la interpretación presupone una coherente visión de los valores jurídicos" (MACCORMICK, D. N., SUMMERS, R. S., *Interpretation and Justification*, en LOS MISMOS (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldershot, etc., Dartmouth 1991, p. 539).