

Autopoiética, ¿hermenéutica renovada? Sobre el método en la construcción de una teoría del derecho

Por FERNANDO GALINDO

Zaragoza

INTRODUCCION

En la discusión filosófico-jurídica actual toma importancia creciente el tema construcción de una teoría o concepto de derecho acomodados al momento histórico en el que vivimos (1), que es, obviamente, distinto al período en el que, y para el que, fue construida la denominada teoría del derecho hoy dominante en amplios círculos de la discusión filosófico-jurídica: la teoría del derecho que podemos denominar «analítica», que ha sido contruida fundamentalmente por las aportaciones de autores como Kelsen, Hart, Ross y sus continuadores.

Paso previo para el diseño de esta teoría del derecho es el de señalar cuál o cuáles son los métodos de conocimiento o de razonamiento que conduzcan a las tesis que han de integrar dicha teoría, teniendo en cuenta que los objetos que han de articular, dicho todo ello aproximadamente, son: el derecho como proposición y como disposición jurídica, como comportamiento (individual o de grupos sociales), como proceso mental de unas personas (ciudadanos o autoridades jurídicas), en una sociedad como la actual caracterizada por el policentrismo (Estado y otras instituciones como empresas, sindicatos, comunidades científicas..., en cuanto centros generadores de re-

(1) Aquí se toma como perspectiva recientes definiciones del concepto del derecho. Por ejemplo: DREIER, R.: *Rechtsbegriff und Rechtsidee. Kants Rechtsbegriff und seine Bedeutung für die gegenwärtige Diskussion*, Frankfurt, 1986. DREIER, R.: *Der Begriff des Rechts*, en «Neue Juristische Wochenschrift», 1986, pp. 890-896. HOERSTER, N.: *Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff*, en «Juristische Schulung», 1987, pp. 181-188. KRAWIETZ, W.: *Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, en «Rechtstheorie», 1987, pp. 109-254. KRAWIETZ, W.: *Der soziologische Begriff des Rechts*, manuscrito, pp. 1-14.

glas de conducta) y por la complejidad: o lo que es lo mismo, por la intervención (interacción) de instrumentos de control social distintos al derecho en la práctica diaria (2). Para esa construcción también hay que contar con las «artes», métodos o hábitos de conocimiento/razonamiento propios de nuestra cultura. Dicho clásicamente: deducción, inducción y retórica o argumentación (3). O, dicho de otra forma, contar, con las aportaciones de la filosofía analítica, la filosofía empírica/positivista, la hermenéutica y la autopoietica o teoría de los sistemas sociales.

Esta teoría del derecho, finalmente, ha de construir propuestas válidas para los juristas que ejercen el derecho profesionalmente: interpretándolo o aplicándolo. También para los que construyen reflexiones sobre estas operaciones: dogmáticos o filósofos del derecho, aunque esto en segunda instancia, pese a que en este trabajo se adopte, debido al «auditorio», la posición de proponer acciones para los últimos.

Dado el cariz adoptado por la discusión de los últimos años, caracterizada como ilustración postpositivista y postmoderna, y el auge que la misma ha tenido en la discusión filosófico-jurídica (4), aquí, tras estudiar el resultado de la aplicación de los métodos tradicionales en la construcción de las teorías del derecho dominantes, centraremos el estudio de los métodos adecuados para la construcción de una teoría o concepto de derecho en las aportaciones hechas por la hermenéutica y por la que denominamos autopiética, una vez que ambas «filosofías» tienen que ver con reflexión acerca del marco del conocimiento, con lo que suministran más adecuados recursos para tratar sobre un objeto complejo como el del derecho, como luego veremos (5). Con ello, tendremos capacidad para responder a la pregunta que motiva este trabajo: Autopiética, ¿hermenéutica renovada? pero muy especialmente el subtítulo: ¿cuál es el método más adecuado para la construcción de una teoría del derecho actual?

Resumidamente, aquí se va a tratar de lo siguiente: En primer lugar (I), tras explicar (1), con un mayor detenimiento que el que hasta aquí ha quedado reflejado, por qué cabe discutir sobre teorías del derecho hoy y en qué sentido cabe hacerlo, se mencionan (2) algunas de las características/resultados de los métodos de conocimiento utilizados en la actualidad por aquellas corrientes filosófico-jurídicas que sostienen a la denominada teoría del derecho analítica, comparándolas (3) con las características del método o los métodos utilizados por quienes elaboran los trabajos de sociología jurídica, en cuanto que ambas corrientes son adecuados —comunes— puntos de

(2) WILLKE, H.: *The Tragedy of the State. Prolegomena to a Theory of the State in Polycentric Society*, en «ARSP», 72, 1986, pp. 455-467.

(3) Sobre la vinculación de estos métodos véase FISCHER, W. R.: *Technical Logic, Rhetorical Logic, and Narrative Rationality*, en «Argumentation», 1, 1987, pp. 3-21.

referencia para expresar la limitada eficacia de la aplicación parcial de los métodos de razonamiento tradicionales en la sociedad moderna (deducción o inducción) en la construcción de teorías del derecho. Tras poner énfasis en cómo por la discusión postpositivista se han propuesto las modificaciones a sufrir por los métodos a seguir en la construcción de teorías, se estudia (II), el alcance de la hermenéutica como comprensión del conocimiento, comprobando fundamentalmente su aportación a la construcción de una teoría de la argumentación jurídica como teoría del derecho. La caracterización del conocimiento humano por la teoría de la autopoiesis es puesta de relieve en la siguiente parte del trabajo (III), recogiendo el uso que de la misma hace la teoría de los sistemas sociales de Luhmann, así como las posibilidades que esta teoría o autopoietica ofrece para construir una teoría del derecho actual. También, con brevedad, son comparadas autopoietica y hermenéutica, mostrando las ventajas e inconvenientes de una y otra filosofía. Finalmente (IV) se establece la conveniencia de que no sea uno sólo el método a considerar en la construcción de una teoría —mejor que concepto— del derecho, si se quiere que ésta sea capaz de articular democráticamente las necesidades jurídicas y sociales del presente momento histórico. Esta teoría ha de ser capaz de recoger el sentido o los sentidos de la pluralidad del fenómeno jurídico (norma, actividad de los agentes jurídicos, actitud mental...), en la forma en la que han insistido las diversas corrientes filosófico-jurídicas que se han manifestado a lo largo de este último siglo, proponiendo pautas de comportamiento para los diversos agentes o actores del derecho, atendiendo en la mayor medida a los principios de la comunidad ideal de comunicación en el ejercicio de su actividad profesional. Advertamos que aquí no se va a formular esta teoría o conjunto de teorías en toda su complejidad: tan sólo se producirá por las razones que luego diremos, una aproximación a la reseña de los métodos más adecuados a utilizar en la construcción de propuestas por la filosofía del derecho y la dogmática.

I

1. Cuestión ineludible es la de precisar si es necesario o no en estos momentos construir una teoría del derecho. Caso de no serlo, sobran las siguientes reflexiones. El tema es difícil en la actualidad,

(4) Paradigmático: LADEUR, K.-H.: *Perspektiven einer postmodernen Rechtstheorie. Zur Auseinandersetzung mit N. Luhmanns Konzept der «Einheit des Rechtssystems»*, en «Rechtstheorie», 1985, pp. 383-427, en especial pp. 388-393.

(5) Es conocido que de la argumentación o la retórica se ha llegado a decir que es el método o arte jurídico por excelencia, llegándose incluso a proponer la creación de una teoría del derecho como teoría de la argumentación jurídica: ofrece pasos interdisciplinarios para ello: VIEHWEG, T.: *Schritte zu einer rethorischen Rechtstheorie*, en WURTENBERGER, T.: *Kultur-Kriminalität-Strafrecht*, Berlín, 1977, pp. 3-8.

una vez que, dada la expansión en diversos terrenos acerca del permanente carácter transitorio hacia otro horizonte de conocimiento de todo momento histórico por las mismas características de la comprensión (6), no cabe hacer grandes afirmaciones, ni mucho menos construir teorías o hipótesis y consecuencias a aplicar por todos los agentes jurídicos. Por ello, en este sentido, afirmar la necesidad de una teoría del derecho tal vez sea afirmar mucho, sobre todo si alguien cree que con ello se ha venido a definir «la» teoría del derecho. Parece que tan sólo cabe construir procedimientos para resolver en la medida de lo posible problemas del momento (7). Lo que sucede es que en cualquier discusión o comunicación o procedimiento para resolver problemas es indispensable tomar un punto de partida o una posición con respecto al objeto de la discusión (8), y en este sentido afirmar un concepto de derecho, reducido este concepto a «una» teoría o propuesta sobre el derecho, disminuyendo con ello la palabra teoría al papel de hipótesis, significa sentar una propuesta generalizable para la discusión y que ésta, por tanto, pueda tener lugar. A este nivel si cabe hablar sobre teorías. La dificultad mayor hoy reside en establecer cualquier punto de partida porque no existe un mínimo acuerdo al respecto.

Efectivamente, si nos fijamos en la definición conceptual del derecho tan sólo se observa consenso en torno a lo siguiente: el derecho está constituido mínimamente por los textos recogidos en los órganos de publicación de las disposiciones en cada país o Estado (9). Son cuestionadas, en cambio, otras características del derecho. Ello no es extraño: depende esta definición de las concepciones —ideológicas, si se quiere, o teorías— formalistas o normativas o antiformalistas

(6) Es obligada la referencia a la actitud de conocimiento que, refiriéndose al conocimiento científico, habla de cambio de paradigmas. Cambio que es más evidente en derecho por la característica, pese a todo, movable de uno de los objetos fundamentales de conocimiento: los textos de las disposiciones jurídicas como punto de referencia obligatorio para cada caso.

(7) Véase LADEUR: *o. c.*, pp. 388 y s., 422-427.

(8) ARISTÓTELES: *Retórica*, trad. Antonio Tovar, Madrid, 1971, III, 13, p. 210: «Hay dos partes del discurso, pues es preciso exponer el asunto de que se trata y hacer después la demostración. Por eso es imposible decir sin demostrar o demostrar sin haber expuesto previamente, porque el que demuestra, demuestra algo, y el que enuncia algo, lo enuncia para demostrarlo. De estas dos partes, la una es la exposición, la otra argumentación, como también se podría hacer la división diciendo que lo uno es la cuestión y lo otro la demostración».

(9) Aunque esto puede ser problemático: no es fácil en diversas ocasiones llegar al acuerdo sobre cuáles sean esos textos, en los casos claros no hay mayor dificultad para determinarlos, en especial en los países de derecho continental. Las dificultades están ligadas a la consideración de que las fuentes de información siempre tienen una implicación para el intérprete (AARNIO: *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, 1987, p. 77). Aquí partimos de otra perspectiva: el acuerdo existente acerca de que los textos jurídicos son una herramienta técnica al mismo tiempo que fuente material o jurídica; esto es lo que se denomina el componente descriptivo de las normas al que se le dan distintas denominaciones según los autores (BULYGIN, E.: *Norms and Logic: Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms*, en «Law and Philosophy», 4/1985, p. 147).

que patrocinen los que hacen la propuesta de definición. Hay quien estima que el derecho está reducido a las instituciones (10) o acciones de los que lo administran, crean o ejecutan (11). Hay quien opina que el derecho está constituido por las predicciones acerca de lo que realizan los jueces (12). Otros estiman que el derecho consisten en fuerza o en coacción o en coercibilidad o en el interés jurídicamente protegido (13). Se dice que es un instrumento de control social... (14). Recogiendo esta pluralidad de opiniones, se ha llegado a producir, conectando con otra discusión jurídica arrastrada a lo largo de los dos últimos siglos: la polémica iusnaturalismo positivismo jurídico, una definición de derecho por Dreier en el siguiente sentido: «Derecho es la totalidad de las normas, que pertenecen a la Constitución de un sistema normativo organizado estatal o cuasiestatalmente, una vez que este sistema de normas es socialmente real, en general y en su totalidad, y satisface mínimamente a la justificación ética o a la justificación en general, y las normas que son creadas en desarrollo de esta Constitución, una vez que éstas incorporan en sí mismas una

(10) HAURIJOU, M.: *La théorie de l'institution et de la fondation*, en «Cahiers de la Nouvelle Journée», 4, 1925, París, pp. 9 y s.

(11) EHRLICH, E.: *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913), Berlín, 1967, p. 6.

(12) HOLMES, O. W.: *The Path of the Law*. En HOLMES, O. W.: *Collected Legal Papers*, London, 1920, p. 167.

(13) IHERING, R. v.: *Der Zweck im Recht* (1904), Hildesheim-New York, 1970, T. I, pp. 249 y ss.

(14) HART, H. L. A.: *The concept of Law*, London, 1961, pp. 78 y ss. No hay acuerdo, incluso, pese a la tradición de la propuesta en la definición del derecho como norma. Es más, con respecto a esta definición hay acuerdo, entre prácticamente todos los que reflexionan sobre el derecho, acerca de que esta propuesta es insuficiente: es una definición «operativa», necesitada de complementos. Esta definición además ha producido una reiterada discusión sobre la que es difícil encontrar consenso. Al menos últimamente se viene a recoger una propuesta que engloba a los que afirman que hay que referirse al derecho como norma en dos categorías: los que propugnan una definición hylética del derecho como norma y los que propugnan una definición expresiva del derecho como norma. Los primeros serían aquellos que afirman que los textos legales se pueden reducir a normas y tener vida o ser una entidad con sentido propio, y, además o fundamentalmente, estar regidos por una lógica propia, y los segundos serían aquellos que creen que los textos legales pueden reducirse a normas en un determinado contexto, con un determinado significado, sin que estas normas tengan el carácter de disposiciones jurídicas, sino que son meras construcciones científicas o teóricas en forma de proposiciones (ALCHOURRON, C. E., BOULYGIN, E.: *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Carabobo, 1979). Ahora bien, tanto en unos como en otros y en los juristas en general hay ya una cierta tradición en la propuesta de que las disposiciones o los textos jurídicos pueden quedar reducidos a proposiciones en la forma si/entonces, prótasis-apódosis, antecedente-consecuente, supuesto de hecho-consecuencia jurídica, etc. Hay críticas a estas propuestas, como la crítica suscitada por Dworkin (DWORKIN: *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1979) al estimar que ésta es una reducción de los textos legales, una vez que en su opinión también los juristas apelan en su práctica a principios, pero pese a todo viene a ser habitual recomponer los textos jurídicos en la forma antes dicha. Esto es lo que se propugna por la mayoría de manuales de filosofía del derecho que consideran al derecho como norma, e incluso las propias disposiciones procesales al establecer el procedimiento cuentan con la mencionada estructura de las disposiciones jurídicas.

mínima referencia a la realidad social o a la posibilidad de realidad social y un mínimo a la justificación ética o a la posibilidad general de justificación» (15).

No hay acuerdo, por tanto, sobre lo que sea derecho, a no ser en lo referido a que el derecho está reducido, predominantemente, a textos escritos. Ahora bien, la pluralidad de definiciones recogidas, pese a todo, da ciertas pistas sobre esta complejidad. Las definiciones tienen que ver, aparte de con otras razones, con el énfasis puesto por quien las propugna en una u otra actividad de los juristas para con los textos jurídicos: interpretación, aplicación, construcción de dogmas, construcción de teorías «científico-jurídicas», construcción de «la» teoría del derecho, construcción de la lógica deóntica, construcción de teorías científicas... Existe un cierto acuerdo entre la doctrina que obedece a la evolución experimentada por la reflexión filosófico-jurídica desde después de la segunda guerra mundial.

Desde prácticamente después de la segunda guerra mundial se han sentado las bases para conocer las características de la práctica jurídica (interpretación, aplicación, dogmática). Hasta ese momento el interés de la reflexión jurídica en la Europa continental estaba centrado especialmente en la reflexión sobre las normas o la teoría de las normas, bien como categoría trascendental para el conocimiento del derecho, bien como mera explicación de unos signos lingüísticos (16). Trabajos como los de Viehweg (17) o los de Perelman (18) con relación a la moderna retórica fueron, entre otros, los fundadores de esta reflexión. Ellos manifestaron que la práctica jurídica tiene que ver con «justificación» a través de argumentos expuestos de forma «estratégica» a lo largo del proceso (19), y no, tan sólo, con construcciones normativas.

La hermenéutica alemana ha contribuido a confirmar tales apreciaciones y además aportado relevantes pautas a esta reflexión: el propio Gadamer, desde la filosofía general, se ha fijado en la actividad de los juristas como argumentadores «ejemplares» (20). También la dogmática ha establecido consideraciones cuanto menos conexas a las

(15) DREIER, R.: *Der Begriff des Rechts cit.*, p. 896.

(16) Más precisamente: posiciones propias del positivismo jurídico afectadas por corrientes como el neokantismo lógico o el neokantismo de los valores que fortalecieron las posiciones establecidas por la jurisprudencia de conceptos a partir de la segunda mitad del siglo XIX. Sobre esta vinculación: GONZÁLEZ VICEN, F.: *Sobre el neokantismo lógico-jurídico*, en «DOXA», 2, 1985, pp. 51-54. GONZÁLEZ VICEN, F.: *El neokantismo jurídico axiológico*, en «AFD», 1986, pp. 277-280.

(17) Me refiero a VIEHWEG, T.: *Tópica y jurisprudencia*, trad. Luis Díez-Picazo Ponce de León, Madrid, 1964.

(18) Punto de referencia, por ejemplo, PERELMAN, C.: *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, 1976, en especial pp. 135-177.

(19) *Ibidem*: pp. 137 y ss., 158 y ss., por ejemplo.

(20) A ello se refiere, complementando a BETTI GADAMER, H. G.: *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, trads. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Salamanca, 1977, pp. 396-402.

mencionadas: así la fijación de la «precomprensión», dependiente del entorno y la experiencia personal del jurista, por Esser (21).

Tal y como se ha puesto de relieve por esta discusión, por lo que hace a la interpretación de los textos legales, hay que decir que no está regida absolutamente por método alguno, sino, precisamente, por los prejuicios o la precomprensión del intérprete para con el caso con respecto al cual el jurista efectúa la interpretación de los textos. Ciertamente es que estos prejuicios tienen carácter técnico-jurídico, e incluso en virtud de las reglas o pautas legales para que la interpretación se produzca respetando a la legalidad, con lo cual atienden a cierta regularidad (22). También estos prejuicios tienen que ver con el acuerdo de, siguiendo a quienes se fijan en la aplicación como lo característico del derecho, definir a éste en términos próximos a los de la jurisprudencia de intereses: derecho es lo mismo que interés protegido.

Con respecto a la decisión o a la aplicación del derecho, lejos quedan los tiempos en los que se consideraba que ésta era un simple operación mecánica o una mera subsunción. Aun aceptando que el jurista continental decide sobre unos hechos estableciendo la relación de los mismos con unos textos jurídicos, y sentando una conclusión que deriva de la relación de unos y otros, esta resolución es producto también de los argumentos aparecidos en el proceso, de las mismas características del caso o de los prejuicios o convicciones o hábitos del decisor (23): la hermenéutica habla de la espiral del conocimiento o de la aplicación, o, mejor que de premisa mayor, menor y conclusión, del supuesto de hecho y la consecuencia jurídica como los elementos interactivos, a través del sujeto, de la operación de aplicar el derecho.

En la actualidad las manifestaciones de Habermas sobre las características de la acción comunicativa, la razón práctica y el concepto de racionalidad discursiva (24), recogidas por juristas (25), han afirmado la base de las posiciones jurídico-filosóficas anteriores, al poderse con ellas proponer que los profesionales del derecho en todas sus actividades (aplicación, interpretación, construcción de dogmas o teorías), están obligados «idealmente» a seguir las reglas de la acción

(21) Véase en ese sentido, ejemplarmente, vinculado a sus posiciones anteriores: ESSER, J.: *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis*, en «Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen», Tübingen, 1974, pp. 517-539.

(22) Sobre las características de la interpretación y el equilibrio que en la misma ha de producirse entre valoración y técnica: ESSER, J.: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt/Main, 1972, pp. 116-141, en especial pp. 140 y ss.

(23) LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, 1980, p. 442.

(24) Punto de referencia hoy es: HABERMAS, J.: *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt/Main, 1983, pp. 127-208, en especial pp. 144-152.

(25) Véase ALEXY, R.: *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt/Main, 1978. ALEXY, R.: *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt/Main, 1986. Ahora: ALEXY, R.: *Rechtssystem und praktische Vernunft*, manuscrito, 1987. También AARNIO, A.: *The Rational cit.*, pp. 231-236.

práctica y las normas, los principios jurídicos, e incluso morales, recogidos en la Constitución, lo que les exige intervenir atendiendo a las condiciones procesales del discurso racional práctico, que apelan como reglas a las de actuar entre problemas concretos con la mayor claridad conceptual lingüística, utilizar información empírica en la mayor medida, actuar con generalidad y, en lo posible, con libertad de prejuicios (26).

Por ello, siguiendo esta indicación, hoy en escasa medida es preciso construir teorías. Hay que resolver problemas atendiendo a las propuestas de la teoría procedimental de la razón práctica. Hay excepciones. Veamos.

Desde diversas perspectivas, especialmente desde las aportadas por la tradición denominada «teoría del derecho», entendida como «teoría analítica del derecho», se encuentran precisadas parcialmente estas ideas en los trabajos, entre otros, de Aarnio (27), Alexy (28) y Peczenik (29), incrementando con ello el ámbito de racionalidad normativa de las actividades jurídicas, seccionando así su compleja realidad. Estas posiciones profundizan —desde la norma— el estudio sobre las características de las actividades jurídicas: acercan el marco de conocimiento fijado por la hermenéutica y, sobre todo, por la filosofía de la razón práctica; además estos autores, desde posiciones filosóficas y científicas actuales, introducen claridad al estudio del derecho o, mejor dicho, argumentos «estandarizables», lo que no es poco una vez que ello amplían el conjunto del horizonte de discusión so-

(26) ALEXY: *Rechtssystem cit.*, p. 19.

(27) Pese a apelar a «las condiciones comunes de vida» como ámbito del derecho, propone a los juristas un estudio predominantemente normativo del derecho: AARNIO, A.: *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, Wien-New York, 1979. Al respecto, véase: *Infra II*.

(28) Alexy no hace uso de la teoría del discurso racional práctico para la construcción de sus teorías fundamentales. Su teoría es una teoría normativa del derecho: tanto la teoría de la argumentación jurídica como la teoría de los derechos fundamentales según el propio Alexy expresa. De la última dice que es un instrumento para el estudio del derecho (ALEXY: *Theorie der Grundrechte cit.*, p. 18); para completar este instrumento utiliza los textos de la Constitución, los textos de la teoría del derecho, la dogmática y las sentencias del Tribunal Constitucional. No utiliza otras fuentes. Lo mismo sucede con la teoría de la argumentación jurídica que queda reducida, al final de la obra, en la plasmación de un conjunto de normas o reglas que originan a las reglas o normas jurídicas (ALEXY: *Theorie der juristischen Argumentation cit.*, pp. 361-367; sobre la obra véase *infra II*). Con ello, no es consecuente con Habermas y con la discusión que sobre teoría del conocimiento tiene lugar desde hace varios años: las reglas del discurso racional práctico que apelan a estudios formales (deductivos) y empíricos (inductivos), tienen significación en la construcción de teorías: HABERMAS, J.: *Rekonstruktive vs. verstehende Sozialwissenschaften*. En HABERMAS, J.: *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt/Main, 1983, pp. 29-52.

(29) Peczenik (PECZENIK, A.: *The basis of legal justification*, Lund, 1983, pp. 6 y 136, nota 1) quiere estudiar las reglas y razones jurídicas que conducen a la elaboración de conclusiones, proposiciones o normas sobre la ley válida y la decisión jurídica, pero también dice que de la variadas facetas que tiene el derecho él lo entiende tan sólo como norma (al respecto véase *infra II*).

bre el derecho hasta ámbitos del conocimiento que estaban fuera de lo que se había tenido como el terreno de lo jurídico (30) (31). Ahora bien: ellos no protagonizan este paso en su totalidad una vez que aunque, si bien en escasa medida, propugnan teorías del derecho y en su mayor medida hablan de teorías de la argumentación, o de la justificación, o de la interpretación, o de metodología, su estudio en realidad, como luego veremos con algunos ejemplos, es tan sólo normativo o analítico o positivista, con lo que sus propuestas no pueden articular el horizonte apropiado para expresar toda la complejidad del objeto «derecho».

Volviendo al tema introductorio que nos ocupa, una vez producida esta «ilustración», lograda una formulación de esta teoría de la argumentación jurídica, ¿es preciso pasar en estos momentos desde una teoría de la razón práctica a una teoría del derecho? No cabe duda de que, pese a las dificultades existentes, sigue siendo necesario definir el derecho además de definir la teoría de la argumentación jurídica, aunque ello sea de una forma aproximada. En definitiva, sigue siendo precisa una filosofía del derecho o la dogmática. Como antes decíamos, sin la construcción de una teoría, aunque ésta tan sólo sea un mero punto de partida, no puede producirse la discusión. Muestra de ello es el auge actual de aportaciones y discusiones sobre el concepto de derecho, de la que la definición de Dreier es una de las expuestas últimamente. Podemos tomar esta definición: «Derecho es la totalidad de las normas, que pertenecen a la Constitución de un sistema normativo organizado estatal o cuasiestatalmente, una vez

(30) Una aproximación a estas teorías, sus problemas, su extensión internacional y sus orígenes, se encuentra en NEUMANN, U.: *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, 1986.

(31) En este terreno son de especial interés las propuestas de Aarnio que, además de lo dicho, y con respecto a la cualidad de la dogmática como instancia legitimadora de las actividades jurídicas, expone algunas de las razones por las que la dogmática es uno de los mecanismos técnicos usados en la legitimación de las interpretaciones y las decisiones jurídicas. Estas afirmaciones son congruentes con las posiciones filosófico-jurídicas antes indicadas, al mismo tiempo que con la «voluntad» de la denominada jurisprudencia de conceptos (Sobre estas relaciones: AARNIO, A.: *The Rational as Reasonable cit.*, pp. 17-25, 136-149. También: AARNIO: *Denkweisen cit.*, pp. 61-68, por ejemplo). Esto adquiere una mayor relevancia cuando se cae en la cuenta de que existen diversas hipótesis, e incluso instrumentos adecuados, propuestos las unas y los otros por la teoría de los sistemas sociales, referidos a que los juristas en cuanto sistemas sociales con sistemas autorreferenciales o autopoieticos, lo que significa que efectúan un conocimiento del derecho: como norma, actividad de otros, reflexión sobre el mismo, en cada caso desde el horizonte que les aportan sus conocimientos anteriores. Al respecto LUHMANN, N.: *Die Einheit des Rechtssystems*, en «Rechtstheorie», 2/83, pp. 128-154, en especial pp. 131-134. Sobre la posibilidad de aplicar esta teoría al concepto de derecho: TEUBNER, G.: *Hyperzyclus in Recht und Organisation, Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese*. En HAERKAMP, H.: SCHMID, M.: eds., *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung*, Frankfurt/Main, 1987, pp. 89-128, p. 111. Para conocer el método es fundamental: LUHMANN, N.: *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt/Main, 1987. Esto comporta la posibilidad de averiguar la efectividad filosófico-jurídica de la posición de Aarnio. Sobre la teoría de sistemas, véase *infra* III.

que este sistema de normas es socialmente real, en general y en su totalidad, y satisface mínimamente a la justificación ética o a la justificación en general, y las normas que son creadas en desarrollo de esta Constitución, una vez que éstas incorporan en sí mismas una mínima referencia a la realidad social o a la posibilidad de realidad social y un mínimo a la justificación ética o a la posibilidad general de justificación» (32). Esta definición encuentra la crítica inmediata de su extremada amplitud y de su vaguedad, dado el conjunto de conceptos abiertos o indeterminados que la integra. También es una definición normativa del derecho, moderada por la ética: no recoge explícitamente otras facetas del derecho. Por otra parte, no hay duda de que esta definición está interesada por asumir desde la terísticas que han puesto de manifiesto las diversas corrientes que se han expresado desde después de la segunda guerra mundial: derecho como norma, como acción de los órganos jurídicos, como expectativa. En efecto, hay una referencia implícita a ello en los términos siguientes: *totalidad de las normas, Constitución, sistema normativo, sistema normativo estatal o cuasiestatal, socialmente real, justificable ética o generalmente, normas creadas en desarrollo de la Constitución, posibilidad de realidad social, posibilidad de justificación ética, posibilidad general de justificación.*

Pese a todo, por tanto, y por lo que aquí nos interesa, en esta definición queda recogida ejemplarmente la necesidad de una teoría compleja acerca del derecho; pero la expresada no es suficiente: no hay indicaciones explícitas en la misma para todos los agentes del derecho; sigue siendo una definición normativa (33).

En este trabajo no se llega a establecer teorías. Aquí se proponen los métodos adecuados para completar la teoría o teorías precisas, a sabiendas de que éste tan sólo puede ser un programa para filósofos del derecho y dogmáticos junto a otros especialistas ocupados en la investigación sobre el derecho. Para ello, a efectos de llegar a precisar la propuesta, a continuación se van a repasar brevemente algunas de las características/limitaciones/resultados de los métodos de conocimiento o de razonamiento establecidos acerca del derecho en la cultura reciente. En primer lugar (2), se expone cuál es el méto-

(32) La referencia se encuentra en *supra*, nota 15.

(33) Acaso hoy todavía no sea posible realizarla: no se ha producido el número suficiente de experiencias como para que ahora pueda exponerse una teoría del derecho convincente. Fundamentalmente no se ha producido el trabajo empírico que requeriría una teoría considerada completa. Como observamos a continuación, tras las denominadas teorías de la argumentación o la justificación han proliferado hasta el momento exclusivamente estudios del derecho en cuanto norma; en escasa medida se ha atendido a los otros aspectos fundamentales del fenómeno jurídico que están propuestos por las definiciones dadas desde prácticamente el último tercio del siglo XIX.

do para construir una teoría del derecho según las corrientes que definen el derecho como norma, mandato, proposición prescriptiva o enunciado directivo. Es decir, las corrientes que se fijan en la configuración textual del derecho y en su virtud, a partir de las convicciones del autor, componen una «teoría analítica del derecho». A continuación (3) se exponen las características fundamentales del método utilizado por las posiciones que construyen una teoría sociológica del derecho o las que, simplemente, llevan adelante diversas sociologías del derecho.

2. Es difícil precisar con exactitud cuál es el método (de conocimiento o de razonamiento) propio de la teoría del derecho «tradicional», aquella en la que se piensa de ordinario cuando se utiliza la expresión «teoría del derecho», en definitiva la integrada por las aportaciones de autores como Kelsen, Hart y Ross y sus sucesores, arraigados en varios países, y que han expuesto sus opiniones en un período histórico tan dilatado como el que transcurre entre la segunda década del presente siglo y la actualidad. A esta teoría se le ha denominado de varias formas: pura, analítica, científica..., y todas estas denominaciones han sido puestas en cuestión incluso por los mismos integrantes de la corriente. Ello no es de extrañar si se atiende a la pluralidad de los fundamentos teóricos que sustentan o apoyan a todos los partidarios de la teoría. Centrándonos en los autores principales: neokantismo en Kelsen; filosofía analítica —incluyendo al segundo Wittgenstein— en Hart; el propio Kelsen, la tradición del realismo escandinavo y americano y el positivismo lógico en Ross. Además todos ellos han entrado en discusión entre sí, aceptando en ocasiones los argumentos de los demás, con lo cual el problema de situarlos o denominarlos adecuadamente resulta difícil. Por ello, lo vamos a ver, no hay acuerdo, ni llega a ser evidente, el método que han utilizado para formular la teoría: a continuación observamos que en ocasiones no apelan a método de razonamiento alguno, sino a los principios del conocimiento (Kelsen); en otras apelan a la deducción, en otras a la inducción; en ocasiones apelan a las reglas de la lógica, en ocasiones las rechazan; modernamente, sus seguidores recurren también a la argumentación o a la retórica e incluso a la hermenéutica... Por lo general a su doctrina se le otorga el atributo de teoría analítica del derecho, aunque esta no sea la denominación más adecuada para las posiciones de Kelsen ni para las de Ross. Coinciden al considerar que el punto de partida es el derecho escrito, el derecho positivo en cuanto tal.

Cabe decir que para la unificación citada existe una cierta base: hay un «espíritu común» que les anima y que se pone de manifiesto en reiteradas ocasiones: pretenden acostumbrar a los juristas a efectuar un conocimiento «depurado» del derecho que sustituya a un conocimiento meramente «exegético». Por lo general quieren construir un armazón conceptual con el cual quepa estudiar «rigurosamente» al derecho producido por el «poder estatal», sea éste el del Parlamen-

to, el del Gobierno, la Administración o los jueces y tribunales, dejando casi siempre al margen o en segundo término el estudio del fenómeno del poder.

Kelsen fue el primer autor de los tres citados que puso en práctica esta política «depuradora» del derecho. Así frente al iusnaturalismo, al iuspositivismo de la dogmática y de la exégesis, y a la crítica que a todas ellas se haría por posiciones a las que hoy denominamos sociológicas o realistas, propugnó la adopción de su «doctrina pura del derecho» elaborada como «el» instrumento válido para el análisis de todo el derecho y el Estado (34).

Con respecto a lo que aquí nos interesa, poner de relieve el método que Kelsen utilizó para construir su teoría del derecho, hay que decir que no es fácil establecerlo. Kelsen propugnó como punto de partida para el estudio del derecho la consideración de que las disposiciones jurídicas o el mismo Estado «deben ser» en la forma o categorías que él propugna, independientemente de que ello suceda o no en la realidad, siguiendo las pautas metodológicas del neokantismo lógico, al establecer, en su rama jurídica, las condiciones «puras» o categorías a las que debía someterse el derecho positivo (35). Por tanto, en cierta forma estipuló una «geometría» del fenómeno jurídico (36) a partir del establecimiento de las categorías trascendentes del conocimiento jurídico. De lo que no hay duda es de que rechazó la posibilidad de una construcción lógica de las categorías jurídicas (37).

En congruencia con este principio Kelsen siempre sostuvo como horizonte de conocimiento, pese a su crítica de las posiciones «metafísicas», la existencia de una diferencia ontológica entre el mundo del ser y el del deber ser, interesándole tan sólo las reglas por las

(34) Puede verse el enfrentamiento con otras teorías, resumidamente, por ejemplo, en KELSEN, H.: *Was ist die Reine Rechtslehre?* (1953). En KELSEN, H. ed.: *Die wiener rechtstheoretische Schule*, T. I, Wien, 1968, pp. 611-630. La equiparación del derecho y el Estado frente al concepto sociológico de éste queda especialmente recogida en KELSEN, H.: *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht* (1928), Aalen, 1962.

(35) GONZÁLEZ VICEN: *Sobre el neokantismo lógico cit.*, p. 43.

(36) RECASENS SICHES, L.: *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, Barcelona, 1929, pp. 122 y ss.

(37) Al respecto: VERNENGO, R. M.: *Derecho y lógica: un balance provisorio*, en «AFD», 1987, pp. 306 y ss. Para Kelsen se han tenido en cuentas las siguientes versiones de sus obras (entre paréntesis está referenciada la fecha del prólogo de la edición original): KELSEN, H.: *Compendio de teoría general del estado*, trad. Luis Recasens Siches, Barcelona, 1979 (1926). KELSEN, H.: *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, trad. Jorge G. Tejerina, México, 1979 (1934). KELSEN, H.: *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Maynez, México, 1979 (1944). KELSEN, H.: *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, Buenos Aires, 1971 (1953), es la traducción de la versión francesa. KELSEN, H.: *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, México, 1979 (1960). KELSEN, H.: *Teoria generale delle norme*, trad. Mirella Torre, Torino, 1985 (1979), obra póstuma.

que se rige el mundo del deber ser, dado que éste es el mundo de lo normativo: el único que le interesa al jurista (38).

Frente a la persistencia de Kelsen en lo que se refiere a esta forma de aproximarse al derecho, destaca en su obra la variedad de conceptos, o teorías, o categorías para el estudio del derecho escrito que estableció a lo largo de la misma. Concibió a la norma jurídica «lógico trascendental» como juicio hipotético, como imperativo, como mandato, comando u orden, permiso, autorización o derogación (39). Lo cual no impide reconocer que, a través de estas propuestas, preocupadas por destacar el aspecto normativo o formal (40) que sin duda puede ser válido para caracterizar —parcialmente— el fenómeno jurídico, se estableció una cierta base para superar la «reductio ad exegesis» operada de manera habitual por los juristas, lo que, a su vez, no puede hacer olvidar que las categorías de la razón jurídica establecidas por Kelsen al definir los conceptos de norma son una reducción del derecho. Aun con todo, esta reducción no estaba manifiesta en la obra de Kelsen, éste siempre tuvo presente la complejidad del derecho, sólo que entendió que de ella debían ocuparse otros especialistas. En otras ocasiones expresó que ocuparse de esta complejidad no era labor del teórico del derecho, sino del decisor, intérprete o aplicador del mismo, dejando la respectiva operación al terreno de la moral, la política o la irracionalidad (41). En otra ocasión se detuvo a indicar la presencia en el derecho, en su conocimiento y aplicación, de unos «mundos» distintos al normativo sin tenerlos en cuenta a la hora de elaborar la teoría del derecho (42).

Todo lo dicho no puede hacer olvidar, como ya hemos mencionado, que la doctrina o teoría pura del derecho, salvando la peculiaridad de su fundamentación neokantiana, de Kelsen puede servir como eficaz instrumento de estudio del derecho en cuanto norma. De hecho, sus construcciones sobre la validez, las características de la norma o la construcción —dinámica— en grados del ordenamiento jurídico, por ejemplo, han sido recogidas por el derecho positivo, o la misma organización administrativa e incluso constitucional de los Estados actuales, pese a sus limitaciones. El límite de su virtualidad como instrumento reside fundamentalmente en que el derecho construido por aplicación de esta filosofía formal es un derecho poco realista. Es una construcción del derecho que pone de relieve su carácter

(38) KELSEN: *Compendio (1926) cit.*, pp. 126 y ss; *La teoría pura (1934) cit.*, pp. 46-67; *Teoría general (1944) cit.*, pp. 41 y ss.; *Teoría pura (1953) cit.*, pp. 15-34; *Teoría pura (1960) cit.*, pp. 83-122; *Teoría generale (1979) cit.*, pp. 50 y s.

(39) Compárese KELSEN: *La teoría pura (1934) cit.*, p. 52; con *Teoría pura (1960) cit.*, pp. 44-70, y con *Teoría generale (1979) cit.*, pp. 156-166.

(40) Véase KELSEN: *Compendio (1926) cit.*, pp. 130 y ss.

(41) Véase KELSEN: *La teoría pura (1934) cit.*, pp. 131-137; *Teoría generale (1979) cit.*, cap. LVIII, pp. 378-429, por ejemplo.

(42) Véase, en especial, KELSEN: *Teoría generale (1979) cit.*, pp. 52-60, por ejemplo.

coactivo, lo que es revalidado escasamente, en última instancia, a lo sumo, no sólo por la «realidad social», sino por la propia práctica o política jurídica. Bien puede concluirse, por tanto, que la teoría del derecho de Kelsen proclama una visión parcial del derecho al considerarlo como mandato o proposición prescriptiva. Por ello no es de extrañar que haya quien, siguiéndolo, proponga que el estudio del derecho quede reducido al de los enunciados o las proposiciones que lo componen, así como a su desarrollo siguiendo las reglas del lenguaje o de la lógica.

Hart se fundamenta en las propuestas hechas por la filosofía analítica: el estudio de los términos jurídicos, recogidos en las disposiciones jurídicas, en su contexto, en las diversas formas o modos de vida existentes. Las normas reciben sus características del derecho positivo y de la realidad social incorporada por los que las reconocen mediante su comportamiento. Para Hart no es suficiente con un desarrollo lógico de las mismas, si bien también dice que cabe efectuar un estudio analítico al menos (43).

Lo que aquí importa destacar no es la presencia de estos conceptos en las ideas de Hart, ni siquiera reflejar su posible repercusión en la denominada «teoría del derecho», sino indicar que en su obra se produce un modo de acercarse al derecho que, al menos en parte, está alejado del que practicara Kelsen. Resumiendo las diferencias podemos decir que en Kelsen está presente a lo largo de toda su obra la pretensión de obtener un conocimiento seguro del derecho desde las categorías normativas que él sienta como categorías válidas del conocimiento del derecho. Con ello también tiene presente la seguridad en las pautas del conocimiento científico positivista. Hart, en cambio, no pretende sentar principios de conocimiento trascendental; elabora sus conceptos y teorías acerca del derecho en el uso dado a los términos jurídicos —a los considerados más importantes— por la tradición filosófico-jurídica inglesa, por la propia práctica judicial anglosajona, por determinadas teorías morales analíticas y por las pautas metodológicas señaladas por la filosofía del último Wittgenstein y determinados filósofos analíticos anglosajones (44). Tanto el modo de elaborar los conceptos jurídicos como los propios conceptos desarrollados son el instrumental que propone para analizar el derecho positivo.

Hart configura, con ello, una estructura del sistema jurídico menos «sustancial» que la propuesta por Kelsen, al tener en cuenta, por ejemplo, la relación —aunque sea mínima— existente entre el derecho y la moral (45), o, en otra ocasión, al fijarse en la

(43) HART: *The concept of Law cit.*, p. VII, 234 y ss. (nota a p. 18: The varieties of imperatives).

(44) Véase sobre esta vinculación: MAC CORMICK, N.: *H. L. A. Hart*, London, 1981, pp. 1-19. También el prefacio del propio Hart a HART, H. L. A.: *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrió, México, 1980 pp. XI y ss.

(45) HART: *The concept of Law cit.*, pp. 7, 17, 189-195.

complejidad de la operación de interpretar el derecho en virtud de los problemas prácticos que comporta la apertura del lenguaje jurídico (46), con lo cual rebate la distinción entre el mundo del ser y el mundo del deber ser. Esto incluso repercute en el concepto de norma a proponer en el momento de realizar construcciones para el estudio del derecho positivo.

Este autor, con ello, participa de la confianza generalizada en el positivismo científico, en los métodos de razonamiento (deducción e inducción) empleados para la construcción de las teorías. En especial del instrumental con el que estudiar el derecho. Veamos.

En su obra «El concepto de derecho», disuelve dicho concepto en el de normas primarias y normas secundarias; propone la tesis del reconocimiento del derecho por los ciudadanos como alternativa a la de la norma lógico trascendental o fundamental de Kelsen; vincula al derecho y a la moral, aunque con caracteres mínimos; critica la consideración de la norma jurídica como imperativo, proponiendo que tenga otras connotaciones... Esto supone dar un margen de participación en la configuración del derecho a los ciudadanos y a teorías o prácticas diversas a las estrictamente jurídicas a través de la apelación a la teoría del reconocimiento o a los «modos de vida» o a la «moral social». De hecho, admite como necesario un estudio sociológico sobre el derecho, incluso él mismo manifiesta apoyarse en la sociología a la hora de realizar sus afirmaciones (47). Pero en realidad tanto en «El concepto de derecho», como en las obras de muchos de sus continuadores, se recoge un estudio sobre las características del lenguaje de las disposiciones jurídicas, sobre sus relaciones, sobre el desarrollo analítico de las proposiciones normativas contenidas en las disposiciones, propugnando, por tanto, prácticamente, que el método deductivo de razonamiento es el medio de conocimiento del derecho. De hecho, declarados analíticos continuadores de la obra de Hart efectúan, exclusivamente, una construcción modélica, lógica, del sistema jurídico como sistema normativo (48). También hay que decir que este rigor no se encuentra en Hart, aunque los conceptos de normas primarias y normas secundarias, que reflejan una visión sistemática del derecho, sean conceptos radicales de sus propuestas. Por otra parte, otros seguidores han propugnado la formulación del derecho en principios, más que en normas (49).

Esto significa que la posición de Hart estimula un conocimiento

(46) *Ibidem*: p. 132.

(47) *Ibidem*: pp. VII, 189.

(48) Paradigmático resulta Joseph Raz. Véase, por ejemplo: RAZ, J.: *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. Rolando Tamayo y Salmerón, México, 1982, pp. 75-103 (trabajo sobre razones jurídicas, fuentes del derecho y lagunas). Justificación de este planteamiento se encuentra en RAZ, J.: *Practical Reasons and Norms*, London, 1975, en especial pp. 107-177.

(49) La referencia es a DWORKIN. Al respecto, puede verse *supra* nota 14.

normativo o formal del derecho así como, en última instancia, de los hechos y relaciones sociales que el derecho regula. En sus teorías recoge fundamentalmente las notas del lenguaje que vincula a todos los elementos o actividades jurídicas por él consideradas, fijándose en su posible artificialidad, parcialidad o racionalidad. Por lo mismo puede decirse que está fuera de duda la característica de esa teoría como reductora de la complejidad, sin ser capaz de proponer estudios sobre el derecho positivo que abarquen a la variedad de mundos o facetas que incorpora en sus manifestaciones habituales. No pasa de considerar al derecho como texto estructurado en forma de norma.

Ross propone sin la menor duda como método de razonamiento y conocimiento para la construcción de las normas jurídicas por la «ciencia del derecho» los métodos de la ciencia: deducción e inducción, en especial el primero. Para Ross las reglas de la lógica proposicional o simbólica son de uso en la construcción de los conceptos jurídicos (50).

Su construcción ha dado como resultado la identificación del estudio del derecho con el de sus textos considerados como enunciados directivos o como «entidades» lingüísticas (51). Propugna que las construcciones producto de este método son las apropiadas para estudiar al derecho, situando a nivel inferior las apreciaciones que prevengan de otros métodos. Con ello, las posiciones de Ross son la culminación de las corrientes hasta aquí expresadas. Desde aquí se propone, con la mayor claridad, que el desarrollo lógico del lenguaje jurídico es la clave para el conocimiento del derecho en su totalidad, dado que el lenguaje es, prácticamente, la única «entidad» segura (52).

Esta confianza en el lenguaje le lleva a hacer propuestas como las siguientes. Previamente hay que apuntar que Ross es un autor que resume una larga tradición «realista» (53): la arraigada en los países escandinavos, al mismo tiempo que está vinculado al realismo americano, a la filosofía analítica anglosajona y al mismo Kelsen. En virtud de estas premisas no es de extrañar que fuera más allá que Hart o Kelsen al decir, por ejemplo, que así como el estudio del derecho puede ser el estudio de carácter formal hecho a las normas o a los enunciados directivos, dicho estudio tenía siempre que ver con resolución de los jueces en cada caso concreto, siendo los enunciados directivos las propuestas hechas por la ciencia jurídica sobre la posible actuación de los jueces (54). Estas afirmaciones han sido

(50) Véase ROSS, A.: *Lógica de las normas*, trad. José S. P. Hierro, Madrid, 1971, pp. 17, 133 y ss., por ejemplo; en especial: pp. 102-129 passim.

(51) ROSS, A.: *Tü-Tü*, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, 1961, pp. 26, 30, 42. ROSS: *Lógica de las normas cit.*, pp. 42 y ss.

(52) ROSS, A.: *Sobre el derecho y la justicia*, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, 1963, pp. 6-11 passim, 25 y ss.

(53) *Ibidem*: pp. XIII y ss., 1-5. ROSS, A.: *Autobiografía intelectual*, en «AFD», 1987, pp. 273-277.

(54) ROSS: *Sobre el derecho y la justicia cit.*, pp. 18 y ss., 44-49 passim.

objeto de varias críticas, en especial la de confundir validez con eficacia (55). En lo que aquí nos interesa hay que decir que, sin duda, es la introducción del positivismo científico en la reflexión jurídica llevada la confianza en sus métodos hasta sus más extremas consecuencias. En Ross, por tanto, constatamos la conciencia acerca de la multiplicidad de facetas del derecho, al mismo tiempo que la parcialidad de las propuestas de la denominada «teoría del derecho»: la complejidad se resuelve mediante el estudio analítico y lógico de los enunciados normativos.

Estos excesos se constatan en la obra de Ross: «Sobre el derecho y la justicia. Una introducción a la filosofía jurídica analítica». Esta obra, pese al título, está destinada fundamentalmente al tema «ciencia jurídica». Más en concreto: realiza propuestas sobre el conocimiento que la dogmática efectúa y ha de efectuar sobre el derecho (56). Aquí dice también que el cometido propio de la dogmática o la ciencia jurídica es el conocimiento del lenguaje jurídico, así como propiciar su desarrollo lógico, una vez ello equivale a predecir correctamente las decisiones judiciales. La filosofía del derecho ha de reflexionar como metafilosofía, de una forma problemática, sobre el cometido de la ciencia jurídica y de los jueces, y con ello reflexionar sobre el derecho y la justicia (57). De Ross, por ello, bien puede afirmarse que es el ejemplo paradigmático de la aplicación de los principios del positivismo científico en el terreno del derecho. Así es. Consideremos que Ross criticaría la distinción de Kelsen considerando al derecho como materia del deber ser. Diría que el derecho hay que considerarlo como hecho, proponiendo en consecuencia un estudio del mismo aplicando los métodos de razonamiento, que en este caso son de conocimiento al mismo tiempo, propios de la ciencia (58). Incluso llegaría a decir que en derecho cabe realizar estudios empíricos y analíticos, aunque su propuesta quedara reducida a efectuar un estudio analítico del derecho que culminarían parte de sus continuadores (59).

Por todo lo hasta aquí dicho ya cabe unificar criterios con respecto a la averiguación sobre cuál es el método de construcción de las respectivas teorías del derecho hasta aquí vistas. Coinciden en el establecimiento de un estudio depurado del derecho, proponiendo una teoría abstracta sobre el derecho compuesta de reglas que posibilitaban, según creían, que tanto el estudio académico del derecho como

(55) HART, H. L. A.: *Su Ross*. En GUASTINI, R. ed.: *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, 1980, pp. 353 y s.

(56) Ross: *Sobre el derecho cit.*, caps. II a IX, pp. 9-220.

(57) *Ibidem*: pp. 24-27.

(58) Sobre las relaciones (peculiaridades incluidas) de la ciencia del derecho (más en concreto: la labor a realizar por los trabajos doctrinarios) con las ciencias sociales y las ciencias en general: *ibidem*: pp. 45-49.

(59) *Ibidem*: pp. 26 y s.

la interpretación y aplicación del mismo estuvieran liberados en la medida de lo posible de irracionalidad. Sus recomendaciones estaban dirigidas a todos los actores jurídicos. Coinciden Hart y Ross en la propuesta de un estudio analítico del lenguaje jurídico; difieren en la validez que otorgan al método: Hart estima que este estudio es un mero instrumento, como otros, para discurrir sobre el derecho positivo, Ross afirma que este estudio formal o lingüístico produce un conocimiento verdadero del derecho. Kelsen se preocupa, como Ross, de proponer una teoría del conocimiento jurídico, sólo que estableciendo unas pautas propias para este conocimiento, en cuanto el derecho positivo ha de ser comparado con las indicaciones sobre el conocimiento de lo normativo o del deber ser realizadas por la teoría del conocimiento neokantiana. En todos los casos se observa un alto grado de confianza en los métodos de conocimiento y/o razonamiento positivistas. En todos los casos el estudio del derecho propuesto es exclusivamente normativo, contando en exclusiva con los textos jurídicos.

3. Hay numerosas ocasiones en las que al estudiar el tema «teoría sociológica del derecho» se afirma categóricamente que no existe una tal teoría (60). La cuestión no es tan clara aunque, como suele suceder, no falte cierta razón a quienes hacen dicha afirmación. Ello por lo siguiente:

Efectivamente, no existe una teoría sociológica del derecho con la extensión y tradición e incluso el grado de aceptación que tiene la denominada teoría analítica del derecho a la que acabamos de referirnos. Es más, la teoría analítica del derecho ha servido como teoría sociológica del derecho en cuanto que sus afirmaciones han servido de base a varias propuestas y trabajos empíricos de sociólogos del derecho (61). También ha servido de punto de arranque a estos trabajos afirmaciones de la dogmática o de la jurisprudencia conceptual. En otras ocasiones esta sociología ha quedado centrada en comprobaciones estadísticas a través de encuestas y otros métodos empíricos sobre la eficacia de determinadas instituciones, leyes, etc. (62). Para lo que aquí nos interesa ello no importa mucho; lo fundamental es

(60) No es tan tajante, aunque manifiesta tal dificultad: ZACCARIA, G.: *Deutsche und italienische Tendenzen in der neueren Rechtsmethodologie*, en «ARSP», 1986, pp. 308-313.

(61) Esta es la posición de ROTTLEUTHNER, H.: *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Freiburg, 1981, pp. 25-30, por ejemplo.

(62) Esta es la denominada investigación sobre las circunstancias de hecho o sobre la administración del derecho. Se caracteriza críticamente a estas aproximaciones en: GALINDO, F.: *Dificultades para la obtención de éxito ante el juez en la resolución de conflictos jurídicos en materia de derecho civil*, en «Constitución, Derecho y Proceso», Zaragoza, 1983, pp. 125-152, en especial pp. 139-151. Sobre las carencias de la investigación empírica en sociología del derecho (dificultades teóricas pero también políticas) véase: PLETT, K.; ZIEGERT, K. A.: *Empirische Rechtsforschung zwischen Wissenschaft und Politik. Zur Problemlage rechtssoziologische Auftragsforschung*, Tübingen, 1984.

señalar que por la sociología del derecho se ha aplicado casi en exclusiva un método inductivo de razonamiento a la hora de construir sus propuestas por medio de trabajos empíricos. Existen numerosos testimonios al respecto.

Ahora bien, estos datos no pueden oscurecer la circunstancia de que a lo largo de la historia, desde la segunda mitad del siglo XIX, se han producido varias teorías sociológicas acerca del derecho (63). Existen diversas obras que son tomadas como punto de referencia por quienes en la actualidad realizan sociología del derecho, por mucho que sea cierto que no hay autores concretos como Kelsen, Hart y Ross que puedan servir de punto de referencia común. No se puede hablar sino de tradiciones: el sociologismo jurídico francés e italiano, los movimientos realistas (escandinavo —algún autor— y norteamericano) y sociologistas (movimiento de derecho libre, jurisprudencia de intereses), el propio marxismo. También cierta reflexión alemana que surge del propio Ihering o de Max Weber (64). Movimientos que, por lo general, difícilmente son encuadrables en la categoría «sociológicos», y sí, en cambio, en la de antiformalistas. En todo caso, son considerados precursores o fundadores de los actuales sociólogos del derecho empíricos que, juristas o no, proliferan en prácticamente todos los países del mundo desde finales de los años sesenta de este siglo. Los precursores, por lo general, construyeron propuestas que no se fijaban específicamente en la característica normativa del derecho o texto escrito, sino en las actividades de los juristas o de los ciudadanos para con o en relación a los textos jurídicos. Fundamentalmente criticaban las posiciones formalistas: jurisprudencia de conceptos o analítica.

La observación de los trabajos empíricos más recientes, e incluso de los manuales que con la denominación «Sociología del derecho» han aparecido en los últimos años, produce la impresión de que en estas actividades no se ha logrado superar la fase problemática o de primera constitución de la materia como objeto de conocimiento. Los manuales acostumbra a ser la recopilación de un conjunto de problemas considerados de interés para la investigación empírica (65), ob-

(63) Es difícil afirmar categóricamente con respecto a cualquier disciplina que no existen teorías. Siempre hay referencias con mayor o menor tradición o extensión. Sobre diversas teorías sociológicas del derecho: TREVES, R.: *Introducción a la sociología del derecho*, trad. Manuel Atienza, Madrid, 1978, pp. 58-72. También: RÖHL, K. F.: *Rechtssoziologie*, Köln, 1987, pp. 212-222.

(64) Reseña esta tradición KRAWIETZ: *Der soziologische Begriff cit.*, pp. 1-14.

(65) Así ROTTLEUTHNER: *o. c.*, pp. 80-189. Pese a que hay una cierta sistematización también son recopilación de problemas: DUX, G.: *Rechtssoziologie. Eine Einführung*, Stuttgart, 1978. KISSLER, L.: *Recht und Gesellschaft*, Opladen, 1984. Excepción es: RÖHL (*Rechtssoziologie cit.*). Se incrementa el carácter de enumeración de problemas o de «readings» de los manuales del área anglosajona, por ejemplo: AKERS, R. L.; HAWKINS, R.: *Law and control in Society*, New Jersey, 1975. EVAN, W. M.: ed., *The sociology of Law. A social-structural Perspective*, New York, 1980. TOMASIC, R.: *The sociology of law*, London, 1985.

servándose en los mismos un escaso interés por construir teorías, quedando satisfecho el mismo a lo sumo con la remisión a testimonios de los considerados precursores. En otras ocasiones, como decíamos, propuestas de la propia «teoría analítica del derecho» o de la dogmática son las hipótesis de la investigación. En escasa medida se preguntan por el sentido de la investigación empírica. Se confía en la virtualidad del método inductivo como método de conocimiento sin recoger las dudas acerca de la comprensión de la realidad por medio de los métodos científicos.

Existen, pese a todo, dos teorías sociológicas del derecho: por un lado, el marxismo; por otro, recientemente, la teoría de los sistemas sociales. Ambas explican al derecho en virtud de las características de la sociedad: al margen de su caracterización como norma o texto escrito, y teniendo en cuenta sobre todo su vinculación a la infraestructura o a la sociedad precisada tecnocráticamente. Tanto la una como la otra consideran que los datos jurídicos relevantes son los obtenidos a través de los métodos empíricos. Propugnan el uso de la inducción, en ocasiones junto a la deducción, para razonar acerca del derecho.

Como antecedente para la segunda se propone a las posiciones teóricas señaladas por autores como Max Weber y Theodor Geiger.

Las posiciones de estos autores tienen en común la construcción de una teoría sociológica del derecho a partir de lo que éste sea en la realidad social a diferencia de otros órdenes sociales distintos al mismo. Consideran al derecho como comportamiento o como espera de comportamiento (66). En general, lo consideran vinculado a la organización estatal una vez que ello es lo que le diferencia de otro orden social como la religión, usos sociales, costumbres, etc. (67).

Por lo que a nosotros nos interesa: método que conduce a la construcción de una teoría del derecho, hay que decir que en un caso y en otro se estipula que hay que partir del estudio empírico —método inductivo— de la sociedad para encontrar la teoría dicha. Uno y otro autor rechazan la consideración del derecho como norma aislada o como lenguaje, tal y como hace la filosofía del derecho «tradicional» o el realismo jurídico escandinavo, aunque Weber reconoce que el método normativo-lógico puede tener interés para el mundo jurídico (hay que considerar que este autor participa de la distinción neokantiana entre el ser y el deber ser) (68). Geiger reconoce, también, que su método es analítico una vez que la diferenciación conceptual analítica permite establecer pautas para perfilar el lugar del derecho con respecto a otros órdenes sociales (69).

(66) WEBER, M.: *Rechtssoziologie*, Neuwied, 1960, p. 275.

(67) GEIGER, T.: *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Darmstadt, 1964, pp. 126, 128.

(68) WEBER, M.: *Wissenschaftslehre*, Tübingen, 1951, pp. 439 y s.

(69) GEIGER, T.: *Arbeiten zur Sociologie*, Neuwied, 1962, pp. 75-85.

En uno y otro caso, como sucede con las propuestas empíricas de los sociólogos del derecho, no se pone en cuestión el método de conocimiento —más que de razonamiento—, considerándose que la verdad se alcanza directamente a través de la pura aplicación del mismo. Se coincide en la apreciación de que la intencionalidad no es objeto de consideración para un científico: el conocimiento científico es «puro», se produce al margen de los valores. Con ello coinciden con la teoría pura o analítica del derecho, resultando ambas corrientes afectadas por el positivismo científico y su consideración negativa de la observación, del interés del conocimiento que está presente en toda operación de conocer, con lo cual terminamos de constatar cómo unos y otros, analíticos y sociólogos, han utilizado unos métodos que no son capaces de atender a la pluralidad de facetas en las que es imprescindible cuartear el objeto de conocimiento: norma, acción y sentido.

II

Al mismo tiempo que se ponen en práctica las referidas teorías, se construyen otras que aspiran a comprender en mayor medida a la realidad, situando al margen a las teorías anteriormente consignadas reconocidas hoy como reductoras, simplificadoras o formalizadoras de la realidad, como acabamos de ver.

Teorías/filosofías que no son nuevas. También existen precedentes históricos, como sucedía con las mencionadas con anterioridad, de mayor o menor antigüedad en nuestra cultura (70). Una de sus características fundamentales es la de que están diseñadas con el objetivo de comprender cuáles son las condiciones del conocimiento hoy. Con otras palabras: conocer las características del «paradigma científico» actual (71). En especial reflexionan sobre la validez de las categorías kantianas, o, mejor dicho, sobre la de aquéllas en las que se funda la ciencia y el conocimiento en general desde la modernidad. Su punto de partida es el de señalar la insuficiencia de las teorías que se creían seguras por tener como principal objeto de conocimiento el estudio de los signos de comunicación. Las teorías actuales se fijan más en la comunicación: manifiestan que ni los objetos, ni sus rela-

(70) Véase acerca de estos precedentes, vinculando sus argumentos con exposiciones clásicas acerca de la argumentación (Aristóteles): VIEHWEG: *Tópica y jurisprudencia cit.*, pp. 34-45. HABERMAS: *Theorie des kommunikativen Handelns*, T. I, Frankfurt, 1981, pp. 44 y ss. GADAMER: *o. c.*, pp. 638 y ss. Vincula esta posición con la existente sobre teoría de la ciencia: APEL, K. O.: *La transformación de la filosofía*, trad. Adela Cortina, T. 1, Madrid, 1985, pp. 21-32.

(71) Para esto y lo que sigue BROWN, H. L.: *La nueva filosofía de la ciencia*, Madrid, 1983, pp. 105-223, passim: resumen de las características del paradigma científico hoy.

ciones, ni los diversos lenguajes en los que se manifiestan son cognoscibles en su totalidad: puramente, porque todos ellos están afectados por la posición del observador, que está integrado en una determinada colectividad (no sólo la científica) que acostumbra a conocer desde una determinada perspectiva: la del grupo social en el que convive. Esto significa reconocer que ni siquiera las estructuras de las que dan cuenta los análisis formales tiene sustancia propia. Hay quien dice que, como mucho, tienen la que les suministra la propia cultura o hábitos de comunicación de los que participan quienes efectúan el análisis. De ahí esté muy generalizada la creencia en que si bien las teorías formales son excelentes medios auxiliares, no es posible hacer, tan sólo, un uso exclusivo de las mismas por parte de quienes quieren aproximarse a la realidad. Se acepta con ello que ellas son meros instrumentos de aproximación. Se refieren tanto a las teorías analíticas como a las teorías o instrumentos empíricos.

Esto supone que la búsqueda del lenguaje formal universal, objeto común en última instancia de las teorías sintetizadas en el apartado anterior, pierde importancia. Este problema queda relegado a un segundo plano, como hemos dicho, por la puesta de manifiesto de otro problema que, filosófica y científicamente, queda en primer plano: el de averiguar las condiciones o circunstancias en las que se desenvuelve el conocimiento. Se dice que esto afecta al propio conocimiento y a la construcción de teorías. Se dice que hay que tomar en consideración las «condiciones del discurso», el «interés del conocimiento», la «hermeneútica de las frases», etc.

Como es sabido, todo ello se debe, en resumen, al hecho de que desde finales de los años sesenta, en especial, quedara manifiesto, en el seno de múltiples polémicas, que el conocimiento tiene lugar en el ámbito de un amplio círculo en el que interfieren factores varios. De resultas de todo ello quedó patente que esos diversos factores que hay que tener en cuenta para resolver un problema, son relevantes para su solución, no siéndolo uno de los mismos tan sólo. La hermeneútica, partiendo del estudio de la labor de las ciencias humanas, expuso que las soluciones tenían que ver con la historia cultural de las personas que intervienen en el asunto (72). Simultáneamente, la «historia de la ciencia» ha puesto énfasis en que las soluciones a los problemas científicos están afectadas por los hábitos de conocimiento de la comunidad científica, de la sociedad en última instancia, que está interesada por los mismos (73). De ahí se haya afirmado, a continuación, la existencia de un «discurso» argumentativo ideal racional, que, sin olvidar los hábitos científicos o de conocimiento de nuestra cultura, señala las condiciones del conocimiento

(72) GADAMER: *o. c.*, pp. 333 y ss., por ejemplo.

(73) KUHN, T. S.: *La estructura de las revoluciones científicas*, México, 1975, pp. 68-79, en especial 78 y s.

y, por tanto, las de resolución de problemas concretos (74). De ahí sean numerosos, junto a una práctica científica tradicional, los estudios sobre las características de los procesos de comunicación de la «comunidad humana». También los estudios críticos para con el hallazgo de un único lenguaje común, formalizado, único vehículo de comunicación entre las diversas especialidades científicas existentes... (75).

Las críticas, y las afirmaciones, que se hacen en este tipo de trabajos son muy variadas, aunque prácticamente nunca son absolutas. En especial, considerando el tema de los métodos de razonamiento, se enfatiza el hecho de que la realidad queda seccionada en exceso cuando se estudia tan sólo analíticamente por medio del desarrollo de un lenguaje o de sus reglas. Ello queda vinculado a las apreciaciones positivas que hoy se hace de los denominados juicios sintéticos, así como a la puesta en cuestión de la confianza habida en los juicios analíticos, reconociéndose como no suficientemente esclarecedora la contraposición analítico-sintético (76). Simultáneamente, tal vez por lo dicho, desde hace años se reitera la necesidad de superar la parcialización del conocimiento mediante un tratamiento interdisciplinar y problemático de la realidad proponiéndose, incluso, más allá de la interdisciplinariedad, teorías instrumentales «analítico-sintéticas», aptas para varias áreas de conocimiento. De ahí el intento de construir procedimientos eficaces para transmitir o transferir los conocimientos en su complejidad a especialistas de diversos campos o, incluso, a los ciudadanos. Además, desde otra perspectiva, pero en congruencia con lo dicho, los términos: certeza, veracidad, falsacionismo, que confiaban en el acceso al conocimiento producido por los métodos de razonamiento señalados, han sido sustituidos por los de probabilidad, verosimilitud, posibilidad, prudencia, etc., admitiéndose el carácter aproximativo de todo conocimiento.

En ello coinciden filósofos y científicos, suscitando dudas sobre la tajante separación «tradicional» entre razón teórica y razón práctica (77), o, modernamente, desde otras perspectivas, entre teorías o ideologías. Por ello, precisando el principio de los lugares comunes o tópicos como punto de partida, se habla más de aproximaciones

(74) HABERMAS: *Theorie des kommunikativen Handelns cit.*, T. I, pp. 440-452; sobre la diferencia de esta posición con las positivistas: *ibidem*: pp. 369-452 y T. II, pp. 223-228.

(75) Véase, por ejemplo, las críticas de Bunge al formalismo de Chomsky en BUNGE, M.: *Lingüística y filosofía*, Barcelona, 1983. Esta crítica es antigua: véase las opiniones en contra de visiones del lenguaje «exclusivamente lingüísticas» en LENNEBERG, E. H. y otros: *Nuevas direcciones en el estudio del lenguaje*, Madrid, 1974.

(76) Añade argumentos a los hasta aquí resumidos: BUNGE, M.: *La ciencia, su método y su filosofía*, Buenos Aires, 1963, p. 62; también pp. 63-98.

(77) Habermas, vinculando arte, ciencia, moral y derecho, ofrece su visión del problema en HABERMAS, J.: *Die Modernein unvollendetes Projekt (1980)*. En HABERMAS: *Kleine Politische Schriften: (I-IV)*, Frankfurt, 1981, pp. 444-464, en especial pp. 460 y ss.

que de teorías, y si se habla de teorías éstas son más bien aproximaciones.

Volviendo al terreno del derecho, lo primero a referir es que todas las teorías sobre las que se ha hablado en el apartado anterior han tenido de hecho una escasa relevancia en la práctica jurídica diaria. Ello no queda referido tan sólo a la práctica judicial, administrativa o legislativa, sino también a la propia dogmática o a la reflexión académica sobre el derecho. Esto especialmente en lo que hace a la denominada analítica. De la sociología del derecho no ha habido hasta hace poco propuestas de envergadura que superaran la limitación de los productos empíricos, meras construcciones, contruidos por la misma. De hecho prevalece en los manuales la construcción dogmática que sigue los principios de la escuela denominada jurisprudencia de conceptos o los de la exégesis. A lo sumo ha prevalecido en la reflexión jurídica las propuestas suscitadas por la hermenéutica, posición filosófica que se ocupa como su principal cometido de explicar las características de la interpretación de los textos. Por esto se ha llegado a proponer que la hermenéutica es propiamente la teoría o filosofía del derecho más característica. Y ello no es de extrañar: sus propuestas, arraigadas en la discusión jurídica desde los años cincuenta por otras reflexiones, son próximas a las sensaciones de los juristas que no conocen a fondo su práctica. A falta de una adecuada sociología del derecho, la hermenéutica proporciona pautas o intuiciones acomodadas al ejercicio profesional del jurista en la práctica procesal del Estado de Derecho (78).

Esta corriente de pensamiento concurre con la de autores como Perelman y Viehweg, que se fijaron en que el modo usual de razonar/conocer de los juristas es la retórica o dialéctica en sentido clásico, y ello no tan sólo en la práctica judicial, por ejemplo, sino también en la propia construcción de la dogmática.

Estos autores vinieron a manifestar que la actitud del jurista no es la de perseguir el conocimiento objetivo, sino lograr el mejor razo-

(78) Véase GADAMER: *o. c.*, pp. 604 y ss. Dice al respecto en su respuesta, en una carta privada, al jurista Betti sintetizando las características de su propuesta: «En el fondo yo no estoy proponiendo *un método*, sino describiendo *lo que hay*. Y que las cosas son como las he descrito, esto creo que no podría seriamente ponerse en cuestión... Usted mismo, por ejemplo, cuando lee una investigación clásica de Mommsen, se da cuenta enseguida de cuándo tuvo que haber sido escrita. Ni siquiera un maestro del método histórico está en condiciones de librarse por completo de los prejuicios de su tiempo, de su entorno social, de su posición nacional, etc. ¿Ha de ser esto necesariamente una deficiencia? Y aunque lo fuera, creo que filosóficamente es un deber pensar por qué esta deficiencia no deja de estar presente cada vez que se hace algo. En otras palabras, sólo considero científico reconocer *lo que hay*, no partir de lo que debería ser o de lo que querría ser. En este sentido intento pensar más allá del concepto de método de la ciencia moderna (que desde luego conserva su razón relativa), y pensar por principio de una manera general lo que ocurre *siempre*.» (las cursivas son del original) (*Ibidem*: pp. 606 y s.).

namiento, no siendo éste el proceder del razonamiento lógico: el silogismo puesto de manifiesto por Aristóteles, sino el proceder logrado a través del razonamiento tópico o retórico, tal y como había propugnado el propio Aristóteles en sus obras, ampliado después por el uso del mismo por la jurisprudencia romana, con Cicerón a su cabeza, y por otras manifestaciones culturales del pasado histórico de los países occidentales. Este razonamiento no está fundamentado en premisas claras que llevan a conclusiones también claras, sino que se construye en virtud de ideas o lugares comunes, aparecidos a lo largo de la discusión jurídica siguiendo determinadas reglas, que nunca son las precisas y rígidas que establecen las pautas del razonamiento lógico. Se llega a decir que éste es el razonamiento típico de los juristas y que, por tanto, es su método propio de trabajo tanto a la hora de actuar el derecho en la aplicación, interpretación o creación del mismo, o a la hora de construir leyes como a la hora de construir dogmas o una teoría del derecho (79). Estas posiciones frente a las de la lógica jurídica, la teoría analítica en sus aspectos extremos o la rigidez cientifista del realismo escandinavo, exclusivamente formales, tuvieron un fuerte arraigo.

Para estos autores la deducción y la inducción son métodos propios de las ciencias, en cambio, no son los métodos más adecuados para el derecho. Critican la rigidez de las propuestas de la denominada lógica jurídica, que acreció sus tesis por los mismos años en los que la tópica o nueva retórica estableció las suyas, animada por la revitalización de los planteamientos formales que lograra la denominada teoría analítica del derecho. También criticaron a la teoría del derecho o a la jurisprudencia conceptual.

La recepción de estas corrientes por la filosofía del derecho, pero también por la propia dogmática, ha sido potenciada por la reaparición de la hermenéutica a partir de la crítica al positivismo científico. Hay que pensar en que las posiciones de Perelman o de Viehweg pensaban fundamentalmente en el proceso y el auditorio que él configuraba. Es el proceso el lugar en el que los argumentos se explican y por ello aquéllos ponían de relieve las características de este proceso. En cambio, la hermenéutica propone pautas para la interpretación de los textos jurídicos: la actividad más evidente para cualquier jurista. Por ello no es de extrañar que esta corriente a partir de apreciaciones diversas, recientemente las de Gadamer, haya sido ampliamente reconocida desde finales de los años sesenta tanto por filósofos del derecho como dogmáticos de orígenes doctrinales diversos (80).

(79) Para esto y lo que sigue VIEHWEG: *Tópica y jurisprudencia cit.*, pp. 49-64, 127-143.

(80) Estado de la cuestión: HASSEMER, W.: *Juristische Hermeneutik*, en «ARSP», 1986, pp. 195-212. En castellano: HASSEMER, W.: *Hermenéutica y derecho*, en «ACFS», 1985, pp. 63-85. Pero ello sucede no sólo en el ámbito de la filosofía del derecho

El interés fundamental de la hermenéutica reside en poner de manifiesto que en la interpretación de textos no se da una separación tajante entre el sujeto que interpreta y el texto interpretado, a diferencia de lo que proponía el positivismo, sino que hay una interrelación entre ambos, aportando el intérprete con su historia al texto interpretado el sentido del mismo. De la misma forma en derecho cuando se aplica una ley no se aplica el texto absoluto de la ley, sino que lo que se aplica es el texto interpretado por el juez, quien dicta la resolución judicial a través de su peculiar consideración de los acontecimientos sobre los que se juzga en el proceso, pero muy en especial a través de su propia historia. Se reconoce que el intérprete aplica el derecho desde su visión del mundo o su horizonte personal.

Esto confluye con la crítica al positivismo científico. De esta forma se ha introducido en la reflexión jurídica la exigencia que se hacía al positivismo científico desde finales de los años sesenta. A través de la hermenéutica, también a través de la retórica o la tópica, se pone énfasis en mostrar las características de la operación de conocer o interpretar o aplicar el derecho, y, por tanto, en reflejar el sentido de las afirmaciones descubiertas por la aplicación de los métodos de razonamiento analítico y empírico al texto de las disposiciones jurídicas. De la misma forma también se incrementa el interés por conocer las mismas características de las actividades de los juristas y los rasgos personales o ambientales de estos últimos: su historia.

Pese a todo, de hecho, estas propuestas han sido llevadas adelante en escasa medida por los juristas que han aceptado las propuestas de la hermenéutica. Hemos dicho que hermenéutica no es sólo revisión de los fundamentos del conocimiento científico, sino que es lo mismo que interpretación de textos; de hecho los hermeneutas han propuesto métodos de interpretación de los textos jurídicos que no son sino renovaciones de los métodos tradicionales de interpretación (propuestos por el humanismo modernista, la escuela de la exégesis o la escuela histórica), terminando en ello las propuestas de actualización de la teoría del derecho. De nuevo posiciones que se fijan en exclusiva en el aspecto textual del derecho y en su configuración normativa. También han traído un renovado interés por la historia. Todo lo cual ha producido, asimismo, un iusnaturalismo puesto al día en el que la confusión, conexión heterogénea de métodos y vaguedad de sus afirmaciones son sus notas características. Estas posiciones han propugnado el abandono de los hábitos usuales de conocimiento (hábitos científicos) en nuestra sociedad por los juristas, lo que no deja de ser un grave inconveniente para aunar las posiciones de los juristas y las de los especialistas en otras materias, en un momento en el que el elevado grado de complejidad de una sociedad alta-

«continental», sino también en zonas de pensamiento relacionadas con la «teoría del derecho»: MAC CORMICK, N.; WEINBERGER, O.: *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht, 1986, pp. 17 y ss., 105 y ss., 169... Véase: ZACCARIA: *o. c.*, pp. 299-308.

mante organizada y tecnicada presente en España, requiere de los juristas capacidad para entenderse con otros profesionales (81)

Otras posibilidades ofrece la teoría de la argumentación. Esta teoría ha sido desarrollada por lo que a derecho respecta a partir de mediados de los años setenta, en torno a varias aportaciones filosóficas y, sobre todo, de teoría de la ciencia (82). Esta teoría explica que las acciones humanas tienen lugar en un marco comunicativo que es el que les da carácter. Las peculiaridades de este marco, pero muy en especial las características ideales del mismo, han sido propuestas por Habermas. Sin entrar a considerar la posición de este filósofo, para esta teoría, a diferencia de la hermenéutica, no tiene interés tan sólo el texto en el que se refleja la acción, sino las características de la acción misma (83). En el caso del derecho, la operación de aplicarlo, la de interpretarlo, las características de la construcción dogmática, el proceso de elaboración de las leyes generales..., operaciones y actividades concretas precisables a través de los modos de razonamiento tradicionales. Esta teoría, en un plano ideal, por tanto, es consecuencia de la crítica hecha al positivismo científico a finales de los sesenta. No cuestiona la validez de los métodos de razonamiento actuales, tan sólo los sitúa en un segundo lugar: considerándolos como métodos de razonamiento y no de conocimiento. Con ello facilita la apreciación de que los valores importan en el conocimiento, incluso en el científico, lo cual no impide el ejercicio de las características de este conocimiento porque al mismo tiempo la teoría afirma que las

(81) Este riesgo se corre si se atiende a qué temas principales de esta hermenéutica jurídica, siguiendo a HASSEMER (*Juristische Hermeneutik cit.*, pp. 207-212), son: «derecho natural concreto», «teoría de la comprensión», «concreción de la norma y constitución del supuesto de hecho», «precomprensión», «comprensión escénica». Mucho más si se cuenta con una filosofía del derecho como la española, vinculada en su pasado reciente a una fuerte tradición iusnaturalista como reflejan informes recientes: GIL CREMADES, J. J.: *Filosofía del derecho en España (1960-1985)*, en «ACFS», 1985, pp. 215-243. PÉREZ LUÑO, A. E.: *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie in Spanien*, en «Rechtstheorie», 1987, pp. 313-334. SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.: *Les tendances de la philosophie du droit actuelle en Espagne*, en «APhD», 1987, pp. 392-396.

(82) No existe «la» teoría de la argumentación jurídica; hay una variada pluralidad de teorías de la argumentación jurídica que provienen tanto de la tradición de la filosofía moral, la práctica jurídica y la hermenéutica, como, a través de la filosofía analítica y el realismo escandinavo, de la teoría de la ciencia. También de la lógica. La coincidencia está «apuntada» por la discusión postpositivista sobre el conocimiento que ha quedado delineada. Habermas es el autor que posibilita vincular estas convicciones. Con lo cual sucede en la actualidad en el terreno de la reflexión jurídica lo que ha sucedido a lo largo de la historia y muy en especial en los dos últimos siglos: está afectada por las corrientes filosóficas que han expresado las condiciones generales del conocimiento y por los hábitos de los agentes del derecho (juristas y ciudadanos). Una exposición detallada sobre la pluralidad de corrientes que se amparan tras la denominación «teoría de la argumentación jurídica» se encuentra en: NEUMANN: *Juristische Argumentationslehre cit.*, pp. 2-6 (sobre la fundamentación moral de la teoría), pp. 96-111 (sobre la vinculación a la teoría de la ciencia: varios ejemplos).

(83) Esta característica de la teoría es la que le señala como programa válido para, incluso, la conversión de la teoría de la argumentación jurídica en «la» teoría del derecho por excelencia. Así: *Ibidem*: p. 118.

valoraciones son adquiridas o conocidas a través de procesos sociales «standard». El conocimiento queda afectado por la posición del sujeto, por el círculo en el que éste se mueve, por sus sentimientos. Esto supone que por la teoría se precisa con mayor detalle propuestas como las de Viehweg y otros autores, relacionadas tan sólo con la afirmación, que hoy dice poco, acerca de que el argumento típico en derecho no es el lógico, sino el tópico. Las teorías de la acción comunicativa no se quedan en la denuncia: van más allá, al interesarse por el marco en el que tiene lugar el ejercicio de los métodos usuales de razonamiento, sin propugnar métodos especiales. Tan sólo le interesa superar: la separación sujeto-objeto y la separación teoría-práctica.

En efecto, la teoría de la razón práctica critica la separación que del sujeto y el objeto realiza el positivismo a través de la sublimación abstracta del método científico: se separa al investigador de la sociedad de la que el investigador es parte. Con esta actitud la sociedad es un objeto diferenciado, una «cosa» distinta. La teoría propone que, de hecho, se considere a científico y sociedad unidos porque el científico no puede aislarse de la sociedad de la que es parte principal. También critica la circunstancia de que el investigador o científico que formula teorías considera su teoría como una cosa y la aplicación de esta teoría en la realidad como otra cosa distinta; con esto se deja al político la aplicación de la teoría, con lo que los resultados de los trabajos científicos producen una escasa movilidad social, siendo aprovechados en escasa medida. Propone una actuación política del científico (84). Desde una perspectiva jurídica no exageramos al afirmar que la denominación científico puede ser sustituida, atendiendo a la función, por la de filósofo del derecho o dogmático en un país de sistema jurídico continental (85).

(84) WOHLRAPP, H. P.: *Handlungsforschung*. En MITTELSTRASS, J.: *Methodenprobleme der Wissenschaften vom gesellschaftlichen Handeln*, Frankfurt, 1979, pp. 126 y ss.

(85) Al menos desde una perspectiva funcional no es posible negar esta vinculación: la de que, admitiendo la existencia de mundos y hablando del mundo de la ciencia y del mundo del derecho, el rol social más similar al del científico es el del filósofo del derecho y el del dogmático o, en definitiva, el de los profesores de Universidad. Sin duda alguna, los objetos de conocimiento son distintos, pero las actitudes hacia los mismos tienen cierta semejanza. La semejanza es mayor en lo que se refiere a la matemática y la «jurisprudencia»: decía English: «La diferencia entre ambas disciplinas consiste en que en matemática se deriva mucho de pocos principios, mientras que, sin embargo, en la jurisprudencia se deriva poco de muchos principios... Ahora bien, por lo que se refiere ante todo a la derivación como tal, ésta puede ser en su estructura lógica exactamente tan intachable en la jurisprudencia como en cualquiera otra disciplina que opere deductivamente. Pero, mientras que en una disciplina matemática, tratada axiomático-deductivamente, la deducción formal es casi la cosa misma, en la jurisprudencia sólo aparece más bien como un andamio de las ideas. Pues aquí ha de dominarse tanta materia en cada paso lógico, que lo puramente deductivo pasa a segundo plano en relación con los actos cognitivos exigibles...» ENGLISH, K.: *Sentido y alcance de la sistemática jurídica*, trad. Marcelino Rodríguez Molinero, en «AFD», 1986, p. 14. Y todo ello puede extrapolarse con mayor razón todavía para la práctica profesional no académica.

En virtud de todo ello se han producido en la actualidad diversas teorías del derecho que ya son, más bien, teorías de la argumentación jurídica o, recogiendo expresiones provenientes del campo de la ciencia, teorías de la justificación, que siguen —parcialmente, como vamos a ver— las tradiciones metódicas hasta aquí desenvueltas. A continuación indicamos algunas de las posiciones más significativas en esta discusión, en concreto las de Alexy, Peczenik y Aarnio (86), limitándonos a reseñar cuál es su objeto de conocimiento y su propuesta acerca de cuál es el método apropiado para su estudio.

La posición de Robert Alexy tiene ante todo el interés de que está vinculada a la tradición filosófico jurídica alemana reciente, relacionada con términos como interpretación, hermenéutica, argumentación y tópica (87). De esta vinculación da cuenta a lo largo de toda la obra que aquí vamos a comentar: «La teoría de la argumentación jurídica». Hay que tener en cuenta que esta obra tuvo originariamente un origen académico: fue una tesis doctoral. Pese a todo esto ello no puede hacer olvidar que, en última instancia, la fundamentación de la posición de Alexy es filosófica, en concreto las apreciaciones que sobre el «actuar práctico» tienen determinados éticos analíticos. También, en parte, la teoría del discurso comunicativo de Habermas, pero esta fundamentación, en la obra comentada, es secundaria porque, como dice el propio Alexy, su única preocupación es la de elaborar una teoría del derecho y no una teoría sobre la reflexión de los juristas (88).

En este sentido, en «La teoría», se recogen las reglas y formas ideales del discurso jurídico, a partir de la consideración de que este discurso es un caso especial del discurso práctico. Para Alexy las mencionadas reglas son indispensables para la fundamentación o justificación de la aplicación del derecho (89). Con lo cual observamos que se pone especial énfasis en la reducción del derecho a normas, estudiando las características de la argumentación jurídica que quedan reflejadas en la exposición de las reglas y formas usuales de la misma. En concreto Alexy manifiesta que su intención es referir, y utili-

(86) Si se propone un estudio de estos tres autores es porque, resumiendo efectivamente las filosofías hasta aquí expuestas, fue su voluntad la de reunir sus posiciones en un artículo conjunto. Me refiero a AARNIO, A.; ALEXY, R.; PECZENIK, A.: *The Foundation of Legal Reasoning*, en «Rechtstheorie», 1981, pp. 133-153, 257-280, 423-448. A efectos de mostrar la representatividad de cada una de sus posturas para con su respectiva tradición, tomo como punto de referencia obras anteriores a la del trabajo mencionado tanto en el caso de Aarnio (AARNIO: *Denkweisen cit.*) como en el de Alexy (ALEXY: *Theorie der juristischen Argumentation cit.*). Para Peczenik me fundamento en una obra posterior (PECZENIK: *The basis of legal justification cit.*) pero que, de todas formas, es un ejemplo manifiesto de su situación.

(87) ALEXY: *Theorie der juristischen Argumentation cit.*, pp. 17-49. (Para Alexy se tiene en cuenta la bibliografía recogida en *supra*, nota 25, y lo expresado en *supra*, nota 28).

(88) *Ibidem*: pp. 48 y s.

(89) *Ibidem*: pp. 356 y ss.

zar de un modo racional, los tópicos jurídicos, racionalizando —formalizando—, las propuestas de Viehweg y otros autores al respecto (90). La racionalización está reducida a la propuesta de que esos tópicos son el marco de referencia de la aplicación del derecho, considerando a éste como norma.

De ahí que la elaboración de este marco se realice prescindiendo de lo que en realidad sucede en la aplicación del derecho, sin comprobar cuál es el uso efectivo de las reglas y formas del discurso que expresa. Esas reglas y formas son las propuestas por varias doctrinas o teorías de moralistas, filósofos, teóricos de la ciencia y juristas. A partir de estas propuestas, el autor confecciona las suyas. Reiteradamente proclama que su posición es analítica. Pese a todo, en Alexy, y en los demás autores que aquí comentamos, existe una explícita aceptación de que los principios y las reglas de la argumentación jurídica pueden obtenerse empíricamente. Ahora bien, Alexy rechaza seguir este procedimiento: apela a la diferencia existente entre mundo del ser y mundo del deber ser (91).

Con ello constatamos que en esta teoría no se produce «realmente» una teoría de la argumentación jurídica. Hay que pensar en que aquí se construye una teoría «normativa» del derecho contando con la aplicación. Se secciona el objeto de estudio: el derecho. En realidad, nos encontramos no ante una teoría del derecho, sino ante una teoría de la norma jurídica. Es significativo que para Alexy los tópicos del discurso jurídico no son los «lugares comunes» de los que habla la «nueva retórica», sino que están integrados, predominantemente, por las leyes, la dogmática y la jurisprudencia (92). Esto también permite manifestar que va más allá de Kelsen, Hart y Ross, al no limitarse a efectuar un estudio de la norma o del derecho como proposición prescriptiva. Es de destacar que su «teoría del discurso jurídico-racional» no es una teoría aislada, sino que presupone «un orden racional y justo de la sociedad» (93), racionalidad que se logra por medio del estudio racional del lenguaje jurídico. En este sentido es una teoría positivista no consecuente con los fundamentos de las teorías de la argumentación, que toman como punto de referencia no a los hábitos de la comunidad científica o técnica, sino a los de la sociedad en su conjunto. En todo caso, es de destacar su interés por el marco de la argumentación jurídica.

Tampoco parece suficiente la teoría del derecho sostenida por Peczenik. Es encomiable su voluntad de construir una teoría normativa del derecho que atienda a la complejidad del fenómeno jurídico: norma, acción y reflexión de los juristas. No sucedía lo mismo en Alexy,

(90) *Ibidem*: p. 43.

(91) *Ibidem*: pp. 227 y ss.

(92) *Ibidem*: pp. 365 y ss., 352 y ss.

(93) *Ibidem*: p. 359.

que se limitaba a señalar el marco normativo racional del discurso jurídico.

La tesis fundamental de Peczenik, que es al mismo tiempo el punto de partida de la obra en la que aquí nos fijamos («La base de la justificación legal»), consiste en afirmar el siguiente esquema. Dice que en todas las actividades humanas, intelectuales y evaluativas, que llevan a conclusiones, se producen «transformaciones» o «saltos». Estos saltos son pasos de un estado o nivel de conocimiento a otro, producidos a consecuencia de la concurrencia en todas las actividades de infinidad de factores, razones y reglas de inferencia («deductivas» y «no deductivas») que las justifican. Estos factores, razones o reglas son difícilmente precisables, aunque no sean arbitrarios en absoluto. Su racionalidad les viene suministrada por el hecho de que las actividades humanas en su totalidad pueden quedar reducidas al esquema referido. Este esquema implica que la justificación reside en el contexto del discurso, en última instancia en el modo de vida (94).

En las actividades humanas que conducen a conclusiones jurídicas, Peczenik observa una diferencia con respecto, por ejemplo, a las actividades científicas en general. Señala que si bien estas últimas están regidas predominantemente por «reglas de inferencia» deductivas y en última instancia por el principio de verdad, en cambio en las primeras, como ocurre en las actividades morales, predomina en su elaboración las inferencias no deductivas: el principio de coherencia en última instancia. Esto no quiere decir que para Peczenik las actividades jurídicas sean siempre irracionales, sino que en la elaboración de las mismas existe un equilibrio de criterios deductivos e inductivos. Este equilibrio está regido por el «standard usual de racionalidad», que es determinado, a su vez, por «nuestro» modo de vida. Por ello, estima que en derecho ha de hablarse de coherencia y no de verdad (95).

Desde este punto de partida, Peczenik efectúa un detallado estudio sobre las peculiaridades de las actividades jurídicas. Muestra las reglas y razones jurídicas que conducen a la elaboración de conclusiones, proposiciones o normas sobre la ley válida y la decisión jurídica correcta. De alguna manera elabora una teoría conceptual —normativa (96)— de la «justificación jurídica» (97).

En este sentido, pese a todo, Peczenik no menciona, aunque seguramente no son desconocidos por él, los estudios jurídicos realizados desde una perspectiva distinta a la normativa. Llega a manifestar que la única reflexión jurídica posible es la que los normativistas y la dogmática conceptual efectúan (98). Con lo cual no da lugar a

(94) PECZENIK: *The basis of legal justification cit.*, pp. 1 y ss.

(95) *Ibidem*: p. 111.

(96) Véase: *supra*, nota 29.

(97) PECZENIK: *The basis cit.*, p. 83.

(98) *Ibidem*: pp. 132 y ss.

que entren en consideración para con el derecho ni siquiera posiciones jurídicas distintas a las formales. Por otra parte, establece una franja de separación entre conocimiento científico y jurídico, no haciendo partícipe al primero de la «forma de vida» como uno de sus últimos puntos de referencia lo que si expresa para el conocimiento jurídico (99), con lo que su posición postpositivista es limitada. Sigue siendo partidario de las corrientes exclusivamente analíticas para el estudio del derecho.

Relacionada con las posiciones anteriores, aunque con ciertos rasgos peculiares, se encuentra la actitud de Aarnio. Este, profundizando las iniciativas del realismo escandinavo, se ocupa de estudiar las características generales de los comportamientos o el cometido de los juristas: en definitiva, su forma de trabajo. Se preocupa por la «última fundamentación» del razonamiento de los juristas (100), expresando tanto a los juristas que construyen teorías como a los que aplican el derecho, dado que estos últimos han de «entenderlo», las razones últimas de las formas jurídicas y su aplicación. Esto lo efectúa tras el estudio filosófico —hermeneúutico— y analítico, en especial, del proceso de aproximación al derecho positivo que lleva adelante la doctrina jurídica, muy en especial la dogmática.

En Aarnio cabe encontrar un estudio epistemológico del derecho digno de resaltar [me fijo fundamentalmente en la obra «Modos de pensar en la ciencia del derecho» (101)]. Su posición está caracterizada por la consideración del derecho como acción, compleja, de los juristas, afectada por su aprendizaje académico y por el contexto en el que se mueven en su comportamiento diario. Incluso indica, siguiendo a Wittgenstein, que es el «modo de vida» el que marca el conocimiento del derecho (102). La definición acerca de lo que entiende por «modo de vida» queda, como en Wittgenstein, escasamente formulada.

Aarnio manifiesta, en principio, que en el conocimiento del derecho no hay peculiaridad alguna con respecto a la que efectúan los doctrinarios de otras áreas de investigación o los científicos. Sólo que esto no es absoluto, una vez reconoce que en el campo jurídico hay alguna peculiaridad. Dice que en la aproximación al derecho ocupan un mayor espacio los valores y factores no objetivos que en el campo de las denominadas ciencias naturales (103). Aarnio expone, al final de la obra (104), que los cometidos de la doctrina del derecho son:

(99) *Ibidem*: pp. 120, 125 y ss. 134.

(100) Ello se refleja como lugar común de los autores aquí estudiados en el título de la obra colectiva reseñada en: *supra*, nota 86.

(101) Se atiende fundamentalmente a AARNIO: *Denkweisen cit.* Se tiene en cuenta a AARNIO: *The rational cit.* (véase *supra*, nota 31).

(102) AARNIO: *Denkweisen cit.*, p. 124.

(103) *Ibidem*: p. 67.

(104) *Ibidem*: pp. 231 y ss.

interpretar las frases jurídicas lógico-formalmente, presentar normas técnicas y articular frases «tranquilizadoras» sobre la elección de las alternativas de interpretación. Para Aarnio los dos primeros cometidos son idénticos a los de la investigación en general, no así el último, «porque la “doctrina del derecho” es una ciencia espiritual», tiene que ver con la «significación» (105). En virtud de estas afirmaciones propugna un alejamiento del jurista de la investigación empírica, aunque en otras ocasiones manifieste que esta investigación es posible y deseable (106). Permanentemente se refiere también como último punto de referencia del derecho a las «condiciones comunes de vida», con lo que afirma implícitamente la posibilidad de un estudio sistémico o «sociológicamente razonable» del derecho. Pese a todo, en su propuesta se hace especial hincapié en la consideración normativa del derecho, atribuyendo a los juristas una labor fundamentalmente analítica. Sigue siendo, por tanto un autor que cree en los principios metódicos del positivismo científico, sin ponerlos en duda, con lo que propone una labor científica al jurista centrada en el estudio normativo del derecho.

Por todo lo hasta aquí dicho, recapitulando, constatamos que ni la hermenéutica ni la argumentación han producido teorías del derecho que estudien a éste completamente. En especial la hermenéutica, que en sus aplicaciones jurídicas se limita a proponer un estudio de los textos, y proporcionar pautas para su interpretación, remitiendo a la historia como forma de aproximación al presente, lo que es aprovechado en varias ocasiones para justificar un estudio «humanístico» —meramente retórico en la mayor parte de las ocasiones— del derecho. La teoría de la argumentación, en cambio, ofrece mayores posibilidades al ejercicio de los métodos de razonamiento tradicionales: deducción e inducción, a la vez que tiene cierta conciencia del lugar que tiene el observador, sus valoraciones, en el conocimiento. Lo que sucede es que la mayor parte de las propuestas de la teoría de la argumentación no son suficientemente consecuentes: propician un conocimiento parcial, normativo o deductivo, del derecho. En ocasiones se afirma incluso que estos métodos son métodos de conocimiento además de ser métodos de razonamiento, reconociendo con ello que no han atendido a las condiciones del conocimiento expuestas por la hermenéutica o la teoría de la acción comunicativa.

Sigue faltando la propuesta de que se produzca un estudio del derecho en su complejidad: como norma, comportamiento y sistema social, reflejando su papel en una sociedad en la que disminuye el papel de guía que les correspondía al Estado y al derecho en el pasado, al haber surgido progresivamente instituciones u organizaciones que tienen esa capacidad en el momento presente, teniendo en cuenta

(105) *Ibidem*: pp. 5 y ss.

(106) *Ibidem*: pp. 35 y ss.

las exigencias constitucionales como sentido del objeto derecho (107). Esta propuesta ha de tener por objetivo fundamental el de conocer críticamente, si se quiere valorativamente, el papel del derecho en la sociedad, asumiendo que este conocer está afectado por la posición participativa del observador con su peculiar comprensión de la sociedad. Si fuera posible sería deseable una teoría de la argumentación jurídica sociológica y hermenéutica.

III

En la discusión filosófico-jurídica actual está presente la posibilidad de utilizar un método distinto al analítico en la construcción de teorías del derecho. Este método, como ocurre en buena medida con la hermenéutica, llega a ser toda una teoría, o, mejor, filosofía: la teoría de sistemas. Esta teoría ha sido desenvuelta por varios autores en el campo de la sociología y especialmente, en su versión filosófica, por las propuestas de Niklas Luhmann a través de sus más recientes obras. Esta teoría —de los sistemas sociales— en su versión actual no está articulada: queda integrada por un conjunto de conceptos fundamentales que se están conectando entre sí por medio del estudio comparado de diversos sistemas sociales. Por ahora, fundamentalmente, es una propuesta metodológica (108). Al menos en este sentido se considera aquí: como un «modo» o «método» de aproximarse a la realidad acomodado a las necesidades de los objetos de las ciencias sociales. En ninguna forma se propone que el método sea «la» explicación de la sociedad.

Luhmann analizó la sociedad y más concretamente el derecho, desde esta perspectiva desde finales de los años sesenta. Sólo que el estudio sistémico del derecho en aquel momento estaba afectado por su visión exclusivamente positivista de la teoría de sistemas. Era una visión estática. La definición del derecho decía lo siguiente: el derecho es la «estructura de un sistema social que está referido a la generalización consecuente de las expectativas de un comportamiento normativo» (109). Esta definición tenía el interés de no ser exclusivamente normativa, como sucedía con las de Weber o Geiger que mencionábamos con anterioridad (*supra* I, 3), pero era una mera descripción, no estaba interesada por averiguar el sentido o las características de la comprensión de la sociedad que estaban tras la misma.

En la actualidad queda abierta otra posibilidad de considerar a

(107) Válido punto de referencia para estas exigencias en la actualidad son las consideraciones sobre el papel del Estado en la actualidad en la conferencia de Habermas ante las Cortes Españolas recogida en el volumen que lleva el nombre: HABERMAS, J.: *die Neue Unübersichtlichkeit*, Frankfurt, 1986. La conferencia es: HABERMAS, J.: *Die Krise des Wohlfahrtsstaates*, en *ibidem*: pp. 141-163.

(108) LUHMANN, N.: *Soziale Systeme*, Frankfurt, 1987, p. 12.

(109) LUHMANN, N.: *Rechtssoziologie*, Opladen, 1983, p. 105.

la teoría como un método a utilizar en la construcción de una teoría del derecho. Hoy ofrece más garantías en cuanto instrumento capaz de comprender la complejidad del derecho. La versión actual de la teoría de sistemas tiene en cuenta el papel de los sentimientos y la posición del observador en el conocimiento, tal y como propugna la hermeneútica (110).

Es una teoría de los «sistemas sociales»: el derecho, la moral, la construcción de una casa, el hombre... Construida como instrumento de observación que cuenta con determinadas características de la operación de conocer y de su repercusión en el conocimiento de todo tipo de objetos: textos legales, pero también comportamientos o sistemas legislativos, ordenamientos, etc. (111).

Para precisar las características de esta operación de conocer, Luhmann se ha servido de los conocimientos aportados por la neurobiología y la psicología en varios trabajos dirigidos por los científicos Maturana y Varela, cuya tesis fundamental es la del principio de la «autopoiésis» que, en palabras de Maturana, significa que «el proceso de conocimiento es apropiado para cada sistema vivo, y se desenvuelve de tal forma que se articula en su propia zona de interacción y no se fundamenta en el mundo exterior» (112). Esta operación de conocer está caracterizada, según las investigaciones citadas, por el auto («auto») hacer («poiesis»), autoconocer fabricando conocimientos a partir de los conocimientos anteriores del sujeto cognoscente. Es la operación que realizan los sistemas sociales en el momento de entrar en contacto con otros sistemas y hacerlos objeto de observación. Como ocurre con la hermeneusis el objeto es transfigurado por el conocimiento anterior del sujeto observador. La diferencia estriba en que el sujeto es una persona y el objeto un texto en la hermeneútica; la autopoiética en cambio indica que el sujeto es un sistema social y el objeto cualquier otro sistema social distinto al anterior. De esta forma si hasta ahora las propuestas hechas por la teoría de sistemas eran una descripción de la realidad separando a la misma del sujeto con la intención de que esa realidad fuera objeto de dominación por el conocimiento a efectos de hacerla sistematizable, la nueva versión introduce la novedad de que el sujeto hace partícipe a la realidad o al objeto de su propio conocimiento, lo que tiene cierta correlación

(110) Se critica por Luhmann el perspectivismo en LUHMANN, N.: *Die Lebenswelt nach Rücksprache mit Phänomenologen*, en «ARSP», 1986, pp. 176-194.

(111) LUHMANN: *Soziale Systeme cit.*, pp. 67 y ss. También expresa que el hombre puede ser considerado por sí mismo o por un observador como una unidad, pero en todo caso no puede considerarse como un sistema, dado que su complejidad no puede observarse de una vez en cuanto, que por él «corren» procesos físicos, químicos, etc., variados.

(112) MATURANA, H.: *Biologie der Kognition*, Paderborn, 1977, p. 78. Esta obra es una traducción de un artículo aparecido en el libro de GARVIN, P. L. ed.: *Cognition: A Multiple View*, New York, 1970.

con las afirmaciones de la hermenéutica al mismo tiempo que con las críticas al positivismo. La diferencia para con la hermenéutica radica en que ésta utilizaba reflexiones estéticas o filosóficas para la caracterización del acto de la observación, mientras que en el caso de la teoría de sistemas se recurre exclusivamente a los conocimientos científicos que sobre la «comprensión» o el «entender» han proporcionado determinados neurobiólogos a través de varios experimentos y determinadas filosofías.

Por medio de este principio, Luhmann profundiza su teoría de sistemas y habla de sistemas autorreferenciales. Con ello, si en la versión anterior de la teoría ésta describía la situación del sistema mostrando la diferencia existente entre el sistema y sus partes en cuanto que aquél era más que la totalidad de estas últimas debido al añadido externo que le suministraba la situación de poder jerárquico presente en el sistema, ahora la teoría no parte de esta convicción, sino de la de que el sistema es autónomo y lleva una vida independiente de la jerarquía: la que sus propias características, las de sus partes, le confieren. Estas características son las que pueden proyectarse hacia el medio ambiente a través de la observación, pero con características propias de los elementos del sistema (113). Con otras palabras, en la versión anterior el sistema reducía la complejidad del ambiente mediante la observación estructurada de éste. Ahora, en cambio, se entiende que el sistema es autorreferencial: no tiene que ver con el ambiente y se reproduce a sí mismo mediante sus elementos. Así el interés de la teoría ha pasado de la descripción de la realidad del sistema a la consideración de cómo se produce el conocimiento de la realidad por el sistema. En definitiva se interesa por el sentido del conocimiento.

A ello alude la afirmación inicial de este trabajo sobre la «autopoietica». La autopoietica sería la aplicación del estilo referido de conocer: la autopoiesis.

El fundamento científico en exclusiva de la teoría, al precisar metodológicamente las propuestas de la hermenéutica, regresa la discusión al del marco de los métodos científicos. Se pone un mayor énfasis en los denominados juicios sintéticos, y esto es de agradecer por la falta de teorías en las que se apoyaban los referidos juicios, pero con ello se excluye a la sociedad en general de la comunidad del conocimiento, limitada ésta a la denominada comunidad científica en general. Por tanto, por lo que hace a estos últimos fundamentos de la teoría cabe establecer serias dudas. Ahora bien: lo cierto es que la teoría de sistemas propone consistentemente la observación empírica de los diversos sistemas sociales en los que es posible descomponer a la sociedad actual (todavía no es una teoría de la sociedad) contando con que el punto de partida para esta explicación es la comunicación de unos y otros sistemas. Y, además, dentro de la comunicación,

(113) LUHMANN: *Soziale Systeme cit.*, p. 25.

la perspectiva desde la que se abordan las relaciones entre unos y otros sistemas sociales. El problema reside en la reducción de la realidad a sistemas sociales delimitados, precisos, concretos. Esto no se corresponde a la visión que de la misma se tiene: la separación entre elementos, partes, grupos y núcleos es dificultosa. Si pensamos en el derecho no es tan fácil hacer una distinción tajante entre, pensando en la aplicación, lo que le ofrece al juez la dogmática o los usos de su grupo de jueces o las preferencias personales. En todo caso, ello puede ser comprobado empíricamente, lo que no es poco dada la falta de una investigación sociológico-jurídica que vaya más allá del mero trabajo de campo.

Lo que ha hecho esta teoría es ampliar las posibilidades de la teoría de sistemas que quedaban limitadas en su primera versión. En la actualidad se cuenta con una teoría acerca del marco del conocimiento. Por ello, su campo de acción queda significativamente ampliado, resultando sus hipótesis aplicables a un buen número de situaciones que se producen en la realidad diaria. Por lo pronto, surte efecto en el estudio sobre el papel del Estado en la actualidad. También es una explicación convincente para la interpretación y aplicación del derecho, afectada por los múltiples elementos que interfieren en el conocimiento del derecho y en su aplicación. Es más sugerente que la hermenéutica en cuanto que obliga a considerar que el derecho no es sólo texto, sino comportamiento y especialmente sistema. Es complementaria a la hermenéutica: ésta se remite a la historia del aquí y del sujeto, historia descubierta a través de los métodos habituales; la autopoiética o la teoría de sistemas se ocupa del presente. Esto tiene que ver especialmente con las explicaciones de la hermenéutica sobre el proceso de interpretación de textos. Para la hermenéutica éste siempre sucede desde la propia historia del intérprete; desde la teoría de los sistemas sociales se explica la interpretación como fruto de comportamiento o actitudes de los agentes o actores de la aplicación del derecho: jueces, partes, testigos, peritos, etc., o de comportamientos o actitudes de los científicos del derecho ante la reflexión sobre el mismo (114). También cambia el enfoque, por ejemplo, de los problemas de legística o los de la comprobación de la eficacia o el cumplimiento de las leyes, una vez que éstos pueden observarse desde la perspectiva de que los ciudadanos se comportan no sólo con referencia al sistema social derecho, sino a la moral o a la religión, lo que ofrece un cambio de perspectiva a los investigadores. Ello también es relevante para la construcción de una teoría del derecho, una vez que al poder considerarse elementos no jurídicos e incluso no estatales, la teoría del derecho puede manifestar que la consideración del derecho como expectativa de comportamiento vinculada a la orga-

(114) Un ejemplo es DIAS, R. W. M.: *Autopoiesis and the Judicial Process*, en «Rechtstheorie», 1980, pp. 257-282.

nización estatal cabe ser variada, una vez que según los datos manejados acaso no sea el hecho de la vinculación a la organización estatal el elemento diferenciador del derecho para con otros comportamientos.

En lo que hace a la aplicación del derecho existe algún caso de análisis de esta operación a través de la teoría de sistemas. Se ha ejemplificado las posibilidades del método al aplicarlo al proceso de interpretación y aplicación del mismo que sucede en un juzgado inglés. Esto da cuenta de las posibilidades de la aplicación de la teoría de sistemas al estudio del derecho y con ello, asimismo, a la construcción de una teoría jurídica.

La posibilidad de aplicar esta teoría al conocimiento del derecho, por otra parte, es amplia una vez que el derecho en los países occidentales está alcanzando —guste o no— un alto grado de racionalidad, no sólo por las reglas de organización y aplicación del mismo que están presentes en el mismo derecho positivo, sino por la articulación del derecho a través de las propuestas de la dogmática y la teoría del derecho, e incluso las propuestas de los tribunales constitucionales, tribunales integrados por profesores del derecho y que se ocupan a través de su doctrina de la interpretación de la Constitución por la sistematización del derecho (115). Recientemente, a lo mismo ha contribuido la misma sistematización teórica de los derechos fundamentales (116).

Por otra parte, la cualidad de la teoría de los sistemas sociales de tomar como su fundamento el principio de la autopoiesis, la teoría del conocimiento, ofrece la posibilidad de aunar en el estudio del derecho y, por tanto, en la confección de una teoría que lo analice, las aportaciones realizadas por la hermeneútica o las teorías sobre la argumentación desde posiciones estrictamente jurídicas. Estas metodologías y la primera coinciden en advertir que el conocimiento del derecho es una operación en la que se produce una implicación mutua entre, por ejemplo, acto jurídico o aplicación del derecho y disposición jurídica; lo mismo sucede entre dogmática y disposición, etc., etc., (117).

La consideración del derecho como un sistema social más, integrado por varios elementos o varios subsistemas, con posibilidad de interaccionar con otros sistemas sociales ofrece la ventaja de contar con una instrumentación que posibilita dar cuenta de fenómenos que se producen en la sociedad actual como los de las denominadas alternativas al derecho: hasta qué punto existen o no esas alternativas o sistemas sociales y cuáles son los sistemas sociales por medio de los cuales la sociedad resuelve sus conflictos.

(115) TEUBNER, G.: *Hyperzyklus in Recht und Organisation. Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese*. En HAFERKAMP, H.; SCHID, H., eds.: *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung*, Frankfurt, 1987, pp. 98-128, 111.

(116) Me refiero a la realizada por Alexy (ALEXY: *Theorie der Grundrechte cit.*).

(117) Hay varios ejemplos en TEUBNER, o. c., p. 113.

El método auxilia también a la clarificación del Estado en el momento actual, cuando parece que no es la institución que todo lo rige tal y como se pensaba hasta hace pocos años al dotarle de capacidad de guía y planificación de la sociedad. En la actualidad se piensa que es una más de las instituciones que gobiernan a la sociedad, estando ésta caracterizada por el policentrismo al constituirse la arquitectura de las sociedades avanzadas no como una estructura predominantemente jerárquica, sino «heterárquica» (118).

De hecho, la prueba de su eficacia reside en que ya hay varios trabajos en los que utilizándose este método se llega a conclusiones de más o menos interés para la reflexión sobre el derecho. El problema está en que por ahora la teoría no está construida en los detalles que ofrezca la experimentación de la misma en el estudio de los diversos sistemas sociales a los que se está estudiando en este momento. Ello la hace de difícil accesibilidad, aunque comienzan a parecer explicaciones sobre la misma contando con aplicaciones.

La inequívoca definición de la teoría como teoría, es decir, como una explicación que ha de comprobarse críticamente, observando si sus resultados confluyen con los experimentados a través de otras observaciones o teorías, o si son o no revalidadas por la constatación empírica de sus afirmaciones, así como su virtualidad por el hecho de que está dispuesta a ser analizada desde la perspectiva de cuáles son sus orientaciones ideológicas y las consecuencias políticas de sus principios, la hace también de especial interés para el derecho, siempre y cuando los teóricos, filósofos del derecho o la dogmática no creen un nuevo dogma confiados en su cientificidad.

La calidad de ser considerada como teoría significa que es compatible con otras teorías, incluso con teorías globales o totales que atiendan a las propuestas de la teoría analítica del derecho, la teoría de la argumentación, la hermenéutica y las comprobaciones sociológicas hechas desde otra perspectiva que la teoría de sistemas, o a las propuestas surgidas a través justamente de la aplicación de la teoría de sistemas. También la teoría de la acción comunicativa, que ha de ser el último punto de referencia para las anteriores al poder comparar por su medio la satisfacción de aquella de las exigencias ideales del discurso práctico.

Desde una perspectiva más pragmática, esta teoría interesa a un jurista que esté atento al estudio del Estado y su actuación jurídica en la sociedad actual. A este jurista le es imprescindible contar mínimamente con los fundamentos de la teoría, una vez que ella está siendo uno de los instrumentos de actuación propuestos por los consejos de asesoramiento técnicos a instituciones o sistemas sociales, el Estado y otras instituciones como empresas privadas o asociaciones

(118) WILLKE, H.: *The Tragedy of the State. Prolegomena to a Theory of the State in Polycentric Society*, en «ARSP», 72, 1986, pp. 455-467, p. 467.

de todo tipo, en la sociedad del presente y en la de los próximos años. Para ello no importa que las teorías sobre el conocimiento en las que se funda la teoría estén aceptadas o no, lo que importa es que la teoría de los sistemas sociales es una explicación que, como el propio Luhmann sostiene, garantiza la evolución de la sociedad en su complejidad actual apelando a la reproducción (119). Y ello va a tener repercusiones de tipo político en las sociedades avanzadas sobre cuya forma de gobierno actual no se conoce todo, ¿qué tipo de asesoramientos reciben los gobiernos?

Esto no impide el sostenimiento del otro método de razonamiento: la deducción, en su aplicación al derecho. Son precisas las técnicas analíticas: la depuración conceptual de los textos jurídicos o de las proposiciones normativas. La teoría de la argumentación jurídica es un buen elemento o punto de partida para la aplicación de la analítica y la empiria en el estudio y construcción del derecho. Siempre que se atienda a las propuestas de la teoría de la acción comunicativa, mejor que simplemente a las de la hermenéutica, en cuanto se preocupa por establecer o proponer el marco del proceso comunicativo ideal, en el que se cuenta con que todos los miembros de la sociedad han de participar del mismo

Por tanto, recapitulando, ¿es la autopoietica una hermenéutica renovada? No, es mucho más. Es la posible ampliación a través de métodos científicos, siempre que con ella no se violente las características plurales culturales de la sociedad, de la teoría del conocimiento en la que consisten la hermenéutica a otros campos de investigación mucho más amplios. Si la hermenéutica piensa en zonas de investigación, relacionadas con textos como objetos de observación, la autopoietica o teoría de los sistemas sociales piensa en zonas de investigación que tengan que ver con comportamientos y sistemas de todo tipo en los que los elementos de la misma no están referidos tan sólo a textos. Si la hermenéutica tiene que ver directamente con la literatura, la autopoietica tiene que ver con sociología, psicología, filosofía, derecho, política, ética, ciencias de la computación, cibernética, teoría de la ciencia, historia de la ciencia.

Para la autopoietica la observación no se produce de un forma irracional o aislada, sino desde las posiciones de la comunidad en la que está incorporado el sujeto observador o los sistemas sociales de referencia: dogmática y aplicación del derecho (120). En ello existe, no hay duda, el peligro del cienticismo. Pero pese a todo, la diferencia mayor entre autopoietica y hermenéutica estriba, y por ello no es la teoría de los sistemas sociales una mera renovación, en que

(119) LUHMANN: *Soziale Systeme cit.*, pp. 588-592, 48.

(120) Sobre estas posibilidades véase: KRAWIETZ, W.: *Recht und moderne systemtheorie*, en «Rechtstheorie», Beiheft 10, Berlin, 1986, pp. 281-309. Positiva y críticamente LADEUR (o. c., *supra*, nota 4).

esta última es un instrumento de analizar a la sociedad; a una sociedad como la actual o la propia de las sociedades industriales avanzadas. En este sentido critica, por ejemplo, a la filosofía presente en la teoría del derecho: esta teoría parte de una estructuración jerárquica de la sociedad, regida por una norma fundamental que la unifica en lo alto de la pirámide por medio de una construcción escalonada del ordenamiento. La hermenéutica en cambio es una filosofía que expresa aunque sea en forma latente una cierta fundamentación en principios creídos inmanentes a las cosas: la naturaleza de las cosas, el pasado, ideas fundamentales comunes, etc. No es una mera renovación: es otro punto de partida (121), ciertamente, con ventajas e inconvenientes.

IV

Como hemos visto hasta este momento es difícil establecer qué teoría del derecho válida para juristas cabe articular hoy. La respuesta más acertada puede ser tan sólo la más adecuada para el aquí y ahora: para la práctica del momento. Acaso, como hemos visto, no quepa articular ninguna: al menos con virtualidad general. Esto tiene que ver con la circunstancia de que si bien apenas quedan dudas sobre el objeto que la teoría ha de articular: el derecho como norma, como texto, y las actividades y actitudes de juristas y ciudadanos para con el derecho, el problema reside en que está aceptado el limitado alcance del conocimiento que cabe realizar sobre estos objetos, fundamentalmente porque está reconocido que este conocimiento está guiado por el interés del que lo lleva a cabo. Ahora bien, admitiendo, como se hace por lo general, que este conocimiento no está guiado exclusivamente por el interés personal del que lo efectúa, reconocida la existencia de comunidades que marcan las pautas para el mismo y que estas comunidades no pueden ser cerradas o científicas, sino que han de ser receptivas para el ambiente social o la sociedad en el que se producen, cabe efectuar algunas propuestas, procedimentales, para las diversas colectividades que se ocupan de conocer el derecho, teniendo en cuenta siempre los diversos métodos de razonamiento admitidos por nuestra cultura, los hábitos de actuación profesional de los juristas y los principios constitucionales.

Las recomendaciones que aquí se han hecho y que se resumen a continuación están dirigidas a determinados juristas: no a los juristas en general, sino a los filósofos del derecho y dogmáticos. Los profesionales del derecho en general son considerados los destinatarios últimos de la puesta en práctica por filósofos del derecho y dogmáticos de los métodos propuestos. Los prácticos han de contar con herra-

(121) ZACCARIA: *o. c.*, pp. 310 y ss.

mientas con las que ejercer la profesión: principios del ordenamiento, construcciones normativas, hábitos adecuados para actuar en un ambiente complejo —regido por reglas jurídicas pero también por otros instrumentos utilizados por instituciones no jurídicas (reglas estadísticas, económicas, médicas, biológicas...)—, sensibilidad para con las diferentes culturas existentes en la sociedad en la que trabajan, etc. Para ello se propone que la dogmática y la filosofía del derecho construyan sus propuestas atendiendo a los datos jurídicos y extrajurídicos de la realidad social, accedidos a través de los métodos de razonamiento, que no de conocimiento, «standard».

Hoy es conveniente que filósofos del derecho y dogmáticos sigan ilustrando sobre los caracteres de las actividades de los juristas y el papel del derecho en la sociedad actual. Han de realizar construcciones sobre los problemas (algunos: no es posible descubrir la totalidad) de los que se ocupa el ordenamiento jurídico atendiendo a su eco o eficacia social, respetando el marco de los principios constitucionales, y no tan sólo la depuración normativa, meramente analítica, de los textos jurídicos. Para realizar estas construcciones han de fundamentarse, siguiendo pautas usuales, en datos «ciertos» de esta realidad, suministrados por los expertos en el dominio de las técnicas empíricas. En ocasiones es preciso el trabajo interdisciplinar. En este cometido las propuestas metodológicas de la teoría de los sistemas sociales —no sus afirmaciones teóricas o filosóficas sobre la realidad— tienen eficacia: son un válido instrumento de conocimiento de esta realidad.

En virtud de la aplicación de estas propuestas cabrá construir recomendaciones concretas y efectivas sobre comportamientos profesionales deseables para los juristas, promoviendo el uso por los mismos de los razonamientos deductivo e inductivo en la interpretación y la aplicación del derecho, siempre dentro del marco que constituyen los principios y normas del Estado de Derecho recogidos en la Constitución y el resto del ordenamiento, fundamentalmente. Tras la puesta en práctica de estas actividades y, sobre todo, conocido el ámbito de la comunicación entre los juristas, llegará el momento de construir teorías analítico-sintéticas-democráticas.