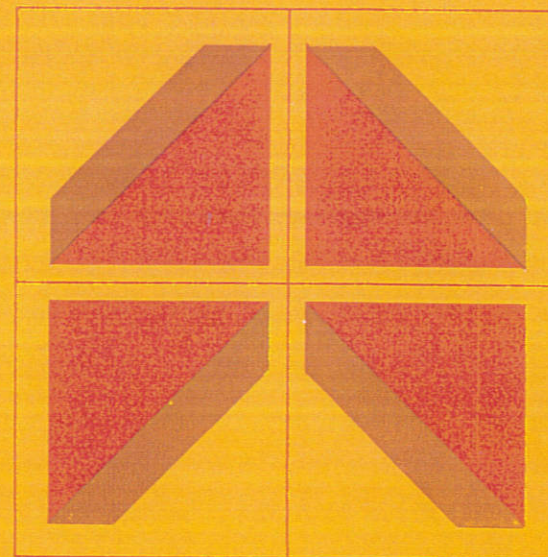


ESTUDIOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO Y CIENCIA JURIDICA

en Memoria y Homenaje
al Catedrático
Don Luis Legaz y Lacambra
(1906-1980)
TOMO I



Colección
ESTUDIOS POLITICOS

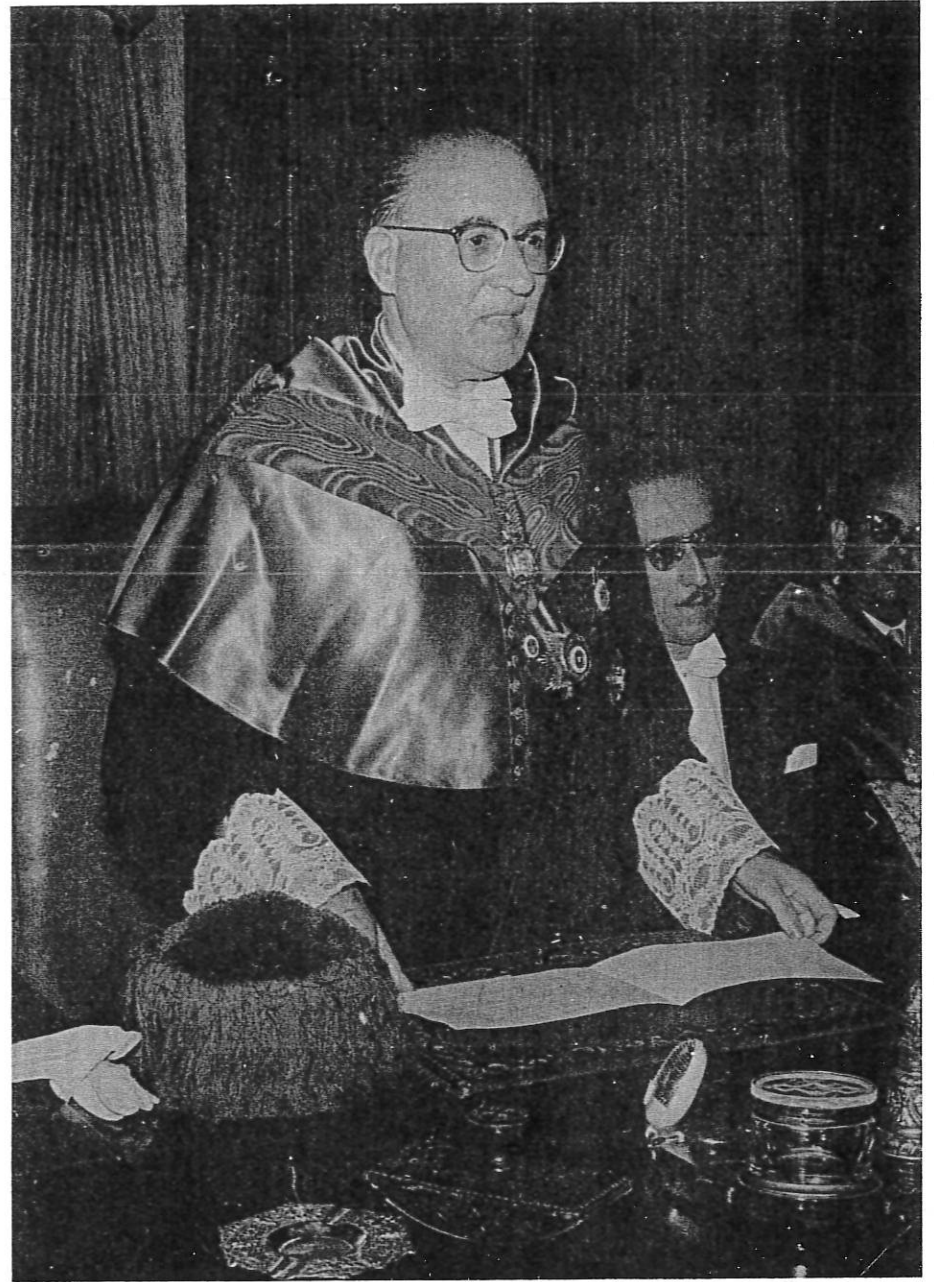
centro de estudios constitucionales

ESTUDIOS POLITICOS Y JURIDICOS

ESTUDIOS
DE FILOSOFIA DEL DERECHO
Y CIENCIA JURIDICA

en Memoria y Homenaje al
Catedrático Don Luis Legaz y Lacambra
(1906-1980)

I



EXCMO. SR. D. LUIS LEGAZ Y LACAMBRA

ESTUDIOS
DE
FILOSOFIA DEL DERECHO
Y
CIENCIA JURIDICA
en Memoria y Homenaje al
Catedrático Don Luis Legaz y Lacambra
(1906-1980)

I

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

MADRID, 1983

Edición preparada conjuntamente
por los profesores
JOSÉ ITURMENDI MORALES y JESÚS LIMA TORRADO

SUMARIO

«Curriculum vitae» del Excmo. Sr. D. Luis Legaz y Lacambra	Pág. IX
Condecoraciones y homenajes	XI
JOAQUÍN RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS: <i>La doble y permanente lección del profesor Luis Legaz y Lacambra</i>	XIII
Trabajos del profesor Legaz y Lacambra	XIX
LUIS LEGAZ LACAMBRA: <i>El razonamiento por analogía como método de interpretación y de aplicación del Derecho en los diferentes sistemas nacionales</i> ...	XXXI

ARTICULOS

MANUEL ALONSO OLEA: <i>Alienación en Sartre. La visión terrorífica del otro</i> ...	1
GIOVANNI AMBROSETTI: <i>Sull'influsso del pensiero politico e giuridico del Rinascimento italiano in Europa</i>	49
PAUL AMSELEK: <i>Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique</i>	63
GEORGES ANTALFFY: <i>Les problèmes des démocraties antiques et modernes</i>	77
IGNACIO ARA PINILLA: <i>La conmensurabilidad de los paradigmas científicos</i>	101
AGUSTÍN ASÍS GARROTE: <i>Naturaleza y sobrenaturaleza en el fundamento del Derecho natural</i>	109
PABLO BADILLO O'FARRELL: <i>Ante la «interpretación de la norma según la realidad social» (Art. 3.1 del Código civil). Unas reflexiones</i>	151
LUIGI BAGOLINI: <i>Consideraciones acerca del pluralismo</i>	159
FRIEDRICH-KARL BEIER: <i>Hacia la marca comunitaria. Objetivos y fundamentos del derecho europeo de marcas</i>	173
JAUME BRUFAU I PRATS: <i>Reflexions sobre la llibertat i el dret en Kant i en Hegel</i>	203
FRANCISCO JAVIER CABALLERO HARRIET: <i>Buffon-Rousseau: Un análisis comparativo</i>	223
ALEJO DE CERVERA: <i>Acerca del condicionamiento económico del Derecho</i>	241
MANUEL COBO DEL ROSAL: <i>Protección jurídico-penal del derecho a la vida y su negación</i>	259

ISBN: 84-259-0678-4 (Obra completa)

ISBN: 84-259-0679-2 (Tomo I)

Depósito legal: M. 26.756.—1983 (I)

Printed in Spain

Impreso en España por ARTES GRÁFICAS BENZAL, S. A. - Virtudes, 7 - MADRID-3

«CURRICULUM VITAE»
DEL EXCMO. SR. D. LUIS LEGAZ Y LACAMBRA

JOSÉ CORTS GRAU: <i>De Nietzsche a Sartre</i>	271
CARLOS COSSÍO: <i>La lógica jurídica y su denominación</i>	289
SERGIO COTTA: <i>État hégélien et société close bergsonienne. Jalons pour une théorie de la politique</i>	313
H. J. VAN EIKEMA HOMMES: <i>The limits of the legal competence of the State</i> ...	329
FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA Y SPINOLA: <i>Balance de la cibernética jurídica</i>	347
FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA Y SPINOLA: <i>Dos estudios acerca del marxismo</i> ...	359
MANUEL FERNÁNDEZ ESCALANTE: <i>Semblanza de don Francisco Elías de Tejada y Spinola</i>	385
FRANCESCO FINOCCHIARO: <i>Santi Romano e il Diritto ecclesiastico</i>	389
VITTORIO FROSINI: <i>L'idealismo giuridico italiano del novecento</i>	401
FELIPE GONZÁLEZ VICÉN: <i>La obediencia al Derecho</i>	421
SIMONE GOYARD FABRE: <i>La «Juris Universi Distributio» de Jean Bodin</i>	459
RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN: <i>Derecho subjetivo: Análisis lógico de un tema de doctrina general del Derecho</i>	485
JUAN IGARTUA SALAVERRÍA: <i>Estructuralismo y Derecho comparado: A propósito de un artículo de Legaz Lacambra</i>	521
JUAN IGARTUA SALAVERRÍA: <i>Nota sobre el formalismo jurídico</i>	543
JUAN IGLESIAS: <i>El Derecho</i>	561
JOSÉ ITURMENDI MORALES: <i>Una aproximación a los problemas del método jurídico desde la Filosofía del Derecho</i>	571
NATALINO IRTI: <i>Classificazione delle norme giuridiche privatistiche</i>	609
STIG JØRGENSEN: <i>Symmetrie und Gerechtigkeit</i>	623
FRIEDRICH KOJA: <i>Hans Kelsens verfassungskonzept und die aktuelle österreichische verfassungsgesetzgebung</i>	645
ENRIQUE LALAGUNA: <i>La ignorancia de la Ley y el error de derecho</i>	661
ERNST-JOACHIM LAMPE: <i>Der Mensch und Sein Recht</i>	677
WLADIMIRO LAMSDORF GALAGANE BROWN: <i>Administración de justicia privada; ¿por qué no?</i>	699
JOHN D. LEWIS: <i>Otto von Gierke (1841-1921)</i>	705
JESÚS LIMA TORRADO: <i>Los textos jurídicos medievales como precedente de las modernas declaraciones de derechos humanos</i>	713
N. M. LÓPEZ-CALERA: <i>Sobre la soberanía popular en Hegel</i>	733
JESÚS LÓPEZ MEDEL: <i>Luis Legaz Lacambra (Un apunte humano-científico)</i>	743
LAUREANO LÓPEZ RODÓ: <i>Recuerdos del profesor Legaz Lacambra</i>	755
PABLO LUCAS VERDÚ: <i>El Estado como ordenamiento jurídico-político (Ensayo sobre el enfoque del Estado en el momento presente)</i>	757
ALBERTO J. LLEONART Y AMSÉLEM: <i>El Derecho internacional del desarrollo y su incidencia en el nuevo Derecho del Mar</i>	773
LUIS MORELL OCAÑA: <i>En torno a la proyección histórica de las ciencias sobre el espacio</i>	793
PETER PAUL MÜLLER-SCHMID: <i>Geschichtsphilosophische voraussetzungen des rechts als freiheitsordnung</i>	809
ROGER NERSON: <i>Droit et humanisme</i>	823

Don Luis Legaz y Lacambra nació en Zaragoza el 17 de abril de 1906. Cursó sus estudios de bachillerato con Matrícula de Honor en el Colegio de los Padres Escolapios de Zaragoza.

Estudió la carrera de Derecho en la Universidad de Zaragoza, obteniendo las máximas calificaciones, Matrículas de Honor y Premio Extraordinario.

Se licenció en Derecho en la Universidad de Zaragoza en 1928 con Premio Extraordinario.

Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid, con Premio Extraordinario (1932).

Pensionado por la Universidad de Zaragoza para estudios en Universidades de Francia y Suiza (1928), en la Universidad de Viena (1932) y en la Académie de Droit International de La Haya (1934); por la Junta para Ampliación de Estudios, en la Universidad de Viena (1930), y por la Académie de Droit International de La Haya en 1933. Discípulo de Jacques Chevalier (Grenoble, 1928), Dietrich von Hildebrand (Munich, 1929), Hans Kelsen (Viena, 1930) y Alfred Verdross (Viena, 1930 y 1932).

Profesor ayudante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza (1929-1935).

Graduado por la Escuela Social de Zaragoza.

Diplomado de la Académie Internationale de Droit International de La Haya, 1933.

Catedrático de Filosofía del Derecho, por oposición, de la Universidad de La Laguna (1935) y, por concurso de traslado, de la de Santiago de Compostela (1935-1960) y de la de Madrid (desde 1960 hasta su jubilación).

CARGOS ACADÉMICOS Y ADMINISTRATIVOS

Secretario general de la Universidad de Santiago de Compostela (1936-1942).

Decano de la Facultad de Derecho de la misma Universidad (1942-1952).

Rector de la Universidad de Santiago de Compostela (1942-1960).

Presidente de la Delegación del Consejo Superior de Investigaciones Científicas de Galicia (1943-1960).

Fundador y director de la Escuela Social de la Universidad de Santiago de Compostela (1942-1960).

Rector honorario de la Universidad de Santiago de Compostela (desde 1961).

Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid (1960).

Subsecretario de Educación y Ciencia (1962-1968).

Director del Instituto de Estudios Políticos (1970-1974).

Consejero nato de Estado (1969-1973).

Director de la Escuela de Sociología y fundador de la Universidad de Madrid (desde 1967).

Consejero de número del Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

Presidente de la Asociación Internacional «Francisco de Vitoria».

Director del Anuario de Filosofía del Derecho del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (1973-1976).

Decano honorario de la Facultad de Derecho de la misma Universidad (desde 1976).

Académico de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (1964).

Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (1969).

Miembro del Colegio de Aragón de la Institución «Fernando el Católico» de la Excma. Diputación Provincial de Zaragoza.

Presidente de honor de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación.

Consejero de Educación.

Presidente de la Sociedad Española de Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica. Consejero del Patronato «Raimundo Lulio» del Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

Miembro del Consejo Ejecutivo en representación de las Universidades. Vicepresidente de la División de Humanidades.

Académico honorario de la Real Academia de Bellas Artes de San Jorge, de Barcelona.

Premio Nacional de Investigación «Francisco Franco», de Letras (1975).

PERTENENCIA A CORPORACIONES Y ENTIDADES CIENTÍFICAS INTERNACIONALES Y EXTRANJERAS

Doctor Honoris Causa de la Universidad de Coimbra (1945).

Doctor Honoris Causa de la Universidad de Viena (1976).

Miembro del Instituto Internacional de Sociología (1950).

Miembro correspondiente del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social en 1940.

Socio honorario de la «Società Italiana di Filosofia del Diritto» en 1958.

Miembro del Consejo de la Faculté Internationale de Droit Comparé de Luxemburgo.

Miembro del Consejo de la Faculté Internationale pour l'Enseignement du Droit Comparé de Estrasburgo y vicepresidente de la Asamblea de la Asociación para la Enseñanza del Derecho Comparado.

Miembro de la «Academy of Comparative Law».

Miembro del «Curatorium» o «Präsidium de la Internationale Grotiusgesellschaft», de Munich.

Miembro del «Präsidium de la Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie» (IVR).

Miembro del Consejo Editor de la revista *Natural Law Forum* (University of Notre Dame, Indiana, USA) y del *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (ARSP).

Correspondiente extranjero de la «Académie de Législation de Toulouse».

Correspondiente de la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Bolonia.

Presidente del Instituto Hispano-Luso-Americano y Filipino de Derecho Internacional.

Profesor honorario de la Universidad Kennedy, de Buenos Aires (1969).

Miembro de la Asociación Nacional de Abogados de México.

Presidente de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social.

CONDECORACIONES Y HOMENAJES

Medalla de Oro de la Ciudad de Santiago de Compostela y Caballero de Santiago. Hijo adoptivo de la ciudad en 1959.

Medalla de Oro de la Ciudad de Vigo.

Medalla de Oro de la Ciudad de Zaragoza.

Grandes Cruces de Alfonso X el Sabio, Isabel la Católica, Mérito Naval, San Raimundo de Peñafort, Imperial del Yugo y las Flechas, Instrucción Pública de Portugal.

Medalla de Oro de la Caja Postal de Ahorros.

Homenaje Póstumo en la Escuela de Sociología de Madrid en noviembre de 1980, descubriéndose una placa con su nombre.

Homenaje Póstumo en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, descubriéndose una placa que da nombre al Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Natural, el día 1 de abril de 1981.

Acto Académico en Homenaje al profesor Legaz y Lacambra en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia el día 22 de mayo de 1980.

Homenaje Póstumo a la memoria de Alfred Verdross y Luis Legaz y Lacambra, acto organizado por el Instituto Hispano-Austríaco con la colaboración de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 13 de junio de 1980.

Homenaje en memoria del profesor Legaz y Lacambra de la Diputación de Zaragoza, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 30 de septiembre de 1980.

Homenaje en memoria del profesor Legaz y Lacambra con motivo de colocarse un cuadro con su imagen en la Galería de Rectores de la Universidad de Santiago de Compostela.

Homenaje en memoria del profesor Legaz y Lacambra con motivo de colocarse un cuadro con su imagen en la Galería de Decanos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela.

Libro homenaje con motivo de sus bodas de plata con la Cátedra, en 1960, en dos volúmenes con noventa colaboraciones, entre ellas las de Hans Kelsen, Carl Schmitt, K. Larenz, G. Del Vecchio, etc.

Después de su fallecimiento se han publicado diversos trabajos en memoria del profesor Legaz:

ROCAMORA, Pedro: *Legaz, un magisterio perdurable*, en *ABC*, núm. del 6 de mayo de 1980, pág. 28.

BALTUZZI, Angel Enzo: *Adiós a un gigante de la ciencia jurídica*, en *La Capital*, año I, núm. 1, Buenos Aires, junio de 1980.

- NEGRO PAVÓN, D.: *In memoriam: Luis Legaz Lacambra*, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 15, Madrid, mayo-junio 1980, pág. 7.
- SQUELLA NARDUCCI, A.: *Luis Legaz Lacambra*, en *El Mercurio*, Santiago de Chile, núm. del sábado 28 de junio de 1980.
- USCATESCU, Jorge: *Posición espiritualista del profesor Legaz Lacambra*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio de 1981, núm. 1, tomo LXXXIII, 2.ª época, pág. 8.
- LIMA TORRADO, Jesús: *Luis Legaz Lacambra: en el tercer aniversario de su fallecimiento*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* (en prensa).

UNA APROXIMACION A LOS PROBLEMAS DEL METODO JURIDICO DESDE LA FILOSOFIA DEL DERECHO

POR

JOSE ITURMENDI MORALES

Catedrático de Derecho Natural y Filosofía del Derecho
de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid

1. CIENCIA Y APLICACION DEL DERECHO

La «Ciencia Jurídica», como valor metodológico y pragmático, ha tenido una época dorada, en los últimos tiempos del siglo XIX y primera mitad del siglo XX. Su problematización actual no constituye, empero, un simple retorno al predominio metodológico y crítico de los diversos sistemas de «Filosofía del Derecho», sino un resultado obvio de su propia extensión al incorporar, a los elementos estrictamente cognoscitivos, los elementos circunstanciales a la dificultad de la aplicación normativa de los conocimientos meramente dogmáticos acerca del Derecho. De ahí a un fuerte incremento de las actitudes y reflexiones de tipo filosófico no hay más que un paso, pero este paso puede darse aún en múltiples direcciones, no todas las cuales conducen a los caminos propios del filosofar.

Hay que reconocer, inicialmente, que la universalidad que ha pretendido alcanzar la Ciencia Jurídica, tanto la tradicional como la moderna, ha servido al menos para que sus resultados cognoscitivos no se hayan atenido concisamente a unos tipos particulares de sociedad (las ordenaciones jurídicas estatales y consuetudinarias, por ejemplo), sino que hayan llegado a límites mucho más generales.

Refiriéndonos, por ejemplo, a un tipo de conocimiento científico propio del Estado liberal-democrático contemporáneo, como es la doctrina de Hans Kelsen, el teórico del Derecho ha podido, mediante el recurso a los modelos conceptuales establecidos por aquél, establecer ciertas propiedades jurídicas válidas bajo condiciones rigurosamente definidas. Pero el jurista empírico ha podido también servirse de esos mismos modelos para configurar una trama coherente de nociones destinadas a recoger y a tratar ordenadamente la información disponible en los problemas que había de considerar profesionalmente. Por ello, nadie se extrañará de imaginar que las estructuras profundas del conocimiento científico y de la praxis aplicativa al Derecho, aunque se muevan en dos categorías pragmáticamente diferentes, mantengan estrechas analogías. Mas la verdadera dificultad en esta conver-

gencia se halla en que, por mucho que el teórico y el práctico encuentran su inspiración en idénticas fuentes conceptuales, realmente la cadena de modelos intermediarios que respectivamente deben manejar en su actividad se diversifica muy pronto. Incluso la conexión que media entre el teórico y el práctico ha de contener cierto punto de mutación cualitativa, donde la construcción teórica del científico se transforma en la evaluación operativa del abogado, y al revés.

Esta conexión entre ciencia y aplicación jurídica constituye, por tanto, un problema sugestivo, al menos para delimitarlo y valorarlo. Efectivamente, si no parásemos mientes en ella, los conceptos puros de las construcciones dogmáticas podrían degenerar, como en muchos casos se ha podido advertir, en inextricables paradojas, como sentencias de cumplimiento imposible o como anulación de larguísimos procedimientos por mínimos descuidos burocráticos. De ahí que el Derecho, entendido como pura ciencia, o como pura aplicación, tenga una engañosa imagen bicéfala cuyos dientes se desgarran de alguna manera entre sí.

Por poco que insistamos en estas conexiones entre teoría y práctica, nos conformamos en que ambas modalidades del conocimiento y de la actividad jurídica han de estar conectadas estrechamente, pero en términos igualmente productivos para ambas y, desde luego, para el resultado de justicia alcanzado. Por ejemplo, el problema de la «relevancia», que parece eminentemente teórico-dogmático, no puede jamás estar apartado del problema de la «importancia», característicamente práctico-fáctico. Muchas de las dificultades que el teórico encuentra en la determinación doctrinal de los factores relevantes dentro de una situación jurídica determinada pueden ser aligeradas en algunos casos por procedimientos meramente convencionales, como es el caso de las circulares de la Fiscalía del Tribunal Supremo alentando o desalentando la consideración de ciertos hechos punibles, según que sea o no conveniente su persecución en una perspectiva de la política jurídica o incluso dentro de los condicionamientos económicos de la acción reeducativa en los establecimientos penales. Evidentemente, el análisis de los resultados que en la mayoría de los casos origina determinada modalidad de acción policial e incluso de calificación judicial, ejerce gran influencia para el análisis normativo de la decisión técnico-pragmática de los profesionales del Derecho, y de rechazo en la doctrina teórica (como es el caso en las resoluciones de la Dirección General de los Registros, en multitud de problemas que han de ser configurados teóricamente al ser estudiados en una perspectiva puramente dogmática en apariencia).

De ahí que, probablemente, el jurista integral de nuestros días debe ser un ético-filósofo injertado en un economista-político, aunque bien advertido de que la Filosofía no es sólo Aristóteles, sino también la lógica de los conjuntos, y que las medidas prudenciales de las situaciones sociojurídicas han de tener en cuenta los ficheros de datos del Ministerio de Hacienda, así como los tesoros normativos de las centrales cibernéticas.

Desde hace años Michel Villey ha insistido en las implicaciones que hay entre la dogmática jurídica aparentemente y la aplicación del Derecho, y ha tratado de superar las inevitables contradicciones existentes entre ambos mediante la apelación a la justicia material del *id quod iustum est*. Y hace tres décadas el mundo jurídico alemán se agitaba ante la aparición del libro de Theodor Viehweg¹ *Tópica y jurisprudencia*, que ponía en duda la cientificidad del logicismo dogmático al uso. Hay otros valores científico-jurídicos que no son los estrictamente lógico-sistemáticos, como se advertirá al analizar selectivamente los principios y conceptos fundamentales que definen las líneas maestras de cualquier sistema. Pero tras las investigaciones de los sociólogos y antropólogos del Derecho, nadie podría mantener siquiera que un orden jurídico positivo cualquiera pudiera reducirse a un sistema lógicamente único, sino a lo sumo a una pluralidad de sistemas. Si G. Gurvitch fue tajante en este aspecto, con el tiempo J. Esser y otros muchos autores han venido reiterando afirmaciones de este tenor. En *L'età della decodificazione* (1977), Natalino Irti concluye: «El ordenamiento jurídico ya no se identifica con un solo conjunto de normas. El Código civil es hoy uno de los sistemas de que se compone el gran universo del Derecho privado.» Podría aplicarse a los saberes jurídicos, de un modo muy concreto, que el sistematismo fuera un producto metódico de la estrategia unificadora del Estado, pero entonces no sería, como debe, reflejo estricto de las condiciones sociológicas de ordenación justa de la libertad. Lo más que podría advertirse, en el pluralismo sistemático de un ordenamiento jurídico-positivo histórico, será una concordancia más o menos transitoria entre los diversos sistemas, mediante explicaciones ético-políticas o simplemente en virtud de conexiones meramente formales, pero no necesarias lógicamente hablando².

Pero, aun así, la realidad rebasa las conexiones lógico-formales de la consideración sistemática del Derecho. Aparecen problemas cuya inclusión sistemática resulta difícil, pero se trata indudablemente de problemas jurídicos que requieren tratamiento y solución jurídicos. Entonces hay que acudir a interpretar y acomodar el sistema, ampliando o restringiendo algunos de sus perfiles lógico-formales. No sólo la realidad, sino el propio sistema han de ser interpretados. Y el criterio de tal búsqueda será el del resultado de justicia que se debería obtener, sin encerrarse, por tanto, en el círculo sistemático, sino saliendo a buscar cualesquiera recursos válidos para conseguir la justicia en el caso debatido. Abocando el método, antaño utilizado por los retóricos, antes de su prohibición por Justiniano en la «Tópica»,

¹ De Th. VIEHWEG, aparte de la ob. cit. y referida en la nota 68, véase «Zum Geisteswissenschaftlichkeit der Rechtsdisziplin», en *Studium Generale*, 1954, y «Positivismus und Jurisprudenz», en *Positivismus im 19. Jahrhundert*, Francfort del Maine, 1975, págs. 105 y sigs.

² Para las implicaciones genéricas de este ámbito de temas, véase H. G. PETRIE, «The Strategy sense of 'Methodology'», en *Philosophy of Science*, 3 (1968), páginas 248-257.

cuyo movimiento intelectual parte del caso concreto. O estableciendo la dialéctica entre los componentes axiológicos, dogmáticos y fácticos de la situación jurídica determinada, como preferirían decir los científicos sociales modernos³.

El trabajo del jurista propiamente dicho, o sea, una vez establecido el problema humano concreto, analizados sus intereses, vislumbradas sus aplicaciones temporales, etc., se centra en primer plano en el material normativo que le suministra el ordenamiento jurídico-positivo en cuyos términos se habrá de mover resolutivamente. Pero esta vinculación, indudable metodológicamente, no es por ello sumisión literal e irreflexiva⁴, y no sólo porque la actividad mecánica terminaría inmovilizando y desvirtuando al Derecho, sino porque, como recuerda Giovanni Orrù, todo ordenamiento, en la medida en que se declare completo, deja siempre al jurista-intérprete un amplio margen de elección personal y responsable. «Dado el congénito carácter incompleto de cualquier legislación frente a la realidad social en continua mutación, el operador jurídico no puede, incluso ante el código más perfeccionado, dejar de tener una intervención que sea integradora, innovadora y creativa a la vez, contribuyendo con ello a la formación del Derecho.» El objeto de la ciencia jurídica, además de aplicar las normas ordenadoras a las realidades que han de ser ordenadas, ha de contemplar el ordenamiento jurídico debidamente enclavado en la situación que se le haya descrito, tendiendo a hacer efectiva la integración fáctico-normativa entrana en la noción misma de «ordenamiento jurídico».

En esta tarea, los medios de conocimiento son múltiples: observación, interpretación, análisis y síntesis conceptuales. Pero no todos estos momentos son del mismo rango ni actúan de análoga manera. El fin en sí de la ciencia jurídica no ha de ser los conceptos mismos, sino el ordenamiento pragmáticamente obtenido en la vida social a través de las aplicaciones pertinentes de conceptos, de normas y de seguridades institucionales: plano este en que definitivamente podrá apreciarse la validez objetiva del Derecho⁵.

Efectivamente, cualquiera que sea el método científico de los juristas, ¿cómo van éstos a omitir, a no ser partiendo de suposiciones absolutamente etéreas, que la realización de cualquier clase de justicia, o sea, de conducta sancionada y asegurada como debida jurídicamente hablando, podría prescindir de examinar si ocurren en ella cierta clase de consecuencias precisa-

mente denominadas «justicia»? Resultado que ni siquiera es preciso que esté siempre respaldado por sanciones coactivas⁶.

Estas consecuencias han de ser estimadas cualitativamente, aun a pesar de que muchos de sus componentes hayan de ser estimados cuantitativamente, aunque sólo sea por la índole de «generalidad» que tiende a poseer toda norma jurídica. Pero la verdad jurídica —objetivo evidente de la ciencia jurídica— no depende de medidas cuantitativas referentes a los ejemplos de las reglas sobre la docilidad humana. El individuo nunca aparece como determinado por cualquier tipo de cuantificación en que el determinismo pueda aparecer extrapolado sobre la conducta individual. De ahí que el progreso de las ciencias morales nunca pueda manifestarse tan evidentemente como el de las ciencias físico-matemáticas. Sin embargo, las ciencias morales, incluyendo el Derecho, han de basarse cada vez más en las técnicas probabilísticas que sean más manejables y precisas, pero sin caer en distorsiones falseadoras. Nunca deben dejarse al descubierto de sanción adecuada ni las razones fundantes de la necesidad de ciertos valores humanos y sociales, ni las bases pragmáticas de la obligatoriedad de las normas pertinentes que deban asegurar la eficacia de aquéllos. Esta es una de las grandes razones que abonan la intervención del Estado en el control y sanción del Derecho, mediante un sistema institucional especializado, cuyas funciones no podrán ser llenadas por las meras sanciones «abiertas» de la colectividad inorgánica. Pero la conexión entre los imperativos directos y los imperativos subsidiarios dentro de la estructura orgánica de la norma jurídica concreta no debe hacer olvidar que el objetivo final de la actividad de los juristas no es la victoria de un determinado punto de vista preponderante (de una u otra autoridad pública, de uno u otro litigante), sino la verdad de la justicia alcanzable por el Derecho⁷.

El saber jurídico, por tanto, en sus niveles de aplicación técnico-científica, consiste la mayor parte de las veces en momentos en que se proyecta como ciencia interpretativa. Por ello, en cuanto saber hermenéutico, ha de ser también un saber valorativo, cuyo juicio se origina en opciones vitales fundamentales, que se hallan compartidas, tanto en sus fundamentos como en sus actitudes, en la conciencia colectiva de cada momento histórico⁸.

Desde luego, los objetivos de la interpretación jurídica pueden ser múltiples, y numerosos también sus principios metódicos. Pero cuando se trata de cualquier interpretación jurídica, tales métodos y objetivos han de subrayar indudablemente la noción que se tenga de qué cosa es jurídicamente

³ Sin excluir a los juristas de tal consideración. Véase G. QUADRI, «L'analitica del diritto e la sua dialettica», en *RIFD*, XXXIII (1956), págs. 239-255. En términos generales se trataría de una lógica del juicio jurídico, y no sólo del concepto jurídico, en la línea mantenida por García Maynez y, más cercanamente de los problemas ontológicos del Derecho, por Recaséns Siches.

⁴ Como anotan HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 1, Madrid, Gráficas Uguina, 1971, págs. 405-406, y L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milán, Giuffrè, 1967, págs. 371 y sigs.

⁵ HERNÁNDEZ GIL, *ob. y vol. cit.*, pág. 407.

⁶ Como opina John RAWLS, «Two Concepts of Rules», en *Philosophical Review*, 1 (1955), págs. 19-24.

⁷ Véanse algunos aspectos de esta argumentación en J. DREYFUS-GRAF, «La vérité juridique est-elle mesurable?», en *Revue Universitaire de Science Morale*, 3 (1965), págs. 57-62, y 2 (1965), págs. 62-63.

⁸ La tesis general en Charles TAYLOR, «Interpretation and the Science of Man», en *The Review of Metaphysics*, XXV, 1 (1971), pág. 51.

equitativa y de qué cosa sea jurídicamente útil, según el resultado que se quiera alcanzar o según el criterio normativo que se haya de utilizar. Por ello, el problema de la interpretación que se incluye en la actividad científica de los juristas trasciende al simple análisis de los procedimientos técnicos, pues a través de los textos normativos afecta al destino de la personalidad humana y al eterno debate entre su libertad y los usos sociales⁹. Idéntica actitud mantiene la generalidad de los pensadores modernos que se plantean el problema de la interpretación científica. Así, Claude-Albert Colliard¹⁰, al fijarse en la actualización legal de los derechos y libertades fundamentales a través de varios procedimientos posibles, se refiere, entre otros, a la mera interpretación hipotética de principios no enunciados ni siquiera en textos constitucionales, pero que se hallan suficientemente arraigados en convicciones comunes de la sociedad. Además de desarrollar pragmáticamente los derechos fijados en la Constitución, habla de la posibilidad de introducir en el Derecho positivo las fórmulas de las declaraciones de derechos e incluso de los preámbulos constitucionales, pero, además de la simple y pura técnica de sustituir a las declaraciones cuando éstas no existen, cuando se trata de materias afectadas por creencias básicas de las que podrían estar acogidas en una declaración, de haberla.

La aplicación científica del Derecho ha de llegar a conseguir esta coherencia pragmática entre situaciones, normas y fundamentos normativos. El alcance de la coherencia meramente conceptual y tecnológica de la praxis jurídica son problemas meramente internos, cuya solución sólo trata de impedir antinomias internas que podrían trabar la eficacia del ordenamiento jurídico *in fieri*. Pero lo que importa, no sólo ontológicamente, sino también en la perspectiva de la técnica operativa de los juristas, es que el Derecho sea coherente consigo mismo. Como afirma J. L. Villar Palasí¹¹, la interpretación cabal de los conceptos requiere, por la propia exigencia de su amplia perspectiva, una afirmación explícita de la conexión de los fines jurídicos con la entidad del grupo singular en que las normas jurídicas sean aplicadas. El avance científicamente valioso en el quehacer jurídico es ir fijando detenidamente cada perspectiva categorial, pero sin que ninguna de ellas se quede como visiones parciales, sino como componentes de una comprensión total de la realidad jurídica, aunque en algunos momentos tal proceso de comprensión consista en una abstracción normativa o en una singular relevancia fáctica. La instrumentación jurídica aporta al conjunto de los procesos interpretativos su lenguaje preciso, sus casi mecánicos sistemas abstractos que van transformando unos datos de información en otros, y que

⁹ Observa Jean GAUDEMONT, «L'interprétation des lois et des actes juridiques dans le monde antique», en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 17 (1970), páginas 235-249.

¹⁰ *Libertés publiques*, 5.ª ed., Tours, Edit. Dalloz, 1975.

¹¹ *Derecho Administrativo*, tomo I: *Introducción y teoría de las normas*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1968.

sirven de modelo explicativo del comportamiento de los objetos de estudio (individuos, grupos, instituciones, reglas jurídicas, sanciones, etc.)¹².

En resumen, podemos afirmar con L. Legaz que es admisible y razonable el afán de renovar la ciencia del Derecho desde el nivel del pensamiento científico actual, porque eso han tratado de hacer los filósofos del Derecho de las grandes épocas culturales, impidiendo que el saber jurídico se quedase anquilosado y malviviente en niveles ya plenamente superados. Pero la invasión de una pedantería cientista en los científicos del Derecho sí que puede entrañar un riesgo grave y fundamental de deshumanización y, como consecuencia, de inhumanidad hacia el hombre y hacia sus derechos. Frente a tal riesgo es previsible que se desarrolle fuertemente un pensamiento radicalizado desde los problemas permanentes de la existencia social humana, o sea, desde ese «problema del orden de la libertad» en que consiste el planteamiento filosófico del Derecho, cuando se trata no sólo del conocimiento, sino también de la aplicación práctica del Derecho.

2. TECNICA JURIDICA Y DIMENSIONES PRACTICAS DEL CONOCIMIENTO FILOSOFICO DEL DERECHO

El pensamiento teórico, si fuera posible entenderlo como actitud mental distinta de un pensamiento no directamente aplicable a una realidad concreta, puede verse llevado por la tentación de no atenerse fielmente a la inexorable disciplina de los hechos (como decía J. Ortega y Gasset). Por ello puede darse, aunque ello no fuera mirado con simpatía por el maestro F. Elías de Tejada¹³, que ciertos desarrollos del saber técnico-social sean

¹² En este sentido no habría insuperables dificultades para someter los procedimientos de investigación jurídica a una simbología y a una codificación que los pudiera tratar mediante las máquinas cibernéticas, y establecer desde ellas análogas provisiones que las obtenidas por la probabilidad genérica del cumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico. Véase J. SEOANE, «El conocimiento cibernético en las ciencias del comportamiento», en *Teorema*, 2 (1971), pág. 129. Tiene ya importancia la serie de publicaciones debidas al profesor Pérez Luño, en orden a una presencia de la más reciente filosofía jurídica en este campo. Obligada es la referencia a Vittorio FROSINI, «Umanesimo e tecnologia nella giurisprudenza», en *RIFD*, XLIII (1966), 451 y sigs., e «Il calcolatori elettronici e il nuovo mondo civile», en *RIFD*, XLVIII (1971), págs. 26 y sigs.

¹³ *Tratado de Filosofía del Derecho*, tomo I, parte I: *Los saberes jurídicos*, Universidad de Sevilla, 1974, págs. 428 y sigs. Si bien reconoce este pensador que la técnica, como modo de conocimiento, ha sido «dignificada por la especulación estructuralista», tacha con razón como antifilosófica la actitud de quienes abandonan el pensamiento filosófico de la realidad para instalarse en esa moda tecnificante de la realidad humana y, por tanto, deshumanizadora de la realidad misma del ser humano. Pero ello obliga no a olvidar las aportaciones estructuralistas, sino a enfocarlas bajo la perspectiva integradora del saber escatológico, y considerar a esa tendencia de investigación, junto con otras de análogo significado, como polarizaciones tecnológicas que han de ser conjugadas con la polarización ontológica del saber sociojurídico. Es

motivo de desarrollo de nuevas consideraciones filosóficas del Derecho, aunque pretendan aquéllas sustituir o eliminar las posiciones radicales de un pensamiento jurídico estrictamente planteado conforme a las exigencias del saber metafísico. Efectivamente, ¿no habrá de ser muy aprovechada en una consideración ontológica del Derecho una serie de métodos capaces de analizar en la realidad jurídica aspectos ontológicos (libertad humana), teleológicos (instituciones sociopolíticas), etc., además de los superficiales aspectos dogmático-formales que anteriormente eran la exclusiva consideración del positivismo jurídico? Es en ese profundo y respetuoso sentido donde el estructuralismo, así como las ya no tan nuevas teorías del conocimiento social que se han desarrollado desde la época de W. Dilthey, H. Rickert o F. Brentano, encuentran de nuevo el antiguo problema que Platón se había planteado entre las convergencias o divergencias del saber técnico y del saber epistémico. Una cosa es la técnica estructuralista de la investigación social, otra las pretensiones de los recién *parvenus* de avasallar e invalidar todos los saberes que no sean precisamente el suyo, y otra la prudente y constructiva tarea de integrar lo que de apertura de vías hay indudablemente en estas nuevas modas de conocimiento desde una perspectiva filosóficamente englobante, suficientemente anclada en los presupuestos y objetivos perennes de la actitud filosófica. Tarea que la Filosofía podrá realizar con la misma seguridad y hondura que tradicionalmente ha demostrado siempre que le ha sido enfrentado análogo desafío: la ritualización medievalista, la desintegración nominalista, el antropocentrismo renacentista, el idealismo racionalista, el empirismo desideologizante, las metafísicas absolutistas (Hegel, Marx, etc.) o el positivismo antimetafísico (Russell, Wittgenstein, estructuralismo, etc.)¹⁴.

Evidentemente, toda reflexión filosófico-jurídica, al referirse a las realidades jurídicas mismas, sobre todo cuando se trata de realidades jurídicas instaladas en sociedades altamente organizadas y racionalizadas, no puede eludir referirse a ellas mediante conceptos acuñados científicamente y atenuados a ciertas técnicas pragmáticas significativas en el contexto investigado. La correlación entre técnica y filosofía no significa que ambos saberes se hallen en un mismo nivel, sino que la filosofía tiene que contar con ciertos elementos contingentes que se integran en la necesidad de referirse conceptualmente a la realidad investigada, los cuales elementos contingentes

conocida la actitud de reserva crítica mantenida por Elías de Tejada con respecto al pensamiento de Ortega; véanse en este sentido sus *Derecho y ley en Ortega y Gasset*, Universidad de Granada, 1966; «El concepto de Derecho en José Ortega y Gasset», en *AFD*, 1966, y «Ortega y Gasset ante la Filosofía del Derecho», en *Homenaje al profesor Giménez Fernández*, Universidad de Sevilla, 1967.

¹⁴ Véase la historia de tales enfrentamientos a lo largo de la historia occidental en ELÍAS DE TEJADA, *Tratado de Filosofía del Derecho*, vol. cit., págs. 92-443, en que analiza la dialéctica permanente entre la actitud filosófica y los restantes saberes concurrentes, para llegar a concretar la índole racional del saber jurídico, como presupuesto metódico para la construcción ontológica.

son conceptos técnicamente establecidos para el fin de analizar racionalmente ciertos aspectos de la realidad jurídica misma. Esos mismos conceptos técnico-jurídicos están a su vez afectados por cierta esencialidad filosófica que viene coincidiendo con su funcionalidad pragmática en el seno de la realidad jurídica. Lo que sucede es que la conciencia tecno-jurídica no precisa ser consciente de su implicación hacia el plano superior (filosófico), por más que se mueva en términos que tienen sentido ontológico desde ese mismo plano superior (filosófico). Se advierte claramente esta conexión entre saber técnico y jurídico, así como la razón por la cual la función ontológica de un concepto técnico es inconsciente desde el propio nivel tecno-pragmático, aunque haya de serlo, implícitamente, pero casi siempre explícitamente, desde el nivel filosófico del conocimiento del Derecho: «Los conceptos jurídicos fundamentales¹⁵ han de elaborarse mediante la conjunción armónica de dos elementos: uno representado por la proyección de la idea o esencia del Derecho, y otro constituido por la atribución de un significado en el concepto a las diversas consecuencias jurídicas correspondientes a la institución de que se trate... El concepto no será correcto, tanto si se contradice en algún sentido la idea del Derecho de que se parta como si deja de reflejar de algún modo el fenómeno a describir y aprehender.»

Efectivamente, esta posición teórica supera conjuntamente el positivismo y el idealismo, como actitudes implícitas, o como doctrinas explícitas, frente a una Filosofía realista del Derecho. Pues, como el *propio autor* concluye, «la realidad sintetizada en el concepto no la forma meramente la ordenación jurídica considerada en el plano formal de lo normativo, sino esa ordenación jurídica en cuanto se inserta y realiza en la vida social que rige».

El desmonte del imperialismo tecnocrático dentro de los saberes jurídicos puede efectuarse de muchas maneras, pero el más convincente no es la mera contraposición doctrinal desde el pensamiento metafísico, sino tal vez llevar hasta sus próximas consecuencias las propias afirmaciones positivistas radicales. Este método ha sido empleado tradicionalmente por el pensamiento iusnaturalista frente a las más groseras incidencias del positivismo político, jurídico y social; pero, aunque sea tema de menor importancia, puede desplegarse también eficazmente para desmontar el dogmatismo de los conceptos tecno-jurídicos mismos. De hecho¹⁶, en los conceptos jurídicos

¹⁵ Se lee en A. HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, Artes Gráficas Maribel, 1960, pág. 67. Véase Roberto J. VERNENGO, «Teoría General del Derecho y Ciencia Jurídica», en *Dianoca. Anuario de Filosofía*, año XXIII, núm. 23 (1977), págs. 204-232.

¹⁶ Es la tesis de C. PERIPHANAKIS, «La relatività dei concetti giuridici», en *RIFD*, XXXV, 3-4 (1958), págs. 336-349. Sobre el tema véanse L. LEGAZ, «Influencia del espíritu religioso en la formación de los conceptos jurídicos y la estructura económica», págs. 7-46 de *Estudios de Doctrina Jurídica y Social*, Barcelona, Edit. Bosch, 1940; Leandro AZUARA PÉREZ, «Los conceptos jurídicos fundamentales», págs. 3-44 de *Estudios de Filosofía del Derecho. Homenaje al doctor Eduardo García Maynez*,

pueden advertirse analíticamente unos elementos fijos y otros variables. Todo concepto jurídico tiene entre sus elementos esenciales, procedentes de la propia noción de Derecho, las nociones de «alteridad» y de «correlación». Pero otros elementos son puramente incidentales (hechos históricos, consideraciones político-morales, etc.), que están simultáneamente presentes al manejar tal concepto el legislador o los intérpretes del Derecho. Ahora bien: estos elementos variables no sólo son históricamente relativos, sino también psicológicamente relativos, y su valoración o influjo en la extensión del concepto-base varía según los tiempos, los países, las necesidades, las ideas, las costumbres, los regímenes, los legisladores, etc. Esta relativización conceptual es el fundamento de muchas posiciones filosóficas imprescindibles. Así se entienden por ella las exigencias que Platón, Aristóteles o San Isidoro planteaban para que se tuviera la vista puesta en los hombres concretos y en el país concreto. Efectivamente, conceptos tan aparentemente «formales» como los de «Contrato bancario», «Contrato bursátil» o «Matrimonio» son enormemente distintos según que aquéllos puedan ser convenidos o por adhesión, los segundos admitan o no las operaciones a término y el último incluya o no la posibilidad del divorcio vincular o haya de ser públicamente solemne o admitir formas cuasi privadas.

Lo que sucede es que, inadecuados o no, los conceptos tecno-pragmáticos son imprescindibles para un conocimiento directo de la realidad jurídica, incluso desde un nivel filosófico asumido actualmente y dotado por ello de sentido riguroso en la actualidad presente. La corrección o incorrección significativa de los conceptos empleados incide indiscutiblemente en la corrección o incorrección de las investigaciones filosóficas que puedan realizarse acerca del Derecho, dado que constituyen momentos procedimentales, dotados de consecuencias cognoscitivas (téngase de ello conciencia o no en el nivel filosófico-ontológico del conocimiento). Como ha observado David Goddard a propósito de la teoría social¹⁷, si la existencia o inexistencia de una secuencia causal sólo puede ratificarse en una proyección del «principio de causalidad», una metodología de la investigación objetiva sólo puede avanzar si los conceptos particulares son meramente representativos de la realidad, sino primordialmente una selección que acentúe aspectos cualificativos de la misma. El rigor conceptual sólo sirve, y ya es mucho, para clarificar una determinada serie de eventos o manifestaciones fenoménicas, facilitando la construcción de una perspectiva sistemática o racional, considerada en un proceso cultural en que se busca su sentido interno y el tipo de causación adecuada para explicar la sucesión de sus fases. Sólo en

México, UNAM, 1973; J. WROBIEWSKI, «The relativity of Juridical Concepts», en *OZOR* (1959-1960), págs. 271 y sigs.

¹⁷ D. GODDARD, «Max Weber and the objectivity of Social Science», en *History and Theory*, XII, 1 (1973), pág. 15. Véase W. G. RUNCINAM, *Crítica de la filosofía de las ciencias sociales de Max Weber*, México, F. C. E., 1976; trad. castellana de la edición inglesa de 1972.

esta proporción tiene objetividad la teoría weberiana del «tipo ideal». El «tipo ideal» resulta de una conjunción de experiencias culturales que en otro caso no tendrían ningún factor conceptual de comparación mutua. De este modo, tales conceptos previamente definidos pueden aplicarse sistemáticamente a la investigación de fragmentos de realidad. Pero este esquema no es, como podrían maljuzgar los formalistas y los nominalistas en general, un verdadero punto de partida teórico y objetivo, sino un dato de índole intelectual, tomado para iniciar la investigación y para servir de término de referencia y reajuste metódico durante la misma¹⁸.

Esta manera de proceder recuerda, con máximo de semejanza, los procedimientos investigadores de los jueces y tribunales. Efectivamente, durante el proceso judicial aparecen intereses, situaciones, actividades de particulares, actividades de autoridades públicas, normas jurídicas legisladas, consuetudinarias, convencionales, etc., búsqueda del «tipo ideal» de figura jurídica en que haya de ser clasificada la totalidad de los elementos reales, personales y formales del conflicto, adecuación de las normas en su aplicación a los datos, valoración correlativa de ventajas y cargas entre los diversos intereses enfrentados, etc. No es de extrañar, por tanto, que la figura analítica de las escuelas científicas de los países cuyo ordenamiento jurídico se centra en las técnicas de la investigación judicial sea la más depurada entre las que pudiéramos mencionar¹⁹. Ahora bien, pese a nuestra innegable inserción en el sistema de derecho continental, en nuestro país aparecen también técnicas de investigación jurídica que desarrollan suficientemente la complejidad de los elementos que deben ser tenidos en cuenta para llenar los requisitos de una construcción conceptual no sólo rigurosa, sino también muy completa, con una clara conciencia de la implicación de los datos considerados. Véase esta muestra, que aparece en un conocido estudio²⁰:

¹⁸ Como afirma también GODDARD, lugar citado, pág. 19.

¹⁹ Finura, por otra parte, que también puede desplegarse en los ordenamientos de predominio legislativo, en base a las escuelas capaces de superar el dogmatismo codificador del pasado siglo tanto como el administrativismo irresponsable de las últimas décadas, felizmente superado por la más reciente doctrina en nuestro país. Véase la aportación de Villar Palasí y de García de Enterría en esta última dirección, y los estudios metodológicos de J. Castán y A. Hernández Gil en la primera. El tema en general viene estudiado por E. LALAGUNA, «Valor de la jurisprudencia en la elaboración científica del Derecho», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, XLIV, 468 (1968), págs. 1217-1238. Véanse al respecto H. COING, *Juristische Methodenlehre*, Berlín-Nueva York, 1972; A. ROST, *Interpretation von Rechtsbegriffen im internationalen Vertragen, Verschiedene Lösungsmöglichkeiten*, 1971; H. SILVING, «A Plea for a Law of Interpretation», en *University of Penns. Law Review*, 1950, págs. 526 y sigs.

²⁰ Editado en Madrid, 1960, bajo el título de *Derecho de obligaciones*. Los textos mencionados casi textualmente, para poderlos resumir en algunas partes, figuran en las páginas 7, 29, 45 y 46 de dicha obra. Actitud que contrasta, sin duda, con la de Hans KELSEN en «Zur Theorie der juristischen Fiktionen», publicado en *Annalen der Philosophie*, tomo 1 (1919), págs. 630-658, reimpresso en *Die Wiener rechtstheoretische*

El Derecho versa sobre la conducta; es ordenación de la conducta. Concierne al comportamiento del hombre. En el Derecho civil cuenta principalmente el comportamiento intersubjetivo: de unos respecto a otros. Factores o presupuestos de toda ordenación jurídica son: la *persona*, la *sociedad* y el *Estado*. De estos tres factores cobra especial relieve en la esfera del Derecho civil la persona. En un sentido, el Derecho civil es obra de la persona; en otro sentido, la persona es la materia primordial del Derecho civil. La persona es un *prius* respecto al Derecho, una categoría ontológica y moral, no meramente histórica o jurídica. La persona no es una creación del Derecho (positivo). No se es persona porque se tiene capacidad jurídica; se tiene capacidad jurídica en cuanto se es persona. *El Derecho, que no crea a la persona, la dota de significación jurídica, estructura su estatuto, determina su actuación en la existencia compartida.* La persona, sociológicamente, no es concebible como entidad aislada. Todo vivir es, socialmente, convivir. La persona aparece, dentro de la sociedad, bajo la salvaguarda del Estado.

Toda relación jurídica se da entre personas; todos los derechos y los deberes conciernen a las personas y afectan a su comportamiento. Bien; pero ¿está dicho todo con esto, o entran en juego otros factores? La respuesta depende, principalmente, del concepto mismo de la relación jurídica. Si por tal se entiende sólo el vínculo entre un sujeto activo y otro pasivo, creador de poderes y deberes recíprocos, es posible que no hubiera margen para superar el plano de la conducta como cualidad de las personas. En cambio, si se concibe más ampliamente, como la relación de la vida o la relación social ordenada jurídicamente, el nexo entre las personas será el denominador común, pero no la totalidad de la relación, a la que quedarán adscritos todos aquellos factores de la realidad social que adquieren significación jurídica por obra de la norma. Entonces no hay inconveniente en asignar un puesto a las cosas. Lo ocupan, evidentemente, en la realidad social; luego han de ocuparlo también en la estructuración jurídica de esa realidad. La relación se dará siempre entre las personas; pero, según los supuestos, quedarán o no adscritas a esa relación las cosas, y en caso afirmativo habrán de figurar de un modo u otro. Siendo así, la distinción entre los derechos reales y los de obligaciones se ofrece como segura. Y se manifiesta, ante todo, en la especial significación que, respecto de los derechos reales, cobran las cosas.

El presupuesto sociológico de los derechos reales y los de obligaciones es diverso. Entendemos por presupuesto sociológico del Derecho y de los derechos aquellos datos de la realidad social sobre los que aparece asentada la ordenación jurídica, así como el modo de afectar tal ordenación a

Schule. Schriften von H. Kelsen, A. Mehl y A. Verdross, Viena, Europ's Verlag, 1968, págs. 121 y sigs., y en la 1.ª edición en lengua alemana de la *Teoría pura del Derecho, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Viena, 1954.

aquella realidad. El recíproco contacto, en definitiva, de lo normativo con lo sociológico.

El presupuesto sociológico de los derechos reales se halla constituido por una estructura sociopolítica y económica que erige la propiedad privada en institución clave. Sobre esta base aparecen elaboradas las correspondientes categorías lógico-jurídicas que todavía preponderan en el sistema del Derecho civil. El haz de derechos subjetivos que forman los derechos reales que compone colocando en el centro la propiedad, de la que son, al mismo tiempo, detracciones y limitaciones los demás derechos reales. La propiedad, entendida como derecho real máximo, se presenta como la titularidad jurídica que permite la total adscripción de las cosas al patrimonio. Propiedad y cosas se identifican; la apropiabilidad atribuye la cualidad de cosa. Los demás derechos reales son formas de distribuir las posibilidades de utilización de los bienes partiendo de la propiedad y a expensas de ella. Por tanto, todos los derechos reales son modos de adscribir los bienes al servicio del titular, modos, en fin, de delimitar el poder de cada uno sobre las cosas. Un bien no puede estar afecto más o menos íntegramente a una persona sino en la medida en que quede sustraído a las demás. Los derechos reales, y singularmente la propiedad privada, se asientan, pues, sobre el más radical conflicto de intereses, que coloca en situación de pugna a los miembros del conjunto social.

El presupuesto sociológico de los derechos de obligaciones es, en cambio, más densa y profundamente social. En su última esencia, la realidad de que parten existe al margen de cualquier ideología. Las predeterminaciones político-económicas pueden influir en el modo de configurarlas, pero en ningún caso es propugnable su negación. Constituyen una realidad objetiva, una estructura social ligada con la convivencia. Sin relaciones de interdependencia de carácter obligatorio no es imaginable la vida social. Los derechos de obligaciones realizan directamente la sociabilidad como cualidad constitutiva de la propia naturaleza humana. Los derechos de obligaciones muestran la irremediable marcha de los hombres hacia los demás. A través de ellos cada persona pretende servir a los demás y servirse de ellas. Realizan una función social; una función social que en su significado primario no puede ser eliminada siquiera por una concepción individualista de los derechos de obligaciones²¹.

La importancia de la interpretación jurídica en el nivel del conocimiento

²¹ En cuanto a la doctrina administrativa mencionada, bastará con fijarse en las aportaciones recogidas en el libro de A. SÁNCHEZ DE LA TORRE *Los principios clásicos del Derecho* (1975), o en la monografía de José Luis VILLAR PALASÍ *La interpretación y los apogemas jurídico-lógicos*, Madrid, Tecnos, 1975, en que estudia, por ejemplo, la interpretación en conexión (*nisi tota lege perspecta*) y la interpretación operativa e integrativa. Esta monografía del maestro de nuestro Derecho administrativo recoge el discurso de recepción del profesor Villar en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

técnico se hace más ineludible cuando se trata de la perspectiva más sintética y constructiva que se efectúa en el nivel del conocimiento científico. Pero ¿cuál no será su interés cuando se trata del nivel filosófico del saber jurídico?

El pensamiento filosófico contiene mayores exigencias de coherencia que el científico y que el técnico. Este parece que tendría suficiente coherencia con que contuviera cierta concordancia entre la práctica usual de los ciudadanos y el sentido común de la significación jurídica contenida en los conceptos jurídicos de las instituciones consideradas. El saber científico del Derecho exigiría, además, que la concordancia conceptual fuera capaz de dar coherencia a las significaciones jurídicas superando las diferencias de situación, de tiempo, incluso de sistemas jurídicos positivos diferentes. Pero el grado de coherencia que busca el pensamiento filosófico, además de contener los anteriormente aludidos, se refiere a la coherencia entre la práctica real y la significación conceptual de las conductas jurídicas por un lado, y con las finalidades últimas del Derecho en su función para con las personas y para con la sociedad de otro; o sea, una coherencia entre las normas jurídicas y sus fundamentos normativos de toda especie. El nivel filosófico de la interpretación jurídica ha de cubrir, por tanto, las exigencias planteadas por Hans Georg Gadamer²² cuando afirma que el fundamento de una hermenéutica filosófica es captar la intención o significado dinámico del dato, y con este significado unitario, hacer posible la aplicación del criterio de todos los niveles de la coherencia que puedan ser analizados en el conjunto de las posibilidades de su interpretación.

De ahí que la interpretación filosófica se despliega desde todas las técnicas asequibles.

Como la Filosofía trabaja con palabras, su interpretación ha de advertir las dimensiones significativas del lenguaje mismo en que se expresa. Los signos lingüísticos, como «síntoma», como «señal», como «símbolo»²³.

Como la Filosofía busca una determinada integración de la «verdad», la interpretación que realiza ha de tender a encontrar las conexiones existentes entre los elementos reales, globalmente integrados en una realidad determinada, y la inteligibilidad más profunda y completa de los mismos, gracias a los recursos de comprensión apoyados en las facultades racionales de la inteligencia humana²⁴.

²² En su conocida tesis desarrollada en el libro *El problema de la conciencia histórica*, de cuya trad. al italiano de G. Bartolomei (Nápoles, Guide Editore, 1969) nos hemos servido. Véase la recensión de esta ed. italiana en *RIFD*, XLVII (1970), página 180, debida a F. D'Agostino.

²³ Por ejemplo, siguiendo la terminología de Karl BÜHLER, *Teoría del lenguaje*, trad. cast. por Julián Marías, 3.ª ed., Revista de Occidente, Madrid, 1967.

²⁴ Supuesta una modalidad «realista» del conocimiento filosófico, tal como puede advertirse en la filosofía tradicional en Europa, por ejemplo: F. RUELLO, *La notion de vérité chez Saint Albert le Grand et chez Saint Thomas d'Aquin*, París, Nauwelaerts, 1969.

Al ser la empresa filosófica una tarea circunscrita espacial y temporalmente, la Filosofía jurídica se ha de plantear con sumo rigor la conexión que la realidad jurídica tiene con la sociedad histórica y con el conjunto de caracteres reales procedentes de la localización espacial de la sociedad regulada por cada ordenamiento positivo. De ahí que la interpretación jurídica ha de contener las dimensiones propias de la adecuación temporal y ecológica a que se refería antiguamente la definición de San Isidoro acerca del Derecho justo²⁵.

Como anteriormente se ha apuntado, la tarea interpretativa ha de asimilar también todas y cada una de las técnicas de análisis y síntesis que los niveles tecno-científicos del conocimiento jurídico haya conseguido estabilizar. No debe despreciarse apodóticamente ninguna aportación actual en este sentido, dado que puede entrañar innovaciones importantes, aunque algunas de ellas hayan de ser reducidas a límites más estrictos de los que aparentemente traten de cubrir, o hayan de ser criticadas duramente cuando pretendan suplantar o avasallar las funciones más intransferibles del pensamiento filosófico en cuanto tal²⁶.

Resulta así que, a través de la noción interpretativa, el pensamiento filosófico profundiza en las líneas maestras de la realidad concreta de un lado, y en la significación auténtica de los conceptos tecno-científicos de otro. Por ello puede resultar, paradójicamente, que el nivel filosófico del pensamiento pueda llegar a extenderse y generalizarse espontáneamente, como resultado de las propias exigencias suscitadas en los niveles estrictamente aplicativos (técnica jurídica) y conceptuales (ciencia jurídica) del conocimiento jurídico²⁷.

²⁵ La dimensión de la «vigencia» como nota propia de toda normativa jurídica ha de integrarse por ello en el trabajo hermenéutico de la filosofía jurídica. Véase C. GRAY, «Interpretazione e filosofia del diritto vigente», en *Rivista Rosminiana*, XLIII (1949), págs. 30-39 y 121-131. Véase más recientemente A. von BAYER, «Bemerkungen zum Verhältnis von juristischer und philosophischer Hermeneutik», en *ARSP*, LIV, 1 (1968), págs. 27-42.

²⁶ Esta actitud mesurada en la aceptación de ciertos postulados científicos y filosóficos apoyados en presupuestos erróneos es típica de todo progreso filosófico. Véase así la correcta crítica de Urs JAEGGI, *Ordnung und Chaos: der Strukturalismus als Methode und Mode*, Francfort, Suhrkamp, 1968, de la que hay trad. cast. en Monte Avila Editores, Caracas, 1970, o la de Michael van ESBRÖECK, *Hermeneutique, structuralisme et exégèse. Essai de logique kérigmatique*, Tournai-París, Desclée, 1968, en que se evalúan y debaten las posibles aportaciones del estructuralismo a una consideración filosófica de la realidad.

²⁷ Tal posibilidad no es imaginada, sino comprobable cada vez con mayor claridad. Véase el conjunto de trabajos reunidos por WARNACH, *Hermeneutik als Weg heutiger Wissenschaft*, Pustet, 1971, así como el volumen colectivo *Exégèse et Hermeneutique*, Le Seuil, 1970, o el libro de L. PAREYSON *Verità ed interpretazione*, Milán, Rusia, 1970, recensionado por F. D'Agostino en *RIFD*, L (1973), págs. 198 y sigs. De H. G. GADAMER, *Ermeneutica e metodica universale*, edición cuidada por U. Margiotta, Turín, Ed. Marietti, 1973; «A propos de l'hermeneutique», en *Archives de Philosophie*, 1970; «Die Grenzen der historischen Vernunft», en *Actas del I Congreso*

El Derecho, en su significación última, podría reducirse a un lenguaje de «licitud» o «ilicitud», y éste constituye una configuración tecnológica de toda la realidad jurídica. Pero, además, su generalización normativa en el seno de la comunidad hace que sólo pueda actuar mediante su expresión en el lenguaje más comunicante dentro de cada ámbito colectivo de referencia. De ahí que, siendo la base del Derecho el lenguaje, porque sin medios de «comunicación» no habría Derecho, en la medida en que no podríamos conocerlo²⁸, su comprensión última ha de poder entenderlo también como instrumento comunicante y, por ello, como materia privilegiada de interpretación técnica, científica, cultural y ética, conforme a la propia entidad que el Derecho tiene en su más pura esencialidad social y personal²⁹. Por ello, en los últimos tiempos el ascendente que dentro del saber jurídico adquiere la Filosofía es indudable. Ya advierte claramente Legaz³⁰, recordando la ya clásica expresión de Max Salomon en sus *Fundamentos de Filosofía jurídica* (1929), que, actualmente, «la ciencia del Derecho se configura como ciencia de problemas», aunque se le plantee específicamente qué tipo de métodos científicos deba y pueda emplear válidamente para su objeto, sin excluir algunos que pudieran ser considerados como «ideológicos», cosa fácil de entender cuando se tiene en cuenta que la realidad jurídica es operativa en las mentes y en la practicidad razonable de la gente, y si a tal fin se entiende por «ideológica» alguna simplificación tipificadora de fenómenos realmente existentes en la realidad, y no ciertos objetos intermedios o ciertas funciones sociales enajenantes que sustituyen a una realidad que se trata de mantener oculta y, por tanto, virtualmente capaz de establecer ciertas acciones sociales no justificables por vías de su directa comprensión³¹.

Nacional de Filosofía, 1949, Mendoza (1952), vol. II, págs. 1025-1033; *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, trad. cast., Salamanca, Ed. Sígueme, 1977.

²⁸ Ray D. HENSON, *Landmarks of Law*, Nueva York, Harper, 1960, pág. IX.

²⁹ El conocimiento hermenéutico incluye, por tanto, todos los aspectos y dimensiones de la realidad jurídica que pudieran ser tomados como objeto de una comprensión filosófica radical. Véase las posibilidades de aplicación a la Filosofía del Derecho, por ejemplo, al hilo de las observaciones de M. SERRES, *Hermès ou la communication*, París, Ed. du Minuit, 1968. Aunque la problemática filosófica permanezca siempre abierta. Véase P. RICOEUR, *Le conflit des interprétations. Essais d'herméneutique*, París, Du Seuil, 1969.

³⁰ «Ideología, Filosofía y Ciencia en el Derecho», en *Revista Temis*, núm. 21 (1967), págs. 319-333, la cita en págs. 332.

³¹ La estructura ontológica del Derecho, al ser «forma de la libertad de la vida social», es indiscutiblemente atendida a la racionalidad práctica del ser humano y, por tanto, es humana en este sentido elemental. Pero cuando se habla de «humanismo jurídico» se trata de que también el contenido normativo del Derecho se atenga cercanamente a los medios y finalidades objetivos de la naturaleza humana. Véase Carlos J. ALVAREZ ROMERO, *Humanismo jurídico cristiano*, Madrid, C. S. I. C., 1964, págs. 81 y sigs., y L. LEGAZ LACAMBRA, «El Humanismo y sus implicaciones jurídico-sociales», en el volumen *Humanismo, Estado y Derecho*, Barcelona, Lib. Bosch, 1960, pág. 24. Pues, como afirma este mismo maestro, «el humanismo no tiene sentido si la realiza-

3. CONOCIMIENTO CRITICO Y TEORIA FILOSOFICA DEL DERECHO

Las revoluciones metodológicas contemporáneas más bien afirman que niegan la vocación de nuestra época para la Filosofía del Derecho, al menos cuando se advierte que algunos de los más importantes cultivadores de la ciencia jurídica muestran un interés creciente y a veces una dedicación indudable a los estudios iusfilosóficos. No se trata ya de un saber «de adorno», de alcance cultural y formativo, sino que períodos de rápidas transformaciones sociales como el nuestro exigen una investigación de lo esencial y de lo concreto, una vez que, a través de la función jurídica dentro de la sociedad contemporánea, está en juego el destino mismo de las jerarquías axiológicas vinculadas con la base de las estructuras sociales y de las creencias personales. Como observa clarivamente Miguel Reale, la ciencia del Derecho está abocada a la problemática del futuro y, por tanto, del destino humano en la colectividad histórica. La Filosofía jurídica «integrativa», la «estructural», la «tridimensional» y otras tendencias análogas cubren este frente de la constructividad pragmática del saber filosófico actual.

Por ello, el tema básico de la Filosofía del Derecho, superando los matices de escuelas, vuelve a ser de múltiples maneras el ontológico. Efectivamente, hay problemas que no son exclusivamente antiguos o modernos, sino de todos los tiempos, aunque vienen tratados de muy diversa manera, como sucede con la conexión entre ciencias y filosofías. En el mundo actual esta problemática aparece más polarizada que nunca sobre los aspectos metodológicos, dado que el tipo de autoridad en que los respectivos poderes hayan de apoyarse se han unificado bajo el común prisma de un enfoque racional secularizado. De ahí que un problema idéntico se haya de plantear de muy diversa manera que en otros tiempos.

Obviamente, la Filosofía está ligada a formas históricas concretas, e incluso responde a configuraciones de cuestiones planteadas desde unos modos de vida, desde unas estructuras sociales y desde unas jerarquías de valores también concretos. Pero no induciría a estar de acuerdo con las tesis «marxistas» del condicionamiento del pensamiento por su medio vital, en el sentido que han venido defendiendo de manera desigual G. Lukács o L. Goldmann, en su análisis de la significación social del jansenismo, vinculando este movimiento a la nobleza de toga, y que tan acertada réplica recibiera de J.-P. Sartre. Evidentemente, la Filosofía de la Ilustración tiene mucho que ver con el desarrollo inicial del capitalismo y con el ascenso político de la burguesía. Pero nunca podrá ser identificada sin más como

ción de los valores personales no trasciende a las más menudas reglamentaciones en el orden social», consistiendo en «una actitud humana caracterizada por las virtudes del respeto, la tolerancia, la comprensión» (lugar citado, pág. 13). En todo caso, el humanismo representa un reducto contra el materialismo de la deshumanización latente en las relaciones y normas sociales. Véase L. LEGAZ, «Materialismo y Derecho», en *Anales de la R. A. de CC. Morales y Políticas*, 45 (1968), págs. 87 y sigs.

una mera ideología de clase. La filosofía kantiana, por ejemplo, tiene validez fuera de los condicionamientos del modo de vivir y pensar burgueses, no está confinada y reducida en ellos y, por tanto, no es mera ideología, sino verdadera filosofía. En este sentido, los esquemas interpretativos de cierta sociología del conocimiento son verdaderamente burdos y a veces ridículos.

Lo que también es evidente es que la Filosofía no constituye sólo un nivel ascendente de un saber orgánico que procede desde lo inferior hacia lo superior. También está ligada colateralmente a formas de saber, a expresiones, a inquietudes y a sensibilizaciones epistemológicas que surgen desde otros muchos campos distintos que los directamente enfocados en una perspectiva peculiar (como Filosofía del Derecho, del Arte o de la Historia, etc.). De ahí que el lenguaje filosófico adquiera matices expresivos desde conceptos analógicos procedentes de muchos otros campos de actividad y de conocimiento. Ello obliga a que cada vez se plantee también el problema lingüístico como tema filosóficamente importante, y contribuye a justificar muchas tendencias filosóficas que han de ocuparse de tales aspectos, aunque a veces pretenden afirmarse a sí mismos como únicos y excluyentes modos de hacer Filosofía, pretensión excesiva a todas luces. La metodología filosófica se convierte también, por ello, en un método interdisciplinar, en que no se comunican solamente experiencias y nociones, sino también actitudes vitales, preocupaciones científicas y expresiones peculiarmente significativas³².

De ahí que los sistemas filosóficos, irreductibles en sí mismos, se convierten en focos de pensamiento desvinculados de la complejidad real. En tal caso, las totalizaciones que pretenden constituirse como categorías intemporales y supraespaciales pierden paradójicamente elementos básicos de su propia racionalidad al pretender configurar conocimientos absolutamente liberados de las concreciones (como diría Whitehead) empíricas. El proceso sintético de reconstrucción del saber global ha de efectuarse en las mediaciones de las percepciones, de los prejuicios, de las instituciones y de los valores de la conciencia filosófica. Frente a la trivialidad de los conocimientos superficiales, el conocimiento superior puede aislarse a sí mismo en la abstracción, al no caer en cuenta de la «disposición» temporal y situacional de la realidad que habría que captar³³. A esta serie de problemas dedica amplia consideración³⁴ el profesor Hernández Gil.

Hay diversas ramas del saber, distintos tipos, diferentes niveles. Esta complejidad sobrepasa las posibilidades de un simple conocimiento perceptivo o discursivo atenido a funciones muy elementales.

³² Abraham MOLES, «La linguistique, méthode de découverte interdisciplinaire», en *Revue Philosophique de la France et de l'Étranger*, 156 (1966), págs. 375-389.

³³ Observa José FERRATER MORA, *Las palabras y los hombres*, Barcelona, Ed. Península, 1972, págs. 82-83.

³⁴ Como puede comprobarse en su libro *Metodología de la Ciencia del Derecho*, II, Madrid, 1971, págs. 415 a 450.

En cuanto al conocimiento jurídico, la índole normativa de las regulaciones del Derecho hace que las estrictas percepciones singulares sean insuficientes de todo punto. Basta advertir que «la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento». Por ello la concurrencia de los distintos tipos, ramas y niveles del saber se hace necesaria cuando se trata de esta materia.

La línea divisoria entre conocimiento científico y filosófico, por ejemplo, se difumina, aunque tradicionalmente algunos de sus enfoques podían distinguirse claramente: por ejemplo, el Derecho natural de un lado, los conceptos jurídicos de cada institución de otro. Tal distinción pudo permitir una sistematización unitaria de la ciencia y de la filosofía jurídicas, pero produciendo un inevitable empobrecimiento en ambas. Tal debilidad puede continuar en nuestros días por obra de la especialización subjetiva de los juristas y de los filósofos del Derecho, por ejemplo; pero la separación entre muchos de sus enfoques no sería posible, aunque las razones de las diversas perspectivas sean perfectamente distintas en muchos casos. Tampoco es cierto que el saber científico haya de ser previo al filosófico. Hay una reactividad entre ciencia y filosofía que enriquece y vigoriza cada planteamiento concreto, si cada uno es capaz de atenerse a sus propios presupuestos y a sus propios objetivos. Así, la tarea de describir el ámbito de lo jurídico es una empresa común de la sociología general, de la dogmática jurídica y de la historia política, juntamente. El estructuralismo actual no es más que un método de identificar sistemas capaces de penetrar en la interioridad de los procesos sociales para hallar las reglas conforme a las cuales se relacionan los elementos que convergen a dar realidad a las diferentes dimensiones de la existencia colectiva. Si de un lado aparecen diferencias de métodos y de objetivos, por otro surgen convergencias de perspectivas e interrelaciones de conocimiento (aunque a veces las innovaciones son ficticias. Por ejemplo, el «estructuralismo» se ha consagrado, más que a investigaciones aplicadas, a expresar su propia metateoría; y hay más divagaciones acerca de la «metodología» que aplicaciones pragmáticas con fines a obtener saberes concretos).

Ello significa que, en otras épocas se acusaba a la Filosofía de atenerse a un mundo ideal como si fuera un mundo aparte a fuerza de ser propio, en nuestra época es la ciencia jurídica o sus teorías metodológicas, en su caso, las que se abocan frente a callejones sin salida a fuerza de aguzar unas aporías tras otras. La teoría pura del Derecho viene a ser en este sentido una pretensión de especificidad científica que no conduce a ninguna parte dentro de una consideración integradora del pensamiento jurídico, pero que además proscribía del mismo horizontes insustituibles para detallar el alcance de los propios conceptos obtenidos como muestra de ese saber «estricto». Caso contrario es el de las doctrinas ideológicas, como el marxismo, aplicadas al Derecho. ¿Han conseguido tales doctrinas innovar fundamentalmente no ya todas las instituciones sociojurídicas tradicionales, sino los propios conceptos presuntamente originales?

Se entienda al Derecho como norma, se le entienda como conjunto de relaciones y de poderes, no hay ya puntos de partida privilegiados para una ciencia jurídica unidimensional que sea al mismo tiempo capaz de dar cabal cuenta de sus implicaciones reales que son irreducibles a una sola dimensión. Es la complejidad de lo real de la vida jurídica lo que se impone indiscutiblemente. Ahora bien: haber retenido sin graves escándalos esta afirmación es un resultado de la mentalidad comprensiva, o sea, del nivel filosófico del saber jurídico, que ha ido adquiriendo conciencia de esa enorme complejidad.

De ahí que el Derecho actual ofrezca tantos desarrollos, que ni siquiera el análisis estructural se basta para captarlo en toda su pluriversa articulación. En ese sentido, el estructuralismo sería sólo el último desarrollo del positivismo, integrador del positivismo voluntarista de las *fuerzas sociales* de un lado y del positivismo dogmático de las *formas sociales* de otro. De ahí que las nociones estructurales no sirven para constituir el esqueleto de una ontología jurídica integral, porque se hallan a medio camino entre la realidad y la idea consideradas como objeto de comprensión filosófica. La identificación de la estructura del Derecho es válida para un conocimiento científico. Su comprensión dinámica aporta nociones insustituibles para una captación del sentido real de la realidad jurídica. Pero la Filosofía del Derecho es un movimiento que procede desde los datos elementales que se ordenarán en las estructuras básicas, y llega más allá de las esencias ideales del Derecho porque incluye también una reflexión crítica sobre la adecuación de la realidad jurídica a la sociedad a que sirve y a las personas que existen humanamente en ella³⁵.

Por otra parte —advierte Hernández Gil—, el tipo de formalización de la vida social en que consiste el Derecho no es el propio de la formalización peculiar de la descripción estructural de la realidad jurídica. En este sentido, sólo la propia ambigüedad de la significación múltiple de la palabra «estructura» permite hablar correctamente de una «estructura de la norma», «estructura de la relación», «estructura de la situación» jurídica, etcétera, a sabiendas de que en tales expresiones sólo de modo reflejo puede hablarse de que se aplican los métodos estructuralistas en el análisis del Derecho. Tal vez porque la realidad del Derecho es analógica, el estructuralismo jurídico haya de ser también analógico al estructuralismo lingüístico y antropológico, «primeros analogados», pero sólo lejanos modelos de un presunto estructuralismo jurídico³⁶.

³⁵ Véase Bryan BARRY, «On Social Justice», en *The Oxford Review* (Trinity Term, 1969), págs. 29-52; *The liberal Theory of Justice: A Critical Examination of the Principal Doctrines in a Theory of Justice by John Rawls*, Oxford Books, 1973.

³⁶ Con ello rectificó posiciones anteriormente mantenidas en diversos estudios, a partir de 1960. Tales investigaciones iusfilosóficas, al ser iusfilosóficas no se referían a un auténtico estructuralismo. Tal aparece claro tras diversas críticas que se hallan en Lamsdorf-Galagane, Legaz, Hernández Gil, Elías de Tejada, etc., aunque no siempre se hayan referido expresamente a aquellos trabajos.

El análisis estructural de la norma debe realizarse en cuanto a la normatividad del sistema jurídico en su conjunto y no en cuanto a cada norma singular. No se referiría a los elementos lógico-normativos de cada precepto jurídico, sino al modo en que la normatividad jurídica es un lenguaje, una lengua o un habla jurídicos³⁷.

Fijándose en esta dimensión estructuralista³⁸, aparece que hay unas zonas estables y esenciales de la normatividad jurídica que se presentan plenamente codificadas y articuladas, mientras que otras se hallan en estado de permanente transformación y fermentación. Hay necesidades de comunicación, pero hay otras necesidades que actúan en forma de impulsos de cambio en aquello que se comunica, cualquiera que pudiera ser la expresión mediante la cual algo resulta comunicado.

Efectivamente, la realización del Derecho se produce en ciertos puntos en forma conflictiva (procesos judiciales, por ejemplo), pero en la mayor parte de su superficie el Derecho se aplica directamente sobre el entretendido de la convivencia social, en que los hechos de la existencia colectiva se integran en los supuestos de la norma jurídica. La realidad jurídica resulta ser por ello más profunda y compleja que el nivel y calidad de comprensión intelectual conseguido por el pensamiento estructural. En todo caso, éste ofrece un mayor número de factores, dentro del campo de análisis, de los permitidos por las anteriores tendencias metodológicas positivistas³⁹.

El análisis estructural sirve para los aspectos más rígidos y prácticamente formalizados de la realidad jurídica. Pero hay otras dimensiones en que esa realidad del Derecho está en situación muy dinámica, en ebullición permanente, en que los elementos estructurales se transforman sin cesar —como piensa Legaz—, prevaleciendo los aspectos genéticos sobre los lógicos. Esto se aplica tanto a la realidad jurídica entendida como normatividad como considerándola en las relaciones jurídicas⁴⁰.

Para Hernández Gil, en definitiva, el estructuralismo jurídico significa-

³⁷ Según HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, II, Madrid, 1971, págs. 428-429. Véanse V. FROSINI, «Il concetto di struttura e la cultura giuridica contemporanea», en *RIFD* (1959), págs. 167-176; F. MÜLLER, *Normstruktur und Normativität*, Berlín, Duncker und Humblot, 1966; M. G. LOSANO, «Strutturalismo e scienza giuridica contemporanea», apéndice a la trad. italiana de la obra de R. BOUDON *Strutturalismo e scienza umana*, Turín, Einaudi, 1970, págs. 181-197; H. PAGE, «Essai pour une formalisation structurale du droit positif français», en *Arch. Ph. Dr.*, 1970, págs. 237-250; J. WROBLEWSKI, *Modelos contemporáneos en las ciencias jurídicas*, México, Congreso de la A. L. M. E. D., 1979.

³⁸ Aparte de la variabilidad del tema que pudiera derivarse de las especiales características del pensamiento estructuralista, como se advierte en J. B. FAGES, *Le structuralisme en procès*, París, Privat, 1968.

³⁹ A. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, II, Madrid, 1971, pág. 441.

⁴⁰ ¿Sería posible entender como una aplicación estructuralista, atendida principalmente a estas dos dimensiones, la teoría de T. GIVANOVITCH? (*Système de philosophie juridique synthétique*, París, LGD), 1970).

ría entender el Derecho como estructura de comunicación, a semejanza del lenguaje. Observable en las relaciones jurídicas, para inquirir, a partir de ellas, las dimensiones subyacentes de la comunicación referida, de la cual las relaciones mismas desempeñan una función significativa.

La metodología crítica de los modernos saberes sociales no se limita a las tendencias estructuralistas, en las múltiples maneras en que éstas se manifiestan. A veces da la impresión de que la propia realidad se desvanece a fuerza de inquisiciones que desmenuzan cada elemento más evidente y cada precisión más irrefragable. Ello obliga a la Filosofía del Derecho a mantener unas cautelas para evitar esa sensación de disolución de la propia materia tomada por objeto, sin que quede nada verdaderamente real a cambio ⁴¹.

La salida del pensamiento filosófico, frente a esta aporía de la desustanciación del objeto por obra de los procedimientos analíticos, puede consistir, sin embargo, no en una vuelta atrás de los procedimientos filosóficos, sino en una depuración de los caracteres filosóficamente relevantes en el objeto a considerar. Tal vez este significado tiene la filosofía jurídica de John Rawls, producida en un medio intelectual en el que el arrasamiento tecnológico y analítico ha cumplido una tarea llevada hasta sus últimas consecuencias, como podría ser el caso en el ambiente científico norteamericano. Su filosofía tiene por ello el aspecto de una reprimación de los planteamientos iusfilosóficos más originarios, pero no por fuerza de la costumbre inveterada, sino por reconstitución espontánea, desde las propias cenizas en que se había pretendido disolver toda la sustantividad propia de la realidad sociojurídica. Así, en su monografía, el trabajo que mayor notoriedad ha alcanzado ⁴², toma como objetivo la búsqueda de un método de estudiar los problemas básicos de la opción social, conforme a criterios de análisis y de prudencia racionales. Maneja como datos imprescindibles tres elementos ontológicos: la visión de cómo es el hombre y cómo debe ser la sociedad humana; el concepto de moralidad, y la posibilidad de una construcción teórica en que se integren la sociedad y la eticidad humanas. Esta pretensión metódica le conduce a planteamientos que recuerdan fuertemente los sistemas iusfilosóficos griegos, cuando elabora en su doctrina cierta forma de liberalismo igualitario, bajo la «primacía» de la libertad frente al «perfeccionamiento» y a la «meritocracia», explicadas bajo conceptos muy

⁴¹ Como muestra de agotadores análisis sirve, en cuanto a problemas genéricos del conocimiento social, el artículo de M. FOUCAULT «Réponse au circle d'épistémologie», en *Cahiers por l'Analyse*, 9 (1968), págs. 9-40.

⁴² J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, y Oxford University Press, 1973. Con anterioridad, *Justice as Fairness*, 1958. «Distributive Justice: Some Addenda», en *Natural Law Forum*, vol. 13, 1968. «Constitutional Liberty and the Concept of Justice», en *Nomos VI: Justice*, edit. por C. J. Friedrich y John Chapman, Nueva York, Atherton Press, 1963. «Distributive Justice», en *Philosophy Politics and Society*, edit. por Peter Laslett y W. G. Runcinam, Oxford, Basil Blackwell, 1967. «The Sense of Justice», en *The Philosophical Review*, vol. 2, 1963.

análogos a los clásicos. Según él, la justicia de una sociedad o de una institución social se mide por su tendencia a lograr que las diferencias de nacimiento, talento y circunstancias concurren al bienestar común, sin impedir ciertas igualdades entre unos individuos y otros. El bien común se valora en términos de beneficios individuales (limitados), libertad personal y política, progreso económico y social, y respeto mutuo en general.

En este planteamiento, la justicia de las instituciones jurídico-sociales depende de dos principios: primero, la mayor libertad compatible con análoga libertad de todos, y segundo, la permisión de sólo aquellas desigualdades en la distribución de ventajas económico-sociales que resulten benéficas para unos y para otros bajo la primordialidad de la libertad.

De ahí el modo de entender la funcionalidad justa de diversas instituciones. El «contrato», por ejemplo, es marco adecuado para una justicia de franqueza y responsabilidad (*Justice as Fairness*). Su norma es el consentimiento mutuo en la valoración y estimación de los intereses recíprocos, bajo el presupuesto de ciertos condicionamientos o principios objetivamente considerados y razonados (pág. 42), cuya aceptación implica la mutua sumisión de los contratantes a reglas de justicia. La «claridad» (*Fairness*) abarca también el reconocimiento de tales principios.

Como ejemplar filosófico, en el marco de un mundo pluralista y escéptico por obra de la irrupción ideológica y de los disolventes analíticos, Rawls constituye un argumento para precisar la manera de superar filosóficamente las contingencias del conocimiento crítico en todas sus formas. De este modo se comprueba la posibilidad existente de luchar para basar las relaciones intersubjetivas y las organizaciones colectivas sobre la noción de la libertad humana y de las posibilidades fructíferas de la misma para el bienestar personal y para el servicio de la colectividad.

Decididamente, la superación de las metodologías críticas en una Filosofía del Derecho fundamentada metódicamente es en nuestro tiempo la empresa análoga a la realizada por las grandes construcciones filosóficas tradicionales. Véase claro en este ejemplo: conforme a la tesis de Ota Weinberger ⁴³, una de las funciones de la Filosofía del Derecho es contribuir al establecimiento de una metodología jurídica bien fundamentada. La ontología estudia el modo de producirse y de experimentarse el Derecho en la realidad social. La metodología se refiere a los aspectos lógicos del Derecho, en tres direcciones principales:

1.º Indicar cómo ha de ser captado el orden jurídico. Este aspecto práctico del conocimiento del Derecho se provee mediante modelos de pen-

⁴³ Ota WEINBERGER, «Fundamental Problems of the Theory of Legal Reasoning», en *ARSP*, LVIII, 3 (1972), págs. 305-334. *Rechtslogik Versuch einer Anwendung moderner Logik auf des juristische Denken*, Viena-Nueva York, Springer Verlag, 1970. *Studien zur Normenlogik und Rechtsinformatik*, Berlín, J. Schweitzer Verlag, 1974. «Jurisprudenz zwischen Logik und Plausibilitätsargumentation», en *Juristischen Analysen*, 1971, 3, págs. 554 y sigs. «Topik und Plausibilitätsargumentation», en *ARSP*, LIX (1973), págs. 17 y sigs.

samiento jurídico y mediante el examen del modo en que los juristas manejan el Derecho a través de la interpretación de sus expresiones y de la reconstrucción de las fuentes del Derecho obtenida en la doctrina científica.

2.º Estudiar el problema de la justificación del Derecho, tanto en base de la determinación de los hechos jurídicos como en el proceso de buscar la ley aplicable y de investigar las posibilidades de ejercitar el poder discrecional en la resolución de un problema jurídico, o en imaginar supuestos o normas que habrían de ser adoptados en una situación *de lege ferenda*.

3.º Ayudar al jurista en su tarea intelectual de manejar el Derecho.

Todos estos objetivos requieren el empleo de las técnicas del razonamiento jurídico, sobre todo cuando hay que arbitrar entre opiniones contradictorias y en materias muy confusas.

El primer punto que se ha de resolver es previo al metodológico: es el de la significación del lenguaje con que el Derecho se expresa. En nuestros días se distingue entre el lenguaje prescriptivo y el descriptivo. Una proposición puede indicar meramente algo de la realidad o mandar hacer algo acerca de la realidad. Se trata de la distinción entre *Sein* y *Sollen*, entre *Is* y *Ought*, entre óntico y deóntico, o sea, entre ser o deber ser. Esa distinción no es, sin embargo, referente a regiones diversas de realidad. Ni siquiera las formas expresivas de ser y deber ser son forzosamente contradictorias, pues las normas mismas reúnen implicadamente elementos de ambas. Hechos y normas actuales son igualmente realidad, aunque su modo de existencia sea diferente.

En sí mismas, las normas son «proposiciones en sí mismas», entidades ideales sin espacio ni tiempo. Pero cuando actúan en el seno de una institución existente con la que se asocian, adquieren una evidente realidad, al adquirir el sentido de construir parte de un sistema de normas (por ejemplo, jurídicas), dentro de determinado estado en determinado momento. Por ello resulta que la diferencia entre proposiciones indicativas y prescriptivas viene a concretarse, a los fines de su análisis, por las diferencias de operaciones lógicas peculiares.

La diferencia entre proposiciones lógicas y deónticas no consiste en sus contenidos, que pueden ser idénticos, sino en su significación pragmática. Las proposiciones ónticas son objetivas, y pueden ser verificadas en el aspecto de su veracidad o de su falsedad. Las proposiciones normativas sólo tienen sentido en un sistema de propulsiones a la acción. Su verificación no se refiere a la falsedad o veracidad de su contenido, sino a su inserción en un sistema de propulsión de conductas.

De ahí los caracteres de la expresión deóntica:

a) Lo deóntico es lo relativo a un sistema, y no objetivo como lo óntico, que principalmente es objetivo.

b) La realidad o irrealidad del contenido normativo es irrelevante para la validez de la norma.

c) Son posibles diferentes actitudes normativas dados sistemas diferentes.

d) Es posible entender normas y sistemas normativos haciendo abstracción de alguna realidad social a la que pudieran pertenecer.

e) Las relaciones lógicas entre las normas existen en el área de entidades ideales designadas por proposiciones directivas y no en el área de expresiones acerca de la existencia de sistemas de normas.

f) El denominado «conocimiento normativo» es una captación del sentido de proposiciones directivas, análoga a la captación del sentido de proposiciones indicativas. Es captación en la significación de entendimiento, no de conocimiento de un objeto material que lleve consigo contacto con dicho objeto.

Las diferencias prácticas más dignas de señalar entre el lenguaje descriptivo y el prescriptivo podrían fijarse en las siguientes:

— En el lenguaje normativo no hay conclusión respecto a premisas si entre éstas no hay al menos alguna proposición prescriptiva.

— No hay conclusión que pueda ser expresada en una proposición significativa si entre las premisas no hay al menos alguna proposición descriptiva.

Esta doble afirmación constituye el postulado de la derivabilidad de lo óntico y de lo deóntico entre sí, y fundamenta la construcción de los sistemas de lógica deóntica.

Evidentemente hay implicaciones entre la realidad social y los sistemas normativos existentes dentro de la misma. Por ello es un hecho el condicionamiento sociológico de los sistemas normativos, y las manifestaciones de lo deóntico en la cotidianidad social están condicionadas por los factores sociológicamente reales, mediante estructuras de cooperación, de contactos intersubjetivos, de natural condición humana, etc.

Pero este condicionamiento no es determinismo unilateral. Las normas consienten algunas de las pretensiones efectivamente proyectadas en la sociedad, prohíben otras y se ocupan de moderarlas todas, pero sólo en términos de estar expresando ciertas posibilidades de acción práctica en la sociedad. Así es que en cierto sentido lo deóntico está determinado por la realidad social, pero no como mera justificación de la realidad existente.

Análogamente a cómo las manifestaciones deónticas en las normas son no cognitivas, por un lado los valores y juicios de valor expresados en ellas son no cognitivos. Los valores no son entidades existentes por su propia cuenta, sino entidades ideales consideradas como independientes de los sujetos o de los sistemas propulsivos. Existen sólo como datos para actitudes propulsivas, como productos de valoración. Son cualidades de cosas, no cosas en sí, que son expresadas bajo forma de *standards* independientes, aunque de suyo sean relativas a un sistema dado.

Las normas actúan como un «comunicado», son factores de la convivencia humana y por ello tienen funciones intersubjetivas. Pero alcanzan una

apariencia autónoma cuando actúan sobre la conciencia subjetiva en forma de motivación de impulsos para la acción. De un lado son medios de comunicación indispensables para la inteligencia de las conductas intersubjetivas y de otro constituyen relaciones entre la autoridad que las emite y los sujetos que las reciben, constituyendo así una organización peculiar como la jurídica.

La comunicación es perfecta cuando el pensamiento de ambos términos comunicantes se identifica en ella, lo cual requiere una previa convención acerca del verdadero valor del mensaje transmitido. El tema de la captación exacta de las expresiones en que se enuncia el mensaje depende, a su vez, de dos condiciones independientes: experiencias personales sobre los términos, sin las cuales el sentido de las normas podría no ser entendido, y la convivencia social, requisito para el aprendizaje de las estructuras lingüísticas y de su alcance general.

En cuanto al problema de la comunicación de normas en particular, aparecen condiciones sobre la posibilidad de transmitir un mensaje prescriptivo a través de expresiones descriptivas, y sobre la interconexión recíproca entre las modalidades descriptivas y prescriptivas del lenguaje. Los puntos cruciales son los siguientes:

- a) Diferencia entre la esfera prescriptiva y la descriptiva.
- b) Expresión del elemento específicamente normativo.
- c) Determinación del contenido normativo.

La determinación del contenido de las normas siempre está expresada en lenguaje descriptivo, pues se trata de factores fácticos, aunque no sean actualmente reales. Se puede mandar, prohibir o permitir no sólo algo existente, sino algo que sólo tiene posibilidades futuras. En las normas hay que distinguir esta información fáctica respecto a las especificaciones deónticas que las mismas establecen.

Una vez sentadas estas directrices metódicas, podemos pasar a un aspecto muy determinado de este problema: los aspectos lógicos y epistemológicos del Derecho natural en su forma clásica de ley natural.

Se trata del problema del Derecho justo, tema básico para todo jurista. Tras las experiencias históricas de la injusticia, convertida en monstruoso criterio aniquilador de individuos y pueblos, como atestiguan episodios cotidianos en la actualidad y en el pasado más inmediato, aparece con gran fuerza la tendencia de no atribuir la categoría de Derecho en sentido jurídico más que a las leyes y disposiciones gubernamentales o privadas que satisfagan ciertos amplísimos pero ineludibles criterios que denominamos Derechos Humanos, Derecho natural o ley natural, entendidos como conjuntos de principios de justicia a que debe atenerse toda conducta creadora de deberes sociojurídicos.

El criterio común de todos los derechos humanos consiste en un cierto filtro genérico, que deben poder atravesar cualesquiera leyes o decisiones legales: no constituir determinaciones arbitrarias del poder. Este filtro me-

tódico permite distinguir dos diversas significaciones de la palabra ley, por ejemplo:

- 1) Concepto de ley con abstracción de cualquier valor que pudiera realizar.
- 2) Concepto de ley «adicionada de valor», admitiendo que toda norma puede ser comparada a ciertos *standards* sistemáticamente cualificados como valiosos.

A pesar de las pretensiones de los positivistas instalados en el concepto 1, la verdad es que no resulta posible entender la significación de ninguna norma atendiendo sólo a sus elementos descriptivos, sino que hay que fijarla también en sus elementos valorativos, bajo pena de no ser entendido en absoluto ni siquiera en relación con las instituciones o autoridades de que procede. La conocibilidad de la finalidad relativa de una ley determinada es requisito preciso para que pueda ser entendido su elemento deóntico, o sea, aquel elemento que precisamente determina que una ley sea ley. Por otro lado, una obligación despojada de su finalidad inteligible concreta hace degenerar de su condición racional al sujeto a quien se dirige para cumplirla y anula, por tanto, la responsabilidad racional que el mismo pudiera tener en su cumplimiento. De este modo puede adquirirse la certeza científica de que los principios jurídicos fundamentales, que constan en el Derecho natural, son parte esencial de la comprensión práctica del Derecho.

La función «filtrante» del Derecho natural actúa desde muy diversas técnicas: ciertos principios generales, investigación del tipo de «la naturaleza de las cosas», referencia a la constitucionalidad de la actividad de los poderes públicos y la legalidad de los intereses particulares, etc. Lo que no está claro es que puedan cumplir esta función los sistemas doctrinarios de la época racionalista, ni tampoco ciertas fantásticas innovaciones modernamente manejadas, o con engaño o con falsedad, en nombre de «los destinos históricos de tal pueblo o tal persona», «el sentido de la historia» y zarandajas por el estilo, que sustituyen arbitrariamente a la densa convicción que podría encarnarse en los clásicos conceptos del «bien común», de la «justicia social» o de la «justicia» a secas.

4. LA LOGICA DE INVESTIGACION POSITIVISTA Y SUS ACTUALES CORRECTIVOS

4.1. *Supuestos comunes a las lógicas de investigación positivista*

Las lógicas de investigación de la filosofía jurídica positivista comparten algunos supuestos comunes que parece conveniente explicitar, aun cuando sólo sea de un modo sumario.

La adopción de un punto de vista *interno* al Derecho es el más ampliamente compartido. El Derecho es examinado desde perspectivas determinadas por el Derecho mismo. De éstas, la más relevante —casi general, aunque no coincide enteramente con lo que se llama aquí perspectiva interna— es la que ve el Derecho como un medio de solución de conflictos. El conflicto y su solución parecen determinar la mayoría de las lógicas de investigación de la ciencia y el filosofar jurídicos del siglo xx. De otro modo: el problema central del jurista práctico determina el punto de vista de la reflexión jurídica. Sólo algunas lógicas de la investigación —señaladamente el formalismo kelseniano, y también las reflexiones que tratan de dibujar políticas legislativas, aunque éstas no sean muy significativas filosóficamente hablando— dejan de centrar su perspectiva en el conflicto. La reflexión del formalismo, sin embargo, sigue siendo *interna* al derecho (como ella misma se ocupa de aclarar). No hay lógicas relevantes de investigación jurídica que se sitúen en perspectivas externas y traten de formular conceptos descriptivos o explicativos del Derecho no prefigurados por las doctrinas del Estado en que se apoyan las construcciones jurídico-positivas.

Menos sorprendentemente de lo que a primera vista parece, este punto de vista suele ser adoptado también por autores que se declaran marxistas, bien con inconsistencia —la reflexión jurídica de los países del Este no parece inquietarse por la incoherencia de su práctica teórica con sus declaraciones de principios—, bien al tratar de buscar tópicos distintos de los habituales en la solución de conflictos⁴⁴, o al considerar tarea prioritaria la crítica del «fetichismo» de la dogmática jurídica⁴⁵. Al margen del punto de vista interno están, por supuesto, las investigaciones sociológicas sobre el funcionamiento efectivo del Derecho.

El segundo supuesto común de la filosofía jurídica positivista (se emplea «positivismo», obviamente, en sentido amplio) es el dogma de que *siempre es posible hallar una decisión justa por medio del Derecho*. La solución al problema de determinar jurídicamente la justicia de las relaciones sociales se presupone posible⁴⁶. Lo es, según este supuesto, bien por vía de

⁴⁴ Este es el caso de los «alternativistas»; véase la obra de conjunto dirigida por P. BARCELLONA, ed., *L'uso alternativo del diritto*, 2 vols., Bari, Ed. Laterza, 1973; P. BARCELLONA y G. COTURRI, *El Estado y los juristas*, trad. cast. de J. R. Capella, Barcelona, Ed. Fontanella, 1976.

⁴⁵ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, París, Maspero, 1976, *L'État du Droit*, París, Maspero-Presses Universitaires de Grenoble, 1978. «Norme et règle de droit», en *Justice*, 77, núm. 56, 1977.

⁴⁶ Aunque no es frecuente que este presupuesto se haga explícito, Karl Larenz (en el epílogo a la 4.ª ed. de su *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín-Heidelberg, Springer Verlag, 1979) lo manifiesta al menos en parte: «Yo parto de la *presuposición* (...) de que se debe suponer en la ley la tendencia a posibilitar soluciones que satisfagan la justicia.» De LARENZ véase «Fall, Norm, Typus», en *Rationalität, Phänomenalität, Individualität. Festschrift für Hermann und Marie Glockner*, 1966, págs. 149 y sigs. «Der Richter als Gesetzgeber», en *Festschrift für H. Henkel*, Berlín-Nueva York, 1974.

una normativa preexistente, bien a través de las decisiones de los organismos jurisdiccionales. Queda excluida para la reflexión la posible existencia de «situaciones podridas», en las que toda solución de justicia sea imposible.

No es necesario detenerse demasiado en el dogma del carácter axiomático de la ley (de la norma general estatal) para la reflexión jurídica, tercero de los supuestos generales comunes.

4.2. *Agotamiento del programa formalista*

La lógica de la investigación explícitamente formalista en materia de reflexión jurídica, tanto filosófica como doctrinal, parece haber sido la aportación central del siglo xx en el ámbito jurídico. Durante décadas ha forzado la referencia obligada a ella a cualquier lógica alternativa. Es más: alguna lógica de la investigación ha surgido ya como respuesta explícita al programa formalista. Puede decirse sin reparos que la reflexión jurídica, después de Kelsen, presenta algunos rasgos distintos de los que ofrecía antes del ascenso de la empresa kelseniana.

El formalismo trató de llevar hasta sus últimas consecuencias el punto de vista estatalista en la constitución de la reflexión sobre el Derecho. Es en cierto modo el final de la reflexión sobre el Derecho del Estado liberal clásico, y como tal incluye una política de las formas jurídico-normativas. Su centro de atención principal, empero, no es la política legislativa (aunque se trate, como en este caso, de una política de formas), sino la estructuración de la reflexión jurídico-positiva.

Esta no se centra directamente en el conflicto. El intento formalista kelseniano consiste en determinar una estructura coherente del saber jurídico. Esta estructuración exige una operación previa: la precisión del punto de vista desde el cual se emprende. A esta necesidad de precisar el punto de vista responde el postulado de la «pureza de método». Se trata de eliminar de la construcción las consideraciones psicológicas, sociológicas, históricas, económicas, etc., tan frecuentes en la perspectiva de la reflexión jurídica de principios de siglo (piénsese que Kelsen vive en un universo intelectual dominado por el pensamiento del último Ihering), para tomar como hilo conductor lo que él denomina la perspectiva «puramente jurídica», esto es, las acciones normativas *estatales*. El punto de vista kelseniano no es, pues, como alguno ha dicho, la *pura normatividad*: es la pura normatividad *estatal*. Ello supone que, por razones externas a su propio método, Kelsen ha decidido que es esta normatividad y no otra —la consuetudinaria o la supraestatal, por ejemplo— la normatividad predominante. No se discute aquí la fortuna de la interpretación previa que hace Kelsen acerca de lo que es más relevante fácticamente desde el punto de vista normativo genérico, en su tiempo. Sí se señala, en cambio, que al privilegiarse la capacidad normativa del Estado frente a la capacidad normativa de los grupos

sociales o de los públicos (o supraestatales) distintos del Estado que en cada caso se toma como ente jurídico último, se está decidiendo una opción (por acertada que sea la decisión al menos en los años que se centran en la Gran Guerra), incluso concediendo que esa decisión pudiera no ser consciente en Kelsen. Esta decisión teórica se legitima en todo caso atendiendo a cuestiones de hecho empíricas, relativas a la estructura del poder de gobernar en el mundo, aunque en el plano consciente de la decisión (o de la pura opción si aquella faltó) pesaron seguramente tradiciones intelectuales e institucionales que se remontan a Kant y a la Revolución francesa, respectivamente.

El punto de vista kelseniano —aclarado que su normativismo no es el único teóricamente posible⁴⁷— se centra en todo caso en una normatividad. Así se abre una segunda línea de críticas⁴⁸. Pues Kelsen supone que la actividad normativa del Estado puede ser abstraída de su actividad meta-normativa (puede serlo, se entiende, sin riesgos teóricos), por una parte, y ha de postular, por otra, la irrelevancia jurídica de una hipotética actuación del Estado al margen o en contra de su propia normatividad. Abstracción y postulado explícitamente sostenidos por Kelsen. Pero está claro que, con las limitaciones impuestas por los criterios de selección, Kelsen logra precisar un punto de vista. Desde él formula su principio científico-jurídico fundamental, el principio de imputación, y establece una concepción del saber jurídico como ciencia normativa (aunque descriptiva; esto es: ciencia que se ocupa de normas describiéndolas y explicitando sus relaciones, es decir, ciencia normativa por su objeto y su método, aun cuando no por su función, ya que no se propuso prescribir normas, sino describirlas).

La estructura del saber jurídico, en efecto, está determinada para la teoría pura del Derecho por el principio de imputación. La escuela kelseniana entiende a continuación el saber jurídico como tarea de ordenación del material normativo según el criterio proporcionado por este principio. El esclarecimiento de conceptos organizadores del *ordenamiento* jurídico (visto teóricamente) es la tarea principal del jurista científico desde la posición kelseniana. Y no hay duda de que con rigor y precisión no iguales antes se construye una elaboración intelectual del material jurídico en-

⁴⁷ Un kelseniano riguroso vacilaría en aceptar la soberanía estatal como foco de normatividad de atender al caso de ciertas sociedades del oriente europeo y de Centroamérica, por una parte, y de algunas sociedades de institucionalización débil de las estudiadas por LAPIERRE en su *Vivre sans État? Essai sur le fondement du pouvoir politique*, París, Éd. Seuil-Esprit, 1978.

⁴⁸ Por ejemplo, la de L. TADIČ, «Kelsen y Marx. Contribución a la crítica de la ideología en la 'teoría pura del Derecho'», trad. cast. de Juan Ramón Capella, en AA. VV., *Marx, el Derecho y el Estado*, Barcelona, Ed. Oikos, 1969. La versión francesa se publicó en el vol. XII (1967) de los *Archives de Philosophie du Droit*, páginas 243-257.

tendido como normativo en el sentido antes indicado y recurriendo con exclusividad al principio de imputación.

La política legislativa *formal* de la escuela kelseniana, en la medida en que existe, trata de organizar el dictado de material normativo según formas coherentes con las predeterminadas para su conocimiento. El propio Kelsen introdujo en el Derecho público europeo, a través de la institución del tribunal constitucional, la garantía jurisdiccional del texto fundamental (en la República Federal austríaca, recién creada en la primera posguerra del siglo). En principio, el control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos administrativos se presentaba como una simple consecuencia jurídica de una cualidad igualmente jurídica de la Constitución: su cambio de norma con un rango jerárquico superior. Y no sólo eso; además, esa creación se presentaba muy conforme con la «teoría» que predica la necesidad de fundamentar la validez de la legislación sólo en función de la imputación constitucional, pese a lo cual resultó a la larga un foco de inconsistencia respecto de la inspiración kelseniana originaria en los principios políticos del Estado liberal clásico: pues con los juicios acerca de la constitucionalidad de las leyes se abre una jurisprudencia de interpretación de la constitución que puede ser en el tiempo variable e incluso contradictoria (como ocurre en los Estados Unidos de Norteamérica), jurisprudencia marginal respecto de la soberanía popular y que arroja incertidumbre, a la larga, sobre los criterios de validez de las leyes. Dicho de otro modo: la política legislativa formal del kelsenianismo contribuye a dar relevancia a los actos materiales de aplicación del principio de imputación, y con ello a los aspectos extranormativos que habían sido dejados de lado para la determinación del principio mismo^{48 bis}.

La consumación del programa kelseniano —esto es, el hecho de que su preocupación central informara la actividad de los juristas cultos— en la segunda posguerra dejó espacio para la reaparición de las viejas problemáticas materialistas en una reflexión jurídica ahora más exigente epistemológicamente. El formalismo quedó atrás. En los años sesenta, la divulgación de los primeros estudios lógico-deónticos le proporcionó un efímero renacimiento⁴⁹.

Los estudios lógico-deónticos⁵⁰, al establecer con rigor una nueva serie

^{48 bis} HANS KELSEN, «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)», en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et l'étranger*, 1928, págs. 24-241, y *Wer soll der Hüter der Verfassung sein*, Walther Rothshild, Berlín-Grünwald, 1931.

⁴⁹ La preocupación inicial se manifiesta en reuniones científicas de los años cincuenta. Cfr. las *Actes du XI Congrès International de Philosophie de Louvain*, volumen XIV, Nauwelaerts, 1953; las del V Congreso Nazionale de la Società italiana di Filosofia del Diritto; el *Colloque de Logique* de Lovaina de septiembre de 1958 (véase *Logique et Analyse* de ese año, fasc. 3/4 y 5).

⁵⁰ La bibliografía lógico-deóntica puede consultarse recurriendo a las revistas *MULL (Modern Uses of Logic in Law)*, editada por A. Ross Anderson, y *Logique et Analyse*,

de conceptos para la descripción del lenguaje del deber ser, fueron rápidamente aplicados —en varias direcciones— a las investigaciones jurídicas. De un lado, se intentó establecer una «lógica del razonamiento jurídico», pero el formalismo sólo sirvió en este campo para poner en evidencia que el razonamiento jurisdiccional lo es todo menos una inferencia deductiva. De otro, se intentó llevar hasta sus últimas consecuencias la formalización de la ciencia jurídica iniciada por Kelsen. Este segundo intento no tuvo muy pronto más salida que la de convertirse en crítica del programa kelseniano: las inconsistencias se ponían una y otra vez de manifiesto. Tras la depuración, el formalismo mostró su agotamiento (lo cual no le impide haber creado una cierta escolástica académica): ha significado un intento de purificación epistemológica de las construcciones dogmáticas, y en este sentido ha tenido un éxito notable; ahora bien, en su pretensión totalizadora de una nueva ciencia jurídica, ha fracasado. Hoy es, salvo la orientación emparentada de la que se hablará en seguida, una lógica de la investigación de alguna forma estancada y con una problemática en regresión.

Dentro de las lógicas de la investigación emparentadas con el formalismo resulta inevitable recordar la que introduce en el ámbito de la reflexión jurídica la filosofía analítica sobre el lenguaje moral, procedente de G. E. Moore y del «segundo Wittgenstein»⁵¹, y cuyas cabezas más destacables son J. L. Austin⁵² y su teoría de los actos del habla^{52 bis}, G. Ryle⁵³,

publicada por el Centre National Belge de Recherches de Logique bajo la dirección de Ch. Perelman. En especial puede verse: Eugène BAUTRO, *Jurisprudentia Symbolica*, Leopold L. Fromer, 1934 (la lógica jurídica anterior al siglo XX); M. R. ROONEY, «Law and the New Logic», en *Proceedings of the American Catholic Philosophical Association*, vol. XVI, 19-41, págs. 192-222 (bibliografía de «lógica jurídica» de 1900 a 1941), y A. G. COMTE, «Bibliography of Normative Logic», en *MULL*, 3 (1962), págs. 89-100 y 162-172. Deben tenerse en cuenta además los últimos estudios de G. H. von WRIGHT, el principal cultivador contemporáneo de la especialidad, fundamentalmente *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, Amsterdam, North Holland Publishing Co., 1968, y «A New System of Deontic Logic», en R. HILPINEN, ed., *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht, 1971, págs. 105-120.

⁵¹ G. E. MOORE, *Philosophical Papers*, Londres-Nueva York, Allen & Unwin, 1959; hay trad. cast. de Carlos Solís, Madrid, Ed. Taurus, 1972; L. WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigation*, traducción al inglés de *Philosophische Untersuchungen*, a cargo de G. E. M. Anscombe y R. Rhes. Véase Paul F. FEYERABEND, «Wittgenstein's Philosophical Investigations», en *Philosophical Review*, vol. 64, 1955; Oxford, Basil Blackwell, 1953.

⁵² J. L. AUSTIN, *Sense and Sensibilia*, Oxford University Press, 1962, donde se recogen sus lecciones de teoría del conocimiento en las Universidades de Oxford y California (1947-1959).

^{52 bis} J. L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, Londres, Oxford University Press, 1962; hay trad. cast. de Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1971.

⁵³ G. RYLE, *Philosophical Arguments*, Oxford University Press, 1945.

Stevenson⁵⁴, R. M. Hare⁵⁵, Arthur N. Prior⁵⁶, etc. Javier Muguerza⁵⁷ ha descrito excelentemente los rasgos de esta reflexión, que traslada sus preocupaciones a los usos y características de los términos éticos, despreocupándose de las «entidades» significadas o propuestas por el lenguaje. En el ámbito filosófico-jurídico, H. L. A. Hart⁵⁸ ha experimentado la influencia de esta reflexión, al igual que John Rawls⁵⁹, aunque importantes diferencias les separen, sobre todo en el primer caso, de la escuela analítica de filosofía. Más cerca de ella están destacados representantes del «realismo jurídico» escandinavo —menos «realista» con esta proximidad⁶⁰— y, sobre todo, lo que podría llamarse «escuela analítica argentina» de Filosofía del Derecho: E. Garzón Valdés, Carlos Eduardo Achourrón, Eugenio Bulygin, Carlos Santiago Nino, Luis Alberto Warat, Genaro Rubén Carrió, entre otros, significados discípulos del maestro de Buenos Aires, Ambrosio Lucas Gioja⁶¹.

Pero la lógica de este programa de investigación de filosofía analítica en el campo jurídico viene a ser la misma que la de las aplicaciones lógico-deónticas a la ciencia jurídica, con la diferencia, si acaso, de que en vez de formalizar un lenguaje normativo se analizan usos lingüísticos preteóricos⁶². Y en este sentido cabe decir de la tendencia lo referido al programa formalista en general. Con una excepción: algunos de los representantes de la escuela se han orientado recientemente a la aplicación de las técnicas de la filosofía analítica del lenguaje moral a problemas «clásicos» de la reflexión iusfilosófica. Se trata de un modo de abordar los problemas meramente lingüístico, formal; por más que prosigue la obra de depuración epistemológica de Kelsen, evidencia que el formalismo ya no se halla en

⁵⁴ C. L. STEVENSON, *Ethics and Language*, Yale University Press, 1944; hay traducción castellana de Eduardo A. Rabossi, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1971.

⁵⁵ R. M. HARE, *The Language of Morals*, Oxford University Press, 1952; hay traducción castellana de G. R. Carrió y Eduardo A. Rabossi, México, UNAM, 1975.

⁵⁶ A. N. PRIOR, *Logic at the Basis of Ethics*, Oxford University Press, 1949.

⁵⁷ En *La razón sin esperanza*, Madrid, Edit. Taurus, 1977.

⁵⁸ H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961; trad. cast. de Genaro R. Carrió, 2.ª ed., Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1977.

⁵⁹ John RAWLS, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1971 (hay traducción cast. de la profesora M. D. González Ruiz, en F. C. E., México-Madrid, 1978).

⁶⁰ E. PATTARO, «Validità o verificabilità del diritto?», en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civile*, 1966, págs. 1005-1056.

⁶¹ Antonio Anselmo MARTINO, «La scuola Analitica di Buenos Aires», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. VII, 1977, págs. 171-331.

⁶² La obra más representativa en este sentido en el campo jurídico es la de William TWINNING y David MIERS, *How to do things with rules*, Londres, Weidenfeld & Nicolson, 1977. No puede olvidarse la importancia de la obra de J. R. SEARLE *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Londres, Cambridge University Press, 1968, ni el cuidadoso análisis del tema en M. MACCORMICK, «Law as Institutional Fact», en *Law Quarterly Review*, 1974, págs. 102-129; G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, Milán, Giuffrè, 1974, y G. A. LEGAUT, *La structure performative du langage juridique*, Montreal, Las Presses de l'Univ. de Montréal, 1977.

situación de enriquecer con hipótesis, problemáticas y líneas de investigación nuevas la reflexión filosófico-jurídica.

4.3. La lógica de la «nueva dogmática»

Un lugar destacado en la contemporánea Filosofía del Derecho es el ocupado por la lógica de investigación de lo que podría llamarse —con la arbitrariedad y confusión que conllevan siempre estas denominaciones— «nueva dogmática». Bajo este rótulo caben orientaciones diversas e incluso contradictorias, las cuales, sin embargo, tienen en común el estar centradas en la hermenéutica de la aplicación del Derecho; en el sentido que aquí interesa (esto es, por el programa de investigación que incluyen), su rasgo común consiste no tanto en orientar la reflexión jurídica hacia la construcción de «teorías» del Derecho o programas de investigación material acerca de la realidad jurídica como en una nueva teorización de la hermenéutica de la decisión de conflictos. En este sentido se trata de una lógica de la investigación «dogmática» nueva incluso cuando en el punto de mira de su crítica está la vieja dogmática.

Desde este punto de vista sólo internamente difieren las diversas orientaciones aquí reunidas. Pues las suyas son divergencias internas a una lógica de la investigación, acaso la que se muestra más fecunda en términos de producción aunque quepa albergar dudas acerca de su fecundidad como Filosofía del Derecho.

Esta nueva lógica de la investigación se produce en un marco socio-institucional que ha de ser tenido en cuenta. Pues no parece que este programa sea independiente del cambio representado por el envejecimiento de los códigos, el cambio de la realidad socioeconómica, el paso gradual del Estado de Derecho al Estado social de Derecho, por el *debilitamiento de la ley general* en los ordenamientos con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial y muy señaladamente a partir de la década de los sesenta, con la *proliferación de las leyes-medida* hechas sin pretensión de durar, tendentes más bien a la búsqueda de soluciones *ad hoc* exigidas por el cambiante giro de las circunstancias tanto económico-sociales cuanto políticas. Las *leyes-medida* —denominación sociológico-material consagrada por la doctrina del Derecho público— carecen de la características de *generalidad* que en el siglo XIX (y casi siempre, incluso por la escolástica) se consideraba consustancial a la ley, y si son leyes es por razones formales-institucionales (bastante menos por sus características intrínsecas). Se trata, en realidad, de normativas destinadas a recubrir la actuación administrativa dotándola de una legitimación coyuntural más o menos amplia. Es obvio que el peso de esta legislación, no muy congruente con los programas a largo plazo representados por la codificación, había de dejarse sentir en la hermenéutica. Como señala Orrú, con toda probabilidad se debe a Franz Wieacker

la primera constatación de esta nueva situación de hecho, en su trabajo *Gesetz un Richterkunst* (1958).

Por otra parte, la «nueva dogmática» aparece cuando parte de la doctrina jurídica expresa serias dudas acerca de la verdad, o la posibilidad de verdad, del dogma del juez imparcial, neutro, mera «boca de la ley». Hasta el punto de que esta duda constituye objetivo temático de una parte (más bien marginal, a decir verdad) de esta orientación. La pérdida de seguridad en el carácter neutro, transparente, de los entes jurisdiccionales y el nuevo fenómeno de la «provisionalidad» de la ley se unen a la convicción, comúnmente compartida, de la inexistencia de un razonamiento meramente «deductivo» en la aplicación del Derecho. Caracteriza esta creencia a lo que se ha llamado «jurisprudencia de valoración» —*Wertungsjurisprudenz*⁶³—. Los antecedentes de los profesores de las Universidades de Francfort y Tubinga Helmut Coing⁶⁴ y Josef Esser⁶⁵ —que enfatizó el papel de los «principios» jurisprudenciales *con independencia de la ley* en la solución de conflictos— desembocan en la doctrina de la «naturaleza de la cosa»⁶⁶, en la que la ley desempeña un papel de relevancia menor. El lugar en que se reúnen el ser y el deber ser representado por la norma es «la naturaleza de la cosa». De ahí al pensamiento tópico no hay más que un paso.

Este paso fue dado en realidad por Esser⁶⁷: de la antigua hipótesis de la subsunción se pasa en él a la tesis del hallazgo de soluciones a las controversias basadas en criterios que atienden menos a la normativa existente que a las concretas relaciones dadas, por mucho que *a posteriori* la solución se formule congruentemente con las normas. La problemática de la racionalidad de la decisión jurisdiccional resurge de nuevo: pues ¿cómo justificar la racionalidad de soluciones ya no construidas a partir de normas? En la situación anterior la lógica de la subsunción permitía evitar el tema, que ahora se plantea, en cambio, con toda su crudeza. Pues los «principios» de Esser han de ser validados por referencia a los criterios de racionalidad

⁶³ Karl Larenz ha terminado consagrando esta denominación, que en sí misma muestra (por contraposición a anteriores «jurisprudencias») la amplitud de las pretensiones de este subsector de la nueva dogmática.

⁶⁴ A partir de la 2.ª edición (1969) de su *Rechtsphilosophie* (la traducción castellana lo es de la primera). Véanse recensiones de ambas ediciones en *RIFD*, XXIX (1952), pág. 134, y XLVII (1970), pág. 149, debidas a N. Bobbio y B. Romano, respectivamente.

⁶⁵ J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tubinga, J. C. B. Mohr (P. Siebeck), 1964; igualmente su artículo «Elementi di diritto naturale nel pensiero giuridico dommatico», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1952, págs. 1 y sigs. De la primera de las obras hay trad. cast., *Principio y norma en la elaboración judicial del Derecho privado*, Barcelona, Ed. Bosch.

⁶⁶ Véase sobre todo el artículo de W. MAIHOFER «Die Natur der Sache», en *ARSP*, vol. XLIV, 1958, págs. 145 y sigs., reimpresso en A. KAUFMANN, *Die ontologische Begründung des Rechts*, págs. 52 y sigs. (1965); de este último autor, sobre todo, *Analogie und 'Natur der Sache'*, Karlsruhe, 1965.

⁶⁷ «Die Interpretation im Recht», en *Studium Generale*, 1954, 7, págs. 372 y sigs.,

con que se elaboran. Viehweg⁶⁸ resuelve el problema recurriendo a la aceptación común gremial de los *topoi* jurídicos: los tópicos que se aducen dan cuenta por su aceptación de las construcciones intelectuales en que se basa la decisión jurisdiccional. Acaso sin advertirlo, el profesor de la Universidad de Hainz reconoce un papel normativo al grupo profesional de los juristas⁶⁹.

La obra de Viehweg abre definitivamente la vía de acceso a lo que puede llamarse «nueva dogmática». Se trata de construcciones intelectuales de heurística jurídica relativamente independientes del momento normativo del Derecho. Así, Martin Kriele⁷⁰ intenta *limitar* el carácter tópico de la jurisprudencia procurando una construcción intelectual tendente a poner freno al subjetivismo judicial. Da más énfasis que Viehweg al carácter vinculante de la legislación y al precedente judicial (*Präjudizen*), atribuyendo una presunción a favor del precedente, en el sentido de que, en la práctica, quizá pretende apartarse de las decisiones precedentes acerca del significado de que una norma debe fundamentar su desviación; reconociendo, sin embargo, que no siempre son suficientes para configurar la decisión del caso (de acuerdo con la línea Esser-Viehweg), presenta su tesis de que ésta ha de basarse en lo que llama «argumentación jurídica racional», que resulta ser, a la postre, una limitación de los *topoi* admisibles por recurso a criterios de consistencia metódica («los *topoi* pueden ser sólo propuestas de solución de problemas, pero no soluciones de problemas»).

A partir de Kriele puede decirse que los presupuestos de la «nueva dogmática» adquieren carta de ciudadanía. Así la idea de que las motivaciones de las decisiones judiciales no están completamente determinadas en las leyes, o la recuperación de opiniones ya adelantadas por Isay en la década de los veinte, según las cuales es preciso diferenciar las motivaciones explícitas de las decisiones judiciales de las artísticas, motivaciones que tienen un carácter crítico. Ciertos autores han llegado a hablar por ello de

y *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Francfort del Maine, 1970 (hay 2.ª ed. de 1972).

⁶⁸ Theodor VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, Munich, 1953, de la que hay traducción castellana en Editorial Taurus, Madrid, 1964, con el título *Tópica y Jurisprudencia*, debida a L. Díez Picazo.

⁶⁹ Karl Larenz en la 4.ª ed. de su *Methodenlehre*, ya citada, reprocha a Viehweg, por otra parte, la amplitud que adquiere en éste lo que puede ser aducido como tópico. En mi opinión, el uso riguroso de Viehweg es correcto: adoptado el punto de vista tópico, no es posible eliminar *topoi* argumentables; otra cosa es que los tópicos aducidos sean aceptados. Larenz pasa por alto, sin embargo, la consecuencia principal del pensar tópico, que es la apuntada en el cuerpo del texto. Véase W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, III, Tubinga, 1976.

⁷⁰ Martin KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlín, Duncker und Humblot, 1967 (2.ª ed. con epílogo de 1976); *Recht und praktische Vernunft*, Gotinga, Vandenhoeck und Ruprecht, 1979, y *Einführung in die Staatslehre*, Reinbeck bei Hamburg, 1975.

«descomposición del pensamiento jurídico»⁷¹ y de «pérdida de seguridad» de ese mismo pensamiento⁷². Estos, si por una parte evidencian nostalgia de los viejos buenos tiempos, por otra señalan un camino nuevo a la elaboración dogmática. Haverkate, por ejemplo, admitiendo, como es lugar común⁷³, la no deductibilidad de las decisiones jurisdiccionales, inicia la tarea de construir una nueva dogmática coherente con la programática incorporada en el ordenamiento (y, en este sentido, «fiel» a las normas) recurriendo a construcciones teóricas ya no formales, sino materiales: se trata de formular principios de política jurídica que prolonguen materialmente las disposiciones del ordenamiento. Con ello termina un largo recorrido que quería hacer «neutrales» o «transparentes» los principios jurisprudenciales. Pues este programa conduce directamente a la *política* jurídica, a una jurisdicción *neutra* no ya en el sentido de carente de peso propio, sino en el de activamente coherente con la política incorporada en el programa legislativo.

A diferencia del formalismo, la «nueva dogmática» se presenta como una lógica de la investigación activa y productiva. Desde los trabajos de Esser, las publicaciones han conocido en este campo el efecto llamado «bola de nieve»: las aportaciones se suceden polémicamente las unas a las otras, y aunque concentradas fundamentalmente en Alemania, no dejan de encontrar eco en Italia en obras de conjunto como la de G. Tarello, S. Castignone y R. Guastini⁷⁴. Ha de tenerse en cuenta que el descubrimiento central de la lógica de investigación que ha ocupado las páginas precedentes es compartido —aunque con presupuestos y consecuencias muy distintas— por otras corrientes menores, como la de los «alternativistas» italianos. Acaso sea todavía demasiado pronto para captar la situación creada en el interior de la doctrina jurídica por el abandono del supuesto de la subsunción —que

⁷¹ Martin KRIELE, *op. cit.*

⁷² F. JERUSALEM, *Die Zerzetsum im Rechtsdenken*, Stuttgart-Berlín-Colonia-Maguncia, W. Kohlhammer, 1968; véase también su trabajo «Das Problem der Methode in der Staatslehre», en *A. f. Öffentlichen Recht*, LIV, págs. 161 y sigs., o la recensión a la primera obra por B. Romano en *RIFD*, XLVIII (1971), pág. 581.

⁷³ G. HAVERKATE, *Gewissheitsverluste im juristischen Denken*, Berlín, Duncker und Humblot, 1977, y «Offenes Argumentieren im Urteil. Über die Darstellung der richterlichen Wertung bei Kontroversen Rechtsfragen», en *Zeitschrift für die Rechtspolitik*, 1975, págs. 281 y sigs. Además de los autores citados hay una extensa bibliografía reciente que se ocupa del carácter argumental de la jurisprudencia: por ejemplo, G. STRUCK, *Zur Theorie juristischer Argumentation*, Berlín, Duncker und Humblot, 1977; C. CLEMENS, *Strukturen juristischer Argumentation*, Berlín, Duncker und Humblot, 1977; Ch. WESTERMANN, *Argumentationen und Begründungen in der Ethik und Rechtslehre*, Berlín, Duncker und Humblot, 1977; R. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation*, Francfort del Main, Suhrkamp Verlag, 1978; Fritjof HAFT, *Juristische Rhetorik*, Friburgo-Munich, Karl Albert Verlag, 1973, y J. JORGENSEN, «Argumentation und decision», en *Festschrift für Alf Ross*, Copenhague, 1969, págs. 261 y sigs.

⁷⁴ *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Génova, E. C. I. G., 1979. Un balance adecuado de la literatura en lengua alemana sobre el tema en Giovanni ORRÚ, «I criteri extralegale di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea», en *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche*, julio-diciembre 1977, págs. 298-427.

resistía aún a principios de los años sesenta— y la crítica del papel «neutro» de la magistratura. Más bien ha de presumirse que las reflexiones centradas en estos ejes no han madurado lo suficiente para que sea posible abordar el problema en toda su envergadura.

La principal limitación de este programa metodológico es, obviamente, su estricta observancia del punto de vista interno al Derecho⁷⁵. Su temática no es otra que la de la vieja dogmática, ensanchada en sus elementos cognitivos al no ser los entes normativos los únicos que entran en su línea de cuenta. La sujeción al dogma de la legalidad, por más que hermenéuticamente relajado, sigue siendo un presupuesto del método (como casi todos los autores se ocupan de recordar). Por este tipo de razones no puede decirse que esta, por otro lado interesante, línea de reflexiones se salga del marco general del positivismo jurídico, e intocados quedan para ella ámbitos enteros de problemas, como el de la legitimación o el de la construcción de una visión teórica del Derecho. Pues, llevadas las cosas al extremo, esta orientación es, aunque en sentido amplio, una metodología de la jurisprudencia que no suscita imágenes especulativas, sino políticas jurídicas⁷⁶.

Madrid, noviembre de 1979.

⁷⁵ En el sentido descrito por Herbert Leslie A. HART en *The Concept of Law*, Londres, 1961, págs. 99-100; véase A. R. BLACKSHIED, «Hart's concept of Law», en *ARSP*, 1962; M. EL SHAKANKIRI, «Analyse du langage et droit chez quelques juristes anglo-américains de Bentham à Hart», en *A. Ph. Dr.*, 1970. R. SARTORIUS, «Hart's Concept of Law», en *More Essays in Legal Philosophy* (vol. colectivo dirigido por R. S. SUMMERS), Oxford, 1971, págs. 151 y sigs.; M. A. CATTANEO, «Diritto e società nel pensiero di Herbert L. A. Hart», en *Sociologia del Diritto*, I, 1974, págs. 61 y sigs.; A. CATANIA, «L'accettazione nel pensiero di Herbert L. A. Hart», en *RIFD*, XLVIII (1971), págs. 261 y sigs.; Mario JORI, «Hart», cap. 4 (págs. 185-256) de *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Milán, Giuffrè, 1976; A. ROSS, «Review of the Concept of Law», en *Yale Law Journal*, 71, 1962, págs. 1185-1190.

⁷⁶ M. HILGER, «Überlegungen zum Richterrecht», en *Festschrift für Karl Larenz*, Munich, 1973, pág. 34.

CLASSIFICAZIONE DELLE NORME GIURIDICHE PRIVATISTICHE

PER

NATALINO IRTI
Cattedrático de Derecho Civil de la Universidad de Roma

1. CRITERI DI CLASSIFICAZIONE. LA CLASSIFICAZIONE SECONDO LA FATTISPECIE

Le norme giuridiche vengono solitamente distinte in base a taluni criteri e distribuite in una serie, piuttosto numerosa, di categorie e di gruppi minori. I corsi di filosofia del diritto, e le parti generali delle singole discipline, dedicano sempre un capitolo al tema della classificazione delle norme giuridiche. A questi disegni sistematici, che spesso raggiungono un notevole grado di finezza e di perfezione logica, possono rivolgersi due rilievi:

1) che non sempre viene rispettata la coerenza tra *definizione e classificazione della norma giuridica* (per cui singole categorie o specie risultano incompatibili con la definizione adottata);

2) che talvolta i criteri di classificazione sono, insieme, tecnici, politici, sociologici, e mancano quindi di necessaria omogeneità. Si assiste, in particolare, all'alternarsi e confondersi di *criteri materiali*, riguardanti il sostrato economico e la genesi storico-politica della norma, con *criteri formali*, che invece ne prendono in considerazione la semplice struttura logica¹. Nessuno nega la validità dei criteri materiali di classificazione in altri campi di studio (dalla sociologia alla storia del diritto, alla politica legislativa); ma nessuno del pari può disconoscere l'assoluta *esclusività* del criterio formale nelle indagini giuridiche, in quelle, cioè, che mirano a descrivere il contenuto di un dato sistema di norme.

Nell'orientamento accolto in queste pagine, la classificazione delle norme non può che obbedire a *tre criteri*: l'uno relativo all'ipotesi di fatto; l'altro, all'effetto giuridico; l'ultimo, infine, alla correlazione tra ipotesi di fatto ed effetto giuridico. Questi i momenti costitutivi della norma; questi, dunque, i criteri di distinzione e di collocazione delle norme nelle varie categorie.

La classificazione delle norme *secondo la fattispecie* si risolve integralmente nella teoria dei fatti giuridici, che studia i contegni umani, gli eventi

¹ Cfr. Norberto BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, ed. Giappichelli, 1958, pp. 227-228.