DOXA

PROBLEMAS ABIERTOS EN LA FILOSOFIA DEL DERECHO

Índice

- Presentación
- A. Aarnio
- R. Alexy
- J. Almoguera
- A.J. Arnaud
- M. Atienza
- A. Baratta
- W. Becker
- A. Calsamiglia
- G.R. Carrió
- R. Carrión-Wan
- H.N. Castañeda
- U. Cerroni
- A.G. Conte
- E. Díaz
- R. Dreier
- R.M. Dworkin
- E. Fernández
- J.L. Gardies
- E. Garzón Valdés
- L. Gianformaggio
- J.J. Gil Cremades
- R.A. Guibourg
- N.Hoerster
- G. Kalinowski
- H. Kliemt
- U. Klug
- F.J. Laporta San Miguel
- M.G. Losano
- J. de Lucas
- R. Lyra
- E.E. Marí
- F. Miró Quesada
- C. Müller
- C.S. Nino
- J.R. de Páramo
- E. Pattaro
- G. Peces-Barba
- A. Peczenick
- A.E. Pérez Luño
- G. Robles
- J. Ruiz Manero
- A. Ruiz Miguel
- U. Schmill Ordóñez
- C. Souto
- A. Squella
- R. Treves
- M. Troper

- R.J. Vernengo
- O. Weinberger
- G.H. von Wright
- J. Wroblewski
- W. Krawietz

A finales de 1983, un grupo de profesores de filosofía del Derecho de diversas universidades españolas concebimos la idea de editar una revista que pudiese contribuir a impulsar la renovación de una disciplina que en los últimos años ha empezado a dar, en nuestro país, muestras de una cierta vitalidad. Está claro, por otro lado, que en la cultura española actual son muchas las cosas que se pueden echar en falta... salvo un lugar en donde publicar un artículo. Pero, en ocasiones, uno no desea únicamente ver publicado su trabajo, sino que desea -o desearía- verlo precisamente en el lugar adecuado. La conversión del esfuerzo intelectual pura y simplemente en letra impresa no es una recompensa suficiente; es más bien un mero rito impuesto casi siempre por necesidades y hábitos académicos francamente perversos. Lo que uno quisiera es que su trabajo llegara al público adecuado y que pudiera ser no sólo leído, sino también discutido, apreciado, criticado... incluso rechazado; todo menos pasar a engrosar esa masa magmática de trabajos académicos hechos para ser publicados pero, ¡ay!, no para ser leídos.

En resumidas cuentas, nuestra revista «DOXA. CUADERNOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO» pretende servir como cauce de expresión y centro de diálogo y de polémica de la «nueva» filosofía del Derecho española que ahora está surgiendo. Desde luego, «nueva» no es una palabra a la que, en el anterior contexto, pueda dársele un significado suficientemente preciso como para contentar a un filósofo analítico, incluso no demasiado exigente; pero sirve para delimitar un campo de aplicación razonablemente claro cuyo límite, naturalmente, es una zona de penumbra en la que no hay por qué adentrarse aquí. Bastará simplemente con indicar -a manera de una definición ostensiva- que el consejo de redacción de la revista está compuesto por Josep Aguiló Regla, André-Jean Arnaud, Manuel Atienza, Eugenio Bulygin, Alberto Calsamiglia, Eusebio Fernández, Ernesto Garzón Valdés, Francisco Laporta, Mario G. Losano, Javier Lucas, Roberto Lyra, Juan Ramón Páramo, Juan Ruiz Manero y Alfonso Ruiz Miguel; mientras que han aceptado ya formar parte del Consejo Asesor: Carlos Alchourrón, Jesús Ballesteros, Norberto Bobbio, Juan Ramón Capella, Genaro Carrió, Roque Carrión, Amadeo G. Comte, Domenico Corradini, José Delgado Pinto, Elías Díaz, Felipe González Vicén, Juan José Gil Cremades, Enrique Marí, Francisco Miró Quesada, Gregorio Peces Barba, Antonio E. Pérez Luño, José María Rodríguez Paniagua, Uberto Scar-

pelli, Claudio Souto, Agustin Squella, Renato Treves y Roberto Vernengo.

Ahora bien, una revista mínimamente homogénea no es una revista sectaria o localista. Todo lo contrario. El diálogo que desde estas páginas deseamos promover no está dirigido a plasmarse en «comunicados finales» o «conclusiones» que recojan evidencias redactadas en un estilo suficientemente blando como para poder ser aceptado por todos; será, por el contrario, un diálogo cuyo punto de partida lo constituyan ciertas «evidencias» compartidas por todos y que han de permitirnos avanzar aunque no se trate de llegar a ningún punto en concreto. A diferencia del diálogo político, el diálogo filosófico no busca el compromiso o el pacto; trata sencillamente de aclarar y confrontar unas opiniones con otras.

Por otro lado, la revista pretende estar, desde el primer número, abierta hacia afuera. Desearía contribuir a la formación en nuestro país de una comunidad de filósofos del Derecho cuyos intereses sean, en una amplia medida, «comunes» a los de quienes se mueven en otros ámbitos y áreas culturales. De manera muy especial, tratará de servir como vehículo de comunicación e intercambio entre los filósofos del Derecho latinoamericanos y los de Europa latina.

De cara a confeccionar el primer número, el Consejo de Redacción de la revista dirigió a una amplia muestra de filósofos del Derecho -entendida la expresión en un sentido muy amplio, de manera que se incluyeron cultivadores de disciplinas como la teoría general del Derecho, la lógica jurídica, la informática jurídica o la sociología del Derecho- una encuesta que bajo el título de *Problemas abiertos en la filosofía del Derecho* trataba de contribuir a trazar una especie de «mapa» de problemas, más bien que de soluciones, sin pretender con ello hacer revivir la vieja cuestión del «concepto y método de la filosofía del Derecho». A título meramente indicativo, se les sugirió que sus contestaciones se centrasen en torno a las dos siguientes cuestiones:

1. ¿Cuál ha sido su trayectoria como investigador de filosofía del Derecho? ¿En qué áreas ha trabajado? ¿Cuáles han sido los factores que le han llevado a desplazar su interés de una a otra área? ¿Cuáles considera que son sus principales aportaciones en las mismas? 2. ¿Cuáles son los problemas que, a su juicio, es más necesario o más previsible que reciban una atención preferente en el inmediato futuro? ¿Cuáles cree que pueden ser las vías más fecundas para abordar dichos problemas?

Como el lector podrá comprobar, el material obtenido es un

tanto heterogéneo, lo que muestra, por cierto, que el de la «interpretación» es uno de esos «problemas abiertos». Las contestaciones difieren entre sí no sólo en cuanto a extensión, sino en muchos otros aspectos; incluso -por qué no decirlo- en interés: las respuestas de autores consagrados y con una obra importante a sus espaldas no pueden pesar lo mismo que las de quienes sólo contamos con un bagaje mas bien ligero por razones --esperemos que sólo- de edad. Pero en su conjunto, el material tiene, nos parece, un considerable interés.

De esta misma opinión han sido los responsables del Instituto Juan Gil-Albert de la Diputación de Alicante que nos han ofrecido que el conjunto de las contestaciones constituya el primer número de una colección de libros que responda al título de «Temas de actualidad». Naturalmente, hemos aceptado encantados y profundamente agradecidos. Creemos que a ningún filósofo del Derecho -haya contestado o no a la anterior encuesta- puede molestarle que los problemas de su disciplina sean considerados como un tema de actualidad. Eso sí, esperamos que la decisiva ayuda del Instituto haya sido suficientemente «interesada» como para que pueda tener una continuidad en el futuro. También debemos agradecer al profesor Pérez Luño la ayuda económica que hemos recibido de la Fundación destinada a promover estudios de filosofía del Derecho que él dirige desde Sevilla; esperamos que también en este caso su criterio se haya mostrado certero.

Con vistas a lograr una cierta homogeneidad hemos suprimido el título, en el caso de algunas colaboraciones que incluían -o sugerían- uno, y hemos efectuado algún que otro mínimo retoque; pero, en general, publicamos el material tal y como lo hemos recibido. Hemos optado incluso por no traducir al castellano los textos de autores de lenguas latinas, lo que estamos seguros agradecerá el lector culto de cualquiera de ellas. Las traducciones del alemán corrieron a cargo de Ernesto Garzón Valdés y las del inglés de Josep Aguiló Regla, Albert Calsamiglia y Juan Ruiz Manero.

Finalmente, para ser consecuentes con el título de «Problemas abiertos en la filosofía del Derecho», deseamos dejar también esta cuestión «abierta», de manera que nos gustaría seguir recibiendo contestaciones a la encuesta que se irían publicando en los números sucesivos de DOXA. Quizás al final hayamos contribuido a suministrar el primer material empírico de una nueva disciplina: la sociología de la filosofía del Derecho.

1

Mi investigación personal en filosofía del Derecho.

El desarrollo de mis intereses puede dividirse en tres períodos y, sobre esta base, en tres perspectivas.

a) En el marco de la denominada *tendencia analítica* en la filosofía jurídica finlandesa, el principal interés, durante la década de los 60, se concentró en el análisis conceptual del lenguaje jurídico. El propósito de esta tendencia era criticar la dogmática jurídica conceptualista alemana (Begriffsjurisprudenz), que gozaba de un fuerte arraigo en la cultura jurídica finlandesa. Los analíticos intentaban poner de relieve la imposibilidad de derivar conclusiones particulares a partir de definiciones de conceptos jurídicos generales. Los conceptos jurídicos son sólo, decían los analíticos, instrumentos para que los juristas prácticos y los profesores de Derecho organicen el material. Los conceptos jurídicos deben, por consiguiente, ser analizados en una perspectiva tal que posibilite a los juristas plantear problemas que resulten fructíferos para razonar a partir del material jurídico normal (fuentes del Derecho).

Un modelo conductor para la escuela analítica finlandesa fue el análisis del concepto de *propiedad.* Este análisis seguía las líneas trazadas, por poner algún ejemplo, por W. N. Hohfeld y Alf Ross. La tendencia analítica excluía preguntas del tipo «¿Qué es (la sustancia de) la propiedad?» o « ¿Cuándo se transfiere la propiedad?». En lugar de este tipo de preguntas planteaba las siguientes: «¿Qué significa el concepto (el término) propiedad en el lenguaje dogmático jurídico?» o «¿En qué sentido y sobre la base de qué hechos es posible reclamar que la propiedad sea transferida?».

Mi propia contribución a la investigación analítica fue la tesis sobre la posición jurídica del heredero (Perillisen oikeusasemasta. 468 pp. 1967. Editorial WSOY, Finlandia). Un resumen en alemán se encuentra al final del libro. El contenido principal de éste reside en el análisis y la sistematización del concepto básico del Derecho sucesorio. Sobre la base de este trabajo conceptual y -parcialmente- teórico-jurídico se han publicado algunos libros de texto. Por ejemplo: *Aarnio, Aulis - Mahkonen, Sami,* Suomen avioliitto-oikeus (Derecho de familia finlandés), *Aarnio, Aulis - Kangas, Urpo,* Suomen jäämistöoikeus I (Derecho sucesorio finlandés, vol. I), y *Aarnio,* Suomen jäämistöoikeus II (Derecho sucesorio finlandés, vol. II).

Como puede verse, esta tendencia estaba (y está) estrechamente ligada a la investigación jurídica práctica (dogmática jurídica, Rechtsdogmatik). El asunto sobre el que versaba la investigación teórica era el lenguaje usado por los profesores de Derecho. De ahí el que sus resultados fueran, con bastante frecuencia, útiles para el trabajo de estos profesores.

b) En el interior de la escuela analítica en filosofía general tuvo

lugar un cambio, originado por el que se ha llamado segundo *Ludwig Wittgenstein.* En particular, la pragmática ocupó el papel de objetivo de la investigación antes reservado a la sintáctica y a la semántica del lenguaje. Esta orientación recibe con frecuencia la denominación de filosofía del lenguaje ordinario.

En Finlandia esta orientación ya gozaba de una gran influencia por la simple razón de que *Georg Henrik von Wright* fue el sucesor de Wittgenstein en su cátedra de Cambridge. La filosofía del lenguaje ordinario llegó a ser una corriente de pensamiento bastante popular en Finlandia, aunque de ningún modo dominante. Naturalmente, esta corriente tuvo también una influencia importante en la filosofía jurídica finlandesa. Desde los últimos años de la década del 60 la filosofía del lenguaje ordinario desplazó el interés de los teóricos del lenguaje de la ciencia (dogmática jurídica) a la vida práctica. Como resultado de este desplazamiento la investigación de la adopción de decisiones prácticas (por parte de los tribunales) ocupó pronto el primer lugar en el orden de prioridades. Había también, para ello, algunas razones extrafilosóficas. Precisamente en los primeros años 70 se inició una estimulante discusión, en el Parlamento, en el Gobierno y en el Ministerio de Justicia, sobre la reorganización de los tribunales finlandeses. El marco social para una discusión teórica fructífera sobre la actividad de adopción de decisiones se encontraba maduro.

Desde principios de los 70 mi interés personal se dirigió principalmente, sobre la base de lo ya mencionado, hacia la actividad de adopción de decisiones. Hay, al menos, tres puntos de mira desde los que abordar la problemática de la adopción de decisiones: descripción heurística, explicación (y comprensión) y justificación del procedimiento. En un primer momento, el interés se concentró principalmente en el segundo aspecto, es decir, en la comprensión de la conducta de los tribunales. La influencia más importante provenía de los trabajos de von Wright sobre teoría de la acción (posteriormente, su libro «Explanation and Understanding»). Parecía bastante natural preguntarse cómo sería posible comprender (explicar intencionalmente) la conducta de, p. ej., un juez. Y era, en efecto, natural, porque la adopción de decisiones está claramente dirigida a fines *(goal directed)* en cada caso difícil *(hard case).* Por consiguiente ¿por qué no intentar construir una teoría sobre la conducta intencional de los tribunales?

Los primeros resultados de este trabajo se publicaron en varios artículos (en finlandés) y en un libro titulado «Laki, teko ja tavoite» (Derecho, acción e intención) en 1975. Tras una intensa discusión con algunos filósofos finlandeses (entre ellos *G. H. von Wright, Reijo Wilenius, Lars Herzberg y Raimo Tuomela)* se publicó una versión inglesa de este libro, un año y medio más tarde. El título de este trabajo es «On Legal Reasoning» (1976). La idea conductora de estos trabajos es elaborar una base conceptual que haga posible responder a la pregunta de por qué el juez actuó precisamente como lo hizo y no de otra forma. En otras

palabras, el resultado de este análisis es una explicación intencional de la conducta de los jueces.

c) Como se mencionó antes, hay también otro problema referente a la adopción de decisiones, el problema de la justificación. No basta sólo con comprender porqué las decisiones tuvieron tales o cuales contenidos, sino que también es importante saber si la decisión se ajusta al Derecho. Las raíces, en Europa, de la moderna teoría de la argumentación, son posteriores a la segunda guerra mundial. «Topik und Jurisprudenz» de Theodor Viehweg y el trabajo pionero de Chaim Perelman sobre la «nueva retórica» proporcionaron una base firme para comprender la específica naturaleza de la argumentación jurídica. Por otra parte, toda la rica tradición de la hermenéutica alemana está también estrechamente conectada con la argumentación jurídica. Nombres como *Hans Georg Gadamer, Josef Esser y Helmut Coing* pueden ser mencionados en este sentido. Es significativo, sin embargo, que esta tradición haya tenido una influencia menor en el pensamiento jurídico finlandés. Este fenómeno puede ser parcialmente explicado en relación con hechos sociales. Después de la segunda guerra mundial la cultura finlandesa se desplazó de sus viejas raíces alemanas hacia la influencia anglo-americana. Pueden encontrarse algunas consecuencias de ello en el pensamiento jurídico. El primero fue la orientación analítica ya descrita y otro la llamada hermenéutica analítica. Este término fue propuesto por *Georg Henrik von Wright* (en «Explanation and Understanding»). La idea principal es conjugar este tipo de hermenéutica más bien con la filosofía del lenguaje ordinario (segundo Wittgenstein) que con la hermenéutica continental tradicional.

Por razones naturales, la teoría de la argumentación finlandesa recibió su principal influencia de la hermenéutica analítica. Las principales ideas de esta orientación y de la «nueva retórica» de Perelman constituyeron las primeras bases de la teoría finlandesa y, consiguientemente, de mi propia investigación. Más tarde, las ideas de Jürgen Habermas sobre los procedimientos de comunicación, sobre el discurso práctico y sobre el concepto de racionalidad discursiva han sido el «eslabón que faltaba» para hacer comprensible la justificación jurídica como un procedimiento racional y razonable.

Mi primera contribución a esta problemática se publicó en 1977 con el título «Mitä lainoppi on?» (¿Qué es dogmática jurídica?) Una traducción corregida de este libro apareció en 1978 por iniciativa de *Ilmar Tammelo* y con la ayuda de *Günther Winkler.* El título de esta versión alemana es «Denkweisen der Rechtwissenschaft». El principal contenido del libro reside en el análisis de lo que es «conocimiento» y «certeza» en el pensamiento jurídico y del tipo de estructura del razonamiento jurídico.

Sobre la base de una estrecha cooperación con *Robert Alexy* y *Aleksander Peczenik* he continuado en esta línea, habiendo publicado un buen número de artículos (p. ej., en la revista «Rechtstheorie») sobre

las bases filosóficas del razonamiento jurídico. En particular, me he ido interesando cada vez más por los conceptos de «racionalidad» y de «razonabilidad». Como resultado de este trabajo -un resumen de la labor de once años- aparecerá un nuevo libro el próximo año (1985) en la Reidel Publishing Company, con el título de «The Rational as Reasonable». El libro es, en cierto modo, una síntesis de lo que pienso sobre el razonamiento jurídico y, especialmente, sobre la justificación de puntos de vista jurídicos.

2

En el futuro habrá, supongo, al menos tres líneas de especial interés en la filosofía jurídica. Cada una de ellas es una prolongación de las discusiones del período de postguerra.

La *teoría de la justificación* necesita clarificaciones desde muchos puntos de vista. El meollo del asunto es, también desde un punto de vista social, el concepto de racionalidad. Como ha indicado *Werner Krawietz,* por ejemplo, hay varios conceptos de racionalidad que merecen ser considerados por el pensamiento jurídico. El contenido de esos conceptos y sus mutuas relaciones pueden ser el futuro tema capital de la teoría de la argumentación.

Otro asunto importante es ampliar los horizontes de la teoría del razonamiento jurídico poniéndolo en contacto con el *razonamiento práctico* general. Volviendo a las fuentes originales del discurso práctico es posible, supongo, facilitar el camino para la comprensión de los procedimientos legislativos como modelos de discurso práctico. El objetivo de esta línea de investigación podría ser, de esta forma, una *teoría general del discurso práctico jurídico.* Naturalmente, su relación con las teorías políticas es muy estrecha.

Durante algunos años, el *crecimiento del conocimiento científico* ha estado en el centro de la teoría de la ciencia. Lo mismo vale también para la filosofía jurídica. Es importante, no sólo desde un punto de vista jurídico sino también desde un punto de vista social, conocer el contenido de conceptos tales como «desarrollo de la ciencia jurídica», «cambio en las teorías jurídicas» o «crecimiento del conocimiento jurídico». En este punto la filosofía jurídica se encuentra en estrecho contacto con la filosofía general y con la teoría de la ciencia. Este contacto habrá de ser, a mi juicio, fructífero para ambas partes. Por esta razón, la dinámica de la ciencia será, en el futuro, uno de los temas más prometedores para la filosofía jurídica.

(Trad. de Juan Ruiz Manero)

1

UNA primera prioridad de las investigaciones que hasta ahora he realizado está constituida por la teoría de la argumentación jurídica. Ella es el objeto de mi tesis doctoral: *Teoría de la argumentación jurídica,* publicada en 1978. En ella se trata de la cuestión de saber si la jurisprudencia dispone de un canon de reglas susceptibles de consenso, que permitan un control racional e intersubjetivamente comprobable, de la actividad de decisión jurídica. La base de mi respuesta es la tesis de que la argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación práctica en general, caracterizada por su vinculación a la ley, al precedente y a la dogmática. El resultado de mis investigaciones lo he resumido en un sistema de reglas y formas de la argumentación práctica (moral) general y de la argumentación jurídica. La meta que me había propuesto era, por una parte, la explicación analítica de la estructura de la fundamentación jurídica y, por otra, la exposición de la forma y de los límites dentro de los cuales la argumentación jurídica es racionalmente posible.

La cuestión acerca de la racionalidad de la argumentación jurídica conduce, más allá del ámbito de la metodología jurídica tradicional, al campo de la filosofía práctica y allí, al problema de la posibilidad de fundamentación racional de juicios prácticos o morales universales. La discusión de esta cuestión ha estado durante mucho tiempo dificultada por un estéril enfrentamiento de dos posiciones básicas presentadas bajo siempre nuevas variantes es decir, de posiciones subjetivistas, relativistas, desicionistas y/o racionalistas, por una parte, y posiciones objetivistas, absolutistas, cognotivistas y/o racionalistas.

Una salida de este callejón lo ofrecen el cambio de las teorías morales materiales en teorías procesales de la moral, es decir teorías en las cuales no se plantea directamente la cuestión de principios morales concretos sino que se analizan las reglas o condiciones de la argumentación o del decidir práctico y racional. Existen modelos muy diferentes de teorías procesales y una abundante investigación intensiva que merece ser tenida en cuenta. Me parece que la del discurso práctico racional ofrece buenas posibilidades de éxito. Después que en mi tesis doctoral intenté establecerlas a través de un sistema de 22 reglas y 6 formas de la argumentación práctica en general y utilizarlas para la teoría de la argumentación jurídica, en trabajos posteriores emprendí los primeros pasos para utilizarlas como base de una teoría procesal general del sistema jurídico («Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation) en *Rechststheorie,* Beiheft 1981, pág. 177 y ss.; «The foundation of Legal Reasoning» en *Rechtstheorie* 12 (1981), pág. 257 y ss.) La idea básica de este segundo punto central de mi interés está contituida por un modelo que vincula dos procedimientos no institucionalizados -el de la argumentación práctica general y el de la argumentación de la dogmática jurídica- con dos procedimientos institu-

cionalizados -el procedimiento legislativo y el del proceso judicial-. La necesidad de los procedimientos institucionalizados puede fundamentarse entre otras cosas, con la inseguridad del resultado de los procedimientos no institucionalizados; al mismo tiempo la conformación y el manejo de los procedimientos institucionalizados puede ser controlado sobre la base de los no institucionalizados.

Un tercer punto central fue iniciado con el trabajo «Die logische Analyse juritischer Enscheidungen» (en ARSP N.F. 14 (1980), pág. 181 y ss.) El objeto de la investigación es un amplio análisis lógico de un fallo del Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania (BVerFGE 35, 202). En este análisis, tropecé por primera vez con la distinción entre regla y principio que intenté elaborar aún más en otros trabajos posteriores («Zum Begriff des Rechtsprinczips» en *Rechtstheorie,* Beiheft 1 (1979) pág. 59 y ss.) Lo que aquí me interesa es una comprensión lo más precisa posible de la interacción de los elementos ontológicos y sociológicos en el sistema jurídico, como así también las consecuencias que de aquí resultan para la estructura del sistema jurídico y de la argumentación jurídica.

Por último, un cuarto punto de interés está constituido por el objeto de mi trabajo de habilitación: *Teoría de los derechos fundamentales.* La base de esta teoría es una teoría general de las normas apoyada en la distinción entre reglas y principios y una teoría de los derechos subjetivos bajo la forma de una teoría general de las posiciones jurídicas fundamentales. Sobre esta base se consideran algunos problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales, entre otros, el derecho general de libertad y de igualdad, los derechos de protección y de procedimiento, los derechos sociales fundamentales y la validez de los derechos fundamentales en la relación ciudadano-ciudadano.

2

Mi ocupación con la teoría de los derechos fundamentales me ha hecho ver cuán fecundo puede ser para la filosofía y la teoría del derecho el contacto con la dogmática del derecho positivamente vigente de un orden jurídico existente. En los últimos decenios la filosofía y la teoría del derecho han desarrollado un sinnúmero de distinciones, modelos y teorías. Su utilización sistemática para la solución de cuestiones de la dogmática jurídica parece ser no sólo fecundo para esta última sino también puede proporcionar progresos cognoscitivos en la filosofía y la teoría del derecho. Por lo tanto, para el futuro próximo, considero que una de las tareas fundamentales es la utilización sistemática de conocimientos jus filosóficos y teórico-jurídicos para la solución de problemas jurídicos-dogmáticos. Habrá que otorgar aquí prioridad al nivel analítico.

Una segunda tarea central me parece ser el desarrollo de la filosofía y la teoría del derecho como una parte de la filosofía práctica. La

prioridad reside aquí en el nivel normativo. Me parece de especial interés la elaboración de una concepción amplia de la racionalidad práctica procesal.

La realización de ambas tareas es el objetivo de una teoría del derecho y de la ciencia del derecho orientada por el concepto de la razón práctica, que reúna en una teoría integrativa los numerosos elementos de las concepciones filosófico-jurídicas, teórico-jurídicas y socio-jurídicas. Para la realización del proyecto de una teoría de este tipo mantengo estrecho contacto con Ralf Dreier.

(Trad. de Ernesto Garzón Valdés)

AL intentar responder a los interrogantes aquí formulados, acerca de los temas que han merecido (y seguirán mereciendo) la atención de los estudiosos de la Filosofía del Derecho, no puedo evitar la sensación de que mi aportación no va sino a incidir, tal vez con otro enfoque y en otros términos, en temáticas ya conocidas, comunes a cuantos comparten una preocupación por esta disciplina. Me consuela pensar que, a estas alturas, la aportación de temas verdaderamente nuevos, el descubrimiento de cuestiones totalmente inéditas, resultará algo más que infrecuente. Creo, en este sentido, que el terreno más a propósito para los escritos aquí presentados será, sobre todo, el de la aportación de nuevas perspectivas para viejos problemas, o el replanteamiento de éstos en atención a rasgos o elementos hasta ahora no considerados. En definitiva, me parece también que esta dimensión es la que da sentido, precisamente, a encuestas de este tipo. Mi modesta contribución no se apartará de estas directrices: trataré de exponer a grandes rasgos cuál ha sido mi experiencia en la investigación filosófico-jurídica, hacia qué temas me he orientado, y cuáles de ellos me parecen más dignos de continuarse desarrollando.

El criterio que me permitió seleccionar, de entre los múltiples problemas que presenta la Filosofía del Derecho, aquel que me parecía más importante y más digno de absorber mi atención, fue bastante sencillo. (Incidentalmente debo advertir que tal criterio no siempre coincide con nuestras esperanzas o propósitos al acercarnos a la asignatura). Había observado que en la reflexión jurídica, algunas dificultades se planteaban y replanteaban a lo largo de su historia con una tenaz persistencia. Y me pareció que eran ciertamente estas dificultades las más dignas de ser investigadas. Debo al profesor Bobbio (se ha dicho que la deuda contraída por gran parte de la filosofía jurídica española con él es imposible de precisar) los instrumentos que me permitieron formular este problema, del que originalmente sólo tenía una vaga idea. En efecto, al poco tiempo de dedicarme a estos estudios, la *Teoría della norma giudica,* texto de 1958 del profesor italiano, me ofreció unos comentarios de inestimable valor a este propósito. Respecto del concepto de norma jurídica, decía Bobbio que algunos, especialmente Ravá, habían sostenido su carácter imperativo, pero de una variedad que puede denominarse hipotética o mejor, técnica, dado que las conductas que impone no son buenas en sí mismas, sino buenas para alcanzar ciertos fines. Para Ravá, este fin no podía ser otro que el de la convivencia pacífica de la sociedad, la conservación de la sociedad.

Inmediatamente hacía notar Bobbio la insuficiencia de este punto de. vista, en el sentido de que no estaba ni mucho menos claro qué conductas eran las adecuadas para la conservación de la sociedad. De este modo, el concepto de norma debía ser complementado con algún elemento que determinara cuáles eran aquellas conductas esenciales. Y aquí es donde surgía el problema, porque, decía Bobbio, este elemento

se ha concebido de dos maneras diferentes. En primer lugar, puestos ante el interrogante de quién decide en cada momento y lugar qué es esencial para conservar la sociedad, puede responderse que tal facultad compete al poder soberano, que define la propia convivencia. La crudeza de esta solución, que lleva a una definitiva reducción de la norma a la fuerza, nos llevaba a la segunda concepción. Según ésta, continuaba Bobbio, resultan ser los valores los que determinan qué conductas son esenciales para la sociedad, definiendo así en qué consiste la conservación y, por ende, definiendo también qué es una norma jurídica (N. Bobbio: *Teoría...* cit. Ed. Giappichelli, Torino, págs. 137, 180 y 183).

Parece pues, que no podemos identificar la norma jurídica si no es sometiéndola a dos polos contradictorios: o bien a los dictados del poder, o bien a las exigencias de la ética. Es más, el propio punto de vista que comentamos aquí puede contradecirse por aquel otro punto de vista que cuestiona que sea el fin mismo el que defina a la norma jurídica, proponiendo en cambio a su estructura (independientemente de los fines) como elemento esencial. Así, en esta obra de Bobbio (y más adelante, en otras) encontré perfilado un problema clásico, por así decir, del pensamiento jurídico. Ciertamente, el profesor italiano no ha sido el primero que ha puesto de relieve la existencia de una indeterminación en la construcción de los conceptos jurídicos, y no será el último que lo haga. Porque el clasicismo de este problema no deriva tanto de su antigüedad como de su recurrencia. En efecto, reaparece en los distintos objetos que atraen la atención de los filósofos y teóricos del derecho: el desplazamiento de su interés desde la norma hasta el ordenamiento, por ejemplo, no ha logrado evitar que este último, en cuanto organización de la fuerza, centre su identidad jurídica, bien en la organización (el orden, el sistema), bien en la fuerza (la función y la eficacia social). Del mismo modo, los dos términos que se contraponen en el conflicto, emergen constantemente bajo distintas concepciones y formas: eticidad, racionalidad, formalidad, por una parte, voluntad, empiricidad, realidad, por otra.

El problema de la ambigüedad, pues, me pareció nuclear en toda la reflexión jurídica moderna, y absorbió todas mis preocupaciones inmediatas. Ante todo me obligó a dirigirme hacia la obra de diversos pensadores en los que, desde distintos ángulos y con distintos propósitos, encontraba referencias a este fundamental tema. Algunos de ellos habían hecho de este problema el eje de su reflexión. Otros no tanto, pero aún así, era difícil que en su obra no emergiera en alguna ocasión. Es el caso, en mi opinión, de Bobbio, que sin centrar su reflexión directamente en el tema, no deja de hacer importantes alusiones al mismo; recientemente, por ejemplo, las contenidas en su examen de la relación entre estructura y función.

En realidad, mi acercamiento a la obra jurídica de Umberto Cerroni obedece a este interés predominante. Efectivamente, Cerroni, sobre el

que desarrollé mi tesis doctoral *(El pensamiento jurídico de U. Cerroni en el marxismo italiano contemporáneo,* Madrid, 1983, inédita), presentaba, a mi modo de ver, dos virtudes en su modo de tratar el problema. En primer lugar, un sugestivo modo de abordarlo, ligándolo a la modernidad y haciendo hincapié en que la ambigüedad del derecho había sido algo desconocido en la reflexión jurídica premoderna. En segundo lugar, la promesa de ofrecer una solución segura (o sea, que evitara la reducción de un término a otro) de dicha indeterminación. Proponía que ello se lograría explicando materialmente el porqué de la aparición histórica de la ambigüedad, y desvelando la singular relación de unidad-distinción con que hoy se conectan forma y contenido, fuerza y valor, idea y hecho del derecho. Esta explicación material es científica por su materialidad, y por ello segura para el pensador italiano.

Seguir la propuesta cerroniana me exigió estudiar las dos vertientes en que se dividía la reflexión jurídica contemporánea: por un lado, el formalismo, el idealismo, la doctrina pura, por otro lado, el sociologismo, el realismo. Este análisis, que constituyó un excelente ejercicio de investigación, me ayudó, entre otras cosas, a comprobar el fracaso de la propuesta cerroniana. El propósito del pensador italiano se malogró porque había caído en aquel defecto que él mismo había denunciado en otros autores: al intentar construir una solución científica, material, no fue capaz de salvar el «salto lógico» que va del ser al deber ser y que había criticado en tantos sociólogos, marxistas, realistas.

En principio, las insalvables dificultades con que parecía tropezar Cerroni podrían interpretarse en el sentido de que todo el tema de la conexión entre idea y hecho en el campo jurídico constituía un falso problema, en el sentido, pues, de que estas instancias no son vinculables. En este caso, sería preciso reconocer que el camino tomado era equivocado, y dirigir la investigación por otras vías que, al menos, mantuvieran la esencial separación de estas dos dimensiones. Sin embargo, .las recientes aportaciones de la Teoría jurídica parecen demostrar otra cosa. Sus reflexiones siguen moviéndose en el sentido de explicar unitariamente el Derecho, y la tensión ser-deber ser reaparece de nuevo (pienso ahora en la regla de reconocimiento de Hart y en el fundamento de su obligatoriedad para los jueces). Por consiguiente, el fracaso del intento cerroniano (que resume otros anteriores), mas que dar por cerrado el problema (renunciando a él), demuestra lo mucho que aún queda por hacer en relación a este filón de investigación.

De este modo, entro ya en el segundo de los interrogantes planteados en esta encuesta: qué temas de la Filosofía del Derecho considero todavía abiertos y por investigar. Ante todo, hay que hablar, sin duda, de continuidad entre los temas que he venido tratando y aquellos a los que me gustaría dedicar mi atención. Los interrogantes no solucionados por Cerroni (ni por otros representantes de las principales ramas del pensamiento jurídico) lo exigen así. En efecto, dado el carácter genérico y básico del problema que ha suscitado mi interés (la contraposición

idea-hecho en el Derecho bajo formas diversas: validez-eficacia, etc.), carecería de sentido proponer ahora nuevos temas en sustitución de este, que me parece lejos de encontrarse cerrado y solucionado. De manera que si bien continuidad no quiere decir identidad, mucho menos quiere decir sustitución radical de unos campos de investigación por otros. En fin, también debido al carácter genérico del tema matriz, por llamarlo así, en cuanto subyacente a toda reflexión jurídica, debo resistirme a la tentación de exponer en una lista los motivos concretos de investigación que sugiere: sería excesivamente amplia y, lo que es peor, muy difícil de realizarse completamente, de investigarse exhaustivamente. Dicha posible lista acrecentaría aquella sensación ya mencionada de que todos estamos abordando problemas muy semejantes, si no idénticos. Por consiguiente, sustituiré ese elenco por la enumeración de tres problemas particulares desgajados del tronco central siempre presente.

Para esta breve enumeración (breve en la medida en que se trata precisamente de temas abiertos y por tanto, no investigados o en vías de investigación) intentaré situar cada problema dentro de tres de los campos en que hoy se suele dividir el estudio del Derecho: Metodología jurídica, Teoría del Derecho y Teoría de la Justicia. En el fondo no es sino un modo de ordenar y resumir aquella amplísima lista de cuestiones que sugería el problema principal (y a la que he renunciado) en torno a tres ejes. Por lo demás, el reconocimiento de la existencia de estas tres dimensiones en el Derecho no implica reconocer la fragmentación de éste. Por el contrario, su subsistencia demuestra que el problema de la ambigüedad está aún por resolver. Ya al señalar el tema o temas de investigación propios de cada una de las demarcaciones veremos que su mismo desarrollo postula el correspondiente planteamiento de los problemas propios de las otras áreas. Porque, en definitiva, sostener que existe una unidad fundamental en el Derecho no implica confundir estas tres dimensiones (lo que sería unificación forzada, grosero reduccionismo), sino, más modestamente, el poner de manifiesto las relaciones recíprocas que las recorren. Veamos:

a) En el terreno de la Metodología me parece de excepcional importancia insistir en el análisis de las perspectivas que integran las principales corrientes del pensamiento jurídico moderno, y, a partir de aquí, analizar las propias corrientes. Este análisis podría, y debería, llevarnos al estudio de sus precedentes históricos, saludable ejercicio, investigación, hoy poco frecuente. Pero sobre todo, este análisis nos llevaría a la caracterización de dos modos contrapuestos de entender el Derecho: la existencia de un formalismo y de un realismo cuyo conocimiento y profundización no puede dejar de ser un acicate para todo jurista, máxime si se trata de un filósofo del Derecho, porque tras el problema metodológico se esconde un problema sustantivo. En efecto, en esta problemática, no sólo están involucradas cuestiones tales como la de la relación entre «validez» y «eficacia», sino también cuestiones como la

del paso del formalismo y realismo metodológicos al problema del Derecho formal y del Derecho material, ámbito en el que ya nos enfrentamos con el objeto mismo del conocimiento jurídico: el Derecho, abandonando así el terreno de los «modos» de entender tal objeto.

b) En el campo propio de la Teoría del Derecho creo que los problemas han de seguirse con las miras puestas en cómo se ha concebido hasta ahora el Derecho, esto es, cómo se ha entendido que «es» el Derecho. La doble vertiente «Derecho formal-Derecho material», que se acaba de señalar, se ha concretado hoy en la doble vertiente de la estructura y la función del Derecho. El reconocimiento de este aspecto dual constituye, en mi opinión, uno de los acontecimientos más relevantes del reciente pensamiento jurídico. De las múltiples facetas que presenta, me limitaré aquí a señalar tan solo la de su propia y recíproca relación. En efecto, ¿cualquier estructura sirve para cumplir «el fin» del Derecho? ¿Una «única estructura» es susceptible de cumplir diversas funciones? ¿No existirá más bien una correspondencia entre la estructura y la función del Derecho? Y en este caso, ¿cómo serían esa estructura y esa función recíprocamente articuladas?

c) Los interrogantes reproducidos aquí nos permiten entrar ya en la tercera de las dimensiones apuntadas: la Teoría de la Justicia. Considerada como marginal al «verdadero» problema del Derecho, esta opinión parece encontrarse hoy en fase de revisión. Por lo que se refiere a mi posición, pienso que hay una indudable continuidad entre el tema de las funciones del Derecho y la legitimación de éste, lo cual equivale a colocarse en el seno de la problemática de la legitimación del Derecho y del Estado. En este sentido, la posición (a veces oposición) que ocupan respectivamente individuo y Estado, me parece que resume toda esta temática en buena medida, reflejándola en diversas facetas. Escogeré dos de las que creo más relevantes, sólo para dar noticia de ellas: el paso del Estado liberal de Derecho al Estado social, por una parte, y toda la dimensión problemática de los derechos fundamentales como fundamentación ético-normativa del Derecho moderno, por otra parte.

Como puede comprobarse, la que aquí se expone es una breve enumeración de temas. No obstante, es también apretada, y los problemas que encierra presentan una indudable complejidad, aunque sólo sea por las distintas ramificaciones en que se extienden. Abordarlos, clarificarlos, no digo ya solucionarlos, constituye un empeño, en mi opinión, digno de llevarse a cabo.

LA rédaction des *Cuadernos* souhaite tracer les contours d'une carte des problèmes soulevés par un questionnement sur le thème «concept et méthode de la philosophie du droit». L'idée a beau ne pas être nouvelle, elle n'en demeure pas moins toujours d'actualité, tant il est vrai que, malgré une certaine vitalité -à défaut d'une vitalité certaine-, la philosophie du droit en est encore à se chercher.

Ce qui est plus remarquable, c'est que l'on suggère, pour ce faire, l'utilisation d'un processus typiquement sociologique: l'interrogation d'un certain nombre d'intéressés sur leur propre itinéraire intellectuel. Je présume que cela ne sera pas du goût de tout le monde. Cette sorte de strip-tease cérébral, en attisant les instincts exhibitionnistes et voyeuristes, aura pour effet soit de provoquer l'imaginaire, soit de restaurer des barrages plus ou moins conscients. Rien de cela ne profitera à la quête entreprise.

Et pourtant, il est vrai que l'itinéraire individuel explique bien des choses, que l'on s'interroge sur le cours d'une carrière, ou sur les choix intellectuels qui ont été effectués par le chercheur au cours de sa vie... Mais, si l'on souhaite se prêter honnêtement à l'analyse, il faut pousser l'idée à ses plus extrêmes conséquences. Pourquoi passerait-on sous silence la formation du chercheur dès l'époque de sa scolarité. De longues études «classiques» chez les Jésuites, avec ce que cela signifie d'Humanités, de Rhétorique et de Philosophie sont, par exemple, en même temps qu'un atout certain, un handicap de permier ordre! Et combien, parmi nous, ont travaillé de leurs mains avant de s'adonner à plein temps à l'étude philosophique du droit? La fréquentation de milieux non intellectuels constitue un enrichissement et parfois un désenchantement qui influeront inéluctablement -consciemment ou non- sur la vision ultérieure du droit et de la justice. Et pourquoi ne connaîtrait-on pas le compagnon ou la compagne, la liste des amis, celle des fréquentations de notre philosophe du droit? Leur influence peut se révéler importante, voire décisive. Pourtant, pudeur ou réserve, nous nous entendrons, sur tout cela, pour appliquer le précepte d'Hérodote [1] et faire le silence.

1. De ma «trajectoire», je dirai seulement que je suis parti de la maison de Michel Villey pour me retrouver dans la mienne propre. L'étude approfondie de l'histoire du droit (Antiquité, Rome, Occident médiéval, Droit canonique, France moderne et pré-contemporaine) m'a amené, à travers la critique du droit naturel moderne, à ne pas me satisfaire du jusnaturalisme classique, et pas davantage des néo-jusnaturalismes. Kelsen non plus ne m'a pas convaincu, tant il risque d'être l'alibi de ceux qui prêchent pour une «autonomie du droit», c'est-à-dire un droit désincarné. L'histoire m'a enseigné le contraire.

---

[1] *Histoires,* I, 8: «Occupons-nous seulement de ce qui nous regarde».

Austin a inauguré une voie très positive, mais dont les derniers développements manifestent plutôt une cristallisation dans un univers conceptuel et linguistique trop éloigné des drames de la vie quotidienne pour m'apparaître comme réellement fiables.

C'est pourquoi j'ai résolu de commencer par travailler au laboratoire de l'histoire, en m'aidant des jalons épistémologiques les plus divers et des méthodes les moins usitées, afin de voir où cela me mènerait. Au milieu de quelques découvertes, comme celles de l'opposition contrapunctique «ludique/providentiel» qui caractérise les systèmes juridiques, de l'importance du statut et de l'institution, du caractère fini du nombre des conventions valides dans un système de droit déterminé, je trouvai surtout un nombre infini de questions. Y répondre supposait une incursion dans des domaines que l'on appelait jusqu'ici «sciences auxiliaires» du droit, et qui apparaissent surtout, aujourd'hui, relever d'une «vision externe» des systèmes juridiques.

Encore fallait-il trouver un dénominateur commun, qui assurât que, sous couvert d'approfondissement, on ne se dispersât point: ce fut le concept de «raison». Je l'avais rencontré des mes premières recherches, et il me paraît être au centre de toute problématique de philosophie du droit. Ainsi, à l'étude philosophique du droit fondée sur l'approche historique, je substituai momentanément un examen de type sociologique. Cela me permit de réhabiliter les imaginaires et les vécus juridiques, et d'énoncer quelques lois de la loi: vassalité, juridicité, positivité, interprétation par recherche de l'équivalence logique, loi des interactions bijectionnelles entre rôles et attentes juridiques, loi de concurrence des systèmes posés et des systèmes 'vulgaires', greffes juridiques, pour l'essentiel.

Réunissant les deux types d'approche précédents, je me suis aujourd'hui engagé dans une analyse anthropologique *lato sensu.* J'espère ainsi pouvoir apporter une contribution à une épistémologie juridique. Cela relève du futur... c'est dire qu'il ne nous appartient pas d'aller au delà des simples conjectures.

2. Toutefois, cet itinéraire me laisse prévoir, pour les années qui viennent, un développement des recherches consacrées à la distinction des approches *interne* et *externe* du droit, et à des discussions sur leur validité et leur efficacité respectives. Ouvrez les revues, ouvrez les répertoires bibliographiques de ce qui se publie actuellement: vous serez surpris par la récurrence, dans les titres, des termes «anthropologie» et «épistémologie». C'est à croire que tout le monde s'est donné le mot. Mais laissez passer la mode; il restera quelque chose de cette vogue. Car dans le tas des productions, on conservera quelques lignes, quelques pages, quelques études propres à stimuler la réflexion. Le rôle des revues et des éditeurs ne consiste pas tant à sélectionner ce qui leur paraît génial -on aurait moins à lire- que de porter à la connaissance du plus grand nombre des idées qui, sans leur secours, resteraient dans l'ombre. S'il y a progrès, ce sera en dépit de tout ce qui s'écrit, et aussi

un peu grâce à cela. En quoi réside la justification de tout ce bois que l'on débite à longueur de journée pour fournir les imprimeurs... et -peut-être surtout- celle de notre existence. Mais c'est un autre problème.

Quelles seront les voies les plus fécondes pour aborder ces problèmes? Celles qu'imagineront les jeunes chercheurs. Car nous-mêmes sommes engagés trop avant dans un genre de recherche, si nouvelle qu'elle ait pu apparaître en son temps, pour que nous puissions nous permettre de dicter les chemins à suivre. Qui oserait condamner l'approche philosophique de type historique, qui a fait ses preuves, ne saurait rester la seule, mais demeure irremplaçable? Qui irait jusqu'à prétendre que l'analyse du langage juridique, celle du droit comme système logique seraient en mesure de tout expliquer? Encore y a-t-il un monde -et bien d'autres manières- entre la logique déontique et la logique ensembliste! Qui prétendrait que l'étude des concepts est dépassée? Toutes les voies me paraissent ouvertes, et bien d'autres que j'ai oubliées, et bien d'autres que je n'ai pas essayées, et bien d'autres que je n'imagine même pas.

C'est bien cela que nous apprend surtour l'étude de la philosophie du droit, lorsqu'on ouvre bien grands les yeux à la fois sur les temps passés et sur le monde présent: que nous ne sommes rien ou presque; que nos oeuvres sont dérisoires ou tant s'en faut; que, sauf à venir plus tard un huluberlu curieux de nos impuissances, la poussière enterrera bien vite nos écrits sagement rangés sur les rayons des bibliothèques. Mais que, malgré la conscience que nous avons de cette vanité des vanités, nous avons courageusement vécu et produit en cherchant à faire coincider droit et justice. Et que le flot de nos paroles évanouies dans le vent, et l'entassement de nos écrits promis à la destruction du temps n'auront rien été en comparaison des quelques cris que, dans un jour d'angoisse, nous aurons pu jeter dans les prétoires et dans la rue en faveur de la justice et de la liberté.

1

DESDE un punto de vista que quizás pudiera llamarse «vocacional», hay dos motivos fundamentales, pero de signo opuesto, que pueden impulsar a alguien a ocuparse de una materia como la filosofía del Derecho. Existen, por un lado, vocaciones *positivas,* que surgen del contacto con un «maestro» o una escuela de pensamiento prestigiosa y que ofrecen al nuevo miembro algo así como un «programa de trabajo», mas o menos definido, pero que resulta, en todo caso, atractivo. Y existen también vocaciones *negativas* cuya razón de ser es la insatisfacción que provoca la situación -en el orden académico, teórico, etc.-, de una determinada disciplina que se considera, sin embargo, especialmente relevante.

Pues bien, creo que muchos de los que terminamos nuestros estudios en las Facultades de Derecho españolas de finales de los sesenta o comienzos de los setenta y empezamos a ocuparnos de filosofía del Derecho, lo hicimos siguiendo, fundamentalmente, un impulso del segundo tipo: lo que nos motivaba era, sobre todo, la necesidad de romper con el medievalismo que seguía imperando en los departamentos de *Derecho natural* y filosofía del Derecho, de ampliar los horizontes de los estudios jurídicos (que entonces no rebasaban -y hoy tampoco- los límites de una dogmática jurídica de muy cortos vuelos intelectuales) y, en definitiva, de abrir el paso a una reflexión teórica sobre el Derecho que estuviera a la altura de los tiempos. El estímulo positivo, en mi caso, procedía de la obra de tres autores: Elías Díaz, Juan Ramón Capella y Felipe González Vicén, y de la ayuda académica y de todo tipo del primero de ellos; no puedo olvidar tampoco el apoyo que siempre me prestó Gregorio Peces-Barba, mientras que, en el campo general de la filosofía, recibí la influencia de Gustavo Bueno que en la universidad de Oviedo ejercía un liderazgo intelectual tan indiscutido como temido.

La pobreza de la situación española contrastaba con el panorama que ofrecía la filosofía del Derecho argentina -o, quizás más exactamente, bonaerense- en la etapa posterior a la segunda guerra mundial, y que fue el objeto de mi tesis de doctorado. La existencia de dos grandes maestros -Cossio y Gioja- y de una serie de circunstancias políticas, sociales, económicas, culturales..., sin duda difíciles, pero mucho menos adversas que las que se vivían en España en la misma época, habían generado una situación de un gran dinamismo en los estudios de filosofía del Derecho. En especial, los de inspiración analítica habían alcanzado un elevado nivel en las obras de autores como Alchourrón, Bulygin, Carrió, Vernengo, Rabossi, Garzón Valdés o Nino. Y a su lado existían también corrientes de inspiración fenomenológica y existencial (sobre todo, discípulos de Cossio, como Vilanova) y un incipiente marxismo jurídico (Marí, Rébori) cuyo desarrollo habría de ser frenado -y, en algún caso, trágicamente- por unas circunstancias

políticas y de todo tipo crecientemente adversas. De alguna forma, mis maestros han sido los filósofos del Derecho argentinos; sobre todo, Genaro Carrió y Ernesto Garzón Valdés.

Mi trabajo de tesis lo terminé en 1976, un año altamente significativo tanto para Argentina como para España, aunque por motivos diferentes. Quizás la fecha haya tenido que ver con su extravagante peripecia editorial: un resumen del trabajo se publicó en una revista española con fecha de 1974 (dos años antes de su terminación); en 1977 apareció en una revista italiana una amplia síntesis de la parte central de mi tesis, pero en la que yo no figuraba como autor; y, finalmente, en 1984 (ocho años después de terminado e inevitablemente desactualizado) se ha publicado en Buenos Aires el grueso de la misma *(La filosofía del Derecho argentina actual,* Depalma, 1984), con la única carencia del capítulo dedicado a los autores marxistas.

Desde entonces -desde 1976- hasta ahora he escrito un número bastante elevado de artículos, notas, críticas de libros, etc., y he cometido -como tantos otros profesores universitarios- el pecado de publicarlo casi todo. Naturalmente, y como ocurre cada vez más con este tipo de literatura, la «publicación» no ha superado el marco de un círculo bastante «privado» de lectores, lo que constituye una penitencia francamente llevadera y apropiada a las circunstancias. En todo caso, los temas por los que me he interesado son esencialmente los siguientes: el concepto y fundamentación de los derechos humanos, la enseñanza del Derecho, la naturaleza y el futuro de la dogmática jurídica, la recuperación del análisis ontológico del Derecho y la problemática de la ciencia jurídica desde una perspectiva marxista. En un plano distinto, he tratado de impulsar la introducción en España de materias que considero de particular interés: la sociología del Derecho (traducción y nota preliminar de R. Treves, *Introducción a la sociología del Derecho,* Taurus, Madrid, 1978), la lógica y la informática jurídica (traducción e introducción de M. Losano, *Introducción a la informática jurídica,* Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1982; presentación de las *Actas de las jornadas mediterráneas de lógica e informática jurídica* -organizadas con Miguel Sánchez Mazas, en «Informatica e diritto», Le Monnier, Florencia, 1983).

Pero lo que ha ocupado la mayor parte de mi tiempo en los últimos años ha sido la redacción de un libro *(Marx y los derechos humanos,* Mezquita, Madrid, 1983) que, de alguna forma, significa mi personal «ajuste de cuentas» con Marx y pretende ser una aportación a la historia de lo que Gregorio Peces-Barba ha llamado «la filosofía de los derechos fundamentales». La tesis principal que trato de defender ahí es que la postura de Marx sobre los derechos humanos fue esencialmente ambigua: éste no fue un enemigo de los derechos humanos -a pesar del tono sarcástico con que siempre se refirió a ellos-, pero, mucho menos, un defensor incondicional de esta ideología. Para Marx, los derechos humanos constituyeron, esencialmente, *medios* que, en ciertas

circunstancias, podían ser adecuados para lograr o aproximarse al objetivo *final:* la consecución de la sociedad comunista; pero no los consideró nunca como entidades de tipo *ético.* Por otro lado, la ambigüedad de Marx no puede explicarse simplemente apelando a las circunstancias del «contexto histórico» en que vivió, sino mas bien en relación con ciertos conceptos básicos de su pensamiento (que, naturalmente, no son del todo ajenos a las anteriores circunstancias) como la tesis de la extinción del Derecho y del Estado, su concepción «hegeliana» de la historia, el esquema base-superestructura o su teoría del conflicto social.

2

Me parece que los filósofos del Derecho deberíamos prestar mucha atención a la crítica que con cierta frecuencia nos dirigen los profesionales del Derecho y/o los cultivadores del saber jurídico tradicional, de la dogmática jurídica. Despojada de ciertos prejuicios contra los «conceptos abstractos» (como si los conceptos pudieran ser otra cosa que abstractos) o «los enfoques excesivamente teóricos» (cuando el problema en el estudio del Derecho no es que sobre teoría, sino que faltan incluso los presupuestos para poder construir teorías con un mínimo de rigor: por ejemplo, preparación metodológica, lógica, etc.), la objeción podría expresarse así: al menos una buena parte de los escritos de los filósofos del Derecho responden a un tipo de especulación cerrada en sí misma y que no consigue conectar -si es que lo procura- con la labor y experiencias de los teóricos, los prácticos o los simples usuarios del Derecho. No debiera pasarse por alto el hecho de que en un país como España (pero no creo que en esto constituya del todo una excepción) los destinatarios y potenciales lectores de los trabajos de filosofía del Derecho son, casi exclusivamente, los propios filósofos del Derecho, lo que limita bastante sus posibles virtualidades «críticas» y convierte a este «saber de segundo grado» en una especie de «tribunal de apelación», pero cuyas decisiones no vinculan (ni siquiera son tenidas en cuenta) por los tribunales inferiores. Creo que, de hecho -y por causas que no siempre nos son imputables- así es como suelen ver a los filósofos del Derecho los «verdaderos» juristas.

Como todo el mundo -es decir, todos los potenciales lectores de estas líneas- recuerda, Norberto Bobbio, en un artículo que tiene ya casi un cuarto de siglo a sus espaldas, contrapuso una filosofía del Derecho de los filósofos, construida «desde arriba», sin ninguna base en la experiencia jurídica, a una filosofía del Derecho de los juristas, elaborada «desde abajo» y por la que mostraba decididamente su preferencia. Aún estando substancialmente de acuerdo con Bobbio, yo matizaría sus palabras -y espero que de ello resulte algo más que un simple juego de palabras- en el sentido de proponer, frente a esos dos modelos, una filosofía del Derecho construida «desde en medio»: los

filósofos del Derecho tendríamos que ser algo así como «intermediarios» entre los saberes y prácticas jurídicas, por un lado, y el resto de las prácticas y saberes sociales -incluida la filosofía-, por el otro. Su función tendría que ser -y, en parte, creo que lo es- semejante a la que cumple el Derecho en el conjunto de la sociedad. Del Derecho se dice que es un sistema de control social porque supervisa y, en alguna medida, dirige el funcionamiento de las instituciones sociales; lo jurídico no es atributo exclusivo de ciertos sectores o instituciones sociales, sino que -empleando una acertada metáfora de Carlos Nino- es algo que, como el aire en el mundo físico, está por todas partes. La filosofía del Derecho no tiene tampoco un terreno acotado en el conjunto de los saberes jurídicos y sociales, sino que su campo es mas bien el de las relaciones entre estos diversos sectores de la cultura; su lugar está, precisamente, en las fricciones y en los vacíos que se producen en el funcionamiento de los mismos. Por eso, la filosofía del Derecho puede pretender ser un saber *totalizador,* en la medida en que su punto de partida y de llegada sean esos otros saberes y prácticas, es decir, en la medida en que no sea especulación cerrada en sí misma; *crítico,* pero desde una perspectiva que no coincida con la de quienes se sitúan en el interior de cada una de esas parcelas: el filósofo del Derecho puede-y debe cuestionar los marcos establecidos lo que, naturalmente, le está vedado al que opera exclusivamente desde el interior de una determinada ciencia o técnica; y, en fin, un saber *práctico* y *útil* -aunque, claro está, su practicidad tenga que ser menos inmediata que la de la ciencia o la técnica- en la medida en que logre dirigir o, por lo menos, facilitar, los intercambios entre los saberes y prácticas a que antes me refería.

Suponiendo que lo anterior sea una caracterización aceptable -a pesar de su sumariedad- de la filosofía del Derecho, la misma no permite efectuar -ni tampoco lo pretende una delimitación distinta de la usual de lo que sean «problemas iusfilosóficos». Pero lleva quizás a contemplarlos desde un cierto ángulo y a dar prioridad a algunos de ellos.

Por ejemplo, podría pensarse que la teoría de la justicia tendría que orientarse más de lo que lo suele hacer -especialmente en contextos culturales como el español- hacia los problemas de valoración que se le presentan al teórico y al práctico del Derecho. Ciertamente, las cuestiones de ética o de justicia deberían interesar -y seguramente interesan- a cualquier ciudadano responsable, de manera que una teoría que trate de estos problemas tendría que dirigirse a un auditorio universal. Pero tampoco se puede olvidar que en una sociedad estructurada jurídicamente hay ciertas instancias y ciertas profesiones especializadas en la justicia. Sus opiniones sobre lo que sea lo justo y lo ético tienen, indudablemente, una significación muy especial. Sin embargo, sabemos realmente muy poco sobre las mismas y sobre cómo las fundamentan; y lo poco que sabemos no invita precisamente al optimismo: no sólo

porque sus opiniones puedan parecernos anacrónicas, desfasadas..., en definitiva, inadecuadas, sino porque las mismas-y las acciones en que se traducen- son bastante ajenas a cualquier elaboración conceptual o teórica. A encontrarle remedio a esta situación se dirigen -creo- los muchos trabajos que últimamente están apareciendo a propósito de los valores constitucionales y su papel en la interpretación del Derecho. Yo estoy interesado en desarrollar, a partir de la teoría de los conceptos jurídicos fundamentales de Hohfeld, una tipología de las diversas modalidades activas que pueden encontrarse hoy en los textos constitucionales (concretamente, en la Constitución española de 1978).

En el campo de la teoría de la ciencia jurídica, los filósofos del Derecho podrían contribuir, entre otras cosas, a promover un cambio de orientación fundamental en la tradicional «ciencia del Derecho»: al lado de la dogmática jurídica habría que ayudar a construir -y, para ello, sería fundamental hacer confluir hacia ahí los estudios de sociología, de lógica y de informática jurídica- una teoría y técnica de la legislación de la que, hoy por hoy, se carece. Creo que ahora están en curso investigaciones de gran interés en este sentido. Por ejemplo, las de Mario Losano dirigidas a utilizar técnicas informáticas como el organigrama y los retículos para aclarar conceptualmente el iter legislativo de las normas y poner de manifiesto la existencia de posibles lagunas o de «cuellos de botella» que obstaculizan la labor legislativa; o las de Miguel Sánchez Mazas quien, a partir del análisis lógico de los sistemas normativos de Alchourrón y Bulygin, ha construido modelos matemáticos (aritméticos) de los mismos que deben permitir, entre otras cosas, memorizar las relaciones de dependencia o implicación lógica entre las normas y representar aritméticamente las consecuencias lógicas de cada nueva promulgación que se produzca en el ordenamiento. Yo tengo la fortuna de colaborar con él en el desarrollo de estos modelos, después de haberlo hecho en estos últimos años en una serie de proyectos dirigidos a promover en España el desarrollo de la lógica y la informática jurídica.

Finalmente, en la teoría del Derecho creo que podría resultar de interés centrar la atención no tanto en los conceptos generalísimos del Derecho, como en aquellos otros que están a caballo entre la teoría general del Derecho y las partes generales de las dogmáticas jurídicas y para cuyo análisis podría sacarse un amplio partido de teorías y nocio nes provenientes de campos distintos al del saber jurídico tradicional: la lógica deóntica, la informática, la sociología, la lingüística o la economía. Últimamente, he tratado de utilizar la teoría de la acción de von Wright para aclarar el concepto jurídico-penal de acción (y, en particular, el de omisión). Y estoy interesado en comprobar hasta qué punto la teoría de los conjuntos borrosos puede ser útil para analizar argumentos típicamente jurídicos como el de analogía.

Termino con dos observaciones. La primera es que la labor de mediación del filósofo del Derecho no debería ir sólo en la dirección

desde fuera hacia adentro de los saberes jurídicos. El filósofo del Derecho debería contribuir también a proyectar la cultura jurídica hacia otros sectores de las ciencias sociales y de la filosofía, lo que constituiría, seguramente, algo más que una operación propagandística: es muy posible que el lingüista, el ético, el teórico de la política o el filósofo de la ciencia encontraran, en toda la complejidad de lo jurídico, no solo un campo de aplicación, sino también una fértil fuente de sugerencias.

La segunda es mi convencimiento de que la filosofía del Derecho constituye, en la enmarañada malla de la cultura actual, un nudo por el que pasan hilos muy importantes. Mantener ese nudo con la suficiente tensión puede contribuir bastante a que en este sector de la cultura siga habiendo -o empiece a haber- tejido y no una mera superposición de jirones.

1

LA questione fondamentale attorno a cui si sono finora sviluppati i miei interessi nel campo della filosofia giuridica è quella che riguarda i valori e le ideologie nel diritto e nel pensiero giuridico. Parlando di 'diritto' mi riferisco non solo alle norme, ma anche ai processi di formazione e di applicazione delle norme, al complesso degli organi istituzionali che presiedono a tali processi, in una parola al sistema giuridico nella società moderna. Parlando di 'pensiero giuridico' mi riferisco, in primo luogo, alla produzione scientifica e alle teorie filosofiche e politiche che interessano le norme del diritto e le istituzioni preposte alla loro formazione e applicazione; in secondo luogo, agli atteggiamenti del senso comune e dell'opinione pubblica, ai processi informali di comunicazione e di interazione che hanno luogo nella società, in quanto questi atteggiamenti e questi processi stiano in una relazione funzionale con il sistema giuridico nel suo complesso o con determinati sottosistemi del diritto. Mi riferisco, per esempio, alle reazioni e alle definizioni informali riguardanti la devianza, agli atteggiamenti dei singoli cittadini o dei gruppi nei confronti di determinate istituzioni giuridiche (fiducia istituzionale, protesta, ecc.). Si potrebbe parlare, in questi due sensi, anche di 'culture del diritto'.

Naturalmente la struttura ed il funzionamento del sistema giuridico, cosí come la produzione scientifica e culturale ad esso legata, non si risolvono nei valori e nelle ideologie. Ma i valori e le ideologie sono un elemento fondamentale e caratterizzante del diritto e delle culture del diritto (nei due sensi ai quali mi sono riferito sopra). Tutti gli altri elementi costitutivi (argomentazioni e discorsi, strumenti e organizzazione) che possiamo analizzare entro il complesso «diritto e culture del diritto» hanno una relazione diretta o indiretta con valori e ideologie e possono venire studiati in relazione a questi. E anche in relazione ad essi, in particolare, che puó essere esaminata la connessione funzionale tra diritto e società. Possiamo sempre descrivere in relazione ad essi tanto il modo in cui i sistemi giuridici si riproducono materialmente e ideologicamente (cioè si conservano, si trasformano e si legittimano) quanto il modo in cui essi fanno parte del piú generale processo di ripruduzione materiale e ideologica dei sistemi sociali. Parlando in termini cosí generali mi riferisco, con 'valore', ai punti di vista valutativi e alle valutazioni (giudizi di valore: per esempio, la scelta tra interessi confligenti). Con 'ideologia' mi riferisco, nel senso *positivo* del termine (Mannheim), a programmi di azione legati a visioni generali del mondo; nel senso *negativo* del termine (Marx), a modi di idealizzazione e razionalizzazione della realtá legati ad una falsa coscienza di essa. In questi diversi significati i valori e le ideologie acquistano una fondamentale rilevanza nello studio dei sistemi giuridici e della loro relazione con la società.

Nel corso dei miei studi questo interesse-guida del mio lavoro di

filosofo (e sociologo) del diritto si è realizzato in tre direzioni di ricerca e su differenti aree tematiche.

1. La prima direzione di ricerca coincide per definizione con un àrea che mi ha interessato fin dall'inizio dei miei studi. Essa è quella della analisi formale dell'argomentazione e del metodo giuridico[1]. In questi studi mi interessa soprattutto ricercare il ruolo dei momenti valutativi e ideologici nell'argomentazione e nel metodo giuridico. Con altri studiosi che hanno lavorato su questo campo continuo a condividere l'idea che gli aspetti valutativi e ideologici hanno, nell'argomentazione e nel metodo giuridico, uno spazio molto ampio, e certamente maggiore di quello che ad esso viene attribuito nell'ambito di una visione troppo angustamente logicistica dei processi si sistematizzazione e applicazione del diritto.

2. La seconda direzione di ricerca riguarda la ricostruzione e la critica del diritto e della cultura giuridica sotto il punto di vista delle valutazioni dominanti e delle ideologie[2]. In questa direzione di ricerca la critica del diritto e delle ideologie giuridiche è un elemento della critica della realtà sociale. Se le valutazioni e le ideologie di cui è portatore il pensiero giuridico professionale e laico sono, nel senso indicato sopra, strumenti della riproduzione e della legittimazione del sistema giuridico e della realtà sociale, si capisce che ogni atteggia-

---

[1] Cfr., in particolare:

Ricerche su «essere» e «dover essere» nell'esperienza normativa e nella scienza del diritto, Milano 1968.

Natura del fatto e diritto naturale, in: Riv. Intern. di Filosofia del diritto, 1959, pp. 177-228.

Note in tema di analogia giuridica, in: Studi in onore di Emilio Betti, vol. 1, Milano 1961, pp. 571-593.

Il problema della natura del fatto. Studi e discussioni negli ultimi dieci anni, in: Annuario bibliografico di filosofia del diritto, vol. II, Milano 1969, pp. 227-302.

La teoria della natura del fatto alla luce della «nuova retorica», in: Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Camerino, XXXIV, 1968, pp. 39-72.

Juristische Analogie und Natur der Sache, in: Festschrift für Erik Wolf, Frankfurt/Main 1971, pp. 137-161.

[2] Cfr., in particolare:

Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale, Milano, Giuffrè, 1963.

Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933, Milano 1966.

Criminologia critica e critica del diritto penale, Quaderni della rivista «La questione criminale», 5, Bologna 1982.

Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs, in: Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, 1959, pp. 505-537.

Tra idealismo e realismo. A proposito della filosofia del diritto di W. Cesarini Sforza, in: Riv. Intern. di Filosofia del diritto, 1961, pp. 421-456.

Zur Entwicklung des modernen Rechtsstaatsbegriffes, in: Festschrift für Bernard C. H. Aubin zum 65. Geburtstag, Kehl am Rhein e Strasbourg 1979.

mento critico nei confronti della società influisce sul modo di analizzare il pensiero giuridico e produce una tendenza a interpretare le ideologie giuridiche anche e soprattutto nel senso negativo del termine sopra accennato. In questo senso, per esempio, gli scopi *dichiarati* o le funzioni *apparenti* di determinati istituti del diritto quali sono definite nel pensiero giuridico professionale e laico, rappresentano spesso una idealizzazione, che nasconde le funzioni realmente realizzate da questi istituti, funzioni reali che sono addiritura a volte opposte a quelle ideali.

3. Strettamente connessa con questa seconda direzione di ricerca è la terza, che resta forse quella fondamentale nel mio lavoro di filosofo e sociologo del diritto. Essa riguarda i criteri formali di controllo dei giudizi di valore e la definizione del contenuto di un'ideologia positiva del diritto, cioè di una teoria della giustizia materiale intesa come *progetto o utopia concreta,* contrafatto della realtà data del diritto e dei rapporti sociali da esso stabilizzati [3]. Un punto di vista euristico generale che ho adottato finora in questa ricerca è il rapporto dialettico tra essere e dover essere. Ciò significa concepire il dover essere non solo come contrafatto della realtà, ma anche e soprattutto come potenzialitá concreta di soddisfacimento di bisogni storicamente determinati degli individui (conservazione e qualità dell'esistenza) relativa ad un determinato grado di sviluppo delle forze produttive in una formazione storico-sociale, per esempio la nostra societá capitalistica. Non soltano nella tradizione del materialismo storico, da Marx a Ernst Bloch, ma anche in altri contesti teorici della filosofia sociale contemporanea (si pensi per esempio a Galtung) la comparazione tra potenzialitá di conservazione e sviluppo dell'esistenza umana e situazione reale (distruzione di risorse, ingiustizia sociale) ha offerto un punto di vista fecondo tanto per la ricostruzione critica di determinate fasi di sviluppo della società quanto per l'individuazione di programmi d'azione aventi il loro principio emancipatorio nella autonomia e nel valore del soggetto umano.

L'interesse per questa terza linea di ricerca è sempre stato alla base

---

[3] Cfr., in particolare:

Gedanken zu einer dialektischen Lehre von der Natur der Sache, in: Rechtstheorie. Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis, a cura di Arthur Kaufmann, Karlsruhe 1971, pp. 111-118, e in: Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, a cura di Arthur Kaufmann, Göttingen 1968, pp. 173-181.

Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus. Gedanken zu einer «naturrechtlichen» Apologie des Rechtspositivismus, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 1968, pp. 325-350.

Recht und Gerechtigkeit bei Marx, in Fritz Büsser (ed.), Karl Marx im Kreuzverhör der Wissenschaften, Zürich e München 1974, pp. 93-113.

Criminologia critica e riforma penale. Osservazioni conclusive sul dibattito 'il codice Rocco cinquant'anni dopo' e risposta a Marinucci, in: La questione criminale, VII, 1981, pp. 349-390.

La jurisprudencia y la ciencia jurídica como fuente del derecho, in: Primeres Jornades Juridiques de Lleida, Barcelona 1983, pp. 41-54.

dei miei lavori sul diritto ed il pensiero giuridico in una area disciplinare nella quale ho cominciato a specializzarmi fin dall'inizio dei miei studi: quella del diritto penale. L'interesse critico e la prospettiva progettuale che hanno animato i miei primi lavori sulla storia della scienza e del pensiero penalistico sono rimasti sostanzialmente gli stessi anche dopo che, negli ultimi anni, i contesti tematici e le fonti esaminate si sono allargati, dal repertorio tradizionale della dogmatica penalistica e della filosofia del diritto penale, a quello delle moderne teorie sociologiche sulla devianza e sul funzionamento del sistema penale. Anche la mia attuale partecipazione al movimento della cosiddetta «criminologia critica» rappresenta una logica continuazione dei miei precedenti studi di filosofia giuridico-penale.

Se uno spostamento vi è stato, esso non riguarda le aree e le direzioni di ricerca, quanto piuttosto l'impiego di determinati strumenti dell'analisi sociologica empirica. Essi si sono aggiunti a quelli dell'analisi teorica senza mai sostituirli, nella ricostruzione critica del sistema e del pensiero penale e nella costruzione progettuale di politiche alternative nel campo del controllo della devianza. La cattedra di cui al presente sono titolare nella Università del Saarland (RFT), cattedra dedicata all'insegnamento della filosofia del diritto e della sociologia giuridica, corrisponde molto bene al mio modo di vedere il rapporto tra queste due discipline, che ho sempre considerato come due aspetti complementari di un medesimo discorso di base sul diritto. Anche l'attività dell'Istituto di Filosofia giuridica e sociale dell'Università del Saarland, che ho l'onore di dirigere, è basata in gran parte sull'intergrazione di queste due discipline.

La messa in opera di metodologie empiriche ha permesso però di fatto anche un allargamento dell'area di ricerca rispetto a quella precedente, nella quale esaminavo il pensiero giuridico (soprattutto quello penale) esclusivamente a livello della scienza e degli atteggiamenti dei giuristi. Le esperienze raccolte nell'ultimo decenio attraverso la direzione di ricerche sul senso comune e sugli atteggiamenti del pubblico nei confronti della devianza e del sistema penale mi hanno permesso di raggiungere una visione piú larga dei processi culturali e ideologici che accompagnano e condizionano lo sviluppo dei sistemi giuridici.

2

Non credo che sia nella autorità di nessuno studioso indicare in astratto aree e metodi per il futuro sviluppo di una disciplina di cosí ampio ambito tematico come la filosofia del diritto. Personalmente ritengo che le recenti esperienze ed anche le involuzioni della moderna teoria dei sistemi (si pensi a Luhmann), una teoria che ha assunto una funzione centrale nell'ambito dell'attuale discussione filosofico-giuridica, mettono la teoria della società e del diritto, se è lecito paragonare per pura associazione situazioni culturali e storiche tra loro

molto diverse, in una situazione simile a quella in cui la teoria della società e del diritto si era venuta a trovare in Germania alla morte di Hegel. Il compito da affrontare era stato allora efficacemente descritto da Marx nel suo programma filosofico: capovolgere la rappresentazione idealistica della società, cioè rimettere, alla base di essa, la prassi umana al posto *dell'idea.* Il programma del realismo umanistico di Marx derivava da un atteggiamento di critica radicale nei confronti della realtà. Non era sbagliata -secondo Marx- l'analisi idealistica della realtà, quanto lo era piuttosto la realtà stessa. La critica della filosofia si trasformava cosí in critica della realtà.

Oggi le teorie funzionalistiche e sistemiche rispecchiano lucidamente la situazione reale di un mondo retto dal sapere tecnocratico, un sapere che si pone al servizio degli sviluppi immanenti delle grandi aggregazioni economiche e politiche, e che perciò accetta come situazione naturale quella in cui il centro della soggettività e degli scopi sembra essersi spostato definitivamente dall'uomo al sistema sociale. La critica della teoria funzionalistica e sistemica non puó che cominciare dunque che con la critica della realtá che esse descrivono, cioé della societá capitalistica avanzata nella quale viviamo. Anche se, in questa societá i valiri e le ideologie sembrano «tramontati» come istanze decisive del movimento della realtá, i segni di una loro nuova grande forza aggregante si fanno, negli ultimi tempi, sempre piú evidenti. L'esigenza di una rivincita della soggettivitá dell'uomo su quella acquistata, o meglio usurpata, dai sistemi trova espressione nei grandi movimenti popolari (per la pace, per la protezione ecologica, per i diritti e l'eguaglianza delle donne e delle minoranze) che costituiscono oggi una reale sfida nei confronti del potere tecnocratico. Di fronte ai segni di questa grande sfida storica degli uomini nei confronti dei sistemi ritengo che un compito preminente della filosofia giuridica sia oggi quello di contribuire, nella ricerca del metodo e dei contenuti, alla fondazione e al controllo razionale di una nuova teoria della giustizia, intesa come ideologia positiva o utopia concreta.

MIS respuestas a las dos preguntas son:

1) Actualmente el ámbito principal de mi trabajo es el de la filosofía política. Dentro de este marco, las cuestiones de la filosofía del derecho juegan para mí un cierto papel. En 1982, publiqué un libro con el título: *La libertad que queremos. Decisión en favor de la democracia liberal.* Desde el punto de vista filosófico tiene importancia en este libro una teoría acerca de los diferentes «marcos de legitimación» (en conexión con la problemática de la legitimación del Estado). El libro contiene además una teoría de un «liberalismo democrático». Se llega al problema del «liberalismo democrático» porque en las democracias occidentales el clásico liberalismo jus naturalista ya no puede ser legitimado a través de la preminencia de una profesión de fe religiosa unitaria (que en la historia de los países angloamericanos fue predominantemente protestante). Pues, en mi opinión, la «legitimación» no es en primer lugar una cuestión de justificación filosófica sino algo que se lleva a cabo como aprobación (o rechazo) *fáctica* del Estado, en la cabeza de los ciudadanos realmente vivientes. Bajo las condiciones del pluralismo de concepciones del mundo, propio de las democracias liberales y parlamentarias, no puede ya hacerse referencia a «teorías de legitimación» unitarias. De facto, una pluralidad de «ideologías», que justifican la libertad y la democracia en las cabezas de las personas, cumplen la función legitimadora en el sentido *fáctico* aquí indicado.

Con respecto a los derechos individuales de libertad en el liberalismo he introducido la distinción entre «libertades de los productores» y «libertades de los consumidores». Los derechos liberales de libertad de cuya garantía *jurídico-estatal* se trata en las democracias modernas, se refieren por lo general al tipo de las «libertades de los productores». Bajo las condiciones de la «legitimación democrática», las libertades de los productores designan siempre posiciones socialmente minoritarias. Me he ocupado ampliamente del problema de los «costos sociales» que tienen que surgir cuando se trata de una «aprobación considerablemente mayoritaria» (de acuerdo con la condición básica de la legitimación democrática) para la protección *jurídico-estatal* de las libertades liberales de los productores. He desarrollado mi propia concepción en el contexto de una polémica crítica con las teorías fundamentales de F. A. Von Hayek. Sobre el trasfondo de esta problemática pueden entenderse mejor muchas tendencias del *Estado social.* En este contexto he presentado también una tipología de diferentes tipos de derechos y leyes. Además, el libro contiene un análisis detallado de la problemática de los valores fundamentales en la democracia liberal. Pienso que mis análisis filosóficos-sistemáticos del concepto de libertad tienen igualmente interés jus filosófico. Todo un capítulo está dedicado a la tantas veces discutida relación entre derecho y moral. Abogo allí -lo que es quizás algo insólito- por una reducción de las pretensiones de la moral.

2) En este momento me interesa tanto problemas históricos como empíricos sociológicos en conexión con la capacidad de funcionamiento de las democracias modernas. El punto de vista histórico que me interesa es el siguiente: quisiera hacer investigar (probablemente a través de tesis doctorales) hasta qué punto la historia del liberalismo occidental está vinculada con la historia del feudalismo estamental de la Edad Media. Mis suposiciones son que el liberalismo es la continuación «democratizada» del sistema estamental, que a su vez estuvo sometido al absolutismo monárquico centralista. Ello explicaría también el hecho de que -en contra de una difundida opinión en la literatura politológica- después de la revolución francesa, en Europa occidental y ya antes en Norteamérica, pudo producirse un movimiento democrático sin que antes hubiera existido en Europa una verdadera historia de la democracia.

Desde el punto de vista empírico-sociológico, me interesan las consecuencias jurídicas de la estrategia de «excitar la tensión de las masas» que pertenecen «sistémicamente» a la democracia de masas. Por lo general -independientemente de criterios científicos y económicos- esta estrategia condiciona la selección de los temas relevantes para las discusiones políticas y publicistas dentro de la democracia. En este contexto, un tema colateral es el tratamiento de la cuestión -de gran actualidad ahora en la República Federal Alemana- de la cuestión acerca de la posibilidad o de las limitaciones de la «desobediencia civil».

(Trad. de Ernesto Garzón Valdés)

ME parece que el momento actual de la filosofía jurídico-política es especialmente interesante entre otras razones por la profunda crisis de la civilización actual. Hoy más que nunca los valores heredados parecen inadecuados para resolver los graves problemas que tiene que afrontar la humanidad.

Hasta hace poco tiempo la mentalidad desarrollista era una idea comúnmente aceptada. La concepción de la naturaleza como un enemigo -frente al que se debe luchar y vencer- era hegemónica. La distinción entre progresistas y conservadores en el campo político era clara. Sin embargo, en la actualidad todas esas ideas dominantes -y muchas más-- se han puesto en cuestión. Minorías -que tienden a convertirse en mayorías- reclaman el respeto a la naturaleza y critican la mentalidad desarrollista. La idea de progreso está en crisis. Y tanto progresistas como conservadores tienen actitudes semejantes frente a problemas acuciantes. Las categorías tradicionales ante los cambios actuales parecen inadecuadas para analizar los fenómenos. No hay una causa ecologista conservadora y otra progresista. En todo caso existe *un nuevo problema:* la relación del hombre con la naturaleza que exige *una nueva toma de posición.* Las categorías políticas se han vuelto obsoletas y se desintegran. Cada vez sirven menos para analizar los problemas urgentes de la actualidad. De un modo u otro la política actual genera problemas que no pueden dividirse en posiciones progresistas y conservadoras.

Al propio tiempo renace el pensamiento filosófico-político -centrado en los problemas de la crisis- como crítica a las categorías tradicionales de la ortodoxia-y entiéndase por ortodoxia tanto la escolástica marxista como la utilitarista- a las que se les ha dedicado especial atención.

Pero la inseguridad que genera toda época de crisis no es totalmente negativa pues constituye un inestimable estímulo para la reflexión y la creación filosófica. Me parece que en este clima de crisis la filosofía jurídica y política puede contribuir muy eficazmente al planteamiento de problemas importantes, a la crítica de las soluciones tradicionales y a la propuesta de soluciones que el tiempo demostrará si son más adecuadas que las tradicionales.

Ante tal situación los juristas se ven obligados a salir de ese esplendoroso aislamiento que les ha caracterizado durante las últimas épocas. El positivismo jurídico -y su filosofía subyacente depuradora de todos los valores e ideas de justicia- recibe fuertes críticas y acusa la crisis. Es evidente que en una época como la actual, en la que se demuestra que los valores heredados son incapaces para resolver los problemas que se plantean al jurista, éste no puede continuar manteniendo dogmáticamente *la norma por la norma* pues no hay que olvidar que la norma incorpora un criterio de *decisión* que puede ser más o menos eficiente. No tiene mucho sentido mantener la fe en unos valores normativos que

la sociedad está poniendo en cuestión. Y, precisamente por ello, los juristas rehúyen las doctrinas normativistas que habían sido dominantes hasta hace relativamente muy poco tiempo. Es cierto que estas escuelas normativistas han realizado un trabajo estimable de construcción de una teoría descriptiva de las normas pero no creo que sea exagerado afirmar que las escuelas normativistas -aquéllas que reducían el derecho a su aspecto normativo- estén en período de disolución. Y no podía ser de otro modo dado el marco y la problemática que tratan. La crisis ha sido y es tan profunda que algunos de los principales representantes del normativismo han buscado en otras disciplinas -como la Sociología Jurídica- una salida a la situación.

Pero, probablemente lo más relevante no sea la crisis de la teoría normativista. Junto a ésta y por debajo de ella se encuentra una importante crisis valorativa. La filosofía utilitarista -que de un modo u otro subyacía a los planteamientos normativistas y analíticos- también se ha puesto en cuestión y eso ha posibilitado nuevas reflexiones de filosofía jurídico-política. Hoy se cuestiona con insistencia porqué debemos obedecer al derecho o porqué se han de sacrificar algunos derechos importantes a la utilidad social, o porqué la eficiencia social es un criterio tan poderoso a la hora de resolver los conflictos sociales.

También cabría preguntarse cuáles son las razones que hacen inaplicable los principios de la ética individual a los problemas colectivos o porqué no existe una moralidad pública o cuáles son y cuáles deben ser los parámetros de la moralidad pública. Existe la convicción de que los principios morales individuales son inadecuados si se aplican a gran escala. De una forma u otra se plantea el problema del *mecanismo a inventar* para evitar la escisión entre la moralidad pública y la moralidad privada. Se sostiene por ejemplo que la democracia aplicada a gran escala (en un estado moderno) era imposible sin el mecanismo de la representación y que la humanidad vivió sin democracia desde que desapareció la ciudad estado (democracia en pequeña escala) hasta que apareció el mecanismo de representación que permitió «realizar» la democracia a gran escala. Las analogías son frecuentes para la búsqueda de criterios que permitan superar la *gran escisión* entre la moralidad pública y privada. Es cierto que el problema no es nuevo. Desde Maquiavelo hasta la actualidad la distinción está muy clara. Pero el patetismo de su aplicación ya se aprecia en Max Weber cuando plantea el conflicto entre la ética de la convicción y la ética del resultado. Pero hoy el patetismo se ha transformado en tragedia: porque existe la convicción de que juzgar únicamente por el resultado tiene consecuencias inaceptables.

Vistas así las cosas me parece que no es exagerado afirmar que la filosofía jurídico-política es un excelente *mirador* que puede contribuir -y debe- a clarificar los problemas, a criticar el pensamiento tradicional y a construir nuevas categorías que permitan aprehender -y solucionar- los problemas. Pero su labor no puede reducirse a la

crítica de las teorías y filosofías tradicionales. Hoy más que nunca es necesario elaborar un modelo de análisis del derecho -me atrevería a decir una nueva idea de derecho si no fuera malinterpretada- que sirviera para observar el fenómeno jurídico desde una perspectiva más amplia (en este sentido tendría funciones descriptivas) y al mismo tiempo fuera un modelo ideal hacia el cual debiera tender el derecho (tendría una función orientadora y normativa).

Para la construcción de este modelo sería necesario abandonar el presupuesto según el cual el derecho es meramente un conjunto de normas y poner de manifiesto el papel que los principios ejercen en los ordenamientos jurídicos. El análisis de los principios y de los *standards y su justificación* debe ocupar un lugar muy importante en la consideración del fenómeno jurídico.

Probablemente a un positivista *estricto* un modelo tal le parecerá sacrílego porque de una forma u otra deja de analizar exclusivamente las normas e introduce la discusión ética en el campo del análisis del derecho y también la justificación, lo cual es contrario a los ideales de pureza metodológica que tan arraigados están en la mente de los juristas. Pero una cosa es lo que dicen que hacen los juristas y otra lo que realmente hacen. Tanto los juristas como los jueces -al decidir los conflictos- acuden con frecuencia a este tipo de planteamientos. Por otra parte al jurista y al abogado no le interesa tanto el derecho del pasado (el jurista no es un historiador) como el derecho del futuro (los criterios que se van a utilizar y justificar en el caso que se le plantea). Un modelo que no renuncie al análisis de los principios (sean sociales o jurídicos) y que los justifique racionalmente puede contribuir a comprender el derecho de una forma más amplia y profunda.

Por otra parte, un modelo de derecho *normativo* puede tener como consecuencia la apertura del campo de la teoría de la legislación -campo que ha sido infravalorado desde las perspectivas normativistas dominante-. El derecho es un instrumento para alcanzar unos fines determinados. Ese instrumento puede ser más o menos adecuado. Existen leyes que logran sus objetivos y otras no. Estudiar cuál es el medio más adecuado para conseguir una finalidad dada, es un problema de fundamental importancia. Muchas veces las medidas *óptimas* desde la perspectiva de la justicia son inadecuadas e ineficaces para conseguir los objetivos que pretenden. A veces las consecuencias -desde el punto de vista del objetivo social- son contraproducentes. Otras veces las mismas leyes son inadecuadas para conseguir el objetivo aunque se obedezcan mayoritariamente. En otras palabras: que las leyes estén *bien hechas* es un tema que debe preocupar al jurista.

Otro punto importante es la cuestión de los derechos individuales. El tema se ha tratado de una forma muy retórica y eso ha hecho perder interés a muchos juristas y filósofos. El positivismo y la filosofía utilitarista nos ha legado un concepto de derechos individuales poco fundamentado y que están subordinados a la ley de las mayorías. Precisa-

mente cuando se habla de derechos individuales se debe partir del presupuesto de que son inalienables y que ninguna mayoría ni ninguna utilidad social puede violar. La función de los derechos es vetar medidas del gobierno y de la mayoría. Los derechos individuales son inviolables y sagrados *si y sólo si* se mantienen contra el parecer de la mayoría. En caso contrario no podemos hablar de derechos inviolables. Una teoría de los derechos no puede reducirse a afirmaciones genéricas y retóricas porque los *casos concretos* pueden poner en contradicción derechos que aparentemente no son contradictorios. La función de una teoría de los derechos es tan importante como necesaria. Afirmar que en esos casos -como hace el positivismo- el juez tiene libertad de acción o tiene discrecionalidad y que por tanto puede hacer lo que quiera, significa mantener la arbitrariedad y la irracionalidad en la solución de los conflictos de derechos. En otras palabras: significa dejar la cuestión de los derechos en manos del juez. Una teoría de los derechos debería tener como finalidad restringir el campo de la irracionalidad. Debería analizar y justificar criterios que determinen la forma de resolver los conflictos y que prive a la irracionalidad del papel preponderante que tiene en los casos difíciles. Ello no significa que el juez encuentre siempre soluciones acabadas en el derecho vigente. El juez, en los casos difíciles *también* debe decidir conforme a *criterios justificables,* pues los casos semejantes deben resolverse de modo semejante como establece el más elemental sentido de la justicia.

Para analizar y justificar la solución de los problemas que plantea la actual efervescencia social y la crisis de los *stándares* tradicionales, la filosofía jurídica puede buscar fuente de inspiración en los planteamientos y análisis de la filosofía moral y de la ética normativa.

Pero ese acercamiento no debe ser a nivel puramente retórico. Los problemas que se plantean los juristas son prácticos y de una indudable trascendencia social. Una filosofía jurídica que no afronte, que no intente dar respuesta a los problemas de la actualidad continuará siendo un saber esotérico que sólo tendrá como destinatario a su propio gremio. Una filosofía jurídica que sea buena en la teoría pero que no sirva para la práctica, no es una buena filosofía jurídica.

Pero, el acercamiento a la ética normativa no puede ser la única fuente de inspiración. Para cualquier jurista la eficiencia de las normas es un elemento fundamental que incluso sirve para legitimar las medidas. Un acercamiento a los modelos que han utilizado los economistas para el estudio de ciertos problemas puede ser un excelente camino para el logro de la eficiencia. No hay que olvidar -aunque ciertamente lo desconozcamos- que el aparato analítico que poseen los economistas es muy superior al tradicional de los juristas y que bebiendo en sus fuentes de conocimiento podemos aprender a analizar problemas con mayor profundidad. Como mínimo eso permitirá observar los mismos fenómenos desde una perspectiva diferente. Han sido precisamente economistas quienes desde modelos construidos por la teoría econó-

mica han estudiado problemas tradicionales de ciencia política, de seguridad, de responsabilidad... produciendo resultados estimables por muchos conceptos.

Por supuesto que todos estos estudios no representan un panorama de la filosofía del derecho en nuestro futuro próximo; pero me parece que ese es uno de los campos a los cuales se debe y se dedicará mayor atención porque ofrece una perspectiva de estudio y de generación de problemas interesantes tanto desde el punto de vista teórico como práctico.

Pero ese específico punto de vista requiere el abandono de los presupuestos fundamentales del positivismo tradicional, requiere acercarse a los problemas reales -a los problemas interesante que están en discusión- requiere la fabricación de un modelo de derecho y la construcción conceptual, tarea analítica difícil para aquéllos que por tradición estamos más acostumbrados a la retórica que al análisis.

Por último, quisiera señalar que la utilidad de una filosofía jurídico-política tal y como aquí se ha esbozado a grandes rasgos sería especialmente oportuna en una época y en un país donde la enseñanza del derecho -basada en el modelo dogmático decimonónico- ha olvidado los problemas y se ha refugiado en la técnica jurídica. Creo que los juristas deben conocer la técnica jurídica pero me parece disparatado que las facultades de Derecho se conviertan en escuelas técnicas y que no se planteen allí los problemas que la realidad concreta plantea. Sería interesante saber cuáles son los problemas que se plantean en las facultades de derecho y si vale la pena dedicar esfuerzos y recursos para solucionarlos. Me parece que hay disciplinas que ocupan un lugar demasiado importante en los estudios de derecho mientras que otras disciplinas mucho más dinámicas están relegadas a un segundo plano. Es posible que estas disciplinas -mantenidas en el privilegio por razones gremiales- ejerzan la función de aislar y anquilosar al estudiante de derecho de las fuentes de conocimiento no específicamente jurídicas. Una filosofía jurídica -tal y como la entiendo- abriría el campo de los problemas jurídicos más allá de los estrechos límites de la técnica jurídica. Colaboraría en la dinamización de los estudios de derecho e intentaría establecer canales de comunicación con otras áreas desarrolladas de pensamiento social. Estoy convencido de que a la mayoría de científicos sociales les interesan los problemas que plantea el derecho. Quizá lo que no les interese sea la forma como los tratan los juristas. El establecimiento de canales de comunicación será enriquecedor tanto para unos como para otros. Pero para que esto ocurra se debe abandonar nuestro tradicional aislamiento y algunas de nuestras formas tradicionales de analizar que ya se han demostrado obsoletas.

EN los dos apartados siguientes -de desigual extensión- procuro responder al siguiente interrogatorio, formulado por los *Cuadernos:*

« 1. ¿Cuál ha sido su trayectoria como investigador de filosofía del Derecho? ¿En qué áreas ha trabajado? ¿Cuáles han sido los factores que le han llevado a desplazar su interés de una a otra área? ¿Cuáles considera que son sus principales aportaciones en las mismas?

« 2. ¿Cuáles son los problemas que, a su juicio, es más necesario o más previsible que reciban una atención preferente en el inmediato futuro? ¿Cuáles cree que pueden ser las vías más fecundas para abordar dichos problemas?»

1

No me considero un investigador de filosofía jurídica. Casi todos mis aportes teóricos se ubican en áreas próximas a la praxis del derecho o han sido suscitados por ella. Tal circunstancia está obviamente relacionada con el hecho de que durante cerca de cuarenta años he ejercido intensamente la profesión de abogado. (Esto último es visible, creo, en el estilo de argumentación de mis contribuciones polémicas.)

Mi primer trabajo de algún aliento fue el libro «Recurso de amparo y técnica judicial» (1959), donde examiné ciertos aspectos de la creación de un nuevo medio de defensa de las libertades constitucionales, llevada a cabo por la Corte Suprema de mi país. Como reflexiones laterales de ese examen crítico me ocupe allí de la creación judicial del derecho en general. El volumen acusa la influencia de la *American jurisprudence.* Yo había estudiado y enseñado en los Estados Unidos durante el período 1954/56.

En 1967 publiqué otro libro (re-editado en 1983) que también tiene como materia prima, por decirlo así, decisiones de la Corte Suprema de la República Argentina. Me refiero a «Recurso extraordinario por sentencia arbitraria». Mi preocupación de entonces fue tratar de presentar en la forma de un sistema abierto (si cabe la expresión) alrededor de un millar de fallos de ese tribunal. En dichas decisiones se configura un concepto, el de «sentencia arbitraria», que denota los miembros de una clase anómala: la de aquellos pronunciamientos judiciales que adolecen de una aparentemente heterogénea variedad de defectos cuya presencia permite sostener, a juicio de la Corte, que los especímenes examinados no son, en realidad -por una grave deficiencia de fundamentación-, auténticas sentencias judiciales. El (escaso) aparato teórico que exhibe el libro es de inspiración analítica. Más precisamente, acusa la influencia de la llamada filosofía del lenguaje ordinario en su variedad oxoniense. Yo habí estudiado en Oxford durante parte del año académico 1964/65 bajo la supervisión del Prof. H. L. A. Hart, cuyo libro principal *(The Concept of Law)* había sido traducido al castellano

por mí en 1963. En 1968 volví a Oxford y durante el año académico 1968/69 volví a tener como supervisor a Hart.

Mi interés por el derecho judicial y por los problemas que plantea la interpretación de las normas jurídicas, en ese ámbito, aparece en otra obra mía de clara inspiración analítico-oxoniense: «Notas sobre derecho y lenguaje» (1965; re-edición 1978). El incentivo inmediato que me movió a escribirla fue la lectura del libro de Sebastián Soler «La interpretación de la ley». La réplica de Soler, contenida en su volumen «Las palabras de la ley», motivó mi dúplica «Algunas palabras sobre las palabras de la ley» (1970 incluida en la re-edición de «Notas...» de 1978).

Mi intención en estos dos trabajos fue mostrar la estrecha conexión que existe entre ciertas características del lenguaje ordinario, por un lado, y por otro, la interpretación judicial del derecho. También me interesó presentar a las frecuentes disputas o seudodisputas que dividen a los juristas como tributarias de una falta de percepción clara de cuestiones relacionadas con la semántica de los lenguajes naturales.

Me parece que en estas contribuciones está presente, aunque en medida menos ostensible que en los dos libros sobre fallos de la Corte Suprema, el ángulo de visión del abogado práctico, para quien tiene un interés capital la interpretación judicial de las normas de derecho y que ve con impaciencia no exenta de fastidio la proliferación de controversias teóricas muchas veces superfluas.

He escrito otro trabajo, de menos extensión pero de mayores pretensiones, que también se conecta con problemas de interpretación judicial. Se trata de *Principios jurídicos y positivismo jurídico* (1971), intento de contestación a la primera crítica dirigida por el Profesor R. Dworkin a la concepción de Hart.

De menor importancia que mis contribuciones al campo de la interpretación judicial del derecho han sido mis intentos de elucidar conceptos jurídicos fundamentales o pretendidamente básicos. Entre ellos figura el artículo «Sobre el concepto de deber jurídico» (1965) y la monografía «Sobre los límites del lenguaje normativo» (1973). Esta última incluye un análisis crítico del concepto de «poder constituyente originario» empleado por la teoría constitucional (y por la teoría política). Estas contribuciones se hallan inspiradas por la orientación analítica referida más arriba. Igual inspiración, en la misma área, tiene el estudio preliminar que antepuse a mi traducción del libro de Hohfeld «Fundamental Legal Conceptions» (1969).

Entre los conceptos básicos que he procurado clarificar se encuentran también los de «principios jurídicos» y «positivismo jurídico». A ellos he dedicado el ensayo que lleva por título estas dos expresiones, aludido más arriba. A la elucidación del segundo de esos conceptos he dedicado, además, la monografía titulada «Dworkin y el positivismo jurídico» (1979) y mi reciente crítica a la propuesta de Nino -que busca reconciliar a iusnaturalistas y iuspositivistas- contenida en el volumen de homenaje a Norberto Bobbio (1983).

He mencionado las influencias que han ejercido sobre mí, sucesivamente, la *American jurisprudence* y la filosofía del lenguaje ordinario de filiación oxoniense. Antes de ello experimenté la de la Teoría Egológica del Derecho de Carlos Cossio. Fui alumno de éste durante los años 1944 y 1945 en la Universidad de La Plata y como casi todos los estudiosos argentinos de varias generaciones interesados en la Teoría General del Derecho quedé deslumbrado por la extraordinaria aptitud docente de Cossio y por la fertilidad de sus ideas. Mi primer trabajo escrito, publicado en 1947, es de franca orientación egológica.

Esta sucesión de influencias y mis consiguientes conversiones reve lan, me parece, una radical falta de originalidad en materia filosófica. Hasta ahora mis aportes han sido, en lo sustancial, la aplicación de ideas generales ajenas a temas más o menos concretos. Como he llegado a una etapa de la vida en la que difícilmente se cambia, debo resignarme -en el campo de la teoría- a ser lo que hasta ahora he sido.

Si tuviera que elegir una aportación por la que me gustaría ser juzgado escogería «Principios jurídicos y positivismo jurídico».

2

Como cuando escribo «Sobre el concepto de deber jurídico», hace casi veinte años, todavía creo que la primera prioridad en el campo de la Teoría General del Derecho sigue perteneciendo a la tarea, de ninguna manera conclusa, de llevar a cabo un detallado análisis de los conceptos que emplean los legisladores y los jueces, en un plano, y los teóricos que se ocupan en forma directa de la labor de aquéllos, en otro.

Ese análisis debería llevarse a cabo con las herramientas auxiliares que proporcionan disciplinas tales como la Sociología, la Psicología Social y la Economía.

Esa es la primera prioridad; no es, empero, la que previsiblemente seguirán los estudios jusfilosóficos. Por múltiples razones que no podría mencionar y ponderar dentro de los límites de esta respuesta, lo previsible es que el interés de los cultores de aquellos estudios se oriente hacia la búsqueda de un fundamento racional a las respuestas a los múltiples interrogantes que plantea la exigencia moral de que todo orden jurídico sea justo, problemática que incluye como uno de sus temas centrales el de la fundamentación racional de los derechos humanos.

Si bien estas cuestiones no son en modo alguno excluyentes de las que centralmente propone la jurisprudencia analítica contemporánea, el interés en las primeras parece eclipsar, de hecho, el interés en las últimas.

Mis obvias limitaciones no me permiten expedirme seriamente sobre cuáles son las vías más fecundas para abordar los problemas y subproblemas propios de una teoría de la justicia.

1

SIEMPRE resulta difícil establecer líneas claras y precisas de nuestro personal desarrollo intelectual; los intereses intelectuales no siguen siempre un camino derecho; quiero decir que mi experiencia intelectual en el campo del Derecho co menzó enterándose de los problemas de la *filosofía del derecho* en un contexto más amplio de la filosofía como historia de las ideas. Así, pues, mis primeras preocupaciones filosóficas sobre «temas jurídicos» se centraban en un problema más amplio y fundamental: *la verdad.* Por una especialísima situación personal mis estudios de derecho se vieron siempre precedidos por un ambiente de reflexión filosófica, incluidos los estudios de Derecho y Filosofía en el ámbito de las entonces Facultad de Letras y Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, Perú (Estudios universitarios que incluyeron sucesivamente dos años de Letras: Filosofía, Lógica, Ética, Metafísica, Literatura, etc.; cinco años de Derecho y un año de Docto rado de Derecho). El ambiente filosófico y jurídico -para no exagerar diré que este doble ambiente era un marco de vida diaria de un reducido número de jóvenes favorecieron mis preocupaciones filosóficas, desde el inicio orientadas a entender la filosofía como «historia de las ideas», o mejor, a comprender que el pensar encontraba su destino y sentido en su *historia.* De este modo mis perplejidades jurídico-filosóficas por la verdad adquirían una concreta referencia a la problemática de la «verdad en el proceso civil». Así fue que me convertí en un «especialista» en la vexata quaestio de la «verdad real» y la «verdad legal». Para decirlo de otro modo, mis inicios de investigador en «filosofía del derecho» me llevaron a tratar problemas «reales» del derecho positivo. Por este camino me interesé muy especialmente, por la figura del *Juez* y su intervención en la «vida judicial del derecho».

En este horizonte histórico, mi primera convicción filosófica era entender el Derecho (las teorías sobre «el» Derecho como las del Derecho positivo) como «concreciones» de una lucha histórica que se desarrollaba en un campo de batalla más amplio y profundo: la filosofía. El *Juez* y su labor «procesal» me atraían enormemente y casi me identificaba con este «ideal de vida»; sólo que para mí ser *Juez* era más o menos como ser *Filósofo.* Pronto mi decepción por la «vida del Juez» me puso en la ruta de la reflexión teórica. Mi actividad de teórico del proceso como mi preocupación por la «formación del juez» se plasmó en varios trabajos que intentaban plantear claramente la cuestión procesal ya aludida (la verdad en el proceso) y salí a la palestra pública en varias ocasiones para defender posiciones teóricas respecto a la estructura del proceso (en especial civil) y para insistir en la necesidad de una robusta y consistente formación teórico-práctica que se le debería dar al Juez.

El trajín por los caminos teóricos del proceso judicial -centrados

en el quehacer teórico-jurídico del juez- me hizo ver el Derecho como una praxis teórica que se concretiza en el *Proceso.* Esta relación: teoría del derecho y praxis procesal del derecho me mantuvo siempre en un saludable estado de comprender los puntos de vista de «prácticos» y «teóricos» del derecho.

Cuantitativamente hablando, mis preocupaciones teóricas por el proceso judicial y por la figura del Juez se fueron menguando, para dar paso, con mayor fuerza, a otros intereses teóricos: la lógica aplicada al derecho, problemas de la definición del derecho, etc., al tiempo que mantenía una lucha teórica entre mi convicción de la filosofía como historia de las ideas y la línea filosófica, que por esa época se presentaba a nosotros, de la «filosofía analítica» en el campo de las teorías jurídicas. Al lado de esto, mi atención se vertía con fuerza a comprender y valorar un «fenómeno» social que recorría toda América Latina: la idea del *«Derecho* y *Desarrollo»* o, también denominada (aunque con matices diferentes) *«Derecho* y *Cambio Social».* (Hay que precisar que esto último surgía en un momento particular de la vida de la nación peruana: la «revolución militar» que se inició en 1968, al calor de un «espíritu» de reforma y revolución que animaba a muchos en esos momentos.) Junto a todas estas inquietudes teóricas que yo cultivaba más o menos sistemáticamente, se unía un tipo especial de actividad: las clases universitarias como profesor de introducción al derecho, y como profesor asistente de introducción a la filosofía, ética y lógica. Esta fue una época de intensa actividad académica y de profundas preocupaciones filosóficas en el contexto de una tensa situación social política que se reflejaba intensamente en la vida diaria de la Universidad. Los problemas de las relaciones entre «Derecho e Ideología» surgían inevitablemente ante la exigencia de responder a los desafíos teórico-prácticos de una vida social más «justa» frente a los cuales el «mal derecho positivista y formalista» aparecía en el banquillo de los acusados. Por entonces, mi reflexión me llevó a investigar las relaciones entre «legalidad, ideología y derecho» siempre dentro de una perspectiva de historia de las ideas.

Todas estas preocupaciones se me esclarecían en el horizonte histórico de su evolución; pero a la vez se planteaba la angustiante cuestión de cómo salir del atolladero. Las críticas al «positivismo formalista y legalista» o bien escondían una -a veces impensada- posición iusnaturalista, o como en el caso de cierta posición «analítica» positivista, esta lucía segura en una reafirmación de la separación entre «derecho», «política» y «moral». Para mí fue siempre una enorme dificultad «sobrepasar» lo que se denunciaba como «positivismo jurídico formalista y legalista», a partir de una crítica sociológica del derecho. Había que rehacer el camino andado para entender a cabalidad lo que pasaba, y esto suponía insistir en la historia de las ideas (las jurídicas incluidas).

En este apretadísimo resumen -en donde las fechas se mezclan y la cronología del desarrollo intelectual se ve traicionada por la linearidad

del relato- no podría decir -en todo caso no sería yo el llamado a hacerlo- cuáles fueron mis aportaciones a los problemas que me preocuparon. Quizás habría que preguntarse más bien para quiénes y en qué contexto mis reflexiones sirvieron para algo. Esta precisión tiene mucho que ver en el caso de aquellos que nos movíamos en un contexto regional limitado de nuestro país. Los contactos con otros colegas eran más bien raros y, en lo que a mi experiencia respecta, solo en 1970 inicio, desde San Marcos, el contacto estrecho y franco con filósofos del derecho de la Argentina. Desde esta época yo emprendo -y continúo hasta hoy- con absoluta convicción, una actividad más abierta a la confrontación de la reflexión seria a nivel internacional especialmente en el mundo latinoamericano.

Si después de lo dicho nos planteamos la pregunta (sugerida por la encuesta): ¿Cuáles han sido los factores que me han llevado a desplazar mi interés de una a otra área? Debo entonces responder que estos factores han sido «internos» y «externos».

Los problemas que ocupaban mis reflexiones me exigían, primero, comprender porqué las cosas se planteaban así y no de otro modo, con lo cual la posición de uno se hacía más flexible y menos dogmática. Pero a la vez comprendía que los «temas» de la «filosofía del derecho» no tenían porqué ser los mismos --en su planteamiento y crítica- tal como aparecían en los «manuales» o en las «introducciones» que se adoptaban como «texto» de las clases universitarias. El «texto» para mí eran «todos los textos» que había que entender para llegar al «problema», y, obviamente, cada «texto» presentaba a su manera el «problema». Así, por ejemplo, una posición «analítica» que comenzaba y terminaba discutiendo el uso de los términos jurídicos para entender qué se pretendía afirmar con la expresión 'positivismo jurídico', se me presentaba como extraña en su a-historicidad, pero planteaba un reto para comprender qué buscaba esta perspectiva «analítica». Para entenderla se tenía que hacer un esfuerzo de comprensión histórica.

En medio de las reflexiones sobre la *«lógica del derecho» y* el *«análisis del lenguaje jurídico»* ingresé a preocuparme por el *universo lingüístico jurídico, y* desemboqué a un trabajo de investigación (en el estricto sentido de una «exploración») que denomino *«Semiótica jurídica» y* que desde la perspectiva de un tema ya tradicional en la filosofía y metodología del derecho podemos designar como «una metateoría de la interpretación del derecho». Esta investigación ocupa ahora, de manera central, mi esfuerzo de reflexión con una clara orientación metodológica: establecer un proceso-método-racional de descripción de la significación del discurso jurídico. Entiendo también esta metodología como una propedéutica a la filosofía del derecho.

Al lado de esta preocupación metodológica, desarrollo otra investigación sobre *historia de las ideas jurídicas* estrechamente ligada al tema del *«derecho y desarrollo» o «derecho y cambio social»;* tal investigación me lleva a replantear, desde la altura de nuestro tiempo, la vexata

quaestio de «derecho» y «realidad social»; la «revolución de los hechos» contra el derecho. Este problema es el punto de referencia de todos los discursos políticos y jurídicos en el mundo latinoamericano: se habla del «cambio social a través del derecho» y en nombre de esto se rasgan las vestiduras los juristas renegando de su pasado positivista y formalista jurídicos. ¿No es éste, en gran medida, un problema de la *razón práctica ?*

2

La segunda pregunta que se nos sugiere en esta encuesta es que digamos, a nuestro juicio, cuáles son los problemas que deben recibir una «atención preferente en el inmediato futuro». Si uno responde a esto en tanto investigador puro desvinculado de la enseñanza en cualquiera de sus formas (cursos de pregrado, seminarios de post-grados, etc.), está tentado a afirmar que los problemas que uno mismo investiga son los que deberían recibir una atención preferente en el futuro más inmediato. En cierto sentido quizás esto no sería exagerado puesto que -desde mi punto de vista- una gran parte de filósofos del derecho en el mundo parecen estar preocupados por el *lenguaje del derecho* y también por los problemas de las vinculaciones entre *«derecho» (deber-ser)* y *«hecho» (ser),* para apuntar a un tema de reflexión preciso en la historia de la filosofía del derecho. Sin embargo, yo no creo que mis preocupaciones son las preocupaciones de todo el mundo por lo menos no en la misma intensidad e importancia.

En este sentido y agregando una preocupación de «profesor de filosofía de derecho» creo que es indispensable replantear ciertos problemas que aún son tratados de una manera ligera y desaprensiva (y esto tiene que ver con una profunda modificación de una inveterada costumbre de «enseñar» a base de «programas» construidos linealmente). Entre tales problemas estarían, por ejemplo: «el problema del derecho natural»; «el problema del positivismo jurídico»; «el problema del lenguaje del derecho»; «derecho y razón práctica»; («razón jurídica» y «razón práctica» es un tema de inevitable reflexión y que pone el derecho en el centro mismo de la más crucial problemática actual: la ética entendida como razón de la acción humana) y las consecuencias lógicas e históricas de estos problemas. Todos estos problemas deberían ser vistos en el contexto de la historia de las ideas (pasadas y presentes) y en el contexto de todos los momentos del derecho positivo. Aquí quiero hacer alusión al hecho ya tradicional, de dividir la «enseñanza» y la comprensión del derecho como teoría independiente de su praxis. (En el caso de la «enseñanza» del derecho positivo todavía se mantiene una peligrosa y confusa división entre «derecho sustantivo» y «derecho adjetivo».)

De aquí que toda «teoría general» del derecho positivo (vista desde una reflexión filosófica sobre su validez y admitido su carácter ideoló-

gico) debe ser «enseñada» como una teoría y praxis del derecho positivo incluido, claro está, lo que se denomina «derecho procesal».

Lo que se llama «teoría general del derecho» es, obviamente, un vehículo dogmático e ideológico si se le muestra y transmite independientemente de su «razón histórica» de existir como tal. Y aquí toco un punto crucial en la «enseñanza» (como transmisión de un conocimiento) que, *grosso modo,* se mantiene en muchas Facultades de Derecho en el mundo: la *enseñanza dogmática* como un proceso de adoctrinamiento que no conduce sino a un «embrutecimiento» radical de los futuros abogados y de los políticos salidos del mundo abogadil. La «dogmática jurídica» no debe ser desvinculada de los «contenidos» histórico-ideológicos que constituyen la razón de su existencia, más aún si, como sucede, un determinado contenido «dogmático» jurídico es la «razón» jurídica que soporta a una determinada ideología dominante.

¿Cuáles serían las vías más fecundas para abordar dichos problemas? En la medida en que en los párrafos anteriores me he referido a un investigador que de uno u otro modo también cumple tareas de profesor, creo que los caminos son varios y siempre complicados. No obstante, yo diría que es un camino fructífero plantear los problemas arriba indicados en el ámbito de la historia de las ideas, que supone una discusión permanente con las «fuentes» en los contextos *efectivos* de lucha teórica. Todo esto presupone también estar «a la altura de los tiempos» del desarrollo de la razón humana en el esfuerzo por responder a estos problemas. Así, pues, nada debe ser dejado de lado y todo debe poder ser urdido en una trama inteligible. Un ejemplo de lo que quiero sugerir aquí puede ilustrarse con los problemas actuales del clenguaje del derecho» o del «derecho y razón práctica». Hay diferentes maneras de entender esto y de hablar *sobre* estos problemas, pero para hablar con propiedad en nuestro mundo de hoy no podemos «olvidarnos» ni de la *lógica,* ni de la *lingüística,* ni de la *semiótica,* ni de la *ética,* y debemos poder ser capaces de diferenciar los niveles en que usamos cada una de estas teorías; no se trata sólo de saber manejar el metalenguaje de cada una de ellas sino también de saber porqué están allí y para qué están a nuestro servicio.

Obviamente, esto requiere la acción coordinada de un equipo de hombres en un trabajo interdisciplinario, y exige poseer las condiciones materiales que haga posible un trabajo intelectual y universitario de esta índole.

En el contexto latinoamericano esta tarea nos exige un desgarrador y siempre angustiante esfuerzo en el que se compromete la vida misma en un proceso lento de reflexión y maduración. Este camino es, inescapablemente, el nuestro, es decir el de hispano-latinoamérica. Este es el camino contrario que desde una perspectiva «desarrollista» se nos exige a los hombres de los países «subdesarrollados»: hacernos «de prisa», característica negativa y sin destino del hombre-masa que denunció Ortega y Gasset.

Desde el punto de vista de un trabajo universitario, los filósofos del derecho de España y de América Latina deben encontrar medios y aunar esfuerzos para, por lo menos, estar informados del quehacer reflexivo de todos. Hay que rehacer una tradición de rigor y seriedad, y sobre todo de diálogo.

Estas líneas que he escrito en respuesta a la encuesta de la Revista CUADERNOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO tienen, ex professo, un sabor muy personal. Sin embargo el destino de un hombre está envuelto en la *historia* que, en tanto *filósofos del derecho,* es a la vez la historia de Europa Latina y de América Latina, y es en este contexto que adquiere sentido lo que cada uno de nosotros hace como investigador y como profesor.

Mi interés por la filosofía del Derecho se ha centrado principalmente sobre tres clases de problemas:

1

Las estructuras lógicas de los diferentes tipos de razonamiento jurídico: a) si un razonamiento dentro del sistema judicial, concluye en un veredicto o en una decisión, o en la asignación de un castigo, o b) si un razonamiento dentro de una disposición administrativa, concluye en la formulación de una regulación de menor rango o una regla derivada; o c) si un razonamiento dentro de un cuerpo legislativo, conduce a la formulación de un texto legislativo.

2

La estructura lógica de los sistemas jurídicos, concebidos como instituciones y que, por lo tanto, ejemplifican los principios generales y formas de las instituciones.

3

Las conexiones, variadas y multidimensionales, entre Derecho y moralidad.

He trabajado algo en estos tres problemas. Pero mi contribución sólo se ha concretado en relación al problema (2), la estructura lógica de los sistemas jurídicos. Mi trabajo aquí ha oscilado entre la teoría general de las instituciones y la lógica deóntica.

¿ Qué problemas recibirán mayor atención en un futuro próximo? En realidad no lo sé, pero aquí puede hacerse una conjetura. Indudablemente los tres problemas que me han interesado recibirán una creciente atención. Las conexiones entre teoría política y Derecho recibirán también una creciente atención. El desarrollo de la informática planteará nuevos problemas así como nuevas aproximaciones a viejos problemas. Preveo que mucha gente trabajará en el desarrollo de programas para la representación del razonamiento jurídico. Preveo también que muchos de estos trabajos serán inútiles, e incluso peligrosos si se aplican en los tribunales de justicia. Mucha gente estará tan apasionada con los ordenadores que se intentará desarrollar programas que apliquen las proposiciones lógicas elementales en la representación del razonamiento jurídico. Esto será demasiado simple. Los programas de este tipo serán provechosos si disponen de una buena lógica deóntica para representar en los programas. Además, se requerirá una buena comprensión de la estructura lógica de los sistemas jurídicos, y de las complejidades del razonamiento jurídico para muchos programas que representen el razonamiento jurídico.

(Trad. de Josep Aquiló-Regla)

1

KANT e Marx sono stati i punti di partenza della mia ricerca sul diritto, e lo sono stati lungo due differenti linee di riflessione critica: quella della insoddisfacione per la kantiana distinzione fra diritto e morale e quella di una pari insoddisfazione per la identificazione volgarmarxista di diritto ed economia. La rilettura critica di Kant e di Marx mi ha consentito di mettere a fuoco il problema della definizione del diritto come problema «più ampio» e cioè come problema della caratterizzazione differenziale dei rapporti sociali rispetto ai rapporti naturali. La distinzione di Kant metteva in chiaro che il continente del diritto fuoriesce dalla filosofia proprio in quanto attiene a aquella «esteriorità» che non è riducibèle a "puro" pensiero e tuttavia introduce nel mondo dei rapporti naturali umani un elemento di «razionalità». Dunque, nella problematica kantiana era già presente l'istanza della «positività» del diritto: Kant la formulava come riduzione alla coercibilità del diritto stesso, ma sempre aggiungendo -con significative oscillazioni- che il diritto si compone bensí di natura e ragione, ma non come di *due parti* giustapposte. Si trattava di una «regione» nuova, che poi avrebbe assunto il nome di «rapporti sociali» divenendo oggetto di una «scienza nouva», la sociologia (comprensiva e connettiva di tutte le discipline sociali: economia, politica, diritto). Così Kant non si limitava a «definire» il diritto o a distinguerlo dalla morale, ma segnalava l'esistenza di una nuova regione della conoscenza fra gli altri due continenti già scoperti: quello del pensiero (filosofia) e quello della natura (scienza newtoniana). Che Kant sondasse il nuovo continente con strumenti conoscitivi tradizionali («morale», «diritto») pon toglie affatto la grandezza della sua intuizione. Essa resta l'origine della moderna riflessione sui *rapporti sociali:* Kant li deduce ancora dalla ragione, ma deve «aggiungere» l'elemento sensibile della coazione naturalistica nel mentre li caratterizza come rapporti naturalistici e tuttavia governati pur sempre da decisioni razionali. Tutta l'indagine di Kant si condensa ora nella «fondazione di una metafisica dei costumi» che possa salire, come in generale la «nueva» metafisica, alla dignità della scienza. Ma la scienza cui egli pensa è quella di Newton, che attiene soltanto ai fenomeni «semplici» della natura e non può risolvere i problemi «complessi» dell'uomo. Da qui il limite scettico della «nueva scienza dei costumi».

Marx riprende indirettamente questa problematica ricavandola dallo studio critico di Hegel. Questi ha «concretato» la scoperta di Kant nel senso che ha ricostruito la continuità dei rapporti sociali entro lo svolgimento storico dello spirito e ha così intuito alcuni tratti della complessità e connessione dei fenomeni sociali. Questi non sono più pure deduzioni razionali e neppure imposizioni coattive, ma costruzioni storiche nelle quali si realizza una «salita» dal sensibile allo spirituale secondo una scala che parte dal mondo naturale-utilitario (famiglia e

società civile) per arrivare allo Stato, istituzione eticizzata e eticizzante. Il giovane Marx recupera questa istanza della continuità e storicità dei rapporti sociali come rapporti non meramente coattivi e neppure soltanto ideali; egli attaca perciò, in nome della coerenza, il primato spirituale fissato da Hegel sulla scia di Kant e respinge il finalismo che anima l'indagine di Hegel sui rapporti sociali spingendoli *verso* lo Stato. Per Marx, piuttosto, dovrebbe essere vero il contrario, e cioè l'ipotesi che Stato e Diritto sono funzioni di rapporti sociali storicamente definiti. Da qui due conseguenze: a) nasce una sociologia tipologica del diritto e dello Stato nel quadro generale di una sociologia integrata su basi storiche, b) nasce la possibilità di costruire le categorie politico-giuridiche (i weberiani tipi «ideali»!) sulla base di oggetti storici tutti da «scoprire» (i tipi sociali organati da differenti «modi di produzione»).

Su questa problematica sono costruiti i miei due primi studi intitolati rispettivamente *Kant e la fondazione della categoria giuridica e Marx e il diritto moderno,* pubblicati significativamente nello stesso anno: 1962.

Con queste premesse si intende facilmente che l'interesse per il diritto doveva articolarsi e differenziarsi: verso lo studio dell'economia e verso lo studio della politica, ma secondo un preciso schema ipotetico, quello -cioè- della identificazione-discriminazione di specifici tipi e di specifici «sistemi di riferimentto». Si trattava, in sostanza, di mettere bene a fuoco la portata concettuale di ciò che designamo come Diritto moderno e poi anche di ciò che definiamo Economia moderna e Politica moderna. Non v'è dubbio che in questa traiettoria l'antecedente problematico più ricco restava Marx per la ricostruzione del tipo sociale moderno articolato in un *sistema economice capitalistico e in un sistema politico incardinato sullo Stato rappresentativo e il diritto formale-eguale.* Si trattava, tuttavia, di un Marx poco noto o almeno gravemente alterato dalle deformazioni prodotte dai vari marxismi dialettici e anche dalle interpretazioni tecnicistiche ispirate al riduzionismo economico. E va da sé che bisognava mettere a frutto le elaborazioni di Marx attinenti soprattutto alla tematica politico-giuridica e a quella economica più complessa (relativa, per esempio, al problema della riproduzione allargata e della crisi), lasciando cadere le suggestioni abbaglianti dei significati pratico-politici così presenti in Marx e nel marxismo «militante».

Su questa strada mi fu utilissimo il confronto critico con la produzione sovietica, specialmente quella dei teorici degli anni venti-trenta: Stučka, Pašukanis e Vyšinskij. Si trattò di un confronto che permise di utilizzare importanti ricognizioni storico-positive sul diritto e poi anche di criticare deformazioni ed autentiche perversioni teoriche attorno al Diritto e alla Politica. Gli studi più rilevanti furono pubblicati in *La libertà dei moderni Il pensiero giuridico sovietico e Introduzione alla scienza sociale.* Un altro lavoro, *Teoria della crisi sociale in Marx,* posso oggi considerarlo come una «resa dei conti» con Marx. In seguito,

infatti, ho cercato di misurarmi con una problematica meno segnata dalla «presenza» di Marx, e cioè con i due grandi attualissimi temi della epistemologia delle scienze sociali integrate e della società induastriale-capitalistica evoluta. Questi due temi sono stati affrontati recentemente nei volumi *Logica e società* e *Teoria della società di massa.* In essi il diritto è rimasto centrale, sotto due differenti profili. Nello studio della metodologia della scienza sociale le *istituzioni* politico-giuridiche hanno occupato il centrale ruolo di mediazione fra economia e cultura (filosofia) mentre nell'analisi della società contemporanea queste stesse istituzioni sono state osservate come cerniera di collegamento fra l'organizzazione dell'equilibrio nel sistema sociale complessivo e la dinamica di mutamento, innovazione e trasformazione che caratterizza la società evoluta.

Sono temi, ovviamente, appena abbordati, che esigono nuovi approfondimenti verso alcune specifiche direzioni. La prima è quella del ruolo nuovo, centrale e sconvolgente che sta svolgendo nella società moderna la scienza, intesa *sia* come organo teoretico di una conoscenza in forte accelerazione, *sia* come istituto sociale sempre più decisivo per lo sviluppo sociale e la crescita economica. La seconda concerne la democrazia come grande impresa senza la quale la scienza rischia di convertirsi in strumento di morte e di oppressione. La terza, infine, è quella del ruolo che debbono svolgere le forze del lavoro nella costruzione della nuova società, purché sappiano uscire dal chiuso delle vecchie traddizioni e «allearsi» stabilmente, organicamente e non strumentalmente sia con la scienza sia con la democrazia. Il futuro del mondo e non solo della nostra riflessione mi sembra legato alla nascita e al consolidamento di quella alleanza.

1

ALICE B. Toklas, alla fine del suo libro *What Is Remembered* (London, Michael Joseph, 1963, p. 186), così rievoca le ultime parole di Gertrude Stein: «I sat next to her and she said to me early in the afternoon, What is the answer? I was silent. In that case, she said, what is the question?»

What is the question? Qual è la domanda?

Ecco la domanda che ha ispirato le mie più recenti ricerche.

2

Le mie ricerche più recenti sono ricerche di filosofia del linguaggio normativo (in particolare, di semiotica del linguaggio deontico) e di filosofia delle *Geisteswissenschaften.*

Esse si sono svolte in tre direzioni.

2.1. *In primo luogo,* io ho studiàto il rapporto tra prescrittività e performatività. In particolare, ho indagato il rapporto tra enunciazioni deontiche *(enunciaciones deónticas, deontic utterances, énonciations déontiques)* ed enunciati deontici *(enunciados deónticos, deontic sentences, énoncés déontiques),* ed ho inscritto la teoria delle enunciazioni deontiche nella teoria di ciò che io ho chiamato atti di linguaggio thetici *(actos lingüísticos théticos, thetic sppeech-acts, actes de langage thétiques).*

2.2. *In secondo luogo,* io ho distinto (dalla costitutività che è propria delle enunciazioni deontiche di enunciati deontici) un'altra costitutività, la quale è propria non più di enunciazioni *(enunciaciones, utterances, énonciations),* ma di regole *(reglas, rules, règles):* la costitutività delle regole chiamate regole costitutive *(reglas constitutivas, constitutive rules, règles constitutives).*

2.2.1. Nella fase più recente della mia ricerca in questa seconda direzione (1978-1984) io ho elaborato una complessa tipologia delle regole costitutive.

Dei sei concetti di 'regola costitutiva' da me distinti, i tre che più ho indagato sono i concetti di 'regola eidetico-costitutiva' *(regla eidético-constitutiva, eidetic-constitutive rule, règle éidético-constitutive),* 'regola thetico-costitutiva' *(regla thético-constitutiva, thetic-constitutive rule, règle thético-constitutive),* 'regola anankastico-costitutiva' *(regla anankástico-constitutiva, anankastic-constitutive rule, règle anankastico-constitutive).*

2.2.2. In margine alla teoria delle regole eidetico-costitutive e delle regole anankastico-costitutive io ho elaborato il concetto di 'regola

anankastica' *(regla anankástica, anankastic rule, règle anankastique),* concetto che mi sembra un possibile punto di riferimento per una definizione di 'regola tecnica' *(regla técnica, technical rule, règle technique).*

2.2.3. La teoria delle regole costitutive mi sembra rilevante sia per le *risposte* che essa suggerisce al filosofo delle scienze sociali, sia per le *domande* che essa pone allo studioso di deontica.

2.3. *In terzo luogo,* io ho esaminato il problema della negazione di enunciati normativi.

In particolare, io mi sono posto tre domande.

2.3.1. *Prima domanda:* È possibile negazione *(apóphasis)* di enunciati nor-apofantici quali sono gli enunciati normativi? Se negli enunciati normativi non v'è *apóphansis,* è per essi possible *apóphasis?* (Mi riferisco, evidentemente, al lessico di Aristotele).

Questa domanda si gémina (si scinde) in due ulteriori domande.

2.3.1.1. Può un enunciato normativo *avere* una negazione?

2.3.1.2. Può un enunciato normativo *essere* una negazione?

2.3.2. *Seconda domanda:* Qual è il rapporto tra negazione ed abrogazione?

2.3.3. *Terza domanda:* Può l'antinomia *(antinomia, antinomy, antinomie)* definirsi in termini di negazione?

3

Ho esposto tre direzioni nelle quali io ho lavorato negli ultimi anni. Alla luce delle mie ricerche ho talvolta scoperto, in un secondo tempo, che dei *temi* (se non addirittura delle *tesi)* di esse già erano presenti in altri autori. (Ad esempio, ho scoperto anticipazioni del concetto di 'regola eidetico-costitutiva' in Ludwig Wittgenstein; in Ernst Mally, il primo degli inventori del sostantivo *'Deontik'* e dell'aggettivo *'deontisch';* nella teoria della *Grundnorm* di Hans Kelsen.)

Ma questo è il fato del filosofo minore: creare non continuatori, ma solo precursori della sua opera. È al filosofo *minore* che conviene ciò che Jorge Luis Borges *(Otras inquisiciones,* in: *Obras completas,* Buenos Aires, Emecé, noveno volumen, 1960, p. 148) afferma per lo scrittore in generale: «Cada escritor *crea* a sus precursores».

Si partimos la Filosofía del Derecho en dos buenas mitades -teoría del derecho y teoría de la justicia- los amigos que me conocen dirán enseguida (y sin duda que con muy aviesas intenciones jurídicas) que yo me he ocupado más de la segunda que de la primera. Es cierto -¿cómo no iba a serlo?-, pero les corregiría sin embargo (a los amigos no se les puede dar siempre toda la razón) para señalar que en realidad de lo que yo he creído que había que ocuparse o, mejor, que preocuparse es precisamente de la «justicia del derecho», o sea de las dos cosas derecho y justicia- pero en interrelación: es decir del porqué de la no justificación de ciertas formas o especies de legalidad y de las condiciones ineludibles para que otras puedan lograr una más o menos merecida justificación.

Cuestiones, pues, de legitimidad e ilegitimidad, también de legitimación y de deslegitimación, de filosofía jurídico-política en todo caso, como predominantes en mi interés. Y ello ha sido así, no sé, tal vez por condicionamiento de las circunstancias históricas concretas -las relativas, en oposición, al régimen franquista en la España de los años cincuenta y sesenta-, o por influencias de lecturas y maestros en la etapa universitaria y en la de posterior formación intelectual, o simplemente por meras razones de talante y psicología personal o, como parece más probable, por todo ello junto y, a la vez, en acción múltiple y plural. Lo que sí es cierto es que desde siempre, desde mis primeros trabajos en esos citados años, y hasta hoy mismo (aunque ahora con otros caracteres, superadores incluso de la propia dicotomía allí expresada) tendí a considerar muy insuficientes y distorsionantes, dentro de esa Filosofía del Derecho, tanto las solemnes formulaciones y justificaciones iusnaturalistas como los estrechos alegatos inhibicionistas del positivismo formalista: y es que a la postre ambos coincidían entonces en sacralizar, es decir en no tocar para nada con la crítica, el vigente Derecho producido por la dictadura.

Entre esos dos «modelos», y en dicha concreta circunstancia, unos afirmaban o dejaban ver, con más o menos pudor, que aquel Derecho era justo porque procedía de Dios, de la ley eterna, de los principios de la religión verdadera y de la ley natural; los otros, sin entrar en lo anterior -pero tampoco, de ningún modo, negándolo- se conformaban con señalar más prudente y cautamente que, a fin de cuentas, ese era el Derecho que de hecho realmente había y que lo demás -salvo los grandes valores y principios ya salvaguardados, según decían muchos de ellos, por aquel Derecho, y en eso coincidían plena aunque tácita e implícitamente con los iusnaturalistas- no eran sino juicios subjetivos de carácter ético que, sobre todo sí eran contrarios al orden establecido, un buen jurista, un jurista como Dios manda, en modo alguno podía ni debía perder tiempo en considerar.

Aunque había meritorias excepciones, por supuesto (gracias a ellas -y a gentes de fuera- se pudo empezar a ver todo un poco más claro), y aunque había también, como es lógico, gradualismo y matiza-

ciones en las actitudes reales entre esos dos mencionados teóricos «modelos», creo que puede decirse que, en definitiva, ese fue en líneas generales el marco, el contexto, en que comenzamos los de mi generación a estudiar y a hacer, después, filosofía del Derecho. La actitud crítica ante, a la vez, iusnaturalismo y formalismo por algunos de nosotros asumida, me llevó a mí en concreto a la adopción de una perspectiva en la que -contando con factores de carácter histórico y, sobre todo, sociológico que hacían-inútil el primer citado modelo- el Derecho no aparecía ya, frente al segundo de ellos, como algo aislado y en tratamiento, por tanto, puramente interno, sino más bien como parte o sector de una totalidad social compuesta en dinámica interacción de diferentes estratos culturales, políticos, económicos, jurídicos, etc. lo que yo he tratado de hacer en este campo deriva, pues, de ese enfoque metodológico que -como todos- lo es también sin duda de carácter ideológico: principalmente me he ocupado de una filosofía del Derecho que, dentro de esa totalidad social, debiera ser entendida y construida en íntima y profunda conexión con la ética y la filosofía política, además de con las otras plurales manifestaciones de la cultura y el pensamiento.

La filosofía jurídica, en alguno de sus temas con menor problematismo que en otros, posee desde luego -al igual que el Derecho- su propio carácter específico, sus rasgos definitorios, su legítima, relativa, autonomía y así puede, como tal, estudiarse -como ocurre con los demás sectores- en una admisible y quizás necesaria división técnica del trabajo que no pierda de vista, de todos modos, esa adscripción última de los conocimientos jurídicos, en este caso, a una concreta totalidad. En ruptura con esta, en cambio, se desdibuja y confunde -creo- su misma identidad; escindida abstracta y formalistamente de la ética y la política, así como de la realidad social que constituye su base, la filosofía jurídica oculta con mayor facilidad su verdadera naturaleza, su real significado: falsea incluso el carácter y el sentido de esa su legítima, intermedia y relativa autonomía.

1

Mis trabajos, investigaciones y publicaciones han ido, pues, lógicamente por esas vías y hacia esas áreas temáticas, de modo preferente jurídicopolíticas, es decir -concretadas institucionalmente- como filosofía del Derecho pero también, a la vez, del Estado. Esos temas, para bien o para mal, o para las dos cosas juntas en proporciones variables y relativas, se han estudiado allí con la vista siempre puesta -de manera más o menos directa o indirecta- en la circunstancia histórica española, actual y de todos estos últimos tiempos, Ello ha dado también lugar a que se haya prestado en mi obra especial atención a diversos capítulos significativos de la historia intelectual y de las ideas sociales en la España de los siglos XIX y XX.

Podría, de este modo, sintetizar en tres grandes bloques, interrelacionados entre sí, los trabajos que he venido publicando desde hace ya más de veinte años, desde el inicio mismo de la década de los sesenta, sobre estos diversos temas:

1) Trabajos, como digo, de historia de las ideas sociales, políticas y jurídicas en la España de los siglos XIX y XX: investigaciones llevadas a cabo con el objetivo muy principal de contribuir a recuperar -y a analizar críticamente- una buena parte del «pensamiento perdido», de carácter liberal, democrático y socialista, ocultado o denigrado, en todo caso distorsionado y por entonces muy insuficientemente conocido, a consecuencia del régimen dictatorial que se implanta por la fuerza como resultado de la guerra civil de 1936-l939. Artículos, conferencias y libros sobre la filosofía del Krausismo español (Sanz del Río, Giner de los Ríos, Gumersindo de Azcárate entre otros), sobre la generación del 98 (Unamuno, de manera explícita) y, relacionándolos con otros posteriores movimientos intelectuales, también sobre la historia del socialismo en nuestro país (Fernando de los Ríos, preferentemente) y sobre las polémicas ideológicas dentro de él en estos últimos años, son algunas de las aportaciones que aquí más destacaría. Con ese mismo carácter he de recordar igualmente mi estudio sobre los difíciles pero fructíferos intentos de reconstrucción de una cultura libre, pluralista, crítica y democrática frente a la ideología oficial impuesta, con diversidad de matices, en cada una de las fases y etapas de la larga era franquista desde 1939 a 1975.

2) Temas de filosofía política pero vistos, como digo, muy en interrelación con las instituciones jurídicas: teoría del Estado, pues, como cuestión central en este sector. Crítica a los idearios políticos y a los modelos organizativos de los Estados absolutistas y totalitarios, con especial referencia -fácilmente comprensible, creo, en los dos sentidos de la palabra- a las concepciones estatistas del fascismo y de los posteriores derivados de aquél. Defensa, frente a ellos, de un pluralista Estado de Derecho que en nuestro tiempo -ante las probadas insuficiencias e insatisfactorios resultados del modo de producción capitalista- debe realizarse, se sugiere allí, como un Estado democrático de Derecho, donde se coordinen y articulen realmente socialismo y libertad. En los trabajos de esta serie se insiste de modo especial en el valor de la democracia representativa (complementada con la participativa) como elemento imprescindible de transformación social, para lo que se hace preciso el avance y profundización de las «instituciones políticas» de aquélla (Parlamento, partidos, etc.), en un funcionamiento coherente, no en ruptura, con los «movimientos sociales» (pacifistas, ecologistas, comunales, juveniles, feministas, etc.), que van en vanguardia de las reivindicaciones liberadoras de nuestro tiempo. Crítica, pues, también (por el otro lado) a la falacia de la absoluta e insalvable identidad entre democracia representativa y modo de producción capitalista y -como consecuencia- crítica a la tesis indiferenciada y simplista, pero tan

difundida, de la «maldad estatal», es decir del entendimiento del Estado, de todo Estado, como algo necesariamente negativo, malo en sí e, incluso, como el mal absoluto y total.

3) La filosofía jurídica, en su sentido propio caracterizado anteriormente y que aparece como más concorde con tales actitudes éticas y políticas, concibe el Derecho como expresado en sistemas normativos positivos, variables e históricos, que respaldados por una posibilidad organizada de coacción (y en cuanto tal válidos y vigentes por su misma existencia formal y eficaz) sólo se legitiman, sin embargo, si en la creación de aquél se da una verdadera participación de la voluntad popular, expresada libre y críticamente en mayorías y minorías, ambas necesarias -aunque con no igual poder de decisión- para esa legitimidad que, sin negarse a los oportunos consensos, entonces lo será ya de carácter genuinamente democrático. En este tercer bloque de temas, junto a los de conceptualización iusfilosófica de carácter más sistemático, destacaría (entre mis publicaciones) los relativos a las condiciones de «legalidad-legitimidad en el socialismo democrático», los que hacen resaltar en nuestro tiempo la importancia creciente de las investigaciones de la Sociología jurídica y los que -en conexión con todo lo anterior- afrontan el problema de la denominada «deslegitimación actual del Derecho y del Estado», así como su valoración en términos de una legitimidad crítica de ambos basada principalmente en la libertad y, desde ahí, en el objetivo de la igualdad real de todos los que forman parte del grupo social.

2

Hasta aquí, en forma enormemente resumida, lo que -con mil condicionamientos de todo tipo, incluidos los personales- he intentado hacer hasta ahora en esa amplia temática que corresponde a la filosofía jurídico-política (y en la historia de las ideas sociales de la España contemporánea) y lo que -con más condicionamientos aún- he logrado de un modo u otro trasladar, con cierta coherencia, al terreno del análisis y de las propuestas, siempre abiertas, relativas y provisionales, de solución. En la medida precisamente en que no considero, por supuesto, que mis aportaciones sean ni exhaustivas, en modo alguno, en sus análisis, ni definitoriamente concluyentes en sus propuestas de solución, tales problemas siguen en buena medida siendo, en mi opinión, «problemas abiertos en la filosofía del Derecho», es decir de aquellos (unos más que otros) que en el presente y en el próximo futuro habrá, por todos, que seguir estudiando e investigando en profundidad.

Junto a ellos, en muy íntima conexión, podrían no obstante especificarse otros -derivados sin duda de los primeros que vendrían a complementar, más que a completar, un cuadro de posibles futuros proyectos de trabajos exigidos, creo, por las condiciones y necesidades objetivas de la realidad social de nuestro tiempo, tanto nacional (pluri-

nacional), en primer plano, como internacional, es decir más común a todos o a diversas áreas con mayor o menor grado de incidencia. Serían, en mi opinión, fundamentalmente, no exclusivamente, los siguientes:

1) Reconstrucción, con los oportunos estudios monográficos, de toda una historia crítica del pensamiento jurídico y políticojurídico español, desde los orígenes hasta hoy mismo, en íntima conexión -desde luego- con el resto de la filosofía occidental. Hay, sin duda, estudios -cada vez mejores- de historia española de carácter general, política, económica, cultural), de historia del Derecho (instituciones y sistemas normativos) y también por supuesto -con apoyo en los anteriores- de historia propiamente de las ideas sociales y jurídico-políticas. Pero me parece, por lo que se refiere aquí a este tercer sector, que es muchísimo lo que queda aún por hacer tanto en nuevas investigaciones (campos prácticamente inéditos) como, sobre todo, en la introducción de nuevos enfoques en zonas, escuelas, tendencias y autores ya tratados (a veces reiterativamente, hasta en exceso) pero, con frecuencia, mal tratados, o cuando menos -y a mi modo de ver- no del todo certeramente analizados y enjuiciados.

2) Necesidad de prevalencia, de acuerdo con esa misma óptica, de los estudios e investigaciones que inciden de modo específico, o que toman su original impulso, en problemas directamente relacionados (sin localismos, simplismos, ni xenofobias) con nuestra concreta realidad social, es decir problemas reales de la España actual, en la medida -claro está- en que pueden y deben ser abordados (con un «mínimo» de coherencia temática y metodológica) por la filosofía del Derecho y del Estado. Así, por ejemplo, todos los que tienen que ver con situaciones, no estricta o exclusivamente técnicas, de orden económico o laboral (desempleo, orientación del gasto público, Estado social, etc.), los referidos por otro lado, a la violencia terrorista, o a las actitudes realmente separatistas (de ruptura, pues, de la unidad del ordenamiento jurídicopolítico) pero defendidas por vías pacíficas, la objeción de conciencia en relación con los institutos armados, la violación de derechos humanos por funcionarios de una u otra condición o por los mismos aparatos oficiales, la delincuencia común, la seguridad ciudadana y la situación carcelaria etc., serían cuestiones, entre otras muchas, a tomar también en consideracibn -junto a otras ciencias y enfoques interdisciplinarios- por la misma filosofía jurídica y políticojurídica.

3) Saltando, en este breve recuento, de lo particular (aunque no tan exclusivamente particular) a lo general (que no es, por supuesto, sólo general sino que afecta, de nuevo, decisivamente a lo particular), imposible no recordar aquí que problemas hoy como el de la guerra y la paz, y sus conexos de peligro nuclear, carrera de armamentos, política militarista etc., de ninguna manera pueden ser eludidos por una filosofía del Derecho que de verdad quiera estar a la «altura de los tiempos», pensando y hablando sobre lo que realmente a la gente preocupa e inte-

resa. Y no solamente de la guerra nuclear, total o «limitada» (a Europa, claro está), sino también de las interminables y siempre reavivadas guerras parciales, «convencionales», localizadas en los aledaños del imperio correspondiente, resultado principal de la política de bloques y de las economías organizadas precisamente sobre la «necesidad» e inevitabilidad de los conflictos bélicos.

4) Clarificación -yo diría que de una vez por todas y en mayor relación de la que parece con todo lo anterior- sobre la posibilidad de ver el Derecho como factor de cambio social, porque efectivamente lo sea o pueda serlo, o por el contrario como obstáculo al cambio, hipótesis ambas, con importantísimas, decisivas y -claro está- opuestas implicaciones de carácter teórico y práctico. Y lo propio debería establecerse con respecto del Estado y del resto de las instituciones jurídico-políticas, especialmente en régimen de democracia representativa. Se trata de un tema que en última instancia también puede y debe ser asumido por la filosofía del Derecho -lo real no agota lo racional- pero que forzosamente ha de construirse, como por lo demás ocurre con todos los problemas concretos en este resumen enumerados, sobre la base de precisas indagaciones históricas y sociológicas en relación con cada una de las situaciones sociales y tipologías jurídico-políticas consideradas.

5) Si -como creo- una respuesta positiva es, a pesar de todo, posible en la alternativa planteada en el punto inmediatamente precedente, y no se ciega por entero, pues, el cauce del Derecho como factor de cambio social, habría asimismo que plantear -dando ahora un paso más- el tema de las condiciones y exigencias concretas para la consolidación y real profundización de la democracia llevada a cabo e impulsada a través de las instituciones jurídico-políticas, aunque sin excluir, por supuesto, otras vías igualmente pacíficas y en no divergencia con él. Implica este tipo de cuestiones, trabajar sobre el análisis puntual del funcionamiento y significado de cada uno de los órganos y aparatos que componen los poderes del Estado y muy en particular de todos los institutos y «operadores» dedicados a interpretar, aplicar y realizar el Derecho. Yo situaría aquí preferentemente, en relación con lo anterior, el tema también de la ciencia jurídica tanto en sus connotaciones teóricas, metacientíficas, como en sus exigencias técnicas, metodológicas, etc.

6) Finalmente, por concluir de modo puramente convencional esta muy sucinta enumeración, debate en profundidad sobre la legitimidad o ilegitimidad de la «violencia institucionalizada», en cada una de las circunstancias concretas en que esta se manifiesta y en que aquel, por tanto, quiera plantearse; es decir, puntualizaciones sobre la justificación o no de la fuerza, la coacción, que necesariamente -y en mayor o menor grado- utiliza el Derecho y fundamentación de los valores últimos (libertad, acuerdo o consenso, utilidad, etc.), en que toda la «construcción» se apoya. Obediencia a las leyes, desobediencia civil,

resistencia pasiva o activa, legitimidad o ilegitimidad de la violencia no institucionalizada y de «contestación» etc., serían algunas de las cuestiones contenidas en tal auspiciado debate: y en él, por supuesto -oyendo con atención a los clásicos- habrían de tomar parte, con sus diferentes análisis y planteamientos, las tendencias todas de pensamiento operantes hoy en la filosofía jurídica y política contemporánea.

ELIAS DIAZ (1934)

Catedrático y director del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Director de la revista de filosofía y ciencias sociales «Sistema»; es autor, entre otros trabajos, de los siguientes libros:

Estado de Derecho y sociedad democrática, Madrid, Ed. Cuadernos para el Diálogo, 1966; varias reediciones, la última en Ed. Taurus, Madrid, 1983.

Revisión de Unamuno. Análisis crítico de su pensamiento político, Madrid, Ed. Tecnos, 1968.

Sociología y filosofía del Derecho, Madrid, Ed. Taurus, 1971; varias reediciones en la misma Editorial.

La filosofía social del krausismo español, Madrid, Ed. Cuadernos para el Diálogo, 1973; 2.ª ed. en Fernando Torres Editor, Valencia, 1983.

Notas para una historia del pensamiento español actual (1939- 1973), Madrid, Ed. Cuadernos para el Diálogo, 1974; varias reediciones, la última con el título *Pensamiento español en la era de Franco* (1939- 1975), Ed. Tecnos, Madrid, 1983.

Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático, Madrid, Ed. Civitas, 1978.

Socialismo en España: el partido y el Estado, Madrid, Ed. Mezquita, 1982.

1

DATOS personales: nacido en 1931; en 1953-57 estudios de derecho en Hamburgo, Friburgo de Brisgovia, Münster; 1958-1963 servicio de preparación jurídica (con interrupciones para preparar la tesis doctoral); 1963 segundo examen de estado y tesis doctoral; 1963-l970 asistente científico en el Instituto de Ciencias Municipales de la Universidad de Münster (Director: profesor doctor Hans J. Wolff); 1970 habilitación (Münster); Venia legendi: derecho político y administrativo, filosofía del derecho, derecho canónico; 1970-l973 docente y luego consejero científico y profesor de filosofía del derecho y teoría del derecho en la Facultad de derecho de la Universidad de Münster; desde 1973 catedrático de teoría general del derecho en la Facultad de derecho de la Universidad de Gottingan; desde 1978 vicepresidente de la Sección Alemana de la Asociación internacional de derecho y filosofía jurídica y social de la República Federal Alemana; desde 1980 miembro de la Academia de Ciencias de Gottingan.

2

El comienzo de mi ocupación científica con la filosofía y la teoría del derecho estuvo influenciado esencialmente por la filosofía de Kant y la teoría jurídica de Kelsen y ellas han seguido condicionando hasta ahora básicamente mi trabajo. El primer resultado de aquellos trabajos fue mi tesis doctoral (Zum Begriff der Natur der Sache, Berlin 1965); en ella intenté investigar histórica y sistemáticamente los múltiples significados y contextos en los cuales ha sido y sigue siendo utilizada la expresión «naturaleza de las cosas» y sus equivalentes en otros idiomas en la filosofía y en la teoría del derecho. Su propósito es contribuir mediante análisis conceptuales, a la dilucidación de problemas concretos.

Después, y durante varios años, me ocupé principalmente del derecho político y del derecho administrativo. Al igual que ya en mi época de estudiante, me interesaron también la filosofía y la teología. De una vinculación de estos intereses surgió el tema de mi trabajo de investigación *(Das Kirchliche Amt. Eine Kirchenrechtstheoretische Studie,* Munchen 1972). También aquí el objetivo es aclarar dentro de lo posible una materia controvertida -en este caso la teoría interconfesional e interdisciplinaria de la autoridad eclesiástica- mediante el análisis de conceptos jurídicos fundamentales (tales como autoridad, órgano, representación, persona jurídica, institución, etc...)

Durante mi actividad como profesor de filosofía y teoría del derecho, prescindiendo de una serie de trabajos ocasionales, he intentado establecer las bases de una teoría del derecho entendida como una teoría jurídica de los conceptos fundamentales del derecho y de la

ciencia del derecho. En mi opinión el carácter de una teoría jurídica está dado por el hecho de que para ella le es constitutivo un interés de investigación específicamente jurídico que a su vez se basa en la relación de la teoría jurídica con la dogmática jurídica y encuentra su expresión en la función rectora del conocimiento que posee la perspectiva del juez. En este sentido, una teoría jurídica adecuada a su objeto es una teoría pluridimensional cuyas tres dimensiones centrales, la analítica, la empírica y la normativa son unidas en una unidad a través de la función rectora de la perspectiva del juez.

A los mencionados estudios previos subyace esta concepción. Los más importantes de estos trabajos, en la medida en que fueron escritos o publicados entre 1970 y 1980, han sido reunidos en un volumen *(Recht - Moral - Ideologie. Studien zur Rechtstheorie,* Frankfurt/m. 1981). El libro contiene en parte contribuciones a la teoría y metodología de la teoría del derecho, de la dogmática jurídica y de la actividad de decisión judicial (¿Qué es y para qué sirve la teoría general del derecho?; Acerca de la autocomprensión de la jurisprudencia como ciencia; Acerca de la formación de la teoría en la jurisprudencia; Acerca de la problemática y situación de la interpretación constitucional; Constitución e ideología), en parte, contribución a la teoría del derecho otorgándose especial importancia a las interpretaciones y comparaciones de teorías jurídicas, filosóficas y sociológicas (Derecho y moral; Ser y deber ser. Observaciones acerca de la teoría pura del derecho de Kelsen; La teoría pura del derecho y la teoría marxista del derecho. Aspectos de una comparación de teorías; Acerca de la nueva formulación del problema de la justicia en la teoría de los sistemas de Luhmann; Acerca de la unidad de la filosofía práctica de Kant. La filosofía jurídica de Kant en el contexto de su filosofía moral; Observaciones acerca de la filosofía del derecho de Hegel). A esto se agregan algunos trabajos más recientes que se ocupan del problema del progreso desde una perspectiva teórico-jurídica, con la imagen del hombre en el derecho, la teoría básica de las normas de Kelsen, la teoría de la justicia y el irracionalismo en la ciencia del derecho. Además he llevado a cabo varias investigaciones sobre teología jurídica y teoría del derecho canónico, continuando así la temática ya tratada en mi trabajo de habilitación.

No quisiera dejar de mencionar que desde hace varios años mi trabajo científico se ha visto esencialmente beneficiado por mis conversaciones con el Dr. Robert Alexy, colaborador científico de mi cátedra quien acaba de concluir la redacción de su trabajo de habilitación.

3

Me parece que la situación actual de la filosofía y la teoría del derecho está caracterizada por dos tendencias opuestas pero mutuamente complementarias: por un proceso de especialización intradisci-

plinaria, por una parte y por un esfuerzo de teorizaciones reintegrantes, por otra. Ambas tendencias proporcionan conjuntamente la imagen de un pluralismo de teorías, metodologías y terminologías que impiden que un solo individuo pueda ser experto en todos estos ámbitos. Ante esta situación, es una cuestión de preferencias personales la decisión por el tipo de trabajo jus filosófico y teórico-jurídico que uno desee emprender. Personalmente sigo continuando el programa de una teorización integrativa en el sentido esbozado más arriba. Mi propósito es lograr una exposición completa de la teoría del derecho cuyas partes principales -después de una introducción al concepto, la historia y la metodología de la teoría del derecho- son: primero: una teoría general del derecho (con los capítulos: Concepto del derecho; La norma jurídica; El orden jurídico) y segundo, una teoría de la ciencia del derecho (con los capítulos: Concepto de la ciencia del derecho; Dogmática jurídica; Metodología jurídica).

(Trad. de Ernesto Garzón Valdés)

ES difícil contestar a esta pregunta brevemente. Ya es en sí mismo una cuestión filosófica qué es importante en la filosofía jurídica, y, de hecho, buena parte de mis escritos tratan este tema. De modo general puedo decir que me he ido concienciando progresivamente de la importancia de considerar la filosofía jurídica como parte importante de la filosofía moral y política y, por tanto, de la filosofía. Creo que nuestra materia ha sufrido de aislamiento, en el sentido que los conceptos legales pueden ser explotados por sí mismos de un modo útil, lo cual da como resultado un trabajo analítico estéril. He intentado poner especial énfasis en el hecho de que los conceptos jurídicos fundamentales, incluyendo la idea misma de derecho, son conceptos contestados o interpretativos, de tal modo que ya no pueden explicarse utilizando las formas convencionales de análisis conceptual o lingüístico que se usan para explicar, por ejemplo, el concepto de justicia. Por tanto, cualquier teoría del derecho competente debe ser ella misma un ejercicio de teoría moral y política normativa. Este punto de vista me ha llevado recientemente a estudiar la idea de interpretación como algo más importante para la teoría jurídica de lo que se había considerado hasta ahora, y también a estudiar la filosofía política ya que mi mayor preocupación ha sido la idea de igualdad. He intentado desarrollar una teoría de la competencia judicial que una estos otros campos con un estudio del proceso legal.

(Trad. de Albert Calsamiglia)

Mi trayectoria como docente e investigador de la Filosofía del Derecho ha estado unida (con la excepción de los últimos cuatro años, en los que la dedicación a los problemas filosófico-jurídicos ha sido prioritaria y casi exclusiva) a otra trayectoria paralela en ámbitos filosóficos más generales. Creo que he tenido la suerte de lograr que la segunda se haya visto subordinada y enfocada en relación con la primera, y no lo contrario, lo que ha redundado en beneficio de lo que considero las tareas imprescindibles de la filosofía del Derecho y de la labor del profesor universitario dedicado a ella.

Aunque inició mi carrera universitaria en el Departamento de Derecho Natural y Filosofía del Derecho de la Universidad Complutense, colaborando con los profesores Joaquín Ruiz-Giménez y Gregorio Peces-Barba y ocupándome en temas de Filosofía e Historia de los Derechos Humanos, unos años más tarde pasé a trabajar en la Cátedra de Ética y Sociología de la misma Universidad, aprovechando la «vuelta» a la Universidad española (1976) del profesor José Luis López-Aranguren. Este «cambio» no debe ser interpretado como una crisis vocacional, sino que surgió como respuesta a ciertos intereses intelectuales que en ese momento estimé prioritarios, y que en el marco tradicional de la Filosofía del Derecho eran tratados de manera menos directa. Entre estos intereses se encontraban la profundización en temas de filosofía general, como el problema de la racionalidad, el concepto de justicia y los fundamentos de la moral, la filosofía y metodología de las ciencias sociales, el análisis del lenguaje o la historia de las ideas en la España del último siglo. Lo aprendido en esos campos se lo debo principalmente a los profesores Elías Díaz, José Hierro y Javier Muguerza. Cuando, tres años después y debido al consejo de buenos amigos y a la invitación de los componentes del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma, volví a la Filosofía del Derecho, he podido comprobar la utilidad e importancia de esta ampliación de conocimientos, intereses, perspectivas y métodos.

Las áreas en que he trabajado hasta la actualidad giran en torno a la historia del pensamiento español, desde el último tercio del siglo XIX hasta la Guerra Civil, y sobre algunos problemas de Filosofía del Derecho (Teoría de la Justicia principalmente), Filosofía Política e Historia de los Derechos Humanos.

Mi interés por el pensamiento español es deudor de los trabajos de Elías Díaz y del estímulo de Gregorio Peces-Barba. Mis investigaciones en este campo han tenido motivos tanto teóricos como prácticos, no sólo conocer la historia de las ideas en España para comprender, al fin y al cabo, la historia de España, sino también hacer justicia y conectar con el pensamiento liberal, reformista y socialista humanista, trágicamente quebrado y conscientemente olvidado por los vencedores de la Guerra Civil. Dentro de este campo, ligado siempre con problemas de filosofía política y social que me han ayudado a dar sentido a la estricta

investigación histórica, he publicado un libro sobre la influencia del positivismo y del marxismo en el pensamiento socialista español y algunos artículos, varias recensiones y notas críticas, e impartido cursos y conferencias.

En el campo de la Filosofía del Derecho he trabajado en problemas relativos al concepto y justificación de la Filosofía del Derecho como reflexión sobre la racionalidad práctica y teoría de la Justicia. Dentro de la teoría de la justicia, concedo especial importancia a la teoría de los Derechos Humanos Fundamentales, tema que me empezó a interesar desde que fui alumno del profesor Gregorio Peces-Barba y sobre el que se inició desde aquel tiempo una colaboración con él hasta hoy ininterrumpida. Mis trabajos en este ámbito lo han sido sobre el problema de la fundamentación de los Derechos Humanos y en una amplia investigación, que en la actualidad llega al siglo XVIII, sobre su historia, elaborada en colaboración con Gregorio Peces-Barba y Liborio Hierro y dirigida por el primero.

También en los últimos meses he trabajado sobre las relaciones entre el Derecho y la Moral en la obra de H. Kelsen y H. L. A. Hart, para, a partir de ahí, plantear una crítica a algunos de los postulados del positivismo jurídico sobre el tema, como lo es el del relativismo moral. Además sigo con especial atención la producción de autores españoles en Filosofía del Derecho contemporánea, a la que he dedicado algunas recensiones.

Un tema en el que me he centrado los dos últimos años de trabajo ha sido el de la búsqueda de un principio de legitimidad del orden jurídico y político contemporáneo, y más concretamente de las sociedades desarrolladas de tradición liberal-democrática. Considero que ese principio de legitimidad debe ser democrático y tener una base de tipo contractualista. Ello me ha permitido entroncar con las corrientes contemporáneas que en líneas generales pueden ser evaluadas como neocontractualistas (J. Rawls, R. Nozick y J. Habermas, aunque siguiendo más de cerca la obra y aportaciones del primero).

En cuanto a los problemas, en relación con todo lo anterior, que a mi juicio es más preciso o más previsible que reciban una atención preferente en un inmediato futuro, pienso que entre los más necesarios como objeto de análisis por parte de los filósofos del Derecho podrían estar los relativos a la legitimidad de los ordenamientos jurídicos y los sistemas políticos, al fundamento y desarrollo de la democracia, a las razones de la obediencia y desobediencia al Derecho, a una superación crítica de la tradicional contraposición entre las posturas iusnaturalistas y positivistas, a la defensa de la paz y la seguridad jurídica como fines irrenunciables del Derecho, a la garantía de los derechos humanos fundamentales clásicos, al reconocimiento de nuevos derechos producto de las necesidades sociales, culturales y políticas del momento histórico presente y a la efectividad de todos ellos, a la elaboración de una teoría del Derecho menos interesada en los aspectos formales (sin

olvidar su importancia) y más en los del Derecho realmente vivido y del Derecho justo y a las relaciones entre los derechos de los individuos y la razón de Estado. Con respecto a los más previsibles, solamente puedo contestar en lo que a mí respecta, y ellos son los de la justificación y límites a la obediencia al Derecho, los de las relaciones entre moralidad privada, moralidad pública y Derecho y a la interpretación del Derecho y el papel de los jueces.

Por lo que se refiere a las vías más fecundas para abordar dichos problemas, las primeras deben presuponerse y son el sentido común, el pluralismo, la crítica, la agudeza como investigador, el análisis del científico, la síntesis del filósofo y la responsabilidad del ciudadano; en cuanto a las segundas, de tipo metodológico, lo son el conocimiento de los problemas históricos y actuales pertinentes y la interdisciplinariedad (filosofía moral, política y jurídica y ciencias sociales y su metodología). El reto es difícil, pero el camino es interesante, útil y necesario.

CURRICULUM

1.º Profesor titular de Derecho Natural y Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid.

2.º *Publicaciones:* Eusebio Fernández «Marxismo y positivismo en el socialismo español», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1981.

«Sociología y darwinismo», en Sistema 31, julio de 1979.

«Los becarios de Filosofía de la Junta para Ampliación de Estudios y sus repercusiones en la filosofía española anterior a la guerra civil», Cuadernos Salmantinos de Filosofía, n. V, 1979 (se trata de un resumen de mi contribución a una amplia investigación sobre la Junta para Ampliación de Estudios, dirigida por el profesor Francisco Laporta).

«Marxismo, positivismo y revisionismo en el pensamiento socialista español», en Actas del II Seminario de Historia de la Filosofía Española, Ediciones Universidad de Salamanca.

«Filosofía del Derecho, teoría de la Justicia y racionalidad práctica», en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, n. 64, 1982 (publicado también con algunas variaciones en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n. 45, México 1982).

«El problema del fundamento de los derechos humanos», en Anuario de Derechos Humanos Nº 1, Madrid 1982.

«El contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales», Anuario de Derechos Humanos N.º 2, Madrid 1983.

La investigación sobre la historia de los Derechos Humanos en la Edad Antigua y Medieval (Precedentes) será publicada en este año.

«Las relaciones entre el Derecho y la Moral en H. L. A. Hart» en vías de publicación en un número monográfico sobre Alf Ross, Herbert Hart y Norberto Bobbio de la Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso.

Recensiones a las obras de Liborio Hierro «El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del Derecho», en Sistema 49, julio 1982; Andrés Ollero «Interpretación del derecho y positivismo legalista», en Revista de Estudios Políticos, n.º 33, Madrid 1983 y Nicolás María López Calera «Introducción al Estudio del Derecho», que será publicada en el Anuario de Filosofía del Derecho.

Trabajo de investigación «Neocontractualismo y teoría del Estado», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, noviembre 1983.

NOUS avons eu l'occasion de souligner ailleurs[1] qu'un *système normatif* ne se réduit pas à un *système de normes,* pour cette raison que les propositions qui le constituent ne prennent pas toutes, il s'en faut de beaucoup, la forme d'une norme. Ainsi la logique déontique ne peut-elle nous aider à élucider le fonctionnement effectif de la rationalité pratique, en particulier morale et juridique, que si nous prenons bien garde à ne pas ériger les propositions proprement normatives en système indépendant, mais à les intégrer au contraire à un système assez large pour permettre leur articulation sur les simples jugements de fait.

Or, parmi ces jugements de fait, l'articulation des propositions normatives sur les jugements assertoriques ne soulève pas d'excessives difficultés, en sorte qu'il existe aujourd'hui des essais assez nombreux pour justifier logiquement ce que G. H. von Wright appelle *mixed expressions,* c'est-à-dire les expressions dans lesquelles assertions et normes s'engrènent les unes sur les autres. En revanche on ne peut encore en dire autant de l'engrènement des propositions normatives sur les propositions modales, dont l'observation du fonctionnement effectif de la rationalité pratique nous fournit pourtant de nombreux exemples.

Le seul auteur classique à *notre connaissance* à s'être sérieusement préoccupé de cette question est Leibniz, qui esquissa vers 1671, dans ses *Elementa juris naturalis,* une théorie de l'articulation des foncteurs déontiques sur les foncteurs modaux, dont nous avons rendu compte dans un article publié en commun avec Georges Kalinowski[2]. Dans la voie ainsi apparemment inaugurée il y a plus de trois siècles, nous avons essayé nous-même d'avancer directement à deux reprises différentes[3]. Nous voudrions ici nous appuyer sur les résultats précédemment obtenus et les éclairer, en nous servant cette fois des méthodes sémantiques, introduites dans l'analyse des logiques modales par Hintikka et Kripke, que nous n'avions pas utilisées dans les études que nous venons de mentionner.

Nous avions montré que la relation de la *nécessité* à *l'obligation* au niveau du sens commun n'était absolument pas univoque. Laissons même de côté la représentation, dont nous avions d'ailleurs trouvé la trace chez Leibniz et selon laquelle le rapport entre ces deux foncteurs serait une certaine forme d'équivalence, représentation qui ne peut co-

---

[1] Système normatif et système de normes, *Archives de philosophie du droit,* XIX, 1974, pp. 75-87.

[2] G. Kalinowski et J.-L. Gardies, Un logicien déontique avant la lettre: G. W. Leibniz, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie,* LX/1, 1974, II. Leibniz et l'articulation des prédicats déontiques sur les prédicats modaux, pp. 98-111.

[3] D'abord au chapitre II, *Les rapports entre normes et modalités,* pp. 75-107, de la 1ère partie de notre *Essai sur les fondements a priori de la reationalité morale et juridique,* L.G.D.J., 1972; ensuite dans notre article: Modalités et normes, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie,* LXII/4, 1976, pp. 465-474.

rrespondre qu'à des conceptions religieuses tres particulières. Il n'en reste pas moins que l'exercice de la rationalité pratique établit, selon le contexte, entre *nécessité* et *obligation* tantôt une *implication* de la seconde par la première et tantôt une *incompatibilité.* Parfois en effet nous considérons, avec Leibniz, que *omne necessarium debitum est* et, avec la sagesse des nations, que *nécessité fait loi;* mais nous considérons souvent, au contraire, qu'il n'y a pour nous de véritable obligation que de ce que nous avons la liberté de ne pas faire. Or nous voudrions maintenant assortir l'une et l'autre de ces deux conceptions d'une sémantique susceptible de servir chaque fois de base à une procédure de validation.

*

* *

A la conception, que nous appellerons *leibnizienne,* selon laquelle le *nécessaire* implique *l'obligatoire,* nous pourrions faire correspondre un modele sémantique analogue à celui que nous avions proposé dans notre article sur *La logique déontique et ses sémantiques possibles* [4]. Si nous figurons en effet le monde réel par un tableau-origine à deux colonnes, celle de gauche portant les propositions qui y sont vraies, celle de droite portant les propositions qui y sont fausses, il nous faut compléter cette représentation par celle des mondes éventuels qui s'ouvrent à la suite de cet univers immédiat; parmi ces mondes physiquement éventuels, chacun représenté lui-même par un tableau à deux colonnes, les uns, que nous qualifierons simplement de *positifs,* sont moralement ou juridiquement accessibles ou, si l'on préfère, autorisés, tandis que l'accès aux autres, que nous qualifierons de *négatifs,* nous est moralement ou juridiquement refusé. Nous avions admis une détermination de l'obligation, telle que la vérité de «Il est obligatoire que α» dans le monde-origine signifiait que «α» se trouvait dans la colonne du vrai de *tous* les univers positifs parmi les univers éventuels; à une telle obligation dite *forte* correspondait, par le jeu de la définition.

Il est permis que $\alpha \underset{\text{déf}}{=}$ Il n'est pas obligatoire que non α,
une permission *faible,* caractérisée par la présence de «α», dans la colonne du vrai *d'au moins un* univers positif. Mais nous avions en plus envisagé une permission *forte,* dont la détermination était telle que la vérité de «Il est permis que non «α» dans le monde-origine signifiait que «α» se

[4] *Logique et analyse,* 80, 1977, pp. 280-298. Cet article s'appuyait lui-même largement sur les résultats obtenus par Patrice Bailhache dans Sémantique pour des systèmes déontiques intégrant permission faible et permission forte, *Logique et analyse,* 79, 1977, pp. 286-316. Dans le présent paragraphe, nous ne cherchons à donner de nos propos antérieurs qu'un résumé sommaire, sans nous attarder à tous les détails indispensables à une compréhension intégrale.

trouvait dans la colonne du vrai de tous les univers négatifs parmi les univers éventuels. Puisque l'union de l'ensemble des univers positifs avec celui des univers négatifs se confond avec l'ensemble des univers éventuels et que l'addition à ce dernier ensemble de l'univers réel immédiat donne l'ensemble de tous les mondes possibles, la nécessité d'un contenu α peut se définir par la conjonction:

$$\Box\, \alpha \underset{\text{def}}{=} \alpha \;\&\; 0\alpha \;\&\; P' \sim \alpha$$

où les symboles • , 0 et P' expriment respectivement la *nécessité, l'obligation forte* et la *permission forte.*

Dans la mesure où une telle définition fait de *l'obligation* l'une des trois composantes de la *nécessité,* il est sur cette base tautologiquement vrai que celle-ci implique celle-là. Ce résultat est conforme à la conception leibnizienne, à laquel le nous ferons donc correspondre une sémantique reposant sur les quatre règles suivantes:

1) *Si 0 a apparaît à la gauche du tableau-origine, mettre a à la gauche de tous les tableaux positifs; ou, s'il n'y a pas de tableau positif déjà ouvert, en ouvrir un avec a à sa gauche.*
2) *Si 0 a apparaît à la droite du tableau-origine, ouvrir un tableau positif avec a à sa droite*[5].
3) *Si P' a apparaît à la gauche du tableau-origine, mettre a à la droite de tous les tableaux négatifs.*
4) *Si P' a apparaît à la droite du tableau-origine, ouvrir un tableau négatif avec a à sa gauche.*

Au moyen des deux premières règles, on obtiendra, les deux règles dérivées concernant la *permission faible,* sur la base de sa définition classique à partir de *l'obligation forte;* de même que la définition de la *nécessité* par conjonction de trois termes, que nous venons de voir, permettra de construire au moyen des quatre règles précédentes les deux règles dérivées concernant ce foncteur modal.

Donnons, pour illustrer la procédure, l'exemple de la validation de l'expression:

S'il est nécessaire que α, alors il est obligatoire que α

Si nous supposons que cette implication soit fausse, nous devons également supposer que son antécédent soit vrai (colonne de gauche du tableau-origine U_o) et que son conséquent soit faux (colonne de droite de U_o).

---

[5] Cette seconde règle revient en effet à dire que, s'il est faux *qu'il soit obligatoire que a*, c'est qu'il existe au moins un univers éventuel reconnu comme positif, dans lequel il est faux que α. Quant à la clause par laquelle se termine la première règle, elle répond à la nécessité de supposer l'existence d'au moins un monde autorisé, fût-il le moins mauvais, supposition sans laquelle l'implications de la permission (faible) par l'obligation (forte) ne se trouverait pas justifiée.

Il existe au moins un univers positif

U_o

$\Box\ \alpha$	$\Box\ \alpha = 0\alpha$ $0\ \alpha$

U_+

α	α

Mais si « 0 α » était faux en U_o, nous devrions ouvrir un tableau positif U_+ avec α à sa droite, c'est-à-dire admettre l'existence d'au moins un univers positif dans lequel « α » faît faux. Or la vérité de « α » en U_o, nous obligerait à supposer que « α » fût vrait dans tous les mondes possibles, notamment dans tous les mondes positifs, et, parmi ceux-ci, dans le monde positif dont notre démarche précédente nous eût conduit à admettre l'existence et dans lequel « α » se trouverait déjà porté au compte du faux. L'hypothèse de la fausseté de notre implication initiale aboutit donc à l'admission contradictoire de l'existence d'un monde éventuel positif où « α » soit à la fois vrai et faux. Ainsi la validation procède-t-elle comme une sorte de démonstration par l'absurde.

*

* *

À la conception selon laquelle le *nécessaire* est incompatible avec *l'obligatoire,* nous devrions faire correspondre un modèle sensiblement différent, dans lequel la supposition de la vérité de l'obligation de α dans le monde originaire entraînerait.

- non seulement la vérité de « α » dans tous les mondes éventuels positifs,
- mais encore, l'admission d'au moins un monde éventuel (qui, vu l'exigence précédente ne pourrait être que négatif) où « α » fût faux.

La réalisation d'un tel modèle appellerait le remplacement des deux premières des quatre règles antérieurement envisagées par les deux règles suivantes:

1') *Si 0 a apparaît à la gauche du tableau origine, alors*
   – *d'une part, mettre a à la gauche de tous les tableaux positifs, ou, s'il n'y a pas de tableau positif déjà ouvert, en ouvrir un avec a à sa gauche,*
   – *d'autre part, ouvrir un tableau négatif avec a à sa droite.*

2') *Si 0 a apparaît à la droite du tableau-origine, alors ouvrir un tabl eau positif avec a à sa droite ou mettre a à la gauche de tous les tableaux positifs ou négatifs (et dans ce cas ouvrir un tableau positif et un tableau négatif s'il n'y en a pas)* [6].

Mais, si nous retenons la définition classique de la *permission à*

[6] En effet «il est obligatolre que α » est faux dans une telle conception si et seulement si « α est faux dans quelque monde positif, à moins qu'il soit nécessaire que α, c'est-à-dire que « α » soit vrai dans tous les mondes éventuels.

partir de *l'obligation,* nous pourrons construire, sur la base des deux règles précedentes, les deux règles dérivées suivantes concernant la *permission faible:*

5') *Si P a apparaît à la gauche du tableau-origine, alors ouvrir un tableau positif avec a à sa gauche ou mettre a à la droite de tous /es tableaux positifs ou négatifs (et dans ce cas ouvrir un tableau positif et un tableau négatif s'il n'y en a pas).*

6') *Si P a apparaît à la droite du tableau-origine, alors*
– d'une part mettre a à la droite de tous les tableaux positifs, ou, s'il n'y a pas de tableau positif déjà ouvert, en ouvrir un avec a à sa droite,
– d'autre part, ouvrir un tableau négatif avec a à sa gauche.

Nous se pourrions plus, évidemment, dans une telle situation, construire les règles concernant le *nécessaire,* comme nous l'avions fait pour la première sémantique, sur la base de la définition

$\Box \alpha \underset{\text{def}}{=} \alpha \,\&\, 0\alpha \,\&\, P' \sim o$

Dans l'impossibilité de dériver ces règles, nous devrions poser deux règles originales comme

7) Si • α apparaît à la gauche du tableau-origine, mettre α à la gauche de tous les tableaux positifs ou négatifs.

8) Si • α apparaît à la droite du tableau-origine, ouvrir un tableau, positif ou négatif, avec α à sa droite.

Nous nous arrêterons à l'exemple de la validation de l'incompatibilité entre *nécessité et obligation,* caractéristique de la nouvelle sémantique. Pour que cette incompatibilité fût fausse, il faudrait que les deux termes fussent vrais l'un et l'autre. Or la supposition de la vérité de *«O a »* dans le tableau-originaire entrainerait l'ouverture d'un tableau positif, dans lequel « α » fût porté au compte du vrai, ainsi que celle d'un tableau négatif, où « α » fût porté cette fois au compte du faux. Mais la présence de « • *a* » dans le *vrai* du tableau originaire obligerait à inscrire *« a »* dans le *vrai* de tous les tableaux ouverts, y compris le tableau négatif où « *a* » figurait déjà dans la colonne du faux.

*

* *

Nous avons vu que les deux précédentes sémantiques reposaient sur l'admission aveugle de la définition.

Il est permis que $\alpha \underset{\text{def}}{=}$ Il n'est pas obligatoire que non *a*.

Or si l'aplication d'une telle définition à la première des deux sémantiques ne nous paraît pas appeler de remarque particulière (raison pour laquelle nous nous sommes même abstenu de donner dans ce cas les règles dérivées concernant la *permission faible),* son application à la seconde peut susciter des réserves. En effet si les règles 1' et 2' semblent bien conformes à un certain usage effectif du foncteur de *l'obligation,*

les règles 5' et 6', qui en sont pourtant dérivées, donnent de la *permission* une image moins courante. Suffit-il qu'une action soit *impossible* pour qu'elle soit *permise,* comme revient à le dire la clause terminale de la règle 5' et, comme on peut le vérifier en validant l'expression

$$\Box \sim \alpha \supset P\alpha \ ?$$

Il est ici curieux de constater la pratique du sens commun s'accorde très bien avec une acception déterminée de *l'obligation,* sans réussir à s'accommoder pour autant de l'acception correspondante (c'est-à-dire de l'acception obtenue par simple appel à la définition classique) de la *permission.* Ceci tient sans doute à ce que cette définition ne s'impose pas avec autant d'évidence que nous avons jusqu'ici paru l'admettre. On peut être amené à se demander si certains raisonnements ne tablent pas sur la combinaison du foncteur de *l'obligation,* tel que nous l'avons caractérisé par les règles 1' et 2', avec le foncteur de la *permission faible* qui, par voie de définition, correspondrait à l'obligation caractérisée par les règles 1 et 2, c'est-à-dire s'exprimerait par les règles:

5) *Si P a apparaît à la gauche du tableau-origine, ouvrir un tableau positif avec a à sa gauche.*

6) *Si P a apparaît à la droite du tableau-origine, mettre* α *à la droite de tous les tableaux positifs, ou, s'il n'y a pas de tableau positif déjà ouvert, en ouvrir un avec a à sa droite.*

Bref dans une telle hypothèse, quelle que soit la nuance conférée à *l'obligation forte,* la vérité de la *permission faible* de α signifierait strictement qu'il existe au moins un univers positif dans lequel « α » est vrai, tandis que sa fausseté signifierait strictement que dans tous les univers positifs « α » est faux. On pourra vérifier que, dans une telle situation, la plupart des rapports caractéristiques du *carré d'Aristote,* en particulier l'implication respective du *permis* et du *facultatif* par *l'obligatoire* et *l'interdit,* subsistent. Le seul trait qui empêche les quatre concepts en question de constituer un véritable *carré d'Aristote* est que *l'obligatoire* et le *facultatif* d'une part, *l'interdit* et le *permis* d'autre part cessent ici de former des couples de contradictoires; ils sont simplement deux à deux incompatibles. De plus les quatre termes ne peuvent plus se définir à partir, de l'un quelconque d'entre eux; l'usage de la négation ne permet désormais que deux interdéfinitions: celle de *l'obligatoire* et de *l'interdit,* celle du *permis* et du *facultatif.*

On peut vérifier que cette troisième sémantique maintient l'incompatibilité entre le *nécessaire* et *l'obligatoire* déjà obtenue avec la deuxième. Mais en ce qui concerne les relations entre *permis* et *possible, facultatif* et *contingent, permis* et *impossible, facultatif* et *nécessaire,* la troisième sémantique s'écarte de la deuxième pour se rapprocher de la première, comme on peut s'en rendre compte sur le tableau suivant, où se trouvent regroupées les relations logiques que chacune des quatre normes, *obligation forte, interdiction forte, permission faible,*

faculté faible, entretiennent avec chacune des quatre classiques modalités:

$\Box p \supset Op$	$Pp \supset \Diamond p$	$Op \supset \Diamond p$	$\Box p/Op$	$Pp \vee \Diamond p$
$\Box \sim p \supset O \sim p$	$P \sim p \supset \Diamond \sim p$	$O \sim p \supset \Diamond \sim p$	$\Box \sim p/O \sim p$	$P \sim p \vee \Diamond \sim p$
$Op = \Diamond \sim p$	$\Box \sim p/Pp$	$\Box p \supset Pp$	$Op \supset \Diamond \sim p$	$\Box \sim p \supset Pp$
$O \sim p = \Diamond p$	$\Box p/P \sim p$	$\Box \sim p \supset P \sim p$	$O \sim p \supset \Diamond p$	$\Box p \supset P \sim p$
		$Op/\Box \sim p$		
		$O \sim p/\Box p$		
		$Pp \vee \Diamond \sim p$		
		$P \sim p \vee \Diamond p$		

Les 16 relations figurant sur les trois premières colonnes sont validées par la première sémantique: les 16 relations figurant sur les trois dernières colonnes sont validées par la deuxième; enfin les 16 relations figurant sur les trois colonnes médianes sont validées par la troisième.

*

* *

On observera que la moitié des 16 relations, à savoir les 8 portées sur la colonne du milieu, sont communes aux trois sémantiques. Peut-être tenons-nous là l'explication de ce fait, d'expérience presque psychologique, que ces 8 relations paraissent plus intuitives et moins contestables que les autres, pour lesquelles notre tableau fournit en revanche le schéma même de leur posible contestation. Ainsi est-on conduit à l'hypothèse que les incertitudes de notre intuition rationnelle, soient à interpréter comme des oscillations d'une structure à une autre.

Mais, parmi les trois structures, entre lesquelles il nous a semblé que notre intuition hésitait, ne conviendrait-il pas de privilégier telle ou telle, qui se montrerait, en dépit même de ces hésitations, suffisante à rendre compte à elle seule de la rationalité mise en oeuvre dans ce domaine?

Remarquons d'abord que le problème ainsi posé n'est pas sans précédent et que la manière même dont la question a été antérieurement tranchée dans des situations analogues peut nous être de quelque secours pour décider du cas présent. Le précédent auquel nous pensons ici est celui de *l'implication:* lorsque Philon de Mégare au IVème siècle avant Jésus-Chist, Frege et Russell à l'époque moderne proposèrent de caractériser le «si... alors...» de nos langues indo-européennes par la

table de vérité devenue classique, les auteurs ne manquèrent pas (Diodore Cronos dans l'Antiquité, C. I. Lewis au XXème siècle), pour faire remarquer combien l'usage ainsi déterminé s'écartait des formes usuelles du raisonnement, telles que nous pouvions les observer; en particulier les critiques de l'implication philonienne ont avec raison souligné que l'usage de la table de vérité conduisait à considérer comme valides certaines implications nettement *paradoxales,* c'est-à-dire, que l'homme de la rue ou même le mathématicien dans la pratique de sa discipline ne se permettrait jamais.

Si donc nous proposions (et telle est effectivement notre intention) de privilégier l'usage déontico-modal correspondant à la première sémantique que nous avions rencontrée, on nous objecterait que l'implication de *l'obligatoire* par le *nécessaire,* que nous avions vue qui était justifiée par une telle sémantique, si elle pouvait s'harmoniser avec les conceptions juridiques et morales du jeune Leibniz, n'en heurte pas moins nos représentations ordinaires de la normativité, celles-là mêmes que nous prétendrions capter: qui pourrait admettre une quelconque *obligation* que deux et deux fassent quatre en arguant de l'incontestable *nécessité* de même contenu?

En essayant d'analyser en quoi consiste exactement le caractère dit *paradoxal* d'une telle proposition, nous serons amené à rejoindre dans le domaine déontico-modal des observations exprimées depuis longtemps déjà par Russell dans le cas de *l'implication.* Car si de telles procédures conduisent à valider des propositions que nous ne songerions jamais à admettre, ce n'est pas du tout que les propositions en question puissent nous mener à des conséquences fâcheuses pour notre cheminement rationnel ou éthique; c'est simplement que ces propositions n'exercent aucune efficace à l'intérieur du raisonement.

La table de l'implication philonienne justifie ce qu'on pourrait appeler des *implications vides,* c'est-à-dire essentiellement *vides de toute application:* si l'admission de la validité de l'implication dont l'antécédent est faux *(ex falso sequitur quodlibet)* est paradoxale, ce n'est nullement qu' elle menace la cohérence de l'édifice du rationnel; le caractère dérisoire d'une telle admission tient seulement à ce qu'elle est de nul effet, puisque l'usage courant de l'implication est le *détachement (modus ponens),* et que celui-ci n'est possible que si précisément l'antécédent n'est pas faux. De même le caractère paradoxal de l'implication de *l'obligatoire* par le *nécessaire* tient-il à ce qu'elle aboutit à justifier ce que nous appellerons des *obligations vides,* c'est-à-dire des obligations de contenu tautologique, qu'il est saugrenu de vouloir imposer à qui que ce soit, pour la bonne raison qu'elles s'imposent d'elles-mêmes.

Ainsi est-ce sur le terrain de la pragmatique et non sur celui de la syntaxe qu'il faut chercher la base de l'élimination des *obligations vides,* comme pour les *implications vides,* hors du discours rationnel. On n'a aucun intérêt à prendre des précautions syntaxiques pour leur interdire la possibilité d'être reconnues comme thèses possibles. Le silence

suffit, puisque leur caractère paradoxal s'épuise dans notre consciente de leur inutilité.

S'il n'y a aucun inconvénient à privilégier cette première sémantique, il y a de surcroît cet avantage que les 16 relations, entre modalités d'une part et normes de l'autre, se laissent alors, sur la seule base préalable du *calcul des propositions* enrichi des définitions du *possible* ou du *nécessaire,* du *permis* ou de *l'obligatoire,* déduire de deux axiomes qui peuvent être

$$Op \supset Pp$$
$$\Box p \supset Op$$

comme nous avons eu l'occasion de le montrer ailleurs[7]. Au contraire l'adoption de la deuxième sémantique en exigerait déjà quatre

$$\Box p \supset \Diamond p$$
$$Op \supset Pp$$
$$Op \supset \Diamond p$$
$$Op \,/\, \Box p \;;$$

de plus nous ne parviendrions dans ces conditions à éliminer syntaxiquement les *obligations vides* que nous avions rencontrées que par l'introduction compensatoire d'un autre type *d'obligations* ou *interdictions vides,* aussi paradoxales que les précédentes, en particulier

S'il est impossible que p, alors il est permis que p

Permettre l'impossible est bien aussi inoffensif et dérisoire *qu'obliger au nécessaire.*

Quant à la troisième sémantique que nous n'avions pas hésité à envisager, le prix, auquel elle parvient à éviter *obligations* et *interdictions vides,* nous paraît tout-à-fait excessif.

1) Sémantiquement il faudrait renoncer, nous l'avions vu, à la possibilité, pourtant bien ancrée dans la pratique rationnelle, de définir *obligatoire* et *permis, interdit* et *facultatif* les uns par les autres;

2) Syntaxiquement cette impossibilité de réduire le nombre des termes premiers par appel aux définitions multiplierait celui des axiomes nécessaires à fonder les 16 relations.

---

[7] Cf. Modalités et normes, p. 471.

DURANTE una prolongada estancia en Alemania (1958-1964), me dediqué entre otros temas, al estudio del pensamiento jurídico alemán de la posguerra, signado por un manifiesto renacimiento de las doctrinas del derecho natural. Dada mi formación kelseniana, no dejaban de inquietarme las fuertes acusaciones que en aquellos años se formulaban contra el positivismo jurídico, concretamente la Teoría Pura, a la que se hacía prácticamente responsable de la implantación del nacionalsocialismo. Ya en 1945 Gustav Radbruch había escrito una serie de artículos que parecían indicar un vuelco radical en su pensamiento y comenzado a utilizar una expresión que pronto sería aceptada por no pocos juristas alemanes: la «naturaleza de las cosas». Aunque la lectura de los escritos de Bobbio sobre el desarrollo del positivismo en Italia y la polémica de Hart contra Radbruch me habían convencido que la posición del nuevo jusnaturalismo alemán era insostenible, el hecho de que autores de tan diversa procedencia como el existencialista Maihofer, el tomista Schambeck y el marxista Bloch sostuvieran posiciones que cabían dentro de la designación general de la corriente de la «naturaleza de las cosas» despertó en mí una mayor curiosidad que se tradujo en los dos volúmenes que sobre este tema publiqué en 1970. Vistas las cosas 15 años más tarde, pienso que aquella obra tenía en el fondo una intención pedagógica: se trataba de un registro de libros que *no* valía la pena leer. O quizás sí: para ver de cerca la estrecha relación que suele haber entre términos tales como «derecho natural» o «naturaleza de las cosas» y lo que Stevenson llama «definiciones persuasivas»; para comprender la importancia del jusnaturalismo y del juspositivismo como ideologías y la falacia que implica la asimilación indiscriminada de una u otra corriente con sistemas políticos determinados. El descubrimiento del libro de Hans Helmuth Dietze, *Derecho natural del presente* (Bonn 1936), dedicado a la juventud del Führer, puso el punto final a este ciclo ya que era la prueba evidente de la importancia ideológica que el jusnaturalismo había tenido en la Alemania nazi para la justificación del régimen vigente desde 1933 a 1945. A Dietze dediqué también un estudio que, conjuntamente con otro sobre Ernst Bloch me sirvieron para exponer algunas ideas sobre la ideología del jusnaturalismo desde dos posiciones diametralmente opuestas.

Durante los diez años que ejercí la docencia en la Argentina (1964-74) mi preocupación se centró en el análisis de aquellos temas que Hart llama «recurrentes». Uno de ellos es sin duda el de la validez de las normas jurídicas. El estudio comparativo de seis modelos diferentes (Kelsen, Suárez, Hart, Austin, von Wright, y los juristas de la «naturaleza de las cosas») me permitió poner claramente de manifiesto la ambigüedad de la palabra «validez» reflejada en sinónimos parciales tales como «existencia de una norma o de un sistema», «membrecía», «obligatoriedad», «deber de obediencia», a la vez que encontrar significativas similitudes entre autores aparentemente muy distintos (como Suárez

y Kelsen). Una segunda cuestión recurrente es la vinculada con el soberano de un sistema jurídico y las posibilidades de su limitación legal. La posición radical de Austin sobre este tema, por una parte, y la existencia de disposiciones constitucionales vigentes, por ejemplo en la República Federal de Alemania, que establecen limitaciones al poder del soberano, por otra, me hicieron pensar en la necesidad de establecer una distinción que evitara inútiles discusiones a la vez que ofreciera una perspectiva aceptable para el tratamiento de la cuestión del llamado «derecho de resistencia». Introduje así los conceptos de «soberano$_0$» y de «soberano$_1$»; sólo con respecto a este último cabría hablar de limitaciones legales. El análisis del derecho de resistencia me llevaría años más tarde a tratar el problema de la desobediencia civil y las posibilidades de su justificación política, moral y jurídica.

Y un tercer tema recurrente es sin duda el de las relaciones de derecho y moral. La preocupación por este tema se acentuó posiblemente a raíz de la experiencia intransferible del exilio provocado por el tercer gobierno peronista en 1974 y la subsiguiente dictadura militar argentina. Para quien se había iniciado escribiendo contra los intentos jusnaturalistas de justificación de valores basados en la «naturaleza» del hombre o de las cosas, poner el acento sobre la ética podía desde luego significar echar todo por la borda y volver al punto de partida. Creo, sin embargo, que no es necesario caer en ontologismos, como los admitidos por los juristas que criticara, para evitar las vías del relativismo y del escepticismo éticos. La propuesta de reconstrucción del discurso moral ofrece, en mi opinión, una salida racionalmente aceptable, que permite inferir conclusiones valorativas que están libres de las objeciones que suelen pesar sobre las corrientes cognoscitivas. La lectura de la obra de Rawls fue en este sentido bien estimulante.

Pienso que el tema ético será uno de los problemas centrales de la filosofía del derecho en esta década. Es probable que a ello contribuya una toma de conciencia cada vez más aguda de la situación actual de la humanidad signada por el problema del hambre, de la guerra y de una persistente injusticia. Y no hay duda que también la cuestión fundamental de la legitimación del Estado es también, en última instancia, un problema ético-jurídico.

Y si quienes nos dedicamos a la filosofía del derecho en países como los hispánicos, llegamos a comprender que pensar y escribir sobre filosofía no es sentarse a meditar sobre el problema del ser en abstracto sino tratar de formular explicaciones sobre la realidad que nos rodea, no es difícil concluir que el tema de la relación entre validez y vigencia de las normas jurídicas es también un tema que habrá de ocupar en creciente medida a los juristas. La curiosa situación de sociedades que, a la vez que profesan una fe extraordinaria en el poder ordenador del derecho, viven sin mayor escándalo la casi total falta de vigencia de sus disposiciones legales, es motivo suficiente para analizar

más de cerca las cuestiones que tradicionalmente han sido incluidas dentro de la sociología jurídica.

No es necesario ser partidario de una «teoría crítica» como la de Horkheimer y Adorno o poner el acento sobre el «contexto de descubrimiento» como propicia Kuhn, para comprender que el interés de los temas filosóficos está condicionado por la realidad en que se vive. Y el filósofo del derecho no saldrá perdiendo si dedica también parte de su atención al estudio del tratamiento de problemas jurídico-políticos y jurídico-económicos en la línea de Norman Barry, Olson o Posner. Pienso que éste puede ser un enfoque adecuado para superar un cierto déficit de versión a la realidad que pesa no solo sobre la filosofía del derecho sino sobre la filosofía en general, en nuestros países.

LA mia vicenda di ricercatore di Filosofia del diritto è iniziata intorno alla metà degli anni '60, e la base di partenza di tutta la riflessione successivamente svolta è stata il positivismo giuridico come insieme di valori e atteggiamenti filosofico-giuridici di fondo, e la filosofia analitica come metodo dell'indagine filosofica.

Il mio primo lavoro di un certo impegno è stato l'analisi di una revisione critica particolarmente interessante sia del positivismo giuridico sia del metodo dell'analisi del linguaggio giuridico, cioè l'analisi della teoria dell'argomentazione, o nuova retorica, di Chaïm Perelman che allora si diffondeva, riscuotendo ampi consensi, nella cultura filosofica e filosofico-giuridica del mio paese. Di quella concezione mi attraevano lo spirito positivo e scientifico, per cui si chiedeva che ogni teoria del discorso giuridico e dell'interpretazione giuridica fosse suffragata da indagini svolte sull'effettivo modo di ragionare e di interpretare dei giuristi; e insieme il rifiuto delle rigidezze dello scientismo e del positivismo (in specie, riguardo all'assunzione di criteri precostituiti e rigidi di razionalità), nonché l'apertura alla storia. Non mi convinceva affatto, viceversa, la concezione perelmaniana del consenso dell'uditorio, e soprattutto dell'uditorio universale, quale criterio di razionalità delle scelte pratiche, che mi sembrava portasse ad una sorta di immobilismo giustificazionista.

Questa prima fase della mia attività di ricerca si concluse con la pubblicazione di un libro: *Gli argomenti di Perelman, dalla neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice,* Milano, ed. di Comunità, 1973, e di qualche scritto minore.

Dopo di che mi dedicai ad una ricerca di storia della filosofia del diritto, scegliendo un autore da sempre considerato «minore», Claude-Adrien Helvétius, che mi interessava soprattutto per l'inserimento nella trattazione delle questioni filosofico-politiche e filosofico-giuridiche della tematica della felicita. Negli anni '70 il tema sembrava ridiventato di attualità, ed a me interessava vagliare la conciliabilità di eudemonismo e garantismo, cosa che tentai di fare restituendo al suo tempo un autore troppo spesso frainteso od usato a pretesto di polemiche contingenti, e rintrancciando il suo pensiero autentico al di là delle manipolazioni dei testi compiute già immediatamente dopo la sua morte. Pubblicai così un secondo libro: *Diritto e felicità. La teoria del diritto in Helvétius,* Milano, ed. di Comunità, 1979.

Subito dopo sono tornata ad occuparmi del pensiero di Perelman, e di retorica in un senso più ampio e più generale; per dedicarmi quindi allo studio del ragionamento giuridico, studio nel quale sono attualmente impegnata. Il panorama dei primi anni '80 è caratterizato da una crisi profonda e diffusa del positivismo giuridico, e da un progressivo spostamento dell'oggetto dell'analisi filosofico-giuridica dal discorso del diritto al discorso dei giuristi. Oggi, se si prescinde dagli studi, pur essi certo in rigoglioso sviluppo, di logica deontica, sembra chiaro che l'ana-

lisi filosofico-giuridica non assume più tanto ad oggetto i procedimenti di fondazione delle norme e dei sistemi normativi, quanto i procedimenti di giustificazione delle decisioni pratiche e delle scelte di valore. E sembra che, delle complesse argomentazioni, delle ragioni molteplici addotte a motivazione di decisioni giuridiche, non interessino più solo quelle che assumono, quali premesse, delle norme giuridiche generali presupposte valide e delle proposizioni descrittive di fatti, ma anche tanti altri argomenti, altre volte ritenuti meri *obiter dicta,* nonché quelli che intendono giustificare l'accettazione di certe norme (di certi significati di esse), o quelli che si soffermano sulle conseguenze diverse delle diverse scelte ipotizzabili. Sembra, in definitiva, che dall'interno delle ricerche in tema di ragionamento giuridico giungano proposte di ampliamento dell'area del giuridicamente rilevante. E sembra che queste proposte siano tali da mettere in discussione alcuni almeno dei principi fondamentali del positivismo giuridico, pur senza giustificare in alcun modo gli eccessi antipositivistici di certo realismo giuridico, o di chi propugna un anacronistico ritorno alle concezioni del diritto naturale. Tali eccessi, non diversamente peraltro dagli eccessi legalistici e formalistici di un certo giuspositivismo, debbono restare ormai più solo un ricordo, collegati, come evidentemente sono, più a ragioni polemiche contingenti che a ragioni scientifiche di fondo.

Io credo che il fondamentale compito odierno della filosofia del diritto, intesa piuttosto genericamente come insieme di tutti quei discorsi «scientifici» sul diritto che assumono il diritto ed i procedimenti impiegati dai giuristi come un *problema* e non come un *dato* precostituito all'indagine, sia quello di ridefinire i confini tra dommatica giuridica, metodologia e teoria generale del diritto, in modo da guadagnare uno spazio ed uno statuto preciso alla teoria dell'argomentazione o del ragionamento giuridico. La teoria dell'argomentazione o del ragionamento giuridico dovrebbe a parer mio soprattuttopoter essere distinta con una chiarezza superiore a quella di cui oggi si dispone, dalla teoria dell'ordinamento giuridico, intesa quest'ultima come un capitolo della teoria dei sistemi normativi. Le regole del ragionamento e dell'argomentazione giuridica dovrebbero essere distinte più nettamente di quanto talora non si faccia dai criteri di validità delle norme, non dimenticando che altra cosa è la validità delle norme, ed altra cosa la validità dei ragionamenti. E si dovrebbe infine riconoscere che il problema oggi molto discusso dei rapporti tra diritto e logica non può essere suscettibile di un'unica trattazione e di un'unica risposta, sia che lo si intenda come problema della logica del sistema giuridico, sia che lo si intenda come problema della logica del ragionamento del giurista.

Condizione imprescindibile per poter operare correttamente una tale distinzione è a parer mio che venga finalmente sciolto l'intreccio che ha evidentemente radici profonde nella storia del pensiero giuspolitico, tra la problematica *logica* del ragionamento giuridico e la problematica ideologica della separazione dei poteri e della funzione degli organi

giurisdizionali, in particolare della subordinazione del giudice alla legge. Ciò fatto, ci si potra agevolmente accorgere della pretestuosità di tanti argomenti svolti nel corso di certe polemiche come quella, annosa e ricorrente, sul sillogismo giudiziale.

Per questo ritengo che la filosofia del diritto, e soprattutto la filosofia analitica del diritto, la filosofia del diritto intesa come analisi dei concetti e dei ragionamenti giuridici, debba tornare a prestare una giusta attenzione alla storia dei propri problemi, e che, sollevandosi al di sopra della cronaca di scontri tra correnti e scuole, si ricolleghi alle grandi tradizioni, ai grandi filoni del pensiero filosofico-giuridico.

LAS indicaciones, que se hacen por la Redacción al invitar a participar en esta encuesta, parecen encauzar la respuesta, a fin de evitar una excesiva dispersión. No sé si lo lograré, pero, por mi parte, prometo ceñirme a lo propuesto: la circunstancia personal, primero, y el contexto global con dimensión de futuro. Y todo ello con brevedad. A lo Gauguin y mutilándolo: *de dónde* viene cada uno y *a dónde* vamos algunos.

1

La introspección es arriesgada. Remedando el cervantino atisbo de que cada uno es hijo de sus obras, y sin olvidar la admonición orteguiana de que, además, uno es hijo de su circunstancia, me aventuraré a trazar el camino por mí recorrido por ahora en la filosofía jurídica española, esto es, de la interpretación hecha hasta aquí en ese escenario en el que aparece uno cuando se le concede o se conquista un papel. Ciertamente, siguiendo la metáfora clásica, diría que todos somos actores. Pero me apresuraría a añadir que no todos sin embargo cuentan con un texto de Shakespeare.

En la Universidad de Madrid -no había entonces más que una- concluí mis estudios, elaboré y «defendí» mi tesis doctoral y seguí la larga travesía del desierto -unos trece años- en solitario y con la amenaza, hecha con brusquedad por quien entonces otorgaba o negaba el pan y la sal, de que «nunca llegaría a nada» (ruego no se confunda a Juan Benet con un catedrático extremeño). Desde luego, como para otros de mi hornada, se tardó en atisbar el dasis y la palma datilera. Los espejismos ayudaron a seguir adelante, esperando, como así sucedió, que, al contrario de la narración bíblica, las murallas de Jericó se desmoronaran no por el incansable trompeteo de quienes estibamos fuera merodeando, dando vueltas, como por el de los que empezaron a hacer lo mismo en el patio de armas de la fortaleza. Una parábola que, con irresistible tentación, se puede aplicar a la evolución general española iniciada en los años sesenta, precisamente cuando comencé mi periplo académico.

Por lo dicho, podría parecer que uno, desde el comienzo, tenía más preocupación por la «institución» que por la «ciencia». Síntoma de ello pudiera parecer, además, la constancia en seguir viviendo del «trauma» de una experiencia sangrante, que convendría olvidar ya. Aparte de que soy de la opinión -avalada por la experiencia- de que un verdadero enemigo no te abandona nunca, y de que si bien puede ser flaca la memoria no lo es el olvido, teniendo pues en cuenta todo eso, añadiré que no hay biografía intelectual que no deba contar con las instituciones universitarias, sobre todo cuando fuera de ellas -cátedras, departamentos, oposiciones, mecenas, becas y concursos- no hay salvación.

Creo que las tres cátedras de Filosofía del Derecho, en las que uno

podía integrarse en Madrid para iniciar su viaje personal e institucional y a comprobar roces y distanciamientos entre su «ego» y el «superego», constituían un mapa de la situación, a falta sólo de islas adyacentes que pretendían y conseguían ser hegemónicas. Una opción estaba representada por el tomismo de raíz italiana decimonónica y de estilo clerical. Más que filosofía jurídica era una filosofía moral, que aun alejada de la ciencia del derecho, legitimaba paradójicamente la mentalidad de los tratadistas, de los jueces y de los funcionarios: el derecho natural confesional. La segunda opción también se inspiraba en el tomismo, pero esta vez contagiado de la misma elasticidad con que iba informando y se iba adaptando la denominada «doctrina social de la Iglesia», capaz de aglutinar la doctrina lockiana del origen de la propiedad en el trabajo, o la «función social de la propiedad» formulada inicialmente por un socialismo moralizador, o los «derechos humanos», suculento patrimonio de la laica Ilustración. Desde la filosofía jurídica, este tomismo, con las flexiones oportunas, podía hacer suyos, sucesivamente y con mayor o menor esfuerzo simplificador, a Hauriou, Froom o Bloch.

Por último señalaré la tercera opción, la adoptada por mí al terminar mis estudios en Madrid: Legaz Lacambra. Conocedor sin reparos y con menos filtros que otros de lo que en filosofía jurídica se elaboraba fuera de nuestras fronteras, y del patrimonio anterior a la guerra civil, Legaz aglutinaba, no siempre con fortuna, y desde una exigencia recóndita pero no ausente de ortodoxia, el normativismo kelseniano, el sociologismo de Gurvitch y el relativismo neokantiano de los valores. Su mente se había formado en la fase agónica del período de entreguerras y de la eclosión cultural de Weimar, y contaba con el mismo fondo cultural compartido por los hombres más válidos de la II República. A esas alturas, además, algo de escepticismo y de resignación se había adueñado de su talante. Su obra era mejor y más amplia que la hecha por los representantes de las dos opciones anteriores. Y si bien éstos y el mismo Legaz ocuparon parcelas de poder en el régimen político, la actitud preponderantemente intelectual de Legaz era superior.

La descripción del panorama creo que deja asomar la esquizofrenia de mi opción: de una parte, la ortodoxia de la filosofía tomista, única enseñada entonces en la escuela y en la Universidad, de otro lado, la ansiada creatividad de un pensamiento que se moviera a sus anchas, con zozobras e inseguridades, respirando el aire de una atmósfera secularizada. Además, había que evitar el efecto de rebote producido por una educación impuesta: la actitud religiosa de quien se abraza a la heterodoxia, o la del ateo que odia a Dios. Había que evitar asumir, por ejemplo, el existencialismo, o el marxismo más indiferenciado como filosofías «salvadoras».

A la vista de todos esos antecedentes, se explica tal vez, en una época en que las tesis doctorales de nuestra «disciplina» giraban en torno a los teólogos escolásticos españoles del XVI y XVII, la elección

de tema y la elaboración de mi estudio: *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo* (1969). Se trataba de saltar por encima de lo inmediato y descubrir lo anterior, hasta entonces sólo intuido. La historia, ese corrosivo que todo lo relativiza, permitía además detectar discordias y concordias, logros e insuficiencias, y abría la posibilidad de preparar un solar, colmatado con válidos materiales, y sobre el que construir sin más guías que las propias sapiencia y conciencia. Ese solar que, a partir de entonces fue recorrido y rastreado por otros estudiosos, mantiene vigente su esquema inicial dentro de nuestra comunidad científica. Incluso una demanda cultural, a la que conviene atender con selectividad, me sigue obligando todavía a repasar una y otra vez la temática *(Krausistas y liberales,* 1975), ampliada incluso por quienes se han integrado en el Departamento de Zaragoza desde 1974.

Las circunstancias académicas, de por sí adversas, me permitieron, sin embargo, permanecer en Alemania prácticamente los años que median entre 1964 y 1970. El eufemismo «circunstancias académicas» puede concretarse, por ejemplo, en el hecho de que la oposición por la que llegué a catedrático duró más de cinco años, y sus ejercicios fueron interrumpidos en dos ocasiones por efecto de dos recursos contencioso-administrativos, sustanciados ante el Tribunal Supremo. Un verdadero sarcasmo jurídico, una caricatura de filosofía jurídica, que me invitaba a evadirme de la circunstancia española. En Munich, Karl Engisch o Karl Larenz me introducían en la metodología jurídica, entonces agitada en sus planteamientos ante los ataques de la tópica. Axioma y deducción, frente a problema y argumentación. De todo ello me percataba en su raíz, escuchando las lecciones y leyendo los escritos de Hans Georg Gadamer. La presencia en las cercanías de Munich, en Starnberg, de Jürgen Habermas me abría el horizonte de la escuela de Frankfurt. Fruto de todo ello eran mis primeras elaboraciones teóricas *(Derecho e ideología,* 1969; *Rechtstheorie und Rechtspraxis,* 1970), más valiosas, a mi entender, en lo que tienen de formulación de un punto de vista, que en la formulación de unas bases de diálogo con el racionalismo crítico, la teoría sistémica, la hermenéutica o la filosofía del lenguaje. De todas formas, dentro del ámbito de la filosofía jurídica española, se trataba de la primera toma de contacto con esas corrientes, y de la ampliación de esa misma filosofía a problemas metodológicos. Hasta entonces -hasta repasar la bibliografía- nuestra filosofía del derecho se hallaba enfrascada en el debate del «renacimiento iusnaturalista» de la posguerra y en los devaneos existencialistas sobre la «naturaleza de la cosa». También creo de rigor apuntar que -como ya constató González Vicén- por primera vez en unas oposiciones -las que hice en 1969, sin éxito- se abordó esta temática. Mal que nos pese, la institución de las oposiciones ha permitido poner al día, en más de una ocasión, a miembros de tribunales y a opositores perezosos.

Si de esa noticia se pasa a una construcción algo más personal, habrá que remitir al trabajo *Razón práctica y razón jurídica* (1977), que

intenta evitar el aislacionismo de la filosofía jurídica más orgullosa de sí misma -la neokantiana- y reconducirla a la «filosofía práctica», a la filosofía política. Paradigmas lejanos de todo ello se esbozaban en estudios sobre el «derecho natural clásico» (1968), sobre Hegel (1970) o sobre Pascal (1977). Pero en todo caso se trataba de dialogar, en el ámbito jurídico, con quienes estaban replanteando la relación teoría-praxis, ciencia jurídica y resolución de conflictos. Como horizonte final, se iniciaba una reflexión sobre la «teoría consensual» de la verdad, esto es, de los «valores» jurídicos, de la «justicia». Esas mismas preocupaciones se contagiaban cuando se trataba de abordar algún tema metodológico *(La motivación de las decisiones jurídicas,* 1980).

2

Esos antecedentes permiten preparar el terreno sobre el que elaborar más ampliamente tres temas centrales de la filosofía del Derecho, en los que ahora me empeño, una vez pertrechado de un buen cúmulo de incongruencias, ambigüedades, desazones y agnosticismos.

Algunos de esos temas y sus vías de hipotético mejor tratamiento ya fueron abordados en Un futuro *posible de la Filosofía del* Derecho (1975). Señalaría ahora brevemente el alcance de esos tres puntos, que creo que, como exige el cuestionario de la encuesta, ocupan el inmediato futuro.

A. La Filosofía del Derecho, ni tiene un contenido fijo, ni un método prefijado. Pero sí mantiene una exigencia: suministrar a la praxis jurídica una metateoría, que permita una reflexión, y por tanto una crítica de la forma normativa en que se aborda dicha praxis, así como una posibilidad de aportar otro modelo de relación «teoría-praxis». El esquema «norma-caso», como técnica jurídica de resolución de conflictos en una sociedad diferenciada, ha de ser repensado. Con ello, en consecuencia, ha de volver a articularse la relación «general-particular», que en un Estado liberal o en un Estado planificador se presenta de distinta manera que en un Estado gestor, fisonomía del Estado que hoy tiende a dominar, ya que actuando todavía y aparentemente con la técnica de leyes generales, resuelve mediante leyes-acto.

B. De acuerdo con ello, los temas centrales «dogmática jurídica» y «sistema jurídico» han de estudiarse desde la consideración del derecho como «técnica social», esto es, desde una consideración sociológica. El mismo punto de vista ha de servir para la elaboración, entre nosotros, de una ausente «ciencia de la legislación», que recoja el ideal ilustrado y lo actualice en función de la presente teoría sociológica.

C. Sin considerar «extrasistemático» el tema de la «justicia», como igualdad y distribución, hay que tratarlo no obstante en consonancia con los dos planteamientos anteriores. Ninguna apelación moralizante, ninguna «retórica del humanismo» puede ser aquí válida, tras las experiencias históricas acumuladas. Tampoco una mera referencia a los «de-

rechos humanos» puede justificar pereza mental. El contenido de esos «derechos», su determinación, exige un planteamiento teórico riguroso y plural, no alejado de la formulación de la «acción comunicativa», y de una teoría «consensual» del conocimiento. En todo caso, no puede olvidarse la «razón económica» en el tratamiento de la justicia, así como en la reformulación de los «derechos humanos». Las dosis de justicia exigibles y justificables en una sociedad compleja han de obtenerse en el marco de explicación social que ofrece hoy el modelo, no la técnica, informático.

MIS inquietudes acerca de la filosofía del derecho se iniciaron en 1960, aun tiempo antes de recibir el título de abogado; y se vinculaban en un principio a la teoría general. Por aquella época concebí algunas ideas sobre el concepto de validez que, algo más meditadas, constituyen aun hoy el centro de mi tesis doctoral, a medio escribir luego de veinticuatro años de urgencias e incertidumbres.

La orientación de la enseñanza en Buenos Aires (Gioja, Vernengo, Alchourrón, Bulygin) me llevó rápidamente a prestar atención al lenguaje de la argumentación jurídica (naturaleza y funciones del ejemplo) y poco más tarde a intentar la formalización de los conceptos (los predicados de obligación, la definición de la nulidad). Pero no abandonaba por ello la teoría general: en 1973 preparé un pequeño trabajo crítico sobre el concepto de propiedad en Alf Ross.

Mientras tanto, la idea de formalizar conceptos y razonamientos me acercó a la informática jurídica, cuyas perspectivas (en la variante de gestión) me fascinaron. Teniendo en mente la idea del juez mecánico, comencé a imaginar procesos de decisión automática (1973) y a advertir el impacto que el mero planteo de la posibilidad de tales procesos tendría sobre la confusa y a menudo contradictoria escala de valores en la que se mueven los juristas.

Hacia 1980 investigaba ya simultáneamente en tres direcciones: la lógica (un libro sobre lógica preposicional y deóntica, en colaboración con Delia Teresa Echave y María Eugenia Urquijo), la teoría general (un artículo acerca de las ideas de Hart, fundado en estudios muy anteriores y concebido desde la óptica de mi inacabada tesis) y la informática jurídica (dos artículos sobre la formalización del razonamiento, con vistas a la construcción de procesos de decisión automática).

Tal tendencia se mantiene aun hoy, a favor de diversas actividades docentes y académicas: he investigado el valor de la autorreferencia normativa, analizado el concepto de acción, considerado el problema de las lagunas del derecho y publicado (en colaboración con Alejandro M. Ghigliani y Ricardo V. Guarinoni) un libro sobre epistemología, cuya continuación estamos escribiendo. Mientras tanto, tengo en elaboración un trabajo que trata de unir la informática jurídica a una suerte de cibernética social, con vistas a integrar el derecho, en un enfoque operativo totalizador, como subsistema del sistema social general.

Considero que el crecimiento de la filosofía del derecho en sus diversas dimensiones puede acabar por unir éstas en una visión clarificadora y desmitificadora, y por esto mis proyectos actuales siguen moviéndose en varias direcciones: la epistemología (continuación del libro ya mencionado), la filosofía del lenguaje (proposiciones de futuro), la lógica deóntica (análisis de sus condiciones extrasistemáticas), la teoría general (terminación de la tesis, confección de un pequeño libro que replantee los temas tradicionales de la filosofía del derecho positivista) y la informática y la cibernética jurídicas (publicación de un volumen

sobre el tema). Cuáles de estos proyectos puedan desarrollarse en realidad, y cuáles alcancen algún resultado positivo, son reflexiones que no pasan por ahora del nivel de la conjetura.

En cuanto al planteo futuro de los problemas, tengo una gran confianza en la informática jurídica. No tanto (ni tan sólo) por los adelantos que en este campo puedan lograrse, sino especialmente por la creciente precisión y el inevitable pragmatismo con que la informática encauzará el pensamiento de los abogados. Frente a la construcción de un programa operativo no vale declamar principios ni redondear sofismas: es preciso adoptar una gran cantidad de decisiones y establecer minuciosas preferencias. Esto llevará a clarificar el caótico panteón axiológico de los juristas y a adoptar un lenguaje menos discursivo; a advertir el resbaladizo matiz que separa los ideales de los intereses y a plantear sus controversias en términos unívocos y descarnados.

El análisis del lenguaje, la lógica deóntica, la epistemología jurídica y la teoría general del derecho servirán entonces como peldaños; no para subir al paraíso de los conceptos sino para descender a la tierra y traducirse en resultados concretos para quienes vivimos en ella. Tal vez puedan entonces sentarse las bases de una *ciencia* del derecho y de una *ciencia* política. Son muchos los caminos que conducen hacia ese objetivo, pero el vehículo apropiado para recorrerlos es uno: la *desacralización* del pensamiento jurídico y político.

PARA mí tiene interés primordial las cuestiones básicas de la ética jurídica o, dicho de otra manera, la fundamentación metajurídica de las normas: ¿desde qué punto de vista es posible fundamentar o justificar instituciones o normas sociales? Es claro que de las respuestas a esta pregunta depende si y hasta qué punto pueden fundamentarse o justificarse determinadas exigencias a un *orden jurídico* y sus normas centrales.

Para quienes como yo niegan la posibilidad de un conocimiento normativo, sobre todo de un conocimiento moral, puede haber sólo una forma subjetivista de fundamentación: una norma está fundamentada para una determinada persona cuando esta norma es adecuada para servir los intereses de esta persona. Esta posición inicial no tiene por qué conducir necesariamente al caos ético. Pues por una parte, existen ámbitos en los cuales hay una amplia coincidencia de los intereses de los individuos de una sociedad. Y por otra, no pocas veces puedes encontrarte normas que pueden ser consideradas como fórmulas de compromiso de intereses originariamente divergentes.

Es evidente que para un principio de fundamentación de este tipo tienen la mayor relevancia los datos empíricos sobre los hombres. Además, tiene importancia la moderna teoría de los juegos, en la medida en que investiga comportamientos racionales de decisión bajo las condiciones de la interacción social.

Según mi concepción, tampoco principios morales como los de la exigencia de imparcialidad o de una distribución justa tienen que ser presupuestos como ya dados para la fundamentación del derecho sino que, a su vez, tienen que satisfacer las exigencias del mencionado modelo de fundamentación individual-racional. Una moral social positiva, al igual que un orden jurídico positivo, tiene que ser considerada, desde esta perspectiva, como institución social que puede ser puesta en duda por el individuo desde el punto de vista de sus propios intereses a largo plazo.

(Trad. de Ernesto Garzón Valdés)

«Il est un âge dans la vie
où chaque rêve doit finir,
un âge où l'âme recueillie
a besoin de se souvenir.»
(Chanson populaire)

EN réponse à la première des questions posées par les éditeurs en quête de contributions au numéro initial des *Cuadernos de filosofia del derecho,* question concernant l'itinéraire suivi dans la recherche en philosophie du droit et, le cas échéant, l'apport personnel de l'interrogé, j'évoquerai ma rencontre avec la philosophie du droit et mon cheminement à travers elle. Je m'arrêterai à la solution d'un problème que je ne prétends nullement avoir trouvée. Dans l'aire européenne, elle pointe dès l'antiquité. Mais, indiquée de manière plutôt allusive, présentée dans un langage métaphorique, elle est plus implicite qu'explicite non seulement chez les anciens mais encore de nos jours. Le problème étant important, voire fondamental, dès que j'en ai pris pleinement consciente, j'ai éprouvé le besoin d'en dégager la solution en prenant soin de l'exposer avec toute la rigueur de la pensée et avec toute la précision du langage dont j'étais capable. C'est en cela seulement que j'ai essayé d'accroître tant soit peu l'héritage reçu.

1. *Ma rencontre avec la philosophie du droit*

Bien que les rédacteurs de *Cuadernos* demandent explicitement de ne pas revenir sur la conception et la méthode de la philosophie du droit, thèmes sempiternels, pour l'intelligence de ce qui suit il m'est impossible de ne pas dire -je le ferai aussi brièvement que je pourrai- comment je vois la philosophie du droit. Certes, mes années d'enseignement mis à part, je l'ai déjà dit ailleurs à plusieurs reprises (la première fois depuis que j'ai quitté l'université pour le CNRS, en répondant, en 1962, aux questions de l'enquête des *Archives de Philosophie du Droit* sur la philosophie et la théorie du droit[1]). Mais il importe de le redire ici, ne serait-ce qu'en quelques mots.

Dès mon premier contact avec la philosophie du droit (je vais y revenir) -peut-être parce qu'elle m'a été présentée ainsi par mon maître d'alors Czesław Martyniak- j'ai pensé, et je pense toujours, qu'elle est une discipline *simpliciter* philosophique et seulement *secundum quid* juridique, quelque intérêt qu'elle possède tant pour les juristes que pour les philosophes. Partie organique de la philosophie, elle a sa place en philosophie de l'homme où elle prolonge et complète la philosophie morale (ce qui explique qu'un Aristote ou un Thomas d'Aquin l'expose-du moins pour ce qui est de l'essentiel- le premier dans *l'Éthique à Nicomaque,* le second

[1] o. c., 7(1962), pp. 127-130.

dans sa *Somme de théologie,* oeuvre de moraliste au niveau à la fois théologique et phi losophique).

Aussi s'apparente-t-elle à la philosophie de l'être laquelle, base de toute la philosophie, la sous-tend comme elle sous-tend les autres parties de la philosophie. En effet, de même qu'en philosophie de l'être, le philosophe s'interroge sur les êtres donnés dans notre expérience et en cherche la raison d'être, la cause du fait qu'ils sont (de leur existence) et la cause de ce qu'ils sont (de leur essence), de même en philosophie du droit -«droit» désigne, pris au sens propre, le juste, pris au sens dérivé, les normes juridiques, c'est-à-dire les normes du comportement assurant le juste-, il s'interroge sur la raison d'être du juste et de ses normes, donnés, l'un et l'autre, dans notre expérience. Qu'est-ce qui explique que les normes en question obligent (ce en quoi consiste leur existence spécifique) et qu'elles ont tel contenu et non tel autre?

Il va de soi qu'aujourd'hui cela se dessine dans mon esprit bien plus nettement qu'au cours de mes études à l'université catholique de Lublin. Mais tout était quand même contenu, plus ou moins implicitement sinon explicitement, dans l'enseignement qui m'y était dispensé par Czesław Martyniak prématurément et tragiquement disparu (pris comme otage par les nazis en automne 1939, il a été fusillé la veille de Noël, avec neuf autres détenus comme lui, sans autre raison que la tactique d'intimadation de la population par l'occupant). Disciple de Jacques Maritain à l'Institut catholique de Paris où, en 1931, il a soutenu sa thèse *Le fondement objectif du droit* d'après saint Thomas d'Aquin[2], Czesław Martyniak assurait à notre faculté, outre l'enseignement de l'introduction à l'étude du droit (1ière année), celui de la philosophie du droit (4e année). C'est à son cours introductif où la philosophie du droit était mentionnée à côté des autres disciplines juridiques que j'en ai entendu parler pour la première fois. À quoi était due cette rencontre et qu'en est-il sorti?

L'homme propose, Dieu dispose. J'ai été très attiré par les lettres classiques (j'ai fréquenté un collège où l'on apprenait le latin pendant huit ans et le grec pendant cinq ans, l'un et l'autre à raison de 6 heures par semaine dont une de culture antique qui faisait tout particulièrement mes délices). C'était ce que je désirais étudier après mon baccalauréat. Mais mon professeur de grec et de latin en terminale (Dieu ait son âme!) m'a à son insu découragé ou plus exactement le manque d'assurance de l'adolescent que j'étais interprêter de travers un propos banal, mais qui eut néanmoins comme conséquence mon inscription à la faculté de droit (j'ai marché sur les traces de mon père, avocat).

Parti étudier le droit, j'ai rencontré la philosophie: je n'étais visiblement pas fait pour être juriste. En tout cas la philosophie l'a emporté sur

---

[2] Martyniak [31].

le droit, quoique découverte à travers la philosophie du droit que je n'ai jamais tout à fait abandonnée, mais qui ne m'a pas non plus retenu toujours sur son terrain. Je l'avoue pour être sincère. Ceci dit, je m'en tiendrai dorénavant à la seule philosophie du droit. Je m'y suis trouvé affronté dès le début à son problème essentiel, le problème du fondement de la force obligatoire des normes juridiques positives (humaines bien entendu et non divines -je n'étais ni canoniste ni théologien). Ce fut à deux reprises le problème de mon maître Martyniak: il en a étudié la solution apportée par sai nt Thomas dans sa thèse de doctorat de 1931 et dans sa thèse d'habilitation (ce qu'on appelle la thèse d'État en France) la solution proposée par Hans Kelsen. Sous l'influence de mon professeur il est devenu à son tour mien: dans ma thèse de doctorat de 1948, imprimée l'année suivante, j'en ai discuté la solution duguitienne[3].

Pourquoi les normes juridiques données dans notre expérience, c'est-à-dire le droit positif humain, obligent-elles? Elles sont contingentes: elles ont été édictées, mais auraient pu ne pas l'être et pourraient être autres qu'elles sont. Or c'est le nécessaire qui explique en dernière instance le contingent. De même que, en philosophie de l'être, Dieu, l'être nécessaire, explique l'existence et l'essence des êtres donnés dans notre expérience, êtres contingents, de même le contenu et la force obligatoire des normes juridiques positives trouvent leur explication ultime dans la loi divine. Vu la simplicité absolue de Dieu, la loi divine n'est pas autre chose que Dieu lui-même en tant que notre loi. Dieu étant éternel, elle est appelée -vue sous cet angle-là- «loi éternelle». C'est Dieu en tant que *regula et mensura humanorum actuum,* selon l'expression latine de l'Aquinate[4]. Manifestée ou, pour employer le terme technique juridique, promulguée dans la nature de l'homme, elle est nommée «loi naturelle». En effet, la loi divine est comme la lune: elle a deux faces, une face visible et una face invisible. La première c'est celle que nous voyons et appelons «loi naturelle», la seconde c'est celle que nous ne voyons pas et nommons «loi éternelle».

Si notre langage inadéquat permet de dire que la loi éternelle existe en Dieu en tant qu'il nous règle et mesure *(sicut in regulante et mensurante),* il convient de dire de la loi naturelle qu'elle existe en l'homme en tant qu'il est réglé et mesuré *(sicut in regulato et mensurato),* bien que, au fond, nous n'ayons affaire qu'à une seule loi, la loi divine[5].

---

[3] Kalinowski [49].

[4] Thomas d'Aquin [El], *Summa theologiae,* I-a II-ae, q. 90, a. 1, resp.; q.91, a.1, resp.; et q.92, a.1, resp.

[5] Thomas d'Aquin [El], o.c., I-a II-ae, q. 91, a. 2, resp.; cf. I-a II-ae, q. 91, a.4, resp. La loi éternelle et la loi naturelle sont certes une seule et même loi, la loi divine. Mais lorsque saint Thomas emploie le terme *«lex divina»,* il s'en sert pour ne désigner que la loi divine positive (loi de l'Ancien et du Nouveau Testament). Cela ne signifie nullement qu'il refuse le caractère divin à la loi éternelle ou à la loi naturelle. Bien au contraire.

La loi divine en tant que loi éternelle ne nous est pas directement connue. Mais elle nous est indirectement accessible, étant promulguée implicitement dans et par la nature humaine, au sens technique philosophique du terme «nature» signalé déjà par Aristote dans ce mini-glossaire philosophique que constitue le livre Δ de sa *Métaphysique,* c'est-à-dire dans et par l'essence de l'homme en tant que fondement de son comportement proprement humain, axiòlogiquement parlant positif, comportement manifestant son humanité, l'orientant vers sa plénitude par l'actualisation de ses potentialités d'accroissement ontique. C'est pourquoi, lorsqu'on parle de la loi naturelle, on a l'habitude de dire qu'elle est *inscrite dans la nature de l'homme* ou qu'elle est *gravée dans son coeur* et que par conséquent il peut la *lire au-dedans de lui-même.* Nous sommes en pleine métaphore. Celle-ci est une figure de rhétorique aussi nécessaire qu'autorisée. Encore faut-il qu'elle soit exacte, objectivement fondée et, pour qu'on puisse l'utiliser sans risque de méprise, d'interprétation univoque, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence.

La phrase «lire la loi naturelle dans le coeur de l'homme» contient deux expressions métaphoriques «lire» et «coeur». Si l'on remplace «coeur» par «nature», il n'en reste qu'une: «lire». La lecture est ici l'image de la connaissance: la relation existant entre l'acte de connaître et l'intellect est considérée comme semblable à celle qui relie l'acte de lire et les yeux. Or c'est là que notre métaphore se révèle ambigüe. Car la connaissance est soit immédiate, intuitive, soit médiate, discursive. Celui qui soutient qu'on peut lire la loi naturelle dans la nature de l'homme affirme qu'on peut connaître la loi naturelle à partir de la connaissance de la nature humaine. Cependant la question du caractère intuitif ou discursif de la connaissance de la loi naturelle reste ouverte. Il s'agissait donc pour moi de lever l'équivoque grevant la manière habituelle, traditionnelle de s'exprimer au sujet de la connaissance de la loi naturelle, fondement de la force obligatoire de la loi humaine positive.

Les éléments d'une interprétation univoque adéquate de l'expression métaphorique en question se trouvent chez les anciens, en particulier pour une part chez Aristote, pour une autre chez Thomas d'Aquin.

Déjà Aristote avait élaboré la théorie des habitus intellectuels (ἕξεις νοητικαί *habitus intellectuales)* parmi lesquels il nomme l'intellect (νοῦς) [6]. Le terme français, comme le terme grec dont il est la traduction, désigne dans ce contexte non pas la puissance cognitive supérieure de l'homme, mais una disposition particulière de celui, la disposition habilitant notre intellect à l'aperception de l'évidence. Le Stagirite n'est pas entièrement explicite au sujet de cette dernière. On est néanmoins en droit de soutenir qu'il admet implicitement sinon explicitement une évidence sensitive et une évidence intellectuelle, appelée de

[6] A ce sujet voir Kalinowski [58].

nos jours «évidence analytique». Aristote en mentionne deux types (ils constituent les deux premiers des quatre modes de prédication καθ' αὑτό énumérées dans ses *Seconds Analytiques*[7]. Par ailleurs, Aristote admet la dualité de notre connaissance intellectuelle laquelle est soit théorique soit pratique, cette dernière subdiviséee en pratique au sens restreint (morale) et poïétique (technique). Cela permet de supposer l'existence d'une double, voire triple habilitation à la saisie de l'évidence analytique selon qu'il s'agit de la connaissance théorique, pratique au sens restreint ou poïétique. En formulant cette supposition nous nous situons au-delà de ce qu'Aristote dit *expressis verbis.*

Mais ce que Aristote ne fait pas, Thomas d'Aquin le fait. Il explicite le sens du terme aristotélicien «νοῦς» en tant que nom de la disposition intellectuelle en question en utilisant le terme *«intellectus primorum principiorum»,* les premiers principes étant précisément des énoncés analytiquement évidents (dans la terminologie de l'Aquinate «per se nota»). Il distingue ensuite entre l'intellect des premiers principes spéculatifs et l'intellect des premiers principes pratiques se laissant subdiviser en intellect des premiers principes pratiques au sens restreint et intellect des premiers principes poïétiques. Les premiers principes pratiques au sens restreint ne sont pas autre chose que les principes analytiquement évidents de la loi naturelle. La disposition intellectuelle habilitant l'homme à l'admission de ces principes en tant qu'analytiquement évidents est appelé par Thomas d'Aquin tantôt intellectus *primorum principiorum agibilium,* tantôt *synderesis* (du grec συντήρησις, terme qu'on ne trouve pourtant pas chez Aristote)[8].

Ainsi les éléments de réponse à la question de savoir de quelle manière est connue la loi naturelle -à partir bien entendu de la connaissance de la nature de l'homme- sont fournis par Aristote et par Thomas d'Aquin, mais ils sont dispersés par-ci par-là, chez Aristote surtout dans son *Éthique à Nicomaque* et dans ses *Seconds Analytiques,* chez Thomas d'Aquin entre autres dans son commentaire des *Seconds Analytiques* et dans sa *Somme de théologie.* La réponse même n'est donc donnée de manière exhaustive et entièrement explicite ni par l'un ni par l'autre. Il restait à mettre les points au-dessus des i en la dégageant de leurs écrits et en l'énoncant explicitement dans sa totalité avec autant de précision que possible.

Je l'ai tenté d'abord une première fois, en grandes lignes, dans une étude polonaise, ensuite, de manière beaucoup plus développée et approfondie dans *Le problème de la vérité en morale et en droit.* J'y suis revenu aussi dans ma *Querelle de la science normative* où la solution

---

[7] Aristote [60], *Analytica Posteriora,* 1. 1,4(73 a 33-73 b 4).

[8] Voir Thomas d'Aquin [El], *Summa theologiae,* I-a II-ae, q. 94, a. 1, resp. et I-a II-ae, q. 57, aa. 2, 3 et 4 (resp.). Au sujet de la syndérèse voir o.c., I-a pars, q. 79, a. 12, resp. et I-a II-ae, q. 94, a. 1, ad 2um.

de la justification rationelle par évidence analytique des normes premieres morales et juridiques est explicitement étendue aux normes premières techniques[9]. Sont en outre communes à ces trois travaux la notion d'énoncé propositionnel (au sens grammatical du terme) pratique *sensu largo* et la division des énoncés de cette espèce en estimatifs (signifiant des jugements de valeur), normatifs (signifiant des normes) et impératifs proprement dits[10] (signifiant des ordres). La solution en question concernant en premier lieu les énoncés normatifs vaut également, *mutatis mutandis,* pour les énoncés estimatifs. Elle n'est pas applicable aux énoncés impératifs proprement dits, les ordres n'étant ni vrais ni faux, ainsi que je le dis dans la note 10.

Bien que la théorie de l'évidence et de l'analycité soit toujours d'actualité, étant discutée aussi bien par les phénoménologues (en particulier E. Husserl) que par les néo-positivistes (surtout R. Carnap) et ceux qui pratiquent la philosophie analytique, la théorie d'Aristote et de Thomas d'Aquin appliquée aux normes premières morales, juridiques et techniques, que j'ai essayé de rappeler en l'explicitant dans la mesure du nécessaire, n'a retenu l'attention de personne, du moins à ma connaissance. Peut-être parce que, à notre époque, on a pris le parti de considérer la métaphysique d'Aristote et celle de Thomas d'Aquin comme mortes et enterrées et de juger en outre inopportun, pour ne pas dire ridicule ou indécent d'en vouloir exhumer les cadavres tombés en poussière. Quoi qu'il en soit, ceux qui écrivent sur le fondement des normes, G. H. von Wright par exemple[11], ou sur les voies de communication entre l'être et le devoir-être, tel J-L. Gardies [12], n'y font aucune allusion. Cela n'étonne pas outre mesure chez les non-cognitivistes (G. H. von Wright en a rejoint explicitement le camp dans la préface de ses *Logical Studies* de 1957[13]), la théorie d'Aristote et de Thomas d'Aquin

---

[9] Kalinowski [60], [67] et [69].

[10] Est un impératif proprement dit un énoncé propositionnel (au sens grammatical) à l'impératif où l'on ne peut remplacer la structure syntaxique impérative par la structure proprement normative sans que cet énoncé cesse de signifier un ordre; exemple: «Sors d'ici!» «Tu dois sortir d'ici» ne signifie plus l'ordre qu'intime «Sors d'ici!». En revanche, est un impératif au sens figuré, à savoir métonymique, un énoncé propositionnel, toujours au sens grammatical, signifiant au fond une norme et non un ordre, ce qui permet de changer sa structure syntaxique de surface d'impérative en normative sans en modifier la signification; exemple: «Aimez-vous les uns les autres», ayant précisément le sens de «Vous devez vous aimer les uns les autres». Alors que les impératifs au sens figuré (qui signifient en réalité des normes) sont, comme celles-ci en général, quelle que soit la structure syntaxique de surface des énoncés les signifiant, et comme les énoncés estimatifs, vrais ou faux, du moins selon les cognitivistes, les impératifs proprement dits ne tombent pas sous les catégories du vrai et du faux. A ce sujet voir Kalinowski [67], ch. IV.

[11] Voir von Wright [65]. C'est aussi le cas d'un O. Höffe qui passe pourtant en revue, afin de les critiquer, diverses opinions dont les auteurs affirment, d'une manière ou d'une autre, la communication entre l'être et le devoir-être. Voir Höffe [82], pp. 380-385.

[12] Gardies [76], Cf. Gardies [82] et [84].

[13] Voir von Wright [57].

étant écartée par le rejet du cognitivisme auquel elle est organiquement liée. C'est plus surprenant chez les cognitivistes. Peut-être trouvent-ils la solution aristotélicienne et thomasienne trop chargée d'une métaphysique dépassée... Aussi préfèrent-ils à l'étude des voies de communication entre l'être et le devoir-être au niveau des normes premières, voies sous-tendues par des prises de position en métaphysique, l'investigation des voies de communication au niveau des normes inférées. Serait-ce le cas de mon collègue et ami Gardies? À lui de répondre.

De mon côté je tiens à dire combien je suis content de voir ce qui nous est commun, à savoir la reconnaissance du cognitivisme, d'une part, et, de l'autre, le rejet de la séparation du devoir-être d'avec l'être. Il demeure que nous explorons les voies par lesquelles l'être et le devoir-être communiquent à deux niveaux différents. Ainsi nos travaux respectifs restent -ils complémentaires non obstant des nuances, voire des divergences toujours possibles sur quelque point particulier (j'en relève une plus loin). Poursuivant ma tâche complémentaire, je reviens à la lecture de la loi naturelle dans la nature de l'homme.

2. *L'évidence analytique et la justification rationnelle des normes juridiques premières*

Le problème de la lecture de la loi naturelle dans la nature de l'homme, pour reprendre le langage imagé, s'insère dans une problématique plus vaste et plus riche englobant en outre la justification rationnelle des énoncés vrais en général, l'évidence analytique et aussi, puisque la loi naturelle comporte tant des principes seconds que des principes premiers, l'inférence des normes. C'est pourquoi, avant de l'aborder de front, il convient d'apporter quelques précisions sur chacun de ces trois sujets.

Non seulement le terme «justification» mais encore l'expression «justification rationnelle» peuvent se voir conférées, l'un comme l'autre, plusieurs significations. Je dois donc préciser, pour prévenir tout malentendu, que j'entends par «justification rationnelle» les procédés cognitifs explicitement indiqués, mis en oeuvre en vue de la reconnaissance de la vérité d'un énoncé propositionnel et que chacun de nous, à condition bien entendu qu'il en soit capable, peut mettre en application pour son compte afin de contrôler leur première utilisation. Ce qui vient d'être dit demande à savoir la distinction entre la vérité forte et la vérité faible. Faute d'une meilleure terminologie, j'appelle «verité forte» la propriété d'un énoncé propositionnel consistant en son accord avec la réalité objectivement existante, c'est-à-dire existant indépendamment du sujet connaissant et de sa consciente laquelle n'est en aucun cas créatrice de la réalité concernée. Il en est ainsi dans le domaine de la connaissance au sens propre du terme, la connaissance étant précisément une rencontre spécifique de deux existants, du sujet connaissant et de l'objet connu, ce dernier n'étant point un produit du premier. Mais l'intellect

humain est capable non seulement de connaître mais encore d'inventer et de construire. Alors les contenus des concepts (au sens logique du terme) et des jugements (également au sens logique) -les uns et les autres produits de l'intellect-constructeur- peuvent être considérés respectivement comme objets et états de choses purement intentionnels (je dis «purement intentionnels» parce que les contenus des concepts abstraits par l'intellect du réel objectivement existant ainsi que les contenus des jugements ne comportant que les concepts abstraits en question peuvent être tenus, eux aussi, pour objets ou états de choses, selon le cas, intentionnels, mais ils ne le sont pas exclusivement, les expressions linguistiques signifiant ces concepts ou ces jugements désignant, au sens propre et fort, des êtres ou des états de choses réels objectivement existants). Les objets purement intentionnels pouvant étre traités à l'instar des êtres réels, et les états de choses purement intentionnels à l'instar des états de choses réels, on peut dire par métaphore que les expressions linguistiques correspondantes désignent -mais au sens faible puisque impropre, figuré, métaphorique- les objets ou les états de choses purement intentionnels concernés. Et lorsqu'il s'agit des énoncés propositionnels, on peut dire qu'ils sont vrais ou faux, selon le cas, derechef au sens faible (impropre, figuré, métaphorique), lorsqu'ils sont en accord ou en désaccord avec les états de choses purement intentionnels correspondants («Pénélope était la femme d'Ulisse» est vrai au sens faible alors que «Antigone était la femme d'Ulisse» est faux toujours au sens faible).

La distinction évoquée à l'instant entre la vérité au sens fort et au sens faible ainsi que la définition de l'une et de l'autre vérité permettent de dire explicitement ce que l'oeuvre d'Aristote et surtout celle de Thomas d'Aquin sous-entendent en fait, à savoir qu'il y a une double évidente analytique, l'évidence *a priori* (c'est celle dont parte R. Carnap par exemple dans *Meaning and necessity* pour ne citer que son travail le plus important en la matière) et l'évidence *a posteriori* (c'est elle que semble avoir en esprit Aristote en évoquant les deux premiers modes de la prédication καθ'αὑτό et c'est assurément celle à laquelle pense Thomas d'Aquin, découvreur du rôle ontique de l'esse et dont toute la philosophie a un caractère existentiel (peut-étre faudrait-il dire «existential» en empruntant le terme à Heidegger?...) comme le prouve le nom d'«ontologie existentielle» qu'on lui donne. Lorsqu'un langage est construit *a priori* ainsi que R. Carnap en donne l'exemple dans *Introduction to semantics* ou dans *Meaning and necessity,* ses règles syntaxiques et sémantiques, à supposer qu'elles soient respectées, obligeront à tenir certains énoncés propositionnels pour analytiques, mais ils ne seront vrais *ex terminis* qu'au sens faible, n'ayant point de référence au réel objectivement existant, ce qu'explique précisément la construction *a priori* de ces règles. Mais lorsqu'un langage est élaboré, de manière inévitablement conventionnelle bien entendu, mais afin qu'on puisse s'en servir pour parler de la réalité objectivement existante avant son

élaboration le langage en question est a posteriori et si ses règles syntaxiques et sémantiques rendent quelque énoncé propositionnel analytique, il est vrai *ex terminis* au sens fort, les termes dont il est composé se référant à la réalité objectivement existante. Lorsqu'il est question de l'évidence analytique des premiers principes de la loi naturelle c'est de l'évidence *ex terminis* mais *a posteriori* qu'il s'agit et non de l'analycité *a priori.* C'est pourquoi l'admission des normes analytiquement évidentes que sont ces principes est conditionnée par la connaissance du réel auquel se réfère les termes dont elles sont composées, à savoir de la nature de l'homme. La connaissance de devoir-être exige au préalable la connaissance de l'être, ce qui faisait dire à Thomas d'Aquin, à la suite d'Aristote, que l'intellect théorique devenait pratique par extension *(intellectus speculativus per extensionem fit practicus)*[14]. Ainsi qu'on le voit, l'être communique avec le devoir-être, selon l'expression de J-L. Gardies. Avant de voir plus en détails comment cela se produit dans le cas des premiers principes de la loi naturelle, arrêtons-nous au rapport entre l'être et le devoir-être en général.

À notre époque, Hans Kelsen, fortement influencé par Kant, a essayé de séparer l'être du devoir-être. Bien avant lui Hume dont le rôle fut à sa façon, déterminant dans l'élaboration par Kant de sa philosophie critique, reprochait aux philosophes d'une certaine lignée le passage illicite de l'être au devoir-être, des énoncés constatatifs aux énoncés normatifs, du langage descriptif au langage prescriptif dirait-on aujourd'hui. Prenant la défense des philosophes attaqués, Thomas Reid répondait que le passage en question aurait été incorrect et criticable s'il se situait au niveau de la connaissance discursive, autrement dit si ces philosophes avaient voulu emprunter la voie de quelque inférence; mais, effectué au niveau de la connaissance intuitive (immédiate) puisque par la voie de l'évidence analytique conditionnée par la connaissance théorique, il était parfaitement licite. Hume voyait juste, mais se trompait d'adversaire. L'impossibilité d'inférer des normes à partir des constatations qu'il relevait fut reprises par d'autres, en particulier par Henri Poincaré qui faisait remarquer avec raison qu'on pouvait tourner et retourner comme on veut un syllogisme n'ayant que des prémisses constatatives, on n'en inférerait jamais une conclusion normative. À la suite de G. H. von Wright, J-L. Gardies élargit le débat aux énoncés mixtes, constatativo-normatifs et, après avoir donné quelques exemples, conclut que, si parmi les prémisses il y a au moins une prémisse mixte au sens indiqué à l'instant, prémisse assurant la transition entre le théorique et le normatif, on parvient à obtenir une conclusion normative[15].

Arrivé à ce point, notre collègue et ami se demande s'il existe une

---

[14] Thomas d'Aquin [El], *Summa theologiae,* I-a pars, q. 79, a. 11, sed contra; cf. o.c., q. 57, a. 2.

[15] Gardies [76], pp. 274-280. Cf. Gardies [72] et [74].

transition directe entre le pur énonciatif et le pur normatif. Il répond affirmativement, donnant en exemple des énoncés mixtes aléthico-déontiques comme

(1) *S'il est obligatoire que p, alors il est possible que p.* et (1 bis) *S'il est impossible que p, alors il n'est pas obligatoire que p.*

(pour inférer (1 bis) de (1) on utilise la loi de la transposition et la règle de détachement).

J-L. Gardies voit-il les choses comme elles sont? Les énoncés aléthico-déontiques dont il a redécouvert la logique (créée par Leibniz mais en fait inconnue jusqu'aux années soixante-dix voir plus haut la note 15) relèvent, à mon avis, de la construction intellectuelle, non de la connaissance du réel. Un législateur qui interdirait ou permettrait bilatéralement l'impossible agirait irrationnellement, puisqu'inutilement, tout comme s'il obligeait au nécessaire donnant ainsi raison à cette autre thèse de notre collègue et ami de Nantes:

(2) *S'il est nécessaire que p, alors il est obligatoire que p.*

En revanche, si l'on se maintient précisément sur le terrain de la connaissance du réel, de ce qui s'y passe, tout n'indique-t-il pas que *«il est possible que p»* (en symboles : «$\Diamond p$») est un *présupposé* de *«il est obligatoire que p»* (en symboles *«Op»)* et non *le conséquent d'une implication matérielle* dont *«Op»* serait l'antécédent? Dans ce cas, selon la notion de présupposition que j'ai essayé d'adapter aux normes[16], un énoncé de type «$\Diamond p$» serait vrai aussi bien lorsque l'énoncé correspondant de type «$\sim$ *Op*» serait vrai (le non-cognitiviste peut remplacer ici «vrai» par «valide», rien d'essentiel du point de vue qui est en ce moment le mien ne sera changé) que lorsque l'énoncé correspondant de type *«Op»* serait vrai (et *«~Op»* équivaut à *«Fp v Mp» où «Fp»* s'interprète *«il est interdit que p»* et *«Mp»* -«il est *bilatéralement permis que P»).* En définitive, un énoncé de type «$\Diamond p$» est vrai *et* lorsque l'énoncé correspondant de type *«Op»* est vrai et lorsque l'énoncé correspondant de type *«Fp»* l'est et lorsqu'est vrai l'énonce correspondant de type *«Mp».* La relation de présupposition différant à cet égard de la relation d'implication matérielle (tant stricte qu'ordinaire), on ne peut pas dans le cas des énoncés unis par cette relation, pratiquer la transposition. La relation de présupposition existant entre les énoncés respectifs de type *«Op»* et «$\Diamond p$», on est empêché de tenir les expressions «si *Op,* alors : $\Diamond p$», «si *Fp,* alors $\Diamond p$» et «si *Mp,* alors : $\Diamond p$» pour implications matérielles (bien qu'elles leur ressemblent par le «si..., alors...» homéo-

---

[16] Kalinowski [84], pp. 401-404. J'y exprime l'opinion selon laquelle les normes présupposent des énoncés affirmant qu'il est possible que leurs destinataires éprouvent le besoin d'une directive de comportement. Il est clair que si l'action en question n'était pas possible, ils n'éprouveraient pas ce besoin. C'est pourquoi on peut considérer l'énoncé aléthique *«il est possible que p»* comme présupposé par chaque énoncé normatif (signifiant une norme).

morphe précisément au foncteur d'implication de cette espèce) et de les transposer, à preuve les conséquences inadmissibles qui en découleraient. Si l'on se croyait autorisé à passer outre la directive dictée par la nature de la présupposition et à faire dériver de «si *Op,* alors ◇*p*» l'expression de type « ~ ◇p, alors ~*Op»,* on reconnaîtrait -vu que « ~ OP» équivaut à *«Fp v Mp»*-- que l'impossible est interdit ou bilatéralement permis, ce qui est inutile et pourtant irrationnel. Par ailleurs, pratiquant la transposition, on obtient, dans le cas des énoncés considérés, et «si ~◇*p* alors ~*Op*» et « si ~◇*p,* alors ~ *Fp».* Or, puisque « ~Op» équivaut à *«P ~ p»* et « *~Fp»* à *«Pp»* (où *«P»* symbolise *«il est unilatéralement permis que»),* il faudrait détacher, au cas où *p* serait impossible, et *«Pp»* et *«P~p»,* énoncés subcontraires, mais qui ne peuvent pas être simultanément vrais, car si « ~◇*p* » est vrai, alors on détache de «si ~ ◇ *p,* alors *~Mp»* son conséquent équivalant à « ~ *(Pp & P~p)»,* ce dernier équivalant à son tour à *«~Pp v P~p».* Ainsi parvenons-nous à affirmer des énoncés contradictoires: *«Pp &P~ p »* et « ~ *(Pp & P-p)».*

Cependant, tandis que (2) s'expose uniquement à la contestation sur le terrain de la connaissance du réel, (1 bis), sous cet angle-là tout aussi contestable, fait penser à deux directives parfaitement justifiées s'adressant l'une au législateur, l'autre à son interprète, que celui-ci soit théoricien ou praticien ayant à appliquer la loi. La première peut être formulée

(3) *Le législateur ne doit pas édicter de normes obligeant à faire l'impossible.*

Cette directive est, à mon avis, la conclusion tirée d'une norme plus générale que je considère comme analytiquement évidente *a posteriori,* à savoir

(4) *Le législateur doit légiférer de manière rationnelle.*

Doté de raison de par sa nature, tout homme doit toujours agir selon elle (c'est pour cela qu'elle lui est donnée). C'est l'évidence même. *A fortiori,* lorsqu'il se comporte en législateur, la loi, au sens le plus large du terme, étant, selon l'expression de Thomas d'Aquin, une ordinatio rationis. Les termes dont (4) est composé signifiant et désignant en fonction de la connaissance de l'homme et de sa nature, d'une part, de la loi, de l'autre, (4) est analytique *a posteriori.*

La seconde directive, celle qui s'adresse à l'interprète du droit, peut être énoncée

(3 bis) *L'interprète du droit doit interpréter la loi de manière à ce que l'impossible ne soit pas jugé obligatoire.*

C'est à (3) et à (3 bis) que correspond l'adage des juristes: *«À l'impossible nul n'est tenu»,* règle d'interprétation surtout, non obstant sa forme constatative. De même que (3) est la conclusion de (4), de même (3 bis) est la conclusion de (4 bis) *L'interprète du droit doit interpréter la loi de manière rationnelle.*

Directive tout aussi analytiquement évidente *a posteriori* que (4) et pour la même raison.

Si je ne m'abuse, forte est de s'en tenir à la première conclusion de J.-L. Gardies selon laquelle on peut inférer une norme lorsqu'il y a, d'une manière ou d'une autre, du normatif dans la ou les prémisses, selon qu'il y en a une ou plus d'une, et si par ailleurs les règles logiques d'inférence sont respectées.

Ainsi n'y a-t-il que deux points de communication directe entre l'être et le devoir-être: l'évidence analytique *a posteriori* des normes premières et l'inférence des normes secondes soit lorsqu'il y a au moins une prémisse normative et une prémisse théorique, soit lorsqu'il y a au moins une prémisse mixte constativo-normative, quelles que soient éventuellement la ou les autres prémisses (les énoncés irréels aléthico-déontiques d'une logique-construction soit dit entre parenthèses, si on les admet, sont, eux aussi, des énoncés constatativo-normatifs et il ne faudrait pas l'oublier).

Cependant J. R. Searle s'emploie à démontrer comment faire dériver «doit» de «est». Il le fait sans employer dans son exposé de l'exemple illustrant la manière de procéder à cet effet le terme «inférence»[17]. Existerait-il un troisième point de rencontre entre l'être et le devoir-être, point par où l'on passe de celui-là à celui-ci non par voie d'inférence mais par voie de dérivation? Je ne discuterai pas ici la question de savoir si la dérivation opérée par J. R. Searle est ou non une inférence. Pour ma part, telle qu'elle nous est présentée par son auteur, elle en est bel et bien une quoique obéissant à des règles autres que les règles logiques d'inférence, ainsi que le montre J.-L. Gardies[18]. Cependant il importe peu d'en débattre parce qu'une question plus fondamentale se pose, la question de savoir si, partant de

(5) *Jones a exprimé ces paroles: «Je vous promets, Smith, de vous payer cinq dollars»*

et voulant arriver à:

(6) *«Jones doit payer cinq dollars à Smith»*

J. R. Searle ne se méprend pas totalement sur la route à emprunter. Il prend la voie de la dérivation exposée dans son article, que celle-ci soit ou non une inférence et, dans l'affirmative, quelle qu'en soit l'espèce. N'aurait-il pas dû s'engager sur un tout autre chemin? Procédant comme il le fait, on peut faire «dériver» de quelques paroles prononcées ou écrites par ceux que la législation en vigueur habilite à édicter des normes juridiques dotées de force obligatoire pour les autres ou pour eux-mêmes, toutes les normes juridiques positives actuellement en vigueur (par souci de simplicité et pour faire bref limitons-nous au droit écrit, laissant de côté le droit coutumier).

Car les normes juridiques dont il est question sont les produits d'actes créateurs de normes, actes qu'il convient de qualifier de législatifs

---

[17] Searle [64].

[18] Gardies [84].

quoique le terme «acte législatif» possède habituellement un sens beaucoup plus restreint. On les accomplit en énoncant, oralement ou par écrit, des paroles qui peuvent quelque fois être remplacées par des signes conventionnels tels que des gestes ou des attitudes et qu'on interprète de ce fait finalement en paroles. Promettre en est un, tout comme contracter en général (la promesse est un contrat, unilateral mais contrat et le contrat fait loi entre les contractants[19]), édicter une loi, un décret, un arrêté, un règlement etc., prononcer un jugement judiciaire ou prendre una décision administrative (ces deux derniers actes sont habituellement sources de normes individuelles à la différente des actes d'édiction d'une loi, d'un décret, etc., créant le plus souvent des normes générales). Par ailleurs, qu'on crée ainsi des normes pour les autres ou pour soi-même ne change rien à l'essentiel.

Cette fois-ci nous sommes en plein performatif. Il est par conséquent surprenant que ce soit justement J. R. Searle qui s'emploie à faire dériver -pas à pas!- des normes à partir des énoncés performatifs. Il n'y a rien à faire dériver, il n'y a qu'à constater. Et l'on constate d'emblée à la fois un acte créateur de norme et la norme créée par lui. Ceci parce que, en raison du caractère performatif des paroles directement ou indirectement prononcées, la constatation d'un acte créateur de norme équivaut à la constatation de la norme qu'il crée, en l'occurrence: *«Jones a exprimé ces paroles: «Je vous promets, Smith, de vous payer cinq dollars» si et seulement si Jones doit payer cinq dollars à Smith (sous-entendu: «à titre de promesse»)».* Il importe de faire remarquer que *«Jones doit payer cinq dollars à Smith»* figurant dans l'équivalence qui vient d'être formulée n'est pas une norme, mais la constatation du fait qu'une norme est en vigueur, constatation qui, en toute rigueur des termes, peut être énoncée comme suit: « *«Jones doit payer cinq dollars à Smith» est en vigueur à titre de promesse».* Mais nous donnons souvent -on le sait bien (je pourrais citer une autorité comme G. H. von Wright, mais est-ce nécessaire?)- aux constatations des normes la structure syntaxique de surface propre aux normes mêmes.

Si je ne me trompe, il n'y a dans ce cas aucune communication

---

[19] Si le *Code civil* ne parle *expressis verbis* (articles 1589 et 1590) que de la promesse de vente, il précise bien ce qu'est le contrat tant unilatéral que synallagmatique. Il le fait surtout dans les articles 1101, 1126 et 1134. L'alinéa premier de ce dernier mérite d'être cité, vu son importance pour notre sujet: «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qul les ont faites» (et tout contrat, la promesse y compris, est une convention -voir C.C., art. 1101). Il résulte de ce que la promesse est un contrat que, pour conclure à l'existence d'une norme comme celle donnée en exemple par J. R. Searle, à savoir «Jones doit payer cinq dollars à Smith» , il faut constater non seulement que la formule de la promesse a été prononcée, mais encore que celui à qui la promesse a été l'a acceptée. L'acceptation de la promesse est tout à fait essentielle (dans le cas de la vente, c'est elle qui distingue la promesse de vente de l'offre pure et simple appelée «pollicitation», cependant J. R. Searle n'en tient nullement compte.

entre l'être et le devoir-être. En particulier, l'un et l'autre ne communiquent point ici par quelque dérivation ou inférence spécifique.

En conclusion, l'être et le devoir-être communiquent bel et bien, n'en déplaise à ceux qui s'efforcent de les séparer au lieu de les distinguer seulement comme il convient. Mais ils ne communiquent que dans la mesure où la connaissance théorique conditionne la saisie intellectuelle de l'évidence analytique *a posteriori* des normes premières et dans la mesure où, dans une inférence, le constatatif et le normatif peuvent se conjuguer, d'une manière ou d'une autre, pour donner en conclusion une norme.

Ceci dit, revenons enfin à notre problème de la justification rationnelle des normes juridiques et au rôle qu'y joue l'évidence analytique *a posteriori.* La constatation de l'accomplissement d'un acte créateur de norme ne constitue pas par elle-même la justification rationnelle de la norme créée par l'acte constaté. Il faut vérifier en outre si l'acte en question a été accompli de manière formellement correcte, c'est-à-dire conformément à la procédure législative -au sens le plus large s'étendant aux règles déterminant comment on fait des promesses, comment on contracte, comment on prononce un jugement judiciaire et comment on prend une décision administrative --en vigueur, d'un côté, et, de l'autre, matériellement adéquate (je veux dire par là qu'il importe de s'assurer que le contenu de la norme à justifier rationnellement est de nature à pouvoir être investie de la force obligatoire. Or cela dépend de l'accord (accord dont la constatation exige des inférences que, pour faire bref, je n'examinerai pas ici) entre le contenu des normes juridiques positives et le contenu des normes juridiques naturelles parmi lesquelles, il y a, ainsi que je l'ai déjà dit, des normes inférées (principes seconds de la loi naturelle) à partir des normes premières (premiers principes de la loi naturelle) qui, elles, sont analytiquement évidentes *a posteriori.* Si l'on veut justifier rationnellement une norme juridique donnée dans notre expérience, il faut remonter jusque-là.

En guise de conclusion

J'aurais pu étudier les lettres classiques et non le droit. Je pense pourtant que j'aurais de toute façon rencontré la philosophie --et la logique. Certes, je ne les aurais pas rencontrées à travers la philosophie du droit, mais directement dans les écrits de Platon, d'Aristote, des Stoïciens et d'autres philosophes grecs. Car si je n'étais visiblement pas fait pour être juriste, comme je l'ai dit en commençant, mes dispositions et mes goûts m'orientent vers la philosophie et la logique. Néanmoins le fait est là que, à la suite du cours imprimé à ma vie plus par les circonstances que par moi-même, j'ai trouvé sur mon chemin -précisément pendant mes études juridiques- la philosophie du droit à laquelle j'ai consacré au total beaucoup de temps et de nombreux travaux, quoique- mon cours polycopié de 1947/48 qui traîne encore

même au-delà des frontières polonaises (un collègue yougoslave, T. Podgorac, m'informe dans une lettre récente qu'il le possède et peut le mettre à ma disposition si je le désire) mis à part -je n'aie jamais écrit d'exposé de l'ensemble de la philosophie du droit.

Je viens de présenter des réflexions inspirées par l'un des principaux -pour ne pas dire le plus essentiel- des problèmes de la philosophie du droit, en tout cas celui qui a retenu les plus mon attention, à savoir le problème de la justification rationnelle des premiers principes de la loi naturelle, principes constituant les normes juridiques premières. Sa solution demandait à être complétée par l'étude de la justification rationnelle des normes juridiques secondes. Il en existe deux groupes: les unes sont inférées déductivement à partir des normes juridiques premières, les autres leur sont ajoutées par le législateur humain qui les crée[20] (mais il ne le fait pas sans effectuer d'inférences lesquelles sont -tout comme les inférences où l'on infère les normes secondes du premier groupe- des inférences déductives normatives, c'est-à-dire des inférences déductives dont la conclusion est une norme et qui contienent de ce fait du normatif, sous une forme ou sous une autre, au niyeau de la ou des preémisses). Cela m'a conduit à la logique et amené en particulier à élaborer, à la fin des années quarante et au début des années cinquante, mes deux systèmes K_1 et K_2 de la logique des normes, comme je l'ai évoqué en 1982 dans ma communication au colloque de Palme de Majorque [21]. Mais ceci est une autre histoire. Et je n'y reviendrai pas.

Ouvrages cités

ARISTOTE [60]: Aristotelis *Opera omnia* ex recensione Immanuelis Bekkeri edidit Regia Academia Borussica, Berolini, apud W. de Gruyter, 1960, vol. 1. *Aristoteles graecae.*

GARDIES [72]: Jean-Louis Gardies, *Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique,* Paris, LGDJ, 1972.

GARDIES [74]: id., «Leibniz et l'articulation des prédicats déontiques sur les prédicats modaux» (G. KALINOWSKI & J.-L. GARDIES, «Un logicien déontique avant la lettre: Gotfried Wilhelm Leibniz», pp. 98-111, dans *Archiv für Rechts-und* Sozial-*philosophie* 60 (1974), pp. 79-111).

GARDIES [76]: id., «De quelques voies de communication entre l'«être» et le «devoir-être» » *(Revue philosophique de la France et de l'Étranger»,* 1976, n.° 3, pp. 273-292).

GARDIES [82]: id., «Le problème logique et le problème philosophique du passage de l'être au devoir-être» *«(Archiv für Rechts-und Soziafphilosophie* 68 (1982), pp. 281-298).

GARDIES [84]: id., «Norme et nature» (WEINBERGER [84], pp. 105-117).

[20]Thomas d'Aquin [El], *Summa theologiae,* I-a II-ae, q. 95, a. 2, resp.

[21] Voir Kalinowski [53] et [83].

HÖFFE [82]: Otfried Höffe, «Droit naturel (droit rationnel) sans paralogisme naturaliste: un programme juridico-philosophique» *(Archives de Philosophie du Droit 27* (1982), pp. 373-393).

KALINOWSKI [49]: Jerzy (Georges) Kalinowski, *Teoria reguły społecznej i reguły prawnej Leona Duguit,* Lublin, TNKUL, 1949.

KALINOWSKI [53]: id., «Théorie des propositions normatives» *(Studia logica* 1 (1953), pp. 147-182); réimprimé dans id. *Études de logique déontique* I (1953-1969), Paris, LGDJ, 1972, pp.

KALINOWSKI [58]: id., «Théorie aristotélicienne des habitus intellectuels» *(Revue des sciences philosophiques et théologiques* (1958) pp.

KALINOWSKI [67]: id., *Le problème de la vérité en morale et en droit,* Lyon, E. Vitte, 1967; traduction castillane, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho,* Buenos Aires, Eudeba, 1979.

KALINOWSKI [69]: id., «*Querelle de la science normative,* Paris, LGDJ, 1969; traduction italienne *Disputa sulla scienza normativa,* Padova, CEDAM, 1983.

KALINOWSKI [83]: id., «La genèse d'un système de logique des normes» *(Informatica e diritto,* (1983), pp. 251-267).

KALINOWSKI [84]: id., «Présupposition, vérité et normes» (WEINBERGER [84], pp. 393-406).

MARTYNIAK [31]: Czesław Martyniak, *Le fondement objectif du droit d'après saint Thomas d'Aquin,* Paris, Éditions et Publications Contemporaines, 1931.

SEARLE [64]: John R. Searle, «How to derive «ought» from «is» (Philosophical review 73 (1964). pp. 43-58; nouvelle rédaction intitulée «Deriving «ought» from «is» » (id., *Speech acts,* Cambridge University Press, 1969).

THOMAS D'AQUIN [EL]: Sancti Thomae de Aquino *Opera omnia* iussu Leonis XIII P. M. edita, Roma, Editori di San Tommaso, 1982-1906, tt. IV-XI.

VON WRIGHT [57]: Georg Henrik von Wright, *Logical studies,* London, Routledge and Kegan Paul, 1957.

VON WRIGHT [65]: «The foundation of norms and normative statements» (K. AJDUKIEWIEWICZ (ed.), *The fondations of statements and decisions,* Warszawa, Polish Scientific Publishers, 1965, pp. 351-367); réimprimé dans id., *Practical reason,* Philosophical papers, volume I, Oxford, Basil Blackwell, c.r. 1983, pp. 67-82.

WEINBERGER [84]: *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger.* Herausgegeben von W. KRAWIETZ, H. SCHELSKY, G. WINKLER, A. SCHRAMM, Berlin, Duncker & Humblot, 1984.

CUANDO empecé a estudiar filosofía mis principales intereses eran la epistemología y la filosofía de la ciencia, en el más amplio sentido del término. Al poco tiempo se hizo para mí bastante claro que filosofar sobre la ciencia sin estudiar al menos una disciplina científica no tenía demasiado sentido. Por esta razón, y también porque ello me abría algunas prometedoras perspectivas de llegar a tener un medio de vida independientemente de la bastante oscura posibilidad de llegar a ser un filósofo profesional en un departamento universitario, empecé a estudiar ciencias económicas. Aunque originalmente decidí trabajar sobre aspectos de filosofía de la ciencia en relación con las disciplinas económicas, el estudio de la economía fue desplazando gradualmente mis intereses filosóficos de la filosofía de la ciencia a la filosofía práctica. Llegué a estar especialmente interesado en lo que podría llamarse «la filosofía de las instituciones sociales» y de este modo, casi sin percibirlo yo mismo, me encontré dentro de los «oscuros y terribles campos» de la filosofía del Derecho y del Estado.

En la filosofía del Estado dos problemas ocupan, tradicionalmente, el centro de la escena: Primero, ¿debe, en todo caso, existir un Estado? Segundo, si la respuesta es afirmativa, ¿cómo debería ser la ordenación institucional de este Estado? Por regla general se ha sostenido que estas dos preguntas pueden considerarse de forma independiente, es decir, que permiten un tratamiento separado. Siguiendo este punto de vista, la estrategia de investigación apropiada parece ser la siguiente: examinar el problema de «arquismo *(archism)* versus anarquismo» como un primer paso. Si el arquismo y el Estado mismo resultaran justificados como conclusión de este análisis, entonces el análisis y la justificación de un orden jurídico determinado serían, naturalmente, el segundo problema. Si, por su parte, el anarquismo resultara ser defendible y el Estado injustificable, entonces la discusión, en un mundo de Estados, se dirigiría de forma bastante natural hacia el problema de los caminos y de las formas viables de anarquía y de su justificación.

Lo que parecía constituir una estrategia de investigación sólida tendente a reducir la complejidad de los problemas abordándolos uno tras otro resultó inviable, desgraciadamente, al someterla a un análisis más detallado. Este fue, al menos en mi opinión, uno de los principales resultados de mi discusión de las teorías contractualistas del Estado y del ordenamiento jurídico. Ciertamente esta conclusión se había alcanzado algunas veces con anterioridad y ella constituía solamente un resultado secundario de mi discusión de las teorías contractualistas. Considero, sin embargo, que la misma es bastante importante como recordatorio de algo que se «olvida» con bastante frecuencia incluso por filósofos del Derecho y del Estado: Todas las justificaciones contractualistas del Estado *como tal* parecen olvidar que difícilmente puede ser correcto que todo Estado sea preferible en comparación con toda forma de anarquía «realistamente» concebible.

Hay, ciertamente, justificaciones contractualistas de específicos modelos de Estado a las que no afecta esta objeción. Pero en todas las discusiones de los enfoques contractualistas a la teoría del Derecho y del Estado es importante y con frecuencia iluminador tener presente este punto. Al menos así lo fue para mí al estudiar las teorías de los llamados «neocontractualistas», Buchanan, Nozick y Rawls.

Me ocupé especialmente del enfoque de Robert Nozick destinado a justificar el «Estado mínimo». En mi opinión la teoría de Nozick es la más avanzada de todas las teorías contractualistas. Su presentación es sumamente aguda y la teoría misma es bastante convincente si se contempla como contraria a la postura de un anarquista «realista» o al menos «no-demasiado-optimista». Aunque la teoría de Nozick ha recibido considerable atención como teoría de la justicia distributiva competitiva con la de Rawls, sus principales méritos han de verse, al menos en mi opinión, en su refutación del anarquismo. Sin embargo, aunque la misma se considere acertada frente a una específica forma de anarquismo, la teoría de Nozick puede ser refutada. Al menos yo intenté refutarla y estoy todavía convencido de que tuve éxito en ello.

En el proceso de discusión de la teoría de Nozick y en general de las teorías contractualistas del Estado y del ordenamiento jurídico fue haciéndose cada vez más obvio para mí que el bien conocido dilema del prisionero juega un papel en la filosofía del Derecho y del Estado aún más fundamental de lo que se ha asumido tradicionalmente. Desde Hobbes, muchos teóricos aluden al dilema del prisionero como prueba de la necesidad del Estado o, lo que significa lo mismo, de la necesidad de una institución especialmente diseñada para imponer coercitivamente el cumplimiento del ordenamiento jurídico. Pero los propios individuos situados dentro de la organización especializada en imponer coercitivamente el cumplimiento de las normas jurídicas están también sujetos al dilema del prisionero. Pues la institución coercitiva ha de imponer el cumplimiento de las normas jurídicas con arreglo a reglas de imposición coercitiva que imponen ciertos costos de coerción a aquellos que participan en el proceso de imposición coercitiva dentro de la propia organización. Existe, al menos en el marco de un gran número de individuos interactuantes, el incentivo de evitar los costos de la imposición coercitiva de normas y de arrojar éstos sobre otros «coaccionadores). Por ésta y otras razones similares llegó a ser bastante claro para mí que los teóricos que, sin precauciones adicionales, recurren al dilema del prisionero para justificar el Estado como una «necesidad para la realización de las metas humanas» se privan a sí mismos de los medíos para demostrar que el Estado sea, después de todo, un instrumento viable o «posible» para la realización humana. Su insistencia en la «necesidad» proporciona razones que destruyen la «posibilidad» o la viabilidad de un ordenamiento jurídico coercitivamente impuesto por el

Estado. Para evitar este resultado uno ha de usar, en general, un instrumental de teoría de los juegos mucho más avanzado y unos análisis de las estructuras del dilema del prisionero mucho más detallados de los empleados tradicionalmente por los filósofos.

No puedo explayarme más aquí sobre el dilema del prisionero y sus muy estrechas conexiones con muchas reglas de la conducta humana. Pero, en todo caso, puede quedar claro que mi punto de vista y mi forma de analizar problemas filosófico-jurídicos están ampliamente determinados por mi interés en la aplicación de la teoría de los juegos a la conducta humana gobernada por reglas. El dilema del prisionero dentro de los procesos centrales de la conducta humana gobernada por reglas constituye un punto de especial atención para todo análisis de este género. Fue este dilema, en la medida en que se presenta en conexión con la estructura básica de un ordenamiento jurídico, lo que movió mi interés hacia problemas más tradicionales de filosofía jurídica.

Fundamental para todo ordenamiento jurídico parece ser una estructura de conducta regular apta por sí misma para análisis suficientes dentro de un marco que implica simplemente sanciones (positivas o negativas) aplicables a actores individuales. Estas sanciones son algo fáctico, normalmente observable directamente. Por consiguiente, era bastante natural que estas sanciones, así como las disposiciones indirectamente observables o probabilidades de que fueran impuestas sanciones de este tipo a la conducta individual, llegaran a constituir el principal punto de atención de filósofos «positivistas» tales como Austin, los Realistas Escandinavos, Geiger e incluso Kelsen -no obstante sus análisis de la obligación de obedecer las normas jurídicas como un «deber» «cuasi-moral». Estos filósofos pueden ser llamados empiristas e incluso más correctamente positivistas no sólo por cuanto asumen la separabilidad conceptual entre el Derecho y la moral, sino también por razones derivadas de su empeño por dotar de una base observacional a la genuina ciencia jurídica. Ellos trataron de basar todas las instituciones jurídicas en disposiciones referentes a la conducta de individuos. El foco principal de mi propio trabajo reciente en filosofía del Derecho, ahora, ha sido reconstruir este reduccionismo institucional del positivismo jurídico, en la medida en que resulta posible, dentro de un marco de la teoría de los juegos reiterados de suma no cero con n personas. Creo, aunque muchos detalles deben todavía ser resueltos, que la teoría de juegos reiterados con n personas aplicada a las instituciones jurídicas puede proporcionar una justificación de muchos de los principios del «positivismo» -si éste se entiende como una versión del «empirismo jurídico». Pero esta teoría puede también proporcionar una comprensión más profunda de los límites del positivismo tradicional. Pues la teoría de juegos reiterados aplicada a las instituciones jurídicas implica individuos que asumen un punto de vista externo frente al ordenamiento jurídico. Un análisis de teoría de los juegos de este género da cuenta, de manera bastante sofisticada, de la conti-

nuidad de un ordenamiento jurídico sin necesidad de acudir a algo como el punto de vista interno de Hart. Operando con conceptos tales como equilibrios dinámicos, estrategias de equilibrio, de «locking in to», etc., este análisis muestra que sería posible construir un ordenamiento jurídico estable intergeneracionalmente sin presuponer que haya, al menos, algunos individuos que asuman un punto de vista interno. Pero también demuestra que esta posibilidad no es empíricamente plausible y, lo que es más importante, toma también en consideración una caracterización de la influencia que sobre la actuación real de las instituciones sociales, es ejercida por la capacidad de los seres humanos de asumir un punto de vista interno frente a las normas jurídicas o morales.

Aplicar los instrumentos de la teoría de los juegos a problemas tradicionales de filosofía jurídica constituye un camino prometedor para provechosas investigaciones futuras. Parece asimismo haber algunos estrechos paralelismos entre el concepto de compromiso *(commitment)* de A. K. Sens y el punto de vista interno de Hart. Hay, por consiguiente, algunos vínculos con discusiones en torno a las bases del análisis económico y la filosofía de la economía en general. Pero, al menos en mi opinión, el análisis de Hart sobre los límites de una consideración de la conducta social y de las instituciones sociales que se base enteramente en intereses individuales es mucho más sofisticado que las discusiones en el campo de la economía. Podría, sin embargo, valer la pena que profesores pertenecientes al campo de la filosofía del Derecho no perdieran de vista las discusiones paralelas que mantienen los economistas en la actualidad. Esto parece afectar especialmente a tres ramas de las más recientes aplicaciones del instrumental económico a cuestiones tradicionalmente consideradas como situadas fuera del reino de la economía, a saber: la economía de la criminalidad (ej. Gary Becker), la llamada teoría económica del Derecho (ej. Richard Posner), y la teoría económica de las instituciones sociales (ej. Andrew Schotter). Debido ciertamente a mis personales inclinaciones, veo algunas perspectivas prometedoras para la filosofía del Derecho en la utilización de análisis económicos no-standard de este género, y estoy también bastante seguro de que los análisis de teoría de los juegos sobre la conducta humana gobernada por reglas incrementarán nuestra comprensión filosófica del ordenamiento jurídico y de las instituciones sociales en general.

(Trad. de Juan Ruiz Manero)

1

ESCANDALIZADO por la práctica jurídico-penal de los nacionalsocialistas durante la dictadura de Hitler y su violación de los derechos humanos, dediqué mis primeros ensayos científicos al análisis y crítica de la filosofía del derecho penal imperante en aquel entonces en la ciencia jurídica alemana. Lo que me interesaba primordialmente era rebatir la tesis nacionalsocialista según la cual el fin principal de la pena impuesta por el Estado era que el delincuente expiara su culpa y no su socialización o resocialización.

Pero pronto comprobé que este tema de la filosofía del derecho penal era sólo un ámbito parcial, un segmento, del círculo general de problemas de la lucha contra el irracionalismo y la ideologización en el derecho. Para poder reaccionar con racionalidad e ilustración, me fue necesario dedicarme durante los años 1935 y siguientes a la investigación de la lógica. La cuestión era aquí saber si y hasta qué punto era posible aplicar para el análisis de la argumentación jurídica la moderna lógica matemática desarrollada, entre otros, por Boole, Frege, Whitehead, Russell, Peano, Tarski, Carnap, Lukasiéwicz, Bochenski y Menne. A medida que iban avanzando, estas investigaciones fueron siguiendo la tendencia mundial hacia la filosofía analítica. Sin embargo, para los nacionalsocialistas estos trabajos eran ideológicamente sospechosos, lo que me obligó a interrumpir por razones políticas mi habilitación en la Universidad Friedrich Wilhelm de Berlín en 1940, a pesar de que el jusfilósofo Emge y el penalista Kohlrausch la habían patrocinado. Sólo después de la liberación de Alemania de Hitler y sus cómplices, pude continuar la investigación científica y la habilitación en la Universidad de Heidelberg. Ello condujo en 1951 a la publicación del libro *Juristische Ligik* (traducción castellana de David García Bacca, Caracas 1961, *Lógica Jurídica),* cuya 4.ª edición apareció en 1982. Cfr. sobre este mismo ámbito de investigación: *Zum Problem der logischen und erkentnistheoretischen Grundlagen der juristischen Kausalitätslehre,* 1941, reeditado en 1981 en *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht,* tomo 1 «Rechtsund staatsphilosophische Analysen und Positienen», págs. 115 y ss.

La continuación de este trabajo me hizo comprender la necesidad de considerar los problemas vinculados con la utilización de la elaboración automática de datos -ordenadores- en la investigación de las cuestiones jurídicas. Cfr. «Elektronische Datenverarbeitungsmachinen im Recht» en *Jahrreiss-Festschrift,* 1964, págs. 189 y ss. Y ahora en *Juristische Logik,* 4.ª edición, 1982, págs. 174 y ss. (traducción castellana: «Máquinas electrónicas para la elaboración de datos en el derecho» en *Ideas y valores* 1964, n.º 21-22, págs. 37 y ss., Bogotá).

Otro tema de investigación jusfilosófica resultó de la siempre actual discusión sobre el derecho natural a la que se agregó -estimulada por la teoría finalista en el derecho penal- la polémica acerca de una

ontología jurídica. En este contexto, me pareció importante llamar la atención sobre el hecho de que las tesis ontológicas a menudo resultan ser lógicamente inexactas de manera tal que no pocas veces, en lugar de análisis rigurosos, resulta una lírica conceptual científicamente no obligatoria. Cfr. al respecto «Der Handlungsbegriff des Finalismus als methodologisches Problem» en Emge-Festschrift, 1960, págs. 33 y ss., reeditado en 1981 en *Skeptische Rechtsphilosophie...* (ver supra), tomo 2, págs. 155 y SS. Ver, además, las siguientes publicaciones: «Die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen und die formallogische Rechtsfertigung der Kritik an dem Pseudoschluss von Sein auf das Sollen» en *Kelsen-Festschrift,* 1964, págs. 154 y SS., reeditado en 1981 en *Skeptische Rechtsphilosophie...* (ver supra), tomo 1, págs. 99 y SS.; «Abschied von Kant und Hegel» en *Programm für ein neues Straigesetzbuch,* editado por J. Baumann 1968, págs. 36 y SS., reeditado en 1981 en *Skeptische Rechtsphilosophie...* (ver supra), tomo 2, págs. 149 y SS. (traducción castellana de Ernesto Garzón Valdés: «Sobre la reforma penal en Alemania - Despedida de Kant y Hegel» en *Discusión,* 1, Barcelona 1975); «Phänomenologische Aspekte der Strafrechtsphilosophie von Kant und Hegel» en *Gerh. Husserl-Festschrift* 1969, reeditado en 1981 en *Skeptische Rechtsphilosophie...* (ver supra) tomo 1, págs. 99 y ss.; «Abschied von Kant und Hegel» en *Programm für ein neues Strafgesetzbuch,* editado por J. Baumann 1968, págs. 36 y SS., reeditado en 1981 en *Skeptische Rechtsphilosophie...* (ver supra) tomo 1, págs. 215 y SS.; «Logische und psychologische Probleme bei der Argumentation aus der 'Natur der Sache'» en Tsatsos-Festschrift, Atenas 1980, págs. 595 y SS.

Finalmente, cabe mencionar una discusión acerca de la relación de la lógica general con las normas jurídicas que resultara de una consulta epistolar de Hans Kelsen y que fuera publicada como libro: Hans Kelsen -Ulrich Klug, *Rechtsnormen und logische Analyse - Ein Briefwechsel* 1959 *bis* 1965, Viena 1981 (traducción parcial de Ernesto Garzón Valdés: «Acerca de la 'teoría pura del derecho' y la lógica jurídica» en *Informatica e Diritto,* 2 IX, 1983, págs. 269 y ss.).

Para otras publicaciones sobre estos temas, cfr. «Verzeichnis der Veröffentlichungen von Ulrich Klug» en *Klug-Festschrift* 1983, págs. *625 y* ss.

2

Entre los problemas que en el futuro próximo habrán de tener importancia, se cuentan sobre todo los siguientes:

a) El *rechazo científico de las pretensiones de absolutidad* que suelen presentarse en los sistemas jusnaturalistas de base religiosa, por una parte, y en los sistemas sociales ideologizados, cuasi-científicos -que por lo tanto, deben ser considerados como sistemas jusnaturalistas encubiertos-- por otra. En este contexto, entre otras cosas, habrá que seguir desarrollando y afinando también el instrumental lógico.

b) El tratamiento y profundización jusfilosófica del problema de la paz mundial, bajo aspectos abstractos y concretos, inclusive el problema de los derechos humanos universales, del derecho espacial y de la justicia internacional.

Las vías que más éxito parecen prometer en este campo y que consecuentemente se acercan a principios hipotéticos de solución son las siguientes:

Con respecto a a): A las pretensiones de absolutidad hay que oponer un relativismo sobre la base de una filosofía del derecho metódicamente escéptica. Para unas primeras ideas sobre esto, cfr. las tesis «Zum Problem des kritischen Relativismus» en *Skeptische Rechtsphilosophie...* (ver supra), tomo 1, págs. 3 y ss.

Con respecto a b): Aquí se requiere, sobre todo, la elaboración jusfilosófica de modelos de derecho mundial que permitan desarrollos cosmopolitas acordes con los derechos humanos, en beneficio de todos los miembros de la sociedad humana. En la consideración de las estructuras jurídicas correspondientes, hay que tener en cuenta que hay que presuponer como axiomas normativos, que deben ser constituidos metateóricamente, en primer lugar los principios de libertad, de igualdad, de solidaridad, de tolerancia y de justicia. Además, estos modelos deben prever una minimización de las estructuras de dominación como así también una asociación pacífica de todos, de acuerdo con la estructura simbólica de la «round table», es decir, la estructura de una anarquía ordenada, anticaótica, estricta y, dentro de lo posible, plenamente reglada. Cfr. al respecto para unas primeras reflexiones: «Der Rechtsstaat und die Staatsphilosophie der geordneten Anarchie» en *Skeptische Rechtsphilosophie...* (ver supra), tomo 1, págs. 65 y ss.

(Trad. de Ernesto Garzón Valdés)

FRECUENTEMENTE los contextos son importantes para explicar las propias decisiones. Yo terminé mi licenciatura en Derecho en Madrid, en *mayo de 1968.* Había sufrido durante cinco años una enseñanza jurídica decimonónica: preceptística, formalista, memorista, sin contacto alguno con la realidad de la vida jurídica, conceptualista, basada en la ingestión de 'doctrinas', códigos y legalismos. No digo que fuera de mala calidad; al contrario, en la Facultad de Madrid estaban los más acreditados juristas, pero su modo de concebir el Derecho y, sobre todo, su modo de enseñarlo carecían de todo atractivo. Además predominaba el talante oficialista de complacencias con el poder tan propio de los adoradores de la ley. Por eso encontré en la filosofía crítica del derecho un profundo aliviadero que permitía asomarse a los dos mayos del 68: al 'nuestro' de la censura, el llamado gobierno 'monocolor', la 'subversión', y al 'otro', al francés, que veíamos a pesar de todo como algo muy lejano. La filosofía del Derecho trastocaba, además, la visión árida del orden legal a que estaba acostumbrado; al menos la filosofía que enseñaban los Ruiz-Giménez, Elías Díaz, Gregorio Peces-Barba, etc...

Esas fueron las incitaciones contextuales que recibí, y algunas de ellas no eran nada agradables, por cierto. Entré a formar parte del Departamento de Ruiz-Giménez en el mes de octubre de 1968, con dos mil pesetas mensuales de retribución, y en enero de 1969 se declaraba el estado de excepción en toda España, con el confinamiento de Elías Díaz y Gregorio Peces-Barba. Ahora parece que fue hace cien años, pero ante nuestra decisión de estudiar en ese medio ambiente se plantaban las peores sugerencias. Los Emilio Lamo, Liborio Hierro, Virgilio Zapatero, etc..., que quisimos estudiar filosofía del Derecho en aquel momento y en aquel magisterio hicimos nuestra apuesta contra todo pronóstico. Por un simple e intenso interés. Conviene recordar ahora cuál era la opinión del distinguido teórico del Estado Sr. Fraga Iribarne cuando se dirigió al país el 24 de enero de 1969 para anunciar como portavoz del Consejo de Ministros el estado de excepción: La «salud social y política del país es excelente». Todo lo que hay son acciones para meter al país en una 'ola de confusión y subversión mundial'. Se utiliza la 'generosidad ingenua de la juventud' para 'llevarla a una orgía de nihilismo, anarquismo y desobediencia...' Pero se trata sólo de unos cuantos 'malvados y ambiciosos'. «Es mejor prevenir que curar». Y, por último, se animaba al 'cuerpo social' a colaborar para «la liquidación de estos pequeños brotes». Los «hombres de bien» nada tenían que temer. Hasta aquí Fraga Iribarne, y una semana después la detención de Elías y Gregorio.

Podría contar mil cosas de «las orgías de nihilismo» en que nos metía Don Joaquín Ruiz-Giménez y de «los procedimientos corruptores de aquellos colegas malvados y ambiciosos», pero prefiero decir con toda claridad las consecuencias que ello tenía para nuestra incierta carrera académica. Y las consecuencias se derivaban todas ellas del

fomento y aplauso de las actitudes sectarias y excluyentes en las mismas especialidades de la carrera académica. Cualquier demente pretencioso con mentalidad medieval podía hacer y deshacer intrigando en el Ministerio, repartiendo cátedras y anatematizando a quien le viniera en gana por puro capricho. Para ciertas materias el pertenecer al Opus era síntoma de sólida preparación teórica, en otras materias eso era perjudicial para la ciencia. En la filosofía del derecho, en particular, el derecho natural hispánico era la cifra y suma de toda elucubración jurídica posible. Como solía afirmar en fino lenguaje académico el numen espiritual de la asignatura, nuestro futuro estaba claro: «No seréis catedráticos en vuestra puta vida».

Contemplando en derredor nuestro tanta indigencia mental lo primero que se advertía en términos filosóficos es que se había procedido a una esterilización del pensamiento español al presentarlo en una versión unívoca y paleolítica. Por eso, en parte, iniciamos una serie de investigaciones coordinadas para tratar de desenterrar lo más interesante de nuestro inmediato pasado filosófico. A mí me tocó analizar la propuesta del liberalismo 'social', heredera del krausismo, a través de la obra de Adolfo Posada, sobre el que realicé mi tesis doctoral. Esta labor de 'restauración' del pensamiento español es muy necesaria tras el paso de los bárbaros. Aunque resulte en principio un poco penoso dedicarse a ello (como consecuencia de la imagen reaccionaria que le ha sido atribuida interesadamente) es, sin embargo una necesidad, que casi llamaría colectiva, rehabilitar nuestro mejor pensamiento clásico y contemporáneo, y poner de manifiesto que el tufo cavernícola y fanático que parece tener no es más que la excrecencia de los prejuicios con los que ha sido leído y presentado ante nosotros. Siempre me congratulo de que algunos colegas hayan tenido la sensibilidad de entenderlo así y se entreguen a una labor que no es nada gratificante. No sería inoportuno que, con motivo del quinto centenario del 'Descubrimiento', se llevara a cabo una lectura amplia y libre de ese pensamiento. Habría cosas curiosas que decir.

Si seguimos mirando a nuestro alrededor, pero ahora más allá de las fronteras de nuestro gremio, advertiremos enseguida que los presupuestos de elaboración, construcción y argumentación de la ciencia jurídica española se resisten tenazmente a cambiar. Aunque se haya hablado mucho de «finalismo» y otras cosas semejantes seguimos en el conceptualismo y en la glosa, en la improvisación hermenéutica y en la ceremonia formal. Uno de los cometidos más urgentes de la filosofía del derecho en nuestro país es el de operar un cambio metodológico radical en el tratamiento de la consideración científica del derecho. Es necesario modificar globalmente las viejas actitudes dogmáticas ante las leyes y salir de una vez por todas de la 'escuela de la exégesis'. Hace casi cien años el venerable Holmes nos advertía de que el derecho estaba lleno «de fraseología tomada en préstamo de la moral» y de que ello no hacía sino contribuir a aumentar la confusión. Pues bien, en este

sentido no hemos dado muchos pasos para perfilar analíticamente el instrumental jurídico, establecer los conceptos del derecho, limpiar de adherencias extrañas las palabras de las leyes y poner de manifiesto qué es lo que hacen los juristas y los jueces. Estamos todavía dándole vueltas a lo que 'dicen' que hacen. Es de una necesidad perentoria insistir en que la filosofía del derecho tiene que cumplir una función de desintoxicación formalista. Desafortunadamente no estamos nada bien preparados para esto. De aquellos polvos vienen estos lodos. Pero es urgente tomar conciencia de que la filosofía del derecho no va a sobrevivir si persiste en ser una vacía retórica arcaica basada en lecturas de segunda mano sobre problemas metafísicos de alcance municipal. Y esa es la imagen que se ha creado de nuestra actividad. Si hay un cometido verdaderamente específico de la filosofía del derecho es el de elaborar una reflexión seria sobre el discurso jurídico en función de los problemas actuales y utilizando la herramienta lógica, metodológica y teórica más avanzada. Ante nosotros se encuentran los conceptos del lenguaje jurídico, los modos de argumentación judicial, los criterios clasificatorios y hermenéuticos de los juristas, las categorías de la ciencia jurídica, como un campo de problemas abiertos a una disección teórica que en gran medida está todavía por hacer. En general se camina por este sendero, pero usualmente detrás de los científicos del derecho, y no, como sería deseable, anticipando para ellos el instrumental analítico necesario. Esto, evidentemente, es todo lo contrario de lo que significan ciertos devaneos arbitristas bastante usuales entre los filósofos y que dan como resultado un desdoblamiento de las categorías jurídicas en 'científicas' y 'filosóficas'. Son estas imaginaciones teóricas que no tienen nada que ver con la vida real del derecho las que aburren mortalmente a los estudiantes de las Facultades, porque están tan secas como las dogmáticas y además no sirven profesionalmente para nada. Lo que necesitamos no son conceptos todavía más abstractos y caprichosos que tengan la pretensión de reflejar presuntas 'esencias' jurídicas; lo que necesitamos es poner sistemáticamente contra las cuerdas las categorías de la ciencia del derecho para mostrar su operatividad, su alcance, su consistencia interna, el modo de su utilización y su éxito o su fracaso como hipótesis explicatorias de la realidad. Una empresa coherente y rigurosa de este tipo sería la que hiciera evidente la pertinencia de los estudios de filosofía del derecho en los curricula jurídicos. Y hay que ser conscientes de que por este camino hemos avanzado muy poco.

Ahora precisamente hemos vivido un cambio legislativo importante. Pues bien, salvo excepciones, los 'filósofos del derecho' en cuanto tales se han mostrado incapaces o desinteresados en presentar una aportación seria y coherente, por ejemplo, a la oleada de constitucionalismo a la violeta que hemos tenido que soportar. Lo único que se les ha ocurrido a ciertos colegas como aportación a ese cambio legislativo operado ha sido, sobre todo, acudir al viejo muro de las lamentaciones con quejas reaccionarias. Esto es, expresado con toda claridad, lo que algu-

nos interpretan como «axiología jurídica». Creo recoger el sentir de no pocos si digo, aunque sea con un poco de rudeza, que la lectura de algunas de esas reflexiones 'axiológicas' con que uno se topa son simples lugares comunes o prejuicios de bienpensantes elevados a la categoría de metafísica de cuarta. Dan auténtica vergüenza ajena. Y lo más grave es que afectan a lo que se suele presentar como las auténticas señas de identidad de la asignatura. Y, claro, pretender con semejantes discursos hueros fascinar a los parroquianos es demasiado ambicioso. Lo más irritante de todo, sin embargo, es que mientras se manosean ante audiencias aburridas las clases de justicia según el 'aquinate' o las virtudes de la 'equitas', a nuestro alrededor se están elaborando análisis de la justicia y críticas de los conceptos políticos que constituyen lectura obligada en el panorama actual de las ciencias sociales. Para saber a ciencia cierta cuáles son los auténticos problemas abiertos de la filosofía del derecho no hace falta más que asomarse a la ventana, si la ventana está abierta. Ahí está, como problema teórico-práctico crucial, el riesgo de confrontación nuclear. Y a su lado, la crisis de legitimación del Estado, la defección del orden punitivo clásico, la esclerosis de los conceptos políticos, la tecnologización de la información o, simple y llanamente, el hambre. ¿Quién reflexiona sobre esos problemas? Pues por ahí fuera se montan incesantemente plataformas de «philosophy and public affairs», 'filosofía y cambio social', 'filosofía y decisión pública'. En estos momentos la más importante teoría ética, política y social se orienta con intensidad hacia la consideración filosófica de los programas jurídico-políticos más influyentes, y las estrategias teóricas que se utilizan para diseccionarlos son, en una buena medida, filosóficas. No, el problema de la filosofía del derecho en nuestro país no es que le falte temática. Delante de ella hay todo un mundo conceptual, argumental, práctico, político, etc..., que todavía no ha sido puesto en el yunque del teórico, todavía no ha pasado por un laboratorio serio y profesional. El problema de la filosofía del derecho en España es que necesita más competencia, sensibilidad, inteligencia y conciencia intelectual. Tardará algunos años todavía en superarse la mediocridad, la rutina arcaizante y la selección de compromiso. La supervivencia de la 'disciplina' depende de ello. Pero la supervivencia de la temática no; si no lo hacemos nosotros otros lo harán.

Bibliografía más importante:

«Adolfo Posada: Política y Sociología en la crisis del liberalismo español». Editorial Cuadernos para el Diálogo. Madrid, 1974.

«Algunas observaciones sobre la situación de la filosofía del derecho en la actualidad». Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada. N.º 15, 1975 (en colaboración con L. Hierro y V. Zapatero).

Voz «JUSTICIA» en el Diccionario de Filosofía Contemporánea. Ediciones Sígueme. Salamanca, 1976.

«Antología Pedagógica de Francisco Giner de los Ríos». Selección y estudio preliminar. Editorial Santillana. Madrid, 1977.

«Notas sobre el estudio y la enseñanza del derecho». Sistema n.º 24/25 junio de 1978.
«Estado y violencia: sugerencias para una toma de decisión» Sistema nº 38/39, octubre de 1980.
«Sobre el uso del término 'libertad' en el lenguaje político», Sistema n.º 52, enero de 1983.
«La educación en la Constitución y su desarrollo legislativo», en prensa. Ministerio de Justicia-Universidad de Oviedo.

Biografía sumaria:

Nacido el 3 de diciembre de 1945 en Madrid. Profesor ayudante en el Departamento de Joaquín Ruiz-Giménez desde 1968 a 1972. Profesor adjunto en el Departamento dirigido por Elías Díaz en la Universidad Autónoma de Madrid desde 1972 a 1983. En la actualidad catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Complutense de Madrid.

1

IL quesito sulla mia traettoria intellettuale è stato posto a me probabilmente più di frequente che ad altri filosofi del diritto, a causa della mia specializzazione in informatica giuridica che risale al 1966. Come studente della facoltà di diritto partivo con un interesse rivolto al diritto costituzionale (materia nella quale avevo scritto la mia tesi di laurea) e alla filosofia del diritto, cui dovevo poi dedicarmi esclusivamente negli anni successivi. Indubbiamente la possibilità di lavorare con Norberto Bobbio ebbe un'influenza determinante nella scelta della materia dei miei studi. Ho così svolto l'intera carriera accademica come filosofo del diritto, sostenendo l'esame di libera docenza in questa materia e insegnando poi teoria generale del diritto dal 1970, dopo una breve fase iniziale dedicata all'insegnamento della filosofia politica. Parallelamente a questa carriera accademica svolgevo però anche attività nel mondo industriale, dove ebbi occasione di cominciare ad occuparmi di informatica. Questa materia mi offriva uno strumento destinato alla *prassi:* proprio questo mi mancava nel dedicarmi esclusivamente alla *teoria* generale del diritto.

Il punto iniziale della mia attività informatica è facilmente individuabile, perche coincide con il congresso svolto a Ginevra dal World Peace through Law Center dal 9 al 15 luglio 1967. Esso venne preparato da una serie di contatti, che facevano riferimento ad un documento di lavoro *Law Research by Computer* dell'agosto 1966. Nella preparazione a quella congresso e nella partecipazione ad esso scoprii le prime possibilità di uso dell'informatica nel diritto.

I problemi succesivi nella ricerca e nell'attività accademica furono dovuti soprattutto al fatto che, in Italia, una materia denominata «informatica giuridica» non ha raggiunto finora una sua legittimità accademica. Di conseguenza, gli studi di informatica giuridica costituivano un'anomalia nel curriculum accademico di una persona. Era culturalmente corretto e accademicamente prudente coltivare la tradizionale filosofia del diritto e teoria generale del diritto accanto alla troppo nuova informatica giuridica. Il perdurare in Italia del mancato riconoscimento dell'informatica giuridica come materia portò quindi ad uno sdoppiamento della mia attività di ricerca. Anche se tra i due filoni esiste un rapporto sotterraneo (come ho cercato di spiegare nel capitolo introduttivo del *Corso di informatica giuridica* fin dalla prima edizione del 1971), i singoli frutti di questi due filoni di ricerca sono spesso disomogenei. La riprova di questa schizofrenia intellettuale mi viene da frequenti quesiti posti da persone che mi hanno appenna conosciuto e che desiderano sapere se sono parente del Losano che si occupa di informatica (se ho parlato di filosofía del diritto), ovvero del Losano che si occupa di filosofia del diritto (se ho parlato di informatica).

Questo aspetto contingente ha avuto senza dubbio un suo peso nella mia scelta di non passare con armi e bagagli dalla parte degli

informatici. Tuttavia sarebbe un errore ritenere che esso fosse l'unica causa della mia decisione. Il desiderio di non abbandonare gli studi tradizionali venne rafforzato in me dalle caratteristiche dell'informatica: questa disciplina ausiliaria di tutte le altre, tecnica e in piena espansione presentava problemi derivanti propio da queste caratteristiche. Come disciplina ausiliaria o strumentale, offre una metodologia per svolgere alcune attività. Tuttavia -se non si pratica una disciplina specifica- si è privi di un elemento fondamentale per valutare le potenzialità della metodologia informatica. Come disciplina tecnica, l'informatica esige un tipo di apprendimento radicalmente diverso da quello propio delle discipline umanistiche: non a caso il simbolo dell'umanista è il vecchio saggio, mentre quello dell'informatica è il giovane sveglissimo. Il sapere umanistico è infatti quello che io chiamo un «sapere cumulativo»: tutto ciò che si apprende va ad aggiungersi a quento già si è appreso; la dimensione storica impedisce che qualcosa perda completamente di significato; ciò che si impara resta per tutta la vita. Il sapere informatico, in quanto sapere tecnico, è invece quello che io chiamo un «sapere operativo»: si apprendono nozioni che servono a fare una certa cosa; non appena si scopre un modo per raggiungere il medesimo risultato in modo migliori, le vecchie nozioni vanno dimenticate e le si sostituisce con le nuove. Bisogna continuamente essere aggiornati e dimenticare ciò che non è più attuale. Ebbene, io non sono riuscito a risolvere il conflitto tra sapere cumulativo e sapere operativo: nel dubbio, non ho abbandonato nè l'uno nè l'altro. La compresenza di due mentalità diverse mi ha spinto a ricerche curiose sia per un giurista, sia per un informatico: la storia delle macchine da calcolo e la storia dei sistemi di comunicazione. Credo che nei miei studi su Babbage, sugli automi arabi del XIII secolo e sulle macchine da calcolo del Settecento sia difficile distinguere l'apporto della mia metà umanistica dall'apporto della mia metà tecnica. Fuori da questa spiegazione soggettiva, sarebbe impossibile trovare un nesso tra questi studi e la teoria generale del diritto.

2

Sul secondo quesito, mi è più facile dire quali sono i problemi cui intendo rivolgere la mia attenzione nell'immediato futuro. Non so se siano i più importanti o i più necessari: però mi piacciono. Nel campo informatico, penso che lo studio delle grandi banche di dati giuridici debba proseguire nella direzione di creare strumenti più raffinati sul piano linguistico: sarebbe quindi utile che ci si muovesse verso studi di linguistica computazionale. D'altra parte, la legislacione non tiene tonto della nuova realtà informatica: bisognerà sviluppare una tecnica della legislazione (e qui gli studi non mancano certo) e farla accettare agli organi legiferanti (e qui le difficoltà sono enormi). In questo senso vanno gli ultimi esperimenti fatti con la Regione Piemonte.

Tutto il settore dei personal computer deve oggi essere studiato, insieme con le possibilità di office automation degli uffici professionali. Occore creare software specializzato per attività professionali specifiche. Forse si aprono prospettive nuove anche nell'editoria elettronica.

Se dall'informatica giuridica si passa al campo del diritto dell'informatica, v'è tutto il settore della protezione del software, della contrattualistica, del rapporto tra informatica e diritto d'autore che attende di essere studiato da giuristi che conoscano l'informatica. V'è anche il problema della creazione di un curriculum universitario di «informatica giuridica».

Infine, in tutte le tradizionali attività della teoria generale del diritto si deve tentare di usare il personal computer: è una tecnica che non innoverà i risultati della ricerca, ma modificherà radicalmente il modo in cui li si raggiunge.

EN relación con los datos que se nos pide en primer lugar, puedo contestar, lógicamente, con gran brevedad: casi inmediatamente después de finalizar el trabajo de doctorado sobre algunos aspectos filosófico-jurídicos de la obra de Durkheim, y, en buena parte motivado por el interés que despertó en mí la posición de dicho autor en torno a la función del Derecho y de la moral como factores determinantes de la legitimación del orden social, mi propio trabajo durante casi todos estos años -no llegan a la decena- se ha orientado fundamentalmente hacia problemas de Filosofía Política, y, más concretamente, en torno a la cuestión de la «obligación política»: así, p. ej. el artículo «¿Hay una solución democrática para las relaciones entre ley y situación social?» (1979), en el que se proponían algunas vías de investigación que intenté desarrollar posteriormente en la monografía «¿por qué obedecer las leyes de la mayoría?» (1981), una relectura de los fundamentos de la legitimidad democrática y la relación entre consenso y disenso en un contexto democrático, así como en el artículo sobre «H. Bergson: la justicia entre presión social y élan d'amour» en el que buscaba analizar los aspectos sociales y psicológicos de la obediencia a la ley, y en la comunicación presentada en las Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho en Zaragoza (1983) «La sacralización de la Defensa, obstáculo para la paz» en torno a los mecanismos de desvirtuación del principio de legitimidad. También se relacionan con la cuestión citada, más específicamente con los contenidos concretos de justicia que son el núcleo de la legitimidad democrática, otros cinco trabajos en los que intenté mostrar el carácter central de los principios de solidaridad y tolerancia en cuanto exigencias fundamentales para la sociedad democrática -sociedad abierta e igualitaria- y coordenadas históricas, hoy, del modo en que se nos presentan las exigencias de justicia que son los derechos humanos. Respecto a este último aspecto, especialmente en lo que se refiere a la solidaridad, resulta más clara la influencia de la obra de Durkheim como motivo determinante de la orientación de mi trabajo.

En la actualidad, dentro del programa de investigación que el Departamento de Filosofía del Derecho de Valencia lleva a cabo, trabajo en torno al problema de la desobediencia civil, como última consecuencia de la cuestión general antes enunciada, en relación con la «crisis actual de la legitimidad democrática», uno de cuyos aspectos es el llamado «secuestro» de los canales institucionales del proceso de decisión política, especialmente manifiesto gracias a las investigaciones en curso sobre los obstáculos para la paz.

Respecto a la segunda de las cuestiones planteadas, en mi opinión, la tarea a afrontar no es otra que la que anticipaba Hart cuando, en polémica con Dworkin, sugería la posibilidad de que nos encontrásemos en el final de la etapa abierta en Ciencia y Filosofía jurídica por J. Bentham al separar Jurisprudencia expositiva y Jurisprudencia censoria, distinción que converge con la posición de Kant respecto a los ámbitos

del *quid ius y* el *quid iuris.* Efectivamente, y aunque en nuestro país con el habitual retraso, hoy es poco menos que moneda de uso corriente el rechazo del dogmatismo y del formalismo legalista, lo que comporta la puesta en cuestión de algunas de las nociones clave de cierto positivismo jurídico, de cierto modelo de Filosofía y Ciencia del Derecho. Que todo ello suponga proponer que los problemas fundamentales para la Filosofía del Derecho en la actualidad afecten una vez más a su propia definición puede parecer a algunos una burla -por lo demás, la confirmación del escepticismo kantiano al respecto- y a otros, simplemente la prueba incontestable del círculo vicioso en que indefectiblemente se mueve este tipo de reflexión. Sin embargo, pienso que la citada polémica entre Hart y Dworkin -habría que decir más bien entre el positivismo jurídico heredero de la Analytical *School* y Dwor*kin*- es tan sólo un botón de muestra de lo que está sucediendo, con esos u otros protagonistas, porque cada escenario tiene sus propios primeros actores, en el panorama de la Filosofía jurídica de hoy.

La cuestión es, precisamente en estos momentos, saber hacia dónde nos conduce el rechazo de una teoría del conocimiento que, de acuerdo con el paradigma de racionalidad encarnado por las sucesivas ciencias-modelo del positivismo cientista, acaba sacrificando su objeto en aras de la preocupación metodológica, el contenido por la exactitud. No se trata de proponer un realismo ingenuo ni tampoco una vuelta a vitalismos o irracionalismos posiblemente menos inocentes, sino de superar el dogma de la sustantividad del quehacer metodológico y subrayar el carácter primordial de la reflexión acerca de la estructura y función del Derecho, de su significado, aquí y ahora: por supuesto, una reflexión *situada.* No es que, a estas alturas, nos urja el «tema del concepto de Derecho». Lo que sucede es que aquello que sobre el Derecho nos explica la Filosofía construida desde los presupuestos criticados resulta insatisfactorio y, lo que es quizá más grave, no se corresponde con el carácter *operativo* -valga de momento la expresión- que ha de caracterizar la reflexión iusfilosófica, según veremos después. En resumidas cuentas, esa explicación hoy en entredicho nos obliga a intentar dar respuestas, entre otras, a las siguiente interrogantes -por tanto, primeros problemas a abordar:

a) La imposibilidad de dar cuenta del Derecho sólo como sistema de normas exige atender a la dimensión política básica en el proceso de creación, aplicación e interpretación del Derecho: ¿cuál es la conexión entre función judicial y poder político? ¿Cómo explicar la relación entre hechos sociales y normas jurídicas, o, más concretamente, es posible hallar una explicación satisfactoria, una metodología de la interpretación jurídica y del razonamiento judicial lejos de los reduccionismos logicistas y asimismo del cheque en blanco a los jueces, difícilmente reconciliable con el principio de legitimidad democrática?

b) La crítica de los criterios de certeza y validez como claves de

identidad de lo que es Derecho y de la posibilidad de su conocimiento científico pone de manifiesto la inevitabilidad de la inclusión de lo *metajurídico,* so pena de reducir la ciencia del Derecho a mera técnica jurídica -Larenz-. No se trata, insisto, de negar el interés de tal esfuerzo, de rechazar la validez de la aplicación en el empeño metodológico, cuando, por parafrasear a Holmes, tenemos excesivamente poca Lógica jurídica más bien que excesiva (campos de investigación como la semántica jurídica, la axiomática o la teoría de la argumentación y decisión, como apuntaba anteriormente, no son precisamente terrenos esquilmados), sino de subrayar su insuficiencia en dos aspectos fundamentales: en primer término qué significa hoy el Derecho: qué funciona como tal, porqué y para qué. Además, su conexión con la praxis social, con los procesos de dominación, con las propuestas de legitimación -ideologías, instancias morales, escalas de valor-, y ello supone, entre otras cosas, una teoría de la justicia que se replantee el problema del conocimiento de esos valores y la crítica de lo que aquí y ahora aparece como contenido de justicia.

Desde luego, en la medida en que la Filosofía del Derecho es Filosofía de la praxis -no sólo reflexión metajurídica, también Axiología y crítica- como se ha insistido -Gil Cremades-, resulta imposible mantener como sus principios aquellos que puedan ser conocidos con independencia de su realización, debido al carácter constitutivamente deficiente -mejor que relativo- de la propia praxis. Con Horkheimer hay que reconocer que la búsqueda del sentido de la acción no conduce a nada si no se descubren las contradicciones sociales concretas y se indica su superación práctica. Por ello cabría señalar, además de las cuestiones enunciadas ya, y para añadir solo dos, estos otros problemas que la investigación filosófico jurídica no puede dejar de abordar:

c) La función del Derecho y del Estado en las sociedades contemporáneas, con especial atención a lo que Bobbio señala como dimensión promocional del Derecho y a la que sin duda es la cuestión central, lo que, con Habermas, podemos denominar «crisis de la legitimidad» o, más concretamente, «crisis de la legitimidad democrática» especialmente agudizada ---Offe-- por el modelo del capitalismo tardío (sobre todo ello, vid. recientemente entre nosotros la posición de E. Díaz), indiscutiblemente inseparable de la ya casi tópica «crisis de la Modernidad», cuya repercusión en el ámbito de la Filosofía y la Ciencia jurídica se advierte con retraso, cumpliendo una vez más a Hegel (una completa exposición de este último aspecto en la primera parte del trabajo de Ballesteros sobre el sentido del Derecho, trabajo al que, por otra parte, se deben buena parte de estas sugerencias). Entre los aspectos más concretos que implica lo expuesto se encuentran la generalización del fenómeno de la

marginación y de los movimientos sociales que cifran sus objetivos y, por ende, su actividad, fuera de los cauces institucionales, cuestionando el Derecho y el Estado mismos, lo que ha dado pie a que, desde otra óptica, se hable de replanteamiento en el estatuto y las relaciones de lo público y lo privado.

d) El clásico problema de la violencia -quizá el que pone de relieve con mayor claridad la urgencia de una antropología jurídica, que no puede reclamarse sólo de la antropología filosófica, ni tampoco exclusivamente de la social o cultural-- y que hoy aparece bajo dos manifestaciones diversas pero insoslayables en tanto que rasgos definitorios de nuestra situación:
   - La amenaza radical de la aniquilación: el diagnóstico del proceso de la progresiva militarización de la vida cotidiana y de las decisiones públicas, de la adopción de los parámetros schmittianos en la política, la búsqueda de instrumentos -¿qué le cabe al Derecho en esto?- que permitan superar ese proceso, superar los obstáculos para la paz. Es el modo en que se presenta hoy uno de los *topoi* clásicos de la Teoría de la justicia: la paz.
   - La omnipresencia del recurso a la violencia, que pone en entredicho la confianza en el Derecho no ya como instrumento de legitimación, sino incluso como mecanismo de control social.

1

A Nova Escola Jurídica Brasileira -que doravante designo com a abraviatura NAIR[1]e que fundei em Brasília, conquistando adeptos em quase todos os Estados, do norte ao sul do país- representa, em si mesma, um esboço de totalização dialética, em que a cabeça do filósofo é como usina hidrelétrica.

Ali, a correnteza dos fatos sociais -isto é, a práxis jurídica inteira e sem mutilações- forma a energia esclarecedora das idéias, que logro regressam às mesmas águas potentes, estabelecendo a conexão com o fluxo da realidade móvel, sem a qual não há luz, nem se faz avançar o saber.

Neste quadro é que fica também situado o papel e trabalho do pesquisador em Direito -assim como os entendo, segundo a nova abordagem filosófica, sociológica e jurídica.

1.1. Nem por outra razão Marilena Chauí pôde qualificar a minha teoria dialética do Direito como «uma nova fíiosofia jurídica, baseada em urna sociologia jurídica»,[2] mediante as quais se restitui a dignidade política ao Direito [3].

E é preciso aduzir que também se cogita duma preocupação com a dignidade jurídica da Política -isto é, dos limites que traça o Direito à própria práxis transformadora do mundo [4].

1.2. Mas, para resumir o que traz a NAIR, é preciso, antes de tudo, explicar o que tal Escola não é.

Com este fim, enumero cinco preposições negativas, de índole estrutural:

a) a NAIR não é um sistema de dogmas, forjados ou esposados;

b) a NAIR não é, tampouco, uma revolução copernicana, dentro das idéias jurídicas, nem a adaptação de qualquer modelo anterior, nacional ou estrangeiro;

c) a NAIR não é, ademais, um partido político ou clube jacobino, angariando recrutas e distribuindo carteirinha de membro deliberante, para as assembléias, com vozerio, patrulheiros, diretores de consciëncia revolucionária e rachas fragorosos;

---

[1] ROBERTO LYRA FILHO, Humanismo Dialético, in Direito & Avesso, boletim da Nova Escola Jurídica Brasileira, Brasília, Edições Nair Ltda, 3 (1983): notas 9-10.

[2] MARILENA CHAUÍ, Roberto Lyra Filho ou Da Dignidade Política do Direito, in Direito & Avesso (1982), p. 28.

[3] MARILENA CHAUÍ, Roberto Lyra Filho, cit. p. 16.

[4] ROBERTO LYRA FILHO, Direito do Capital e Direito do Trabalho, Porto Alegre, Fabris -IARGS- AGETRA, 1982, passim; ROSA LUXEMBURG. Oeuvres, Paris, Maspero, 1971, II, p. 84-85: ROBERTO LYRA FILHO, Introdução ao Direito, in Direito & Avesso (1982), p. 41-47; JOSÉ GERALDO DE SOUSA JR., Para uma Crítica da Eficácia do Direito, Porto Alegre, Fabris, 1984, passim; RAYMUNDO FAORO, O Que é Direito, Segundo Roberto Lyra Filho in Direito & Avesso (1982), p. 31-35.

d) a NAIR não é, por outro lado, um conjunto de intelectuais narcisistas e incapazes de absorver, tanto as contradições não-antagônicas internas, quanto o elenco mínimo de princípios comuns, de que resulta o seu posicionamiento conjunto;

e) finalmente, a NAIR não é grupo de gabinete, mas está, sempre, num ir-e-vir, entre as tarefas indispensáveis da elaboração teórica e os compromissos da práxis avançada; e assim é que participamos, com a nossa pequena contribuição, de todas as campanhas de vanguarda supra-partidária -anistia; reconstitucionalização; combate à lei de segurança do poder, que se disfarça como segurança nacional; e diretas, já- nenhuma das quais encontrou, ainda, a plena realização de sua meta.

2

Como teoria dialética do Direito, a doutrina da NAIR também se firma em cinco proposições negativas, de índole polêmica e oposta às noções correntes no ensino jurídico tradicional; isto é, combatendo as cinco inversôes mais comuns do positivismo ainda predominante em nossas Faculdades:

a) não tomamos a norma pelo Direito;

b) não definimos a norma pela sanção;

c) não reconhecemos apenas ao Estado o poder de normar e sancionar;

d) não nos curvamos ante o fetichismo do chamado direito positivo, seja ele costumeiro ou legal;

e) não fazemos do Direito um elenco de restrições à liberdade, como se esta fosse algo a deduzir a contrario sensu do que sobra, depois de sancionado o furor criativo de ilicitudes, quer pelo Estado, quer pelos micro-organismos concorrentes, que estabelecem o poder social dividido (o chamado poder dual)[5].

Não somos cachorro, que se mande roer os ossos restantes, num banquete normativo de quem se arroga a competencia ilimitada de reger a conduta alheia.

3

Talvez fosse possível dizer que a NAIR tem, como balisas (mas, note-se, apenas balisas, que não esgotam o seu conteúdo de idéias), estas cinco proposições -nas quais, é óbvio, não se explica todo o seu trabalho renovador:

a) que o Direito é, antes de tudo, liberdade militante, a afirmar-se, evolutivamente, nos padrões conscientizados de justiça histórica, dentro da convivência social de indivíduos, grupos, classes e povos -e isto

[5] Ver JOSÉ GERALDO DE SOUSA JR., Para uma Crítica, cit., p. 59 ss.

quer dizer que o Direito é, então, em substância, processo e modelo de liberdade conscientizada ou conscientização libertadora, na e para a práxis transformativa do mundo; e não ordem social (que procure encerrá-lo e detê-lo), nem norma (que bem ou mal o pretenda veicular), nem princípio abstrato (que o desvincule das lutas sociais e concretas), nem apenas luta social e concreta (que desconhece os limites jurídicos de uma práxis transformativa do mundo e reivindicadora de direitos sonegados: não se conquistam direitos pelo esmagamento de direitos, isto é, direitos humanos e gerais, pois o livre desenvolvimento de cada um é condição para o livre desenvolvimento de todos[6]--- o que exclui a pretensa legitimidade duma ação majoritária aniquiladora do que são, sentem, pensam, carecen e reclaman os titulares do direito inalienável à diferença [7] pessoal ou grupal irredutível);

b) que a Justiça histórica e concreta (como estalão avaliativo das séries concorrentes de normas, produzidas pelos grupos, classes e povos desnivelados) não se determina senão pelo estabelecimento gradual de porções crescentes de liberdade conscientizada, na luta dessas classes, grupos e povos, refletindo e dialética de opressores e oprimidos, espoliadores e espoliados; em síntese: denominadores e dominados, no interior dos Estados e nações e na comunidade internacional e interestatal;

c) que o padrão de legitimadade, na concorrência das normas, está no vetor histórico, donde se extrai a resultante mais avançada duma correlação de forças, em que se torna reconhecível a vanguarda, se marca o posicionamento progressista e se atua para garantir as suas reivindicações, tratando de exprimir o sumo e o extrato do processo libertador, a que se dá o nome de direitos humanos (e, note-se, não apenas as declarações, por assim dizer, oficiais desses direitos, porém os direitos mesmos, emergentes e ainda não «declarados», senão em polarizações da práxis, ou declarados em documentos «não-oficiais», como, por exemplo, o de Argel);[8]

d) que o processo mesmo de libertação, nem pode desconhecer os seus limites jurídicos (ver a), nem deferir a «tutores» (estatal, partidário, classístico ou grupal) a determinação exclusiva e concreta do círculo de liberdade de cada um, já que a própria «emancipação das clases trabalhadoras NÃO significa urna luta por privilégios e monopólios de classe e, sim, urna luta por direitos e deveres iguais, ben como pela abolição de todo domínio de classe»; [9]

e) que a positivação dialética do Direito, isto é, a sua efetivação gradual e em luta, na totalidade histórica em movimiento, mediante a qual se esclarecem, concretizam e polarizam, como direitos reclama-

---

[6] K. MARX, Oeuvres, Paris, Gallimard-La Pléiade, 1969-1982, I, p. 183.

[7] LYRA FILHO, O Qué é Direito, cit. p. 11.

[8] LYRA FILHO, O Que é Direito, cit. p. 101 ss.

[9] MARX, in K. MARX & F. ENGELS. Obras Escolhidas, São Paulo, Alfa -Omega, s/d. I, p. 322.

dos, os aspectos concretos do Direito geral de libertação, jamais toleram que aquela positivação seja acorrentada numa ordem social e seu suposto «direito positivo» (que, tantas vezes, não é nada «positivo» -isto é, não vige, materialmente, na sociedade global ou em amplos setores dela; nem, caso obtenha essa vigência, dá mais do que um efeito transitório, que ademais não depende, para cair em desuso ou romper-se pela contestação eficaz, de um dispositivo formal revogador: o silêncio ou a repulsa social revogam as normas estatais ou não-estatais com muito mais força do que as leis.

O Direito não é, portanto, urna ordem natural e fixa, nem uma ordem social concreta, nem sequer urna ordem que trota de conteúdo, dentro de parametros conceituais ou substanciais do Estado ou da razão pura:

Qualquer ordenação traz em si mesma o germe de outra, mais avançada, em que, por fases de maturação e rompimento final, ela se transfunde. E o Direito, em totalidade e movimento, está precisamente nos parâmetros mais avançados, não nos esquemas em superação, que a ordem futura vai transfigurar, incorporando e reenquadrando a parte viva da anterior e eliminando a parte morta, para criar novas formas de vida ou convivência.

O objetivo do processo nunca se consuma em perfeição, repouso e estabilidade definitivas, mas permanece como estréla condutora, para reapresentar-se, a cada etapa, como a imagen constantemente aperfeiçoada e enriquecida pelas aquisições históricas, duma sociedade em que o direito objetivo não determine, senão que consagre, os direitos subjetivos de cada indivíduo, grupo e povo, conscientizados e afirmados, em princípio e em ação;[10] uma sociedade em que o direito público não seja um aparelho constritor (estatal ou não-estatal, de «sistema» grupo, classe, partido, povo dito superior ou associação multinacional imperialista), mas direito público mesmo, que apenas viabiliza os direitos privados dos indivíduos, grupos e povos, isto é, garante a busca da «existência positiva da liberdade», concebida com «direito de fazer buscar tudo que a outrem não prejudica»[11].

3.1. As cinco proposições da NAIR constituem, afinal, uma tentativa de harmonizar a herança liberal (em sua par-te viva, de garantias democráticas e cortadas as aderências burguesas), a dialética de Hegel (que tampouco é adotada sic et simpliciter[12] e sem dúvida não o é nas aplicações que o sistema hegeliano dela faz ao Direito, pois a filosofía

---

[10] E. BLOCH, Droit Natural et Dignité Humaine, Paris, Payot, 1976, p. 13.

[11] GUASTINI, Lessico Giuridico Marxiano in RICCARDO GUASTINI, Marx: Dalla Filosofia Del Diritto alla Scienza della Società, Bologna, Il Mulino, 1974, p. 431, 462.

[12] ROBERTO LYRA FILHO, A Reconciliação de Prometeu, Brasília, Centro de Estudios Dialéticos, 1983; ROBERTO LYRA FILHO, Filosofia, Teologia e Experiência Mística, Belo Horizonte, Kriterion, FAFICH-UFMG, 1976; LYRA FILHO, Filosofía Geral e Filosofia Jurídica, in Cristianismo e Histórica, CARLOS PALÁCIO, org., São Paulo, Loyola, 1982.

jurídica do idealismo absoluto é a sua parte mais reacionária)[13], a ontología jurídica do jovem Marx [14] (podados certos excesos idealistas e reforçados os pontos positivos por una consideração mais acurada de parte do legado kantiano [15] fichteano [16], e até do jovem Schelling [17] a sociología crítica marxiana dos anos maduros [18] (evitando ambigüedades e un certo mecanicismo do desbravador empolgado pelos seus aqüestos [19], a contribuição da sociologia crítica pós-marxiana [20] e da hermenéutica material [21] dos tempos mais recentes.

Mas não se trata dum ecletismo ou duma salada, com esses ingredientes bastante heterogêneos, e, sin, duma Aufhebung, uma superação que, como disse, incorpora, transfunde e reenquadra os materiais assim discriminados.

3.2. Não poderia, aqui e agora, fundamentar, exaustivamente, as cinco proposições da NAIR; e, assim, me limito a fornecer algumas rápidas indicaçoes e insistir em que elas demandam a mais profunda e ampla discussão que lhes dei, noutros escritos.

A primeira proposta consiste em repor o Direito, em seu lugar próprio, a fim de cancelar as inversões positivistas.

A segunda consiste em determinar-lhe o critério objetivo, segundo o impulso libertador, na luta pela justiça histórica, social e concreta.

A terceira consiste em sustentar os direitos das classes, grupos e povos ascendentes, conforme o vetor histórico indicativo de sua posição vanguardeira: assim é que se enriquecem os direitos humanos em constante evolução e com eles é que se pode medir a legitimidade das normas juridicas estatais e não-estatais, cuja pluralidade tem origem na cisão classista, grupal e nacional de dominantes e dominados.

A quarta proposição consiste em sublinhar que a própria práxis transformadora do mundo tem limites jurídicos, pois o processo de libertação se desnatura, quando pretende sacrificar, paradoxalmente, o seu fim nos meios utilizados para alcançá-lo.

E, finalmente, a quinta proposição consiste em mostrar como a posi-

---

[13] ERNST BLOCH, *Sujet-Objet, Éclaircissements sur Hegel,* Paris, Gallimard-NRF, 1977, p. 230.

[14] R. LYRA FILHO, Karl, Meu Amigo: *Un Diálogo com Marx sobre o Direito.* Porto Alegre. Fabris. TARES, 1983, p. 43-47.

[15] NICOS POULANTZAS, *Nature des Choses et Droit.* Paris. LGDI. 1965. p. 3.

[16] V. VLACHOS, *Dialectique de la Liberté et Déprérissement de la Contrainte chez Fichte,* in Archives de Philosphie du Droit, Paris, Dalloz, 1963. n.º VIII, p. 75-114.

[17] LYRA FILHO, Karl, Meu Amigo, cit., p. 45-47; ROBERTO LYRA FILHO, Arguição à Tese do Prof. Renato Czerna (O Direito e O Estado no Idealismo Germânico), como examinador no concurso desde último para a vaga de professor titular de Filosofía Jurídica (São Paulo, USP, 1982, inédito); XAVIER TILLIETTE, Schelling, *Une Philosophie du Devenir,* Paris, Vrin, 1970, I, p. 108-112; 222-224.

[18] LYRA FILHO, Karl, Meu Amigo, cit. p. 91-95.

[19] LYRA FILHO, Karl, Meu Amigo, passim.

[20] LYRA FILHO, *Introdução ao Direito,* cit. p. 43.

[21] LYRA FILHO, *Direito do Capital,* cit., p. 46-61.

tivação dialética do Direito é um processo transformativo incessante, superior e mais amplo do que qualquier ordem determinada, conjunto de normas produzido, instituição ou sistema que se arroguem o controle do movimiento histórico, segundo o seu próprio e autoritário modelo de estructuração da convivência e padronização de condutas [22].

4

Tive a preocupação de sintetizar o posicionamento da NAIR em quinze proposições -cinco relativas ao que ela não é; cinco relativas ao que ela combate e cinco relativas ao que ela sugere, alternativamente.

E é mediante elas que chego às conclusões deste roteiro.

4.1. Deste modo é que nos dedicamos à pesquisa em Direito, com a ressalva que antepús a toda a meditação precedente sobre que Direito cabe pesquisar. Isto é, não trazemos à pesquisa um esquema que ponha os fatos em camisa de força, para violentar a realidade manifesta; mas também não poderíamos voltar aos fatos (donde intuimos a filosofia jurídica da NAIR), senão com a humildade necessária, para nos rendermos ao que, naquela realidade, possa desmentir-nos e determinar uma correção.

O sobrevôo filosófico ajuda o pesquisador de campo a não se perder entre as árvores, desconhecendo o mapa da floresta. A verificação empírica ajuda o filósofo a não se perder nas nuvens idealistas, esquecendo que a floresta é composta de árvores, e não de conceitos que estas tenham a «obrigação» de corporificar [23].

4.2. Nas condições atusis, existem, certamente, muitas dificuldades e preconceitos a vencer, para a realização correta da pesquisa jurídica.

Entre eles, encontra-se a esclerose institucional, num clima autoritário, que emana do poder social e envolve a coarcta os próprios canais de funcionamento das universidades e outras instituições científicas.

A malícia dos controladores de verbas e sua aplicação tem, inclusive, raízes multinacionais, com as Dalilas financiadoras sempre voltadas para o corte da cabeleira dum Sansão progressista e antiimperialista.

Mas é preciso lembrar que, reduzindo o jurista a beija-flor de pacotes e o Direito à castração da liberdade pelas instâncias formalizadoras de dominação, logo e de plano se inabilita o investigador a um trabalho sério, fecundo e eficaz.

Ternos de romper o bloqueio ideológico e evitar as armadilhas [24],

---

[22] MARX, *Oeuvres,* cit., II, p. 1.402-1.403; III, p. 453.

[23] LYRA FILHO, Karl, Meu Amigo, cit. p. 88, 342.

[24] R. FAORO, O Que é Directo. Segundo Roberto Lyra Fllho in Direito & Avesso, 1982, p. 34.

pois, cedendo às circunstâncias adversas, acabaríamos reforçando, pela rendição desavisada, a própria conjuntura ingrata de que nos queixamos.

Recorde-se antes de tudo, que algo mostra quem tanto se agacha e do carpo do Direito não verá, então, mais do que as nádegas normativas e os flatos ideológicos.

4.3. Em larga parte, é o próprio jurista, de formação dogmática e que considera a abordagem crítica como «não-jurídica», o responsável pelo despretígio em que somos tidos na comunidade dos cultores das ciências sociais.

Mas o verdadeiro jurista há de ser também um cientista social, sob pena de não ser nada, cientificamente; e assim deve procurar a colaboração mais fecunda com o sociólogo, impedindo que este, ironicamente, acabe adotando a concepção dos juristas dogmáticos, para desprezá-los pela mesma razão por que eles se envaidecem. Então, juntos, enterram o Direito e desviam a pesquisa para a visão falsa do universo jurídico, reduzido a expressão, mais ou menos coesa, mais ou menos contraditória, porém na substância coincidente com os mores e leis das classes, grupos e povos dominantes -o que, repita-se, de passagem, tornaria propiamente ininteligível o direito de revolução, o direito internacional e tudo mais que não seja direito do Estado, mas sobre, além e até contra ele.

Combato este nó de equívocos, não apenas como jurista e, sim, também como sociólogo profissional, com título registrado no MT e militando na Associação dos Sociólogos do D.F.

4.4. Já existem vários estudos sociológico-jurídicos, na perspectiva da NAIR.

Por exemplo:

a) o estudo sobre o silêncio e a inércia sociais que aniqüilam as ilicitudes penais e legais, segundo o que Friedrich denominou (em filosifia jurídica) a «honra de infringir a lei» [25];

b) a análise da jurisprudência contra legem (aliás, muito mais numerosa do que se pode imaginar), mostrando como em largos setores, seja pela implosão hermenêutica [26], seja pela introdução de princípios supra-legais o juíz, aristotelicamente, «ressocializa o que o legislador logicizou»[27];

c) o confronto entre os parâmetros da Criminologia tradicional, que atribui ao criminoso um perfil egocêntrico, lábil, agressivo e efetivamente neutro, e as situações sociais de estructura e classe, que abonam, exigem e até exaltam egocentrismo, labilidade, agressividade e indiferença afetiva -sobretudo no modo de produção capitalista.

---

[25] CARL J. FRIEDRICH, *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito,* Rio, Zahar, 1965, p. 229.

[26] LYRA FILHO, *Direito do Capital,* cit., 46-58.

[27] CHAUÍ, Roberto Lyra Filho, cit., p. 23-24.

4.5. O jurisconsulto, como cientista social -que há de ser, insisto, sob pena de não ser nada cientificamente- há de evitar, simultaneamente, o sectarismo e a pseudo-neutralidade.

Porque o «neutro» acaba castrando o Direito e, se diz «eu não faço política», realmente já está fazendo o que nega, inclusive quando troca o Direito pela norma estatal e reduz a liberdade ao que sobra do banquete pantagruélico da dominação. Mais: ele se recusa a admitir que existe o banquete, escondido sob a ficção do Estado isento, superior aos conflictos sociais e emissor de preceitos «indeclináveis», para «garantir a paz social» (rectius: para garantir a «liberdade» das classes, grupos e povos dominantes de comer «em paz» os quitutes do privilégio).

Como dizia Marx, «ninguém combate a liberdade; no máximo, combate a liberdade dos outros» [28] com o poder do Estado e as leis dele oriundas, inclusive.

O «neutro» é um reacionário encabulado e não tem a coragem e a franquezas de confessar que é moço de recados da dominação que mascara.

Por outro lado, o sectário não é, de fato, um cientista, já que traz, prefabricados e inabaláveis, a descrição, a explicação e o próprio princípio explicativo [29].

---

[28] MARX, *Oeuvres* cit., III, p. 166.

[29] MADELEINE GRAWITZ, *Méthodes,* cit., p. 346-347, 382-385, 518-520.

CUADERNOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO propicia esta encuesta sobre «problemas abiertos en la filosofía del derecho» y nos sugiere encauzar las respuestas alrededor de algunas de las siguientes cuestiones:

1º) ¿Cuál ha sido su trayectoria como investigador y en qué áreas? ¿Qué lo ha llevado a desplazar su interés de una a otra área? ¿Cuáles considera que son sus principales aportaciones?

2º) ¿Cuáles son los problemas que a su juicio, es más necesario o más previsible que reciban una atención preferente en el inmediato futuro? ¿Cuáles cree que pueden ser las vías más fecundas para abordar dichos problemas?

Comencemos con las vías por las que opté en mis estudios. Al poner en marcha algunos de mis intereses en el campo de la teoría del derecho traté siempre de articular las relaciones entre esta teoría y el dominio más amplio de la epistemología de las ciencias y las sociales en particular. Como todo investigador cuyo perfil epistemológico pretende, dentro del campo de la racionalidad científica y ajeno a la metafísica de los sistemas, reflexionar acerca de esa articulación y de la conexión entre el derecho y la teoría de la historia y la sociedad, tropecé con obstáculos tanto en la región particular del derecho, como en la más general de la epistemología de las ciencias. El pensamiento dominante en una y otra, condicionaba, en efecto, a hacer circular los estudios sobre los criterios de la lógica y la metodología, a atenerse en forma prácticamente monopólica a este tipo de balizamiento y a recoger como respuesta corriente respecto de toda inquietud por analizar el derecho en base a su rol y función como instancia inscripta en el resto del cuerpo social, sugerencias del tipo, «diríjanse a la habitación de al lado», «dejen en paz a la ciencia con la política» y otras de semejante estilo.

Así, en la primera región, la jurídica, la tendencia kelseniana ocupaba todo su espacio académico con su proyecto de una teoría basada en la pureza metódica, Reine Rechtslehre incontaminada de todo residuo sociológico o psicológico. Es obvio que este normativismo controlaba con notoria eficacia el legado decimonónico de un Bentham o de un Austin del derecho concebido a la manera de simples órdenes, mandatos o imperativos, eficacia dependiente de sus recursos lógicos; pero eran estos mismos recursos los que configuraban un enrejado que colocaba automáticamente fuera de juego cualquier intento conceptual como el que me proponía. Dichos recursos lógicos son suficientemente conocidos: los aspectos formales y la estructura lógico-imputativa de los enunciados prescriptivos que «usaban» las normas jurídicas, y la estructura descriptiva de los juicios hipotéticos con que las reglas de derecho o proposiciones jurídicas «mencionaban» neutralmente a las normas, eran los mecanismos que garantizaban al método la pureza de sus resultados.

Por el lado de la epistemología general de las ciencias, los obstácu-

los reaparecían prácticamente bajo el mismo ropaje, el de la prioridad de los recursos lógico-metodológicos, visibles en *tres planos* distintos concernientes a ella: a) el modo de construcción de las teorías asociado a la filosofía clásica de la ciencia inspirada en el Círculo de Viena (en la que también se apoyaba Kelsen); b) los objetivos que se adscribían a esas técnicas constructivas; c) la abstracta división que aún los epistemólogos modernos -posteriores tanto al positivismo clásico como al falsacionismo de Popper- de inspiración historicista como Kuhn y Lakatos, habían planteado entre la historia interna y la externa de la ciencia.

En cuanto a la construcción de las teorías todo el período clásico las concibió sobre métodos axiomático-formales, absorbidos de la axiomática de Peano y D. Hilbert y de la lógica matemática de Frege, Russell y Whitehead. De este modo las teorías se expresaban en un lenguaje matemático y lógico de primer orden con un vocabulario lógico y otro no lógico comprensivo este último de dos clases: el observacional compuesto de términos referidos directamente a objetos físicos o a sus características observables (a partir de los datos de la experiencia), y el teórico compuesto de postulados teóricos y de términos teóricos que se transforman y traducen en observacionales mediante definiciones explícitas y reglas de correspondencia. El procedimiento constructivo se instituía, entonces, de un mecanismo lógico-formal (conjunto de axiomas y postulados) y de una base empírica integrada por datos de contrastación neutrales a la teoría, conectados entre sí por reglas de correspondencia que suministraban la semántica al cálculo no interpretado, estipulando las aplicaciones permitidas de la teoría a los fenómenos (No había llegado todavía el turno para la impugnación de los categorialistas Sellars, Hanson y Kuhn, a la neutralidad de los datos por considerarlos «cargados de teoría»).

Este tipo de construcción era estimado compatible con cualquiera de los dos grandes objetivos que se asignaban a la ciencia: el objetivo «realista» de descripción adecuada de los fenómenos, o «el instrumentalista» de predicción confiable y futura de esos fenómenos. El vínculo entre este montaje constructivo y los objetivos de la ciencia así limitadamente concebidos (descripción o predicción) me generaba obstáculos adicionales *en este segundo plano,* ya que desde mi óptica visualizaba por un lado a la ciencia como un discurso racional generador de claves explicativas e interpretativas de la naturaleza y la sociedad, munido de un potencial retransformador de una y otra, y por otro, «el lado penoso de las circunstancias», me resultaba sospechoso que la epistemología se negara a producir cualquier análisis que hiciera inteligible y crítica la conexión entre la ciencia y su uso ominoso y siniestro por el poder.

Por último, y en el tercer plano, aún después de superado el período clásico, en plena vigencia del popperianismo, las teorías científicas eran concebidas como «productos» separados de las «condiciones históricas» de su producción, privilegiada la lógica de la investigación (desde

la Logik der Forschung, dada a conocer en Viena en 1934, el mismo año en que Kelsen produjo su Teoría Pura) y remitidas años más tarde a un mundo neoplatónico, el mundo tercero objetivo, de las ideas. Y en cuanto a los filósofos de la ciencia que vinieron a cuestionar esa lógica de la investigación con criterios más historicistas que Popper, trabajando sobre ciencia real y no sobre términos como falsación y refutación extraídos de la lógica y la matemática formal donde sí las cosas ocurren apodícticamente, reintrodujeron el predominio de lo lógico-metodológico al plantear la distinción entre historia interna y externa de la ciencia, acordando a la primera, la de los instrumentos y las operaciones lógico-metodológicos, prevalencia sobre la segunda, la de las circunstancias sociales y psicológicas en que aquéllos se instrumentan y estructuran.

De este modo me encontraba ante un modelo de ciencia (incluida la jurídica) pensado desde un trasfondo filosófico, el positivismo, que bloqueaba todo análisis de esa ciencia como instancia en el conjunto de las otras instancias sociales e inhibía todo un cuerpo de efectos: identificar en ese conjunto el rol y la función de la ciencia, especificar su factura y el orden de las correlaciones mutuas, señalar las condiciones de su existencia, discriminar sus límites, fijar las reglas de formación y transformación de sus enunciados concebidas no como reglas de un cálculo sino claves interpretativas para ciertos interrogantes. A saber: cuáles son las condiciones, los requerimientos y demandas sociales, según sus diferentes tipos, que hacen que la ciencia ocupe un lugar en un momento dado entre las otras instancias vedado al mito, a la religión, a la metafísica y a las ideologías, cambiando en otro momento las correspondencias, e incrementándose la influencia de estos otros discursos. Dentro de esta mutación, qué mecanismos y procedimientos conscientes o inconscientes pone en juego el poder social para movilizar a los hombres por medio de las normas jurídicas, normalizarlos y controlarlos. Por qué, en fin, una sociedad percibe orden y ley en un caso y regulariza determinados enunciados productores de verdad y, otra, cancela esos procedimientos y modifica en términos de legitimidad el estatuto de los que tienen a su cargo administrar la verdad de las teorías.

En 1974 intenté despejar algunos de estos interrogantes y contribuir al examen crítico de la ratio filosófica que servía de sustento a los modelos que creaban el corset y produje *Neopositivismo e Ideología* (Buenos Aires, Eudeba). Casi todo el peso de este texto recayó en el estudio de las corrientes específicas del positivismo vienés, incorporando la consideración de algunos rasgos de la filosofía de Popper y de la escuela analítica del lenguaje. Estudio previo al abordaje del derecho -sobre el que hice mínimas alusiones- pero relativo al campo de inscripción de su tendencia dominante, el positivismo jurídico lato sensu. Como se desprende del título de la obra, el eje del análisis pasa por el problema del vínculo entre la ideología y las ciencias sociales

visualizadas con esa impronta filosófica. Por aquel entonces habían dado comienzo en la Argentina intensos debates sobre el tema de la ideología y la ciencia, tema que paradójicamente permanecía ausente del marco académico de la Facultad de Derecho cuyo nombre completo, según se sabe, es «... y *Ciencias Sociales* » (UNBA). Facultad ligada a la dogmática tradicional, aunque fuertemente modernizada a la sazón por la apertura promovida por Ambrosio Gioja desde su cátedra de Filosofía del Derecho. Con Gioja, por cierto, ingresaron nuevos y ricos análisis, si bien éstos se inclinaban en su mayoría, a favor de los modelos de ciencia que precisamente me generaban dificultades. Mi contribución, frente a este panorama de los estudios, era una propuesta articulada alrededor de la crítica materialista de Louis Althusser y la epistemología de Gaston Bachelard. Básicamente encontraba en ellos la posibilidad de pensar un concepto distinto de ciencia al que, desde los primeros pasos, descartaba con sus mecanismos (separación entre teoría y práctica; abstracta distinción entre contextos de descubrimiento y justificación; distancia entre cuerpo lógico conceptual y banco neutral de datos de corroboración) los elementos externos revalorizables y sujetos a unidad teórica según mi juicio. Para ello, tanto Althusser como Bachelard -en una operación que anticipaba en cierto sentido la actual concepción estructuralista de las teorías (o non-statement view) de Joseph D. Sneed, Stegmüller, Banzer y Moulines- proponían reconstruir conceptualmente los modelos científicos incluyendo la teoría el conjunto de sus aplicaciones, aplicaciones no meramente tecnológicas sino formales y no formales. Y esto, se me presentaba como un punto de partida y renovación, como una nueva óptica para abrir espacios de cientificidad alternativos. Lo cierto es que estas posiciones y discusiones sobre nuevos standars de reconstrucción de las teorías y sobre el lazo ciencia-ideología, desaparecieron abruptamente de los medios académicos de la Argentina, como consecuencia de la nueva coyuntura autoritaria comenzada con el golpe militar de 1976 y entre el vendaval generador de múltiples ausencias y «desapariciones» teóricas y no teóricas, debí computar en lo personal la frustración de la censura por Eudeba y retiro de la venta de *Neopositivismo e Ideología,* que ingresó así en la fila de los textos excluidos de toda confrontación.

Ahora bien; si retornamos al modelo general de ciencia que, según digo, pretendí discutir sin éxito, y lo ponemos en relación con el campo específico del derecho, esta conjunción funciona para mí como artefacto productor de una serie autocontrolada de preguntas. ¿Qué tipo de preguntas? Creo que una excelente muestra está dada por las que en un coloquio o mesa redonda para teóricos del derecho se nos propuso por la Sociedad Argentina de Filosofía Analítica hace aproximadamente unos cuatro años. Veamos:

1) ¿Considera Ud. que la ciencia jurídica puede ser concebida como ciencia empírica? En su caso, cuáles serían los hechos relevantes para verificar sus proposiciones?

2) La ciencia jurídica es caracterizada con frecuencia como normativa. ¿En qué consiste según Ud. su carácter normativo?
3) Los juristas parecen estar de acuerdo en que el derecho no es un conglomerado de normas, sino un sistema. ¿Qué papel incumbe a la ciencia jurídica en la sistematización del derecho?
4) ¿Considera Ud. que la ciencia jurídica es puramente descriptiva o, por el contrario, tienen cabida en ella argumentos de tipo valorativo o moral?

Es notorio que este tipo de preguntas no puede ser descalificado. ¿Cómo podría serlo cuando las respuestas que se entretejen a su alrededor sistematizan las tendencias dominantes en el panorama de la teoría jurídica? ¿Cómo podría serlo cuando para contestarlas habría que poner en juego un repertorio de autores en los que tendrían cabida natural nada menos que los más relevantes jefes de fila del positivismo jurídico, la escuela analítica, la lógica deóntica y el jusnaturalismo?

Pero no es menos notorio que estas preguntas y el recurso de las respuestas a un Kelsen, un Ross, Hart, Dworkin, von Wright, Villey, Kalinowski y Gardies, forman el blanco y el negro, el anverso y el reverso de un cuerpo de discusiones casi seculares, que satisfacen algo así como lo que, tomando en préstamo el vocabulario de Hilar-y Putnam en «What theories are not», podríamos llamar «the received view», «la concepción aceptada» del derecho. Y, en mi perspectiva, la dificultad que plantea «la concepción aceptada» -de cuyo registro no descarto a otros autores más modernos frente a una cuestión como la que propone *Cuadernos de Filosofía del Derecho,* consiste en que: o el margen que deja para problemas abiertos es escaso, o estos problemas se remiten o realimentan en el orden interno de «lo aceptado» de la concepción. En otras palabras; por respetables que sean las dos vertientes aparentemente contradictorias de «la concepción aceptada» en que puede resumirse ésta (positivismo y jusnaturalismo) creo que el lugar de apertura de los problemas debe darse en un orden externo a ella, si es que se considera deseable sacar a la ciencia jurídica de su crisis de iteración-repetición.

Desearía ahora recurrir a los borradores de mi respuesta, al menos de la primera de las preguntas, para ver cómo intenté eludir el corset y dar a entender ésto con el sesgo de una alegoría o de un símbolo. Recurrí, a tal fin, a una comparación entre lo que le había ocurrido a Gregorio Samsa, el imborrable personaje de «La metamorfosis» de Kafka y lo acaecido a la ciencia jurídica en el momento en que se convierte en «concepción aceptada».

Cuando en una mañana de 1916 -dije- Gregorio Samsa, oscuro viajante de comercio de la calle Charlontenstrasse, después de un agitado sueño se despertó acostado sobre la espalda dura como un caparazón, el vientre convexo, de color marrón, transformado en un horrible bicho, al levantar un poco la cabeza no atinaba a contestar: «¿qué me ha sucedido?» (Es muy posible que en el destino de una ciencia jurí-

dica oscura, apoyada de espaldas sobre su caparazón y transformada en horroroso bicho muy distinto de lo que semeja -de serle dado levantar algo la cabeza-, estuviera también el no poder contestar qué le había ocurrido.) Como en la ciencia jurídica no podía tratarse de un sueño: aunque un poco pequeña su habitación también era una habitación humana y rodeada, asimismo, «por las cuatro paredes habituales». Igual que en nuestra disciplina la colcha de Gregorio, *siempre pronta a caer,* apenas podía sostenerse debido a la altura del edificio y sus patas, lastimosamente delgadas para tan voluminoso cuerpo, se agitaban sin cesar ante sus ojos. En su situación actual (similar a la de «la concepción aceptada») le era difícil adoptar otra posición y, jurista empedernido, cuando lo intentaba violentamente, volvía siempre al estado inicial mediante un breve movimiento de balanceo. En realidad, relata Kafka que ensayó cientos de veces para no ver las vibraciones de sus miembros y sólo abandonó la tarea en ocasión de experimentar un fuerte dolor, exclamando: «¡qué profesión tan sacrificada he elegido!».

Las metamorfosis, tanto de Gregorio como de la ciencia jurídica, arrancan de una ruptura lógica de los hechos. La transformación de Gregorio tiene su equivalente en *«El proceso»:* la notificación que se hace al señor K de las actuaciones que le substancian. Ambas tienen lugar en un mismo tiempo y parecen haber sido decretadas por un poder anónimo (La Máquina, el Poder, la Fatalidad, Dios) sin saberse el motivo ni ocurrirse a los protagonistas cómo indagarlo ni a los juristas de «la concepción aceptada», cómo indagar otra cosa que reglas de reconocimiento interno. Aceptado el mecanismo lógico, es decir, dejada atrás y sometida la ruptura lógica de los hechos a un formidable fenómeno teórico de olvido, la realidad intramuros impone sus reglas de juego y la libertad se reduce a un mero vagar por las cuatro paredes de la habitación.

El destino de Gregorio y el de la teoría del derecho difieren por cierto en múltiples aspectos, pero la asociación de ideas que evoca su vínculo, no hace un incontrolable y extravagante abuso de la metáfora, al sugerir que se piense a la segunda bajo el modelo del primero. De lo que se trata es de conducir la atención al hecho esencial de que también la ciencia jurídica inaugura su historia, y abre su continente autónomo del saber, con un proceso de transformación y metamorfosis tan fantástico y no menos pavoroso (en cuanto a los efectos de desconocimiento/encubrimiento que produce) que el de Gregorio: los agentes portadores de relaciones sociales, cuyo lugar y función están predeterminados por la estructura social según un orden de distribución de bienes y roles previo a la formación de las leyes y dependiente de la organización económica, pasan a ser ante estas leyes -se despiertan una mañana de 1916 en Charlotenstrasse sujetos jurídicos formalmente libres e iguales.

A partir de este punto de ruptura en el orden lógico de los hechos, después de ambas metamorfosis, tanto la vida de Gregorio como la de

la teoría jurídica, continúan y se encuadran en la más rigurosa de las regularidades. Greta podrá disimular «el lado penoso de las circunstancias», desempeñar cada vez mejor su papel y no asombrarse ya del aspecto de su hermano. Los filósofos del derecho, a su turno, en búsqueda de las garantías del conocimiento podrán inscribir en el lugar de la metamorfosis una categoría lógico-trascendental kantiana como lo hace Kelsen; una regla de reconocimiento secundaria a la de Hart; un conjunto «de principios» dworkiano como standard social más adecuado que las reglas del derecho y los mandatos de Austin y Bentham; criterios de individualización y pertenencia al sistema basados en los órganos que aplican las normas a los casos particulares como hacen Raz y Ross, o un hecho de fuerza borrosamente calificado, como lo hace Olivecrona.

Acostumbrados «al lado penoso de las circunstancias», sin asombrarnos del aspecto y de los caparazones del derecho, podremos luego de la metamorfosis, entrar a indagar sin extravagancias, o sea intrasistemáticamente, cuál es, en la región de lo prescriptivo, la estructura lógico-imputativa de las normas jurídicas, y, en la región de lo descriptivo o del conocimiento, cuál es la forma lógica de los juicios que mencionan aquellas normas; discutir si hay o no una inconsecuencia o incompatibilidad entre atribuir a una proposición jurídica carácter descriptivo y al mismo tiempo asignarle forma normativa de Sollsatz, y otras cuestiones más o menos complejas del estilo.

No hay duda que la comunidad científica del derecho lo hace y, más aún, que permanece cohesionada como tal comunidad al actuar intrasistemáticamente (con el sentido que vengo de dar a esta palabra) pero vale la pena advertir, que al hacerlo, actúa con la misma «naturalidad» con que los familiares de Gregorio procedían, luego de barrer el bicho con la escoba, a redactar cartas de disculpas, detener con un gesto grave a la mucama que intenta entrar en explicaciones detalladas, tomar el sol por la Charlotenstrasse y, como ellos, a consolarse con que al fin y al cabo todavía tenemos buenas oportunidades de empleos.

Debo expresar ahora que debido al carácter oscuro de la metáfora para la inteligibilidad de juristas empedernidos, o tal vez porque se atribuyó a la misma un signo provocativo que no le asigné de mi parte, esta comparación no produjo en el coloquio ni frío ni calor (como le ocurriera a Lacan, según lo narra, al explicar a los psiconalistas la teoría de las ficciones de Jeremy Bentham), pero no es menos cierto que, a mis ojos, resulta útil para responder al interrogante sobre posibilidad de problemas abiertos en el derecho.

Mi propuesta de contestación a este interrogante correría pues en el siguiente sentido: el campo para la inscripción de esos problemas abiertos no está en lo intrasistemático de la teoría sino precisamente en aquellas regiones de exclusión que crea lo intrasistemático. Es aquí donde cabe instaurar nuevos espacios para la preferente atención del futuro inmediato.

En base a esta convicción topológica esta propuesta es pues la de emplazar los análisis fuera de los procedimientos y el instrumental lógico-metodológicos de la teoría y dirigir la mirada a lo externo, a la teoría de la historia y la sociedad, la sociología y la economía en particular y luego, desde esta región, volver a lo lógico-metodológico para ver el discurso jurídico no como un producto teórico final sino la retransformación y reelaboración de su instrumental interno desde los modos de existencia y constitución de ese discurso.

Trabajando en este sentido propuse en «Moi, Pierre Rivière... y el mito de la uniformidad semántica de las ciencias jurídicas y sociales» (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, N.º 59, texto inc. en *El Discurso Jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos* (Buenos Aires, Hachette, 1982), las siguientes cuestiones abiertas:

— ¿Con qué categorías conceptuales hay que dar cuenta de la presencia en el campo de producción semántico del derecho, de otros discursos que no obstante ser distintos en su origen y función lo determinan y fijan las condiciones de su aparición material?

– ¿Cuál es el principio de control de la producción del discurso jurídico que hace que esos otros discursos después de haber intervenido como trama o urdimbre en el período de su constitución desaparezcan del producto final formado o se releguen a una esfera evanescente y secundaria de mera «auxiliaridad»?

— ¿Cuál es la regla de formación del discurso jurídico, que al mismo tiempo entrelaza y criba otros discursos; los incorpora y expulsa a una de su dominio; los aplica y debilita; los integra y frustra; organiza su campo semántico con ellos y los desconoce acto seguido para lograr la identidad propia de su especificidad? Si la regla de su formación es al mismo tiempo la regla de su elisión/elusión, ¿qué mecanismos externos la ponen en juego, qué principios gobiernan el tamiz?

Con estos problemas abiertos el campo del análisis, como se observa, se desplaza de las proposiciones jurídicas y la ciencia jurídica, al discurso jurídico en el que es prioritario el papel que éste juega en las relaciones de fuerza frente a otros discursos y formaciones discursivas no jurídicas.

Parte de este análisis, conectado con el problema de las tesis retribucionista y utilitarista de justificación del castigo, lo emprendí en *«La problemática del castigo», El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault* (Buenos Aires, Hachette, 1983) y en la intención de conectar psicoanálisis y derecho en un punto concreto: el vínculo y trato de la verdad como «fictio figura veritatis» en Pierre Legendre y la ficción en Bentham y Lacan (Comunicación de 1982 al Congreso Internacional de Filosofía de La Plata).

Si finalmente tuviera que recurrir a una sola frase para resumir el núcleo de mi respuesta a *Cuadernos de Filosofía del Derecho,* y así

debo hacerlo, diría que las cuestiones más fecundas sobre problemas abiertos, en contraste con la Teoría Pura del derecho, a la que tomo como paradigma de «la concepción aceptada», habría que buscarlas en las regiones de pertenencia de «las impurezas de la teoría».

MIS contribuciones a la filosofía del derecho, más dignas de mención, son tres:

1) En 1951, en la misma época en que lo hacían von Wright y Klug, utilicé la lógica matemática para analizar la deducción jurídica. No estoy completamente seguro, pero creo que fui el primero en mostrar, con un ejemplo no imaginario, cómo un artículo determinado de un código podía eliminarse porque podía deducirse de otros;

2) El intento de definir el concepto de derecho justo de manera negativa, utilizando el concepto de no arbitrariedad cosa que, aunque implícita desde los primeros desarrollos teóricos de la filosofía jurídica, y a veces explícita, no se había hecho de manera sistemática;

3) Un ensayo, también sistemático, para mostrar que las normas no pueden ser verdaderas ni falsas (son athéticas). Este tema había sido desarrollado antes muchas veces, pero creo que tal como lo planteo constituye un intento sistemático bastante completo.

Entre mis contribuciones en otras ramas de la filosofía pueden mencionarse:

1) El primer libro de lógica matemática escrito en América Hispana (1946);

2) Mostrar que el concepto de «comprensión» puede analizarse mediante los recursos de la lógica formal (1956);

3) La axiomatización (informal) del humanismo y la deducción de sus consecuencias para la praxis política (Humanismo y revolución, 1969);

4) El intento de fundamentar el humanismo de manera racionalista;

5) El intento de encontrar-y creo en parte haberlo logrado- un hilo de unidad en los diversos sistemas lógicos tanto théticos como athéticos;

6) Haber planteado el problema de la ideología en relación a las teorías científicas hipotético-deductivas, cosa que, hasta donde llega mi información, no había sido hecho con rigor. La mayor parte de los análisis ideológicos sobre la ciencia moderna parecen ignorar su aspecto hipotético-deductivo, aspecto que abre un horizonte completamente nuevo para el análisis ideológico (Conocimiento científico, dialéctica e ideología, 1979).

7) Haber sido el primero en hacer una interpretación filosófica de la lógica paraconsistente.

NO soy precisamente especialista en teoría jurídica. Mi especialidad son el derecho público y las ciencias políticas; estoy interesado en el campo del derecho constitucional, la teoría del Estado y la teoría administrativa en particular. Pero mi actividad en este terreno se conecta permanentemente con cuestiones que tienen una relación con la teoría jurídica.

Por ello algunas veces he franqueado los límites de mi campo de trabajo específico, pero no puedo decir si las cuestiones que a mí me preocupan en este sentido son de interés para los filósofos del Derecho. Con el propósito de explicitar esto, deseo señalar cuáles son mis puntos de contacto con la teoría jurídica.

En mi disertación *Das imperative und freie Mandar, Überlegungen zur Lehre von der Repräsentation des Volkes* (Mandato libre y mandato imperativo. Reflexiones sobre la teoría de la Representación popular), Leiden 1966, intenté explicar mediante la investigación de «hechos jurídicos» en el sentido de Arthur Nußbaum (en este caso hechos históricos y sociológicos), qué contenido normativo deberían tener las disposiciones constitucionales sobre el «mandato libre del diputado».

Sin duda una interpretación puramente textual no capta el sentido de esta norma. Me importaba mucho no buscar una arbitraria interpretación metajurídica, sino por el contrario analizar a través del contexto político los objetivos reales que llevaron al establecimiento de la norma por parte de las instancias legislativas de la Francia revolucionaria.

Eso me llevó entonces a criticar el uso del concepto de la representación pre y antidemocrática (Burke: representación «absorciva») como un arma (Carl Schmitt) contra el Estado democrático de partidos.

Justamente ahora estoy abordando nuevamente este tema. Estoy elaborando un informe jurídico para nuestros partidos defensores del medio ambiente, los cuales han reforzado la ligazón de sus parlamentarios con su base electoral para proteger su condición de nuevo impulso político contra soluciones de compromiso apresuradas e inconvenientes. Estos partidos sostienen que sus diputados deben renunciar a su mandato después de dos años de ejercerlo (rotación).

Si bien se pueden alegar motivos relativos al fluido desarrollo del trabajo parlamentario en contra del principio de la rotación, no se puede comparar esta última práctica con el mandato «imperativo» de la Francia pre-revolucionaria, cuya función era impedir el establecimiento de asambleas resolutivas con derecho a tomar decisiones en forma directa y definitiva.

Hace mucho tiempo que estoy influido por la teoría del Estado y del derecho de Hermann Heller, pero al mismo tiempo me siento atraído por la obra de Hans Kelsen. Por ello mi disertación fue para mí una especie de experimento, una forma de comprobar si sería posible, en un sentido helleriano, incorporar factores extrajurídicos en la interpretación del derecho, sin que por ello se produjera un «sincretismo metodológico», condenado por la teoría del derecho de Hans Kelsen.

A pesar de que Heller combatió denodadamente contra Kelsen toda su vida, he entrado en dudas sobre si las posiciones de ambos son realmente tan contradictorias. Por supuesto, este es también un tema para la teoría jurídica.

En un seminario del Instituto Hans Kelsen de Viena, en 1975, sobre la teoría pura del derecho y la teoría marxista comencé a investigar acerca de las relaciones entre Georg Jellinek, Hans Kelsen, Max Weber y Hermann Heller: *Hans Kelsens Staatslehre und die marxistische Staatstheorie in organisationssoziologischer Sicht* (La teoría del Estado de Hans Kelsen y la teoría marxista del Estado desde la perspectiva de la sociología de la organización), in: Reine Rechtslehre und marxistische Rechtstheorie, Wien 1978 (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 3), S. 167-207. Después de haber estado ocupado durante largo tiempo con otras materias (derecho constitucional, teoría de la administración), he desarrollado recientemente algo más mis tesis de 1975 con motivo del simposio de Hermann He!ler: *Kritische Bemerkungen zur Auseinandersetzung Hermann Hellers mit Hans Kelsen* (Reflexiones críticas acerca de la controversia entre Hermann Heller y Hans Kelsen), in: Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller. 1891-l933 (El Estado Social de Derecho. En memoria de Hermann Heller, editado por Christoph Müller e Ilse Staff, Baden-Baden: Nomos, 1984. Para mí, las diferencias se reducen fundamentalmente al hecho de que Kelsen está ligado más fuertemente a la tradición kantiana, en tanto que Heller lo está un poco más a la de Hegel. Pero hay grandes áreas en las que ambas concepciones de la teoría del Estado y del derecho son compatibles.

Además, estoy también ocupado con cuestiones relativas a la metodología jurídica. He escrito una primera contribución con motivo de un problema específico (el «Berufsverbot») y respecto de las concepciones de un investigador en el campo de la metodología jurídica (Friedrich Müller): *Die Bekenntnispflicht der Beamten* (El deber de fidelidad del funcionario del Estado), en: Wolfgang Abendroth et al., Ordnungsmacht? Über das Verthältnis von Legalität, Konsens und Herrschaft, Frankfurt 1981.

Estas reflexiones relativas a la metodología jurídica son consideradas también en dos trabajos míos, críticos con respecto a la jurisprudencia de nuestra jurisdicción constitucional y administrativa: 1) *Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums. Funktionen-Privilegien - Ideologie* (El principio de los derechos adquiridos por los funcionarios públicos. Funciones - privilegios - ideologías), in: Wolfgang Däubler/Gudrun Küsel (ed.), Verfassungsgericht und Politik, Reinbeck 1979. 2) *Informe jurídico ante el Tribunal Administrativo Federal, sobre el caso Hans Peter,* impreso en: Erwin Siemantel/H. D. Wolfahrt (ed.), Der Fall Hans Peter. Entlassung eines 'Verfassungsfeindes'. Dokumentation - Analyse, Köln 1982.

En el campo de la teoría del Estado y de los derechos fundamentales he analizado el papel de la religión en la formación y el desarrollo del

Estado: *Religionskritische Anmerkungen zu Fragen des Verhältnisses von Christentum und Rechtsstaat* (Reflexiones críticas en torno a las relaciones entre la religión y el Estado), Ethel Leonore Behrendt (editora), Rechtsstaat und Christentum, München 1982, Bd. 1, S. 443-484, versión española en: Revista de Estudios Políticos (N.E.) No. 30 (1982), p. 41-80.

I

COMENCÉ a investigar temas de filosofía jurídica siendo estudiante de derecho, cuando me incorporé en 1965 como ayudante-alumno al Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Debo destacar que en esa época el Instituto estaba dirigido por el Profesor Ambrosio L. Gioja, quien fue un notable inspirador de vocaciones por la investigación teórica. De él aprendí sobre todo, que la tarea intelectual deja de ser excitante cuando se sustituye la búsqueda honesta de la verdad por otros objetivos, como la figuración pública o la escala de posiciones prestigiosas.

Aparte de Gioja, en los años sucesivos tomé contacto con otros especialistas que influyeron considerablemente en mi formación; tal fue el caso de Genaro R. Carrió, Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin, Ernesto Garzón Valdés, Jorge A. Bacque, Eduardo A. Rabossi, Sebastián Soler, etc.

Los primeros temas que abordé estuvieron relacionados con la metodología de la ciencia jurídica y de la decisión judicial. Luego de varios artículos en ese área temática (sobre el tratamiento de la responsabilidad civil, la definición de delito, problemas de interpretación de la ley, etc.), subsumí mis preocupaciones sobre el tema en un libro publicado en México con el título de *Consideraciones sobre la dogmática jurídica.*

Paralelamente encaré en una monografía, publicada en Buenos Aires con el nombre *El concurso en el derecho penal,* un tema concreto de derecho positivo, el de la concurrencia de delitos, tratando de mostrar las deficiencias metodológicas con que el mismo suele ser encarado por la dogmática.

Luego inicié una segunda etapa en mis investigaciones teóricas al dedicarme a preparar una introducción a la filosofía del derecho, lo que me obligó a tomar partido acerca de una serie de problemas de índole conceptual, como son los que están constituidos por la caracterización de las nociones de norma jurídica, sistema jurídico (incluyendo la polémica positivismo vs. iusnaturalismo), derecho subjetivo, deber jurídico, persona jurídica, etc. Este trabajo se materializó primero en cuatro pequeños volúmenes publicados en Buenos Aires con el título de *Notas de Introducción* al *Derecho,* cuyo contenido fue luego considerablemente ampliado y modificado en una segunda edición publicada en Buenos Aires y Barcelona con el título de *Introducción al Análisis del Derecho.*

Con motivo de una prolongada estadía en la Universidad de Oxford con el fin de realizar mi doctorado comencé una tercera etapa de mi actividad teórica. Ella se concentró en el desarrollo de una teoría general sobre la responsabilidad penal, a partir de una crítica metodológica de la teoría general del delito vigente. En mi tesis doctoral, editada en

Buenos Aires con el título *Los límites de la responsabilidad penal,* trato de articular ciertos principios valorativos básicos de los que depende la asignación de responsabilidad penal, infiriendo luego sus consecuencias para problemas específicos.

Más tarde inicié un período en que me dediqué a expandir y precisar algunas de las tesis que había desarrollado con anterioridad. De este modo, abordé el tema del positivismo durante una estadía en la Universidad de Harvard, preparando el artículo sobre la obra de Dworkin que publiqué en la revista *Mind.* Amplié mis ideas sobre la ciencia jurídica, discutiendo algunas concepciones acerca de ella, en una monografía publicada en Venezuela con el título *Algunos Modelos Metodológicos de «ciencia» jurídica.* Y desarrollé las consecuencias de mi teoría general de la responsabilidad enfocando un tema específico en mi libro publicado en Buenos Aires *La legítima defensa. fundamentación y régimen jurídico.*

Finalmente, debo mencionar mi último período de desarrollo teórico en el que estuve y estoy dedicado a investigar la fundamentación de la ética y su conexión con la elucidación de temas centrales de filosofía jurídica y política, como es la justificación de los derechos humanos. Ello se ha plasmado en mi libro en curso de publicación *Ética y derechos humanos.*

Creo que de esta enunciación general de diferentes etapas de mis investigaciones teóricas surgen algunos posibles aportes a los problemas estudiados: por ejemplo, el análisis y crítica de aspectos metodológicos de la dogmática (como el conceptualismo en que incurre, su positivismo ideológico subyacente), el intento de disolver la controversia entre iusnaturalismo y positivismo jurídico; la idea de que muchas disputas iusfilosóficas derivan del presupuesto no cuestionado de que debe haber un solo concepto de derecho; el análisis del concepto de validez jurídica como una noción de índole moral; la tesis de que el razonamiento justificatorio de soluciones jurídicas requiere necesariamente previsas valorativas, lo que tiene consecuencias sumamente relevantes para la ciencia jurídica y la administración de justicia; propuestas para resolver el problema de la individualización de los sistema jurídicos; el análisis de algunos problemas de interpretación que no son generalmente percibidos; la defensa de una teoría consensual de la pena; una crítica a la teoría del delito tradicional; formulación de principios valorativos básicos para una teoría liberal de la responsabilidad penal; un tratamiento diferente de la controversia sobre el reconocimiento jurídico de la moral; una fundamentación de soluciones para cuestiones específicas de responsabilidad penal como el concurso de delitos, la tentativa, la negligencia, etc.; propuesta de una fundamentación compleja de la legítima defensa y derivación de un régimen normativo para su tratamiento, un cuestionamiento del escepticismo ético; un intento de derivar principios morales sustantivos del discurso moral; una articulación de tres principios fundamentales de filosofía política,

de cuya combinación derivan derechos individuales básicos, etc.

2

Si bien creo que los problemas conceptuales *y* metodológicos de la teoría general del derecho deben ser objeto de continua atención, considero que en el ámbito de la tradición jurídica continental-europea debe superarse el descuido generalizado por las cuestiones concernientes a la teoría de la justicia y a tópicos específicos de ética jurídica, como son la justificación del castigo estatal, la fundamentación de la democracia y de los derechos humanos, la legitimidad del aborto, la eutanasia, el suicidio, etc., la igualdad y los problemas de discriminación; los alcances del derecho de propiedad y diferentes sistemas económicos; la libertad de expresión y la protección contra la obscenidad, etcétera.

Creo que los aportes que han hecho Rawls y otros filósofos analíticos a la discusión racional de estas cuestiones pueden ser aprovechados para un desarrollo teórico fecundo tendiente a establecer principios de los cuales puedan derivarse soluciones plausibles.

COMÚN ha sido la fiebre que ha invadido a mucho filósofos del Derecho, acrecentada, si cabe, estos últimos años: una enfermedad meta-filosófica, especialmente virulenta entre quienes aceptaron el giro analítico-lingüístico como camino de perfección -aunque no de salvación- de la intrincada jungla filosófico-jurídica. Excesivamente preocupados por dictar unas instrucciones -un reglamento- sobre el buen uso y dirección de la filosofía del Derecho, a menudo nos hemos alejado -si me puedo incluir en este peculiar gremio- de lidiar con los problemas derivados de la existencia del Derecho, cuanto más de discutir su merecimiento y de poner en cuestión su propia existencia: la teoría y filosofía del Derecho se ha convertido en numerosas ocasiones en un monstruo que se devora a sí mismo, en una reflexión sobre discursos de filosofía del Derecho -es decir, en un meta-meta discurso- y no, como parece que el sentido común en uno de sus estados de lucidez nos indica, en una reflexión crítica sobre esa forma contingente de coacción que denominamos Derecho. Se podría decir de la filosofía del Derecho lo que madame Du Deffand objetaba contra Rousseau: es algo que deslumbra sin iluminar.

Creo que no es exagerado decir-y empleo para ello una metáfora religiosa- que la fatigosa elaboración de una tesis doctoral imprime carácter. La primera sugerencia que recibí sobre la posibilidad de investigar acerca de la teoría jurídica de Hart -y, en general, estudiar la teoría analítica inglesa del Derecho- se debió al profesor Peces-Barba, con quien ya había comenzado a trabajar en algunos seminarios durante el curso académico 77-78. La aceptación de este trabajo fue inmediata por mi parte, pues satisfacía mi curiosidad por la filosofía inglesa -y en especial, por la filosofía analítica del lenguaje-, interés que se había acrecentado por mi asistencia a algunos seminarios del profesor Muguerza y al excelente curso de filosofía del lenguaje del profesor Hierro que seguí durante el año académico 78-79. Esta peculiar -y tantas veces mencionada- esquizofrenia entre la vocación filosófica y jurídica -que considero muy rentable para el estudio de la filosofía del Derecho- pude ponerla en práctica al analizar la teoría jurídica de Hart, quien, en principio, parecía integrar dos aspectos que consideraba interesantes: por un lado, la filosofía analítica del lenguaje y, por otro, la teoría analítica del Derecho. Como es bien sabido, decía Wittgenstein que el objetivo de la filosofía consiste en mostrar a la mosca la salida de la botella en la que se encuentra encerrada. Pienso que Hart ha mostrado a la teoría jurídica la salida -o, al menos, una de las posibles salidas- de su laberinto dogmático. Su concepción de los sistemas jurídicos como sistemas abiertos de reglas jurídicas cuyo origen y existencia se fundamentan, en última instancia, en prácticas sociales institucionalizadas, abre el campo hacia el estudio de una teoría social del Derecho que describa y explique la existencia y funcionamiento de los sistemas jurídicos desarrollados.

El interés por la teoría analítica del Derecho de tradición anglosajona, cuyo primer resultado lo constituye el libro «H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho» (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984) me llevó a plantearme la posibilidad de traducir al castellano, precedido de un estudio introductorio, uno de los trabajos cumbres de la historia del pensamiento jurídico inglés y paradigma de la teoría analítica del Derecho que, sintomáticamente, no ha sido traducido a ninguna de las lenguas de la cultura jurídica continental: me estoy refiriendo a la obra de J. Austin, «The Province of Jurisprudence Determined» cuya traducción llevo preparando desde hace más de un año. Dentro de este ámbito de problemas, próximamente prepararé una edición en castellano de los principales trabajos de Hart sobre teoría del Derecho.

Dentro del ámbito de la filosofía del Derecho mi interés actual se circunscribe a cierto núcleo de problemas que podrían ser incluidos dentro del área comúnmente denominada *teoría del Derecho.* Bien es cierto que la construcción de una teoría jurídica exige la determinación de criterios de aceptación o rechazo de las proposiciones teóricas: los problemas teóricos presuponen problemas metodológicos, problemas que se refieren al conjunto de operaciones con las que los juristas persiguen sus objetivos de producir y reproducir las normas jurídicas al ponerlas en relación con determinados sujetos, hechos y comportamientos. La teoría del Derecho, desde mi punto de vista, es un metadiscurso que tiene por objeto las características formales de los sistemas jurídicos (objeto extralingüístico); sin embargo, la construcción de la teoría jurídica se ha ocupado a menudo del análisis del lenguaje de los juristas -de la llamada *doctrina o dogmática*- (cuyo objeto ha consistido en el análisis de la estructura de un ordenamiento jurídico particular), tarea que, en principio, le corresponde a la denominada *teoría de la ciencia jurídica* -metadiscurso sobre el discurso de los juristas-. A pesar de estos problemas metafilosóficos que algunas veces, como he indicado al comienzo, han tenido efectos devastadores-, creo que un interesante campo de investigación, en el que se entrecruzan problemas teóricos y metodológicos, lo constituye un estudio interdisciplinar de la interpretación jurídica que supere las clásicas versiones suministradas por la dogmática, y que ponga de relieve la naturaleza política -elección entre distintas alternativa- de la teoría jurídica. Un moderado ejercicio del análisis filosófico en este campo nos ayudará a comprender mejor el funcionamiento de los sistemas jurídicos y el modo de operar de los usuarios del lenguaje jurídico; el análisis de aquellas instituciones que tienen poder o autoridad para imponer un determinado tipo de discurso jurídico. Los problemas analíticos -delimitación de los procedimientos retóricos y lógicos usados para justificar una atribución del significado en un documento normativo- derivan inevitablemente en problemas sociales y políticos. Si 'interpretar' quiere decir atribuir un significado a un determinado fragmento del lenguaje, el

término 'interpretación' hace referencia, ya a una actividad -la actividad interpretativa- ya al resultado de esa actividad, es decir, al mismo significado atribuido por esa actividad. El significado de un enunciado, es decir, la proposición, estará, pues, determinado por la interpretación, y en la medida que ésta es una cuestión de valoración y elección entre alternativas, se puede decir, en sentido amplio, que la actividad interpretativa es una actividad de naturaleza política.

Si bien el anterior área de investigación forma parte de un proyecto más ambicioso -el de la construcción de una teoría crítica del Derecho desde el punto de vista analítico que ponga de manifiesto las insuficiencias y valoraciones políticas de la doctrina de los juristas--, creo que otro campo interesante de atención merecen los problemas sustantivos que hacen referencia a los contenidos materiales de una teoría de la justicia. En este sentido, la conexión existente entre el resurgimiento de las teorías contractualistas y los problemas relativos a la llamada crisis de legitimación de las sociedades capitalistas avanzadas requieren un análisis de algunas de las versiones de la filosofía moral y política contemporánea más influyentes. Del mismo modo, las valoraciones complementarias que constituyen parte del concepto de justicia -que en nuestra cultura jurídica y moral se han denominado derechos humanos- exigen criterios adecuados y consistentes de justificación teórica -discurso filosófico- moral- de este concepto, y no simplemente versiones jurídico-positivas del mismo. Piénsese, por ejemplo, en la actual polémica, en el ámbito de la filosofía moral y política anglosajona -que, hoy por hoy, representa el área cultural dominante- entre los partidarios del principio de utilidad y los defensores de una teoría normativa de los derechos morales.

El 'giro lingüístico' no sólo ha sido determinante en el origen y desarrollo de la filosofía analítica, sino también ha sido decisivo en el desarrollo de las corrientes fenomenológicas y hermeneúticas, así como en el neomarxismo o teoría crítica. Si bien el origen de la filosofía analítica estuvo expresamente conectado con el positivismo -teniendo como resultado más extremo las corrientes neopositivistas europeas de los años treinta-, este tipo de actividad filosófica ha experimentado diversas transformaciones a través de distintas etapas, que, alguna vez se han relacionado de alguna manera inteligente con el distinto predominio teórico de algunas de las partes que componen la teoría semiótica. Así, se ha podido establecer cierto paralelismo entre la preocupación por el estudio de las relaciones sintácticas del lenguaje y la primera etapa de la filosofía analítica del lenguaje, así como entre la fase pragmática -relaciones entre los signos lingüísticos y los usuarios- y la última fase de la filosofía analítica. Esta evolución indica el despegue de la filosofía analítica del positivismo, la cual, por ejemplo, no rechaza el lenguaje metafísico desde el punto de vista sintáctico o semántico -diciendo (cómo se llegó a decir) que es un lenguaje sin sentido o sin referentes-- sino que, considerándolo como un tipo de lenguaje legí-

timo, desde el punto de vista pragmático se entiende que el lenguaje metafísico ha sido usado para comunicarse en la comunidad de filósofos: dejamos de lado su significado y nos preguntamos por su uso en una comunidad de hablantes. Por ello, la concepción pragmática del lenguaje como comunicación ha hecho posible la generalización del giro lingüístico en la filosofía contemporánea.

Esta evolución ha influido notablemente en el estado actual de la actividad filosófica. La filosofía del Derecho no puede quedar al margen de este proceso. El análisis de los conceptos jurídicos y de las relaciones formales de los distintos elementos que componen el Derecho, si bien es necesario para dotar de cierto rigor el análisis filosófico-jurídico, no debe ser un obstáculo sino todo lo contrario, para la discusión práctica de los problemas derivados de la existencia de ese modo contingente de coacción que denominamos Derecho. Quizá habría que recordar las inteligentes palabras de J. L. Austin cuando trataba de explicar la función de su peculiar modo de entender la filosofía: «...cuando examinamos lo que diríamos, cuándo, qué palabras usaríamos, en qué situaciones, no estamos tampoco meramente considerando las palabras (o los significados, sean los que fueren) sino también las realidades, para hablar de las cuales usamos las palabras; estamos empleando una agudizada percepción de las palabras para agudizar nuestra percepción de, aunque no como el árbitro final, los fenómenos».

1

COME molti filosofi del diritto italiani sono stato influenzato dalla grande tradizione erudita che, nel nostro paese, ha annoverato, ad esempio, Giorgio del Vecchio e Felice Battaglia. In particolare, sono stato allievo di Guido Fassò (1915-1974), uno dei maggiori storici della filosofia del diritto in Italia nel corso di questo secolo. Tuttavia, i miei interessi filosofico-giuridici sono -e sono sempre stati- prevalentemente epistemologici. Questo fatto, insieme con altre circostanze, è tra le ragioni per cui fin dal 1964, quando iniziai i miei studi post-universitari, volsi particolare attenzione all'orientamento neopositivistico e di filosofia analitica rappresentato in Italia nel nostro campo da Norberto Bobbio e Uberto Scarpelli. Anche l'atteggiamento político laico e riformista proprio di questi autori corrispondeva (e tuttora corrisponde) largamente alle mie personali propensioni, ancorché fossi stato in gioventù formato in ambienti cattolici.

Fu Felice Battaglia, peraltro, ad orientarmi, mediante la dissertazione di laurea che con lui preparai e discussi (1962-1964), allo studio comparativo del pensiero di Hans Kelsen e Alf Ross, il mio primo campo di indagine. La comparazione mi condusse a preferire la impostazione realistica rossiana a quella giuspositivistica kelseniana. Di qui si svilupparono i miei successivi studi su Ross, Olivecrona ed Hägerström. Con Olivercrona sono stato a lungo in contatto, ricevendone importanti suggestioni, dalla fine del 1968.

Condussi gli studi sul realismo scandinavo e sul positivismo giuridico analitico italiano avendo cominciato nel frattempo a collaborare, quale assistente universitario, con Guido Fassò, nel 1966. Fassò aveva elaborato una propria personale metaetica non-cognitivistica ed emotivistica ed era notevolmente critico verso il positivismo giuridico: in filosofia del diritto non era certo un realista, ma il suo istituzionalismo trascendentale conduceva a privilegiare la considerazione sociologica oltre che storica del diritto. Questi suoi orientamenti erano ben compatibili con gli studi che stavo conducendo sia per quento riguardava l'approfondimento di una metaetica non-cognitivistica (propria anche del realismo scandinavo), sia per quanto riguardava la critica che sviluppai a proposito dell'incontro tra kelsenismo (cioè positivismo giuridico) e neopositivismo e filosofia analitica propiziato in Italia negli anni Cinquanta da Norberto Bobbio e Uberto Scarpelli.

Per quanto riguarda il realismo giuridico scandinavo ritengo che i miei maggiori contributi siano stati:

A) Lo studio del rapporto tra validità delle norme giuridiche e verificabilità delle proposizioni della scienza giuridica in Alf Ross. Cfr. 1) *Validità o verificabilità del diritto?,* in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1966, 3, pp. 1.005-1.056; 2) *La realtà del diritto e la sua conoscenza,* in corso di stampa in AA.VV., *Atti delle*

giornate di studio leccesi su Alf Ross, Giuffrè, Milano; 3) *La validitá del diritto in Alf Ross,* che apparirà in «Revista de Ciencias Sociales», Universidad de Valparaiso, Chile.

B) Lo studio del concetto di imperativo indipendente in Karl Olivetrona. Cfr. 1) *Riflessioni su Olivecrona,* in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1968, 2, pp. 721-764; 2) *Olivecrona's Theory of Imperatives,* in AA.VV., *Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonen,* a cura di U. Kangas, XVI Oekeustiede Jurisprudentia 1983, The Yearbook of the Finnish Lawyers Society, Akateeminen Kiriakauppa, Vammala, 1983, pp. 221-237.

C) Lo studio sistematico del pensiero di Axel Hägerström con riguardo all'ontologia, alla critica e alla spiegazione dell'idea di dovere, al concetto di diritto valido, alla nozione di diritto soggettivo, al negozio giuridico, all'idea di sanzione giusta, al ruolo del giudice. Cfr. 1) *Il realismo giuridico scandinavo. I. Axel Hägerström,* Clueb, Bologna, 1974, pp. 323; 2) *Non si fanno cose con parole. Il negozio giuridico nella prospettiva di Axel Hägerström,* in «Sociologia del diritto», 1981, 3, pp. 25-42; 3) *Legal Realism or Hägerström along with Hart,* che apparirà negli atti di «The 11th World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy» (August 14-20, 1983, Helsinki, Finland).

Per quanto riguarda la critica del connubio tra kelsenismo e neopositivismo e filosofia analitica, nonché, in particolare, la critica a Kelsen, ritengo che i miei maggiori contributi siano stati: 1) *Il realismo giuridico come alternativa al positivismo giuridico,* in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1971, 1, pp. 61-126; 2) *Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi,* in «Politica del diritto», 1972, 6, pp. 821-852 (tr. tedesca: *Der italienische Rechtspositivismus von der Wiedergeburt bis zur Krise,* in «Rechtstheorie», 1974, 1, pp. 67-93; ristampa: *Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi,* in AA.VV., *Diritto e analisi del linguaggio,* a cura di U. Scarpelli, Comunità, Milano, 1976, pp. 451-487); 3) *Per una critica della dottrina pura,* in AA.VV., *Contributi al realismo giuridico,* a cura di E. Pattaro, I, Giuffrè, Milano, 1982, pp. IX-LXXXVI; *4) Per una mappa del sapere giuridico,* in AA.VV., *La teoria generale del diritto: problemi e tendenze attuali. Studi dedicati* a *Norberto Bobbio,* a cura di U. Scarpelli, Comunità, Milano, 1983, pp. 249-279.

Per quanto riguarda l'influsso della tradizione erudita italiana e i suggerimenti di Fassò, essi mi condussero a svolgere un'ampia ricerca storica, in particolare sul preilluminismo italiano, in rapporto anche alla problematica della codificazione, che ha avuto i suoi esiti precipui in: 1) *Il «De codice carolino» di Lodovico Antonio Muratori,* in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1970, 3, pp. 986-999; 2) *Le origini letterarie del riformismo (giuridico) del Muratori: dagli studi universitari alla «Perfetta poesia italiana»,* in «Archivio giuridico», 1972, pp. 3-91; 3) *Il pensiero giuridico di L. A. Muratori tra metodologia e*

politica, Giuffrè, Milano, 1974, pp. VIII-279; 4) *A proposito del Buon gusto di L. A. Muratori,* in «Atti e memorie dell'accademia nazionale di lettere e arti di Modena», serie VI, vol. XVII, 1975, finito di stampare nel giugno 1978, pp. 121-169.

Dopo la morte di Fassò (1974), ho in larga misura dedicato le mie ricerche allo studio della parte squisitamente filosofica del suo pensiero (ontologia, gnoseologia, metaetica e filosofia del diritto) proprio in ragione degli aspetti d'esso, sopra accennati, che me lo avevano fatto sentire così congeniale quando egli era in vita. Questo studio mi ha condotto ad approfondire anche il pensiero di Kant e l'idealismo italiano di Bendetto Croce e Giovanni Gentile perché Fassò si era ispirato a Kant nella sua critica dell'idealismo. I miei maggiori contributi in questa direzione sono stati: 1) *Gli studi vichiani di Guido Fassò,* in «Bollettino del centro di studi vichiani», 1975, pp. 87-121; 2) *Sull'assoluto. Contributo allo studio del pensiero di Guido Fassò,* in G. Fassò, *Scritti di filosofia del diritto,* 3 voll., a cura di E. Pattaro, C. Faralli, G. Zucchini, I, Giuffrè, Milano, 1982, pp. XIX-LXXX; 3) *In che senso la storia è esperienza giuridica: l'istituzionalismo trascendentale di Guido Fassò,* in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1983, 2, pp. 389-428.

Infine, dal 1976, accanto alle ricerche già menzionate, sono andato sviluppando studi più direttamente intesi ad approfondire mie personali vedute in filosofia (ontologia, metascienza, metaetica), teoria del diritto, etica (morale e politica).

In sede filosofica, nel quadro di un orientamento in senso lato neoempiristico, ho cercato di caratterizzare e definire gli àmbiti e gli oggetti del sapere giuridico e delle discipline tradizionalmente considerate ad esso affini. I miei maggiori contributi al riguardo sono: 1) *Sui mezzi di controllo sociale: diritto, morale e politica,* in «Politica del diritto», 1976, 3-4, pp. 4 13-430; 2) *Filosofia del diritto, diritto, scienza* giuridica, Clueb, Bologna, 1978, pp. 166 (tr. in castigliano: *Filosofía del derecho, derecho y ciencia jurídica,* Instituto Editorial Reus, Madrid, 1980, p. 399); 3) *Per una mappa del sapere giuridico,* in AA.VV., *La teoria generale del diritto: problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio,* a cura di U. Scarpelli, Comunità, Milano, 1983, pp. 249-279; 4) *Über Rechtswissenschaft, Transformationen und Rechtfertigung,* in AA.VV., *Metatheorie juristischer Argumentation,* Schriften zur Rechtstheorie, Heft 108, a cura di W. Krawietz e R. Alexy, Duncker & Humblot, Berlin, 1983, pp. 117-144.

In sede di teoria del diritto ho proposto alcune revisioni concettuali con: 1) *Diritto oggettivo, norme, precetti,* in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1978, *2,* pp. 686-710; 2) *Introduzione ai concetti giuridici,* Centro Stampa Baiesi, Bologna, 1978, pp. 239.

In sede etica, molto più recentemente, ho studioto la possibilità di fondare un'etica laica e liberale sul presupposto di una metaetica non-cognitivistica e divisionistica con: 1) *Individuo, libertà stato,* in

«Nueva civiltà delle macchine», 1983, 2, pp. 21-29; 2) *Presupposti metafisici e metaetici di un'etica della responsabilità,* che apparirà in «Rivista di filosifia».

2

Per quanto riguarda il prossimo futuro, intendo soprattutto approfondire, ampliare e possibilmente ricondurre in forma sistematica le mie personali vedute di filosofia, teoria del diritto ed etica cui poco sopra mi sono riferito.

1

POR la amable insistencia de los redactores de la revista, me decido a responder al cuestionario sobre las razones que me han llevado a dedicarme a la Filosofía del Derecho, sobre la que ha sido hasta ahora la línea conductora de mi trabajo y sobre los problemas que veo como importantes en nuestra materia para el futuro o al menos los que fijan mi atención y proyecto como programa de investigación personal.

Creo que es una buena iniciativa, la de esta naciente publicación, no desde luego por estas líneas apresuradas que he preparado, sino porque puede permitir hacer un recorrido por el panorama del pensamiento filosófico jurídico actual, especialmente en lengua castellana, y también aflorar las preocupaciones y las iniciativas de unos y de otros.

Desde hace mucho tiempo hemos vivido desconectados, incluso hostilmente aislados, aunque esta tendencia se está modificando en los últimos años, y cualquier propuesta bien planteada de información y comunicación debe merecer interés y participación de quienes no estábamos conformes con la insolidaridad anterior.

2

Empecé a trabajar en el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad Complutense el curso 1962-63, con el profesor Ruiz-Giménez. Ahora, con veinte años de perspectiva, puedo decir que entonces lo hice un poco por intuición, con un interés difuso que no abarcaba todas las perspectivas que al cabo del tiempo se han ido abriendo a mi consideración. Supongo que esto será algo común y que pocas personas tomarán esta decisión teniendo en cuenta el conjunto de planos o sectores de interés que tiene nuestro campo de investigación. La amable ayuda del profesor Ruiz-Giménez y la permanente colaboración del profesor Elías Díaz, joven Doctor, con algún año más de experiencia me permitió ir tomando progresivamente conciencia del panorama y de los problemas de nuestra materia. Combiné mi trabajo con mi dedicación al ejercicio profesional de la abogacía que me sirvió como experiencia insustituible sobre los problemas prácticos del Derecho, aunque me ocupó al menos la mitad de mi tiempo de trabajo diario.

Creo que unos años de esa combinación entre teoría y práctica son positivos, pero una prolongación excesiva puede ser contraproducente, aunque, como en mi caso, no se puede evitar por razones varias; entre ellas, las económicas y, también, la necesidad en aquellos años de un ejercicio profesional comprometido con la lucha por el establecimiento de la Democracia.

Por pudor, y porque creo que es bueno, en estos temas, tener mala memoria y evitar cualquier resentimiento, paso por encima de las difíci-

les situaciones, de la marginación y hasta de la persecución que por razones ideológicas sufrimos en aquellos años de dogmatismo excluyente como profesores universitarios; pero tengo que decir que la Facultad de Derecho de Madrid y otros ambientes universitarios fueron un oasis de comprensión y de tolerancia, incluso en el caso de profesores y compañeros que no compartían nuestros puntos de vista ni nuestro compromiso. Guardo a muchos de ellos profundo respeto y agradecimiento; sobre todo, a aquellos que con otros planteamientos dieron ejemplo de comportamiento universitario.

Fui Doctor en 1970. Hice en dos ocasiones y las gané, las oposiciones de profesor Adjunto. La primera vez, en el viejo sistema de los cuatro años prorrogables por otros cuatro y, la segunda, para el cuerpo recién estrenado en 1975 (no es cierto que ingresase en el cuerpo de Profesores Adjuntos en aquella primera hornada, por antigüedad, aunque probablemente tenía derecho a ello y se me negó).

En 1982 gané las oposiciones como profesor Agregado en la Complutense y cuando se aprobó la L.R.U. renuncié a incorporarme al cuerpo de Catedráticos, a lo que tenía derecho.

Hoy, pese a mi condición de Presidente del Congreso de los Diputados y por consiguiente en excedencia especial, sin ningún emolumento económico, sigo impartiendo docencia en la licenciatura, con mi grupo de Derecho Natural y con cursos en el Instituto de Derechos Humanos que colaboré a fundar a final de los años setenta. Nunca desde 1962 he dejado la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense como profesor, e ingresé en ella por primera vez, como alumno, el curso 1956-1957. Es explicable por ello el cariño que tengo a aquella casa a la que quiero volver en dedicación exclusiva cuando acabe mi mandato como Presidente del Congreso.

3

Inicié mi trabajo de investigación con una tesis doctoral sobre Jacques Maritain, a la que dediqué hasta el año 1969. Conocí personalmente y valoré la aportación del filósofo francés al pensamiento contemporáneo, en el ámbito jurídico y político. No he renunciado a aquella dimensión de mi trabajo, pero reconozco que progresivamente me fui alejando de ella y dediqué mi atención a otros temas. Probablemente coincidiendo con ese alejamiento y con una progresiva secularización de mi pensamiento, abandoné también la perspectiva iusnaturalista hacia reflexiones más incómodas y menos seguras, cuando empecé a ser consciente de que la seguridad es una mercancía que no se da en el mercado de la inteligencia, y cuando comprendí la poca garantía que una concepción académicamente iusnaturalista daba para empujar y defender un Derecho respetuoso con los derechos fundamentales e impulsor de la participación de los ciudadanos en el poder. Me ayudó mucho a esa toma de conciencia la escandalosa división del trabajo

que algunos hacían entre una defensa teórica del Derecho Natural y un apoyo práctico y una colaboración con el régimen autoritario del General Franco.

Partiendo de esas premisas, mi preocupación central de aquellos tiempos se centró en problemas de derechos humanos y de teoría de la justicia.

Como mi alejamiento del Derecho Natural no me alejó al mismo tiempo de la preocupación por los componentes morales del Derecho positivo, me dediqué a buscar los fundamentos racionales de una justificación, histórica y relativa, de la cultura jurídica y política del mundo moderno, de la axiología jurídica. Intentaba así deshacer esa polaridad entre iusnaturalismo y positivismo en la teoría de la justicia.

Con otros trabajos menores, esta preocupación me orientó por tres vías de reflexión. En primer lugar, una teoría jurídica de los derechos fundamentales que viera la doble dimensión de éstos como valores aflorados por los hombres en el ámbito de una cultura histórica concreta, a partir del tránsito a la modernidad, y como normas por su incorporación al Derecho positivo. Así, en 1973 publiqué la primera edición de mis «Derechos fundamentales» que están ahora en la cuarta y que he corregido y aumentado en las sucesivas redacciones para recoger las modificaciones que en el tema supuso, sobre todo, la Constitución Española de 1978.

Soy consciente de que en el núcleo central del trabajo, lo que llamo la teoría dualista, que intenta encontrar el concepto de derecho fundamentales, no he hecho más modificaciones que las que derivan de mi aportación al homenaje al profesor Corts Grau, consistentes sobre todo en poner de manifiesto, con mayor relieve, el papel del poder político democrático, en el paso de los derechos fundamentales desde el ámbito ético al jurídico.

Sin embargo, algunos colegas han tratado el tema desde entonces y creo que sus aportaciones, que debo tener en cuenta, me obligarán a una reelaboración profunda, en el futuro, de ese concepto de derechos fundamentales.

En segundo lugar, la fundamentación de los derechos humanos, descartada por mí la posición iusnaturalista, me orientó hacia estudios históricos. Así en el marco de un ambicioso proyecto de historia de los derechos humanos, he publicado algunas investigaciones parciales, que forman parte de ese proyecto: «La Filosofía de los límites del poder en los siglos XVI y XVII» y «Tránsito a la Modernidad y derechos fundamentales» y está en imprenta otro trabajo sobre «La Filosofía de la Tolerancia en Francia en los siglos XVI y XVII». Creo que esa investigación histórica necesita mucho trabajo y a ella pienso dedicarme, Dios mediante, en el futuro.

En tercer lugar, la preocupación por superar un punto de vista que estudiaba el Derecho sólo desde sí mismo, que se encuentra tanto en el idealismo iusnaturalista, como en la teoría pura de Kelsen, me llevó a

estudiar la relación entre Derecho y Poder, para señalar, desde un trabajo en el homenaje al profesor Prieto Castro, la inseparable complementariedad de ambas realidades. Con este trabajo inicié una nueva orientación en mis preocupaciones, en el ámbito de la Teoría del Derecho, que se vio potenciada cuando "por halago de la fortuna» -como diría Alonso Martínez-, fui el ponente que en nombre del Partido Socialista, ya como diputado, intervino en la redacción de nuestra actual Constitución. De ahí salió un libro, en colaboración con el profesor Luis Prieto, sobre la Constitución Española, que supuso una imprudente incursión en el área ajena del Derecho Constitucional. También plantee con otro trabajo, más propio de mis estudios y mis capacidades, una reflexión sobre la Constitución desde la Filosofía del Derecho.

Insistiendo en ese nuevo campo, y como consecuencia de mis esfuerzos de síntesis para la memoria de las oposiciones, he trabajado en una «Introducción a la Filosofía del Derecho», una recapitulación resumida sobre la problemática, sobre todo de la Teoría del Derecho y de la Teoría de la justicia, con alguna incursión en la teoría de la ciencia jurídica.

Por fin, en estos días de septiembre de 1984, preparo el original de un trabajo, que aparecerá proximamente que es como una síntesis de todas mis preocupaciones: «Los valores superiores de la Constitución Española»; un trabajo de Filosofía del Derecho sobre el artículo 1-1 de la Constitución, que plasma la superación de la antítesis iusnaturalismo-positivismo, y que trato desde la Teoría del Derecho y de la Teoría de la Justicia. Me interesó esta dimensión, totalmente original en el constitucionalismo comparado que positiviza como valores superiores, que son así norma, una concepción moral del mundo moderno que es la del humanismo democrático. Esa tensión entre moralidad crítica y moralidad positivizada que suponen los valores superiores, expresa, creo, bien mis actuales preocupaciones compartidas entre la Teoría del Derecho y la Teoría de la justicia.

4

Como no se trata de hacer una memoria de investigación ni un planteamiento prospectivo de mi trabajo académico, quiero muy sencillamente concluir con mis preocupaciones de futuro. Parece que se deducen de todo lo dicho.

Mi reflexión de ahora en adelante se orientara a continuar la historia de los derechos humanos y a perfilar, madurar y completar mi teoría dualista para el concepto de los derechos fundamentales, en el campo de la Teoría de la Justicia.

En el campo de la teoría del Derecho, pretendo completar el proyecto que planteo en mi Introducción a la Filosofía del Derecho. Una de las principales carencias de la Filosofía del Derecho, es, me parece,

este tema que hemos dejado en manos de los civilistas y ahora también de los administrativistas y que debemos recuperar. Hemos perdido demasiado el tiempo en debates estériles, cuando el concepto del Derecho positivo, lo que hoy es una teoría del ordenamiento jurídico, y otros temas complementarios, pueden recibir un impulso desde la Filosofía del Derecho.

Nunca se sabe, porque la vida humana no depende de uno mismo, cuánto tiempo tengo todavía por delante para esta tarea, pero el que sea lo dedicaré en exclusiva -cuando mis compromisos políticos actuales se terminen en este período hasta 1986-, a este plan de trabajo que me parece útil para nuestra materia.

5

En esta biografía académica y en esta ilusionada breve proyección de futuro debo mucho a algunas personas. A mi maestro el profesor Ruiz-Giménez, y al profesor Elías Díaz que ha sido también mi segundo maestro, a mis compañeros los profesores Laporta, Zapatero, Hierro, Atienza y Ruiz Miguel y a mis discípulos, de quienes también he aprendido mucho, los profesores, Eusebio Fernández, Prieto, Páramo, Betegón, González Amuchastegui y la profesora Roldán. También de otros colegas de las demás universidades he aprendido mucho. No puedo señalar a todos ni quiero omitir a ninguno.

En general, mi actual posición es deudora intelectual de otros muchos profesores en el mundo entero; citaré solamente a los tres más relevantes: Kelsen, Bobbio y Hart. Tengo la satisfacción de conocer a los dos últimos y de ser su amigo, además de beneficiario de sus aportaciones intelectuales.

6

No estoy seguro de haberlo conseguido, pero mi intención ha sido contar con toda sencillez y brevedad mis preocupaciones en el pasado y en el futuro, para contribuir a los Cuadernos de Filosofía del Derecho, todo un símbolo de la esperanza con la que hoy, después de mucha obscuridad, se ilumina el panorama de nuestro estudio y de nuestra investigación.

EN respuesta a la encuesta, permítaseme decir lo siguiente:

1) En relación a mis intereses en filosofía del derecho, puede verse el curriculum que adjunto.

2) Problemas merecedores de atención: la racionalidad de la justificación jurídica. El papel del razonamiento moral en el razonamiento jurídico. El status de la llamada dogmática *(Rechtsdogmatik)* y el progreso del conocimiento dentro de esta disciplina.

Vías de aproximación a los problemas: se debe partir de una rica acumulación de datos concernientes al método jurídico tal y como éste es de hecho. Luego, se intenta construir un modelo que presente el método jurídico como una unidad coherente. Entonces, se procura elaborar una justificación externa de este método, basada sobre consideraciones generales, tales como, por ejemplo, la idea de Wittgenstein de la forma de vida, algunos ideales de racionalidad, etc. Cuando se emprende la última tarea se pueden utilizar también algunas aproximaciones modernas de filosofía de la ciencia, si son suficientemente abiertas; por ejemplo: Kuhn, Lakatos, Shapere, Laudan, etc.

El armazón filosófico general de todo esto debe ser bastante abierto. Versiones muy fuertes del positivismo lógico quisieron, por ejemplo, aniquilar la justificación jurídica y no explicaron nada.

Cuando se intenta una justificación externa del razonamiento jurídico, uno debe enfrentarse también con los problemas filosóficos básicos, por ejemplo, los problemas epistemológicos del status del conocimiento jurídico (alcanzado en parte por la vía de la adhesión a los criterios jurídicos socialmente establecidos, en parte por la vía de la valoración), y -estrechamente conectado con esto- el problema ontológico de la estructura del Derecho, que presenta tales características que su cognición envuelve valoraciones. Desde este punto de vista, los problemas clásicos, tales como la existencia de valores objetivos, etc. alcanzan una nueva dimensión.

Todo esto es una perspectiva bastante europea. En los esquemas latinoamericanos, esta perspectiva puede ubicarse en algún punto *entre* aproximaciones puramente analíticas, tales como las de Alchourrón-Bulygin, y otras más metafísicas, tales como las de Cossio. El asunto es que, en mi opinión, nuestro tiempo es el tiempo de una filosofía jurídica integradora que articule coherentemente impulsos provenientes de muy diferentes tradiciones.

CURRICULUM

Situación actual: Profesor de Jurisprudencia, Lund University Law School, Suecia.

Lugar y fecha de nacimiento: Cracovia (Polonia) 16 de noviembre de 1937.

Cualificación Académica y Profesional: LL. M. U. Cracovia, 1960; LL.D.U. Cracovia, 1963; LL. D. hábil (docente) U. Cracovia, 1966; LL. Kand. Estocolmo, 1975; Ph. D. Lund 1983 (filos. pract.).

Profesor ayudante de Jurisprudencia, U. Cracovia, 1960-66; profesor asociado de

metodología jurídica, Katowice (Polonia) 1966-69; profesor asociado de jurisprudencia, Estocolmo (Suecia) 1969-75; sr. lectr. en Derecho, Lund (Suecia) 1975-1978; profesor de Jurisprudencia, Lund, 1978.

PUBLICACIONES

Libros:

Wartość naukowa dogmatyki prawa (El valor científico de la investigación jurídica), Cracovia, 1966, p. 146.

Juridikens metodproblem (Problemas del Método jurídico), Estocolmo 1974 (2 ed. 1980), p. 252.

Causes and Damages, Lund 1979, pp. XX-426.

The Basis of Legal Justification, Lund 1983, p. 218.

Grundlagen der juristischen Argumentation, Wien-Nueva York 1983, p. 266.

Colección de Ensayos:

Essays in Legal Theory, Copenhague 1970, p. 194.

Artículos:

Wykladnia a fortiori (Interpretación a fortiori), *1962 Zeszyty naukowe Uniwersytetu Jagiellónskiego,* prace prawnicze, pp. 123-149.

Czy istnieje logika norm? (¿Existe una lógica de las Normas?), *1964 Ruth prawmczy, ekonomiczny i socjologiczny,* pp. 117-135.

Uprawnienie i obowiazek (Derecho justo y Obligación), 1964 *Państwo i prawo,* pp. 225-235.

O definicji sankcji prawnej (Sobre la Definición de Sanción jurídica), 1965 *Państwo i prawo,* pp. 450-453.

Problemy prawoznawstwa a logika norm (Problemas de investigación jurídica y lógica de Normas) *1965 Pansstwo i prawo,* pp. 47-55.

Kierunki badania wykladni prawa (Tendencias en la teoría de la interpretación jurídica), *1966 Państwo i prawo,* pp. 258-269.

Problem wynikania norm prawnych (El problema de la Implicación de Normas jurídicas), *1967 Studia filozoficzne,* pp. 213-223.

Doctrinal Study of Law and Science, *1967 Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht,* pp. 128-141.

Struktura normy prawnej (La Estructura de la Norma Jurídica), *1968 Studia prawnicze,* pp. 232-243.

Plaszczyzny badania prawa (Métodos de Investigación en teoría jurídica), *1968 Państwo i Prawo,* pp. 232-243.

Norms and Reality, *1968 Theoria,* pp. 116-133.

Juristic Definition of Law, 1968 *Ethics,* pp. 255-268.

The Concept of Rights, *1969 Archivum luridicum Cracoviense,* pp. 47-60.

Petrazycki o dogmatyce prawa - krytyka czy obrona? (Petrazucki y la investigación jurídica - ¿Crítica o apología?), en: *Z Zagadnień teorii prawa i teorii nauki Leona Petrazyckiego,* Warsaw 1969, pp. 137-150

Empirical Foundations of Legal Dogmatics, 1969 *Logique et Analyse,* pp. 32-64. Kwadratowe kolo socjalizmy (El círculo cuadrado del Socialismo), *1970 Kultura,* pp. 177-183.

Towards the Juristlc Theory of Law, 1971 Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, pp. 167-182.

Analogia legis. Analogy from Statutes in Continental Law, *1971 Logique et Analyse,* pp. 329-336 *(Proceedings of the World Congress of the IVR: Legal Reasoning,* Bruselas).

Principles of Law, *1971 Rechtstheorie,* pp. 17-35.

Om rättvisa (Sobre la justicia), 1972 *Tidskrift for Rettsvitenskap,* pp. 520-531.

The Concept «Valid Law», *1972 Scandinavian Studies in Law,* pp. 211-251.

Rättsordningens struktur (La estructura del Ordenamiento jurídico), *Svensk juristtidning 1974,* pp. 369-379.
Petrazycki and the Post-Realist Jurisprudence, en: *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazycki,* Urbana, Chicago, Londres 1975, pp. 83-105.
The Structure of the Legal Order, 1975 *Rechtstheorie,* pp. 1-16.
Forskning in allmän rättslära - finns den? (La investigación en Jurisprudencia - ¿Existe?), en: *Svensk rätt i omvandling,* Stockholm 1976, pp. 359-376.
Jurisdisk operationism-huvudpunkter (Operacionismo jurídico-principales puntos), en: *Uppsalaskolan och efteråt,* Stockholm 1978, pp. 135-141.
Informatica giuridica, fonti del diritto e valutazioni (Informática jurídica, fuentes del Derecho y Valoraciones), *1978 Informatica e diritto,* pp. 77-119.
Cumulation and Compromise of Reasons in the Law, *1979 Nomos,* pp. 176-189.
Causation and Fault in Torts, *1979 ARSP,* pp. 231-250.
Non-Equivalent Transformations in the Law, in *Reasoning on Legal Reasoning,* Vammala 1979, pp. 47-64.
Kan juristerna tänka rationellt? (¿Pueden los Abogados pensar racionalmente?), en: *Rationalitet i rättssystemet,* Estocolmo 1979, pp. 200-215.
On the Nature and Function of the *Grundnorm,* en: *Rechtstheorie Beiheft* 2, 1981, pp. 279-296.
Legal Research and Growth of Science, *Proceedings of the World Congress of the IVR,* Mexico 1981, vol. V, pp. 17-28.
The Foundation of Legal Reasoning (con A. Aarnio *y* R. Alexy), *1981 Rechtstheorie,* pp. 133-158; 257-279; 423-448.
Rationality of Legal Justification, *1982 ARSP,* pp. 137-163.
Right and Wrong in Legal Reasoning, en: *Contemporary Conceptions of Law,* Wiesbaden 1982, pp. 57-75.
Two Sides of the Grundnorm, en: *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion,* Viena 1982, pp. 58-62.
Rätt och moral (Derecho y Moral), 1982 *Svensk juristtidning,* pp. 609-620.
Vad är den juridiska argumentationen? (¿Qué es el razonamiento jurídico?), *1983 Tidskrift for Rettsvitenskap,* pp. 49-76.
Legal Errata, in: *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information System,* vol. II, Amsterdam - Nueva York - Oxford 1982, pp. 103-126.
Grundlagen der juristischen Argumentation (con A. Aarnio y R. Alexy), en: *Metatheorie juristischer Argumentation,* Berlin 1983, pp. 9-87.
Is There Always a Right Answer to a Legal Question?, en: *Essays in Honor of Makkonen,* Helsinki 1983, pp. 241-258.
Taking Laws Seriously, *68 Cornell Law Review* 1983, pp. 660-684.

Reseñas:
Die Wiener Rechtstheoretische Schule, *1970 Rechtstheorie,* pp. 206-213.
Verdross, Statisches und Dynamisches Naturrecht, *1971 ARSP,* pp. 602-604.
Kisza, Model cybernetyczny powstawania i dzialania prawa, *1974 Rechtstheorie,* pp. 119-121.
Wróblewski, Sadowe stosowanie prawa, *1975 Rechtstheorie,* pp. 247-251.
Tammelo, Zur Philosophie des Uberlebens, *1876 Svensk juristtidning,* pp. 52-54.
33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre, *1976 Svensk juristtidning,* pp. 298-300.
Tammelo, Modern Logic in Service of Law, *Svensk juristtidning* 1980, pp. 64-66.
Castaneda, On Philosophical Method, *1981 ARSP,* pp. 131-133.

(Trad. de Josep Aguijó Regla)

LA dirección de la Revista CUADERNOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO me invita a una doble tarea: dar cuenta de los temas abordados en mi trayectoria como investigador de filosofía del derecho y apuntar los problemas de interés prioritario en la disciplina, así como los métodos que juzgo más idóneos para enfocarlos. Entiendo que entre ambas cuestiones se da una continuidad básica, ya que un mínimo de coherencia intelectual debe conducir al estudioso a ocuparse de aquellos temas que entiende son relevantes en su campo de especialización, salvo casos-límite de escapismo o de falta de honestidad científica. A esa continuidad temática entre los dos puntos propuestos por el cuestionario pienso que se auna su común significación problemática. Así, no faltan quienes denuncian que la reflexión sobre la propia experiencia filosófica, en forma de autobiografía intelectual, se halla irremediablemente condenada a caer en el solipsismo. De igual modo se apunta que la propensión casi maníaca de los filósofos, también de los del derecho, por preguntarse constantemente sobre el sentido de los temas centrales de su quehacer resulta escasamente productiva. Se señala, por tanto, la conveniencia de superar esa «recursividad», ese continuo dar vueltas metafilosóficamente sobre los problemas que deben ser objeto de interés, por el estudio inmediato y directo de tales problemas.

Es cierto que frente a la primera de estas objeciones se puede argüir la existencia de testimonios filosóficos de carácter autobiográfico plenos de sentido y valor. Las *Confesiones* agustinianas o rousseaunianas, las penetrantes páginas de la *Autobiografía* de Vico, o la más reciente *Unended Quest* de Popper suponen aportaciones inestimables, que exceden la mera particularidad de la experiencia de sus autores por revestir innegable interés general. Es más, el testimonio original o vivencial, análogo a lo que en su tipología de las formas históricas calificara Hegel de *ursprüngliche Geschichte,* es un modo inicial, pero inevitable de hacer filosofía. De otro lado, frente a la acusación de «recursividad» o de la manía «metafilosofante» del gremio de los filósofos, de la que no escapan los filósofos del derecho, se puede argumentar que el ocuparse de la filosofía es una forma legítima de hacer filosofía; en cuanto que la propia amplitud y vaguedad de la tarea filosófica exige una continua revisión y clarificación de su objeto, así como de los medios idóneos para asumirlo.

No sé hasta qué punto estas disgresiones pueden contribuir a esa revisión crítica, en este caso autocrítica, y clarificadora del sentido de mi respuesta al cuestionario, o no serán sino muestras de la impenitente y susodicha manía «metafilosofante», elevada aquí. al cuadrado por tener por objeto cuestiones, a su vez, metafilosóficas. Quizás sólo se trate de la búsqueda de una coartada teórica exculpatoria del compromiso que siempre produce tener que hacer cuentas con el pensamiento propio (con el consiguiente riesgo de sucumbir a las tentaciones contra-

puestas de la autocomplacencia o la autoaniquilación). Por lo que, sin más dilaciones, procedo a contestar.

1. Trayectoria intelectual

Se cumplen con este diecisiete años desde que se inició mi labor docente e investigadora de la filosofía del derecho y estimo que este período, en cualquier ámbito de la vida humana, es lo suficientemente amplio como para permitir un balance. Balance que necesariamente deberá ser provisorio, puesto que pienso no haber culminado ninguna de las líneas de investigación abordadas, ni haber llegado en ellas a conclusiones definitivas, es decir, no sujetas a ese proceso de revisión o «falsación», que caracteriza la actividad científica. Se trata, por tanto, de un alto en el proceso de una tarea abierta, de una *theory in progress,* más que de un balance cerrado de resultados.

Al iniciar el repaso retrospectivo de las investigaciones llevadas a cabo en estos años tenía la impresión de haber modificado sensiblemente mis ideas, así como de haber abordado temas tan heterogéneos que hacían inviable cualquier propósito sistematizador. Compruebo, sin embargo, al releer el conjunto de trabajos en que se ha concretado mi labor investigadora, que no me he alejado mucho de las posiciones de partida. He insistido desde las propias conclusiones de mi tesis boloñesa (realizada entre los años 1967 a 1969 y publicada, en su contenido básico, en castellano en 1971) en la necesidad de que la reflexión filosófica sobre el derecho se halle conscientemente comprometida con la garantía democrática de los valores de la paz, la igualdad, la tolerancia y la libertad. Entonces pensaba (y ahora también) que el iusnaturalismo ha sido y es el mejor cauce teórico para propiciar tal reflexión. Este planteamiento, para no ser confundido con una recaída en el orden de los principios metafísicos, ahistóricos, eternos e inmutables, obligaba a explicitar su sentido. Para ello, frente a cualquiera de sus versiones dogmáticas, me inclinaba e inclino por un iusnaturalismo radicalmente crítico, recuperando el legado de su mejor función histórica emancipatoria, es decir, su contribución al establecimiento de un límite crítico-racional al arbitrio de quien detenta el poder. Dicha opción consiguientemente exige emprender una tarea de sociología cultural tendente a denunciar la función ideológica de determinadas versiones de un sedicente iusnaturalismo, tras cuyas declaraciones retóricas en favor del derecho natural se ampara una actitud metódica exegético-positivista, que desemboca en el culto incondicionado de la legalidad. De ahí, que pese a la aparente dispersión y heterogeneidad de los temas abordados en mis publicaciones estimo que su motivación principal ha sido unívoca: contribuir, desde perspectivas históricas y sistemáticas, a la tarea de renovación, revisión y recuperación de la función crítica iusnaturalista. Dicha tarea, como cualquier empresa filosófica, se ha traducido en

una triple reflexión sobre el ser, el conocer y el deber ser de la realidad, en este caso, de la realidad jurídica.

En el plano de la ontología jurídica, entiendo que la comprensión totalizadora del «ser del derecho» sólo puede ser alcanzada a partir de la experiencia jurídica, esto es, captando su entero desenvolvimiento desde su génesis en las relaciones sociales, a su formalización normativa, su aplicación judicial y su teorización doctrinal. Pienso, por ello, que el «tridimensionalismo» es un criterio adecuado para delimitar los tres grandes sectores (hecho social, norma y valor) que con su recíproca y necesaria interacción conforman la experiencia jurídica. Para no caer en la ambigüedad o el' sincretismo, pienso que la acción humana que constituye el dato básico de la experiencia jurídica debe concebirse como acción histórico-social, en términos de *praxis;* evitando que al poner el acento de la experiencia en la interiorización de la acción en la consciencia del sujeto se incurra en una forma de solipsismo desco nocedora de la dimensión práctica y, por tanto, histórica y social del derecho.

El conocimiento del derecho, tarea asignada a la gnosología jurídica, es un cometido que, en mi opinión, debe contar con el auxilio indispensable de las herramientas de construcción metódica que proporciona la evolución de las ciencias, sin que ello implique el adoptar una postura «cientificista». Considero al respecto del mayor interés las aportaciones del análisis del lenguaje, encaminadas a depurar los de minios lingüísticos del derecho de expresiones inútiles o ambiguas desde el punto de vista teórico, o de nociones destinadas a deformar la realidad en el plano ideológico. Ahora bien, para cumplir tal misión es preciso que el análisis lingüístico de la experiencia jurídica surja de un compromiso crítico desde el que pueda rescatar a la experiencia jurídica de la distorsión y falsificación de su lenguaje. También me he sentido y me siento especialmente interesado por el estudio de las repercusiones de la cibernética y de la informática en los diversos sectores y ámbitos de la lógica jurídica. La analogía entre los circuitos cerebrales y los circuitos cibernéticos que, por supuesto, no excluye importantes aspectos diferenciales exige el replanteamiento de muchas cuestiones relacionadas con la gnoseología del derecho. Hoy, por ejemplo, carece de sentido una teoría sobre el razonamiento jurídico que parta de las premisas antropológicas de la supuesta aptitud inimitable de deducción lógica humana, desde el momento en que tal facultad ha sido notablemente superada por los ordenadores electrónicos. Esto no implica que el razonamiento jurídico humano haya sido absorbido o suplantado por un razonamiento jurídico cibernético, sino que la peculiaridad de aquél ya no puede cifrarse en su mera dimensión silogística (como pretendía determinados planteamientos positivistas), sino más bien en su capacidad para imaginar, comprender y utilizar adecuadamente máquinas silogísticas. En suma, el discurso sobre el razonamiento jurídico (como sobre las demás cuestiones básicas de la filosofía

del derecho) no puede construirse de espaldas al horizonte contextual delimitado por los parámetros evolutivos de la ciencia y la tecnología.

Comparto plenamente la idea, estrechamente vinculada a la mejor tradición iusnaturalista, a tenor de la cual el filósofo del derecho no sólo tiene como cometido el análisis de cómo «es» el derecho, sino también de cómo «debe ser». Es más creo que el núcleo de la reflexión filosófico-jurídica reside precisamente en determinar, en cada etapa histórica y en relación con cada situación concreta, «cómo debe ser el derecho», es decir, qué es lo que se considera como derecho justo. En relación con tal propósito he abordado el estudio de la axiología jurídica con el propósito de explicitar el sentido y función de los derechos humanos, en cuanto sistema de valores fundamentales *(Grundwerte)* que concretan y desarrollan la idea de la justicia. De ahí, que a diferencia de determinadas exposiciones sobre los valores jurídicos, haya pretendido huir de cualquier enfoque genérico y abstracto para seguir el curso de su entero desenvolvimiento en la experiencia a través de su trabajosa andadura hasta su anclaje en la normativa constitucional. Respecto a la fundamentación de los derechos humanos y, en general, de los valores básicos me inclino por un planteamiento intersubjetivista entendido como un intento de mediación entre la teoría consensual de la verdad, elaborada por la Escuela de Frankfurt, y la filosofía de las necesidades radicales defendida por la Escuela de Budapest. La primera entiendo que proporciona el marco metódico, las condiciones ideales a que debe someterse el discurso racional legitimador de los derechos humanos; la segunda aporta datos relevantes sobre las condiciones antropológicas, sobre las necesidades o exigencias de la naturaleza humana, que constituyen el soporte material de todo valor.

2. *Situación y problemas actuales de la filosofía del derecho*

Limitando mis consideraciones a la actual coyuntura de nuestro país, pienso que la teoría y la filosofía del derecho se hallan en una encrucijada. En los últimos años el deseo de superar la herencia doctrinal del inmediato pasado actúa como acicate para una adopción urgente de los modelos teóricos de importación que, según las preferencias y circunstancias, se juzgan más oportunos. Esta actitud renovadora es plenamente legítima por lo que entraña de inquietud intelectual y de anticonformismo, y sólo el futuro permitirá una adecuada valoración de sus resultados, ya que hoy no es posible extraer conclusiones definitivas de algo que todavía se halla en fase de elaboración. Si bien entiendo que quizás el mayor peligro que subyace a las corrientes más innovadoras de la filosofía jurídica española sea que en su afán de hacer *tabula* rasa de la pasada etapa iusnaturalista, condenen indiscriminadamente a una tendencia que, por su milenaria historia y la pluralidad de sus acepciones, presenta un conjunto de implicaciones y matices difícilmente asumibles desde una crítica simplificadora. Se da así la circuns-

tancia de que ahora en España se presentan y enfatizan como actitudes contrarias al derecho natural posturas que, al propio tiempo, apelan a la objetividad (aunque sea histórico-sociológica) de los valores a partir de su confrontación racional; que postulan el reconocimiento de los derechos humanos como fines o valores-guía para la legitimación de cualquier ordenamiento jurídico; y que consiguientemente reivindican el nexo entre la moral y el derecho. Estas posturas en otras latitudes serían calificadas, con rigor, como iusnaturalistas. Todo ello implica el riesgo de que el esfuerzo prometéico por edificar *ex novo* los supuestos teóricos de la reflexión jurídica se traduzca en el suplicio de Sisifo de inacabables *corsi* e *ricorsi* inconexos, incapaces de sentar las bases mínimas para un sólido progreso colectivo de nuestra cultura jurídica. Téngase presente que el relieve alcanzado por algunos sectores de la teoría del derecho actual (sirva de ejemplo el realismo escandinavo o la tradición analítica anglosajona) obedece, en buena parte, a un adecuado desarrollo orgánico de las premisas doctrinales que, en su contexto, les han servido de soporte. No en vano la cultura, también la cultura jurídica, supone un esfuerzo constante de acarreo y transmisión de enseñanzas y experiencias entre generaciones sucesivas. De ahí que la apertura a la realidad, la *Durchbruch zur Wirklichkeit,* será tanto más provechosa en cuanto sepa asumir críticamente el legado de nuestra mejor tradición doctrinal. Quizás la tendencia común a las posturas más relevantes de la actual fase de la filosofía jurídica española por cifrar en el efectivo reconocimiento de los derechos humanos el fundamento del orden jurídico y el motivo impulsor de sus reflexiones teóricas, constituya un buen augurio para un encuentro fructífero en el tratamiento de temas de interés común, asumidos desde perspectivas diversas. A dicho acercamiento el iusnaturalismo, que en la temática de los derechos humanos encuentra un excelente antídoto contra el dogmatismo y el alejamiento de la praxis, puede aportar una reelaboración a la altura de nuestro tiempo de aquella doctrina con razón denominada *Corpus hispanorum de pace.* Porque cuanto más profundo sea el conocimiento de las raíces de nuestras libertades en el pasado, a partir del análisis riguroso de los hechos, más firmes y auténticas podrán ser las convicciones democráticas del presente. En tanto que las teorías críticas del derecho pueden aportar los aspectos más vivos y avanzados del humanismo contemporáneo, en esa tarea conjunta por construir un soporte de entendimiento y colaboración. Considero, a la vez, imprescindible que ese esfuerzo de fundamentación crítica de los derechos humanos, así como de los valores y principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico, que constituye la tarea prioritaria de la actual filosofía del derecho, tenga su adecuada proyección hacia otros sectores de la teoría jurídica. De este modo la filosofía del derecho puede desempeñar un cometido provechoso en las circunstancias de nuestro presente. Téngase en cuenta la conmoción que, para el sector de la cultura jurídica más apegado a las categorías metódicas formalistas tradiciona-

les, ha supuesto el tener que enfrentarse con la peculiar normatividad constitucional. Resultan así evidentes las dificultades de la dogmática tradicional, ancorada en un método que tenía como presupuesto inmediato de referencia prescripciones analíticas y detalladas, al verse ante la necesidad de interpretar el nuevo sistema constitucional de los derechos fundamentales expresados, en muchas ocasiones, en forma de valores, principios y cláusulas o conceptos *standards;* así como para acometer la reconstrucción del ordenamiento que debe fundarse en ellos.

Esta tarea ha sido oportunamente acometida desde el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense el cual, en estos últimos años, ha propiciado un fructífero debate no sólo intradisciplinar entre filósofos del derecho, sino también interdisciplinario al haber servido de punto de encuentro entre especialistas de distintas ramas del derecho, aunados en el objetivo común de profundizar en el estudio de los derechos humanos y, de modo particular, en el desarrollo de nuestro sistema de derechos y libertades fundamentales.

Considero, para terminar, que otro de los grandes retos que tiene ante sí la filosofía jurídica española actual es el de actuar como puente o vehículo de comunicación entre las más importantes aportaciones metodológicas de la filosofía y la ciencia de nuestros días y sus posibles repercusiones en distintos sectores de la experiencia jurídica. En el cumplimiento de esta labor estimo que iniciativas como la que suponen estos CUADERNOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO pueden jugar un papel decisivamente valioso.

TRADICIONALMENTE se distinguen tres planos del lenguaje: el plano de la sintaxis, cuyo objeto lo constituye el estudio de la estructura formal del lenguaje por medio del análisis lógico-lingüístico; el plano de la semántica, que tiene por objeto averiguar el sentido de las proposiciones; y el plano de la pragmática, cuya finalidad estriba en investigar el uso de las preferencias lingüísticas. Asimismo podemos señalar tres niveles en la investigación filosófica del lenguaje de los juristas: el análisis lógico-formal de las proposiciones jurídicas, la investigación de los contenidos de sentido de éstas, en cuanto configuran un orden jurídico determinado, y la indagación del lenguaje utilizado en los procesos de decisión. Respectivamente corresponden a lo que puede llamarse Teoría del Derecho, Teoría de la Dogmática jurídica y Teoría de la Decisión jurídica.

1

Teoría de la Decisión jurídica

La tarea de la decisión es propia de los juristas situados en el proceso de creación y aplicación del Derecho. Es una tarea propiamente técnica, si por tal se entiende la aplicación de lo ya creado a la realidad. Por tanto, la Teoría de la Decisión jurídica es una *Teoría de la Técnica jurídica.* Es preciso diferenciar estrictamente esta función de la propia de la Dogmática, separación de la que no son conscientes de ordinario los autores.

La decisión puede ser extrasistemática e intrasistemática. La primera es el objeto del poder constituyente. La segunda lo es de los órganos del orden jurídico (legislador, juez, funcionario, etc.), y de los ciudadanos (autonomía de la voluntad). Implica un procedimiento y, por consiguiente, la Teoría de la decisión está vinculada a la *Teoría del Procedimiento.*

Al lenguaje de la decisión jurídica le podemos denominar lenguaje normal del Derecho, ya que sólo es posible la manifestación externa del Derecho precisamente a través de un conjunto de decisiones. Si prescindimos de la creación jurídica de los ciudadanos, estamos ante el lenguaje normal de los juristas, que, atendiendo a su sujeto, puede ser: lenguaje del legislador (constituyente y ordinario), lenguaje de los órganos jurisdiccionales y administrativos (juez, funcionario) y lenguaje de las partes en los procesos de decisión (partidos políticos, fiscal, abogado). Sólo los dos primeros constituyen auténtico lenguaje creador de Derecho, mientras que el tercero es un lenguaje coadyuvante a la decisión. Como ejemplos paradigmáticos del lenguaje normal de los juristas pueden tomarse el lenguaje del legislador, el del juez y el del abogado.

El lenguaje del legislador es el lenguaje de la decisión abstracta y general, dirigida a ordenar el Estado como una totalidad armónica. Es el

objeto de la *Teoría de la Legislación.* El lenguaje del juez es el lenguaje de la decisión concreta, dirigida a particularizar el contenido de la decisión abstracta, poniéndola en contacto con la vida real. Constituye el objeto de la *Técnica de la decisión,* ya que es en la decisión particular donde concluye todo el proceso decisorio. El lenguaje del abogado no crea la decisión, aunque ayuda a ella representando una de las partes, un punto de vista dentro del diálogo que constituye el proceso. Su objeto no es decidir sino convencer. De ahí que sea la *Retórica jurídica* el esquema metódico en que se inserta.

La búsqueda de la Lógica adecuada a la técnica decisoria subyace a toda la Teoría de la Decisión jurídica. Partiendo de la crítica a la técnica subsuntiva propia del positivismo legalista y del análisis de las diversas corrientes en torno a los métodos o cánones de la interpretación (para decidir) se llega a una reivindicación de la Tópica y, en general, del pensamiento aporético, junto con una rehabilitación de la razón práctica. Asimismo, se estrechan las distancias entre el sistema decisorio del common law y el sistema continental (necesidad del *Estudio comparado de los procesos de decisión).* La Lógica *de* la decisión es la *Lógica de la argumentación jurídica,* esto es, una Lógica de la interpretación para decidir o *Lógica dialógica* orientada a la decisión. Aquí encuentra también Su lugar la *Lógica retórica,* que subyace al lenguaje cuyo objeto es convencer a quien ha de decidir.

Orto de la decisión es la implantación de valores. Toda Teoría de la Decisión conlleva una teoría de los valores (fines) y, por tanto, la *Teoría* de *la Justicia* constituye el aspecto material (no formal) de la Teoría de la Decisión jurídica. Dos problemas básicos destacan aquí: a) las condiciones ideales de la decisión en cuanto a sujeto y a procedimiento, y b) los criterios materiales de la decisión, esto es, los principios de justicia. Puesto que la decisión jurídica se plantea en dos momentos (extra e intrasistemático), la justicia de la decisión hay que contemplarla igualmente: la justicia extrasistemática representa el ideal de justicia tanto en las condiciones de decisión como en los principios que es preciso acatar y establecer. La Teoría de la justicia extrasistemática es previa a la labor del poder constituyente, cuya función consiste en plasmar aquélla en la Constitución por medio del establecimiento de los valores fundamentales. Aquí la razón práctica no tiene otros límites que los de la razón. Entre los valores fundamentales destacan los representados por los derechos fundamentales, aunque aquéllos no se agotan en éstos. Por consiguiente, la *Teoría (material) de los derechos fundamentales* es una parte de la Teoría de la justicia extrasistemática. Establecida ésta, la Teoría de la justicia intrasistemática tiene por objeto la adaptación de los valores fundamentales a las decisiones intrasistemáticas, esto es, (paradigmáticamente) a la decisión del legislador ordinario y a la del juez. Constituye lo que puede denominarse la *Teoría de la justicia del caso concreto o Teoría de la equidad.*

2

Teoría de la Dogmática jurídica

La Teoría de la Dogmática jurídica tiene una larga tradición que se remonta, en sus orígenes intelectuales, al tratamiento dogmático de la Teología. La secularización de las categorías teológicas y la recepción del Derecho romano desemboca en las grandes construcciones, inspiradas en la sistemática del iusnaturalismo racionalista, de la Jurisprudencia de conceptos y del positivismo jurídico. Un tratamiento adecuado exige la comprensión de la *Historia de la Dogmática jurídica,* en cuyo marco es preciso contemplar el problema, siempre debatido, de su carácter científico. La discusión llega hasta nuestros días bajo la forma de la tensión entre *El método dogmático y el método sociológico (Dogmática jurídica y Sociología del Derecho),* cuya incomprensión recíproca ha sido perjudicial para ambos.

La Hermenéutica filosófica, de gran tradición europea en el seno de las llamadas Ciencias del Espíritu, es el instrumento adecuado para combinar ambos métodos en una Teoría de la Dogmática jurídica entendida como una *Teoría de los textos jurídicos,* en la cual el centro de reflexión intelectual viene dado por el texto que es el producto de las decisiones jurídicas, al que se une el «texto» generado por vía fáctica o consuetudinaria.

Para el dogmático, el Derecho es un texto que él, en cuanto dogmático, no puede alterar. El texto jurídico ha de entenderse no como la literalidad de los preceptos sino como la unión hermenéutica de ésta y la realidad vital de referencia. Esta realidad adquiere los caracteres de texto en la medida en que necesariamente es objeto de interpretación. La Teoría de los textos jurídicos conlleva una *Teoría de la Interpretación dogmática* en la que el objeto le viene dado al intérprete, a la vez que la decisión aparece tan sólo en un plano remoto, ya que la Dogmática no decide directamente sobre las realidades vitales. Una Teoría de los textos jurídicos supone: a) la reflexión en torno a las características propias que les diferencian de otros tipos de textos, tales como el texto literario y el texto histórico; b) la acuñación de un concepto amplio de texto, que trasciende lo expresado en letra impresa y, en este sentido, la teorización de una Hermenéutica como instrumento universal de la comprensión del Derecho ya creado; c) en conexión con lo anterior, el desarrollo de una Hermenéutica de la acción humana, que permita la interpretación y, por tanto, la comprensión de ésta desde el marco de discurso lingüístico creado por las decisiones jurídicas; d) el estudio de la relación entre el texto jurídico y la decisión, que en el caso de la Dogmática jurídica tiene carácter mediato, investigando cuál es el papel que cumple (influencia de la Dogmática jurídica en las decisiones).

Como todo conocimiento con pretensiones científicas, la Dogmática

jurídica pretende construir un sistema en el que se articulen en un todo las significaciones particulares de las reglas del Derecho. Esto sólo es posible mediante la aplicación de una previa Teoría de la interpretación. Cómo se ha de sistematizar y ordenar el material interpretado es tarea de la *Teoría de la sistematización jurídica.*

Al manejar la Dogmática jurídica las reglas de un determinado Derecho positivo, tiene necesariamente contacto con los valores, tratándose aquí, como es lógico, de los valores implantados en el sistema. Por tanto, una Teoría de la Dogmática jurídica implica también una *Teoría de la justicia intrasistemática,* en la que no se dilucida ya el problema del ideal de justicia ni tampoco de la justicia del caso concreto, sino en la que se intenta desarrollar los valores encarnados en el orden jurídico en un esquema hermenéutico, poniéndolos en conexión unos con otros y extrayendo la justicia institucionalizada.

Por último, la Lógica de la Dogmática jurídica no puede ser la Lógica formal, ya que se manejan contenidos de significado y juicios de valor establecidos autoritariamente. Se impone, por el contrario, la *Lógica hermenéutica,* que se halla más próxima a la Lógica argumentativa de la decisión, aunque sin identificarse con ella, ya que es la Lógica de la interpretación de textos y no la Lógica de la decisión que incide en la vida social, en el problema concreto, directamente.

3

Teoría del Derecho

La Teoría del Derecho, como sintaxis, constituye una investigación formal del Derecho entendido como un sistema de proposiciones lingüísticas de caracteres especiales. Ha de partir de una *Crítica de la teoría general del Derecho,* lastrada de sociologismo y dominada por la obsesión del carácter homogéneo de las reglas, para pasar a un *Concepto del Derecho* que tenga en cuenta su naturaleza lingüística y, por tanto, convencional. El Derecho es un sistema convencional de reglas, cuya característica diferenciadora respecto de la Moral, los usos sociales y las normas religiosas, es que en él se han de dar necesariamente reglas que señalen el marco espacio-temporal de la acción, creen los sujetos (órganos, personas) del sistema y les atribuyan competencias dentro de las cuales la acción ha de realizarse. Igualmente, se diferencia por la necesidad de establecer procedimientos para realizar la acción. En este sentido, en cuanto a su estructura formal, el Derecho se asimila a determinados juegos. Si a estos ámbitos que establecen los elementos necesarios de la acción, además de exigencias bajo forma de deber, los denominamos ámbitos óntico-prácticos, el problema del concepto del Derecho nos conduce a la *Teoría de los ámbitos óntico-prácticos,* cuyo objeto radica en una reflexión diferenciadora de los sistemas que no establecen elementos necesarios del orden (espacio, tiempo, sujetos,

competencias, procedimientos) y a los que, por este motivo, se les puede llamar ámbitos prácticos.

Todo ello conduce a la *Teoría del sistema jurídico y* a la *Teoría de las reglas jurídicas,* cuya tarea es investigar el concepto de regla, los tipos de reglas que confluyen en el ámbito y su articulación en el sistema. Aquí opera el método lógico-lingüístico, el cual entiende la regla como una proposición lingüística perteneciente a un sistema proposicional cuya función intrínseca es regular la acción humana. En virtud del citado método se desvela la tipología de las reglas ónticas, técnico-convencionales o procedimentales y deónticas o normas, o, respectivamente, reglas que expresan un *ser* autoritariamente establecido (ej.: Madrid es la capital de España), reglas que expresan un *tener* que (ej.: el juez *tiene que* cumplir determinados requisitos para que su sentencia sea válida) y reglas que expresan un *deber* (ej.: el comprador debe pagar el precio).

Como el lenguaje utilizado por el legislador no tiene por qué coincidir con el modelo propuesto (versatilidad del lenguaje normal de los juristas) se impone la necesidad de una *Teoría de la reconstrucción hermenéutica de las reglas,* cuya función reside en discurrir sobre las operaciones intelectuales necesarias para construir las reglas del Derecho y sobre los límites de esta labor.

La Teoría del sistema jurídico se pregunta por la estructura interna del mismo, resultado de la labor de construcción, así como por las relaciones recíprocas de las reglas. Aquí tienen cabida los problemas que tradicionalmente se engloban bajo el título, desafortunadamente italianizado, de «teoría del ordenamiento jurídico».

El análisis formal de las reglas jurídicas y del sistema conduce a la *Teoría de los conceptos jurídicos fundamentales,* que son aquellos conceptos que están implicados en las mismas reglas y que de ellas derivan. Dado que el tratamiento de estos conceptos en la Teoría general del Derecho está cargado de iusnaturalismo, antropomorfismo (piénsese en el derecho subjetivo) y de psico-sociologismo, la tarea inicial ha de consistir en un análisis crítico de las concepciones acuñadas en los dos últimos siglos, para pasar a continuación a la elaboración categorial en conexión con la tipología de reglas investigada en la Teoría de las reglas jurídicas y en la Teoría del sistema.

En la Teoría del Derecho así entendida, los valores no juegan ningún papel y, por tanto, la Teoría de la justicia está absolutamente excluida, ya que el afán de aquélla es el de constituir un conocimiento formal, y, por consiguiente, universal del Derecho.

Igualmente queda excluida la interpretación de contenidos al estilo de la Teoría de la Decisión jurídica y de la Dogmática jurídica, aunque juega un importantísimo papel en la Teoría de la construcción hermenéutica de las reglas.

La Lógica aplicable a las reglas jurídicas es la que comúnmente se denomina *Lógica deóntica,* aunque el término «deóntica» sea impropio,

ya que desconoce el carácter heterogéneo de las reglas desde el punto de vista lingüístico. Discute el problema de la verdad en el terreno de las reglas y si ésta es condición necesaria de la Lógica. Atendiendo a la tipología de reglas, la Lógica deóntica ha de ampliar su campo de interés, tratando junto a las relaciones lógicas de las proposiciones deónticas, las propias de las proposiciones técnicas y ónticas.

* * * * * * * * *

Por último, hay que señalar que todo el planteamiento descrito como contenido de la Filosofía jurídica requiere una *Introducción a la Filosofía del Derecho* entendida como *Epistemología jurídica,* que proporcione la clave, en versión diacrónica, de los modelos epistemológicos dominantes en el pensamiento jurídico y cuyo contenido podría especificarse en las siguientes fases: a) Epistemología de la Teoría del Derecho Natural, como modo de pensar dominante hasta el siglo XIX, con sus variantes históricas respectivas; b) La crisis epistemológica de la Teoría del Derecho Natural y sus motivaciones en el terreno teórico; c) La concepción positivista y su multifacética manifestación en el positivismo jurídico; y por último, d) La crisis epistemológica del positivismo jurídico y la posibilidad de la Filosofía del Derecho como análisis del lenguaje de los juristas.

Tarea siempre presente en este esquema es la reflexión en torno a la *Teoría de las Ciencias jurídicas* en cada una de estas fases, singularmente en la fase del positivismo, y la dilucidación del problema a la luz de los nuevos planteamientos, en cuyo marco la distinción Ciencia-Filosofía deja de tener el sentido radical que le dio el positivismo.

SUPONGO que tanto el peso relativo como la articulación entre las respuestas a las preguntas 1 y 2 dependerá, en las diversas contribuciones, de la previa biografía intelectual de cada cual. Por parte de aquellos que tienen tras de sí una trayectoria ya dilatada es de presumir que la respuesta a la primera pregunta ocupe un espacio comparativamente amplio y que, además, lo que se diga a propósito de la segunda cuestión se encuentre bien trabado con lo anteriormente aportado; en estos casos, lo por hacer aparecerá, así, como continuación y desarrollo de lo ya hecho.

Muy distinto es el caso de quienes tenemos un pasado más bien escaso: su relato sólo parece pertinente como información para una especie de *Who is who* 1984 que quizás, al cabo de unos años, despierte curiosidad entre quienes entonces se inicien en la disciplina. De otro lado, lo que opinemos sobre el futuro guardará inevitablemente una relación menor (si es que guarda alguna) con nuestras aportaciones (si es que se puede hablar así) previas: la escasa entidad de nuestro pasado hace que no podamos hacer de él la base de nuestro futuro.

1

Hice mi tesis doctoral sobre *El pensamiento filosófico y político de Antonio Labriola.* El tema tenía, creo, un cierto interés: En primer lugar, por cuanto la figura de Labriola constituye, en el pensamiento italiano contemporáneo, una encrucijada ciertamente decisiva: conectada, hacia atrás, con el hegelianismo napolitano y, hacia adelante, con Croce, Gramsci y todo el italomarxismo. Además, por cuanto la biografía intelectual de Labriola discurrió a través de un *iter* más bien curioso (Hegel, Herbart, Marx) que, determinó, en muy buena medida, su peculiar forma de asumir y entender el marxismo (peculiar, se entiende, en contraste con el resto de los marxistas de su generación). Por último, por cuanto su exposición de los lineamientos generales del materialismo histórico es no sólo la más lograda de su época, lo que es opinión común (F. Mehring, K. Korsch, R. Mondolfo, A. Gramsci, las referencias podrían multiplicarse), sino que, a mi juicio, aún hoy permanece insuperada: lo que constituye tanto un elogio de Labriola como una constatación no precisamente optimista de la suerte corrida por la tradición marxista: sin entrar en el tema, hasta hace aún muy poco *à la page,* de la *crisis del marxismo,* de la lectura de Labriola y de su cotejo con obras contemporáneas de similar alcance no se puede sino concluir la inexistencia de progreso efectivo en la historia del marxismo, al menos por lo que hace a la construcción de sus conceptos centrales.

2

En el enunciado de la segunda pregunta, los autores del cuestionario

-que, sin duda, no son hegelianos-- nos invitan a distinguir, a propósito de los temas de interés para la filosofía del Derecho en el próximo futuro, entre aquellos de los que, a nuestro juicio, sea *más necesario* ocuparse y aquellos otros que consideramos *más previsible* que reciban una mayor atención. Es decir, nos sugieren que hagamos diferenciadamente una propuesta y una prognosis. No voy a recoger, sin embargo, esta sugerencia en mi respuesta y ello no tanto porque sea yo hegeliano -que no lo soy- sino por la más pedestre razón de que soy moderadamente optimista y, pienso, por ello, que lo que *realmente* hagamos no tiene por qué diverger en exceso de lo que *(razonablemente)* consideremos que deba hacerse. Creo, por lo demás, que para quien carezca de este, aun moderado, optimismo, no quedan más alternativas que la de entregarse sin reservas al cinismo o situarse claramente fuera de las fronteras gremiales de la filosofía del Derecho.

2.1

En el plano de la teoría de la justicia, es de esperar, a mi juicio, que el interés siga concentrándose -como ya lo viene estando a partir de obras tales como *A Theory of Justice de* Rawls *o Taking Rights Seriously* de Dworkin- en el tema de los *derechos* y de su relación con otros elementos -tales como la voluntad mayoritaria o las razones utilitarias- que consideramos asimismo relevantes a la hora de determinar cómo han de establecerse y qué contenido han de tener las reglas de la convivencia colectiva. No es éste, desde luego, un tema nuevo: tiene ya una amplia historia en las contraposiciones -política- entre liberalismo y democracia y -filosófico-moral- entre kantismo y utilitarismo. Pero probablemente ha adquirido en los últimos años una precisión y depuración conceptuales antes desconocidas: interesa profundizar en esta línea, si no, desde luego, con la pretensión de obtener criterios que permitan validar suficientemente una u otra concepción de la justicia, sí para que, al menos, las posiciones de cada cual aparezcan claramente expresadas: lo que ha de posibilitar (lo está haciendo ya) la discusión fructífera entre ellas, la eliminación de pseudoacuerdos y pseudodesacuerdos (ambos muchas veces puramente verbales), y, al tiempo, el que los acuerdos y desacuerdos genuinos aparezcan con más claridad.

2.2

Es, en los últimos tiempos, un lugar común afirmar que los filósofos del Derecho han de ocuparse de los grandes problemas que están determinando, hoy, la suerte de la humanidad: los límites de la acción transformadora del hombre sobre la naturaleza, la situación y perspectivas de los recursos y el hambre en el mundo, la amenaza de la guerra

termonuclear, etc. Es incuestionable que tales son hoy los problemas cruciales. Pero me parece que en su reivindicación para la filosofía del Derecho puede haber -hay, sin duda, en ocasiones- un exceso de pretenciosidad. Pienso que los filósofos del Derecho, sin el concurso de especialistas en otras disciplinas y *qua* filósofos del Derecho tienen poco que aportar a este tipo de cuestiones: tal es, creo, la principal conclusión que cupo obtener de las Jornadas celebradas el pasado diciembre en Zaragoza. Sin embargo, del tratamiento de estos temas -siempre que no se consideren como propios de los filósofos del Derecho, sino que respecto de ellos nos atribuyamos un papel más bien modesto- pueden derivarse consecuencias beneficiosas para la propia filosofía del Derecho: la primera de ellas, el atender a disciplinas que hoy solemos ignorar, tales como la ecología, la demografía o la polemología y de cuyos cultivadores -a condición, desde luego, de que estemos mínimamente informados de sus trabajos-- podemos ser interlocutores (en un sentido similar al que lo somos -o, mejor, debiéramos serlo- de los juristas). Junto a ello, este mismo diálogo con especialistas en estos diversos campos puede proporcionarnos una cierta *relevancia mundana* de la que no andamos precisamente sobrados.

2.3

En materia de Teoría de la «ciencia» jurídica creo que habría que orientar los esfuerzos hacia la superación de la incomunicación -de la que ya resulta tópico hablar- entre las teorías de la «ciencia» jurídica propuestas por los filósofos del Derecho y la «ciencia» jurídica efectivamente realizada por los juristas.

Probablemente el primer paso para la superación de esta incomunicación resida en reconocer -como ha sugerido muy convincentemente C. S. Nino en varios trabajos- que las teorías de la «ciencia» jurídica propuestas se han caracterizado por ser impotentes para cubrir el campo de las funciones sociales que la «ciencia» jurídica efectivamente realizada ha venido, mejor o peor, cumpliendo.

En efecto, si atendemos a las teorías de la «ciencia» jurídica propuestas por los filósofos del Derecho, éstas podrían -evidentemente *grosso modo* y prescindiendo de muchos matices diferenciadores- dividirse en dos grandes apartados: aquellas que, obsesionadas por la cientificidad, han prescrito una ciencia jurídica *descriptiva,* por un lado; por otro, aquellas que, bien careciendo de un concepto de ciencia mínimamente solido, bien no situando explícitamente la actividad de los juristas teóricos en este campo, han considerado que la jurisprudencia no era más que un espacio para la argumentación en torno a problemas, rechazando expresamente o dejando de lado su dimensión sistematizadora.

Desde el primer modelo no resulta posible una «ciencia» jurídica

que resulte inmediatamente útil a los diversos operadores jurídicos: ante posibilidades de interpretación contrapuestas se limitará a enunciar todas ellas, sin suministrar criterios que fundamenten la opción por una determinada; ante lagunas o antinomias no resolubles intrasistemáticamente se limitará, bien a constatar su existencia, bien a negarla artificiosamente: en todo caso no proveerá a su integración o solución.

Con arreglo al segundo modelo, el cumplimiento de las tareas prácticas de la jurisprudencia resulta también seriamente dificultado: la construcción sistemática parece, en efecto, ineludible para reducir las indeterminaciones que ofrece el material normativo en bruto al tiempo que, precisamente por ello, realiza una contribución no despreciable a la exigencia (práctica) de seguridad jurídica.

Frente a ambas alternativas, la «ciencia» jurídica efectivamente realizada por los juristas (la dogmática tradicional) -incorporando, frente a quienes prescriben la sola descripción, elementos prescriptivos; construyendo el sistema frente a quienes prescriben atender tan sólo al problema- ha seguido cumpliendo su función de constituir una instancia de mediación útil entre el sistema jurídico y sus operadores. Lo que ocurre es que lo ha hecho -y lo continúa haciendo- sobre supuestos insostenibles (y ello no tanto, creo, por una particular torpeza epistemológica de los juristas, como por la asunción por su parte de una representación fuertemente ideologizada de la división de poderes): por ejemplo, pretendiendo que tal actividad intelectual es científica -lo que lleva a que los criterios valorativos utilizados en la construcción no aparezcan explicitados, sino encubiertos; pretendiendo que la interpretación suministrada es la única posible y no la *preferible* de entre un conjunto abierto de posibilidades, etc.

Una «ciencia» jurídica que, renunciando a los presupuestos tradicionales de la dogmática, sea capaz, sin embargo, de cubrir el campo de sus funciones práctico-sociales, debería, en mi opinión, abandonar definitivamente el mito de la cientificidad y entenderse a sí misma como una disciplina a la vez técnica y moral: técnica, puesto que su función no es explicativa, sino práctica; moral, puesto que para realizar esta función no puede prescindir de opciones valorativas.

Una «ciencia» jurídica así entendida implica, obviamente, la conveniencia de algunos cambios en la formación de los juristas. Me referiré solamente a dos de ellos, que me parecen particularmente importantes. En primer lugar, la exigencia de que los juristas expliciten los juicios de valor que orientan sus construcciones lleva aparejada la exigencia de que esta explicitación de las propias preferencias valorativas se presente, cuando menos, de forma consistente y también el que -en la medida en que resulte hacedero-- trate de fundamentarse: para ello, la posesión de una buena formación filosófico-moral parece imprescindible. En segundo lugar -y habida cuenta de que los juicios de valor orientativos vendrán a reducirse, en un amplio número de casos, a

juicios de utilidad social- una buena formación sociológica parece asimismo necesaria.

2.4

Creo, por último, que uno de los campos de investigación de más interés para el próximo futuro reside en la progresiva elaboración de una teoría de la legislación -evidentemente tan sólo posible en el contexto de una teoría general de la acción social- que dé cuenta del peso relativo que sobre la labor legislativa ejercen tanto los condicionantes externos como los propósitos y creencias del propio legislador. Una teoría de la legislación así entendida -de la que, debe decirse, A. Aarnio ha ofrecido algunos esbozos preliminares muy útiles- vendría a encontrarse, frente a la política jurídica, en una relación semejante a la que se da entre la teoría general del Derecho y la dogmática jurídica: la teoría de la legislación habría de suministrar a la política jurídica su instrumental conceptual central, al tiempo que este propio corpus teórico habría de recibir constantemente el efecto de *feed-back* de las concretas propuestas e investigaciones de política jurídica.

LA mayor parte de mis intentos de aportar algo a la filosofía del Derecho han girado alrededor de la obra de Norberto Bobbio. El mismo bromeaba sobre ello en su última visita a España, en noviembre del 83, al preguntarme si ya habían dotado la cátedra de bobbiología. Pero como no se ha producido tal evento -y por si no se produjera tras la reforma universitaria-, también he ido trabajando sobre otros temas y pienso seguir haciéndolo. La única salvedad a hacer sobre la distinción entre el tema «Bobbio» y los «otros temas» es que con los grandes autores, cuando se estudian completos, se cae en la cuenta de la dificultad de tocar problemas no desmenuzados, tratados, esbozados, indicados o sugeridos por ellos: en este caso, estudiar todo Bobbio ha sido también comprobar que Bobbio lo ha tocado casi todo. Por eso, mucho de lo que sé lo he aprendido de él y de su obra. Y entre lo más relevante me parece que está el haber intentado pensar de cierta forma metódica que puede considerarse analítica y empirista en sentido amplio. Mis débitos con Bobbio y mi aportación a su difusión en España pueden verse en dos libros editados en estos años que no resumiré por ser o bien ocioso para quienes los hayan leído o piensen leerlos o bien temerario y/o inútil para quienes no incurran en el caso[1]. Sólo aludiré brevemente a algunos otros escritos más dispersos que pueden indicar las principales líneas de mis preocupaciones teóricas en el pasado, alrededor de las cuales preveo que rondarán en buena parte las del futuro más o menos cercano.

Mis escritos sobre metodología han coincidido en gran parte con temas político-jurídicos (y de ello hablaré enseguida), siendo la excepción un artículo sobre el método interno a la teoría jurídica bobbiana con el que he tenido el honor de participar en el volumen que los discípulos italianos han dedicado al maestro [2]. En el campo de la teoría del Derecho he recogido recientemente el tema de mi tesina de licenciatura -escrita en 1975 y titulada «Los jueces en la creación del Derecho: un enfoque normativo»- en un artículo sobre la decisión judicial: con el intento de dar a cada cual lo que es suyo en la disputa entre los partidarios de considerar la actividad judicial como meramente aplicativa y los partidarios de destacar su carácter libre y creativo, propongo allí diferenciar los diversos sentidos en los que puede hablarse de creación judicial del Derecho desde el punto de vista teórico como base para algunas consideraciones sociológicas y éticas sobre el problema [3]. En cuanto a los temas de teoría de la justicia, veo

---

[1] «Bobbio y el positivismo jurídico italiano», en BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del Derecho,* Valencia, Fernando Torres Editor, 1980, págs. 15-58; y *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio,* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

[2] «El método de la teoría jurídica de Bobbio», en AA.VV., *La teoría generale del diritto. Problema e tendenze attuali. Studi dedicati* a *Norberto Bobbio,* a cura di Uberto Scarpelli, Milano, Edizioni di Comunità, 1983, págs. 387-411.

[3] «Creación y aplicación en la decisión judicial», en prensa para el próximo número del *Anuario de Filosofía del Derecho.*

ahora -tras el inevitable «examen de conciencia»- que me han preocupado especialmente. Ello no debe extrañar a quien considere que la teoría de la justicia es el núcleo fundamental de toda filosofía del Derecho, en este punto difícilmente -e inconvenientemente- separable (no digo «distinguible» a propósito) de la filosofía moral y de la filosofía política. Aparte de algunos escritos sobre la filosofía política bobbiana [4], hay otros cuatro sobre estos problemas. Aunque la diferenciación analítica entre ética y metaética aparece cada vez como más resbaladiza, todavía puede cumplir un papel indicativo aproximado; con tal cautela, dos de aquellos escritos pueden adscribirse al campo de la metaética: un artículo sobre la teoría política de Macpherson, en el que quizá cargara un poco las tintas tanto en la crítica al optimismo del autor canadiense como en mi entonces gran insistencia en el no cognoscitivismo ético[5]; y otro artículo, dedicado precisamente a la conexión

---

[4] «Democracia y socialismo en Norberto Bobbio », *Sistema,* n. 11, octubre 1975, págs. 189-202; y «Noberto Bobbio y el debate de la izquierda italiana», *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid,* n. 59, primavera 1980, págs. 7-42 (reproduce con leves cambios el folleto *La contribución teórico-política de Norberto Bobbio al debate contemporáneo de la izquierda italiana,* Madrid, Fundación Friedrich Ebert, 1979, con una «Presentación» de Gregorio Peces-Barba Martínez).

[5] «La teoría política del optimismo obsesivo: C. B. Macpherson», *Sistema,* n. 52, enero 1983, págs. 45-63. Quiero precisar que mis actuales precauciones y matizaciones al no cognoscitivismo ético no invalidan la crítica general hecha en este artículo a la teoría política de Macpherson; aprovecho así para responder a una réplica de Antonio-Enrique Pérez Luño, que ha discrepado recientemente de mis reproches al historiador y politólogo canadiense por su incoherencia -según escribí- «entre la defensa de la libertad de pensar y actuar y la propuesta de un modelo político ideal basado en el objetivismo y el cognoscltivismo éticos» *(ibídem,* pág, 63). Según Pérez Luño, «en este párrafo se confunde el cognoscitivismo con el absolutismo y el dogmatismo éticos. De aceptarse sus planteamientos, cognoscitivistas contemporáneos tan diversos entre sí pero, a la vez, tan inequívocamente comprometidos con la defensa del humanismo y la libertad como, por ejemplo, Jacques Maritain, Karl Popper, Ernst Bloch, Jürgen Habermas, John Rawls o la propia Agnes Heller, serían paradójicamente etiquetados como 'enemigos de la libertad de pensar y actuar'...» («La fundamentación de los derechos humanos», *Revista de Estudios políticos,* n. 35, sept.-oct. 1983, pág. 58, nota 180). Temo haberme explicado mal: ni nunca he querido identificar, ni he identificado, el cognoscitivismo ético con el dogmatismo cerrado o con la enemiga a la libertad de pensamiento, ni las consecuencias que atribuye Pérez Luño a mis opiniones -no sólo paradójicas, sino también inaceptables- se deducen de mi artículo: lo único que digo allí es que el modelo ideal de democracia propuesto por Macpherson, en el que quedaría superado el («error intelectual», supone, si no la imposición, sí al menos la aparición en la sociedad propuesta de criterios de juicio político seguros y definitivos. Por eso mi crítica a Macpherson no afecta al cognoscitivismo en general (y ni siquiera al suyo, aunque ciertamente yo carecía entonces de la suficiente simpatía hacia todo cognoscitivismo), sino al cognoscitivismo que dicho autor presupone que domlnaría en su modelo de democracia participativa (cfr., en mi artículo, págs. 52-53 y 58-59). Por lo demás, mi actual inclinación a superar el puro debate metodológico en torno al no cognoscitivismo procede de la consciencia de que es lógicamente contradictorio mantener cualquier tipo de escepticismo metaético y creer a la vez en la preferibilidad de determinados valores morales, entre ellos el de la tolerancia,

entre ética y metaética, que intenta reconsiderar la «hipótesis» cognoscitivista desde un planteamiento racionalista que evite los escollos extremos del emotivismo ético y de los cognoscitivismos naturalista e intuicionista [6]. Los otros dos escritos son más bien de ética normativa: un artículo sobre los conceptos de libertad, todavía bastante influido por el no cognoscitivismo ético y en el que intento reducir todo concepto descriptivo del término «libertad» a la idea de libertad negativa [7]; y un escrito más amplio, recientemente concluido, sobre la moralidad de la guerra y de la disuasión nuclear, donde tras la crítica al equilibrio del terror y a la interminable carrera de armamentos propongo una «salida» ética basada en la idea de que existe un derecho moral a la paz.

¿Cuáles son en mi opinión los temas abiertos de la filosofía del Derecho? Desde luego que ninguno de los anteriores puedo considerarlo cerrado, bien porque toquen puntos dolientes de mi formación o de mis inclinaciones teóricas, bien porque se trate de problemas eternos, como ocurre por ejemplo con el problema de la guerra -la cual, por cierto, puede acabar con toda noción de eternidad-, con el concepto de libertad o con la interpretación judicial. Sin embargo, no son esos los únicos temas interesantes que me parecen abiertos al trabajo y a la discusión filosófico-jurídica. Con afán meramente indicativo y sin mayor pretensión sistemática que la más o menos forzada ubicación de los problemas en uno y otro de los tres grandes a que ya me he referido -la metodología, la teoría jurídica y la teoría de la justicia-, puedo indicar algunos que ahora me preocupan especialmente y que con probabilidad me ocuparán en adelante. Pero antes de enumerarlos, y como trasfondo general, creo que hay un inmenso tema que debe seguir de actualidad: la historia de la filosofía. Leer, comprender, repensar a los clásicos a la luz actual no sólo sigue siendo una cura de modestia y un «magisterio para la vida» -en este caso, al menos, para la vida de la filosofía-, sino también una rica mina de sugerencias sobre algunos de los problemas eternos. Dentro de éstos, tres me interesan en especial por su relación con la filosofía del Derecho: el repensamiento de la dicotomía naturaleza-convención, que no puede olvidar los actuales conocimientos sociológicos, psicológicos y biológicos (no necesariamente «sociobiológicos»); el contraste entre el realismo y el idealismo políticos, casi soterrado hoy entre la escasa potencia de los utopistas y

---

que incluye a la libertad de pensamiento; de todas formas, tampoco este cambio de insistencia -cuya justificación esbozo en el artículo citado en la nota siguiente-- está exento de precauciones y matizaciones hacia el cognoscitivismo ético.

[6] «Sobre la conexión entre ética y metaética (A propósito de la teoría de la justicia de N. Bobbio)»: se publicará en 1985 en un volumen de la *Revista de Ciencias Sociales,* de la Universidad de Valparaíso, monográficamente dedicado a Norberto Bobbio.

[7] «Sobre los conceptos de la libertad», *Anuario de derechos humanos,* 1982, págs. 515-549.

los temores -no siempre del todo inciertos- de los menos audaces; en fin, el apasionante sector de las filosofías de la historia, que no han dejado de planear sobre la consciencia de los hombres y, por tanto, sobre el mundo que estamos... ¿construyendo o destruyendo?: precisamente la respuesta a tal pregunta debe darla la propia filosofía de la historia.

En la metodología, y en concreto en la teoría del conocimiento jurídico, sigue estando vigente el problema del carácter científico de los estudios sobre el Derecho. En el histórico y constante tira y afloja entre el criterio de la efectividad y el criterio del valor moral, la noción de validez jurídica a duras penas ha logrado mantener su discutida y discutible autonomía. Quizá hoy se halle más extendida que en pasadas décadas la consciencia de la inutilidad de proponer modelos empírico-descriptivos como alternativa adecuada al «conocimiento» dogmático del Derecho válido. Parece pasar a primer plano la idea de que el Derecho y su estudio son menos escindibles de las consideraciones de justicia -o, en otras palabras, de ideología, de política o de moral- de lo que se venía creyendo por las corrientes que representan el paradigma dominante de la llamada ciencia jurídica. El problema puede seguir abierto porque queda por ver si los nuevos intentos -nuevos sólo como intentos, ya que la propuesta en sí es viejísima- de relacionar la teoría del Derecho y la dogmática jurídica con la teoría de la justicia no admiten más precisiones de las que, por ejemplo, ha hecho un Dworkin en las réplicas a sus críticos. De tal modo, si lo que vuelve a resucitar, más que el iusnaturalismo, es la propia y vieja disputa entre enfoques iusnaturalistas y enfoques positivistas, sólo cabe esperar que el retorno no sea una mera vuelta más en la noria de siempre y que puedan conseguirse algunas aclaraciones estables.

La teoría del Derecho, a pesar de haber sido trillada profusamente y desde distintos puntos de vista (lógico, analítico, empirista, valorativo...), conserva todavía algunas cuestiones pendientes y de no sencilla resolución. La más general es la del proteico y relativamente misterioso concepto de norma jurídica, punto donde sigue haciendo falta una taxonomía detallada y cuidadosa y una categorización más precisa que las tradicionales. Al lado de ello, el eterno problema del concepto de Derecho me parece que exige una profundización en el estudio de las funciones que cumple un aparato con instituciones tan complejas como

---

[8] *Ética y política de la guerra en la era nuclear* (inédito): se trata de una investigación presentada al Centro de Estudios Constitucionales en noviembre de 1983 y que pretendo revisar para publicarla como libro; puede verse un resumen mínimo de la misma en «Por una filosofía de la paz en la era nuclear», *Sistema,* n. 58, enero 1984, págs. 133-142; de aquélla he extraído también un capítulo que bajo el título «¿Tenemos derecho a la paz?» aparecerá en el n. 3 del *Anuario de derechos humanos,* correspondiente a 1983 pero todavía en prensa cuando escribo esto.

las de la maquinaria jurídico-política actual. Sólo así, creo, podrá neutralizarse la simplificadora tendencia teórica de buscar a toda costa un criterio último, único y definitivo de identificación del Derecho. Previsiblemente, un análisis abierto de las funciones jurídicas precisará y matizará la fórmula demasiado genérica de la monopolización estatal de la fuerza. En este camino, y más en concreto, sería útil ir ensayando en la teoría -más que en la metateoría- una clasificación ordenada de las funciones del Derecho. Metateóricamente son conocidas las dificultades de un concepto como el de función, que tanto puede servir para un roto como para un descosido: según se mire, aludirá al reino de los fines político-morales o al del cometido inmanente del Derecho y de las normas jurídicas. Sin embargo, no creo tan fructífero replantear en este dominio la disputa metodológica entre formalismo, iusnaturalismo y realismo como intentar perfilar nuevas categorías que no dejarán de plantear serios problemas de integración con la teoría jurídica tradicional. Sin ir más lejos piénsese en las dificultades de ensamblar la noción de sanción promocional en la concepción predominantemente represiva del Derecho. Con todo, la apertura a las consideraciones funcionales en la teoría jurídica no debe detenerse en la mera adición de la función promocional a la represiva, sino que exige una más amplia y detallada teorización de otras variadas funciones que el Derecho parece cumplir.

Por fin, en lo relativo a la teoría de la justicia dos grandes territorios siguen abiertos a la exploración y, a mi modo de ver, hacia una mayor intercomunicación. Por el lado metaético permanece vigente la búsqueda de criterios racionales de moralidad y legitimidad. En ese campo, y como aproximación concreta, me parece especialmente seductor el estudio de las condiciones por las que puede tener sentido considerar a los derechos humanos como derechos morales: es claro que ello obliga a considerara la justicia como un segmento normativo de la moral en el que las obligaciones proceden de los derechos y no al contrario. Por el lado ético-normativo, debe continuar la eterna discusión sobre los valores ético-jurídico generales, como libertad, igualdad, seguridad, bienestar... El estudio aquí no tiene por qué ser exclusiva ni necesariamente abstracto y genérico, sino que será muy útil la elaboración, por así decirlo, inductiva, es decir, a partir de problemas jurídico-morales concretos. Dentro de la vasta panoplia de temas abiertos a la reflexión de la teoría de la justicia -aborto, eutanasia, libertad de expresión, medidas antiterroristas, derechos económicos, sociales y culturales, etc.-, pienso que son claves hoy el problema del significado y usos de la violencia, los relacionados con la desobediencia civil y las difíciles propuestas sobre el modelo de la sociedad futura (que, siendo como es actualmente la interdependencia en la economía, en el hambre o en los riesgos bélicos, no deberían desdeñar los arriesgados enfoques a escala mundial).

Como todo ello no es ni mucho menos poco, convendrá advertir

que una enumeración como la anterior no compromete moralmente, no digo ya a intentar resolver tamañas cuestiones, sino ni siquiera a emprender su estudio con ordenada dedicación. Se trata de preocupaciones en gran parte comunes a mucha gente y que no esperan soluciones individuales ni meramente teóricas. Por ahora, cabría darse por contentos si algunas de tales cuestiones interesaran a alguien más que a un reducido círculo profesional. Seguramente eso sería signo de que la filosofía, incluida la del Derecho, no está todavía en trance de morir.

M l desarrollo filosófico ha transcurrido por tres etapas fundamentales: la primera estuvo orientada a la determinación, lo más precisa posible, de los conceptos jurídicos fundamentales con los que la jurisprudencia positiva podría realizar su labor teórica sistematizadora de los contenidos de un derecho positivo. Esto significa que la órbita de mi trabajo era precisamente la de la jurisprudencia pura o teoría general del derecho, entendido como una disciplina teórica cuyo objeto consiste en la determinación de las categorías del conocimiento jurídico. El uso de la palabra «categoría» es una clara indicación de que el punto de vista filosófico central en tales trabajos estaba en la filosofía trascendental de Emmanuel Kant y Hermann Cohen. En consecuencia, la teoría Hans Kelsen constituyó el material más fecundo sobre el cual concentré mis intereses teóricos.

La consideración sistemática de la Teoría Pura del Derecho me llevó a tratar de disolver los dualismos que en ella todavía se encuentran, en especial, el dualismo entre Estática jurídica, entendido como un análisis trascendental del conocimiento de las normas jurídicas ya legisladas y la Dinámica jurídica, entendida como el análisis trascendental del conocimiento de las normas que determinan los procesos de creación de otras normas jurídicas. Este dualismo me pareció insostenible. Tuve la oportunidad de hacer un cambio epistolar con Hans Kelsen.

El análisis de la Constitución Mexicana de 1917 fue emprendido teniendo como base teórica los resultados señalados (El Sistema de la Constitución Mexicana. Librería Manuel Prrúa S.A., México 1971). En dicho libro se encuentra una doctrina jurídica sobre la Revolución, conceptuada mientras existe o se desarrolla la lucha revolucionaria. Concebí a todo movimiento revolucionario como una descentralización del orden jurídico nacional, cuya unidad queda determinada por el derecho internacional. Con ello, concebí una revolución, mientras la lucha contra el orden jurídico positivo contra el cual se dirige existe y se desarrolla, como un orden normativo, es decir, como un conjunto de normas jurídicas o como un estado parcial con finalidades sui generis, las que en último término no son relevantes para su caracterización como orden normativo, puesto que un orden puede tener cualquier contenido. Concebir la revolución como un orden normativo, como un orden jurídico parcial, implica concebirlo como un conjunto de normas coactivas y dinámicas, con sus respectivos ámbitos de validez. Lo peculiar de este orden normativo es su variabilidad: sus ámbitos de validez normativos no están fijados de manera permanente, sino que oscilan en verdad día con día para extenderse o restringirse según el éxito que tengan los órganos del orden revolucionario en su lucha con los órganos del orden contra el cual se dirigen. La toma por las armas de una ciudad implica la extensión de los ámbitos de validez normativos del orden revolucionario. La imagen que debe formarse de este fenómeno es parecida a la de un orden federal con ámbitos de validez variables.

La segunda etapa de mi evolución consistió en un intento de aplicación de las técnicas de la lógica matemática a los problemas y conceptos de la teoría general del derecho. El producto de dicha labor se encuentra en «Consideraciones semánticas sobre lógica deóntica, con especial referencia a la jurisprudencia» (Crítica Vol. VIII, N.º 22 - México, abril 1976. Existe traducción al italiano hecha por Antonio Anselmo Martino, publicada en Informática e Diritto. Anno VI/gennaio aprile 1980 Firenze, Italia). En este trabajo aplico las técnicas de D. Paul Snyder derivadas de los trabajos de Hintikka, Kanger, Binkley y otros contenidas en su libro «Modal Logic and its applications Van Nostrand Reinhold Co. N. Y. 1971 a la lógica deóntica reduccionista de Alan Ross Anderson, la que en gran medida se parece a la conceptuación de las normas hecha por Kelsen. Con ello obtuve, además de la definición formal de varias categorías jurídicas, un cálculo que permite establecer cómo los contenidos de las normas superiores determinan los contenidos de las normas dependientes de ellas, las inferiores. Asimismo, dicho trabajo contiene una proposición para formalizar el concepto de la facultad jurídica entendida como aquel contenido normativo que regula el proceso de creación de otras normas jurídicas. Para ello se toma como modelo lo hecho por Anderson y en lugar de la constante proporcional S, se utiliza otra constante proporcional N, la que se interpreta como la nulificación de una norma. Se sugiere que el cálculo resultante es S4.

En la tercera etapa, la actual, intento unificar la problemática de las dos etapas anteriores, con una concepción pragmática del derecho, llevada a cabo desde el punto de vista de una Sociología comprensiva de corte weberiano, reducida teóricamente a los conceptos de la conducta operante de B. K. Skinner.

Lo dicho señala cuáles son los problemas que ahora considero importantes en la filosofía del derecho de los métodos adecuados para abordarlos.

1

Dreâmbulo: *um itinerário pessoal ou da consciência da inadequação de um imperialismo jusfilosófico*

A Revista «Cuadernos de Filosofía del Derecho» pretende colher depoimentos pessoais para um «mapa» de problemas da área, entendida esta de maneira muito ampla, de tal modo a alcançar também a problemática de uma ciência sociológica do jurídico.

É com prazer, pois, que passamos a informar sobre nossa modesta trajetória intelectual na mencionada área.

Essa trajetória sempre ocorreu no âmbito de problemas de teoria geral do direito, entendida em sentido lato e não-dogmático. Nosso primeiro livro publicado é uma construção teórica sobre o chamado Direito Comparado e o segundo representa uma tentativa de crítica pessoal à Filosofia do Direito Natural. Depois viria sobretudo uma «Introdução Crítica ao Direito Internacional Privado». Já nestas publições se notam os caminhos de uma ciência social do jurídico.

A partir de 1968 os livros são específicamente de Teoria Sociológica do Direito e de Teoria Sociológica Geral. Não houve propiamente, no entanto, uma mudança de área. Ao contrário, nosso interesse é e sempre foi fundamentalmente o mesmo: o interesse por uma teoria geral da justiça, de direito, e do social.

Muito cedo contudo nos convencemos de que não se justificava um imperialismo exclusivista atribuído tradicionalmente à Filosofia Jurídica quanto aos problemas teóricos gerais básicos da justica e do direito. No pertinente a essa problemática, cabe, decerto, de modo insubstituível, um aprofundamento maior filosófico. Mas não cabe uma exclusividade filosófica. Pois justiça e direito, sendo fatos sociais, serão, mesmo em seus traços universais, objeto naturalíssimo da teoria sociológica.

Na verdade, *a praxis* da justiça e do direito necesita de informar-se, tanto quanto possível, de conhecimento preciso, comprovável por métodos e técnicas de pesquisa empírica (isto é, pesquisa baseada na observação controlada dos fatos), e tal tenta ser o conhecimento sociológico. Pois um problema fundamental como o dos direitos humanos -para exemplificar com um tema levantado recentemente por Manuel Atienza-, até mesmo em uma filosofia social tão preocupada com o concreto como a de Marx, não encontra senão um tratamento ambíguo (nesse sentido Atienza, 1982:33).

Assim é que, cônscio embora de nossas limitações e da pobreza de nossos esforços, ternos tentado definições e proposições teóricas gerais verificáveis quanto ao social e quanto aos fatos sociais da justica e do direito. E também temos realizado algumas pesquisas sócio-jurídicas empíricas básicas (não-aplicadas).

A nosso ver, os problemas da teoria jurídica *lato sensu* que mais necessitam de atenção da parte dos estudiosos, no futuro imediato, são

justamente os problemas teóricos gerais do direito como fenômeno social: os problemas de composição social do direito, da justiça e da equidade como fenômenos empíricos, das relações entre: 1) direito e formas coercíveis (isto é, formas de coação possível, como a lei, a decisão judicial, o costume, etc.); 2) direito e outras formas de controle sociel; 3) direito e mudança social; 4) direito e realidade social.

As vias substantivas mais fecundas para abordar esses problemas sarão as científico-sociais e as filosóficas. A Filosofia antecede a ciência, pois esta última depende de postulados metacientíficos («o mundo existe», «podemos conhecer o mundo», «os fenômenos são causalmente relacionados», etc.), e também a excede, pelo aprofundamento maior dos problemas. Todavia a ciência é saber comprovável por técnicas precisas de pesquisa -algo a que a Filosofia, enquanto permaneça como tal e por sua própria natureza de conhecimento mais abrangente e profundo, não pode aspirar.

Ciência social do direito e Filosofia Jurídica são, portanto, saberes reciprocamente complementares. E desse modo é que um jusfilósofo como Machado Paupério pôde escrever de maneira insuspeita: «Desprezando o estudo sociológico do Direito, a filosofia jurídica passa a debater-se no abstrato e no irreal, apesar de sua cosmovisão teleológico-axiológica» (Machado Paupério, 1977:5).

Mas se a ciência social é uma das vias fundamentais da teoria jurídica entendida em sentido amplo, tal caminho tanto mais básico será quanto mais rigorosamente se apresente. Este ensaio procura mostrar a possibilidade de uma ciência social rigorosa do direito. Daí o seu título, que, ao mesmo tempo, reflete um itinerário pessoal e seu clima de busca permanente.

2

Um modelo rigoroso de ciência social

Comumente se pensa que a ciência social em qualquer de seus ramos -inclusive a ciência social do direito- consiste apenas de definições e classificações e também, no máximo, de correlações esparsas e de dados esparsos de pesquisa empírica.

Na prática assim ocorre com acentuada freqüência.

Contudo, tal prática não corresponde a um modelo rigoroso de ciência, já existente de maneira parcial e que se impõe racionalmente.

Em que consistiria um modelo rigoroso de ciência social? É o que podemos expor a seguir em poucas palavras, pois a idéia de rigor em ciência substantiva é de fácil acesso.

Antes de tudo é preciso conscientização de que as hipóteses que são consideradas «confirmadas» em ciência social por meio de pesquisa empírica (fática) -hipóteses essas cujo número aumenta progressivamente- *precisam ainda de explicação.*

Isso geralmente não se percebe, dado o prestígio de que gozam, em nossa época pragmática, as pesquisas científicas apenas ligadas a hipóteses aplicadas, setoriais.

Cumpre logicamente porém dar os largos passos que vão da simples descrição à explicação teórica genérica, o que raramente ocorre em ciência social.

Porisso mesmo se afirma até a inexistência, rigorosamente falando, de uma teoria sociológica (Opp, 1969: 1080), e se chega mesmo a ver no tema da Sociologia o panorama de «um caos intelectual» (Homans, 1961:1).

De fato, se se exige a plena satisfação dos critérios para a apreciação científica das teorias sociológicas -critérios quanto aos quais há alto grau de consenso entre autores como Albert, Popper e Zetterberg (veja-se Opp, 1969: 1082-1083) deve-se desvalirizar grande parte do desempenho sociológico de qualquer país da atualidade.

Pense-se, por exemplo, nas consegüências de julgar-se segundo o seguinte critério: «As teorias devem ser gerais no sentido de que não valham para determinados espaos de tempo, lugares ou agrupamentos sociais» (Opp, 1969:1082).

A explicação teórica é, apesar disso, indispensável, se se deseja ter ciencia em sentido realmente rigoroso.

Por explicação teórica entende-se aqui algo de simples no conceituar e de difícil (embora indispensável) realização: entende-se o ir além do simplesmente descritivo, ligando-o *com proposições mais gerais explicativas.*

Essas proposições mais gerais surgem através de indução (vaise do particular concreto para o geral), e delas são deduzidas justamente as proposições menos gerais, que, desse modo, *são explicadas* por aquelas.

E, pois, logicamente essencial que se tente construir uma teoria científico-empírica do social para além de meros esquemas conceituais gerais («esquemas descritivos», segundo Zetterberg, 1973:107), que são decerto fundamentais, mas não suficientes.

Para a construção dessa teoria rigorosa é necessário que definições, postulados e teoremas (ou leis descritivas de fatos observados) sejam ligados dedutivamente.

Em rigor teórico, deve-se ter essencialmente um conjunto dedutivamente concatenado de proposições em forma de lei (nesse sentido, Maris, 1970: 1070-1071 e 1076, que se apoia antes de tudo em Werkmeister, 1959:487; analogamente Blalock, 1969:2).

As definições contêm termos lógicos, que são comuns a todas as ciencias («e», «ou», «não», «incluído», «igual», etc.), e termos extralógicos, específicos para uma ou várias ciências.

A propósito escreve Zetterberg: «Em uma teoria ideal, deveria ser possível encontrar um pequeno grupo de termos extralógicos, os conceitos primitivos ou *simples,* que podem definir através de diversas combinações entre si e com os termos lógicos, todos os outros concei-

tos extralógicos da teoria, *os conceitos derivados* (Zetterberg, 1973: 113; veja-se ainda Carnap, 1971:3-5).

Na ciência social o conceito básico a definir se designa pela expressáo «interação social».

Esse *explicandum* é usado, tanto na linguagem comum, como até na sociológica, de maneira imprecisa.

Aqui se tentará, mais adiante, de modo breve, substituí-lo por uma definição tão exata quanto possível, que o possa integrar a urna construção teórica satisfatória.

Em uma apresentação axiomática da construção teórica rigorosa pode-se tentar reduzir o mais possível o número das proposições (teses), que então devem ter o mais alto conteúdo informativo possível, isto é, devem explicar o mais alto número possível de dados particulares.

Para tal, reduzem-se não só as definições, mas se escolhe também um determinado número de teses como postulados (o menor número possível), de tal sorte que todas as outras teses -teoremas- possam ser deduzidas dos postulados (proposições fundamentais) e nenhum postulado possa ser deduzido de outros postulados (nesse sentido Zetterberg, 1973:131 e 136-l37, 1965:94-100; analogamente Popper, 1968:71-72, Blalock, 1969:2 e 10, Albert, 1973:76-77, Abell, 1971: 153, Bailey, 1970:51, Turner, 1974:10-11).

Um trabalho de construção teórica rigorosa pode, no entanto, ser apenas axiomaticamente controlado, não precisando necessariamente ser apresentado de modo axiomático.

O próprio Zetterberg esclarece que a ordenação heurística das proposições de forma axiomática, tão recomendada por ele ao teórico pelo caráter inequívoco dessa ordenação, «não significa necessariamente que sua publicação definitiva deve ter uma organização axiomática» (Zetterberg, 1965:99-100, 1973:139).

Não devem ser esquecidas, por outro lado, observações críticas, constantes da literatura especializada, a respeito das limitações da axiomatização (vejam-se Hage, 1972:52, 54-55, 60-61; Abell, 1971: 153-l54; Blalock, 1969:13-17; Costner & Leik, 1964: 819-835; Bailey, 1970: 48-69; Luhmann, 1970: 128 e segs.; Larson, 1974: 20-25; Movahedi & Ogles, 1973:416-424; Turner, 1974:11-12; Gibbs, 1972:84 e segs. e 223).

É evidente, na verdade, que a axiomatização é um processo de ordenação das proposições que, se contribui para o rigor da construção teórica, não pode substituir, nessa construção, a criatividade em si mesma. Mas, em uma acepção rigorosa, teoria científica e sistema axiomático-dedutivo são sinônimos (Kunz, 1969:241; analogamente, quanto à necessidade de referencia a proposições mais gerais, Homans, 1961:53; Opp 1969:1082; Maris, 1970:1070-1071).

Não parece haver dúvida razoável, portanto, de que, na ciência social, as definições devem ser reduzidas e de que se deve postular

expressamente sobre a distância social, de tal modo que outras teses sejam daí derivadas e deriváveis.

Com efeito, tudo indica que é teóricamente essencial, em nossa época, que se tente uma proposição mais geral sobre distancia social, que *explicaria* nada menos que *o movimento* sócio-interativo em geral.

Outras proposições teóricas menos gerais seriam deduzidas ou dedutíveis, pois, dessa proposição mais geral.

Referindo-se implicitamente ao espaço mental, salientou o psicólogo Peter Hofstätter a importância para a Psicologia de uma proposição mais geral sobre o movimento nesse espaço quando afirma com lucidez, despreocupado da falsa acusação eventual de fisicismo: «não há dúvida que nossa ciência ainda espera o seu Newton -ou se procura iludir com medíocre habilidade sobre esse fato» (Hofstätter, 1981:5).

Se a Psicologia ainda aguarda o seu Newton, que explique por proposição mais geral o movimento no espaço mental -espaço de polos interativos mentais-, também espera a Sociologia a explicação teórica mais geral do movimento no espaço social, que é o espaço dos pólos sócio-interativos.

Aqui se retomaria a lúcida lição de Leopold von Wiese no que diz respeito à importância básica do tópico «distância», para ele «o próprio conceito fundamental de toda Sociologia» (Von Wiese, 1966:110) -lição no Brasil difundida já nos anos 30 por Pinto Ferreira (1939: 82-85; 1941: *passim)-- e* se tentaria levar esse tópico de um nível descritivo a um nível rigorosamente axiomático-explicativo.

Não se pense que o controle rigoroso, axiomático, da construção teórica em ciência social é «fisicismo» incompatível com a especificidade do científico-social.

Fisicismo seria decerto querer aplicar leis específicas do espaço físico aos espaços mental e social, pois guardam inegavelmente esses espaços suas especificidades.

Mas todos esses espaços, o físico, o mental e o social, são espaços da energia, de tal modo que o modelo de uma ciência rigorosa pode ser lógica *e fundamentalmente* o mesmo, desde que não se desconheçam as especificidades das diferentes ciências.

Teoricamente é possível, na verdade, estabelecer até leis gerais da energia que fossem válidas independentemente das modalidades dela.

Seriam leis de uma teoria geral da energia, para além das atuais Física, Psicologia e Sociologia.

De fato, ao exagero do fisicismo do passado contrapôs-se exagero ainda residualmente presente: o exagero de um abismo teórico intransponível entre ciências «naturais» e «culturais».

Esse exagero é incompatível com a natureza da ciência física atual, em que, como já notava o jurista Barna Horvath, ocorreu, por assim dizer, «a desmaterialização da realidade física», com o abandono ou a restrição forte à idéia de causalidade mecânica, por exemplo com Maxwell (Horvath, 1957:47).

E já também há um quarto de século observava Jabine, referindo-se à distinção, ainda residualmente existente entre ciências «exatas» e «não-exatas»: «Desenvolvimentos recentes nas ciências físicas modificaram tudo isso. A introdução da teoria do *quantum,* o estudo do comportamento de átomos e moléculas têm demonstrado que, assim como os indivíduos de uma sociedade, as partículas que constituem a matéria se comportam individualmente de maneira imprevisível. Só quando consideramos urna massa contendo grande número dessas partículas é que cometamos a descobrir a regularidade de seu comportamento. Sabemos, portanto, que nossas generalizações sobre as relações físicas não são leis rigorosas, e sim afirmações probabilísticas) (Jabine, 1957: 28).

Desse modo, o rigor a que nos referimos, quer em ciência física, quer em ciência social, é um rigor apenas *relativo,* probabilitário, como rigor *substantivo* que é, não um rigor de exatidão, este realizável apenas no plano do conhecimento formal, não no do conhecimento empírico ou fático substantivo.

Porisso mesmo quando nos reportamos à «axiomatização» na construção teórica substantiva, referida ao fático, não queremos significar com esse termo nada de «indubitável»: com efeito, a complexidade do social não é eliminada totalmente em uma abordagem que é acentuadamente probabilitária (cf. Luhmann, 1970:74 e segs., 128 e seg.).

3

A ciência social do direito, o sociologismo jurídico, e o estado atual da ciência social do direito em relação ao rigor científico

Por ciência social do direito, de natureza empírica (fática), substantiva, se entende neste trabalho, fundamentalmente, a Sociologia Jurídica ou Sociologia do Direito, expressões estas aqui tomadas como sinônimas, pois na verdade as distinções que por vezes são apresentadas se ressentem de certo verbalismo, por seu caráter um tanto artificial (sobre o assunto, Souto e Souto, 1981:13).

De fato, sem que se negue a importância e atualidade de outros saberes científico-sociais empíricos generalizantes sobre o direito, como a Antropologia Jurídica e aquilo que os anglo-saxãos chaman de Jurisprudencia Econômica, é, desses saberes, a Sociologia do Direito o mais cultivado internacionalmente.

Nela, em seu desenvolvimento progressivo nos anos mais recentes, está o embrião básico de urna ciência social do direito, que se afirmará, uma vez plenamente desenvolvida, como relativamente autônoma em face à Sociologia -autonomia relativa essa que já ocorre quanto à ciência do econômico, este último fato social, como o jurídico.

A Sociologia Jurídica ou Sociologia do Direito é a ciência que inves-

tiga, mediante métodos e técnicas de pesquisa empírica (isto é, pesquisa baseada na observação controlada dos fatos), o fenômeno social jurídico na realidade social total, estudando as relações recíprocas entre essa realidade e o direito.

Ora, se assim é, diríamos por acaso que não são científicos saberes sobre o direito que não o investigam através do controle tanto quanto possível rigoroso de métodos e técnicas de pesquisa empírica, a exemplo da Dogmática Jurídica ou da Filosofia do Direito, saberes estes que quase sempre utilizam tão só a pesquisa bibliográfica?

A resposta que simplesmente afirmasse a não-cientificidade da Dogmática Jurídica e da Filosofia do Direito -por não atuarem elas a pesquisa científico-empírica- estaria afirmando tão só urna noção de ciéncia *stricto sensu* como ciência empírica. E estaria negligenciando uma acepção ampla e válida da palavra «ciência» como saber sistemático, mais ou menos aprofundado -e o aprofundamento maior do saber é sempre o indispensável conhecimento filosófico-, relativo a objetos correlacionados.

Tal afirmativa não seria propriamente sócio-jurídica e, sim, sociologista.

O sociologismo jurídico é uma exageração da perspectiva sociológico-jurídica, o qual, basicamente, nega valia científica à Dogmática Jurídica. Contrapõe-se frontalmente ao exagero do logicismo jurídico, que, por sua parte, só vê como «ciência do direito» a Dogmática Jurídica e, assim, não considera a Sociologia do Direito um saber «jurídico».

Contudo, se entendermos «ciência» em sentido amplo -como conjunto sistemático de princípios pertinentes a objetos correlacionados- tanto o saber sociológico com relação ao direito como o saber sobretudo formal dele são «ciências»: uma sociológica e a outra principalmente lógica, embora nem sempre lógico-formal.

Desse modo, a Sociologia do Direito seria ciência do direito, ciência empírica do *conteúdo* social dele, i. e., saber substantivo, apto a basear-se na observação controlada dos fatos; ao passo que a Dogmática Jurídica seria também ciência do direito, mas ciência formal dele, i. e., saber sobretudo endereçado ao tratamento lógico da forma normativa do jurídico.

Na verdade, por mais que mereçam ênfase estudos sociológicos e filosóficos sobre o direito, não há como pensar em opor, de modo reciprocamente exclusivo, Sociologia do Direito, Dogmática Jurídica e Filosofia do Direito, que, antes, não possuem fronteiras rígidas e se complementam de maneira mútua.

Nem poderia ser de outro modo, pois o direito é um fenômeno social, que se reveste de variadas formas de imposição (lei, costume, jurisprudência, etc.), e cujo conhecimento é passível de aprofundamento maior filosófico.

Por conseguinte, permanece válido e atual o procedimento da

Dogmática Jurídica, tradicionalmente brilhante, e que, embora tenda a isolar aspectos puramente lógico-normativos do conjunto da vida social -como procedimento essencialmente lógico-normativo que é- nunca o consegue inteiramente, pois o jurídico, como bem se sabe, não é só lógica, mas ainda, e, realidade social.

Justamente porque não há barreiras intransponíveis entre as perspectivas sócio-jurídica e jurídico-dogmática, na própria dogmática jurídica, apesar de sua preocupação sobretudo formal, são encontráveis conteúdos científico-empíricos. E nem poderia a praxis do jurídico informar-se hoje em dia, num mundo científico-empírico e tecnológico, tão-só de saberes lógico-dogmáticos e filosóficos, por imprescindíveis que sejam esses saberes.

Deve-se notar que nem mesmo um autor como Ehrlich nega a existência de elementos científicos na ciência tradicional do direito. Escreve ele: «Não menos importantes para a Sociologia Jurídica são os resultados da jurisprudencia prática *(der praktischen Jurisprudenz).* Não existe nenhuma doutrina técnica *(Kunstlehre)* que não inicie uma ciência, o que também é válido no que concerne à jurisprudência (...) A contemplação viva *(die lebendige Anschauung)* de relações humanas de carácter jurídico, as generalizações dos resultados dessa contemplação e as correspondente normas de decisão, tudo isso forma o elemento científico na jurisprudência» (Ehrlich, 1929:384 e 385).

Em face a todo o exposto, o sociólogo do direito deveria evitar frases enfáticas como a de Jorion, para quem «a Sociologia Jurídica e a Ciência do Direito não constituem senão uma só e mesma disciplina» (Jorion, 1967: 222), pois pronunciamentos como esse podem dar a impressão de um imperialismo sócio-jurídico, tão criticável quanto o imperialismo formalista tradicional.

Qual porém o presente estado da ciência social do direito em relação ao modelo rigoroso de ciência social proposto neste escrito?

Como foi visto, num primeiro momento do procedimento científico se usa do método indutivo, isto é se vai da consideração do particular para o geral. Numa segunda etapa desse procedimento científico é que se utiliza o método dedutivo, ou seja, o processo que, inversamente, desce do geral na direção do particular. Porisso mesmo é que Fisher observou com agudeza que «a inferência indutiva é o único processo (...) pelo qual conhecimento essencialmente novo vem ao mundo» (Fisher, 1966:7-8).

Desse modo, o método das ciências empíricas é fundamentalmente o indutivo, desde que é a partir de dados particulares que as leis gerais podem ser construídas, cujo conjunto forma uma teoria científica. A explicação teórica consiste precisamente, como se viu, em ultra passar e apenas descritivo, o qual deve ser ligado a proposições mais gerais explicadoras (conseguidas através da indução e de que, justamente, seriam deduzidas as proposições menos gerais, estas explicáveis assim pelas primeiras).

Consequentemente, para que se tenha uma ciência social rigorosa, e, pois, uma ciência social rigorosa do direito, não é suficiente que se possuam definições e classificações, mas é necessario também, e essencial, que se chegue a obter um conjunto dedutivamente ligado de pro posições em forma de lei.

Ora, se isso é mais um ideal da ciência social que a realidade hodierna dessa ciência -e na verdade a Sociologia, o saber científico-social central, não é, de modo algum, saber satisfatoriamente desenvolvido (nesse sentido, Shils, 1965:1412; Rose, 1967:212; Rex, 1968:41; Timasheff, 1971:24 e 392; Gibbs, 1972:8 e segs.; Abell, 1972:189; Wallace, 1973:1-2; Luhmann, 1981:159)- mais ainda é isso ideal para a ciência social do direito. Com efeito, no que pertine especificamente à teoria científico-social do direito, forçoso é admitir que esta não apresenta ainda um conjunto rigoroso, dedutivamente concatenado, de proposições em forma de lei.

É bem verdade que um autor, representativo da abordagem positivista mais recente em Sociologia Jurídica, Donald Black, tenta racionalmente uma teoria geral do direito em forma de proposições em alto nível de abstração, a exemplo da de que «o direito varia diretamente com a estratificação», quer dizer quanto mais estratificada a sociedade, mais teria ela direito. Contudo, como a sua perspectiva, limitada para um sociólogo do direito, é a de que o direito é «simplesmente (...) controle social governamental» (e de que «julgamentos de valor não podem ser descobertos no mundo empírico»), aproxima-se ela de tautologia naquela proposição (Black, 1972:1096 e 1092; Black, 1976:2 e *passim).*

Quando afirmamos que a ciência social empírica do direito não articulou ainda um rigoroso conjunto teórico indutivo-dedutivo, tal evidentemente não quer dizer que essa ciência social empírica do direito já não possua proposições específicas. Assim, são resultados específicos da Sociologia do Direito, entre outros lembrados por Rüdiger Lautmann, os seguintes: «Uma nova lei é cumprida antes pelos destinatirios mais jovens que pelos mais velhos. Quanto mais a lei é conhecida, tanto mais se cumpre (...). *A percepção de normas de conduta* é derivada antes de costumes que de leis jurídicas (...) Pessoas pobres gozam da *proteção pe lo direito* menos que aquellas melhor situadas» (Lautmann, 1971:15-16).

Proposições como essas contudo, consideradas «confirmadas» por pesquisa empírica em Sociologia do Direito, e cuja quantidade é crescente, carecem ainda de *explicação,* a ser dada justamente pelas *proposições mais gerais,* obtidas, como foi dito, por indução, e das quais seriam dedutíveis (e, assim, *explicadas)* proposições menos gerais (como as exemplificadas acima). De outro modo, estas proposições menos gerais tendem a ficar por assim dizer «soltas», «esparsas», desvinculadas de um todo teórico axiomático-dedutivo, que representa um modelo rigoroso de ciência empírica.

ocorrem claras dessemelhanças no que tange ao ritmo de desenvolvimento entre regiõe locais de um mesmo país. Destarte mesmo os países considerados «desenvolvidos» apresentam em sua estratificação social áreas de acentuada pobreza.

Assim é que nos Estados Unidos foí possível realizar pesquisas que evidenciam «bias» do sistema penal contra os estratos sociais mais baixos, como a de Stevens Clarke e Gary Koch, a qual conclui que «... outros fatores sendo iguais, o réu de baixa renda tem maior chance que o réu de alta renda de sair da corte criminal com urna sentença de prisão ativa». (Clarke e Koch, 1976: 81. Para um sumário dessa pesquisa em português, vejam-se Souto e Falcão 1980:213-225).

Na verdade, mesmo nos países «desenvolvidos» há estratos sociais «subsdesenvolvidos» econômica e socialmente, nos quais há atrofia do crescimento econômivo e psíquico-social.

Em virtude de sua clareza, transcrevemos a seguir, devidamente adaptado, pronunciamento que tivemos a oportunidade de fazer, no então Seminário de Tropicologia da Universidade Federal de Pernambuco, sobreo problema da explícação teórica do subdesenvolvimento econômico e social (para exposição mais completa sobre a explicação em ciência social do direito, vejam-se sobretudo os capítulos «Processos Sociais e Direito» e «Mudança Social e Direito: os Conceitos e Proposições Fundamentais», em Souto e Souto, 1981: 122-139 e 169-181).

É decerto bastante incômodo que diante da realidade atual dos sistemas sociais nacionais -realidade essa subdesenvolvida éticamente e frequentemente conflituosa interna ou internacionalmente os estudos sobre desenvolvimento econômico e social sejam, muito amiúde, tão só descritivos.

Não é que não seja importante a etapa descritiva no procedimento científico. Ela sem dúvída o é. Mas é preciso ir além dela, procurando-sea explicação, pois, de outra maneira, não se terá ciência em um sentido mais rigoroso. De fato, como ficou visto, mesmo as hipóteses que são consideradas «confirmadas», por pesquisa empírica em ciências sociais, cuja quantidade é crescente, carecem, não obstante, aínda, de explicação. Em ciências sociais, todavía, não se vai geralmente da descrição à explicação. Como também foi visto, Homans (1961:1) vislumbra nisso um caos intelectual e Opp (1969:1080) ausência de teoria. Já Sorokin (1969:604) nota nisso urna montanha de dados empíricos de interesse apenas local e temporário, sem valor geral para o conhecimento. E, ainda que não se queira aceitar esses tons tão dramáticos, por certo qualquer crítico consciente experimenta, em ciencías sociais, inclusive econômicas, um certo desconforto em face ao descritivo não-explicativo: a disforia ante as coisas que não se chegam a completar, a insatisfação relativa a porquês que não se admitem, embora essenciais à compreensão do mundo do homem e para a prática racional nesse mundo do homem.

E, como às ciências sociais em geral não tem faltado propiamente tempo, apesar da inquietude de nossa época, somos tentados a imaginar

que as defíciências dessas ciências em explicarem -e não simplesmente descreverem- a realidade social de que se trate se deve, menos a razões de tempo, que a razões de formação e mentalidade.

Afínal, consome demasiado tempo aventar urna proposição geral explicativa -desde que se defina seu caráter exploratório, provisório, retifícável? Em diversas páginas descritivas, não poderia ser altamente oportuno um parágrafo, ou até um período, teórico-geral explicativo?

Razões de formação e mentalidade, dissemos. No caso particular dos economistas, embora muito preocupados com a teoria do econômico, estarão eles em geral muito despreocupados da teoria geral do social como teoria científico-empírica.

Em termos de lógica científica, isso parece inexplicável -e só seria explicável, de fato, se o econômico *não fosse* o fenômeno social que ninguém nega que seja. Isso só se explica, aparentemente, em termos de um pragmatismo equivocado ou de um cientificismo econômico etnocêntrico, que antes tendem a tornar os economistas presa fácil de ideologias ou de «filosofias» governamentaís sempre que tenham eles de definir os padrões *mais genéricos* do sistema econômivo.

Pode-se e deve-se tentar explicar fenômenos econômicos gerais como o do subdesenvolvimento em termos de proposições mais genéricas formuladas em nome da teoria geral do social. De outro modo a explicação virá tão-só por via ideológica, como tem vindo com muito alta freqüência e com resultados muito conflituosos -teórica e praticamente. Estamos entendendo aquí por explicação teórica, repita-se ainda urna vez, o ir além do meramente descritivo, que se deve ligar a *proposições mais gerais explicadoras* (obtidas por indução e de que, justamente, se deduziriam as proposições menos gerais, que assim se explicariam pelas primeiras).

Fala-se muito de razões históricas que são comuns ao subdesenvolvimento, ou de «uma herança histórica comum», ou «semelhante». Poís bem: cumpre então indagar, em termos genéricos, a partir da observação dos fatos sociais -históricos ou não-, sobre o porquê do subdesenvolvimento econômico. E assim se poderia chegar ao nível da explicação teórico-social geral desse fato econômico.

Não implica, em verdade, o subdesenvolvimento econômico, uma estratificação social acentuada, na dessemelhança aguda entre sistemas sociais desenvolvidos e subdesenvolvidos, em disparidades, não só internacionais, como internas? Mas esse é um problema de teoria da distância social, e, em última análise, um problema de teoria geral da dìstância social. Se as acentuadas disparidades internas e externas existem empiricamente a propósito do problema do desenvolvimento econômico e social, como explicá-las teoricamente? Por que ocorrem? Ai está o problema científico-empírico crucial, se quisermos algo mais que uma resposta ideológica fáci qualquier ou uma resposta de valor apenas local e temporário. E por mais líricas que possam parecer tentativas de explicação teórico-geral do subdesenvolvimento, já não há praticamente o que se

fundamentalmente, urna atividade jurídica, isto é, conduzida segundo a associação do sentimento humano de justiça com conhecimento acorde com a ciência empírica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELL, Peter (1971): Model Building in Sociology. London: Weidenfeld and Nicolson.

ABEL, Theodore (1972): Os Fundamentos da Teoria Sociológica (trad. de Christiano Monteiro Oiticica, revisão de Moacir G. Soares Palmeira). Rio de Janeiro: Zahar Editores.

ALBERT, Hans (1973): «Probleme der Wissenschaftslehre in der Sozialforschungn. *In* R. König (Hrsg.), Handbuch der empirischen Sozialforschung I. Stuttgart: Ferdinand Enke.

ATIENZA, Manuel (1982): «Marx y los Derechos Humanos». Cuadernos de la Facultad de Derecho, Universidad de Palma de Mallorca, 1.

BAILEY, Kenneth D. (1970): «Evaluating Axiomatic Theories». *In* Edgar F. Borgatta (ed.), Socioiogical Methodology 1970. San Francisco: Jossey-Bass.

BLACK, Donald (1972): «The Boundaries of Legal Sociology». The Yale Law Journal, Vol. 81 (May).

BLACK, Donald (1976): The Behavior of Law. New York: Academic Press.

BLALOCK, Jr., Hubert M. (1969): Theory Construction, from Verbal to Mathematical Formulations. Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice-Hall.

BLUMER, Herbert (1966): «The Idea of Social Development» *In* Studies in Comparative International Development, vol. II, number 1.

CARNAP, Rudolf (1971): Logical Foundations of Probability. The University of Chicago Press: Routledge & Kegan Paul.

CLARKE, Stevens H. e KOCH, Gary G. (1976): «The Influente of Income and Other Factors on whether Criminal Defendants go to Prison». Law and Society Review, II, 1.

COSTNER, Herbert L. and LEIK, Robert K. (1964): «Deductions from 'Axiomatic Theory'». American Sociological Review, 29 (december).

EHRLICH, Eugen (1929): Grundlegung der Soziologie des Rechts (Unveränderter Neudruck der ersten Auflage 1913). München and Leipzig: Verlag von Dunckler & Humblot.

FISHER, Sir Ronald A. (1966): The Design of Experiments. Edinburgh, London: Oliver and Boyd.

GIBBS, Jack P. (1972): Sociological Theory Construction. Hinsdale, Illinois: The Dryden Press Inc.

HACE, Jerald (1972): Techniques and Problems of Theory Constructions in Sociology. New York: John Willey & Sons.

HARTFIEL, Günter (1976): «Ideologie». *In* Wörterbuch der Soziologie. Stuttgart: Alfred Kröner Verlag.

HOFSTÄTTER, Peter R. (1981): «Einleitungr». *In* Psychologie, Neuausgabe, Verfasst und herausgegeben von Professor Dr. Peter R. Hofstätter. Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch Verlag.

HOMANS, George Caspar (1961): Social Behavior: 1ts Elementary Forms. New York: Harcourt, Brace & World.

HORVATH, Barna (1957): «Field Law and Law Field». Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht, Heft 1, Neue Folge.

JABINE, Thomas Boyd (1957): «O uso de amostragem probabilística nas ciências sociais». Boletim do Instituto Joaquim Nabuco de Pesquisas Sociais do MEC, n.º 6, Recife.

JORION, Edmond (1967): De la Sociologie Juridique. Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, Belgique.

KUNZ, Gerhard (1969): «Experiment». *In* Wilhelm Bernsdorf (Hrsg.), Wörterbuch der Soziologie. Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag.

LARSON, Calvin J. (1974): Major Themes in Sociological Theory. New York: David McKay.

LAUTMANN, Rüdiger (1971): Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz: Zur Kooperation der beiden Disziplinen. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz: Verlag W. Kohlhammer.

LUHMANN, Niklas (1970): Soziologische Aufklärung, Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme, Band I. Köln-Opladen: Westdeutscher Verlag.

LUHMANN, Niklas (1981): «Machtkreislauf und Recht in Demokratien». Zeitschrift für Rechtssoziologie, Heft 2/1981.

MARIS, Ronald (1970): «The Logical Adequacy of Homan's Social Theory». American Sociological Review, 35 (December).

MOVAHEDI, Siamak & OGLES, Richard H. (1973): «Axiomatic theory, informative value of propositions, and 'derivation rules of ordinary language'». American Sociological Review, 38 (August).

OPP, Karl-Dieter (1969): «Soziologische Theorie». *In* Wilhefor Bernsdorf (Hrsg.), Wörterbuch der Soziologie. Stuttgart: Ferdinand Enke. Verlag.

PAUPERIO, A. Machado (1977): Introdução Axiológica ao Direito. Rio de Janeiro: Forense.

PINTO FERREIRA, Luís (1939): Teoria do Espaço Social (Nova contribuição á sociologia científica de Pontes de Miranda). Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F.º, Editor.

PINTO FERREIRA, Luís (1941): Von Wiese und die zeitgenoessische Beziehungslehre. Rio de Janeiro: Verlagsgesellschaft des Instituts fuer Soziologie.

POPPER, Sir Karl (1968): The Logic of Scientific Discovery. New York and Evanston: Harper & Row.

REX, John (1968): Problemas Fundamentales de la Teoría Sociológica. Buenos Aires: Amorrortu Editores.

ROSE, Arnold M. (1967): «The Relation of Theory and Method». *In* Llewellyn Gross (ed.), Sociological Theory: Inquiries and Paradigms. New York, Evanston and London: Harper & Row.

SHILS, Edward (1965): «The Calling of Sociology». *In* Talcott Parsons, Edward Shils, Kaspar D. Naegele, Jesse R. Pitts (eds.), Theories of Society, Foundations of Modern Sociological Theory. New York: The Free Press.

SHILS, Edward (1972): «The Concept and Function of Ideology» *In* International Encyclopedia of the Social Sciences, David L. Sills, editor, Volume 7. The Macmillan Company & The Free Press, New York/Collier-Macmillan Publishers, London.

SOROKIN, Pitirim (1969): Novas Teorias Sociológicas (trad. Leonel Vallandro). Porto Alegre: Editora Globo Universidade de São Paulo.

SOLITO, Cláudio (1974): Teoria Sociológica Geral. Porto Alegre: Editora Globo.

SOUTO, Cláudio (1984): Allgemeinste wissenschaftliche Grundlagen des Sozialen. Wiesbaden: Franz Steiner Verlag.

SOUTO, Cláudio, e FALCÃO, Joaquim (1980): Sociologia e Direito, Leituras Básicas de Sociologia Jurídica. São Paulo: Livraria Pioneira Editora.

SOUTO, Cláudio, e SOUTO, Solange (1981): Sociologia do Direito. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora S.A. Editora da Universidade de São Paulo.

TIMASHEFF, Nicholas S. (1971): Teoria Sociológica (trad. de Antõnio Bulhões, revista por José Augusto de Castro). Rio de Janeiro: Zahar Editores.

TURNER, Jonathan H. (1974): The Structure of Sociological Theory. Homewood, Illinois: The Dorsey Press.

WALLACE, Walter L. (1973): Overiew of Contemporany Sociological Theory. *In* Walter L. Wallace (ed.), Sociological Theory, an Introduction. Chicago: Aldine Publishing Company.

WERKMEISTER, W. H. (1959): «Theory construction and the problem of objectivity». *In* Llewellyn Gross (ed.), Symposium on Sociological Theory. New York: Row, Peterson & Co.

WIESE, Leopold von (1966): System der Allgemeinen Soziologie als Lehre von der sozialen Prozessen und den sozialen Gebilden der Menschen (Beziehungslehre). Berlin: Duncker & Humblot.

ZETTERBERG, Hans L. (1965): On Theory and Verification in Sociology. Totowa, New Jersey: The Bedminster Press.

ZETFERBERG, Hans L. (1973): «Theorie, Forschung und Praxis in der Sozioiogie». In R. König (Hrsg.), Handbuch der empirischen Sozialforschung, B. 1. Stuttgart: Ferdinand Enke.

1

EN 1982, con ocasión de preparar en Chile la edición del *Anuario de Filosofía jurídica y Social,* Nº 1, correspondiente a 1983, y que estaría dedicado al tema «La filosofía del derecho en Chile», la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Sección Nacional de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR), distribuyó entre sus asociados un cuestionario bastante similar al que propone la revista *Cuadernos de Filosofía del Derecho,* aunque tal cuestionario se hizo también extensivo a la asignatura de Introducción al Derecho.

2

En dicha ocasión ensayé una respuesta acerca de los problemas que considero más propios de la Filosofía del Derecho, que son, también, aquéllos a los que he dedicado mis esfuerzos preferentes como investigador. Como pienso hoy a este respecto lo mismo que entonces, creo pertinente reproducir meramente, a grandes trazos, la respuesta que di en la oportunidad ya señalada.

3

Cualquiera que sea el éxito que pueda atribuirse a los filósofos del derecho en su intento de dar una respuesta satisfactoria a la pregunta por el ser del derecho -seguramente escaso, atendidas las graves discrepancias sobre el particular-, me parece que no queda más que continuar formulando y reformulando dicha pregunta, cuantas veces sea necesario, puesto que el tipo de reflexiones a que da entrada son, en verdad, propias de toda Filosofía del Derecho.

En nuestro tiempo, particularmente en nuestro tiempo, este tipo de preguntas suele provocar en determinados auditorios un mohín de descontento, y a veces hasta un gesto de despectiva impaciencia, como si se tratara de acometer con ellas un asunto enteramente imposible de resolver, puesto que -se dice- lo más que podría conseguirse a este respecto sería determinar, convencionalmente, qué vamos a entender por derecho, lo cual no es sino otra forma de dar una respuesta a la misma pregunta que se trata de objetar.

Si filosofar es, a fin de cuentas, preguntarse seriamente por las cosas, y, dentro de éstas, por las más definitivas, o bien, por lo más definitivo de las cosas, filosofar acerca del derecho tiene que pasar -¿cómo no?- por una indagación igualmente seria sobre el derecho, y, ante todo, sobre lo que el derecho sea realmente; y todo esto, como se dijo, aunque debamos comprobar, con desconsuelo, la grave diversidad de pareceres que este tipo de cuestiones provoca en quienes se ocupan permanentemente de ellas.

Por lo demás, siempre cabe pensar que la filosofía, antes que consistir en una determinada clase de respuestas, tiene que ver más bien con un cierto modo de preguntar, de donde se sigue que abandonar este tipo de preguntas, o bien dejar libradas sus respuestas a una pura convención, puede equivaler, ni más ni menos, que a hacer dejación de la propia filosofía -en nuestro caso, de la filosofía del derecho-, lo cual, desde luego, no entrañaría nada particularmente grave, si es que, al hacerlo, no estuviéramos renunciando a la posibilidad de instalarnos ante las cosas del modo más exacto e intenso posible (después del arte, tal vez), a fin de preguntarnos por ellas hasta el límite de lo posible.

De otra parte, el deseo de conocer puede constituir un cierto indicio -reconfortante, sin duda- de que, además, es posible conocer, aunque, en definitiva, el saber sobre las cosas no sea algo que se nos dé al modo súbito y completo de una revelación, sino a través de una especie de interminable constelación de esfuerzos, en la que cada hombre de ciencia y filósofo va dejando un rastro mínimo, aunque visible.

Con todo, este deseo de saber acerca del derecho, y concretamente de saber qué es el derecho, en cuanto exige una suerte de relativo aislamiento de este objeto de entre los muchos otros que comparecen también ante nosotros y reclaman igualmente nuestra atención, cuenta ya, por lo mismo, aun antes de ser satisfecho, con un pronóstico o conjetura acerca de este determinado objeto, puesto que para desplegar sobre el derecho cualquier esfuerzo cognoscitivo es menester, previamente, que el agente de este acto de conocimiento haya decidido, al menos en forma provisoria, qué es y qué no es derecho en el contorno de la experiencia o realidad que cae bajo su observación.

En otras palabras: al recortar el derecho entre otros fenómenos de la experiencia con el propósito de constituirlo en objeto de sus esfuerzos cognoscitivos, el agente del conocimiento jurídico no procede, por decirlo así, de una manera enteramente aséptica, puesto que la sola selección del objeto se efectúa ya bajo algunos presupuestos que condicionan esta misma elección.

Por lo tanto, puede decirse que al momento incluso de seleccionar el derecho como objeto de conocimiento -precisamente para llegar a conocerlo-, el agente de este conocimiento sabe ya algo de este objeto, en cuanto puede identificarlo como tal y aislarlo relativamente de otros objetos o fenómenos que se le muestran ante sí.

A esto se refiere Heidegger, por ejemplo, cuando se pregunta, en la obra *¿Qué es metafísica?:* «¿No debemos nosotros, para encontrar algo, saber ya que ello está ahí? ¡En efecto! Inmediata y regularmente, entonces, el hombre sólo puede buscar si ha aprehendido por anticipado el estar ahí presente de lo buscado». Y más gráficamente, Ortega, en sus *Apuntes sobre el pensamiento,* afirma sobre el particular que «buscar es una extraña operación: en ella vamos por algo, pero ese algo por el que vamos, en cierto modo, lo tenemos ya. El que busca una cuenta de vidrio roja entre otras de vario color, parte ya con la cuenta roja en su

mente; por tanto, anticipa que hay una cuenta roja y *por* eso la busca».

De otra parte, hay que advertir, y advertirse, que nunca es posible, tampoco, llevar a cabo un aislamiento total de un determinado objeto de conocimiento, porque los objetos comparecen a nuestra atención en un haz de relaciones con otros objetos. Por tanto, la exigencia metodológica de aislar un objeto con fines de conocimiento, posee únicamente el sentido de fijar un dato inicial y próximo a partir del cual pueda luego llevarse a efecto la tarea de conocer sobre bases más útiles y seguras, y no el de provocar una incomunicación del objeto escogido dentro del complejo espectro de relaciones en que aparece desenvolviéndose su existencia.

Pero, a la vez, hay que convenir en que estas relaciones, metodológicamente omitidas o pospuestas al momento de llevar a cabo la selección y relativo aislamiento de uno determinado de ellos, se revelan o muestran verdaderamente a propósito del objeto escogido sólo una vez que dicha selección y aislamiento han tenido lugar. Así, es la propia selección del objeto, que se lleva a efecto, como se dijo, desconociendo momentáneamente las múltiples y complejas relaciones que éste guarda con otros fenómenos, la que, de modo quizá paradojal, facilita luego la comprobación de estas mismas relaciones: la primitiva indigencia del objeto, producto del corte arbitrario que el investigador introduce en la realidad, se transforma, entonces, en el primer rastro que este mismo investigador encuentra para llevar a cabo posteriormente la verificación y análisis de las relaciones que, una vez descubiertas, devolverán al objeto toda su abundancia y atavío.

4

Pero, a fin de cuentas, ¿qué es el derecho?

Sobre el particular, y recordando lo que dice Kant en su *Lógica,* en el sentido de que «no todos los conceptos 'pueden' ser definidos, pero tampoco todos 'necesitan' serlo», de modo que «hay aproximaciones a las definiciones de ciertos conceptos y éstas son en parte 'exposiciones' y en parte 'descripciones'», pienso que una *exposición* del derecho, sustitutiva de una definición de éste, debe intentar dar cabida a todos los aspectos o elementos que muestra la realidad de ese determinado dato o fenómeno, a la vez empírico e histórico, que se denomina «derecho».

Ahora bien, el derecho -según creo-, sin perjuicio de algunos hechos y conductas, que conforman lo que podemos llamar el elemento fáctico del fenómeno jurídico, y de ciertos valores o valoraciones, que por su parte integran el elemento valorativo de este mismo fenómeno, se presenta, ante todo, como una específica normatividad reguladora de la conducta humana, lo cual quiere decir que lo que nuestra mirada devuelve cuando la hemos dirigido con fines de información o de conocimiento hacia ese determinado objeto que denominamos «dere-

cho», es, por lo mismo, un conjunto de normas, o sea, de prescripciones obligatorias de conducta.

Así, el derecho es, ante todo, una realidad normativa, aunque esta afirmación no desconoce que en todo ordenamiento jurídico concurren también, en articulación con las normas, y, aun, a veces, redactadas bajo modalidades de expresión propias de éstas, ciertas disposiciones no estrictamente normativas, como son, por ejemplo, las que otorgan competencia para producir normas o las que definen determinados conceptos. Sin embargo, pienso que este tipo de disposiciones no estrictamente normativas, presentes, como se dijo, en todo ordenamiento jurídico, no obstan a una consideración global del derecho como conjunto de normas, establecido, por lo demás, que tales disposiciones sólo poseen un sentido propiamente jurídico por referencia a las normas del respectivo ordenamiento jurídico en que ellas se insertan, careciendo por ello de verdadera autonomía.

Sostengo, por tanto, que, distíngase, como Kelsen, entre normas independientes y normas no independientes, o, como Hart, entre reglas primarias y reglas secundarias, lo cierto es que difícilmente el derecho puede no ser visto, globalmente considerado, como un conjunto de normas, o, cuando menos, como algo que tiene que ver, preferentemente, con normas[1].

5

Seguidamente, y en estrecha conexión con lo anterior, me parece que el tema del saber jurídico, o sea, lo relativo al conocimiento del derecho, es otro de los temas propios e ineludibles de la filosofía jurídica. Esto significa que establecido qué sea el derecho, aunque a la identificación y aislamiento de este objeto se conceda sólo una caracterización relativa e incluso provisoria, se hace luego necesaria la pregunta acerca de sí y cómo es posible el conocimiento del derecho.

En esta parte, la filosofía jurídica, sin perjuicio de inquirir por la posibilidad, modalidades y límites del conocimiento jurídico, esto es, además de constituirse en una teoría del saber acerca del derecho, deberá dar cuenta de cómo se disponen frente al derecho las distintas formas del conocimiento jurídico, intentando demarcar, hasta donde resulte posible, el cometido específico de cada una de las correspondientes disciplinas, con buen cuidado, en todo caso, de proveer a la presentación de un elenco de saberes que, si bien autónomos dentro de ciertos límites, reconocen deslindes algo difusos, campos parcialmente

---

[1] Para un mayor desarrollo de estas ideas, véase, del autor, *Derecho, desobediencia y justicia,* Edeval, Valparaíso, 1977; *El positivismo jurídico y el problema de los valores en el derecho,* en *Filosofía del Derecho,* varios autores, Edeval, Valparaíso, 1979; y *Una exposición del derecho,* en Revista de Ciencias Sociales Nº 22, Edeval, Valparaíso, 1983.

compartidos e investigaciones que demandan contribuciones interdisciplinarias, todo lo cual manifiesta una vasta y compleja malla de comunicaciones que el investigador no debe descuidar al momento de dar cuenta de esos mismos saberes, cuyos modos de articularse entre sí resultan a veces decisivos de ser tenidos en cuenta para la debida comprensión de la especificidad de cada uno de ellos por separado.

Cabe agregar que, en esto, o sea, en cuanto teoría del saber jurídico, la Filosofía del Derecho tiene que constituirse también en una reflexión acerca de sí misma -lo que estamos haciendo precisamente en este instante-, puesto que la filosofía jurídica, como la filosofía general, ignora en parte, o no sabe bien del todo, cuáles son sus problemas y cuáles los métodos más apropiados para acceder a ellos, a propósito de lo cual cobra sentido la expresión de Ortega en orden a que «filosofar es embarcarse para lo desconocido».

6

Por último, parece también propio de la Filosofía del Derecho el tema de los valores jurídicos, tanto en la dimensión teórica del pro blema, cuanto en la de carácter práctico que proporciona algunas referencias o criterios estimativos para la crítica, sustitución o modificación del derecho, aspecto este último en el que la Filosofía del Derecho colabora a los fines de política jurídica que cabe también asignar, si es que no se la reduce a una mera exégesis de textos, a la ciencia jurídica en sentido estricto.

Ante su propia obra o producción --el derecho positivo-, los hombres son capaces de formular y mantener apreciaciones estimativas, que se traducen en juicios de valor que verifican si la actividad de quienes aparecen investidos de la facultad de crear normas jurídicas y si el contenido prescriptivo de éstas, son o no son como deben ser, de acuerdo con un determinado ideal de justicia.

Si llamamos a esos juicios de valor «juicios de justicia», tenemos que convenir, primero, en que, pudiendo resultar difícil o imposible a la razón humana la identificación de un criterio de justicia que pueda ser presentado como el único, el mejor o el verdadero, no queda más que optar, en el campo de la organización política, por la democracia, puesto que al otorgar ésta igual estima a las ideas y valoraciones de cada individuo -como ha puesto notablemente de manifiesto Kelsen en *su* ensayo *Esencia y valor de la democracia-,* establece la base objetiva y necesaria para favorecer y garantizar debidamente la libre concurrencia de las opiniones y el consiguiente debate que, por su parte, preludia o anticipa la búsqueda y adopción razonada del punto de vista que resulte más aconsejable.

Por lo tanto, el relativismo en cuanto al conocimiento de valores absolutos, conduce naturalmente a la tolerancia, y ésta, por su parte, a la democracia, lo cual quiere decir que todas las opiniones y doctrinas

perder com isso, em face à falência internacional de urna ideologia desenvolvimentista pragmática, após 30 anos de vivencia.

Suponha-se que se postule, como o fazemos, por indução, a partir da realidade social empírica, histórica ou não «Quanto maior a semelhança, entre pólos sócio-interativos, tal como aferida por eles essa semelhança menor a distância social entre esses pólos sócio-interativos». Tal postulado, pelo seu alto nível de generalidade, poderia ser explicativo, se adequado, de inúmeros processos sociais.

Suponham-se, ainda, dois teoremas, que são dedutíveis do postulado: «Se preponderar a idéia de semelhança sobre a de dessemelhança entre pólos sócio-interagentes, o respectivo sistema de interação social está em equilíbrio ('contrabalançado', 'compensado')»; e «Quanto mais a socialização se faça no sentido da semelhança entre pólos de interação social, tanto maior equilíbrio terá o sistema de interatos sociais correspondiente».

Assim, a socialização que afirme as semelhanças fundamentais de todos os homens -por exemplo, em ideologia cristã, sobretudo a primitiva, em ideologias político-econômicas liberais-igualitárias-favorece o equilíbrio dos sistemas sociais. Ocorre o contrário, por exemplo, com a socialização em ideologias que enfatizem processos de afastamento no espaço social (espaço da interação social), como os de estratifição (hierarquização) social. Qualquer processo de afastamento no espaço social, se pode em determinadas circunstâncias prevenir afastamento maior, é de si mesmo dissociativo, desequilibrante. Destarte, na medida em que diminuam as possibilidades de afastamento maior, pela diminuição dos processos de afastamento social, aumentam as possibilidades destes serem apenas dissociativos.

Aíesti, pois, em rude esboço meramente exemplificativo, plenamente provisório e retificável, algo que pode fornecer alguma idéia do poder explicativo da teoria geral do social em relaçao ao subdesenvolvimento econômico e social. Ou seja, a herança histórica comum dos sistemas sociais subdesenvolvidos, se reduziria, de modo básico, a um processo colonial de socializaçao enfaticamente não-afirmativa das semelhanças fundamentais de todos os homens. Essa socializaçao seria, portanto, um dos fatores básicos do subdesenvolvimento, que envolve um processo de agudo afastamento no espaço social por motivo de acentuadas disparidades externas e internas.

Basta pensar na política colonial mais freqüente de exploração econômica fundada na ideologia da inferioridade «natural» da colônia em face à metrópole. Não é preciso, por outro lado, insistir em que, ainda atualmente, prossegue, embora de modo menos enfático, a socialização em ideologias da dessemelhança, tendo como efeito altamente provável o reforço da persistência do subdesenvolvimento econômico e social.

Cumpre, pois, que se prossiga da descrição para a explicação teórico-geral. Por mais difícil e incerto seja esse passo, sem a tentativa dele, não se desenvolverão realmente as ciências sociais, inclusive as econômicas. E ciências sociais não-desenvolvidas dificilmente teráo algo de mais sério a dizer *à praxis* da organização social para o desenvolvimento, que deve ser,

políticas, impedidas de presentarse como verdades absolutas, tienen necesariamente que coexistir y manifestarse dentro de un cuadro de idénticas posibilidades, con la voluntad consiguiente -como apunta Radbruch- de «otorgar el poder a toda convicción que haya podido ganar para sí la mayoría», aunque esta última deba proceder, por aplicación del mismo principio democrático, con respecto y protección de la o las opiniones de minoría.

Hay que convenir, también, en que los llamados «juicios de justicia» no sólo son posibles, sino necesarios, y que, además, son racionales, si no en cuanto a la posibilidad de que se les compruebe como verdaderos, al menos en el sentido de que es plausible que los hombres se ocupen de su formulación.

Lo anterior significa que la sola pregunta por la justicia no puede ser considerada, en sí misma, irracional, aunque sí pueda calificarse de este modo el esfuerzo consiguiente -lo cual es ya otra cosa- por demostrar que una determinada respuesta a esa pregunta constituye la única, la mejor o la verdadera.

La pregunta por la justicia tiene, pues, en sí misma, un fundamento suficiente, derivado de la necesidad de enjuiciamiento crítico y de valoración que el hombre admite frente a todo derecho, necesidad ésta que, por lo demás, no es de menor entidad que el menester de conocimiento que frente al mismo derecho el hombre reconoce también como tarea ineludible. La racionalidad de esta pregunta, en el sentido de ser ella plausible y de poseer un determinado fundamento o explicación, no puede verse afectada por la circunstancia de que tal vez no resulte luego posible, entre las diversas contestaciones a que conduce la correspondiente investigación, la preferencia racional de una de estas respuestas sobre las restantes.

Por lo mismo, inmersos, como estamos, en una multiplicidad y diversidad de ideales de justicia que no es posible compatibilizar entre sí y que, aun, se contradicen a menudo abiertamente unos a otros, con el entorpecimiento adicional de que podamos estimarnos desprovistos de los medios necesarios para llevar a cabo una elección confiable al interior de ese ámbito tan vasto como heterogéneo, lo cierto es, en todo caso, que siempre tendrá algún sentido la mantención de la pregunta por la justicia, al menos ese mínimo sentido que cabe continuar atribuyendo a toda tarea, aunque infructuosa, a la que, no obstante, sentimos concernir de alguna manera a esa zona de las inclinaciones y nostalgias más profundas e irrenunciables del espíritu humano.

Puede decirse, por último, que, en esto, ocurre algo parecido a lo que, según vimos, acontece con el tema del concepto de derecho. El mayor o menor éxito de la empresa -para decir satisfactoriamente qué es el derecho o para acotar en forma convincente uno o más criterios de justicia- no debe conducirnos al abandono de la empresa, sino, lejos de eso -sobre todo en el caso de considerar escaso tal éxito-, a una continua y obstinada reanudación de esta misma empresa. Nuevamente

aquí, habiendo empezado a preguntar, no tenemos más que seguir preguntando, especialmente si las respuestas no nos parecen satisfactorias; y todo esto aunque se diga que sólo los niños se empecinan en preguntar por cosas que no tienen respuesta. Porque, después de todo, ¿no ocurrirá que hasta el instante dramático y fugaz del último suspiro de humanidad sobre la tierra, nuestra máxima fatalidad consista, precisamente, en preguntar por algo que no tiene contestación, o cuya respuesta la tendremos en un momento en que ésta ya no interese mayormente?

NEl corsi di filosofia del diritto che ho cominciato a svolgere nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Milano verso la fine degli anni Quaranta, ho generalmente messo in evidenza i legami che uniscono questa materia alla filosofia della cultura e ho inteso la esperienza giuridica come esperienza culturale. Con ciò ho sostanzialmente sviluppato quanto già avevo sostenuto nel saggio *Diritto e cultura* pubblicato nel 1947 anno in cui feci ritorno in Italia dall'Argentina paese in cui, nel 1938, mi era trasferito per sfuggire alle persecuzioni del sismo fascista. Nei corsi di Socilogia che cominciai a svolgere in detta Facoltà verso la fine degli anni Cinquanta e in quelli di Sociologia del díritto che iniziai verso la fine degli anni Sessanta, ho sempre ritenuto opportuno di mettere in evidenza l'importanza delle ricerche empiriche che avevano dato il primo impulso alla rinascita degli studi sociologici nel mio paese, rinascita che avevo contribuito a promuovere anche sul piano dell'organizzazione culturale. E in tutti questi corsi di materie tanto diverse debbo dire che ho sempre consigliato agli studenti di giurisprudenza la lettura della teoria pura del diritto di Kelsen preferendola alle teori di altri giuristi ai quali, ero forse, per certi ripetti, assai più vicino.

Credo d'aver spiegato implicitamente le ragioni per cui ho sempre dato quel consiglio, che può sembrare a tutta prima strano se non contradditorio, in un articolo intitolato *Sociologia del diritto e sociologia dell'idea di giustizia nel pensiero di Hans Kelsen* nel n. 3-1981 di «Sociologia del diritto». E di questo articolo desidero ricordare alcuni punti essenziali, non soltanto perchè in essi si può trovare una spiegazione di quella apparente stranezza o contraddizione, ma anche perchè da esso si può trarre lo spunto per abbozzare una risposta ad alcune delle domande molto impegnative formulate nell'inchiesta promossa dall'editori per il primo numero dei *Cuadernos de filosofia del derecho.*

Nell'articolo indicato, rilevo che Kelsen non è stato sostanzialmente contrario alle tendenze che mettono in evidenza i legami della filosofia del diritto con la filosofia della cultura e considerano l'esperienza giuridica come esperienza culturale e osservo che egli ha dato anzi a queste tendenze dei contributi di notevole rilievo. Si tratta di contributi che consistono essenzialmente nel fatto d'aver messo in evidenza le origini sociologiche delle dottrine dei giusnaturalisti e le tendenze giusnaturalistiche delle dottrine dei sociologi (marxisti compresi), e d'aver presentato quindi l'esperienza giuridica come un'esperienza culturale in cui, come direbbe Mannheim, si osserva l'alternarsi di ideologie che si trasformano in utopie e di utopie che si trasformano in ideologie. Ricordo a questo proposito, le indagini in cui Kelsen ha spiegato come dall'interpretazione animistica della natura retta dal principio di retribuzione è nata l'idea della natura come società ideale e da questa idea è derivata quella di un diritto naturale como assolutamente giusto. Ricardo anche i punti in cui questo autore segnala l'importanza che, per la politica del

diritto, può avere una sociologia dell'idea di giustizia che svolga indagini sulle idee che determinano effettivamente, o dovrebbero determinare, la formazione delle norme che chiamiamo giuridiche. Ricordo infine i numerosi passi in cui Kelsen, analogamente a Weber, mette in evidenza la funzione, a volte, conservatrice e, a volte, rivoluzionaria che la dottrina del diritto naturale ha avuto nella vita e nella storia del diritto positivo.

Così come Kelsen non è stato contrario alla concezione dell'esperienza giuridica como esperienza culturale, egli non è stato neppure contrario alla concezione della sociologia del diritto intesa come disciplina impegnata nella ricerca empirica, ma, analogamente a Weber, ha cercato di distinguere questa sociologia dalla scienza del diritto. La scienza del diritto, che è per lui la dottrina pura del diritto, si occupa, egli dice, del dover essere, cioè delle norme giuridiche idealmente valide e si chiede «quale significato normativo deve essere attribuito ad una proposizione che pretenda rappresentare una norma giuridica». La sociologia del diritto si occupa invece dell'essere cioè dei comportamenti riferiti alle norme e indagna ciò che accade effettivamente in una società. «Essa si chiede, per esempio, per quale determinata causa un legislatore abbia emanato prorpio queste e non altre norme e quali effetti abbiano avuto le sue disposizioni. Essa si chiede in qual modo certi fatti economici, certe idee religiose influiscano rispettivamente sull'attività dei tribunali, per quali motivi gli uomini conformino o no i loro comportamenti all'ordinamento giuridico.

Kelsen ha criticato aspramente la dottrina del diritto naturale, la sociologia del diritto e la sociologia marxista perche, cosi come sono state generalmente intese, compiono un arbitrario passaggio dall'essere al dover essere e sollevano di conseguenza delle inammissibili pretese di assolutezza, di possesso della verità. E anche in questo, sono sostanzialmente d'accordo con lui pur rendendomi conto che nel campo delle scienze sociali i giudizi di valore sono ineliminabili e una netta separazione tra essere e dover essere, tra conoscenza e azione, tra scienza e politica, non può mai integralmente realizzarsi. Ma si tratta di una distinzione a cui non si può rinunciare anche se non può esser compiuta fino in fondo per le difficoltà che presenta e per i limiti in cui deve essere necessariamente contenuta. Sono infatti evidenti i pericoli che deriverebbero da una tale rinuncia. Chi ha avuto esperienza di regimi totalitari sa cosa possa significare l'identificazione della scienza con la politica e della conoscenza con l'azione e non può non apprezzare gli sforzi fatti da Kelsen per opporsi nei limiti del possibile a questa identificazione e per affermare di conseguenza le esigenze del relativismo contro l'assolutismo.

Non vorrei che, da quanto fin qui ho detto, si potesse dedurre che io sia un kelseniano ortodosso e che in quel poco che ho scritto e insegnato io mi sia ispirato soltanto a Kelsen. Kelsen ha costruito una teoria del diritto la cui conoscenza, a mio giudizio, è fondamentale per chiun-

que voglia intraprendere gli studi in questa disciplina e ha apportato dei contributi interessanti anche ad altri campi del sapere di cui mi sono occupato: quello della filosofia del diritto intesa come filosofia della cultura e come sociologia della giustizia e quello della natura e dei metodi della sociologia empirica del diritto. Ma in questi campi ho lavorato seguendo anche altri e ben diversi indirizzi.

Mi sono formato a Torino alla scuola di Gioele Solari e da quella scuola ho tratto l'interesse per la storia del pensiero politico e per lo studio dei problemi di teoria e metodologia delle scienze giuridiche, studi che ho iniziato intorno agli anni 1933-1934, negli stessi anni in cui li iniziò anche Norberto Bobbio. Debbo dire che, da quegli anni lontani, gli scritti di Bobbio e gli amichevoli rapporti avuti con lui e non mai interrotti malgrado le molte traversie, hanno costituito per me sempre un utile punto di riferimento anche se non posso dire altrettanto delle più recenti e raffinate indagini analitiche di alcuni suoi discepoli che si elevano talvolta in una atmosfera troppo rarefatta per le mie capacita respiratorie.

Sono giunto all'idea di far rientrare la filosofia del diritto nella filosofia della cultura e di intendere l'esperienza giuridica come esperienza culturale, in un primo tempo, riflettendo sugli scritti di autori antikelseniani come Leibholz e Heller, in un tempo successivo, leggendo gli scritti di studiosi dell'esperienza giuridica da Schuppe a Gurvitch e per certi rispetti, a Capograssi (malgrado la mia insensibilità per i problemi religiosi e metafisici), infine, occupandomi di filosofi della cultura come Dilthey, Simmel e vari altri rivissuti anche attraverso le brillanti interpretazioni di Ortega y Gasset e di alcuni suoi discepoli che ho conosciuto e apprezzato negli anni della mia permanenza in Argentina.

Mi sono occupato di sociologia e successivamente di sociologia del diritto, spinto dalle circostanze: in un primo tempo, dal fatto di essermi trasferito in Argentina e d'aver trovato nell'insegnamento di quelle materie l'unica immediata possibilità di lavoro; dopo parecchi anni, dalla tumultuosa rinascita degli studi e delle ricerche sociologiche in Italia nella quale mi sono trovato coinvolto e a cui ho partecipato attivamente per molteplici ragioni, non ultima quella della mia passata esperienza di sociologo in Argentina.

Nel lavoro, non solo scientifico, ma anche organizzativo, che ho svolto negli anni di quella tumultuosa rinascita della sociologia in Italia, mi sono convinto dell'esigenza di sviluppare le ricerche empiriche e di concentrare l'attenzione sui problemi e sui metodi adesse relative. E per rendermi conto della natura e dei limiti di queste ricerche così come dei loro rapporti con la scienza del diritto ho trovato quanto mai opportuno far riferimento alla dottrina di Kelsen che, così come quella di Weber distingue nettaménte questa scienza dalla sociologia empirica del diritto collocandosi così su posizioni fondamentalmente diverse da quelle occupate da Ehrlich e Kantorowicz, i fondatori della sociologia del diritto

che considerano questa disciplina come la vera e propia scienza del diritto.

In un libro intitolato *Introduzione alla sociologia del diritto* che ebbe una prima edizione nel 1978 (egregiamente tradotta in spagnolo da Atienza) e una seconda edizione riveduta e ampliata nel 1980 ho distinto nettamente la sociologia del diritto empirica dalla sociologia del diritto teorica, storica e filosofica. Ulteriori studi sull'argomento e più approfondite riflessioni sul dibattito svoltosi in questi ultimi decenni sulla natura e sui compiti delle ricerche empiriche nel campo delle scienze sociali, mi hanno convinto dell'esigenza di stringere più stretti legami tra i due su indicati aspetti della medesima disciplina. Cosí, nella voce *Sociologia del diritto* che ho scritto per la «Enciclopedia del diritto» dell'Editore Giuffrè (voce in corso di stampa) ho insistito su questa esigenza in misura maggiore e in modo più esplicito di quanto non avessi fatto nei miei lavori precedenti.

1

SUR l'itinéraire. Ma formation est celle d'un juriste de droit positif, mais avec une dimension théorique. J'ai été l'élève de Charles Eisenmann, qui était comme vous le savez le traducteur et le principal disciple de Hans Kelsen en France. Ma thèse a porté non sur la philosophie du droit, mais sur le droit constituionnel. Charles Eisenmann avait écrit plusieurs articles sur Montesquieu et la séparation des pouvoirs et il m'a demandé d'étudier ce principe dans les constitutions françaises. Je l'ai donc envisagé comme critère de classification des constitutions. Après le thèse, lorsque j'ai enseigné le droit constitutionnel, je me suis trouvé confronté à la question du contrôle de constitutionnalité et de là au problème de l'interprétation constitionnelle. Le glissement vers la théorie générale du droit a donc été progressif et si j'ose dire «naturel», puisqu'il m'a fallu aborder la théorie générale de l'interprétation.

A ce point, comme j'avais adopté une théorie volontariste de l'interprétation, j'ai fait retour à l'oeuvre de Kelsen pour rechercher de quelle manière cette théorie pouvait être conciliée avec sa conception de la structure de l'ordre juridique. D'où une recherche générale sur Kelsen et le positivisme juridique et de plus en plus une tentative de réflexion sur les grandes questions de l'épistémologie juridique.

Je ne sais comment répondre à la dernière question de cette rubrique sans manquer à la modestie. Si je devais choisir un article, que je pourrais considérer comme une contribution à un des thèmes de la philosophie du droit, je citerais plutôt celui intitulé: «Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique», paru dans la *Revue internationale de Philosophie* (1981, fasc. 4). Je crois y avoir montré qu'il existe une contradiction entre la théorie kelsenienne de l'ordre juridique et sa propre théorie de l'interprétation et que si l'on considere la norme juridique non comme un énoncé, mais comme la significaiton d'un énoncé, alors la norme est déterminée non par l'autorité, sujet de l'énonciation, mais par l'autorité d'interprétation, de sorte que le fondement de validité des normes ne saurait être recherché dans une norme supérieure, mais dans le processus même de l'application.

2

Il me semble que les problèmes de l'interprétation sont loin d'avoir été épuisés et qu'ils continueront d'être traités, de même que les problèmes connexes de la structure du raisonnement juridique et du langage. Pour ma part, je continuerai de travailler sur deux séries de problèmes, que, centre les apparences, je considere comme étroitement liés: les questions d'épistémologie et en particulier la possibilité d'une analyse sociologie juridique et celle d'une analyse causale en droit et d'autre part le concept matériel d'État. La place me manque pour indi-

quer la relation qui me parait devoir être établie entre ces problèmes et il me faut me borner à souligner que si l'on admet la thèse kelsénienne de l'identité de l'État et du droit et si l'on accepte l'idée que l'objet d'une science ne puet être défini que conventionnellement à partir des possibilités méthodologiques de cette science, alors il en résulte que l'État ne peut être défini que comme objet d'une science du droit et que par conséquent le pouvoir étatique en raison de sa forme contribue à déterminer l'apparition de certains concepts matériels. Il s'agit en d'autres termes d'envisager les conditions de production du langage et du métalangage juridique.

Je crains que tout cela ne soit pas aussi clair que je l'aurais sohaité, mais j'ai bon espoir de patvenir à le développer un jour prochain.

DE alguna manera, el cuestionario pone a uno frente a la tarea de trazar una suerte de biografía propia, tarea esta que siempre parece prematura. Uno no puede saber, en rigor, cuál haya sido o pueda llegar a ser la trayectoria que cumpla como investigador en filosofía del derecho. Esa trayectoria es tan azarosa y tan contingente: los problemas aparecen, como los cometas, en un firmamento en que discurren muchas voces. Además la visibilidad del problema está ligada a intereses, preocupaciones, distracciones y hasta caprichos del supuesto investigador. Puedo relatar -espero- algunas de esas peripecias.

Tuve la suerte, quizás, de contar en la escuela secundaria con dos profesores que lograban concitar inquietudes entre sus alumnos. Por ejemplo, nos hacían leer textos distintos de los corrientes en los cursos de literatura o historia: Kant, Nietzsche. Uno no sabía entonces que esas inquietudes derivaban de problemas filosóficos tradicionales y antiguos. Siguiendo obligaciones de los programas, nos endilgaban cursos de lógica (la vetusta y errónea lógica de A. Pfänder, nada menos), pero advirtiéndonos, con acierto, sobre la dudosa información y sobre los más dudosos fundamentos de ese precario autor.

También tuve la suerte, quizás (un «quizás» más enérgico), de conocer, desde mis primeros pasos en los estudios de derecho, a dos maestros importantes: Carlos Cossio y Ambrosio Gioja. Frente a la lenta y rutinaria digestión de textos legales que nos prodigaban en las cátedras de derecho positivo, la enseñanza de esos dos maestros era de un interés y novedad refrescantes. No se trataba de memorizar (pues en ello radicaba la pretensión pedagógica de los entonces maestros en derecho), sino de cuestionar el sentido mismo de lo que se nos proponía o imponía hacer. Nuevamente esa problematización de lo que era presentado como algo ya digerido y sin cuestionamiento, era llevada a cabo de la mano de pensadores que, quisiéramos o no, nos enlazaban con una tradición intelectual que, en Occidente, se denomina «filosofía». Si Kant se había preguntado por las condiciones de posibilidad del conocimiento de los objetos matemáticos o físicos, y, por lo tanto, por las condiciones de posibilidad de los objetos matemáticos y físicos mismos, ¿cómo no preguntarse similarmente por la posibilidad del conocimiento jurídico y de su tema? Y si con Husserl -un pensador de moda entonces admitíamos que todo conocimiento, precientífico o científico, presupone cierta información esencial y ciertas idealidades seguras, ¿cómo no pretender que en el campo del conocimiento jurídico -ese tembladeral- no hubiera que preguntarse también por la disciplina eidética que garantizara su objetividad y certeza? Y si de conocimiento y de ciencia se hablaba, de una ciencia jurídica, ¿qué estructuras lógicas responderían a las peculiaridades de un dominio objetivo que, por entonces, se pensaba idiosincrático?

Ese mundo cristalino de esencias, regiones eidéticas, categorías y condiciones de posibilidad, se nos vino abajo, a principios de los 50,

con el simple y modesto ensayo de von Wright sobre la lógica deóntica. Carnap, Reichenbach, Tarski, Wittgesstein comenzaron a resonar en la Facultad de Derecho, donde hasta ese entonces sólo oíamos hablar de Kant, de Husserl y de Heidegger (el tenebroso Heidegger, dicho sea de paso, de la tenebrosa traducción de Gaos de «Ser y Tiempo»). Por cierto que Cossio y Gioja, partiendo de su formación fenomenológica, nos habían disuadido de tomar demasiado en serio las construcciones y la terminología del tomismo, y ello tanto más, cuando el iusnaturalismo tomista significaba en la Argentina, entonces y ahora, como en España por esos años, la versión oficial de una ideología reaccionaria y oscurantista en el plano político.

Estas dos líneas, la de la tradición idealista centroeuropea, y la de inspiración analítica, confluyeron, creo que fecundamente en los miembros de mi generación, en un pensamiento que entonces y ahora sigo considerando como central en la problemática de la teoría del derecho: el lúcido, el ácido pensamiento de Hans Kelsen. Tanto Cossio como Gioja consideraban, con razón, que el pensamiento de Kelsen se encontraba en el centro mismo de toda preocupación filosófica con el derecho. Los miembros de mi generación han intentado desde entonces hacer congruente las doctrinas kelsenianas con los desarrollos posteriores de la teoría de la ciencia, de la filosofía (o filosofías) del lenguaje, y de las lógicas. Creíamos que estas últimas proveerían de un instrumental óptimo y nunca antes disponible para un análisis y reconstrucción más rigurosos del discurso jurídico. Pienso que, como puede verse en los capítulos del libro de Atienza sobre iusfilosofía argentina, estas tendencias analíticas han alcanzado algunos logros interesantes que no han perdido aún su vigencia.

A todo esto, la filosofía del derecho exhibía, en la década del 50 y del 60, novedades que dejaban a los manuales en uso -el muy triste de Del Vecchio, o los muy confusos de Legaz o Recaséns- ciertamente atrás. Primeramente, el estimulante impacto de las obras de Alf Ross y de otros escandinavos, junto a las voces menores de los realistas norteamericanos. Luego, los nuevos horizontes de los teóricos ingleses: Hart, en primer lugar. Y, cierto, el afán obsesivo de von Wright en lograr mayor precisión y rigor. También, los avatares políticos de la década del 60 en la Argentina, y, luego, los cataclismos de la década del 70, nos hicieron prestar atención, a casi todos los compañeros de generación, a la actividad política efectiva y a la función social de ese conocimiento jurídico en cuyo desmenuzamiento y análisis nos entreteníamos: la cuestión de las ideologías y de la función social del conocimiento científico se convirtieron en temas cotidianos de discusión. Marx y el neo-marxismo italiano y francés entraron a ser interlocutores siempre presentes en aquellas inquietudes; luego, ante la infecundidad teórica de tales influencias, casi todos volvimos a un cuestionamiento más crítico, pero positivo, del pensamiento kelseniano.

Muchos temas comenzaron a aflorar; las múltiples teorías de la

acción (y la relación del discurso jurídico con el moral, y el conocimiento jurídico con el conocimiento sociológico); teorías de juegos y de decisiones (con la problemática del análisis de los procesos decisorios y de sus criterios de racionalidad); la interpretación y el manipuleo o elaboración mecánicos de la información normativa mediante computadoras; la investigación de algoritmos que permitieran no sólo tratar dicha información, sino especificar el campo de las consecuencias lógicas de un conjunto de premisas normativas y fácticas. También el análisis de las ideologías conservadoras que, en la década del 70, prosperaron con autores como Rawls y Nozick; la descripción de los modelos utilizados por la ciencia dogmática...

Personalmente me ha interesado la reconstrucción y análisis de las categorías efectivamente utilizadas por los juristas en la elaboración de un discurso (pretendidamente) científico sobre el derecho. Mi libro sobre teoría del derecho -aún no terminado de revisar y rehacer, pese a sus ediciones- de alguna manera está en esa línea de interés. Por el otro lado, al hilo del problema de la interpretación jurídica, entiendo que la problemática de los lenguajes, sus niveles, sus usos y sus aspectos, guarda un interés permanente. Personalmente, en cambio, miro con mucha suspicacia la especulación iusfilosófica sobre los valores o sobre la justicia: creo que aunque algo más exacto cabe afirmar, buena parte de esa especulación no pasa de ser una suerte de reconstrucción arqueológica de pensamientos que no entendemos cabalmente: la justicia platónica, o aristotélica son casi enigmas verbales. Esa problemática, creo, no está aún madura para un análisis crítico riguroso: la especulación sobre la justicia es casi siempre un discurso apologético o poco más.

Debo manifestar que ignoro enteramente cuáles sean los problemas que en el futuro inmediato merecerán mayor atención. Me declaro doblemente ignorante, por consiguiente, sobre las posibles vías para llegar a ellos o para abandonarlos.

FELICITO a los editores de la nueva DOXA -Cuadernos de Filosofía del Derecho- por la excelente idea que han tenido de iniciar la publicación de la misma con una encuesta entre filósofos del Derecho acerca de los objetivos que persiguen con su investigación y la orientación que se proponen dar a sus trabajos. Para el encuestado esta es una oportunidad de una reflexión retrospectiva a la vez que lo obliga a aclarar su programa de trabajo. A través de la autopresentación desde una perspectiva autobiográfica y algo íntima como la que aquí cabe, podremos quizás facilitar a nuestros lectores el acceso a nuestras concepciones.

Las determinantes primarias de nuestra imagen del mundo, nuestras actitudes ante la vida como así también nuestras metas y concepciones científicas, son por una parte nuestras características personales -intereses, capacidades y debilidades-, por otra, las influencias intelectuales y morales que parten de nuestros maestros y de nuestro ambiente personal y cultural. Nosotros mismos no podemos determinar objetivamente las determinantes de nuestra vida espiritual. El autoanálisis es una reconstrucción explicativa, similar a la interpretación de la vida de otras personas con la única diferencia de que nosotros mismos recordamos directamente algunas situaciones decisivas. Sin embargo, puede ser una importante información para quien quiera comprendernos manifestar aquello que nosotros mismos consideramos como esencial.

Mi ambiente vital era adecuado para que surgieran una actitud tolerante y no dogmática a la vez que convicciones democráticas: la vida en una ciudad bilingüe, Brno (Checoslovaquia), cuya población no estaba dividida en grupos cerrados; no existía ninguna educación sistemáticamente religiosa, era una vida en un ambiente mixto y tolerante desde el punto de vista religioso.

Fue realmente mi educación, sobre todo la influencia de mi madre, la que hizo que siempre me ocupara de problemas de moral, que siempre sintiera mi vida y mi pensamiento como un problema moral. Inseguridades internas y la búsqueda moral me llevaron a emprender el intento de investigar, en la mayor medida posible, el ámbito de la praxis a través de análisis racionales. Creía y sigo creyendo que nuestra razón es un instrumento de la razón efectiva y de la acción moral, pero no por ello pensaba que la razón por sí sola pueda o deba determinar nuestro querer o deber ser; es decir, nunca he sido cognoscitivista.

Nunca me he considerado muy talentoso; he confiado siempre en mi razón pero no en mi memoria. Siempre he considerado que el nivel de mi formación era insuficiente y sólo dos características me permiten el trabajo científico: la capacidad para ver problemas filosóficos y la tenacidad para reflexionar durante años acerca de un problema que me interesa. Soy por naturaleza dubitativo y en la investigación no creo en autoridades. Mi interés principal se centró siempre en la crítica del conocimiento, en la reflexión sobre métodos de la investigación y las formas de fundamentación.

František (Franz) Weyr, el principal representante de la escuela de la teoría pura del Derecho en Brno me condujo no sólo a la teoría general de la estructura del Derecho y al logicismo normativista sino que a través de su pregunta acerca de si las normas son juicios en el sentido de la lógica, me hizo notar el problema de la lógica normativa ya que de inmediato entendí su cuestionamiento como una fórmula abreviada del problema de saber si existen inferencias lógicas con miembros normativos y si estas relaciones lógicas entre normas y consecuencias normativas pueden ser tratadas con los medios de la lógica existente que se orienta exclusivamente hacia enunciados y sus elementos constitutivos. Creo que el propio Weyr entendió también así su cuestionamiento. El problema del análisis lógico en la filosofía práctica ha seguido siendo el objeto central de mi interés[1].

Nunca he profesado una determinada corriente filosófica. Sin duda hay en mi pensamiento influencias de la filosofía kantiana: la dicotomía ser/deber ser, la distinción entre lo analítico y lo sintético, y la separación del *framework* de nuestro conocimiento y el pensamiento con contenido empírico. Al igual que casi todos los pensadores de nuestro tiempo influyó en mí la filosofía analítica; considero que el lenguaje, el aparato conceptual y la comunicación son elementos esenciales de la investigación filosófica, pero no en el sentido de la *Ordinary Language Philosophy* que entiende el uso correcto del lenguaje como argumento filosófico -concepción en mi opinión equivocada- sino en el sentido de un reconstructivismo racional orientado hacia el examen de las argumentaciones. Consideré a las modernas concepciones lógicas y de la teoría de la comunicación como relevantes para todas las investigaciones filosóficas y teórico-jurídicas, no en el sentido de que el lenguaje simbólico y los cálculos habituales tengan que ser aplicados, sino en el sentido de que el espíritu y la metodología de la lógica tienen que servir de fundamento a los análisis filosóficos.

A pesar de que siempre me habían interesado los problemas lógicos y metodológicos llegué a la lógica normativa y a la lógica en general desde la filosofía del Derecho. El hecho de que mis reflexiones sobre normas y el análisis lógico en el ámbito del deber ser se llevaran a cabo sin haber estudiado previamente lógica[2] y sin ayuda de maestros o bibliografía especializada -en aquella época había muy poco al respecto, aunque estaban los trabajos de Mally, Jørgensen y Dubislav-, me mantuvo independiente de la tradición lógica y me permitió entrar desprejuiciadamente en tierra virgen. Partí de la convicción de que las

---

[1] No obstante mi profundo respeto por Weyr, con respecto a la teoría pura del Derecho tenía una actitud dividida: aceptaba la idea de la teoría estructural normativista, pero concebía al Derecho como realidad social y no sólo como entidad ideal.

[2] Más tarde me habilité para lógica, enseñé lógica en la Universidad de Praga y escribí algunos tratados y manuales de lógica.

descripciones de estados de cosas conducen a oraciones de diferente tipo según el aspecto que en aquéllas se considere. Partí por consiguiente -tal como ahora lo denomine de una semántica gnoseológicamente diferenciada, que distingue entre oraciones descriptivas (teóricas) y prácticas, y no dudo que la lógica tiene que ocuparse de estos dos ámbitos de oraciones. Desde entonces luché siempre por el desarrollo de una auténtica lógica normativa.

La lógica normativa no debe ser considerada como parte constitutiva de la filosofía del Derecho, pero como sin embargo es una cuestión previa de la ciencia del Derecho, considero que mis trabajos en el ámbito de la lógica normativa son también una contribución a la filosofía del Derecho, especialmente con respecto al problema «lógica y Derecho».

Ideas acerca de la lógica normativa

Mi trabajo en el campo de la lógica normativa aspiraba a establecer los presupuestos y los problemas básicos para estructurar esta disciplina. Al dilema presentado por J. Jtørgensen y que surge (a) de la falta de valor de verdad de las proposiciones normativas, (b) de la definición tradicional de inferencia como relación de verdad, (c) del reconocimiento de inferencias con miembros normativos en la praxis de las ciencias y de la vida cotidiana, respondí con una generalización del concepto de inferencia[3]. En una serie de trabajos critiqué los llamados sistemas deónticos standards y traté de demostrar que la idea de mundos deónticamente perfectos no ofrece ninguna idea adecuada de la inferencia normológica porque de acuerdo con esta teoría podría inferirse la existencia de un deber que no siempre está fundamentado por las premisas. (De 'O(p $\wedge$ q)' no se sigue 'Oq' porque esto no está ordenado por las premisas en caso de la no realización de p, sino que hasta puede estar prohibido). Por razones de la teoría de la información y a causa de las consecuencias lógicamente inaceptables, rechazo la distinción de Kelsen entre 'normas jurídicas' y 'proposiciones jurídicas' al igual que distinciones análogas entre el deber ser cognitivo y el deber ser prescriptivo (Hedenius, von Wright). De mi lucha por una lógica normativa genuina forman parte también las críticas a aquellos autores que tratan de negar la posibilidad de una lógica normativa: Jtørgensen, Engliš y Kelsen en la última versión de su teoría[4]. También he recha-

[3] En 1972 indiqué otra posibilidad de solución -más alejada de nuestros hábitos lingüísticos- que trabaja con un concepto generalizado de verdad. Cfr. O. Weinberger, «Bemerkungen zur Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaften» en: *Rechtsrheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaften,* ed. por H. Albert, N. Luhmann, W. Maihofer, O. Weinberger, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 2, Düsseldorf 1972, págs. 134-161.

[4] Cfr. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen,* Viena 1979; O. Weinberger *Die*

zado la concepción expresiva de la norma vinculada con la teoría tardía de Kelsen y sustentada por Alchourrón y Bulygin, mostrando las consecuencias absurdas que se infieren de presuponer que enunciados, normas, preguntas, etc., son proposiciones con igual significado que sólo difieren por las diferentes formas de uso en diferentes actos lingüísticos[5]. En 1960 intenté definir con reglas la lógica de los enunciados normativos condicionales[6]. Originariamente mi atención se había orientado sobre todo hacia los enunciados de deber ser, más tarde -probablemente bajo la influencia de la lógica deóntica- tomé en cuenta los operadores normativos y por último llegué nuevamente a la convicción de que primariamente hay que desarrollar una lógica del enunciado de deber ser y sólo secundariamente una lógica de la permisión[7]. Mientras que hasta ahora ha sido investigado el concepto de la acción sólo como elemento constitutivo del contenido de las normas, trato yo de fundamentar desde el punto de vista de la teoría de la acción, la ontología de las normas y la distinción entre informaciones descriptivas (teóricas) y prácticas[8].

Ideas acerca de la ontología y de la teoría estructural del derecho

Mi concepción iusfilosófica la he resumido en una teoría a la que denomino 'iuspositivismo institucionalista'[9]. Una ciencia que desee explicar y definir la existencia del hombre tiene que tomar en cuenta, además de los meros hechos, hechos institucionales. El Derecho es un hecho institucional.

Por ello, la ontología del iuspositivismo institucionalista parte del reconocimiento de que el individuo, al igual que las comunidades humanas, puede determinar su comportamiento sobre la base de informaciones prácticas (sus metas, preferencias, normas autónomas y heteró-

---

Sollsatzproblematik in der modernen Logik, Praga 1958 (versión Checa inédita 1950); reimpreso en: del mismo autor, *Studien zur Normenlogik und Rechtsinformatik,* Berlín 1974, págs. 59-186.

[5] O. Weinberger, *Gibt es eine expressive Normenlogik?,* ponencia presentada en Turku 1983.

[6] Un fragmento está reproducido en: O. Weinberger, *Studien Normenlogic und Rechtsinformatik,* op. cit., págs. 20 y ss.

[7] Cfr. especialmente Ch. Weinberger, O. Weinberger, *Logik, Semantik, Hermeneutik,* Munich 1979, págs. 96-135.

[8] O. Weinberger, *Ontología de las normas en la perspectiva de la teoría de la acción,* en alemán: «Normenontologie in handlungstheoretischer Sicht» en: del mismo autor, *Studien zur formal-finalistischen Handlungstheorie,* Francfurt/M -Berna- Nueva York 1983, págs. 137-164.

[9] Es similar a la concepción de D. N. MacCormick Cfr. el libro en preparación: D. N. MacCormik, O. Weinberger, *Grundlagen des Inatitutionallistischen. Rechtspositivismus,* Duncker & Humblot, Berlín. Una versión inglesa será publicada posiblemente por D. Reidal Publishing Company en 1985.

nomas) e informaciones fácticas. Esto conduce a que sistemáticamente haya que distinguir estrictamente entre enunciados teóricos (descriptivos) y prácticos; pero ónticamente (i) las instituciones sociales observables (por ejemplo tribunales de justicia, matrimonios, dinero...) pueden ser sólo aprehendidas si se explica su forma de funcionamiento a través de informaciones prácticas, (ii) la existencia e influencia de regulaciones normativas pueden ser sólo entendidas como existencia de normas (por eiemplo, del sistema jurídico) en conexión con comportamientos, ejemplo, del sistema jurídico) en conexión con comportamientos, procedimientos e instituciones observables. Deben rechazarse tanto el normativismo puro, que postula un puro ser ideal de las normas sin referencia directa con procesos observables, como también el realismo jurídico, según el cual sólo el comportamiento observable y pronosticable de los jueces es (o señaliza) Derecho vigente. El Derecho vigente es justamente la acción conjunta de las normas con los comportamientos y las instituciones existentes. Las normas jurídicas existen -son Derecho vigente porque se encuentran en contextos efectivos con procedimientos reales y observables (comportamientos humanos, comunidades, instituciones, etc...) Las normas no valen sólo a causa de otras normas superiores -como Kelsen[10]- sino que los fundamentos de validez son, en igual medida, tanto las normas superiores como los hechos a los cuales las normas se refieren (el testamento de N. N. vale por dos razones, teniendo que estar dadas ambas: (a) el Derecho civil que autoriza a testar, (b) la realización de este hecho). Por lo tanto, la dinámica jurídica es un juego conjunto de normas y de hechos; la validez del Derecho no se basa solamente en una norma hipotética fundamental sino también en hechos sociales, cuya existencia y secuencia está determinada por las normas; y esta conexión significa, al mismo tiempo, la existencia social de las normas.

Al Derecho existente pertenecen no sólo las normas de comportamiento y las normas de autorización, sino también los principios jurídicos, el trasfondo teleológico del Derecho, la doctrina jurídica institucionalizada y la metodología.

Ideas acerca de la polémica sobre el derecho natural

La polémica entre las teorías del Derecho Natural y el positivismo tiene que ser considerada desde el punto de vista de la teoría de la argumentación. La mera aseveración de que el Derecho Natural existe es argumentativamente irrelevante. El positivismo no debería sostener que el Derecho puede tener cualquier contenido. La creación del Derecho no es ni arbitrariedad ni simplemente una cuestión de poder. Las concepciones sobre los valores y la justicia son relevantes para la argu-

[10] H. Kelsen, *Reine Rechtslehre,* 2.ª edición, Viena 1960, págs. 196 y ss.

mentación político-jurídica. Pero las convicciones existentes sobre la justicia son a su vez ellas mismas criticables. Por ello no existe ninguna razón para considerarlas como Derecho Natural ya que nunca sabemos hasta qué punto son constantes antropológicas o una opinión históricamente condicionada y cambiante.

El Derecho y la moral deben ser conceptualmente separados: (i) los principios jurídicos son elementos constitutivos del Derecho positivo; (ii) la validez jurídica está determinada por contextos de creación y no por criterios morales; (iii) tenemos que tener la posibilidad de evaluar moralmente al Derecho (vigente o propuesto) pero la validez del Derecho no está sometida al filtro moral del juez, del funcionario, etc.; (iiii) la vida del Derecho necesita de la acción conjunta de las tareas morales de los órganos de decisión -especialmente en el ámbito de la discrecionalidad- y de su vinculación al Derecho que funciona como sistema independiente de normas.

Ideas acerca de la metodología jurídica

Desde el punto de vista de la teoría de la argumentación, es básica la distinción entre las consideraciones *de lege data y* las *de lege ferenda;* pero también la argumentación de *lege ferenda* y la teoría de la legislación son objeto de ciencia del Derecho.

El positivismo jurídico institucionalista pretende desarrollar una hermenéutica jurídica analítica en la que rijan la racionalidad lógica conjuntamente con la racionalidad en sentido amplio y las argumentaciones de plausibilidad.

Ideas sobre la teoría de la justicia

Considero que los problemas de la justicia no pueden ser reducidos a la igualdad y a la universalidad y que el problema de la justicia tiene que ser considerado también desde una perspectiva de la teoría de la acción. El postulado de la justicia formal «hay que valorar y tratar igual a los iguales» es equivalente a la exigencia de juzgar de acuerdo con reglas generales. Es importante como instrumento de la reflexión de la justicia porque nos obliga a indicar las circunstancias decisivas y sus consecuencias jurídicas, y a someterlas a la crítica. Como los criterios formales -igualdad formal, universalización- son neutrales con respecto al contenido de deber ser, el núcleo de los análisis de la justicia reside en decisiones valorativas, en la tarea de constituir un equilibrado juego de roles en la sociedad. Tengo dudas acerca de la posibilidad de mostrar a través de una reflexión teórica, qué es una sociedad justa. Nadie sabe objetiva y definitivamente, lo que es justo; pero a menudo podemos demostrar lo que es injusto (la función crítica de la reflexión sobre la justicia). En la reflexión con miras a guiar la acción, los postulados de la justicia aparecen siempre junto con reflexiones de utilidad:

por lo tanto, en general, no se trata sólo de encontrar las vías 'justas' o 'injustas' sino las vías justas y adecuadas. La justicia de las instituciones sociales no puede ser juzgada independientemente de su efecto motivador. El análisis de la justicia no se apoya en el Derecho Natural sino en convicciones sobre la justicia. La actual situación de la humanidad requiere la reorientación de los ideales de justicia, desde la mera orientación a las finalidades de la comunidad a la que pertenecemos, hacia el ideal de la comprensión entre las comunidades. No son las ideas de culpa, de retribución y de represión las que tienen prioridad, sino el encontrar un sistema de juego relativamente armónico en las comunidades humanas.

Perspectivas

Partiendo de cuestionamientos de la teoría de la acción habría que desarrollar aún más las metateorías formales de la filosofía práctica (por lo tanto también de la ciencia del Derecho) -lógica de las normas, teleología, axiología, teoría de la decisión- y aclarar las relaciones entre estas disciplinas. Solo así puede crearse una sólida base teórica para la filosofía del Derecho. Me parece que el principio del positivismo jurídico institucionalista puede -y necesita- ser aún más ampliado, especialmente mediante la elaboración de una semántica y de una hermenéutica jurídicas. La idea de que es necesario crear una teoría de la legislación, que abarque una teoría de la argumentación políticojurídica de la técnica de la redacción y comunicación, como así también de los procedimientos democráticos, es un postulado actual y que goza de un reconocimiento bastante general.

(Trad. de Ernesto Garzón Valdés)

PUESTO que no he practicado ninguna profesión jurídica ni he seguido estudios académicos de Jurisprudencia, no puedo declararme filósofo del Derecho en el sentido estricto del término. Pero probablemente sea cierto que parte de mi trabajo en lógica y filosofía tiene alguna relevancia para la filosofía del Derecho. Estoy pensando principalmente en tres cosas, a saber, mis contribuciones al análisis y al estudio formal del concepto de acción humana, a la teoría de la explicación y la comprensión de la acción, y a la lógica de las normas y de los discursos normativos (lógica deóntica). De las tres, la última es la que principalmente ha atraído la atención de los teóricos del Derecho y es la única sobre la que a continuación voy a hacer algunos comentarios.

Las cuestiones relativas al Derecho que son objeto propio de análisis filosóficos pueden dividirse en dos grandes grupos. El primero concierne a la argumentación jurídica; el segundo se refiere a la estructura del ordenamiento o sistema jurídico. En relación al primer grupo, en mi opinión, la lógica deóntica y los métodos formales tienen poca importancia. Posiblemente una fructífera aproximación a estas cuestiones pueda denominarse *hermenéutica* en un sentido amplio del término. Como ejemplos desearía mencionar la «retórica» de Chaim Perelman o los trabajos de Aulius Aarnio fundamentados en la filosofía de Wittgenstein.

¿Qué hay entonces de la aplicabilidad de la lógica deóntica al análisis estructural de sistemas normativos?

La lógica deóntica -y bajo esta expresión agrupo todo lo relacionado con el discurso normativo desde el punto de vista de la lógica formal- indudablemente ha atraído mucho la atención y el interés de los filósofos del Derecho. Sin embargo, las cuestiones debatidas desde la filosofía del Derecho han sido por lo general de naturaleza bastante «abstracta» y «general», y por lo tanto bastante alejadas de los problemas que uno pensaría que conciernen de forma primaria a la teoría jurídica en sentido propio.

Así, por ejemplo, se ha invertido mucho esfuerzo en discutir la cuestión de si la lógica deóntica es simplemente «posible»; por ejemplo, si relaciones tales como las de contradicción y consecuencia lógica pueden darse entre normas. Si uno piensa en las normas como prescripciones (o definiciones) que no son ni verdaderas ni falsas, parece imponerse una respuesta negativa a la cuestión. Pero esta respuesta debe «reconciliarse» de algún modo con el hecho de que existe un rótulo llamado «lógica deóntica» al que los lógicos dedican considerable interés. ¿Significa esto que el ámbito de la lógica no se limita a lo verdadero y lo falso? Yo alguna vez pensé que esto era enseñanza moral en lugar de lógica deóntica -y hay todavía personas de la misma opinión-. O, ¿significa tal vez el hecho en cuestión que la lógica deóntica realmente no es una lógica de normas sino de entidades de otro tipo relacionadas con ellas, por ejemplo proposiciones relativas al hecho de que tales y

cuales normas existen? Si se opta por la segunda alternativa uno se pregunta por el status ontológico de las normas, y si éste debería caracterizarse en términos de *existencia* o, tal vez, de *validez.* Los debates sobre estas cuestiones, del lado formal, han sido recogidos en las aparentemente interminables discusiones de ciertas «paradojas» que ha engendrado la formalización del discurso normativo- como la paradoja de Alf Ross, o la del Buen Samaritano, o la de la Obligación Derivada. Estas discusiones no son tan inútiles y tediosas como pudieran parecerle al profano. Son sintomáticas de problemas genuinos en torno a la naturaleza de las normas y también en torno a la naturaleza del Derecho. Sin embargo, uno puede seguir dudando de si son de gran relevancia para la filosofía del Derecho. Sin embargo, uno puede seguir dudando de si son de gran relevancia para la filosofía del Derecho en sentido «propio».

Sea como fuere, me parece obvio, ahora, que la lógica deóntica es también relevante en relación con problemas originados en la teoría jurídica en sentido estricto. Tomé conciencia de ello en un congreso celebrado en Bielefeld en 1975, organizado por Amedeo G. Conte y yo mismo, en el que Eugenio Bulygin presentó una comunicación, elaborada por él en colaboración con Carlos Alchourrón, sobre la lógica de la derogación. Allí vi, por primera vez, problemas que, al mismo tiempo, eran de gran interés para los lógicos y de obvia importancia para el análisis y clarificación de la estructura del Derecho. Esta línea de investigación que desde entonces ha sido explorada con mayor detalle por los dos argentinos arriba mencionados y por otros, me parece muy prometedora.

Los actos de derogación y de promulgación de normas son los responsables del carácter dinámico del ordenamiento jurídico. Un ordenamiento jurídico rara vez, por no decir nunca, es un sistema estático, sino que es un juego de sub-sistemas cambiantes en el tiempo. El estudio conceptual de cada cambio requiere como instrumento una combinación de lógica deóntica y de la llamada lógica temporal *(tense-logic)* o estudio lógico de las relaciones temporales. Esta es otra dirección en la que confío se desarrolle el análisis de la estructura de los ordenamientos jurídicos. Existen ya prometedores comienzos.

Además de la dimensión temporal para distinguir sub-sistemas de un ordenamiento jurídico, hay también una dimensión «vertical» de «mayo» a «menor» subsistemas. Un ordenamiento jurídico, tal como se ha hecho notar a menudo, es una *jerarquía* de normas. Este hecho genera bastantes problemas, algunos de los cuales pueden clarificarse mediante el uso de la lógica. Me referiré sólo a uno:

El mismo concierne a la distinción entre normas que prohíben alguna acción y normas que estipulan una sanción para un delito. Austin llamó a las primeras normas *primarias* y a las segundas normas *secundarias.* Kelsen invirtió la terminología; una razón para ello era su idea de que todas las normas de un ordenamiento jurídico podían de hecho

ser formuladas como normas sancionadoras. La idea probablemente no es correcta; sin embargo, sería interesante investigar las razones de por qué esto es así. Son, en parte al menos, *razones de lógica. No está* claro, por otra parte, cómo se acomodan ambos tipos de normas, primarias y secundarias, en un sistema sin incurrir en ciertas «paradojas» -y esto de nuevo pone en duda la cuestión de en qué sentido, si es que hay alguno, un ordenamiento jurídico puede ser considerado una unidad desde el punto de vista lógico (como, por ejemplo, un sistema axiomatizado en matemáticas). El mero hecho de que un ordenamiento jurídico sea una jerarquía de sub-sistemas de normas no sirve como respuesta. La cuestión relativa a la jerarquía permanece abierta. Los intentos de respuesta nos conducen al problema de la soberanía y al de una *norma soberana* (algo parecido a la *Grundnorm).* ¿Pueden las normas referirse reflexivamente a un edictor-jurídico supremo o debe éste necesariamente hallarse «por encima del Derecho»? Las soluciones a estos problemas conceptuales son, en parte al menos, de naturaleza lógica.

Resumiendo: sin pretender exagerar la importancia de la «lógica deóntica» y aun cuando se reconozca que su uso no ha penetrado profundamente en lo que he llamado teoría jurídica en sentido propio, no puedo dejar de creer que la lógica formal tiene, como instrumento, importantes potencialidades para el estudio del Derecho y que estas virtualidades, durante tanto tiempo latentes, serán en un futuro previsible actualizadas y dejarán permanentemente su huella en la filosofía del Derecho.

(Trad. de Josep Aguiló Regla)

1. *Observaciones generales*

1.1. Desde un punto de vista descriptivo no hay líneas fijas que separen las áreas de la filosofía del Derecho y de la teoría general del Derecho. Esta aserción es fácil de demostrar comparando los contenidos de obras que muestren en sus títulos palabras como «filosofía jurídica» o «teoría jurídica». Es posible, sin embargo, explicar el uso de los términos en cuestión atendiendo a algunos elementos arraigados en la tradición jurídico-cultural de una sociedad dada, a los sistemas de enseñanza del Derecho y a puntos de vista personales de determinados autores.

1.2. En esta situación, cualquier determinación del área de la filosofía del Derecho es una propuesta metodológica basada en un armazón conceptual general que incluye metodología y filosofía general, metodología de las ciencias jurídicas y estas mismas ciencias.

Me parece que hay vínculos entre la teoría jurídica y sus asunciones y presupuestos ontológicos, epistemológicos y metodológicos. Uno puede referirse a todo ello bien como «filosofía del Derecho», bien como «problemas filosóficos de la teoría jurídica». El entrelazamiento entre la reflexión teórico-jurídica y la reflexión filosófico-jurídica es claro en relación con toda teoría jurídica que exprese una posición filosófica, y las asunciones y/o presupuestos filosóficos pueden ser adscritos a tesis de teoría jurídica por medio de determinados procedimientos de adscripción.

Desde el punto de vista metodológico hay, sin embargo, problemas generales concernientes a la relación de la filosofía del Derecho, como filosofía, con la teoría jurídica, si esta última es entendida como una ciencia y la ciencia como algo esencialmente opuesto a la filosofía en importantes puntos de sus objetos y de las perspectivas desde las que éstos se tratan.

2. *Principales áreas de mi investigación*

2.1. Distingo cinco grupos en las áreas principales de mi investigación. El grado de compromiso filosófico de cada una de ellas es diferente, pero no resulta posible, sin establecer algunos criterios convencionales, identificar con precisión una línea que separe las áreas más filosófico-jurídicas de las más teórico-jurídicas, A grandes rasgos, cabe decir que las áreas 2.2 y 2.3 tienen una orientación más filosófica que las 2.4 y 2.5, mientras que el área 2.6 tiene, evidentemente, un carácter mixto.

2.2. Problemas filosóficos de las ciencias jurídicas.

2.2.1. Relaciones entre Derecho y filosofía resultantes de distinguir entre posiciones filosóficas y afilosóficas en las ciencias jurídicas.

2.2.2. Análisis del concepto de filosofía jurídica e identificación de problemas ontológicos, epistemológicos y axiológicos.

2.2.3. El problema de la complejidad ontológica del Derecho y su impacto en la epistemología y metodología de las ciencias jurídicas.

2.2.4. Problemas del razonamiento jurídico y de las aserciones formuladas en las ciencias jurídicas y en la justificación de decisiones de creación y de aplicación del Derecho / cf. puntos 2.4 y 2.5.

2.3. Metodología de las ciencias jurídicas.

2.3.1. Descripción de las ciencias jurídicas mediante la identificación de los tipos de problemas tratados en ellas y el análisis de las propiedades semánticas de las expresiones lingüísticas usadas en el discurso jurídico.

2.3.2. Un análisis de la discusión referente al carácter científico y a la normatividad de las ciencias jurídicas a través de la determinación de los criterios asumidos en las controversias al uso.

2.3.3. Los aspectos metodológicos de la investigación interdisciplinaria en el Derecho y sus asunciones metodológicas. Propuestas para un *multi-leveL approach* al Derecho, especialmente por lo referente a la discusión entre las tendencias investigadoras orientadas hacia la lógica y las orientadas hacia la sociología. Metodología de la investigación comparati va.

2.3.4. Los problemas metodológicos del impacto de la cibernética y la informática sobre la investigación jurídica y sobre la organización de sistemas de información jurídica.

2.4. Teoría e ideología de la creación del Derecho.

2.4.1. Análisis de las premisas generales, teóricas e ideológicas, de la creación de Derecho entendida como un proceso de adopción de decisiones.

2.4.2. Modelización de la creación de Derecho como un proceso racional y problemas de su optimización.

2.5. Teoría e ideología de la aplicación judicial del Derecho.

2.5.1. Teoría e ideología de la interpretación operativa del Derecho, principalmente en lo referente a los sistemas de Derecho estatutario.

2.5.2. Teoría e ideología de la aplicación del Derecho, y especialmente de la elaboración de la decisión judicial. Construcción de algunos modelos de esta actividad e identificación de los problemas que están resueltos y de las premisas de su solución.

2.5.3. Análisis de los tipos de justificación de determinadas clases de decisiones judiciales y de las técnicas argumentativas empleadas en ellas.

2.5.4. El problema del control de la decisión judicial dentro del

marco de las convenciones normativas y fácticas establecidas y de las ideologías aceptadas.

2.6. Teoría del sistema jurídico.

2.6.1. Construcción de diversos tipos de sistemas jurídicos, tomando en cuenta sus características estructurales y especialmente la plenitud, la consistencia y las relaciones entre normas.

2.6.2. El impacto del carácter sistemático del Derecho sobre los conceptos jurídicos y sobre la adopción de decisiones jurídicas.

2.7. Análisis crítico de la filosofía del Derecho y de la teoría jurídica contemporánea, especialmente: positivismo y normativismo; Derecho natural; la teoría del Derecho de L. Petrazycki; la teoría egológica del Derecho; la teoría y la filosofía del Derecho contemporáneo en USA.

3. Los problemas filosóficos generales de la jurisprudencia en perspectiva

3.1. Me parece que los problemas filosóficos generales aparecen y aparecerán en el futuro vinculados a las siguiente áreas:

3.1.1. Búsqueda de una concepción filosófica y teórica del Derecho que resulte suficiente en relación con un fenómeno que abarca elementos de ontología, de epistemología, de axiología, y las consecuencias metodológicas de todos ellos.

3.1.2. Búsqueda de una metodología jurídica que sea capaz de incorporar las ideas contemporáneas de la filosofía y de la metodología de las ciencias y de las humanidades, y sus orientaciones generales.

3.1.3. Un análisis del razonamiento jurídico que utilice los instrumentos forjados por un enfoque analítico confrontado con aspectos hermenéuticos del razonamiento jurídico y basado en la observación de la práctica jurídica.

3.1.4. Dado que los problemas básicos a los que ahora se enfrenta la humanidad, tales como la pacífica coexistencia de los hombres en un medio ambiente humano, exigen adoptar decisiones basadas en elecciones conscientes, la reflexión filosófico-jurídica y teórico-jurídica debería orientar su investigación a preparar las bases de estas elecciones conscientes, en orden a usar el Derecho como uno de los medios de control social utilizables frente a estos problemas.

3.2. Las áreas enumeradas exigen una cooperación a escala mundial en el terreno de las ciencias y de las humanidades, basada en la elaboración de medios de entendimiento común cultural y técnicamente viables.

(Trad. de Juan Ruiz Manero)

DONDE estamos hoy en la teoría del derecho y en la filosofía del derecho?

En los últimos 15 años, han aumentado rápidamente los problemas y tareas con los que tiene que enfrentarse el derecho en la sociedad moderna, no sólo por lo que respecta a la dogmática jurídica sino también en el ámbito de la teoría y de la filosofía del derecho. Hasta ahora no han podido ser elaborados suficientemente, y por supuesto tampoco satisfactoriamente tratados, por las revistas especializadas existentes. Por eso veo con gran satisfacción que una nueva revista de carácter internacional, DOXA, inicie su labor en el ámbito de la filosofía del derecho.

Antiguamente -si no me equivoco- *doxa* eran teorías filosóficas fundamentales referidas a la majestad sobrehumana de Dios y a la realidad divina de este mundo. Pienso que la nueva revista DOXA -por cuya publicación quisiera felicitar a sus editores- habrá de ocuparse, por el contrario, más bien de la majestad terrenal del derecho y de la realidad jurídica, es decir, de la *positividad del derecho en la sociedad moderna.*

La significación y el perfil futuro de DOXA habrán de depender, entre otras cosas, de la medida en que sepa aprovechar las chances que actualmente ofrece un nuevo comienzo. Me parece que estas chances se encuentran, sobre todo, en las múltiples posibilidades que cuenta la redacción de una revista para reaccionar estimulantemente frente a los déficits de la investigación básica en el campo del derecho, déficits que hoy se presentan más claramente que nunca.

Considero que en todos los *niveles de una teorización del pensamiento jurídico, es* decir 1) en la teorización en el ámbito de la ciencia del derecho, 2) de la metodología jurídica y 3) de la teoría general del derecho/teoría jurídica, se encuentran puntos de partida para la superación de los desarrollos fallidos y de los déficits, que en lo que sigue habré de caracterizar más de cerca. No hay duda que en todos estos niveles juegan su papel reflexiones teórico-jurídicas de naturaleza muy general, especialmente de la filosofía jurídica y de la sociología jurídica. Sin embargo, no es esta la ocasión para presentar visiones retrospectivas o atreverse a formular perspectivas de futuro. Por ello, habré de limitarme a observaciones fragmentarias de tipo muy general, haciendo algunas referencias a las actuales *posibilidades del trabajo teórico-jurídico y filosófico-jurídico* con respecto a los desarrollos fallidos y déficits que he diagnosticado.

(i) El más notorio de los desarrollos fallidos en el pensamiento jurídico de la actualidad es la supuesta unidad dialéctica u oposición entre

---

* Esta contribución llegó una vez cerrada la edición, razón por la cual no figura en el lugar alfabético correspondiente.

jusnaturalismo y juspositivismo. Ella ha conducido a la formación de frentes más o menos rígidos y a posiciones predominantemente de lucha, que tienen que ser superadas. Si se acepta que el derecho no es ni un don divino ni un regalo de la naturaleza y que consecuentemente no puede ser revelado tampoco por un mero conocimiento e intelección racionales en la verdadera naturaleza del hombre o del organismo social, sino que es *hecho por los hombres para los hombres,* la teoría del derecho y la filosofía del derecho se enfrentan hoy con la tarea de tomar realmente en serio la *positividad del derecho.*

(ii) El eterno retorno del derecho natural debe preocupar hoy tan poco como un retorno del juspositivismo que, bajo la forma del positivismo legal y del positivismo del derecho, durante demasiado tiempo sublimó la consideración del derecho en un análisis totalmente ahistórico, que prescindía de su localización histórica y social. Por el contrario, todo *derecho,* cuando se adopta una forma de consideración más realista, demuestra ser no un orden que depende de algún derecho natural o racional, de cualquier tipo que éste sea, sino un *orden autosustitutivo* independiente, es decir, el derecho es puesto en vigencia en el sistema jurídico estatalmente organizado bajo la influencia de factores políticos, culturales, económicos o sociales, a través de la decisión político-jurídica. De esta misma forma también es sustituido el viejo derecho por el nuevo.

(iii) Por lo que respecta al ámbito crítico-ideológico, bajo la creciente influencia de las investigaciones teórico-gnoseológicas y teórico-científicas, pero también de la sociología del conocimiento, la filosofía del derecho podría hoy contribuir a aclarar la génesis y fundamentos de validez de las actuales concepciones del derecho y del Estado, cuya concepción e ideas rectoras fundamentales hasta el día de hoy están orientadas hacia la relación entre religión y Estado, es decir, entre Iglesia y Estado, sin que de ello tengan plena conciencia los involucrados (cfr. Werner Krawietz, «Die Lehre vom Stufenbau des Rechts - eine säkularisierte Theologie?, en del mismo autor/Helmut Schelsky (comps.), *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen,* Berlín 1984, págs. 255-271). También aquí, una consecuente *secularización de todo el pensamiento jusnaturalista,* que actualmente aún no ha sido plenamente realizada por la teoría del derecho y del Estado que reflexiona sobre las premisas del derecho vigente, conduce en la actualidad, si se abandonan definitivamente las concepciones jusnaturalistas de origen cristiano-religioso, a la positividad de todo derecho. Es obvio que con esto no se caracteriza exhaustivamente todo el campo de investigación de la dependencia de las concepciones jurídicas con respecto a las ideologías políticas y a las actitudes religiosas.

(iv) Frente a los intentos contemporáneos de derivar el derecho de la moral y fundamentarlo en ella, sigue valiendo la objeción de que en los sistemas jurídicos estatalmente organizados de las sociedades modernas, no existe ninguna alternativa al derecho (cfr. Krawietz, *Recht als*

Regelsystem, Wiesbadeb 1984, págs. 168 y s., 174 y s.). El derecho puede ser reemplazado sólo por el derecho pero no por la moral. Esto conduce no sólo a una nueva relación entre derecho y moral sino también entre filosofía del derecho y filosofía de la moral.

(v) Mi propia posición frente a la teoría del derecho y a la filosofía del derecho, que no puedo exponer aquí (cfr. Krawietz, «Juristische Argumentation in rechtstheoretischer, rechtsphilosophischer und rechtssoziologischer Perspektive» en *Recht und Staat im sozialen Wandel. Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburstag,* Berlín 1982, págs. 347-390; del mismo autor, *Rechtssystem als Regelsystem,* págs. 153 y ss., 178 y s.), puede ser caracterizada como un *realismo jurídico con sentido crítico,* que tiene grandes afinidades con los realismos jurídicos americano y escandinavo. Se dirije críticamente contra todas las formas de la jurisprudencia analítica -que en mi opinión es demasiado reduccionista- tal como hasta el día de hoy, siguiendo a Kelsen y Hart, se encuentra representada en el positivismo jurídico de estas orientaciones teórico-jurídicas, y se basa en una *fusión de la teoría del derecho y la teoría de los sistemas* que he expuesto en otro lugar (cfr. Krawietz, *Das Recht und die moderne Systemtheorie,* conferencia en el Congreso Mundial de la IVR en Helsinki 1983).

(Trad. de Ernesto Garzón Valdés)

INSTITUTO JUAN GIL-ALBERT. DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA DEL DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE ALICANTE.

TEMAS DE ACTUALIDAD - 1

CINCUENTA FILOSOFOS DEL DERECHO CONTESTAN EN ESTE LIBRO A UNA ENCUESTA SOBRE LOS PROBLEMAS ABIERTOS EN SU DISCIPLINA:

A. Aarnio, R. Alexy, J. Almoguera, A.J. Arnaud, M. Atienza, A. Baratta, W. Becker, A. Calsamiglia, G.R. Carrió, R. Carrión-Wan, H.N. Castañeda, U. Cerroni, A.G. Conte, E. Díaz, R. Dreier, R.M. Dworkin, E. Fernández, J.L. Gardies, E. Garzón Valdés, L. Gianformaggio, J.J. Gil Cremades, R.A. Guibourg, N. Hoerster, G. Kalinowski, H. Kliemt, U. Klug, F.J. Laporta San Miguel, M. G. Losano, J. de Lucas, R. Lyra, E.E. Mari, F. Miró Quesada, C. Müller, C.S. Nino, J.R. de Páramo, E. Pattaro, G. Peces-Barba, A. Peczenik, A.E. Pérez Luño, G. Robles, J. Ruiz Manero, A. Ruiz Miguel, U. Schmill Ordóñez, C. Souto, A. Squella, R. Treves, M. Troper, R.J. Vernengo, O. Weinberger, G.H. von Wright, J. Wroblewski, W. Krawietz.