

Democracia, razón y derecho

Por FERNANDO GALINDO

Zaragoza

Hablar con «propiedad» sobre derecho positivo, es una actividad cada vez más difícil. Para ello se precisa poseer innumerables conocimientos, no sólo sobre la materia regulada, sino, especialmente, sobre el propio «concepto» de derecho, sobre las «características» de su funcionamiento. No hay duda de que ello está ligado a las que se han considerado son las notas típicas de la sociedad y el Estado de los países «occidentales» en la actualidad: a todas ellas se les comprende, usualmente, tras el término complejidad.

Con esto se limita la puesta en práctica de varios mandatos constitucionales. Muy en especial el principio de la participación de los ciudadanos en «los asuntos públicos». También, por ejemplo, el del «igual acceso a la administración de justicia». En relación a todos ellos, el más general de la igualdad ante la ley. En definitiva, se infringe la exigencia de llevar a efecto el término «democracia», entendiéndolo que éste tiene un amplio significado.

Nadie pone en duda que la dificultad de llevar a cabo estos ideales tiene que ver con el hecho de que el derecho positivo ha de ser complejo, si a su través se quiere regular a nuestra sociedad. Sólo que el problema es, lo vamos a ver, que acaso contribuye a esa complejidad el trato suministrado a las «leyes» por quienes tienen la obligación de sistematizarlas: aquéllos que reflexionan por «profesión» sobre el derecho. Lo cual, obviamente, significa entorpecer la vinculación democracia-razón-derecho que está colocada —tácitamente— en el frontispicio de los sistemas jurídicos occidentales desde que las revoluciones liberales alcanzaron «reconocimiento» jurídico.

De cómo las actitudes «reflexivas» ante el derecho incrementan el alejamiento del derecho positivo de los ciudadanos, damos cuenta en el presente trabajo, al exponer quiénes se aproximan al derecho y cuál es su «modo» (método) de acercamiento, al mismo tiempo que se quiere contestar a lo que a continuación se dice. Sin dejar de dar soluciones jurídicas adecuadas a la realidad social, ¿es posible ofrecer una «teoría» del derecho a través de la cual se pueda aprobar, por los órganos y las personas que lo «crean», un derecho positivo «accesible» a la mayor parte de los

ciudadanos? Para responder a tales problemas se ofrece una panorámica («aproximativa») de las características más generales de los hábitos actuales de conocer el derecho («aproximaciones»). Tras ello, sin duda, nos habremos acercado al estudio de las posibilidades existentes para dar satisfacción a los mandatos constitucionales referidos y, con ello, a la vinculación «democracia-razón-derecho».

En este trabajo se pone de manifiesto lo siguiente. En primer lugar, (I) cuál es el modo «normal» de «aproximarse» al derecho: de qué forma lo hacen aquéllos de quienes depende en la práctica la «confección» del derecho positivo: los juristas. A continuación (II), se estudia el modo de acercarse al mismo por aquéllos que están considerados desde hace varios años «autoridades» a la hora de proponer «teorías del derecho». Finalmente (III), es objeto de consideración la «aproximación» efectuada por las denominadas «teorías de la justificación del derecho»; aquí se concluye con la reseña «alternativa» de las líneas generales de un acercamiento que tenga en cuenta la conexión de los términos que titulan al presente estudio (1) (2).

I

Los ciudadanos, en los países occidentales de sistema jurídico continental (3), pese al progresivo incremento del nivel educativo, se ven cada día más dificultados para conocer el derecho positivo. De hecho ello es lo que indican las encuestas realizadas a propó-

(1) Es este trabajo, por tanto, una «aproximación» a las «aproximaciones». Después de mucho reflexionar no ha quedado más remedio que adoptar esta ambigua terminología. Cualquier otra afirmación más «conocida» parece inapropiada. Apelar a términos como «paradigma», «ciencia del derecho», «epistemología», «metaciencia», etc., es optar por denominaciones que en derecho tienen más que ver con «voluntarismo» que con afirmaciones «justificadas» o «congruentes» con la «realidad» del conocimiento jurídico, según se expresa en el presente trabajo.

(2) Se parte aquí de la convicción, como podrá comprobar el lector, de que las categorías kantianas de conocimiento son «esquemas de interpretación» como otros cualesquiera, «que pueden modificarse al ritmo de las necesidades teóricas planteadas por la evolución de la ciencia», tal y como se expresa en una obra de introducción: Ricardo A. GUIBOURG, Alejandro M. GHIGLIANI, Ricardo V. GUARINONI, *Introducción al conocimiento jurídico*, Buenos Aires, 1984, p. 192. Hoy la distinción «analítico-sintético» esta objetada «endiabladamente» (*ibidem*, pp. 170-195).

(3) Es importante remarcar que aquí se toma como punto de referencia lo que sucede con el derecho en los países de «sistema jurídico continental». No cabe dudar la existencia de crecientes «conexiones» entre los sistemas jurídicos continental y «anglosajón», sólo que tener como «horizonte del conocimiento» a este último es extremadamente peligroso, por su dificultad, para un jurista de formación continental. Aquí se prima el conocimiento sobre el propio contexto antes que el conocimiento sobre el ajeno. Contexto ajeno que es enorme en la «época» de la «guerra de las galaxias». Aproxima a la complejidad: Mario LOSANO, *Los grandes sistemas jurídicos*, Madrid 1982.

sito en varios países (4). De tal grado son las limitaciones, que, incluso, se habla de que es preciso el reconocimiento de un derecho al asesoramiento gratuito, en materias jurídicas, a las personas menos favorecidas. Esta exigencia tiene que ver con que el desconocimiento conlleva, por ejemplo, un aumento de las dificultades existentes para acceder a los tribunales de justicia. En la práctica estos tribunales ocupan la mayor parte de su tiempo en resolver los asuntos que promueven los «profesionales» de los pleitos: compañías de seguros, grandes empresas, etc. Por ello no es de extrañar que buena parte de los conflictos, o no se resuelvan o se resuelvan al margen de los mecanismos jurídicos establecidos, con las inseguridades que ello comporta.

Estas dificultades, desde otra perspectiva, se incrementan con la racionalización administrativa que exige la puesta en práctica del Estado de asistencia social en el que nos encontramos (5). Es sabido que el ciudadano medio tiene que luchar «a brazo partido» con infinidad de formularios cada vez que precisa hacer uso de los servicios del Estado. Estos formularios han sido redactados, generalmente, pensando más en la máquina que trata la información que en el ciudadano que la emite.

Estos datos bastan para manifestar lo siguiente: los ciudadanos desconocen el derecho positivo. En su vida jurídica dependen, inexcusablemente, de asesores técnicos que han de resolverles su más mínimo problema jurídico. Lo cual no deja de contradecir aquello que el desarrollo tecnológico posibilita: la participación de los ciudadanos en la «creación» de decisiones, a nivel de administración local, regional y estatal (6).

Ya, por tanto, podemos efectuar las siguientes preguntas: ¿Qué derecho conocen los juristas?, ¿qué visión del mismo ofrecen a sus clientes, a los «administrados» o a los «políticos», que solicitan su asesoramiento o la resolución de sus conflictos? Sin duda éstas son preguntas de difícil respuesta: no es fácil encontrar pruebas fehacientes, muy en especial porque apenas ha habido quienes se hayan preocupado por tales problemas. Pese a todo alguna res-

(4) Sobre esto y lo que sigue recojo literatura en Fernando GALINDO, *Dificultades para la obtención de éxito ante el juez en la resolución de conflictos jurídicos en materia de derecho civil*, en *Constitución, Derecho y Proceso*, Zaragoza 1983. pp. 125-152.

(5) Al respecto: Dieter GRUNOW, Friedhart HEGNER, *Sozialpsychologische Konsequenzen der Verrechtlichung: Alltagskontakte mit der Verwaltung*, en Rüdiger VOIGT (ed.), *Verrechtlichung*, Königstein/Ts, 1980, pp. 261-274.

(6) De que la legalización y deslegalización son dos tendencias concurrentes en la sociedad actual se discute repetidamente en Rüdiger VOIGT (ed.), *Gegentendenzen zur Verrechtlichung*, en *JRR*, 9, 1983. Las posibilidades técnicas de la informática para facilitar la participación están fuera de duda para cualquiera que esté informado mínimamente sobre el tema, otra cosa es que en la práctica no se esté dando a las máquinas el uso democrático que posibilitan. Así, por ejemplo, el acceso a los bancos de datos está limitado a ciudadanos que tienen suficientes medios económicos para hacer la consulta. Sobre lo que ello implica véase: Jean François LYOTARD, *La condition postmoderne*, París, 1979, pp. 98-108.

puesta es posible, aunque esté basada en indicios. Me refiero a que existen numerosos trabajos en los que el objeto de investigación —«empírica»— ha sido el de mostrar el mecanismo habitual de elaboración de sus decisiones seguido por el juez (7). En esos trabajos se señala cómo es «encontrado» el derecho referido al caso concreto. Tales testimonios señalan que en el «hallazgo» influyen no sólo los textos legales sino un variado número de elementos «extraños», que se manifiestan a lo largo del proceso a través del cual se adoptan las resoluciones jurídicas. Conclusiones similares podrían hacerse con respecto a otras actividades desenvueltas por otros «técnicos del derecho».

Los estudios referidos indican que las operaciones de «averiguar» y «aplicar» el derecho están guiadas tanto por la complejidad de las propias operaciones, dado el marco legal y social que las condiciona, como por la reflexión que los textos legales, especialmente, y las proposiciones normativas, «doctrinales y jurisprudenciales», o las «convicciones valorativas», originan. Por esto no es de extrañar que ciertas interpretaciones de estos datos hayan puesto énfasis en la posible racionalidad de los procedimientos, mientras otras, más numerosas, hayan fijado su «incontrolable» irracionalidad.

Pese a todo, sin que lo que a continuación se dice suponga dudar de la «adecuación» de tales observaciones, lo cierto es que, por múltiples razones, los textos legales tienen una importancia capital en la aproximación al derecho positivo que efectúan los juristas. El «peso» de la ley es, en este caso, una metáfora arguable. Además, de hecho las estanterías de las bibliotecas jurídicas están repletas de miles de páginas conteniendo textos legales. Según muestran estudios al respecto, el tiempo dedicado por el jurista a informarse sobre la «existencia», o no, de determinadas «normas» es considerable (8). La misma «motorización» normativa actual, obliga a prestar una atención permanente, y preferente, al derecho positivo a quienes ejercen una profesión jurídica. Pero no son éstas las únicas razones por las que los juristas son, ante todo, expertos «exégetas» de la ley. En ello influyen sobre manera los hábitos adquiridos en su período de formación, «dogmático» preferentemente —hablamos de países «continentales»—, trans-

(7) Sobre la recepción de estos trabajos puede leerse, es un resumen del estado de la cuestión, la introducción de Robert ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt, 1978, pp. 17-49. Más extensamente dan cuenta de trabajos prácticos y teóricos referidos a la argumentación jurídica: Christian CLEMENS, *Strukturen juristischer Argumentation*, Berlín, 1977; Gerhard STRUCK, *Zur Theorie juristischer Argumentation*, Berlín, 1977.

(8) La mejor prueba de ello reside en que la demanda de sistemas de recuperación automática de información legal se ha incrementado tanto que, posibilitado técnicamente el manejo de grandes bases de datos por pequeños ordenadores, el Consejo de Europa ha recomendado fomentar la investigación de métodos con los que automatizar el tratamiento de los textos legales. Ilustran las comunicaciones recogidas en: Council of Europe, *The progress in legal information Systems in Europe*, Strasbourg, 1984.

currido en las Facultades de derecho (9). Dada la importancia que tiene esta habituación, producida en años cruciales para la formación de una persona, vamos a detenernos a continuación en lo que supone para los juristas en su aproximación al derecho.

Si nos fijamos en el modo típico de aproximarse al derecho positivo por la dogmática, el reflejado por los manuales doctrinales, en especial, constatamos que la dogmática se aproxima al derecho, por lo general, sin plantearse el problema de conocimiento que en la actualidad llena las páginas de revistas filosóficas y científicas de las más diversas materias. Me refiero al problema del «tránsito» del derecho legislado, del derecho positivo, a proposiciones normativas: a doctrina jurídica, entendiendo estos dos últimos vocablos en su sentido más amplio. Problema, centrándonos en la dogmática, que, como es sabido, es típico de los sistemas jurídicos continentales y no de los de «common law».

Hay posiciones doctrinales dominantes en determinados países, la de Francia es «paradigmática» a estos efectos, también lo es la de Bélgica, que aceptan sin mayor inconveniente su característica de «exégesis legal». La doctrina jurídica presente en otros países, inspirada en la exégesis conceptual propugnada por la doctrina alemana del siglo XIX, manifiesta que un supuesto fundamental de su conocimiento del derecho son las reglas de interpretación del derecho sentadas por la «jurisprudencia conceptual» y la «jurisprudencia libre», renovadas en parte a lo largo del siglo XX. Ahora bien, estudios efectuados sobre el «producto» de esta última dogmática, señalan que es la pura exégesis de las normas, afectada por las más variadas influencias jurídicas y extra-jurídicas, la actitud que domina entre los autores «dogmáticos» (10).

Pese a todo, la observación de las obras de estos dogmáticos señala que, como sucedía en el medievo, en ellas es frecuente la remisión a opiniones de «antigüedad», recogiendo testimonios de «autoridad reconocida» emitidos en períodos históricos distin-

(9) Reconoce la importancia de la dogmática en estos países un autor al que luego consideramos: Aleksander PECZENIK. Véase lo que dice en su obra, *The basis of legal justification*, Lund, 1983, pp. 118 ss.

(10) Entre la literatura que explicita el sentido de la dogmática desde esta perspectiva cabe mencionar: Alessandro GIULIANI, *Ricerca in tema de esperienza giuridica*, Milano, 1957, pp. 37-89; Ewald J. THUL, *Die Denkform der Rechtsdogmatik*, en ARSP, 46, 1960, pp. 241-260; Martin DRATH, *Rechtsdogmatik als Selbstzweck oder als fließende Anpassung des Rechts, an die gesellschaftliche Wirklichkeit?* (1971), en Ernst E. HIRSTICH (ed.), *Rechts und Staatslehre als Sozialwissenschaft, von Martin Drath*, Berlin, 1977, pp. 84-100; Josef ESSER, *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis, en Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen*, Tübingen, 1974, pp. 517-539; Eike von SAVIGNY (ed.), *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, München, 1976; Maximilian HERBERGER, *Dogmatik, Zur Geschichte und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, Frankfurt, 1981; Uwe WESEL, *Aufklärungen über Recht*, Frankfurt, 1981, pp. 70-86, en especial; Fernando GALINDO, *Notas sobre la dogmática del derecho de familia (un estudio de manuales)*, en *Revista de Derecho Privado*, 1983, p. 643-670.

tos a los nuestros, eludiendo hacerse en las citas referencia alguna a éstas o a otras peculiaridades. El más mínimo estudio comparado de varias de estas obras que sean coetáneas indica que existe en ellas una «ley de citas», típica o «tópica» de la doctrina que se manifiesta sobre un tema concreto. A esto se denomina «actuar racionalmente» por algunos autores que manifiestan estudiar a la dogmática.

En los manuales dogmáticos se cita escasamente a aquellos autores que se preocupan por reflexionar sobre la «teoría del derecho» o las «teorías de la justificación». A lo sumo se recogen citas de la «jurisprudencia conceptual» o de la «jurisprudencia de intereses». Pese a todo estudiamos a continuación a los primeros porque hasta ahora son escasos los testimonios «jurídicos» que intentan solventar, «bien» o «mal» es otra cuestión, los problemas aquí expuestos someramente.

Con todo lo hasta aquí visto podemos llegar a la siguiente conclusión: existen «fuertes» dosis de irracionalidad en las versiones del derecho que ofrecen los juristas. Por ello cabe afirmar que son escasas las posibilidades de conferir «razón democrática» a los textos legales y, por lo mismo, poner en práctica los mandatos constitucionales. Volviendo a lo que se afirmaba al comienzo del presente trabajo, ¿y no es esto aumentar la complejidad social inútilmente?

La complejidad todavía se incrementa más por lo siguiente. Pese a lo que acaba de referirse, el marco de la justificación jurídica, en resumidas cuentas, lo cierto es que entre los juristas, especialmente en los países «continentales», tiene predicamento expresar como ciertas las afirmaciones («tópicos») que a continuación se exponen (11).

(11) No son precisas «autoridades» para justificar estas afirmaciones. Es conocido su carácter de «lugar común» entre la cultura jurídica. Son resumidas como ciertas por muchos dogmáticos: me remito a lo que se manifiesta en la literatura reseñada en la nota anterior. Pese a todo, justificando la «empiría» del presente trabajo, puede encontrarse en las siguientes obras numerosos testimonios sobre la presencia de esta mentalidad en los juristas de diversos países. Ludwig RAISER, *Aufgabe und Verantwortung des Juristen in unserer Gesellschaft* (1968), en la obra del mismo autor: *Die Aufgabe des Privatrechts*, Kronberg, 1977, pp. 1909-207; Anne BOIGEOL, *La profession d'avocat face à l'aide judiciaire ou le libéralisme en question*, en *L'Année Sociologique*, vol. 27, 1976, pp. 261-273; José BALCELLS-JUNYENT, *El sistema de valores de la abogacía barcelonesa y su opinión sobre el funcionamiento de algunas instituciones*, en *Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas*, Barcelona, 1976, pp. 135-150; André-Jean ARNAUD, *Sobre la desviación entre los juristas*, en *ACFS*, 17, 1977, pp. 247-264; Margarite Fabricius BRAND, Uwe GÜNTHER, *Anwaltpraxis in Kreuzberg-Handlungsziele für den Berufsalltag - am Beispiel des Ausländerrechts*, en *Kritische Justiz*, 12, 1979, p. 137-150; Gerhard ROBBERS, *Gerechtigkeit als Rechtsprinzip, Über den Begriff der Gerechtigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Baden Baden, 1980; Michael ADLER, *Welfare Profession and the Law*, en *Organisation und Recht*, *JRR*, 7, 1980, pp. 224-230; Albert KLIJN, *Die soziale Advokaten in den Niederlanden: Die Entstehung eines neuen Anwaltsyps*, en *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 5, 1983, pp. 65-81.

1. Norma «es» lo mismo que derecho positivo. La norma se origina directamente en la ley positiva, que «es» la expresión de la voluntad general o la razón suprema; su generación se produce a través de una «deducción».

2. Se actúa con la convicción de que el «descubrimiento» de la norma aplicable a un caso concreto es una operación intelectual. Esta operación es realizable por cualquier «hombre racional», siguiendo las reglas sentadas por la interpretación doctrinal.

3. Por ello se dice que la aplicación de la «ley» es una operación automática: el jurista subsume el caso en la ley (del caso) y la conclusión es la decisión.

Expresando estos tópicos desde una perspectiva «filosófica», cabe decir que en ellos se presume la existencia de una relación de identidad entre los textos legales, las «normas» doctrinales y las decisiones. Se presume que el derecho se conoce por deducción por cualquier «hombre racional». Estas afirmaciones, es conocido, son las impulsadas por aquellas convicciones sobre el conocimiento que eran alternativa al conocimiento religioso dominante en la Ilustración y los comienzos del liberalismo. En ellas está presente una «fé inquebrantable» en las ideas dominantes en la denominada sociedad liberal. Es sabido que con ellas se garantizaba la seguridad del orden social: el mercado. Acaso esté aquí la razón de por qué quienes efectúan esta «aproximación» al derecho positivo afirman que ley es lo mismo que razón.

II

Pero los datos hasta aquí expuestos no son fiel reflejo de la totalidad del drama que implica el estudio de las «aproximaciones» al derecho existente. Podría incrementarse el desconcierto si se expusiera las posiciones defendidas por el grupo de juristas que «profesionalmente» se dedican a reflexionar sobre el derecho, entendido éste en el más amplio sentido imaginable. Sólo que porcentualmente este grupo es de escasas dimensiones e influjo, por lo cual de tratarlo elevaríamos inútilmente el número de posiciones «irracionales» ante el «derecho positivo». De ahí nos centremos en éste y en el siguiente apartado tan sólo en la reseña —sintética— de las «teorías del derecho» y las «justificaciones del derecho», por lo que respecta a las efectivas aproximaciones al mismo que se producen.

Frente a la situación descrita en el apartado anterior, la tradicional en el ámbito jurídico estudiado, se alza desde que se quebró la fé en los postulados liberales en el momento en que debieron ponerse en práctica los Códigos «rationales», la posición «filosófico-jurídica» de quienes, de alguna manera, se preocupan por el problema de la «aproximación» al derecho positivo. Su objetivo principal es lograr que el «conocimiento» del derecho adquiera solidez, dadas sus debilidades. Este objetivo se pretende satisfacer por medio del hallazgo, y uso, de los métodos apropia-

dos con los que conocer racional, segura, científicamente, al derecho, dejando de lado cualquier aspiración de obtener a su través una «teoría democrática» del derecho. Sólo quieren construir una «teoría del derecho».

Hemos hablado de métodos científicos porque, en efecto, lo vemos a continuación, los métodos de referencia usados por estas doctrinas son los propios del conocimiento más «seguro» que sobre la realidad se tiene desde el Renacimiento: los del conocimiento científico. Con ello ya podemos advertir que esta práctica ha encontrado dificultades; porque si algo ha variado «filosóficamente» en el presente siglo es la caracterización del conocimiento y los métodos científicos.

En el presente trabajo efectuamos una delimitación que ha de facilitar la reseña de estas exposiciones. Por una parte, de inmediato, señalamos las notas características de aquellas «reflexiones sobre el derecho positivo» que aceptan, o toman en consideración sin cuestionarlos, los métodos de conocimiento de la ciencia «positivista». Estas son las «teorías del derecho». Por otra parte, en el siguiente apartado, indicamos las notas más destacables, en cuanto aproximaciones al derecho positivo que son, de las aproximaciones que asumen de alguna manera las críticas «postpositivistas», filosóficas y científicas, infringidas al conocimiento en los últimos años: «teorías de la justificación».

Es preciso hacer la advertencia, a efectos de evitarnos la reseña de «embarazosas» citas posteriores, de que, como ocurre en la reflexión y práctica jurídicas, según ha quedado expresado en el primer apartado, también estas teorías acostumbra a fundamentar sus opiniones en lo dicho por «autoridades diversas», más que en datos o leyes o normas concretas. En el caso de las primeras la cita es a las teorías que critican o, en ocasiones, a concretas o supuestas prácticas o derecho positivo. En el caso de las «teorías de la justificación» la referencia predominante es o bien a sí mismas, a la «ley de citas» del tema correspondiente, o a las anteriores, preferentemente, sin establecer sus diferencias «metodológicas» que ponemos de relieve a continuación.

Por lo que hace a las «teorías del derecho», se reconocen como vigentes en la actualidad, siendo citadas repetidamente, las opiniones expuestas por «autoridades» como Hans Kelsen, Alf Ross y H. L. A. Hart. Aunque con menor «popularidad» también cabe recoger en este grupo las opiniones de aquellos autores que hacen de la tópica el «método científico» propio del estudio del derecho, considerando que los restantes métodos son los apropiados para abordar otros objetos de conocimiento. Unas pocas palabras sobre cada una de estas «aproximaciones» actuales al derecho (12).

Kelsen se preocupa a lo largo de toda su obra por fundar una

(12) En todos los casos las obras estudiadas, tanto en éste como en el siguiente apartado, han sido las habitualmente citadas por quienes se remiten a las opiniones que aquí se refieren.

ciencia del derecho «pura» (13). Propone una ciencia que elabore una teoría del derecho positivo, que tenga las mismas garantías que las producidas por las ciencias que observan los objetos «naturales». Esa ciencia o teoría del derecho ha de sentar las «leyes» generales por las que las normas jurídicas se «rigen». Kelsen manifiesta que esa teoría no tiene que ver con todas aquellas «visiones» del derecho que se hacen desde la sociología, la moral o la política: su teoría es «pura». Tampoco tiene que ver con derecho positivo alguno.

En sus obras sienta la afirmación, luego reiterada como lugar común, de que la naturaleza está regida por el principio de la causalidad. La causalidad es su ley general, que ha de cumplirse inexorablemente. Las normas, en cambio, se rigen por la ley general de la imputación, que puede o no cumplirse, sin que ello afecte a su característica de ley. Según Kelsen las normas pertenecen al «reino del deber ser»: reino que tiene una lógica especial (14).

Estos son los principios fundamentales de su «teoría pura del derecho» (15). Con ello constatamos cómo en las obras principales de Kelsen, las más citadas, no se expresa teoría del conocimiento alguna. En estas obras se da por descontado, e incluso se afirma (16), la vigencia de las categorías de conocimiento expresadas por Kant: la realidad es cognoscible como fenómeno a través de las categorías a priori del sujeto «trascendental». Estas categorías son las que suministran las características que tienen los fenómenos que constituyen aquello a lo que denominamos realidad. Estas teorías son consecuencia de los repetidos contactos de Kelsen con el neokantismo, como es sabido.

De ahí este autor no se preocupe del proceso (17) a través del cual se pasa de las leyes, del derecho positivo, del texto legal, a su teoría pura del derecho. Considera satisfecha su labor con la exposición de las características de esta teoría.

Teoría que, por cierto, no es tan «pura» y válida para siempre pese a su formalismo, sino que el concepto de derecho que en

(13) Véase el Prólogo a la primera edición de la teoría pura, recogido en la segunda edición: Hans KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, México, 1979. En el mismo sentido véase la p. 15 de esta obra. Igualmente: Hans KELSEN, *Compendio de teoría general del Estado*, trad. Luis Recasens Siches, Barcelona, 1979, pp. 138 s., pp. 121-128. Véase igualmente: Hans KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Maynez, México, 1979, p. 4 ss. Aquí tengo en cuenta lo recogido en la segunda edición.

(14) H. KELSEN, *Teoría pura* cit., pp. 89-96, pp. 87 s. Expresiones similares se encuentran en las obras restantes.

(15) En estos principios existen, sin duda, restos de los expuestos *supra* al final del apartado I.

(16) H. KELSEN, *Teoría pura* cit., p. 85.

(17) *Ibidem*: p. 15. Existe una teoría de la interpretación en esta edición que ocupa escasas páginas (pp. 349-356). Estipula la diferenciación entre enunciados jurídicos y normas (pp. 85 ss.), pero no la lleva a sus consecuencias a lo largo de la obra.

ella se establece, incluso en la segunda edición de la «Teoría pura», es el de que el derecho, la norma, es la ordenación de la coacción (18). Estas expresiones han sido criticadas por autores posteriores, pero al respecto cabe decir que no estaban alejadas de las características del Estado y del derecho propios de la época en la que Kelsen se manifestó. La función social de ambos era la de garantizar, a través de la fuerza, la pervivencia del sistema político liberal a través de técnicas «desalentadoras» preferentemente, como es sobradamente conocido (19).

A través de sus obras, Alf Ross intenta, asimismo, construir una «ciencia» o «conocimiento» del derecho positivo libre de «impurezas metafísicas». Al mismo tiempo critica los fundamentos de los que parte Kelsen, considerándolos confusos (20).

Una de las mayores novedades de Ross es la de fundar su posición en la diferencia existente entre derecho positivo o «vigente» (directivas) y las opiniones que sobre él, en forma de proposiciones, expresa la «doctrina» o «ciencia» del derecho. Según Ross estas proposiciones pueden ser desarrolladas por los métodos propios de las ciencias, dado su carácter de «proposiciones» sobre normas, es decir: su carácter «descriptivo» (son «aserciones»): es éste el terreno del «ser».

Esto supone advertir: 1.º, que estas proposiciones no tienen el carácter de prescripciones o normas con el que contaba Kelsen; 2.º, afirmar que estas proposiciones no son «valorativas»: cognoscibles a través de los métodos propios de la «razón práctica», sino a través de los métodos propios de la razón teórica: los métodos científicos. Por esto Ross afirma que: el derecho vigente es «el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas y que lo son porque ellas son vividas como socialmente obligatorias» (21). Con lo cual derecho vigente, «derecho positivo», es tan sólo el que aplican las autoridades.

Con otros términos, esto significa que para Ross todo aquello que averigua la «ciencia jurídica» (a la dogmática la denomina ciencia jurídica) sobre el derecho vigente, y es puesto en práctica, es el derecho vigente. Propone con ello, tal y como —se decía— opera la ciencia, que los «científicos» del derecho (dogmáticos y sociólogos del derecho) comprueben el cumplimiento de la «hipótesis inicial» (lo que dicen las leyes positivas) a través de los procedimientos científicos usuales: observación y experimentación. Según esto aquel derecho que efectivamente es verificado/aplicado por los jueces es el derecho vigente (22).

(18) Por ejemplo: *ibidem*: p. 70.

(19) Resulta de interés al respecto: Norberto BOBBIO, *Kelsen e il problema del potere*, en *RIFD*, LVIII, 1981, pp. 549-570.

(20) Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. Genaro G. Carrió, Buenos Aires, 1963, pp. 10 s. Sobre su concepción de ciencia del derecho: pp. 12-24.

(21) *Ibidem*: p. 18.

(22) Al respecto véase: *ibidem*: pp. 29-57, en especial pp. 38-49.

Con esto comprobamos que tanto en Ross como en Kelsen, en sus obras de mayor eco, no se cuestionan los fundamentos del conocimiento. Ambos presuponen la posibilidad de efectuar un conocimiento «verdadero» o «certero» de los textos legales: que nuestros «sentidos», los sentidos del hombre racional, los captan en su totalidad. En estas posiciones no existe teoría del conocimiento alguna, sino que se atribuye, acaso más en Ross que en Kelsen, al conocimiento científico de los textos sus virtualidades (23).

Desde otra perspectiva, cabe decir que en Ross se elabora un concepto de derecho más acomodado a la realidad del Estado social o de bienestar que al Estado liberal. Su atención a la política jurídica, por ejemplo, lo patentiza (24).

Este autor diferencia estrictamente al derecho y a la moral. Ello es congruente con su aceptación de que en la elaboración de las «proposiciones normativas» no intervienen elementos morales. Pese a todo no es éste un tema que le interese mucho: su preocupación fundamental es mostrar que en el estudio del derecho son de aplicación los métodos científicos.

Importa añadir aquí algo que se da por supuesto al hacer las afirmaciones anteriores. Me refiero al hecho de que si bien la tradición cultural con la que enlaza esta posición no es el «neokantismo» sino el positivismo lógico (Ross pone énfasis en señalar que la «realidad» es traducible en estructuras formales, en lenguaje formal, matemático, lógico, simbólico; piensa que tratando a este lenguaje se trata, y conoce, a la realidad...), lo cierto es que ello no supone el abandono de postulados kantianos de conocimiento: el de que la realidad jurídica es efectivamente conocida a través de determinadas categorías «innatas» «a priori», como ocurre con el conocimiento de la naturaleza en general (25).

Por lo hasta aquí expresado no es de extrañar ahora afirmemos que, tanto en las obras de Kelsen como en las de Ross, no existen referencias directas, fundamentales (26), a lo que sucede habitualmente en el conocimiento del derecho, y que señalábamos en el primer apartado del presente escrito: el «marco de la justificación». En la síntesis efectuada ha quedado claro que esa no era su intención; la solución de la irracionalidad en el conocimiento jurídico, según estos autores, pasaba por la propuesta de un tratamiento racional «ideal» al derecho positivo. Sobre el éxito o fracaso de esta tentativa, ya larga, me remito a la práctica de la aproximación «normal» al derecho, comprobada «empíricamente», de la que daba cuenta en el primer apartado.

(23) El aferramiento al texto en Ross puede verse en *ibidem*: pp. 105-146. Su escaso interés por la argumentación en pp. 146 ss. Para Ross la argumentación tiene que ver con discusión política: *ibidem*: pp. 315 s.

(24) *Ibidem*: p. 317-328.

(25) Ello está implícito en lo hasta aquí expuesto. Además, por ejemplo, obsérvese detenidamente la posición de Ross sobre: «El papel de la conciencia jurídica en la política jurídica» (*ibidem*: p. 346-364, en especial pp. 356-364).

(26) Me remito a los testimonios expuestos en *supra* nota 17 y nota 23.

Aparentemente una mayor atención a esta «realidad» está reflejada en H. L. A. Hart. Esta apariencia se desvanece cuando se estudia con atención sus propuestas. Hart elabora, como los anteriores, una teoría del derecho que persiste en no poner en cuestión el modo de conocer el derecho a través de los métodos científicos «tradicionales». Una novedad hay que destacar: ese autor no quiere hallar «el método» con el que conocer el derecho, lo que simplemente efectúa en su obra es una aplicación a los «enunciados» jurídicos de los instrumentos propios de la filosofía analítica, atendiendo a los resultados que ofreció el estudio del lenguaje hasta el momento en el que finalizó su obra: se fija en que el lenguaje hay que situarlo en su contexto (27).

Lo que sí hace Hart es criticar a las «teorías del derecho» aquí expuestas, por parciales, en el siguiente sentido. Estima que la teoría de Kelsen, estudiada a través de la de Austin, es parcial, porque el derecho en la actualidad no es sólo coacción (28). A la de Ross, y a las posturas denominadas realistas, porque el derecho no está dirigido tan sólo a los tribunales de justicia o a las autoridades (29).

Sustancialmente, la posición de Hart está centrada en la explicitación de que al derecho hay que verlo como un sistema combinado de normas primarias y secundarias, que ha de garantizar un contenido concreto de Derecho Natural o de moral: los que considera son, «sociológicamente», los principios mínimos fundamentales para la convivencia (30). Esto significa una novedad importante de su postura para con la de los anteriores: los valores tienen relación con la teoría del derecho, sólo que no hay otras precisiones. Muy en especial, Hart no dice cómo se pone esto en práctica en el momento de concretar cuál es el derecho válido o el derecho aplicable a un caso determinado (31). A diferencia de lo que ocurre con las «autoridades anteriores» no es ello algo que no le interese, más bien es algo que presupone. Hart tiene como punto de referencia la práctica del derecho anglosajón, lo que supone partir de una aproximación al derecho muy distinta a la que aquí consideramos: comprensiva de la «justificación» en buena medida. De ahí su posición. Aquí no nos interesa profundizar en ello, sino poner de relieve lo que importa más de la posición de Hart en cuanto teoría del derecho: justamente lo que ha sido consignado. También cabe decir que esta teoría es más «utiliza-

(27) H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrió, México, 1980, pp. XI ss.

(28) Critica esta concepción a lo largo de tres capítulos: *ibidem*: pp. 23-97.

(29) En especial: *ibidem*: pp. 33-61. Importa el texto de las notas correspondientes a estas páginas: pp. 300-304.

(30) *Ibidem*: pp. 99-102. Sobre el Derecho Natural: pp. 239-247. En nota (p. 322) se manifiesta el fundamento «empírico» de estas observaciones: «Esta versión empírica del derecho natural está basada en Hobbes... y en Hume...».

(31) Cuando lo dice es en términos tan generales como los de: *ibidem*: pp. 252 s. Sobre sus fuentes en este momento véase p. 322.

ble» para estudiar el derecho positivo actual, desde la perspectiva que aquí se defiende, precisamente por la voluntad manifestada de contar con los datos reales.

En concreto. Aquí interesa señalar que esta posición importa para dar fe de la permanencia «activa» del modo «positivista» o «cientista» de conocer el derecho. Hemos visto que los principios de las teorías, dejando de lado el tema del rigor de su fundamentación, son aplicados efectivamente, elaborándose en su virtud teorías del derecho más «útiles» para regular lo que sucede en la realidad social que las dogmáticas, cuya racionalidad está sesgada por la «ley de citas» correspondiente al punto en litigio, pese a que de hecho su mención sea escasa en la práctica jurídica continental. En otros casos las teorías elaboradas en función de las expuestas, por filósofos del derecho, no tienen ni siquiera tal utilidad, sirviendo sus trabajos, en buena medida, para llenar las páginas de las varias revistas y actas de congresos que sobre las teorías del derecho se producen, con fórmulas jurídicas expresadas en «metalenguajes» desacostumbrados en estos terrenos, como es sabido.

Otra posición que, al menos en «espíritu», tiene que ver con la filosofía de las aquí expuestas es la de la tópica. Por determinados autores se sostiene que el modo propio de conocer el derecho es el que sugiere la tópica o retórica «clásica». Dicen estos autores que la elaboración de las teorías jurídicas no puede tener lugar a través de las reglas de la inducción y la deducción, modos o métodos típicos de las ciencias de la naturaleza, sino que en ellas han de regir las reglas por las que se rige la tópica. Los tópicos son, más o menos, inconcretos puntos de referencia, un andamiaje, en base a los cuales se constituye, a través de un proceso argumentativo, en un auditorio concreto, el «derecho». Se propone que tanto la ciencia jurídica, la dogmática, el conocimiento del derecho por quien lo aplica, las teorías del derecho, tengan en cuenta esta peculiaridad formal que las rige (32).

Comprobamos así que esta posición coincide con la de las «autoridades» de la «teoría del derecho». En la «aproximación teórica» se busca el método apropiado para conocer el derecho. Aquí, en cambio, no se atiende a los métodos científicos sino a una tradición jurídica, más o menos fundamentada (33). El procedimiento es

(32) Aquí están asumidas las formulaciones sobre el método expuestas en Chaïm PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, Bruselas, 1970; Chaïm PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, 1979; Theodor VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, 1964. En esta última obra también se dice que han de tenerse en cuenta las afirmaciones de las ciencias: éstas pueden considerarse tópicos de la argumentación; a estas afirmaciones se llega a través de los métodos científicos (T. VIEHWEG, *Tópica* cit. pp. 61 s.). De la dogmática se dice que es conocida, en buena medida, tópicamente (*ibidem*: pp. 127-143).

(33) Sobre la vinculación de tradición, tópica y teorías del derecho ilustra suficientemente: Ottmar BALLWEG, *Phronetik, Semiotik und Rhetorik*, en O. BALLWEG, SEIBERT (eds.), *Rhetorische Rechtslehre*, München, 1982, pp. 27-71.

atractivo: hay intención de captar lo que sucede en la realidad jurídica, recordemos lo que explicábamos en el primer apartado de este trabajo, pero, aparte de otros defectos, es recusable por lo mismo que recusábamos a las aproximaciones de las teorías del derecho: no se preocupan quienes lo sostienen por reflexionar sobre la relación que se produce entre textos legales y normas (afirmaciones dogmáticas o teóricas —metadogmáticas— o afirmaciones de los juristas cuando «crean» derecho). Con otras palabras: queda fuera de sus preocupaciones el problema del conocimiento, al admitir como seguro el concepto «tradicional» de ciencia.

Cabe sintetizar todavía más lo dicho sobre estas teorías del derecho teniendo en cuenta las reflexiones expuestas hasta aquí y su contenido, sobradamente conocido por el «auditorio» al que se dirige este papel. De ello nos ocupamos inmediatamente. Antes es preciso advertir que también sirven como síntesis de algunas de estas posiciones, aunque sea parcialmente, las efectuadas al final del apartado anterior: queda a la imaginación de cada uno efectuar las respectivas correspondencias.

De las «teorías del derecho», por tanto, cabe decir que no quieren definir conceptos de derecho positivo, sino construir sistemas de reglas o normas jurídicas. Quienes las sustentan quieren asegurar un instrumento «puro» y complejo para la aplicación del derecho positivo. Piensan que es imposible tomar una decisión sólo con el auxilio del derecho positivo, y consideran que las viejas reglas de interpretación son inadecuadas. Los principios de los que, en general, desean partir son los siguientes:

1. Prácticamente, la ley positiva es transitoria. Es difícil de conocer. La solución está en lo que se observa efectúan otras «áreas de conocimiento»: partir de la premisa de que sólo «existen» palabras, comprensibles igualmente por todo hombre racional; en definitiva, que no hay «metafísica», aunque sea posible conocer la «verdad». El concepto de verdad es el concepto fundamental: está definido implícitamente por las conexiones de las palabras.

2. Las normas son construidas por la razón teórica. Son deducidas, a través de las reglas de la deducción, de un axioma. El señalamiento del axioma es libre para cada «teórico». Los axiomas son afirmaciones que no pueden ser demostradas. Las palabras son el límite: el lenguaje científico y, en ocasiones, el lenguaje común.

3. Las «teorías del derecho» «suponen» que la aplicación del derecho positivo es una operación compleja. Se dice que aplicación del derecho (positivo) es lo mismo que argumentación, porque existen comprensiones previas, reglas de interpretación, dogmática, datos, reglas de comunicación... En la práctica estas teorías hablan tan sólo sobre «lógica».

Estos principios suponen «cierta» consideración de la discusión habida en torno a la «teoría de la ciencia». También son una demostración de la pérdida de importancia de la ley en nuestra sociedad. La ley es un instrumento más de control social. En base

a ellos puede decirse que esto significa, por una parte, admitir que hay una pluralidad de ideas jurídicas y sociales; por otro lado, admitir que sólo la «razón», o la «verdad», es la ley. Con otros términos, según estos teóricos la democracia no tiene relación con la verdad o con las «teorías del derecho».

Prácticamente ello supone que se gane en precisión y en «razón», pero que se pierda en participantes en la discusión, tal y como señalábamos en el primer apartado. Esto es así porque lo que proponen las «autoridades» citadas, ante la fuerte dosis de irracionalidad con la que se conoce el derecho positivo por los juristas, es afirmar que el derecho es cognoscible, tan sólo, a través del instrumental «teórico» desarrollado por esos autores; para ellos es marginal el contenido de las leyes, así como todos aquellos elementos «impuros» que intervienen efectivamente en el «descubrimiento» de las normas. Con ello la pureza del método ha dejado de lado el problema de la «compresión» de «lo» jurídico, y «complicado» el acercamiento al mismo a los juristas y, mucho más, a los ciudadanos.

III

Ultimamente se sostienen ciertas «aproximaciones» al derecho a las que puede denominarse, ellas así o de forma similar se auto-denominan frecuentemente, «teorías de la justificación del derecho» (34). El apelativo es dudoso porque la generalidad de los autores a los que es posible encuadrar tras tal denominación, como aquí se explica, no hacen sino desarrollar los principios metodológicos sentados por las «teorías del derecho». Esto significa que siguen sin otra preocupación, a la hora de estudiar el derecho, que la de considerar que las palabras de la ley son el punto de partida, los axiomas, desde los que construir teoremas con los que integrar una teoría del derecho compacta: verdadera. Pese a todo es posible atribuirles la denominación: lo cierto es que acostumbra a tener en cuenta, aunque sea parcialmente, el «marco» en el que se produce el tránsito de los textos legales a las normas, aceptando, de alguna forma, que es dudosa la aplicación del término «certeza» (35) a lo que resulta de la mencionada operación.

(34) Precisa recientemente el término justificación, por contraste a la interpretación del mismo hecha por COTTA, Georges WROBLEWSKI, *Problems of Objective Validity of Norms*, en *RT*, 14, 1983, pp. 19-28. Aunque el término aparezca en concretas ocasiones, no es posible dudar de su latencia a lo largo del escrito colectivo: Aulis AARNIO, Robert ALEXI, Aleksander PECZENIK, *The foundation of legal reasoning*, en *RT*, 12, 1981, pp. 133-158, pp. 257-279, pp. 423-448.

(35) Lo cierto es que son escasos, entre estos autores, testimonios tan claros sobre esta duda como el de Neil MAC CORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, pp. 88 s. Por lo demás, en el resto de esta obra puede verse, en cambio, la «normal» gran extensión de la certeza en derecho que los autores aquí estudiados suponen: véase: *ibidem*: pp. 19-72. El que

Ahora bien, su coincidencia es mayor en lo que respecta a la admisión de las siguientes propuestas señaladas en el anterior apartado: que tanto la aplicación del derecho positivo, como la elaboración de las normas por la doctrina, la dogmática, son operaciones intelectuales, predominantemente; su carácter valorativo es reconocido pero apenas es estudiado. Generalmente, no se preocupan por constatar las características del modo habitual de aproximación al derecho del que nos ocupábamos en el primer apartado.

Para caracterizar con brevedad estas posiciones podemos servirnos de lo manifestado con respecto a las «teorías de la argumentación»; punto de encuentro de las referidas teorías (36).

Coinciden en recurrir no tanto a las tesis sobre la argumentación desenvueltas por juristas, como a las propuestas hechas por éticos, filósofos o teóricos de la ciencia, de filiación analítica, por lo general. Por ello este uso no es todo lo amplio que determinadas posiciones filosóficas (hermenéutica), científicas (historiadores de la ciencia) (37), la «realidad» jurídica o los mandatos constitucionales exigen. En efecto, es frecuente encontrar que las obras de los autores a los que nos referimos hagan tal remisión, y además de una forma genérica, sin explicar tales fundamentos, limitándose a exponerlos, solucionando la explicación con una cita a pie de página de las obras donde se contienen las mencionadas «argumentaciones». El contenido de estas obras, según estiman, está centrado en la discusión con las teorías del derecho: se supone que esta declaración de fe es lo que le interesa a los juristas (38).

Por estas teorías, a lo sumo, se elabora una teoría «racional» de la argumentación jurídica. Esta teoría no se funda en la observación del comportamiento habitual de los juristas, o en el marco del mismo, sino en las propuestas efectuadas por varios moralistas y filósofos, en especial, con respecto a un pretendido «discurso práctico racional» (39); en función de este discurso, sobre todo, incluso un autor «anglosajón» haga uso de estos principios es algo especialmente significativo: demuestra la pujanza de las «teorías de la justificación» como teorías «formales» de la argumentación.

(36) Si en las «teorías del derecho» predominaba la perspectiva kantiana de que «existe un sujeto trascendental», en éstas se participa de la convicción en lo que APPEL denomina «la trascendencia del consenso intersubjetivo» (Karl-Otto APPEL, *Transformation der Philosophie*, vol. 2, Frankfurt, 1973, pp. 163 s.).

(37) Véase *infra* nota 50.

(38) Paradigmático Aleksander PECZENIK, *Grundlagen der juristischer Argumentation*, Wien-New York, 1983, pp. 5 s. (véase texto y nota 4), pp. 1-9. También Aleksander PECZENIK, *The basis of legal justification*, Lund, 1983, pp. 1-5 (y sus notas respectivas: pp. 135 s.). Esta «descontextualización» de los testimonios supone que frecuentemente sean relacionadas teorías del derecho con concepciones gnoseológicas distintas, sin que se señalen esas diferencias.

(39) Me refiero a la obra de Robert ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt, 1978. Se puede comparar el lugar que ocupa en esta obra el estudio de una «teoría de la argumentación» jurídica, la de PERELMAN (pp. 197-218), con la del estudio de las restantes teorías morales, filosóficas y científicas (pp. 51-196), importancia que, por otra parte, nunca es negada por el autor.

aunque también teniendo en cuenta lo expresado por las «teorías del derecho» (40), se ha estipulado como teoría de la argumentación jurídica o discurso jurídico ideal, aquél en el que se siguen ciertas reglas y formas, conocidas «científicamente», las señaladas como las «propias» o «ideales» para el proceso jurídico, dejando de lado los valores, o reduciendo el tema de la justicia al de lograr una resolución obtenida a través del seguimiento de las citadas reglas y formas propias del «discurso jurídico racional» (41).

En relación con todo ello se encuentran las repetidas afirmaciones sobre la «certeza» o «cientificidad» de las afirmaciones de los dogmáticos o los juristas sobre los textos legales: las normas. Se dice que éste es, habitualmente, un conocimiento verdadero; en los «casos excepcionales» ese conocimiento tiene garantías porque es la «comunidad científica», la dogmática, integrada por personas que poseen en común un similar sentido de la vida, quien lo sustenta (42). Estas afirmaciones no están fundamentadas en las características señaladas por los estudios realizados sobre la dogmática directamente (43).

De ahí que antes expusiéramos la existencia de dudas, sobre si era o no propio atribuirles el apelativo de teorías de la justificación a estas teorías. En verdad no es el problema del conocimiento del derecho, el de su «marco de justificación» el que les interesa, o, al menos, el que afrontan especialmente. Lo que persiguen estas teorías es fortalecer y profundizar las denominadas «teorías del derecho», sin atender a datos jurídicos y sociales relevantes para con el derecho positivo que cada día son más evidentes. Por ello puede decirse que estas teorías son cada vez menos democráticas. Me remito como prueba de lo dicho a la circunstancia de que cuando los autores reseñados proponen teorías, éstas se efectúan desde la situación marcada por las «teorías del derecho» (44); las manifestaciones se producen en torno a la teoría de la norma

(40) *Ibidem*: pp. 273-284, pp. 288-346.

(41) *Ibidem*: pp. 356 ss. Cuando trata del derecho es éste un estudio internalista. De carácter analítico, deja de lado la fundamentación empírica de la argumentación, admitiendo su importancia, aunque, según declara, no acostumbre a tener certeza (p. 287).

(42) Así, en Aulis AARNÓ y otros, *The Foundation* cit., pp. 434-444, especialmente pp. 442 ss. Paradigmático: Aulis AARNÓ, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, Wien- New York, 1979, pp. 231-236, pp. 45-50, p. 198, pp. 168 s.

(43) Pueden verse las «fuentes» de las obras señaladas en la nota anterior o en PECZENIK, *The basis* cit., pp. 118-134, pp. 181-187 (notas). Enrique ZULETA-PUCEIRO, en *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*, Madrid, 1981, sigue esta actitud, pese a que enlaza con la discusión científica. Compárese los «datos» básicos de esta obra y los que se manejan en Thomas S. KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, México, 1962. Aquí está presente permanentemente el «contenido» de lo que hacen los científicos; se hacen suposiciones o filosofía sobre teorías científicas concretas o las versiones que de las mismas hacen los manuales (ilustra el plan de la obra: pp. 20-32).

(44) PECZENIK vincula el estudio formalista de la ley, su estudio con la jurisprudencia conceptual (PECZENIK, *The basis* cit., pp. 131 s.), sobre esto no habla en PECZENIK, *Grundlagen* cit.

y a la del sistema jurídico (45); cuando se trata sobre la argumentación se refieren a lo que exponen las «teorías analíticas» sobre la moral, la filosofía analítica sobre el lenguaje y las teorías positivistas sobre la ciencia o a la propia comunidad de «teóricos de la justificación del derecho»: a ellos mismos.

Por ello no ha de extrañar que, por ejemplo, una tesis sustentada por estos autores sea la de la especialidad del conocimiento del derecho, reiterando afirmaciones hechas por Kelsen. Se dice que es precisa una teoría del derecho «propia», distinta a las teorías que se efectúan sobre la naturaleza. Por ellas se menciona que el carácter prescriptivo del objeto de investigación: las leyes, afecta al de las proposiciones normativas: a lo dicho, incluso, por la dogmática (46), siendo ello algo muy distinto a lo que sucede con las afirmaciones que son elaboradas por la «ciencia de la naturaleza» (47). Congruentemente, en estas obras se señala que no son verdaderas ciencias sobre el derecho aquéllas que promueven teorías «sociales» o «políticas» sobre el derecho (48). Para estos autores la «verdadera» ciencia jurídica es la normativa o formal, precisamente por su «pureza».

De esta forma se cierra todo posible punto de contacto con otras perspectivas, efectivamente producidas, sobre el derecho positivo. No hay conexión con los sociólogos o los historiadores del derecho; tampoco con otros «científicos sociales» que tengan interés por estudiar al derecho desde su disciplina concreta. Se apartan de las incontables peticiones de «interdisciplinariedad» que se suceden desde los más variados campos científicos y, por lo mismo, de la elaboración de una teoría jurídica sistémica. Ni siquiera postulan alternativas suficientes a una dogmática que cada vez más se desmorona en el terreno de la pura exégesis. De ninguna manera facilitan un lenguaje jurídico accesible a todos los ciudadanos, siendo un obstáculo insalvable para propiciar el ejercicio del principio de participación o el del acceso a la justicia para todos los ciudadanos. En definitiva, dejan de lado el marco de la argumentación jurídica que constituye la que, en el primer apartado de este trabajo, hemos denominado «aproximación normal» al derecho: la diferencia existente entre textos legales y normas, incrementando con ello las complejidades jurídica y social (49).

Desde otra perspectiva, muy cara a quienes sostienen estas posiciones, en ellas obtienen escaso predicamento, las posturas científicas «humanistas» que sostienen, desde hace años, que el

(45) Es éste el núcleo teórico fundamental para mostrar la científicidad de la «teoría del derecho», en AARNIO, *Denkweisen* cit., pp. 40-169.

(46) PECZENIK, *The basis* cit., pp. 122 s. (párrafo 7.1.4).

(47) Se supone el principio de causalidad en AARNIO, *Denkweisen* cit., p. 43 (párrafo 3.1.7).

(48) PECZENIK, *The basis* cit. pp. 132 ss.

(49) Al respecto resulta de interés: VIKTOR AREVALO-MENCHACA, *Jurisprudenz und Rechtssoziologie heute*, en ARSP, 1982, pp 182-199.

conocimiento científico es realizado en el seno de una comunidad muy amplia, no tan sólo la científica, a la que hay que considerar a la hora de sentar teorías. Hace años se sostiene que el producto de las ciencias no es una «pura» consecuencia, sino el resultado de múltiples factores externos a la misma, que impiden que esa pureza sea puesta en práctica. Como es sabido, se extiende entre las ciencias la convicción de que sus afirmaciones, incluso las teóricas, son valorativas en buena medida. Se dice que son «imputaciones». Estas tienen un mayor o menor efecto por el grado de admisión de las mismas por la colectividad que las elabora o las discute o las aplica. Esa colectividad no es tan sólo la científica, sino también la colectividad de intereses económicos, militares, gubernamentales o «ciudadanos» que sufren sus consecuencias, tal y como señalan innumerables ejemplos que aquí no cabe traer. Se viene demostrando que el conocimiento está afectado por las vivencias del que emite o analiza las afirmaciones, siendo preciso para poder ser alegadas acumular en su torno el mayor consenso posible: de todos los hombres, no del «hombre racional», o de una comunidad científica ideal, o de un grupo de personas con un mismo «nivel de vida» (50).

Llegados a este punto, cabe reclamar la postulación de teorías del derecho que fomenten un conocimiento «racional» del mismo afrontando que de hecho se le conoce irracional o valorativamente. Estas teorías, además, han de perseguir la elaboración de una terminología y conceptos jurídicos que sirvan para satisfacer el mayor «auditorio» posible, dadas las exigencias de los mandatos constitucionales. Auditorio que no está versado, a todas luces, en un lenguaje jurídico formal (51).

(50) La literatura concerniente es sobradamente conocida. En ocasiones es citada por los autores estudiados. Es sabido que hay dos vertientes del problema: por un lado, está la duda sobre la firmeza del método científico de conocimiento que arranca, próximamente, de Karl POPPER. *La lógica de la investigación científica*, Madrid, 1982; siguiendo esta corriente se ha hablado de la importancia de la historia en la aplicación de los métodos científicos, e, incluso, de las variaciones de estos métodos (KUHN); con posterioridad, profundizándose el cambio filosófico que transcurre entre el WITTGENSTEIN del *Tractatus* y el de las *Investigaciones filosóficas*, se ha transformado, incluso, el concepto científico de «proceso de descubrimiento» en el de «contexto del descubrimiento», eliminando los rasgos psicologistas que estaban presentes en la obra de POPPER, en este sentido, FEYERABEND (por ejemplo: Paul K. FEYERABEND, *La ciencia en una sociedad libre*, Madrid, 1982) o HANSON (N. R. HANSON, *Patterns of Discovery*, Cambridge, 1961). La pujanza de lo que significan los vocablos «historia de las ciencias», incluso en Alemania, ha quedado reflejado en la obra colectiva: Clemens BURRICHTER (ed.), *Grundlegung der historischen Wissenschaftsforschung*, Basel, 1979, véase la amplitud de la bibliografía recogida en esta obra: pp. 213-266. Sobre la necesidad de la interdisciplinariedad: L. APOSTEL y otros, *Interdisciplinariedad y ciencias humanas*, Madrid, 1983. De otro lado se encuentran las aportaciones hermenéuticas de un GADAMER o, mejor, de HABERMAS, que inciden, con peculiaridades, en lo expresado.

(51) La exploración de RAWLS hacia la justicia, está repleta de sugerencias para la constitución de tal teoría. Si no se ha hecho aquí referencia a la misma es porque el interés de la presente «aproximación» frente a usuales

La referida teoría del derecho democrática, aquí todavía en germen, parece ha de estar fundamentada en lo siguiente. Ante todo, ha de ser elaborada teniendo en cuenta las características de la aproximación al derecho que efectúan los juristas «realmente». También los resultados de los trabajos empíricos y analíticos que hasta el momento han sido efectuados sobre el derecho positivo. Ha de intentar formular unos conceptos y términos jurídicos que sean cognocibles por todos los técnicos y los ciudadanos. Ha de contar con que sus proposiciones han de servir para justificar democráticamente las decisiones producidas en procesos jurídicos organizados de tal forma que potencien la concurrencia de la complejidad de nuestras sociedades, cumpliéndose así los principios constitucionales afectados hasta el momento. Con ello, no creo exista la menor duda, se impediría la práctica usual: una aplicación y conocimiento del derecho positivo «irracionales», «libres» para cada técnico. Medidas como la de la ampliación de la participación de los ciudadanos en las decisiones jurídicas, o la exigencia de una enseñanza del derecho democrática: propulsora de un jurista «crítico», consciente de su papel social, son ejemplos de algunas de las causas, consecuencias u objetivos a cubrir por dicha teoría. Así cabría hacer efectiva la trilogía democracia-razón-derecho.

«aproximaciones» de la filosofía del derecho, es el de señalar las características y debilidades de la reflexión continental sobre el derecho contando con sus problemas más aproximados, dado que ello, a consecuencia de la situación descrita, es lo más urgente para esa reflexión.