

Un punto de vista sobre la filosofía del Derecho

Por LUIS PRIETO SANCHIS

Castilla-La Mancha

SUMARIO: 1. La filosofía del derecho y la formación del jurista.—2. La filosofía del Derecho como crítica de la Dogmática.—3. Ciencia y filosofía en la teoría del Derecho.—4. Propuestas para una teoría de la Justicia.

1. LA FILOSOFIA DEL DERECHO Y LA FORMACION DEL JURISTA

La creciente especialización y, sobre todo, el culto a una suerte de tecnicismo pragmático que en los últimos tiempos parece extenderse entre los responsables de la política universitaria, quizá como reflejo de una demanda de ciertos sectores sociales o económicos, hace cada día más difícil justificar o simplemente explicar la presencia en nuestras Facultades de las llamadas disciplinas formativas, cuando no la existencia misma de algunas de esas Facultades y ello me parece especialmente cierto cuando la asignatura en cuestión corre el riesgo de aparecer como un cuerpo extraño en el organismo de un plan de estudios destinado principalmente a proporcionar otra clase de saberes, como creo que sucede con el «Derecho Natural y la Filosofía del Derecho» en las Facultades jurídicas. En este aspecto, no debe ser casual que cuantos imparten enseñanzas en estos centros sean con toda probabilidad los cultivadores de dicha disciplina quienes con mayor frecuencia se interrogan acerca del sentido, objetivos y límites de la asignatura (1), y, en verdad, su reflexión no versa sobre algún aspecto se-

(1) Tal vez ello obedezca a esa necesidad de justificarse que, en opinión de POPPER, pesa sobre la filosofía profesional. Véase su trabajo «Cómo veo la filosofía», en *La lechuza de Minerva. ¿Qué es filosofía?*, ed. de Ch. Bontempo y S. Jack Odell, Cátedra, Madrid, 1979, en especial, pág. 58. Para citar sólo las contribuciones más recientes de nuestra filosofía del Derecho que muestran esa preocupación sobre su propio estatus y atención docente recordemos el volumen colectivo *La filosofía del Derecho en España*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 15, Granada, 1975; también el monográfico núm. 5 de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1982; por último, e incorporando la opinión de autores extranjeros, el núm. 1 de la *Revista Doxa*, «Problemas abiertos en la filosofía del Derecho», Alicante, 1984.

cundario de la organización o método docente, sino que implica aspectos sustanciales que condicionan desde la posibilidad misma de la reflexión filosófico-jurídica hasta la utilidad de su mantenimiento académico, pasando por la siempre abierta delimitación de unos contenidos en ocasiones bastante heterogéneos e incorporados para satisfacer nuevas exigencias que, por los motivos que fuese, no encontraban mejor ubicación en otros ámbitos.

Sin duda, ese esfuerzo de clarificación puede representar un signo de la vitalidad de quien no se conforma con seguir la inercia académica de lustros y busca su lugar en la cultura contemporánea; pero un exceso de autocontemplación hace sospechar también que un relativo desconcierto preside hoy la delimitación de tareas de la única disciplina que, bajo distintas denominaciones, se imparte en el primer y último curso de la Licenciatura en Derecho; quizá, más exactamente, no se trata de una fundamental falta de definición de las tareas, sino del sentido que las mismas pueden tener en la formación del jurista.

Desconcierto que, en mi opinión, se ha visto últimamente acentuado como consecuencia de la integración de la asignatura en esa multiforme área de conocimiento que se intitula «Filosofía del Derecho, moral y política», donde han encontrado acomodo especialidades de varios centros universitarios cuyo nexo de unión me parece más el resultado de una construcción ideal que de una meditada atención a los objetivos, preocupaciones y finalidades que la realidad académica ha ido decantando a lo largo de años. No voy a discutir las estrechas relaciones que enlazan la ética con la filosofía jurídica; al, contrario, como luego se verá, creo firmemente en ellas y confío en que puedan obtenerse valiosos frutos de su recíproca influencia, pero también es viable defender las vinculaciones con la historia de la filosofía o de las ideas políticas o incluso, si se quiere, la universalidad del saber, sin que ello postule su traducción administrativa en forma de «área de conocimiento». Porque el problema que se debate es distinto; dicho de una forma que confieso superficial y exagerada, desde la perspectiva de las Facultades jurídicas, la cuestión consiste en optar entre el Derecho como objeto de una reflexión crítica y el Derecho como disculpa para el desarrollo de una construcción ajena a lo jurídico. Es verdad que la prudencia está impidiendo que la filosofía del Derecho se transforme en algo parecido a la asignatura de Economía, valiosa suma de conocimientos suplementarios y útiles para el jurista, aunque ajenos a su propio saber; pero tampoco cabe ocultar que la nueva ordenación resta argumentos a la filosofía jurídica para desarrollar a fondo el único papel que, a mi juicio, puede desempeñar en las Facultades de Derecho: ser estímulo y conciencia crítica del Derecho y del saber dogmático (2).

Tal vez esta sea también la mejor explicación y, por qué no justificación, de la perenne introspección de la filosofía del Derecho en busca de su sentido y objetivos; porque, a diferencia de lo que sucede con

(2) Los argumentos sobre el problema comentado fueron debatidos en el curso del VI Encuentro de profesores de filosofía del Derecho celebrado en Zaragoza en diciembre de 1983.

la dogmática, aquí no se trata de actualizar los contenidos docentes para mejor responder a las nuevas situaciones o conflictos sociales, sino sencillamente de dilucidar la clase de jurista que debe formar un centro universitario de acuerdo con la tradición, pero atendiendo también a las condiciones económicas, sociales y políticas del momento histórico. Reconozco que es fácil caer en tentaciones hiperbólicas y grandilocuentes; no creo que de la presencia de una disciplina en el plan de estudios ni de sus contenidos dependa de modo fundamental el devenir intelectual de una comunidad y la verdad es que la evolución española ofrece algunos ejemplos de divorcio entre una pujante cultura y una decadente Universidad (3). Lo único que deseo indicar es que la posible utilidad de una filosofía del Derecho no responde sólo a consideraciones académicas o de peritaje profesional, sino que implica un planteamiento más general en el que no son indiferentes cuestiones tales como el carácter pluralista o democrático de la organización política.

En efecto, me parece que hoy es generalmente admitida la concepción del Derecho como forma específica de control social, esto es, como técnica diseñada para encaminar a los miembros de una comunidad de acuerdo con ciertos modelos de comportamiento y en vistas de determinados objetivos (4); por supuesto, el Derecho es además otras muchas cosas que ahora no procede discutir y, por otra parte, me interesa subrayar siquiera sea de pasada que el orden jurídico desempeña esa función de control no sólo con relativa eficacia, sino también con notable ventaja sobre otras formas o técnicas de condicionamiento de la conducta más sutiles y dulces, pero con frecuencia más totalizadoras y que dejan al individuo en mayor indefensión (5). Sea como fuere, no parece que puedan abrigarse dudas acerca de esa dimensión del Derecho como uno de los más vigorosos instrumentos de ordenación social y ello cualquiera que sean los postulados de justicia o los principios ideológicos que pretenda realizar.

En realidad, ello pone de relieve que las implicaciones políticas no sólo se hallan presentes en la definición de los estudios filosófico-jurídicos, sino que afectan en general a toda la enseñanza del Derecho.

(3) En este sentido, parece inevitable evocar el carácter no universitario de nuestra filosofía iluminista de la segunda mitad del siglo XVIII. Véase ABELLÁN, J. L., *Historia crítica del pensamiento español*, vol. II, Espasa Calpe, Madrid, 1981, págs. 576 y sigs. y la bibliografía allí citada.

(4) Véase DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1971, 2.ª ed., 1980, cito por la reimpresión de 1984, págs. 14 y sigs.

(5) En el ámbito del Derecho penal, que es donde la función de control social adquiere rasgos más vigorosos, periódicamente renace el ideal de sustituir los castigos por otros modelos más dulcificados; dicha opinión tiene su origen, al menos, en la teoría de los substitutivos penales desarrollada por la filosofía de la Ilustración y llega hasta algunas corrientes de la criminología contemporánea, pasando, por ejemplo, por el correccionalismo representado en España por Dorado Montero. Véase como simple aproximación al problema mi trabajo «La filosofía penal de la Ilustración. Aportación a su estudio», en *Anuario de Derechos Humanos*, 3, 1985, págs. 287 y sigs.; BARATTA, A., «Criminología liberale e ideologia della difesa sociale», en *La Questione Criminale*, I, en especial págs. 55 y sigs.; PAVARINI, M., *La Criminologia*, Le Munier, Florencia, 1980.

Como ha recordado recientemente Capella, «el derecho es un instrumento de poder político cuyo funcionamiento convierte en agentes suyos a sus operadores “técnicos” debido a que exige la adopción de decisiones de individualización y concreción por los juristas de las normas dictadas por el aparato jurídico político», y de ahí que el discurso hermenéutico de los juristas pueda ser considerado como un caso de especificación del discurso normativo del poder (6). Lo que sucede es que dentro del modelo de enseñanza del Derecho, la filosofía jurídica constituye tal vez el punto de referencia clave para conocer o juzgar, más allá de los aspectos técnicos, el tipo de jurista que se desea formar. Pudiera decirse que en la misma se dirime la dimensión ideológica de la docencia jurídica o, al menos, gran parte de ella.

Ahora bien, ¿en qué medida la naturaleza del objeto puede condicionar el modelo de conocimiento y en qué medida éste ha de desarrollarse con independencia de aquél?; si aceptamos que el Derecho es una técnica de control social ¿podemos definir a los juristas como técnicos de control social? La pregunta produce por sí misma suficiente inquietud, pero se hace más acuciante si tenemos en cuenta que el jurista no es sólo un receptor pasivo de cierta información, sino que, en mayor o menor medida, es un procesador de la misma o, en otros términos, es un operador jurídico. A veces se distingue, y es útil hacerlo, entre un punto de vista externo y un punto de vista interno (7) para aludir a la diferente posición de quien únicamente quiere describir la realidad jurídica —v. gr. lo que establece el Derecho norteamericano sobre la sucesión testamentaria— de quien pretende además invocarla o buscar en ella criterios para dictar una decisión. Pero, salvo ejemplos académicos, las corrientes de pensamiento más atentas al comportamiento efectivo de los tribunales y de la doctrina «científica» saben que no existe el puro punto de vista externo o, con terminología más tradicional, que no existe el jurista puro. Como dice Bobbio, cuando el jurista no se vea en la necesidad de construir las reglas jurídicas de la misma manera que el artesano fabrica con sus propias manos sus instrumentos, será señal de que algún otro jurista las ha construido y preparado con anterioridad (8). Más adelante nos ocuparemos del problema con algún detalle; baste decir ahora que la labor del jurista, incluso del teórico, versa sobre el Derecho, pero al mismo tiempo forma parte del propio Derecho.

En estas condiciones, la contestación a la pregunta que antes quedó formulada no sólo presenta una dimensión teórica, lo que ya sería

(6) CAPELLA, J. R., «La crisis actual de la enseñanza del Derecho en España», en *La enseñanza del Derecho*, seminario de profesores de la Facultad de Derecho, director J. J. Gil Cremades, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1985, pág. 24.

(7) La distinción ha sido particularmente desarrollada por Hart con una riqueza de matices que no queda reflejada en el texto y que ahora no procede examinar. Véase HART, H. L. A., *El concepto de Derecho* (1961), traducción de G. Carrio, 2.ª ed., Ed. Nacional, México 1980, pág. 102 y sigs.; PARAMO, J. R., *Hart y la teoría analítica del Derecho*, C.E.C., Madrid, 1984, págs. 86 y sigs. y 323 y sigs.

(8) BOBBIO, N., «Ser y deber ser en la ciencia jurídica» (1967), en *Contribución a la teoría del Derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel, F. Torres, Valencia, 1980, pág. 211.

suficiente, sino también política. Si el Derecho es control social, ¿habrán de ser los juristas técnicos de control social, teniendo en cuenta que técnicos no significa sólo «conocedores de la técnica», sino también manipuladores de la misma? En principio, ninguna respuesta debe ser motivo de escándalo y, de hecho, la historia del saber jurídico registra numerosos ejemplos en que el estamento de «letrados» ha servido o se ha intentado que sirviese de un modo inmediato y directo a los designios del poder político. García-Pelayo ha estudiado con detalle la importante función desempeñada por el estamento de juristas en la formación del Estado moderno como «militia legum» junto a la «militia armata» (9) y, por lo demás, no es preciso recordar el empeño político de Napoleón por definir el carácter de las enseñanzas jurídicas tras la promulgación del Code (10).

Lo importante, a mi juicio, es comprender que el futuro de la filosofía del Derecho se halla estrechamente vinculado a la portura que se adopte ante el interrogante comentado, que postular un determinado tipo de jurista condiciona la presencia y el sentido de la reflexión filosófico-jurídica en las Facultades de Leyes. Si el objetivo es formar un técnico operativo y acrítico capaz de utilizar las normas a la perfección, pero ignorante de las implicaciones sociales y políticas de su labor, entonces bien puede pedirse para la disciplina un lugar en el museo de la historia o, lo que quizá sería peor por lo que tiene de encubrimiento, un puesto ornamental en el plan de estudios; y por ornamental no entiendo una posición devaluada de asignatura optativa, sino sobre todo un género de docencia desvinculada de las preocupaciones jurídicas, que en el mejor de los casos puede incrementar la erudición del profesional del Derecho, dejando intacto su saber dogmático. Que tal desvinculación no se produzca depende, sin duda, de los cultivadores de la disciplina, pero parece evidente que algunas decisiones administrativas pueden contribuir, siquiera sea psicológicamente, en uno u otro sentido; concretamente, pueden contribuir a que el filósofo del Derecho pierda la única virtud que M. Sacristán le atribuía en 1968: «no se presenta ante los estudiantes como enviado de una enigmática instancia titular de un saber sustantivo superior al de la ciencia jurídica» (11).

Me parece que esta concepción en cierto modo instrumental de la filosofía del Derecho como disciplina crítica y desintoxicadora de los estudios jurídicos, al menos en el plano didáctico, es hoy generalmente compartida por los especialistas, cualquiera que sea su posición ideológica o su actitud en el debate siempre abierto entre positivismo y ius-

(9) GARCÍA-PELAYO, M., «La idea medieval del Derecho» (1962), en *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Revista de Occidente, Madrid, 1968, pág. 104 y sigs.

(10) Además de la clásica obra de J. BONNECASE, *L'école de l'exégèse en Droit civil*, París 1924, puede verse BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, Lezioni raccolte dal Dott. N. Morra, Giappichelli, Torino, 1979, págs. 86 y sigs.

(11) SACRISTÁN, M., «Sobre el lugar de la Filosofía en los estudios superiores», (1968), en *Papeles de filosofía*, Icaria, Barcelona, 1984, pág. 372.

naturalismo, e incluso con independencia de que consideren a la filosofía en sí misma como un género de saber sustantivo; en estos casos, su presencia en las Facultades de Derecho ejerce presión suficiente para equilibrar las tentaciones autonomistas. Sin duda, no es pacífica la delimitación precisa de los contenidos y en ocasiones la polémica acerca del carácter científico o filosófico de determinada actividad cognoscitiva adquiere carácter bizantino, pero, en cambio, no parece discutirse que la función de la asignatura es contribuir a formar un jurista capaz de abrir su mente más allá de la normatividad empírica, atento a los intereses y valores sociales implicados en el Derecho, en definitiva, consciente del sentido último de la técnica que domina (12). Sin duda, tal labor no puede a su vez realizarse desde una posición dogmática o acrítica, sino que es preciso problematizar la propia perspectiva filosófica, es decir, no sólo preguntarse por las condiciones del saber dogmático, sino también por los presupuestos y posibilidades del saber filosófico (13).

Pero ¿qué clase de crítica?, y sobre todo ¿desde qué parámetros o criterios? En mi opinión, ningún género de conocimiento puede entablar con éxito un combate con los datos o elementos de la realidad, ni en este caso creo que deba hacerlo. En concreto, pienso que la filosofía jurídica no puede proponerse como objetivo lesionar el modelo de jurista técnico, operativo y cientifista que parece requerir la sociedad contemporánea (14); su misión no ha de ser formar «extraordinarios razonadores y profundos metafísicos», cualidades que exigía Rousseau para conocer el Derecho Natural (15). Más bien al contrario, la reflexión filosófica ha de encontrar en ese modelo su punto de partida, no su negación, a fin de poner de relieve las insuficiencias, condicionamientos e implicaciones del trabajo dogmático y del mismo Derecho positivo. Recurriendo a las clarificadoras distinciones bobbianas (16), la filosofía jurídica puede resultar viable si enseña al jurista a hacer mejor lo que venía haciendo y no pretende que haga cosas distintas para las cuales, entre otras cosas, carece de preparación. Es más, creo que puede prescindirse de esa dimensión prescriptiva: al menos en principio, no se trata propiamente de perfeccionar los modos de tra-

(12) Me remito a las consideraciones de PECES-BARBA, G., *Introducción a la filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983, pág. 187. En un sentido análogo véase la reciente *Filosofía del Derecho*, de N. LÓPEZ CALERA, Comares, Granada, 1985, cuyo capítulo I se titula precisamente «La filosofía del Derecho como teoría crítica del Derecho», págs. 13 y sigs.

(13) Sobre ello ha llamado la atención R. MACÍ en «Crítica del conocimiento filosófico-jurídico», en *La filosofía del Derecho en España*, citado, págs. 151 y sigs.

(14) Es más, en ese cientifismo ve LÓPEZ CALERA un motivo del renacer de la reflexión jurídica. Véase «Filosofía del Derecho: crítica y utopía», en *La filosofía del Derecho en España*, citado, págs. 139 y sigs.

(15) ROUSSEAU, J. J., «Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres» (1754), en *Escritos de Combate*, trad. y notas de S. Maso, introducción de G. Benrekassa, Alfaguara, Madrid, 1979, pág. 144.

(16) Me refiero a la duplicidad del saber de que habla BOBBIO ya en su artículo de 1950, «Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje», en *Contribución a la teoría del Derecho*, citado, págs. 174 y sigs. Véase también su «Teoría della scienza giuridica», Giapichelli, Torino, 1950.

bajo, es decir, no se trata de producir mejores técnicos, sino de que éstos sean conscientes del carácter de su labor, en resumen, de mostrar el status y los límites del conocimiento y de la práctica jurídicas.

Dicho de un modo más directo, las Facultades de Derecho forman abogados, jueces, funcionarios de la Administración pública, etc., y a ese fin han de enderezarse «también» los estudios filosófico jurídicos si quieren conservar algún sentido en un centro docente que ha de proporcionar lo que exige el «mercado». La cuestión reside más bien en saber qué clase de técnicos se requieren, con qué capacidades y sensibilidades (17); y es aquí donde entra en escena la filosofía del Derecho, no para formar eruditos en un arte desvinculado de su propio arte, ni siquiera directamente para acumular saberes, sino para que aquellos sean conscientes de su función y del carácter e implicaciones de lo que constituye su material de trabajo. Como escribe Pérez Luño con cierta contundencia, «es evidente que tan sólo la organización didáctica de los estudios jurídicos que se proponga formar auténticos juristas precisará impartir disciplinas de carácter iusfilosófico. Mientras que para la producción de leguleyos, jurisperitos y rúbulas puede, perfectamente, omitirse toda referencia a la consideración crítico-valorativa que la perspectiva filosófica de los problemas jurídicos comporta» (18).

2. LA FILOSOFIA DEL DERECHO COMO CRITICA DE LA DOGMATICA

Venimos hablando de una función crítica, pero con ello apenas indicamos un género de aproximación que permite numerosos desarrollos; porque es evidente que una reflexión crítica, por ejemplo, sobre el Derecho positivo puede partir de una previa construcción metafísica, de un conocimiento que quiera presentarse como alternativa al conocimiento científico o, también, tomar como criterio de enjuiciamiento los dogmas de una religión, los objetivos de un programa político, etc. Tal vez alguna de estas tareas sea legítima, pero no parece que sea la perspectiva adecuada para una filosofía jurídica no presuntuosa que quiera evitar convertirse en un cuerpo extraño en el marco de la cultura moderna y particularmente en las Facultades de Derecho. Sin duda, deberá ofrecer algo distinto a la llamada ciencia del Derecho, pero no contradictorio con ella; éste habrá de ser el objeto de la crítica, pero también su punto de partida.

Aquí reside probablemente uno de los primeros retos que tuvo que enfrentar la moderna filosofía del Derecho, pues, como es sabido, ésta incluso recibe su denominación en el ambiente intelectual del positivismo, cuando pierde legitimidad toda actividad teórica que no fuese

(17) En este sentido CAPELLA, J. R., *La crisis actual de la enseñanza del Derecho en España*, citado, pág. 25.

(18) PÉREZ LUÑO, A. E., *La filosofía del Derecho y la formación de los juristas*, Sistema, 49, julio de 1982, pág. 90.

reflexiva o receptiva de los fenómenos y de sus relaciones causales, concretamente cuando pierde legitimidad una actividad constructiva como fue el Derecho natural racionalista; y asimismo en el momento en que la ciencia pretende agotar las posibilidades de conocimiento fiable o verdadero (19). Desde entonces la filosofía parece hallarse en un diálogo permanente con la ciencia, lo que tal vez explique esa necesidad de justificarse que fue observada por Popper (20) y que, desde luego, se ha transmitido a la filosofía del Derecho; con la particularidad de que esta última ha de dialogar con una ciencia tan sui generis que quizá no merezca esta denominación, como es la ciencia del Derecho, lo cual, por cierto, no supone un venturoso llamamiento a la filosofía para ocupar el puesto de aquélla, sino un síntoma preocupante que alcanza a cualquier reflexión sobre el Derecho (21).

Creo, sin embargo, que el problema no puede ser eludido y debe plantearse en estos términos, si se quiere pesimistas. Si no ha de construir un orden de convivencia ideal según el modelo iusnaturalista, si tampoco ha de ordenar e interpretar el material jurídico positivo, ¿qué aportación cabe esperar de la filosofía del Derecho? Desde la perspectiva neoempirista, la respuesta puede ser la siguiente: en el mejor de los casos (22), la reflexión filosófica se resuelva en una metodología, en el doble aspecto de teoría de la ciencia jurídica, esto es, de estudio del significado y alcance de los conceptos de la ciencia del Derecho, y de lógica de las concepciones de la justicia, es decir, de análisis de los juicios de valor empleados en las diversas concepciones de la justicia (23). La filosofía es así «crítica del lenguaje» (24) y, por tanto, la filosofía del Derecho será un metalenguaje que como máximo tendrá como objeto analizar las entidades lingüísticas que se presentan como Derecho o que, a su vez, hacen del Derecho el motivo de su reflexión, tengan o no carácter científico, se integren o no como elementos prescriptivos dentro del sistema jurídico.

No cabe duda que esta tarea puede aportar una cierta terapéutica

(19) Véase sobre todo ello GONZÁLEZ VICEN, F., «El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea» (1950) y «La Filosofía del Derecho como concepto histórico» (1969), en *Estudios de filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, 1979, págs. 47 y sigs. y 207 y sigs.

(20) Véase el trabajo polémico de G. BUENO, *El papel de la Filosofía en el conjunto del saber*, Ed. Ciencia Nueva, Madrid, 1970.

(21) Véase la reflexión de L. FRIEDMANN, *The legal system. A social Science Perspective*, 1975. He utilizado la versión italiana de G. TARELLO, Il Mulino, Bolonia, 1978, pág. 359.

(22) Digo en el mejor de los casos porque si adoptamos la posición rigurosa de Carnap y concebimos la filosofía como lógica de la ciencia no parece que sería viable una filosofía del Derecho. Para ello habríamos de aceptar que las concepciones sobre la justicia y la ciencia del Derecho presentan status científico, lo que, al menos en el primer caso, es más que discutible. De R. CARNAP véase *Filosofía y sintaxis lógica* (1934), trad. de C. Molina, UNAM, México, 1963, y parcialmente en *La concepción analítica de la filosofía*, ed. de J. Muguerza, Alianza, Madrid, 1981, págs. 294 y sigs.

(23) Un desarrollo de esta perspectiva puede encontrarse en E. PATTARO, *Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia jurídica* (1978), trad. y notas de J. Iturmendi, Reus, Madrid, 1980, págs. 82 y sigs.

(24) WITTGENSTEIN, L., *Tractatus logico-philosophicus* (1921), trad. de E. Tierno, 2.ª ed., Alianza, Madrid, 1973, pág. 203.

de la que el saber jurídico parece estar necesitado, en parte por la dimensión ideológica que presentan muchas de sus aparentes descripciones y en parte también por el horror al cambio de alguna terminología que ha sabido atravesar dos mil años de historia, desde el Derecho romano hasta nuestros días, pero con alteración profunda de su significado. La filosofía del Derecho cumpliría de este modo una función ordenadora y clarificadora, cuyo objetivo no sería dilucidar la verdad de una proposición, la validez de una prescripción o la justicia de una política jurídica, sino mostrar el significado de esos enunciados (25). Cuanto mayores sean las dificultades que presenta el lenguaje para cumplir su misión, más relevancia parece adquirir la filosofía, que es una reflexión sobre las posibilidades mismas de ese lenguaje.

Únicamente deseo formular dos precisiones en torno a esta tarea, al parecer hoy indiscutible, de la filosofía jurídica. En primer lugar, me parece dudoso que el objeto de reflexión deba circunscribirse necesariamente a entidades lingüísticas, sino que puede resultar enriquecedor, al menos en nuestro ámbito, verificar de modo conjunto algunos análisis empíricos capaces de mostrar el origen y las consecuencias prácticas del empleo de ciertas expresiones y significados o la coherencia entre éstos y el modo efectivo de comportarse de los operadores jurídicos; en mi opinión, si la filosofía jurídica quiere desarrollar a fondo su función crítica, no parece que deba automutilarse en atención a escrúpulos metódicos, siempre que diferencie con nitidez los diferentes planos de análisis. Pero, de otro lado, la virtualidad del empeño crítico requiere actuar con prudencia; la filosofía del Derecho podrá poner de relieve la distancia que separa el saber jurídico del paradigma científico y podrá también incluso orientar la labor del jurista hacia fórmulas más seguras o depuradas, pero no deberá proponer modelos inalcanzables o que, de alcanzarse, dejarían un hueco que sería inmediatamente cubierto por nuevos juristas. Como sugiere K. Baier aunque refiriéndose a un aspecto distinto, el problema de aplicar las matemáticas a la moral no es ya que sea imposible, sino que, de proceder así, no estaremos haciendo mejor lo que hacíamos antes, sino que estaremos haciendo otra cosa diferente (26).

En este sentido, y aunque el calificativo no me satisface, creo que la filosofía como teoría y crítica de la ciencia jurídica debe desempeñar ante todo una función desenmascaradora de algunos persistentes mitos que han dominado la doctrina de la interpretación jurídica, tanto científica como operativa y que han servido, entre otras cosas, para mantener el prestigio de una «doctrina» y de una jurisprudencia neutral y apolítica. Con ello, no se pretende deslegitimar la actividad del

(25) Escribía MORITZ SSCHLICK, «La actividad mediante la cual se descubre o determina el sentido de los enunciados: ésta es la filosofía. Por medio de la filosofía se aclaran las proposiciones, por medio de la ciencia se verifican. A esta última le interesa la verdad de los enunciados, a la primera lo que realmente significan...», «El viraje de la filosofía», en *El positivismo lógico*, compilado por A. J. Ayer, F.C.E., 2.^a reimpresión, 1981, pág. 62.

(26) BAIER, K., «The Moral Point of View», Cornell University Press, Ithaca, 1958.

jurista, pero sí mostrar su auténtico carácter, obligándole a salir del confortable refugio de la justificación técnica y a buscar la posición que le corresponde entre los titulares de un poder de decisión. Dicho en pocas palabras, la alternativa al primer positivismo jurídico empeñado en estirar las posibilidades de la lógica tanto como fuese necesario para amparar al científico del Derecho no es, a mi juicio, diseñar una nueva lógica, llámese tópica, retórica o hermenéutica, dirigida a justificar de otro modo idénticos resultados. Desde esta perspectiva, es preferible una teoría descriptiva que, tras mostrar la realidad de las cosas, enfrente al jurista a su propia responsabilidad.

No comparto, por ello, el sentido de algunos esfuerzos incluidos dentro del llamado saber problemático o nueva dogmática (27) que no se conforman con explicar las características y complejas operaciones del conocimiento jurídico, sino que traten de legitimar a través de un supuesto conocimiento supraindividual la función de un jurista, sobre todo de un juez, fuertemente desvinculado del derecho estricto, pero que, no obstante, mantiene su prestigio de órgano técnico no guiado por consideraciones subjetivas o ideológicas (28). En mi opinión, los elementos extrasistemáticos que se proponen para completar la ley e incluso, en ocasiones, para oponerse a ella, como la precomprensión que se orienta en búsqueda de un consenso general, la naturaleza de la cosa, etc., no sólo presentan serias dificultades de interpretación, sino que en todo caso no son más legítimos que los valorados por el legislador. De ahí que tampoco pueda sumarme a la teoría de la adjudicación de Dworkin (29) que paradójicamente, y partiendo de unas premisas distintas, alcanza resultados análogos merced a su concepción unitaria de Derecho y moral (30), donde el juez desempeña una función activista, aunque encubierta bajo el título de órgano aplicador de «la mejor teoría explicativa y justificadora del Derecho» (31). Desde luego, no cabe desconocer la importante contribución de este género de planteamientos para desentrañar el peculiar carácter del razonamiento jurídico, pero, en lo que tienen de justificación del papel del jurista, me parece más luminosa la siguiente afirmación, un tanto enigmática, con la que Kelsen finaliza su última gran obra: no existe una lógica específicamente jurídica; es la lógica general la que ha de ser

(27) Esta última denominación la emplea J. ITURMENDI, en «Una aproximación a los problemas del método jurídico desde la filosofía del Derecho», en «Estudios de filosofía del Derecho y ciencia jurídica en memoria y homenaje a don Luis Legaz Lacambra», C.E.C., Facultad de Derecho, Universidad Complutense, vol. I, Madrid, 1983, págs. 604 y sigs.

(28) Véase, por ejemplo, ESSER, J., «Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del Diritto» (1972), trad. de S. Patti y G. Zaccaria, Ed. Scientifiche italiane, Ercolano, Napoli, 1983, pág. 201 y sigs.

(29) DWORKIN, R., «Los derechos en serio» (1977), trad. de M. Guastavino, prólogo de A. Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1984, en especial pág. 146 y sigs.

(30) Véase la crítica de HART, H. L. A., «El nuevo desafío al positivismo jurídico», trad. de F. Laporta, L. Hierro y J. R. de Páramo, Sistema núm. 36, mayo 1980, págs. 3 y sigs.

(31) He realizado un estudio más detallado sobre este tema en «Ideología e interpretación jurídica», Tecnos, Madrid, 1987, capítulo III.

aplicada tanto a las proposiciones descriptivas de la ciencia jurídica como a las normas prescriptivas del Derecho, «en la medida en que la lógica sea a las mismas aplicables» (32). Lo cual no significa, a mi juicio, que más allá se abra paso el puro arbitrio subjetivo. Cabe seguir hablando si se quiere de un proceso de decisión racional, al igual que en la legislación, pero del que no están ausentes los valores, la ideología, en definitiva, la necesidad de justificación (33).

Esta metajurisprudencia descriptiva que pone de relieve la presencia de juicios de valor en el conocimiento jurídico y la influencia ejercida por el jurista en el desarrollo del Derecho parece ser hoy un triunfo indiscutible de la perspectiva analítica, pero tampoco se trata de «prescribir el descriptivismo» (34). Es más parece inevitable que la tarea implique una toma de posición ante el comportamiento de los juristas académicos y prácticos que al final desemboca en un cierto prescriptivismo; porque si es cierto que los dictámenes de la dogmática suelen ser recibidos por el destinatario no sólo en función «semántico-representativa», sino también en función «sintomática» (35), puede suceder igualmente que las reflexiones de metajurisprudencia susciten en el jurista que las recibe una creencia u opinión de obligatoriedad, en el sentido débil de la expresión. Así, por ejemplo, un estudio dirigido a mostrar el carácter creativo de la jurisprudencia que al mismo tiempo exprese un cierto escepticismo ante los recursos extrasistemáticos, como el Derecho natural, la equidad, etc., lleva implícita una crítica y una recomendación; una crítica por la falta de legitimidad del intérprete y una recomendación para que éste se esfuerce en someter su decisión a las prescripciones legales (36).

Por otra parte, y asumiendo esa carga prescriptiva que incluso puede aparecer de forma explícita, la metajurisprudencia debe proceder con vigor, pero también con cautela a la hora de tomar un paradigma científico como punto de referencia. Ya hemos indicado antes que no tiene sentido proponer un modelo de ciencia del Derecho que nada tenga en común con el trabajo habitual de los juristas, y no se trata sólo de constatar la relativización del concepto o de los rasgos esenciales a la ciencia (37), sino también de mostrar que la dogmática se mueve en una zona de penumbra en la que es lícito dudar si conviene el califi-

(32) Kelsen, H., «Allgemeine Theorie der Normen» (1979), traducción de M. Torre, Einaudi, Torino, 1985, pág. 462.

(33) Véase el último trabajo de A. AARNIO aparecido en castellano «Algunas observaciones sobre la racionalidad jurídica», en *La enseñanza del Derecho*, citado, págs. 9 y sigs.

(34) Véase BOBBIO, N., «Ser y deber ser en la ciencia jurídica», citado, pág. 222.

(35) Véase SCARPELLI, U., «Le proposizioni giuridiche come precetti reitarati» en *Rivista internazionale di filosofia del Diritto*, XLIV, 1967, págs. 469 y sig.; PATTARO, E., «Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia Jurídica», citado, págs. 354 y sigs.

(36) En líneas generales me parece que este sería el caso de A. RUIZ MIGUEL, con quien por lo demás coincido en lo sustancial. Véase «Creación y aplicación en la decisión judicial», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, I, 1984, págs. 7 y sigs., y, más resumidamente, «Sobre la creación judicial del Derecho», *Poder Judicial*, núm. 16, págs. 47 y sigs.

(37) Véase DIAZ, E., «Sociología y filosofía del Derecho», citado, pág. 296.

cativo de ciencia (38), o bien que da lugar a una «certeza no positivista», esto es, a una certeza que no se apoya en la observación empírica ni en la inferencia lógica, sino en el hecho de que en general los juristas comparten entre sí y con la sociedad una misma cultura jurídica (39). Seguramente, la dogmática y la propia aplicación judicial del Derecho viven en una permanente tensión entre el ideal cientifista y una función más o menos creativa. En mi opinión, un objetivo plausible para la metajurisprudencia será contribuir a diferenciar ambas dimensiones, así como proponer en la medida de lo posible instrumentos más seguros y depurados para que el razonamiento jurídico, que expresa esa certeza no positivista y que constituye un elemento de control, se aproxime al ideal que dice profesar.

3. CIENCIA Y FILOSOFÍA EN LA TEORÍA DEL DERECHO

Este lenguaje de segundo grado sobre el lenguaje de la ciencia del Derecho, tal vez el único aceptable desde un riguroso neopositivismo, constituye en realidad el primer capítulo de una tarea más amplia que denominamos teoría del Derecho, cuya competencia se extiende a todo el lenguaje jurídico, desde el legislativo al doctrinal (40). No creo, sin embargo, que esta perspectiva represente un obstáculo insalvable para plantearse los problemas relativos al ser del Derecho. Seguramente la obra de Hart constituye un buen ejemplo de las relaciones entre el lenguaje y su objeto y de cómo un punto de partida analítico sobre el uso de los términos lingüísticos puede desembocar en afirmaciones sobre la estructura de los objetos mencionados (41); y es que, en mi opinión, resulta casi inevitable que si intentamos aclarar el lenguaje de los juristas, que coincide con el del legislador y que, a su vez, forma parte del Derecho, terminemos reflexionando sobre el Derecho mismo.

Ciertamente, el presente capítulo parece estar dominado por una cierta indefinición terminológica; se habla de ontología jurídica, de teoría del Derecho, de teoría general, fundamental, etc., y, lo que es más grave, resulta dudoso si con tales denominaciones se quiere aludir a un mismo género de actividad cognoscitiva. Por si ello fuese poco, nos encontramos en un terreno fronterizo entre la ciencia y la filosofía jurídicas y en la práctica académica disputado por distintas y heterogéneas «áreas de conocimiento». No creo que ésta sea sede adecuada para sumar argumentos gremialistas, aunque la impronta iusprivatista con que se han venido construyendo las «teorías generales», última-

(38) Véase NINO, C. S., «Introducción al análisis del Derecho», citado, págs. 319 y sigs.

(39) Véase PATTARO, E., «Filosofía del Derecho...», citado, págs. 377 y sigs. Sobre las posibilidades de fiscalización a través del razonamiento jurídico me he ocupado en «Ideología e interpretación jurídica», citado, capítulo V.

(40) Véase GUASTINI, R., «Lezioni di teoria analitica del Diritto», Giappicheli, Torino, 1982, págs. 3 y sigs.

(41) Véase DELGADO PINTO, J., «Los problemas de la filosofía del Derecho en la actualidad en la filosofía del Derecho en España», citado, pág. 35.

mente en trance de sustitución por el iuspublicismo del Derecho Administrativo, podría ser argumento bastante para disuadir de los enfoques parciales y, en el fondo, mucho más empíricos de lo que dan a entender (42). En todo caso, comparto la opinión de Ross cuando escribe que «no hay criterios internos para determinar dónde termina la ciencia del Derecho, y dónde empieza la filosofía del derecho» (43) o, lo que es lo mismo, parece imposible trazar una nítida frontera entre filosofía y ciencia (44), cuyo carácter fluctuante es por lo demás bien conocido (45).

En mi opinión, un buen punto de partida puede ser el sugerido por Guastini al hilo de la distinción entre neústico y frástico. La teoría del Derecho o teoría general, como él prefiere llamarla, constituiría principalmente el análisis del neústico del lenguaje jurídico, esto es, no se ocuparía de lo que los enunciados jurídicos prescriben, no se ocuparía por ello de su frástico, sino de la prescripción en cuanto tal (46). Se trata, pues, de un análisis formal de los sistemas jurídicos en el que no se abordan problemas relativos al contenido o a la valoración de las reglas, aunque desde luego no impide su planteamiento en otra sede. Para concretar más y dada la multiplicidad de significados de la expresión formalismo, la teoría del Derecho es formal en el sentido de normativista, esto es, en el sentido de considerar el fenómeno jurídico desde una perspectiva normativa, en la que la norma y, mejor aún el ordenamiento constituyen una cualificación de la realidad y de los valores (47); por tanto, que la teoría es formal significa aquí que no es sociológica o axiológica, sino que concibe a las normas y al ordenamiento como una realidad susceptible de conocimiento.

En este sentido, la labor de una teoría del Derecho emprendida desde la filosofía ha de situarse en un punto equidistante entre la ontología iusnaturalista y la dogmática positivista. No se trata de construir un teoría del Derecho natural o del Derecho racional que resulte inservible para identificar un sistema jurídico positivo, pero tampoco de describir éste en un modo tan apegado a lo empírico que resulte hermosa como la cabeza de madera en la fábula de Fedro, pero que, al igual que ella, carzca de seso (48). De ahí que haya de ser una teoría

(42) Véase PECES-BARBA, G., «Introducción a la filosofía del Derecho», citado, pág. 197.

(43) ROSS, A., «Sobre el Derecho y la Justicia» (1958), trad. de G. Carrio, Eudeba, Buenos Aires 1963, pág. 26.

(44) Véase DREIER, R., «Concepto y función de la Teoría General del Derecho», (1975), trad. de G. Robles, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 52, 1978, pág. 133.

(45) Véase RUSSELL, B., «Ma conception du monde», trad. francesa de «Bertrand Russell speaks his Mind», Gallimard, París 1962.

(46) GUASTINI, R., «Introduzione all'analisi del linguaggio normativo», en CASTIGNONE, S.; GUASTINI, R.; TARELLO, G., «Introduzione teorica allo studio del Diritto», *ECIG*, 4.º ed., Génova, 1984, pág. 52.

(47) Véase BOBBIO, N., «Formalismo giuridico» (1958), en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, ed. di Comunità, 3.º ed., Milano, 1977, págs. 85 y sigs.; «Naturaleza y función de la filosofía del Derecho» (1962), en *Contribución a la teoría del Derecho*, ed. de A. Ruiz Miguel, F. Torres, Valencia, 1980, pág. 98.

(48) «Una teoría del Derecho meramente empírica es, como la cabeza de madera

del Derecho positivo, pero de todo Derecho positivo o, haciendo las oportunas cautelas, del Derecho positivo de una determinada cultura jurídica. La respuesta a la pregunta «qué es el Derecho» exige por ello indagar en la realidad jurídica y dogmática a fin de dilucidar los criterios de pertenencia e individualización de las normas y de identidad y existencia de los sistemas jurídicos, iluminando asimismo los problemas de incoherencia, falta de plenitud y redundancia que presentan estos últimos.

Sin embargo, no creo que la teoría del Derecho pueda quedar cerrada en el castillo del estricto análisis normativo, porque, en realidad, éste no es completo si no intenta contrastarse con la realidad cultural y política de la que forma parte el propio orden jurídico. No es este lugar adecuado para un estudio detallado, pero pienso que la explicación del funcionamiento de un sistema jurídico que compete a la teoría del Derecho, no es incompatible con el reconocimiento de los elementos empíricos que constituyen la base del ordenamiento. Recordando una sugerencia de Passerin d'Entreves, seguramente «la última palabra no es tanto objeto de filosofía jurídica cuanto de filosofía política», pues tras la norma fundamental de Kelsen o la regla de reconocimiento de Hart aparece una realidad política y social que recibe una denominación ambigua y con todo pertinente. «¿Acaso no es posible que determinando lo que entendemos por Estado podamos comprender más claramente lo que entendemos por Derecho? La filosofía política ¿puede ayudar a la culminación de la filosofía del Derecho?» (49).

Podemos responder afirmativamente sin temor a tener que suscribir también que el Derecho es pura fuerza o que se compone de un imprevisible conjunto de decisiones inconexas y más o menos arbitrarias. La alternativa a la ingenua confianza en la autosuficiencia y finitud lógica del Derecho y en la exactitud matemática de la ciencia jurídica no es una rendición incondicional ante la nuda facticidad. Como dice Bobbio, «poner como fundamento último de un orden jurídico positivo al poder, no quiere decir reducir el Derecho a la fuerza, sino simplemente reconocer que la fuerza es necesaria para la realización del Derecho» (50). Y, por otro lado, reconocer la naturaleza decisional y subjetiva de las operaciones de interpretación es compatible con una visión institucional y, por tanto, normativa del Derecho (51), en el que un sistema de normas secundarias, tanto formales como materiales, constituye el elemento de «cierre» e identificación del ordenamiento.

en la fábula de Fedro, una cabeza que puede ser hermosa, pero que no tiene seso», KANT, E., «Introducción a la teoría del Derecho», ed. de F. González Vicen, C.E.C., Madrid, 1978, pág. 79.

(49) D'ENTREVES, A. P., «Dos cuestiones en torno al Derecho» (1962), en *Derecho Natural*, trad. de M. Hurtado, Aguilar, Madrid, 1972, págs. 253 y sigs.

(50) BOBBIO, N., «Teoría dell'ordinamento giuridico», Giappichelli, Torino, 1960, pág. 62.

(51) Véase RAZ, J., «La naturaleza institucional del Derecho (1974)», en *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, traducción y notas de R. Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 1982, págs. 135 y sigs.

Dicho de un modo un tanto simplificador, la existencia del sistema es, ante todo, una cuestión fáctica, pero su identificación es un problema normativo.

Así pues, ni una norma última que al modo de llave maestra nos permita prever con absoluta certeza todas las expresiones de normatividad, ni tampoco una radical disolución del Derecho en el problemático mundo de las decisiones judiciales, políticas o administrativas. En mi opinión, los criterios de identificación de un sistema jurídico evolucionado son aquellos que definen la posición de sus órganos primarios: un sistema de reglas secundarias, integradas en la norma que determina los criterios de validez, definen el quién, el cómo y las circunstancias de los sujetos llamados a intervenir en el proceso de aplicación-creación del Derecho. De ahí que la producción jurídica que se desarrolla en la «textura abierta» del ordenamiento y en los propios límites de los criterios de validez establecidos por la regla de reconocimiento hartiana (52) no pueda concebirse como una cuestión radicalmente fáctica, sino como una operación jurídica en la que aparecen elementos de hecho, es decir, decisiones y valoraciones no previstas en el Derecho preexistente, pero encuadrables en el marco de la normatividad; de una normatividad que no está constituida únicamente por reglas de organización o atribución de competencias, sino también por reglas sustantivas que forman el horizonte axiológico del sistema, orientando y dotando de una cierta coherencia material al sistema de producción jurídica (53). Todo lo cual, insisto, es compatible con la afirmación de que la norma última que define los criterios de validez y organiza el régimen de aplicación-creación del Derecho descansa en última instancia en la efectividad del poder.

Ahora bien, seguramente esta perspectiva exige revisar el calificativo de normativismo que adoptamos como punto de partida. Normativismo moderado o normativismo realista (54) sería, quizá, la denominación más ajustada para una teoría del Derecho que considera a la norma y al ordenamiento como una realidad distinta y, si se quiere, intermedia entre el ser de los hechos y el deber ser de los valores, pero que no trata de construir una explicación autosuficiente de lo jurídico en una especie de horror kelseniano a la facticidad. Esa facticidad está presente en la base del ordenamiento e incluso, en ocasiones, penetra por todos sus poros, y la teoría jurídica debe dar cuenta de ello; lo que no supone que haya de conformarse con la contemplación del modo de actuar de los operadores jurídicos. Normativismo realista significa que el Derecho constituye un objeto susceptible de dar lugar a

(52) Véase HART, H. L. A., «El concepto del Derecho», citado, págs. 155 y sigs.

(53) Estoy pensando, sobre todo, en los valores superiores del ordenamiento jurídico tal y como los describe el artículo 1,1.º de la Constitución. Véase PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, en especial págs. 88 y sigs.; también mi trabajo «Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional», en *Poder Judicial*, núm. 11, págs. 83 y sigs.

(54) Esta última expresión, que en su día me fue sugerida por el profesor Peces-Barba, la encuentro ahora muy utilizada en la obra de E. PATTARO, *Elementos para una Teoría del Derecho* (1985), trad. de I. Ara, Debate, Madrid, 1986.

un conocimiento autónomo distinto de la sociología, pero también que aquél tiene una base y unas conexiones empíricas cuya consideración puede resultar indispensable para explicar de modo satisfactorio determinados aspectos del funcionamiento de un orden jurídico. Precisamente, esto es lo que permite, con toda la flexibilidad que sea necesaria, concebir el Derecho como sistema y no como inconexa suma de problemas y decisiones; y la cuestión no es baladí, pues, como pregunta Elías Díaz, «¿el ataque a todo sistema no es, en cierto modo, el ataque a la Ciencia?... Conuerdo con quienes, por lo demás desde diferentes perspectivas, reafirman que la idea de sistema es irrenunciable para la ciencia, para el Derecho y para la Ciencia jurídica» (55).

4. PROPUESTAS PARA UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA

Ahora bien, esa trascendencia de la teoría del Derecho hacia la filosofía política a través de la realidad del poder nos sitúa en el camino de una nueva y quizá más arriesgada superación de las estrictas fronteras del análisis jurídico entendido en clave positivista: la reflexión sobre el Derecho justo supone, en efecto, abrirse al mundo de la legitimidad y de los valores, donde el riesgo de especulación metafísica y de subjetividad ideológica parece elevarse considerablemente. Porque la crítica del razonamiento jurídico y la teoría del Derecho, aun cuando tareas diferentes, se presentan estrechamente vinculadas tanto por su objeto como por su método; por su objeto, dado que, según hemos visto, la dogmática y la interpretación judicial forman parte del propio sistema normativo; y, por su método, ya que ambas pretenden proporcionar un saber distinto al de la ciencia del Derecho, pero en modo alguno contrapuesto o alternativo al que se obtiene de una reflexión que se quiere guiada por un paradigma científico.

Precisamente, uno de los problemas de la actual filosofía jurídica reside en que no puede prescindir de un tercer enfoque que es y que debe presentarse como notoriamente distinto; pues, efectivamente, a mi juicio la llamada teoría de la justicia traiciona una premisa fundamental del positivismo al situarse más allá del «ser», del mundo fenoménico y externo y al tener que hacerlo, además, en un ambiente intelectual saludablemente influido por la razón analítica. Y, pese a ello, el objetivo parece irrenunciable, no sólo por una lealtad histórica a esa dimensión utópica que incorporó el Derecho Natural en algunos períodos o a esa «univocidad histórico-funcional del iusnaturalismo» en palabras de Pérez Luño (56), sino especialmente porque es aquí donde hoy la filosofía del Derecho dirime su razón de ser como reflexión crítica sobre el orden jurídico positivo, como filosofía práctica. Renunciar a esa reflexión es algo más grave que evadirse del universal «deber

(55) DÍAZ, E., «Sociología y filosofía del Derecho», citado, pág. 98.

(56) PÉREZ LUÑO, A. E., «El Derecho natural como problema. Ensayo de análisis del lenguaje», en *Filosofía y Derecho. Escritos en honor del profesor José Cortés Grau*, vol. II, Universidad de Valencia, 1977, pág. 204.

de volver a pensar» que explica y justifica no una filosofía perenne, pero sí el carácter perenne de la filosofía (57); supone un riesgo cierto de entregarse en los brazos del positivismo ético o, lo que es lo mismo, de identificar la justicia con lo realmente existente. Ello me parece particularmente exacto en las Facultades de Derecho, cuya enseñanza dogmática presenta una indudable dimensión persuasiva, tal vez porque, en el fondo, el «es» y el «debe» jurídicos no pueden sanarse por completo de una original carga moral.

Sin embargo, si hemos de atender a esa inexcusable obligación de prevenir frente a las exageraciones o las modas más o menos pasajeras, no resulta fácil encontrar un punto de partida para nuestra reflexión. Hace algunos lustros, sin duda, era lícito decir que la desazón provocada por la falacia naturalista aún no se había apagado e intentar perseguir a continuación una esperanza más allá de la razón analítica, aunque desde luego sin prescindir de sus enseñanzas (58); se trataba, en suma, de poner en guardia ante un rigorismo metaético que bien podía hacer peligrar la propia posibilidad del enjuiciamiento moral. Hoy las cosas parecen ser distintas en filosofía y, sobre todo, lo son entre los juristas para quienes los escrúpulos del neopositivismo y de la analítica apenas tuvieron significado. Tal vez ello justifique un nuevo llamamiento a la prudencia en las reflexiones axiológicas, al menos en el ámbito de las enseñanzas jurídicas.

Ciertamente, hace algún tiempo que resulta visible la apertura de la ética analítica hacia el problema de los contenidos morales (59), pero, sobre todo, es en las recientes contribuciones a lo que se ha llamado la «macrofilosofía del Derecho» (60) donde se aprecia el cambio de rumbo. Las obras de Dworkin o de Nozick (61), por ejemplo, se separan en muchos aspectos pero ambas son buena muestra de ese nuevo pensamiento que ha logrado superar los temores en su día sembrados por la filosofía analítica o por el neopositivismo; cuando en España se aprecia un cierto pudor para hablar de moralidad o de justicia, estos y otros autores lo hacen con perfecta desenvoltura. Así parece abandonarse la discusión acerca de las premisas, condiciones y límites que ha de reunir una teoría ética o de la justicia para emprender decididamente su construcción.

(57) Véase KORNER, S., *¿Qué es filosofía?*, trad. de Domenec Bergada, Ariel, Barcelona, 1976. Recojo la idea de E. FERNÁNDEZ, «Filosofía del Derecho, teoría de la justicia y racionalidad práctica», en *Teoría de la Justicia y derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1984, pág. 20.

(58) Entre nosotros, esa actitud aparece con claridad en el libro de J. MUGUERZA, *La razón sin esperanza*, Taurus, Madrid, 1977, donde se recogen trabajos publicados a partir de 1970.

(59) Sobre ello llamaba la atención MUGUERZA en las «Últimas aventuras del preferidor racional», cap. VIII de la ya citada *La razón sin esperanza*.

(60) La expresión es de PÉREZ LUÑO, A. E., «La fundamentación de los derechos humanos», en *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 161.

(61) DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, prólogo de A. Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1984; NOZICK, R., *Anarchy, State and Utopia*, Basil Blackwell, Oxford, 1974, reimpresión 1980.

Pero si hasta aquí hemos podido apreciar un cierto giro en el núcleo de las preocupaciones sobre la justicia, una especie de camino de regreso hacia los problemas sustantivos, en el mundo jurídico, al menos en el español, las cosas no parecen haber cambiado mucho y la aceptación teórica del Derecho natural sigue viva en numerosos cultivadores del Derecho positivo. Es verdad que juristas como Kelsen o Ross, que han ejercido una relativa influencia en nuestra cultura jurídica, compartían las posiciones analíticas: Kelsen calificaba al iusnaturalismo de mentira útil (62) y veía en la justicia un ideal irracional (63); para Ross «invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa», una «expresión emocional» que no tiene cabida en el examen racional del valor de las normas y que incluso puede conducir a la intolerancia (64). Pese a ello, no parece que las cautelas recomendadas por el normativismo y el realismo para aproximarse a estos problemas hayan sido asumidas por los juristas, que son muy capaces de desarrollar las más depuradas técnicas positivistas sin el menor planteamiento crítico y sostener al mismo tiempo las más idealistas visiones del Derecho Natural (65). Al menos en parte, sigue siendo certero el juicio que hace casi veinte años formulaba Manuel Sacristán sobre el científico docente: «Acrítico positivista inconsciente en las materias positivas de su especialidad y no menos acrítico creyente en las más peregrinas fantasías (incluida acaso la filosofía especulativa) por lo que hace al resto» (66).

De ahí que, en mi opinión, la modestia y prudencia en los juicios morales que propició la crítica a la falacia naturalista siga siendo un buen punto de partida para iniciar la reflexión sobre el Derecho justo o sobre el poder legítimo (67), aun cuando sea cierto que la razón analítica sea una razón sin esperanza. Su función terapéutica y depurado-

(62) KELSEN, H., «La doctrina del Derecho natural ante el tribunal de la ciencia» (1949), en *¿Qué es Justicia?*, trad. de A. Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1982, pág. 112.

(63) KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado* (1944), trad. de E. García Maynez, UNAM, México, 1979, pág. 15.

(64) ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia* (1958), trad. de G. C. Carrio, Eudeba, Buenos Aires, 1963, págs. 267 y 273.

(65) Sin duda, sería una tarea interesante descubrir la «filosofía del Derecho» de la dogmática española. Recordemos ahora cómo comienza uno de los manuales de Derecho Civil más estudiados en España: Derecho natural es aquel «que es perceptible por la razón humana, que es congruente con la naturaleza del hombre, y que representa la perfecta Justicia o el ideal de lo justo», M. ALBADALEJO, *Derecho civil*, I, Introducción y Parte General, Bosch, 3.ª ed., Barcelona, 1975, pág. 17; a lo que añade otro tratadista «que el Derecho llamado positivo, esto es, establecido por la sociedad humana, es Derecho en tanto traduzca la idea de lo justo, subordinándose al Derecho natural, impreso por Dios en la conciencia y el corazón de todos los hombres..., por esto, si en vez de fundarse en el Derecho natural fuese manifiestamente contrario al mismo, no sería verdadero Derecho...», D. ESPIN, *Manual de Derecho Civil Español*, I, Parte General, 3.ª ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1968, pág. 4.

(66) SACRISTÁN, M., «Sobre el lugar de la filosofía en los estudios superiores», citado, pág. 375.

(67) Como escribe L. KOLAKOWSKI, recordar el rigor del positivismo, «precisamente a título de una deontología específica del mundo científico, no será nunca un anacronismo», *La filosofía positivista* (1966), trad. de G. Ruiz-Ramón, Cátedra, Madrid, 1979, pág. 247.

ra es irrenunciable, particularmente en las Facultades de Derecho y en una disciplina como la filosofía jurídica, donde se entrecruzan consideraciones sobre el orden normativo y sobre la dogmática e interpretación y reflexiones deontológicas que presentan un diferente status epistemológico. En consecuencia, la primera tarea que compete a esta parcela de la filosofía del Derecho será una teoría ética acerca de la posibilidad y alcance de los juicios de valor, que pase revista y sistematice las diversas respuestas que pueden ofrecerse al interrogante sobre el carácter de los procedimientos dirigidos a justificar principios de moralidad o de justicia; en particular, quizá el aspecto central de este capítulo haya de ser para nosotros la revisión crítica del Derecho natural que, merced a una toma de partido administrativa, rubrica todavía las enseñanzas del primer curso de Licenciatura. Es preciso, pues, confrontar la fe secular en un orden jurídico supraempírico, ideal y cognoscible para la razón humana con la severa enseñanza de Hume en relación con la metafísica y con el imperceptible tránsito del «es» al «debe» (68), con la no menos severa crítica del positivismo jurídico (69) y, en suma, con la demoledora censura del positivismo lógico y la analítica (70).

El resultado parecerá quizá desalentador, pero ¿hemos de renunciar a volver a pensar, esto es, a la filosofía?, y, sobre todo, si callamos como recomendaba Wittgenstein, ¿podrá interpretarse ese silencio como aceptación conformista de cualquier sistema normativo?; de las tesis según la cual ningún sistema de moralidad puede pretender pleno fundamento científico o racional, ¿cabrá derivar que todas las morales son igualmente irracionales? El riesgo es lo suficientemente serio como para proseguir la reflexión más allá de las fronteras metaéticas, pero sucede además que no ofreceríamos una imagen exacta del actual panorama intelectual si situásemos la polémica entre un iusnaturalismo abstracto, ahistórico y constructivista y un positivismo científico aferrado a la idea de que todo lo que no es lógica formal ni comprobación empírica representa una suerte de poesía; en el peor de los casos, el debate se plantea en términos menos dramáticos, lo cual prueba seguramente una recíproca influencia entre la vocación de rigor metódico y la necesidad de crítica axiológica.

En efecto, al margen del empeño no siempre simbólico por man-

(68) El famoso fragmento de HUME se encuentra al final de la sección primera de la Parte Primera del Libro III del *Tratado de la naturaleza humana* (1740), trad. de F. Larroyo, Ed. Porrúa, México, 1977, pág. 304.

(69) A título de mero ejemplo puede verse BOBBIO, N., *Algunos argumentos contra el Derecho natural*, en KELSEN, BOBBIO y otros, *Crítica del Derecho natural*, introducción y traducción de E. Díaz, Taurus, Madrid, 1966, págs. 219 y sigs.

(70) Para una aproximación al tema, véase, además de los textos recogidos en *El positivismo lógico*, de A. J. AYER, ya citado; KRAFT, V., *El Círculo de Viena* (1950), trad. de F. Gracia, Taurus, Madrid, 1966; CARCATERA, G., *Il problema della fallacia naturalistica*, Giuffrè, Milano, 1969; MUGUERZA, J., «Es y debe» (en torno a la lógica de la falacia naturalista) (1970), cap. II de *La razón sin esperanza*, citado; HIERRO, J., *Problemas del análisis del lenguaje moral*, Tecnos, Madrid, 1970, en especial el cap. IV. GUI-SÁN, E., *Los presupuestos de la falacia naturalista. Una revisión crítica*. Universidad de Santiago de Compostela, 1981.

tener una terminología tradicional, ¿qué es lo que queda del Derecho natural? En opinión del Welzel algo tan modesto pero al mismo tiempo tan importante como esto: «Lo que queda del mundo de ideas del Derecho natural no es un sistema de principios jurídicos materiales eternos, sino la exigencia frente al Derecho positivo —una exigencia que hay que cumplir bajo condiciones siempre nuevas— de que la lucha en torno a la conformación justa de las relaciones sociales sea siempre una polémica entre ideas, y no se trate de poner fin a ella por el sometimiento, ni mucho menos por la aniquilación del hombre por el hombre» (71). Para un normativista de formación kelseniana la idea tiene que resultar muy familiar: «la Justicia para mí —dice el maestro vienés— se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. “Mí” Justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, la de la tolerancia» (72). Diríase, pues, que en los círculos más sensibles a la crítica positivista tiende a rescatarse la función histórica del Derecho natural y no tanto una noción ontológica y dogmática del mismo; al igual que, como veremos, el positivismo moderno se hace cargo del problema de los valores. Creo que esa perspectiva es clara en Passerin D’Entreves (73), pero también en elaboraciones que parten de una comparación más arriesgada, como esa utopía jurídica que nos propone E. Bloch cuando, haciéndose eco de una consigna de Marx, escribe que «el Derecho natural construye situaciones en las que dejan de existir los humillados y ofendidos: “Derrocar todas las situaciones en las que el hombre es un ser humillado, esclavizado, abandonado, despreciable”» (74).

Asimismo, el positivismo jurídico ha evolucionado hacia posiciones más atentas al mundo de los valores y ya hemos visto cómo el propio Kelsen manifiesta una concepción sobre el particular que coincide casi literalmente con la herencia que, en opinión de Welzel, nos ha legado el Derecho natural. Más articulada, pero de resultados análogos, es la posición de Bobbio, quien a partir de unas premisas emotivistas y de negación de la derivación lógica de los juicios morales (75) llega a conclusiones relativistas equidistantes del escepticismo y del dogmatismo (76), donde la racionalidad y las «buenas razones» juegan un papel importante en la configuración de las reglas de la convivencia:

(71) WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material* (1962), trad. de F. González Vicén, Aguilar, Madrid, 2.ª ed., 1971, pág. 267.

(72) KELSEN, H., *¿Qué es Justicia?* (1952), en el volumen del mismo título, ya citado, pág. 63.

(73) Véase D’ENTREVES, A. P., *Derecho Natural*, citado, en especial, págs. 224 y sigs.

(74) BLOCH, E., *Derecho natural y dignidad humana* (1961), trad. de F. González Vicén, Aguilar, Madrid, 1980, págs. X-XI.

(75) Véase, por ejemplo, «Ancora sul positivismo giuridico» (1962), en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, 3.ª ed., Milano, 1977, págs. 147 y sigs.; *Teoria dell’ordinamento giuridico*, lezioni raccolte dagli studenti L. Borgi, C. U. Sarasso e G. Witzel, Giappichelli, Torino, 1955, págs. 12 y sigs.

(76) Véase RUIZ MIGUEL, A., *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, C.E.C., Madrid, 1983, pág. 347.

no hay que sentir temor de un relativismo que se apoya en la constatación de la pluralidad de las concepciones religiosas y morales, pues «justamente este pluralismo resulta ser el argumento más fuerte en favor de algunos derechos del hombre, incluso de los más celebrados como la libertad de religión y en general la libertad de pensamiento» (77). Incluso desde ópticas positivistas rigurosamente asentadas en la separación entre Derecho y moral se ha podido escribir que «la doctrina del Derecho natural... contiene ciertas verdades elementales» que toda organización social ha de asumir para ser viable (78). El «contenido mínimo del Derecho natural» que nos propone Hart (79) supone, en efecto, un intento de obtener algunas «verdades obvias» de carácter normativo a partir de juicios de hecho sobre las necesidades humanas de convivencia y representa por ello la revitalización de una suerte de iusnaturalismo ontológico, sin duda discutible, pero que acredita la apertura hacia los problemas de la justicia por parte de una de las teorías del Derecho positivistas más articuladas de los últimos decenios.

Naturalmente, no es preciso decir que la dimensión axiológica de los sistemas normativos aparece especialmente acentuada entre quienes no aceptan las premisas del positivismo, cuyas tesis han obtenido, por otra parte, un éxito innegable en la literatura iusfilosófica más reciente. En particular, este es el caso de Dworkin, cuyo punto de partida es precisamente la conexión necesaria entre Derecho y moral y la imposibilidad de separar el razonamiento jurídico del razonamiento moral (80); el Derecho, constituido tanto por normas como por principios de hondo sentido moral, forma parte del sistema de moralidad hasta el punto de que no puede ser entendido ni aplicado si no se ponderan los criterios últimos de filosofía política en que se apoya. Todo ello al servicio de una teoría de la función jurisdiccional que gira en torno al juez Hércules, «boca muda» que pronuncia con la misma desenvoltura las palabras de la ley y de la moral. El juez Hércules no es un órgano político o que decida según sus creencias personales, pero tampoco desempeña una función puramente mecánica en relación con las normas explícitas; ante una acción de gobierno que desprecie los derechos, se pone en marcha el activismo judicial protector de las libertades. De ahí que el Derecho haya de concebirse como algo más que un conjunto de normas; los principios, morales y jurídicos a un tiempo, sabiamente administrados por el juez, ayudarán a resolver los

(77) BOBBIO, N., «Sobre el fundamento de los derechos del hombre» (1965), en *El problema de la guerra y la vías de la paz*, trad. de S. Binaghi, Gedisa, Barcelona, 1982, págs. 129 y sigs.

(78) HART, H. L. A., *El concepto de Derecho* (1961), trad. de G. R. Carrio, 2.ª ed., Ed. Nacional, México, 1980, págs. 239 y sigs.

(79) Véase CATTANEO, A., «Il diritto naturale nel pensiero di H. L. A. Hart», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1965, págs. 673 y sigs.; DE PARAMO, J. R., *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, C.E.C., Madrid, 1984, págs. 371 y sigs.

(80) DWORKIN, R., «Los derechos en serio» (1977), citado, en especial págs. 61 y sigs.

casos difíciles y a tutelar los derechos fundamentales frente a los embates del utilitarismo (81).

No es momento de exponer con detalle ni de evaluar críticamente las contribuciones que en los últimos años parecen venir anunciando un resurgimiento de los problemas de la teoría de la justicia. Baste decir que, pese a la moderación de posturas, sería aventurado descubrir síntomas de cancelación de la polémica iusnaturalismo-positivismo o proponer un apresurado catálogo de puntos de unanimidad o amplio consenso entre las diversas corrientes; según creo, siguen abiertos numerosos interrogantes éticos y metaéticos dentro de la reflexión filosófica jurídica. Sin embargo, me parece que una visión de conjunto pone de relieve, al menos, un aspecto que es sumamente importante: la rehabilitación de la razón en la ética. Nos hallamos, en efecto, ante un conjunto de argumentaciones que tal vez no tengan la fuerza irresistible de las inferencias lógicas o de las demostraciones empíricas, pero que apelan a razones que quieren persuadir, no a las puras emociones del corazón. Ello ha sido destacado con acierto por Eusebio Fernández, cuya tesis comparto: es probable que no se pueda confiar plenamente, y a lo mejor tampoco es deseable, en la justificación racional de nuestros últimos y supremos juicios de valor, pero marginar a la razón es condenar a muerte a la teoría de la justicia. «La filosofía del Derecho no puede renunciar a tratar racionalmente el tema de la justicia, ni la teoría de la justicia puede abdicar de la racionalidad práctica» (82). Probablemente, será necesario ensayar una definición más precisa del papel de la razón en la ética que nos ponga a salvo del cientifismo sin caer en brazos del decisionismo; una razón que, como escribe Apel, nos permita navegar «entre la Escala de un ideal de fundamentación, que no otorga ningún espacio al libre albedrío de la persona, y la Caribdis del moderno decisionismo existencialista». Es más, ¿acaso la argumentación moral no supone ya reconocer que la razón es práctica, o sea, responsable del actuar humano? (83).

Ahora bien, ¿qué itinerarios puede seguir la razón en la ética?, ¿qué procedimientos racionales cabe proponer para alcanzar ciertos principios o criterios que sirvan como punto de referencia de la legitimidad del poder y de la justicia del Derecho? Para abreviar una exposición que no puede ser pormenorizada en esta sede, creo lícito remitirme a las líneas generales de una teoría de la justicia bien conoci-

(81) De todo ello me he ocupado con más detalle en «Teoría del Derecho y filosofía política en Ronald Dworkin», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 14, mayo-agosto de 1985, págs. 353 y sigs.

(82) FERNÁNDEZ, E., «Filosofía del Derecho. Teoría de la justicia y racionalidad práctica» (1982), en *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984, pág. 37. Como escribe también J. ESQUIVEL, «tanto en la ciencia como en la moral hay un campo intermedio entre la infalibilidad y el escepticismo, precisamente el de la discusión racional», «Juicios de valor, positivismo jurídico y relativismo moral», *Revista Crítica*, vol. 13, núm. 37, México, abril 1981, pág. 17.

(83) Esta es una de las tesis centrales del trabajo de K. O. APEL, «Necesidad, dificultad y posibilidad de una fundamentación filosófica de la ética en la época de la ciencia» (1980), en *Estudios éticos*, trad. de C. DE SANTIAGO, Alfa, Barcelona, 1986, págs. 105 y sigs., en especial, págs. 158 y sigs.

da como es la de J. Rawls: a partir de un modelo de legitimidad contractual, el escritor norteamericano intenta diseñar las condiciones de un razonamiento moral acerca de las reglas de la convivencia que, en cierto modo, ofrece el mismo grado de refinamiento abstracto que es propio del razonamiento matemático. A tal fin, idea una posición original en la que mediante una serie de requisitos se procura eliminar la subjetividad y los egoísmos de los hipotéticos contratantes y dotar a la argumentación de una generalidad, universalidad y publicidad que haga de sus conclusiones principios que puedan ser aceptables por cualquiera que se sitúe en tal posición y sirvan para establecer una convivencia ordenada y justa (84). Entre nosotros, una idea muy semejante ha tomado forma corpórea en la figura del «preferidor racional», sujeto despersonalizado que representa a «la comunidad de sujetos humanos en tanto que sujetos racionales» (85) y que por su especial situación de información, libertad e imparcialidad sería capaz de «preferir» racionalmente un código moral, esto es, de justificar mediante razones nuestros principios de justicia. En resumen, se trataría de depurar un modelo de decisión racional apto para desenvolverse en el mundo del lenguaje evaluativo o de los juicios de valor con un grado de seguridad análogo o, al menos, no radicalmente opuesto al que se acepta en el ámbito científico.

No pueden dejar de admirarse este género de esfuerzos dirigidos a superar el puro y radical emotivismo, ni desconocerse que la vía del contrato social está hoy proporcionando las más numerosas y, tal vez, las más sólidas teorías de la justicia y de la legitimación política (86). No obstante, y sin hacerme eco de las polémicas, matizaciones o críticas, deseo al menos formular dos precisiones: primero, que comparo el juicio de Wolff cuando escribe que «Rawls concibe el punto de vista moral como una superioridad intemporal, desde la que contemplamos todo el tiempo y todo el espacio, ecuánime e isotrópicamente, como Lucrecio contemplaba el campo de batalla» (87); y segundo que,

(84) RAWLS, J., *Teoría de la Justicia* (1971), trad. de M. D. González, F.C.E., Madrid, 1979, en particular el cap. III. La bibliografía sobre Rawls es casi apabullante, pero como primera aproximación es útil la contenida en *Reading Rawls: Critical Studies of A theory of Justice*, editado por Norman Daniels, Basil Blackwell, Oxford, 1975, reimpresión 1983. Entre la bibliografía española más reciente puede verse VALLESPIN OÑA, F., «Nuevas teorías del contrato social: J. Rawls, R. Nozick y J. Buchanan», Alianza, Madrid, 1985; AGNA ROMERO, M. J., «J. Rawls: el sentido de justicia en una sociedad democrática», Universidad de Santiago de Compostela, 1985; MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., «La teoría de la justicia en J. Rawls», C.E.C., Madrid, 1985. Para el tema de las posibilidades de conocimiento racional que aquí nos ocupa, creo que puede recomendarse el trabajo de BARBER, B., «Justifying Justice: Problems of Psychology. Politics and Measurement in Rawls», en el ya citado volumen dirigido por Daniels.

(85) Véase el ya citado trabajo de J. MUGUERZA, recogido en *La razón sin esperanza*, en concreto pág. 251.

(86) Véase HURTADO, M., «Legitimidad democrática del Derecho: el "Topos" del "Pacto social"», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 16, 1976, págs. 1 y sigs. Véanse también los trabajos de E. FERNÁNDEZ recogidos en su «Teoría de la justicia y derechos humanos», citado; del mismo, *Necontractualismo y obediencia al Derecho* de próxima publicación y que he consultado por gentileza del autor. Asimismo, la bibliografía citada en nota 84 de la página anterior.

(87) WOLFF, R. P., *Para comprender a Rawls. Una reconstrucción y una crítica de la Teoría de la Justicia* (1977), trad. de M. Suárez, F.C.E., México, 1981, pág. 90.

pese a su alto grado de depuración argumentativa, temo que pueda seguir vigente la opinión de Rousseau: los filósofos «hablaban del hombre salvaje y describían al hombre civil». «Se empieza por buscar aquellas normas que... convendría que los hombres aceptasen de buen grado y conformidad; y luego se da el nombre de ley natural a la compilación de esas normas, sin otra prueba que el bien que se piensa que resultaría de su práctica universal» (88); tal vez porque en el gran libro de la naturaleza cada cual lee a su modo (89). Pero, ¿queda alguna alternativa? Aunque con suma brevedad, no voy a eludir la exposición de las líneas generales y provisionales que seguiría en mi respuesta.

En mi opinión, es preciso analizar con cautela las construcciones ideales y perfectamente desconectadas de la historia, en especial cuando examinando sus resultados nos encontramos al final con una descripción bastante exacta del desarrollo de los sistemas liberales o de cualesquiera otros sistemas (90). El responsable del «preferidor racional» lo ha visto así: «si la libertad, la información y la imparcialidad hubieran de ser las condiciones posibilitantes de un cierto género de racionalidad, el descontento provocado por la insuficiente racionalidad de nuestra vida social podría sin duda traducirse en un programa de acción en pro de la efectiva instauración de tales condiciones. Con lo que el planteamiento de esta cuestión habría salido del dominio de las meras construcciones analíticas para inscribirse en una nueva dimensión, incuestionablemente política» (91), es decir, si lo interpreto correctamente, en una dimensión histórica. Por lo demás, no puedo ocultar mis simpatías por el modelo que entre nosotros viene ensayando Pérez Luño y que «intenta ser una mediación crítica entre dos estimulantes corrientes del pensamiento marxista actual de inequívoco signo antidogmático y humanista», como son la escuela de Francfort y la escuela de Budapest» (92).

En efecto, sin incurrir en ningún género de relativismo escéptico

(88) ROUSSEAU, J. J., «Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres», citado, págs. 150 y 144.

(89) La expresión es de BOBBIO, N., «Giusnaturalismo e positivismo giuridico», citado, pág. 169.

(90) He desarrollado este tema en mi trabajo *Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos. Observaciones críticas* (en prensa), alguna de cuyas apreciaciones resumo en la exposición que sigue en el texto.

(91) MUGUERZA, J., «La razón sin esperanza», citado, págs. 260 y sigs. Asimismo, tras exponer su respuesta pragmático-trascendental a la cuestión de la norma básica de la ética, escribe Apel: «Naturalmente, en la medida en que se exige en la norma ética básica del discurso argumentativo que el discurso, en tanto discurso práctico, tiene que fundamentar la validez de normas concretas a través de la formación del consenso... en esta medida, no es en modo alguno irrelevante la circunstancia de que también el discurso ideal, que tenemos que presuponer ya en la argumentación en serio, tenga que ser institucionalizado bajo condiciones reales. Más bien aquí comienza el problema de la realización (política) de aquella comunidad ideal de comunicación...», «Estudios éticos», citado, pág. 168.

(92) PÉREZ LUÑO, A. E., «La fundamentación de los derechos humanos», en *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, citado, 1984, pág. 43.

para el que cualquier opinión es igualmente válida (93), creo que es cierta la siguiente conclusión de la teoría crítica: no es posible determinar de antemano la sociedad justa. Se podrá decir qué es lo malo de la sociedad actual, pero no qué habrá de ser lo bueno, sino tan sólo trabajar para que lo malo desaparezca finalmente. En esta situación, la única pauta firme es la actitud crítica de la ciencia con respecto a sí misma y con respecto a la sociedad de la que surge (94). Desde esta perspectiva, y si se puede formular en estos términos, ¿sería viable situar la noción de naturaleza no al comienzo de la historia, sino al final, como un objetivo de emancipación, confiriendo a la idea de contrato un significado dinámico y operativo, donde la información, la libertad y la imparcialidad sean condiciones reales? (95). De ser así, tal vez el problema de la libertad y de la dominación pudiera evadirse de la tensión estado de naturaleza-sociedad civil y, sobre todo, no sería preciso recurrir a un racionalismo abstracto que definiese de una vez y para siempre los principios de una sociedad justa. Sencillamente, la historia podría concebirse como un proceso abierto que resulta «tanto más humano cuanto más conscientemente son capaces los hombres de alterar sus condiciones de vida, sus circunstancias» (96). Y no se trata de huir del idealismo para rendirse ante la historia; como escribe Horkheimer, la filosofía carece de la receta que permita sustraerse al hechizo de lo existente, pero acaso sea posible que se imponga lo justo como resultado del conocimiento preciso de lo falso. La comprensión de las carencias, de las opresiones y de las amenazas que se ciernen sobre los hombres podrá tal vez ayudar a que los asuntos humanos se orienten por caminos de razón (97).

No puedo aquí detallar las implicaciones y consecuencias de este punto de vista, pero sí conviene subrayar que resulta trascendente para la teoría de los derechos fundamentales que, como dice Peces-Barba, constituye el contenido material de la teoría de la Justicia (98). De un lado, permite rescatar los derechos fundamentales del plano jurídico abstracto, delimitado por la libertad política y la autonomía de la voluntad, para generalizarse como derechos y como normas objetivas reguladoras del conjunto de las condiciones de existencia que aparecen irremediablemente implicadas en el ejercicio real de la libertad y, por tanto, en el desarrollo del individuo. Y segundo, propicia una visión

(93) Sobre la conveniencia de no confundir tolerancia con relativismo y sobre las posibles implicaciones de este último véase LÓPEZ CASTELLÓN, E., «Supuestos teóricos de los relativismos éticos», Sistema 58, enero 1984, págs. 3 y sigs.

(94) Véase GEYER, C. F., *Teoría crítica. Max Horkheimer y Theodor W. Adorno*, (1981), trad. de C. de Santiago, Alfa, Barcelona, pág. 50.

(95) Así finalizaba E. BLOCH su «principio esperanza»: *La verdadera génesis no se encuentra al principio, sino al final* (1959), trad. de F. González Vicen, vol. III, Aguilar, Madrid, 1980, pág. 501. Véase un desarrollo de esta idea en A. HELLER, *Sociología de la vida cotidiana*, trad. de J. Ivars y E. Pérez, Ed. Península, Barcelona, 1977, pág. 7.

(96) HELLER, A., *Hipótesis para una teoría marxista de los valores*, trad. de M. Sacristán, Grijalbo, Barcelona, 1974, pag. 117.

(97) HORKHEIMER, M., *Sobre el concepto del hombre* (1947), trad. de H. Murena y D. Vogelmann, Ed. Sur, Nuenos Aires, 1970, págs. 35 y sigs.

(98) PECES-BARBA, G., «Introducción a la filosofía del Derecho», citado, pág. 329.

unitaria y no escindida de los derechos humanos y de la participación democrática, de la libertad y el consenso. Kant tenía en el fondo razón cuando negaba la libertad política a los individuos no independientes, porque «en general cualquiera que se encuentre compelido a proveer a su existencia, no por medio de una dirección personal, sino según las órdenes de otro (excepto del Estado), carece de personalidad civil y su existencia no es en manera alguna más que un accesorio de la de otro» (99). Por ello, desatar los lazos de aquella dependencia constituye una condición para el ejercicio de la propia libertad; la conquista del sufragio universal, sin duda valiosa, eludió el enfrentamiento directo con el argumento kantiano e hizo de la libertad política y de la igualdad formal su único fundamento. Recuperar hoy el requisito de la independencia personal significa elevar la satisfacción de necesidades a pretensiones articulables en forma de derechos fundamentales; concretamente, al menos, de aquellas necesidades que determinan esa independencia.

En estas condiciones, un catálogo de derechos humanos no constituye la cima de una teoría de la justicia intemporal, algo así como el fin de la historia descubierta en una hipotética posición original de perfecta racionalidad e imparcialidad. La historicación de los derechos hace de éstos instrumentos, e instrumentos variables, que permiten y depuran la comunicación entre individuos racionales que acuerdan en un contrato social actualizado y real (100) las reglas de la convivencia. Se dirá tal vez que de este modo los derechos pierden objetividad o quedan sometidos al regateo político. No lo creo; más bien lo que desaparece es su carácter abstracto e inmutable, pero ello no significa que sea imposible alcanzar en la historia un consenso sobre los derechos suficientemente objetivo (101). Concretamente, el temor —que es muy claro en Rawls o Dworkin— a que las libertades individuales sean objeto de transacción o comercio a cambio, por ejemplo, de bienes materiales me parece infundado. No cabe olvidar que la definición de los derechos se alcanza en un proceso abierto de debate, y de la libertad no se puede prescindir sin prescindir también del debate y, por tanto, de cualquier género de derechos. La democracia política y las libertades que son su condición representan un «prius» sin el que resulta inviable plantearse siquiera la virtualidad de los derechos. No es que sean anteriores en el sentido iusnaturalista, sino que se hallan en la estructura de todo posible consenso (102); esto es, las libertades no se-

(99) KANT, E., *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (1797), párrafo XLVI. Hay traducción de G. Lizarraga de 1873, en la editorial Americalee, Buenos Aires, 2.º ed., 1974, págs. 128 y sigs.

(100) Véanse las sugestivas páginas de N. BOBBIO, en *Contrato sociale, oggi*, Guida Editori, Napoli, 1980.

(101) No voy a detenerme ahora en este tema, pero para ello pueden ser útiles, por ejemplo, las prouestas de Habermas acerca de la situación ideal de diálogo. Véase la interpretación que con este fin presenta PÉREZ LUÑOZ, A. E., «La fundamentación de los derechos humanos», en *Derechos Humanos...*, citado, págs. 163 y sigs.

(102) Conviene recordar aquí los trabajos de E. DÍAZ recogidos en *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Debate, Madrid, 1984, en especial págs. 57 y sigs. y 127 y sigs.

rían objeto de comercio porque fuesen anteriores a toda voluntad humana, sino porque resultan imprescindibles para que los asuntos humanos puedan caminar por vías de razón.

En verdad numerosos aspectos de la reflexión filosófico jurídica han quedado sin una explicación suficiente, pero estas páginas tan sólo pretendían ser una aproximación a las preocupaciones e interrogantes que, a mi juicio, hoy merecen la pena ser planteadas para satisfacer esa vocación de conciencia crítica a que nos referíamos al comienzo; aproximación sin duda subjetiva o ideológica en los enfoques adoptados y en las propuestas de solución formuladas, pero que intenta ser fiel al objetivo de contribuir a formar técnicos de determinado tipo; nada distinto a juristas, pero juristas conscientes de que el Derecho es algo más que la suma de sus elementos empíricos, que el sistema normativo que aceptan como dogma forma parte de una cultura histórica y constituye un instrumento al servicio de un cierto punto de vista sobre la justicia y, por último, conscientes también del alcance, posibilidades y función social de su saber.